

# MARCO LEGISLATIVO A LA GESTIÓN DEL AGUA DE RIEGO

Emilio Pérez

Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia

## 1. Planteamiento y presupuestos

Los años de extrema sequía que hemos soportado en buena parte de nuestro país han llevado a plantearse si sería conveniente cambiar el actual sistema legal de aprovechamientos del agua para lograr una utilización más racional y eficiente de la misma. No debía de resultar paradójico que mientras se proyectaban costosas obras para remediar las graves deficiencias de abastecimiento de poblaciones importantes, se estuvieran utilizando volúmenes de agua en regadíos poco rentables a pesar de que los titulares de las tierras regables pudieran estar dispuestos a ceder temporalmente, para solucionar aquellos problemas de abastecimiento humano, los caudales que tenían concedidos. La legislación de aguas vigente no favorece operaciones de transmisión de derechos de aprovechamiento de agua como la que se acaba de indicar sino que, en principio, las impide o, al menos, las restringe considerablemente.

### 1.1. *Planteamiento introductorio*

Ante este hecho, es lógico preguntarse si sería deseable una regulación legal flexible del sistema de concesiones del agua que, al menos en situaciones de sequía, permitiera resolver problemas como el expuesto e, incluso, si convendría introducir modificaciones legales definitivas, válidas para cualquier supuesto de utilización de agua en regadío.

El criterio que, al menos desde una perspectiva jurídica, parece necesario mantener, es el de que la legislación ordinaria debe establecerse para situaciones de normalidad que, lógicamente, deben tener vocación de permanencia para contribuir a la estabilidad social y económica. La seguridad jurídica que la Ley procura no parece compatible con un sistema de

disponibilidad libre de aprovechamientos de agua. Por ello parece que hay que partir de las líneas generales de la regulación actual de los aprovechamientos de aguas destinadas a regadío e intentar averiguar las verdaderas razones de las dificultades que esa regulación legal presenta para lograr una utilización más racional de recursos hídricos escasos, particularmente en períodos de sequía. Este análisis de la legislación vigente de aprovechamientos de agua para riego requiere detallar los diferentes supuestos del derecho a utilizar aguas públicas o privadas, de su inscripción en los Registros y Catálogos de Aguas y en el Registro de la Propiedad y de la posibilidad legal de revisión para la actualización de dichos derechos. La finalidad que persigue la aplicación efectiva de la legislación de aguas es la de la constancia de todos los derechos sobre el agua debidamente actualizados e inscritos en los Registros correspondientes. Sólo el conocimiento de la realidad de los derechos existentes posibilitará la disponibilidad legal de los mismos. Las indeterminaciones actuales relativas a esos derechos y la falta de concordancia entre los caudales formalmente concedidos o pretendidos y las necesidades reales de volúmenes de agua justificables por los titulares de tales derechos, derivan en la completa falta de operatividad del sistema. A pesar de la dificultad y de la complejidad de esa labor de inscripción de todos los derechos sobre el agua y de la actualización de todas las concesiones, sobre todo si se tiene en cuenta la escasez de medios personales y materiales de las Administraciones hidráulicas dedicados a estas funciones, hay que pedir esa concreción e inscripción de derechos porque es indispensable para cualquier medida de control de la legalidad ordinaria y para el establecimiento de regulaciones excepcionales en situaciones de escasez.

Pero antes de exponer el sistema legal del regadío en nuestro país conforme a la legislación de aguas y a las disposiciones de la planificación hidrológica y del Plan Nacional de Regadíos, debemos recoger los presupuestos más importantes de esa regulación, los criterios doctrinales fundamentales de orden económico-jurídico que pueden justificar la posición mantenida de aplicación efectiva de aquel sistema, de actualización de los aprovechamientos de agua para riego mediante la oportuna revisión concesional y registral y de admisión de transacciones relativas a dichos aprovechamientos únicamente con carácter excepcional, para situaciones de escasez.

### 1.2. Titularidad de los recursos naturales

Expondremos brevemente las cuestiones más relevantes relativas a la titularidad jurídica de los recursos naturales, prácticamente coincidentes con la denominada, en su conjunto, propiedad inmobiliaria.

### A) Economía de mercado y propiedad

«Es difícil —dice Barcellona<sup>1</sup>— pensar en la propiedad moderna sin mercado o en un mercado sin propiedad privada. Es decir, es difícil pensar en un sistema de circulación de la riqueza y de satisfacción de necesidades, fundado sobre relaciones de cambio autónomas, sin suponer al mismo tiempo la propiedad privada (de los bienes, pero sobre todo) de los medios de producción». Esta vinculación cuasipermanente del derecho de propiedad privada a la economía libre de mercado, parece hundir incluso sus raíces en la propia aspiración humana de libertad, hasta el punto de que, como constata Joan Miquel<sup>2</sup>, «resulta muy sugestivo comprobar cómo el acontecer histórico ha venido a vincular dos ideas que, de hecho, tienen una afinidad evidente: propiedad y libertad. También de los fundos, al igual que de las personas, se dice que son libres cuando no están sometidas a sujeción alguna. Y en Roma el paralelismo llega tan lejos que *servitus*, opuesta a *libertas*, designa lo mismo la esclavitud del Derecho de personas que la sujeción de un fundo a otro de distinto propietario (servidumbre)».

Es evidente, por tanto, que existe una función básica del derecho de propiedad, que es la de servir de tutela a la libertad. Pero el contenido de la propiedad deberá inferirse de la integración de la triple función que está llamado a desempeñar el derecho de dominio y que responde a una triple exigencia del mismo: personal, comunitaria y ambiental. Para que la propiedad sea constitucional, deberá tutelar la libertad (función personal), realizar el bien de la Sociedad (función social) y respetar el entorno en que se ejerce (función ecológica).

### B) Función social y ecológica de la propiedad

La dirección doctrinal predominante considera la función social como interiorizada en el derecho que, a partir de ese momento, no es sólo un conjunto de facultades sino también una fuente de especiales deberes de conducta que recaen sobre el propietario. Se encuentra en esta línea la limitación que puede imponerse al goce de la propiedad en atención al destino económico asignable a los bienes, que, en el sistema absolutista de la propiedad, era obra de la individual acción del propietario, y que, en cambio, con la aplicación de la función social constitucional, será obra de la intervención legislativa, tanto en el destino económico de los bienes como en la decisión de ese destino.

<sup>1</sup> Cfr. BARCELLONA, P. (1989), «La metamorfosi della proprietà e l'autonomia del calcolo economico», *Rivista Critica del Diritto Privato*, marzo, pp. 19 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. MIQUEL, J. (1984), *Lecciones de Derecho Romano*, Barcelona, p.148.

La llamada función social de la propiedad debe complementarse actualmente con la función ecológica de la misma, refiriendo ambas a la propiedad de los recursos naturales que, prácticamente, viene a ser coincidente con las diferentes formas del dominio de los bienes inmuebles (del suelo rústico y urbano, de los montes, del agua, de las minas). Mientras la función social tiene su origen en la necesidad de proteger los intereses sociales que deben prevalecer sobre los individuales, la función ecológica deriva de la necesidad de protección de los propios recursos naturales. La utilización racional de estos recursos (art. 45 de la Constitución) impone una delimitación del contenido de la propiedad de los mismos, de forma similar a como la función social de la propiedad en general delimita su contenido (art. 33 de la Constitución). Se aprecia, sin embargo, una diferencia entre la función social y la función ecológica de la propiedad, consistente en que mientras la primera se refiere al derecho subjetivo y a su titular, la segunda se proyecta directamente sobre el objeto del derecho subjetivo, quedando el titular de ese derecho en un segundo plano; no es que se deban proteger los bienes por los bienes mismos, ya que esto carecería de sentido jurídicamente hablando; con la función ecológica de la propiedad inmobiliaria se persigue también la protección de la persona, pero no de la persona individualmente considerada y vista como titular del derecho subjetivo de propiedad, sino de la persona en abstracto, considerada como integrante del género humano, incluso como perteneciente a las generaciones futuras que también tendrán derecho a gozar de esos bienes, razón por la cual los titulares actuales tendrán el deber de preservarlos de los riesgos de deterioro o pérdida que les afecten.

### C) Dominio público y medio ambiente

El artículo 132.1 de la CE establece que «la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación». Y el artículo 132.2 de la misma Constitución añade que «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental».

La singular posición del Estado, como expresión más directa de la soberanía y del principio de unidad (STS 4/1981, de 4 de febrero) determina un dominio público estatal muy especial, en el que es forzoso integrar —dice MORILLO VELARDE<sup>3</sup>— el llamado dominio público por natura-

<sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 118.

leza —el constituido por géneros de bienes identificados en función de sus características físicas o naturales—, en el que los bienes ingresan únicamente por imperativo de la misma Constitución y de la ley, de acuerdo con la interpretación que el TC ha hecho de su artículo 132.2<sup>4</sup>.

El Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto la conexión existente entre el artículo 132.2 de la Constitución y las finalidades previstas en el artículo 45.2 de la propia Constitución<sup>5</sup>; esta consideración, unida a la de que el propio TC, al delimitar las competencias que el artículo 132.2 de la Constitución otorga al legislador estatal en materia de dominio público natural, recuerda la exclusividad de éste para establecer la legislación básica sobre protección del ambiente<sup>6</sup> lleva a García Ma-

<sup>4</sup> Los fundamentos jurídicos 14 y 17 de la sentencia 227/1988 del TC se refieren al dominio público natural y estatal haciendo, entre otras, las siguientes consideraciones: «Deberá abordarse el problema de la titularidad de los bienes del dominio público a partir de los correspondientes preceptos constitucionales. Lo que establece el artículo 132.2 de la Constitución es una reserva de Ley —obviamente de Ley del Estado— para determinar qué otros bienes (aparte de los que se relacionan expresamente) han de formar parte de ese mismo dominio público adscrito a la titularidad estatal. Eso no significa que corresponda en exclusiva al Estado la incorporación de cualquier bien al dominio público. Sin embargo el artículo 132.2 ofrece una clara pauta interpretativa. No es casual que haya incorporado directamente al dominio público estatal determinados bienes que constituyen categorías o géneros enteros definidos por sus características físicas o naturales homogéneas. Algunos bienes pertenecientes al demanio «natural» ha dispuesto la Constitución que formen parte del dominio público del Estado; no ha pretendido agotar la lista, pero sí ha pretendido reservar explícitamente a la ley y, precisamente a la Ley Estatal, la potestad de completar esa enumeración. La Constitución se está refiriendo (dice «son» y no «pueden ser») a tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas. El artículo 132.2 exige la demanialización por ley y por ley del Estado; y los bienes demanializados se integran necesariamente en el dominio público estatal. El significado del dominio público, como técnica dirigida primordialmente a excluir el bien declarado como tal dominio público del tráfico jurídico privado, refuerza la interpretación anterior. En la determinación del llamado dominio público natural subyacen fines vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias; por ello, tratándose del «demanio natural» es lógico que la potestad de demanializar se reserve al Estado en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan, asimismo, como unidad indivisible en el dominio público estatal. Sólo el legislador estatal puede disponer, como condición básica que garantice la igualdad sustancial, la determinación de las categorías de bienes naturales que quedan excluidas del tráfico privado (cfr. art. 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución) y, a la luz de los antecedentes históricos, la regulación de la clasificación primaria de los bienes susceptibles o no de dominio privado constituye parte de la legislación civil (cfr. art. 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución)».

<sup>5</sup> Así, en la S. 227/88, dice: «...este Tribunal ha de tener en cuenta también el conjunto de los principios constitucionales de orden material que atañe, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de los recursos naturales de tanta importancia como son los recursos hídricos, principios que, a modo de síntesis, se condensan en el mandato constitucional que obliga a todos los poderes públicos a velar por la utilización racional de todos los recursos naturales (art. 45.2 de la Constitución). Por ello, entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias, este Tribunal sólo puede respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir dicho mandato y alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del medio ambiente a los que aquél está inseparablemente vinculado (Fund. 13, final); y añade: «...en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el artículo 45 de la Constitución...» (Fund. 14).

<sup>6</sup> Cfr. el Fund. 1.D) de la STC 149/1991, de 4 de julio.

tos<sup>7</sup> a inferir que los recursos naturales que integran el dominio público natural forman parte del ambiente como bien jurídico protegido.

Por otra parte, destaca el hecho —compatible con el de la excepcionalidad del dominio público— de que propiedad privada y demanio son instituciones yuxtapuestas del Derecho Patrimonial que sirven para estructurar las formas de apropiación y de aprovechamiento racional de los recursos naturales, mediante modalidades distintas de intervención administrativa (permisos, licencias, autorizaciones) de la propiedad privada o de otorgamiento de concesiones de los bienes demaniales, de modo que se ha producido un acercamiento notable entre los regímenes jurídicos de bienes calificados de dominio público y de otros que, aun siendo de propiedad privada, están sujetos al control de la Administración Pública.

El artículo 128.1 de la Constitución se refiere tanto al dominio público como a la propiedad privada, puesto que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general». Y también la protección ambiental afectará a los bienes demaniales y a los de titularidad privada, pues el artículo 45.2 de la CE establece que «los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». La STC 64/1982, de 4 de noviembre, ha puesto en relación los dos preceptos constitucionales —arts. 128 y 45—, propugnando una posición de equilibrio entre ambos: en una de sus aplicaciones, el artículo 128.1 de la Constitución supone que no pueden suscribirse a la riqueza del país recursos económicos que el Estado considere de interés general, aduciendo otras finalidades, como la protección del medio ambiente. Se trata de armonizar la protección del medio ambiente con la explotación de los recursos económicos.

Esta posición armonizadora, de equilibrio, entre el desarrollo con subordinación al interés general de toda la riqueza del país (de todos los recursos naturales, tanto demaniales como privados) y la protección ambiental, exige que no se quebrante el principio de solidaridad consa-

grado en los artículos 2 y 138 de la Constitución (a los que alude la propia STC 64/1982) y, además, un planteamiento sistémico de la gestión de esos recursos naturales, en el que el medio ambiente tiene un papel relevante, ya que —como dice la STS 26 diciembre 1989— éste es el superistema que integra los demás, estableciendo con anterioridad (en el mismo fundamento sexto) que «todo sistema constituye una totalidad organizada en la que los distintos subsistemas que lo integran —vegetal, animal, hidrológico y mineral— se hallan íntimamente relacionados, de manera que cualquier decisión que afecte a uno de los subsistemas repercute, a la larga o a la corta, sobre los restantes subsistemas, todos los cuales se encuentran en un recíproco equilibrio<sup>8</sup> dinámico», y añadiendo que «como también es propio de todo sistema, los distintos subsistemas han de sacrificar su optimización en beneficio del sistema global».

#### D) Derechos de propiedad y derechos de aprovechamiento

La conexión existente entre el dominio público natural y la protección del medio ambiente, por una parte, y, por otra, la calificación de la ya clásica función social de la propiedad privada como función no sólo social sino también ecológica, llevan aparejada la exigencia legal del aprovechamiento racional de todos los recursos naturales, coincidentes prácticamente con la propiedad inmobiliaria en su conjunto. Junto a esta concepción del aprovechamiento de los bienes públicos o privados como utilización racional de los mismos en cuanto tienen la consideración de recursos naturales, aparece también en nuestro Derecho la concepción del aprovechamiento como situación jurídica independiente de la titularidad de los bienes de dominio público o de la propiedad privada.

Estos derechos de aprovechamiento, tanto los derivados de la concesión de bienes de dominio público como aquellos otros que la legislación vigente conecta a la propiedad del suelo (aprovechamiento urbanístico, ocasional de recursos minerales de escasa importancia y de aguas inherentes al fundo) o configura con suficiente autonomía (la denominada *propiedad superficial*, el aprovechamiento de minerales de la sección A, el de aguas de quienes hayan optado por inscribir los anteriores a la entrada en vigor de la Ley de 1985 en el Registro de Aguas y los derivados del otorgamiento de concesiones administrativas compensatorias de derechos de propiedad particular o privada en zona marítimo-terrestre), son normalmente temporales

<sup>8</sup> El nuevo Código Penal de 1995, en su art. 325, sanciona como delito ecológico las conductas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y, entre ellas, las captaciones de aguas. Ese equilibrio de los sistemas naturales es, por tanto, el bien ambiental protegido por el Código Penal, por lo que constituye un valor natural de singular relevancia jurídica.

<sup>7</sup> Cfr. GARCÍA MATOS, I., *El concepto «medio ambiente» en el ordenamiento jurídico español. Aproximación a la doctrina constitucional en materia de dominio público natural*. Rev. La Ley, 24 de diciembre de 1993, pp. 5 y 6. Dicho en otras palabras —añade—, si el dominio público natural está integrado por una serie de recursos naturales y estos recursos forman parte del ambiente, aquél, en su conjunto, es un elemento integrador del ambiente. Este análisis le conduce también a estimar que, en nuestro ordenamiento jurídico, existen dos categorías de ambiente en función de los elementos que integran cada uno de ellos: el primero será el ambiente correspondiente a los recursos naturales del llamado dominio público natural y el segundo, por eliminación, el resto de bienes cuyo uso no es gestionado ni ordenado por el poder público. La primera categoría va a gozar, *ab initio*, del exorbitante régimen protector en que consiste la declaración de dominio público de dichos bienes: titularidad administrativa de los bienes, gestión, ordenación, mantenimiento y conservación pública, afectación de los bienes a la función pública, así como la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de dichos bienes.

(salvo cuando constituyen una ampliación del ejercicio de la misma propiedad privada). Esta temporalidad del derecho de aprovechamiento viene a ser la característica que lo distingue en última instancia del derecho de propiedad y, por tanto, el contenido esencial de este derecho (aquello por lo que la propiedad es propiedad y no otro derecho) estará sobre todo caracterizado por la perpetuidad de las facultades que corresponden al propietario.

### 1.3. *El agua siempre debe ser considerada como un activo social o, al menos, como una «propiedad común»*

Los presupuestos y criterios económicos, sociales y ecológicos que acabo de analizar con referencia a la propiedad inmobiliaria en general, pueden muy bien motivar, al aplicarlos en concreto a la titularidad de los recursos hídricos, la configuración de los mismos como un activo social, en el sentido de que pertenecen a la sociedad, facilitan un estilo de vida determinado, forman parte fundamental de la riqueza de un país —aunque ni siquiera aparecen en la contabilidad nacional— y proporcionan un conjunto de funciones ambientales que, en definitiva, permiten el mantenimiento de la vida<sup>9</sup>. En última instancia, esta consideración doctrinal del agua como activo social viene a ser coincidente con la que propugna la naturaleza jurídica de todos los recursos hídricos, superficiales y subterráneos, como bienes de dominio público<sup>10</sup>: el agua debe servir para satisfacer

<sup>9</sup> Cfr. AGUILERA KLINK, F. (1992), «El agua como activo social», en la obra colectiva *El agua, mitos, ritos y realidades*, Granada, pp. 359 y ss. «En mi opinión —añade este autor, en *op. cit.*, pp. 366 y ss.— la noción más interesante de recurso natural, y que además encaja en la idea de riqueza de Kapp, es la proporcionada en un sentido funcional por Zimmerman, para quien la palabra recurso se refiere fundamentalmente a una *función* que una cosa o una sustancia pueden realizar, tal como satisfacer una necesidad...; «el agua deja de ser vista como un mero conjunto de factores productivos para ser entendida como un patrimonio o activo social (Sunkel y Leal). Más concretamente, la noción de activo social exige superar la ficción de la existencia perfectamente delimitada de la propiedad privada, sobre la que se asienta la visión convencional de la economía de sistema cerrado, para reconocer dos aspectos fundamentales: a) el primero es que el hombre no se apropia de recursos aislados sino de ecosistemas (Toledo); y b) el segundo es que en un contexto de ecosistemas el ejercicio total de la propiedad privada es en la actualidad virtualmente imposible (Regier, Mason y Berkes)».

<sup>10</sup> La mayoría de las legislaciones modernas de aguas declaran públicos todos los recursos hídricos, tanto superficiales como subterráneos (entre las últimas promulgadas, podemos destacar la Ley Italiana n.º 36, de 5 de enero de 1994 que, además, dispone que cualquier uso de las aguas deberá efectuarse salvaguardando las expectativas y los derechos de las generaciones futuras a disfrutar de un patrimonio ambiental íntegro —art. 1.2—). Otras establecen, al menos, la preeminencia de los intereses públicos y un derecho preferente y exclusivo de aprovechamiento o de gestión a favor del Estado. La Ley Francesa n.º 92-3, de 3 de enero de 1992, en su art. 1.º, dispone que «el agua forma parte del *patrimoine commun de la Nation*» y declara de interés general su protección, su explotación y el aprovechamiento del recurso, así como que su uso pertenece a todos. La noción de patrimonio común esta tomada (Cf. J. SIRONNEU, «La nouvelle loi sur l'eau ou la recherche d'une gestion équilibrée», *Revue juridique de l'environnement*, 2-1992, p. 145) del artículo L110 del Código de Urbanismo, en cuyos términos «el territorio francés es el patrimonio común de la nación. Cada colectividad pública es la garante del

las necesidades vitales de todos, debe ser una *res communis omnium* por tener su aprovechamiento un eminente significado social.

Junto a este interés social, tiene especial relevancia en la utilización del agua el interés común de todos los que se benefician o están naturalmente destinados a beneficiarse de los recursos de un mismo sistema.

#### A) Concepto y problema de la llamada «propiedad común»

Se habla de «propiedad común» para referirse, genéricamente, a «los recursos cuya propiedad no es detenida por un solo individuo sino por un amplio número de ellos: bancos de pesca, yacimientos de petróleo y gas, acuíferos subterráneos... aceptándose que la propiedad común de estos recursos plantea una serie de problemas en la gestión de los mismos que se pueden resumir en la conocida frase «lo que es propiedad de todos no es propiedad de nadie»...; «al ser los recursos fugitivos y no estar los derechos de propiedad claramente especificados, cada propietario piensa que lo que no extraiga él lo extraerán los demás. Se produce de esta manera una competencia en la extracción del recurso, también llamada perforación o extracción competitiva que, al no ser el sistema de gestión más adecuado para explotar un recurso de propiedad común, se traduce en una explotación ineficiente y antieconómica y que podría conducir a un agotamiento acelerado del recurso».

Las ideas que preceden vienen a resumir lo que Aguilera Klink<sup>11</sup> denomina el problema de la propiedad común de un recurso, problema que exige el cumplimiento de dos condiciones: libre acceso al recurso para cualquiera que desee usarlo y existencia de algún tipo de interacción adversa entre los usuarios. Pero lo realmente importante —añade— no es el problema sino el concepto de propiedad común, definido por dos características fundamentales: 1) Todos los propietarios poseen el mismo derecho a usar el recurso, derecho que no se pierde si no se usa. 2) Los no propietarios, no pertenecientes a la comunidad, son excluidos del uso<sup>12</sup>.

mismo en el ámbito de sus competencias... Esta noción no ha tenido como consecuencia la nacionalización del suelo, pero ha permitido aportar restricciones importantes al derecho de propiedad... Por analogía, el reconocimiento del agua como patrimonio común no significa que el Estado se apropie el agua que podría administrar como si se tratase de su patrimonio o propiedad privada sino que tiende a reforzar fuertemente su legitimidad para intervenir, como brazo secular de la Nación, en defensa de un interés general oponible a intereses particulares».

<sup>11</sup> Cfr. los diversos estudios sobre «el agua y la propiedad común» recogidos por AGUILERA KLINK en el libro del que es coordinador, *Economía del agua*, Madrid, 1992, pp. 317 y ss. Sobre todo, el trabajo del propio Aguilera «¿La tragedia de los comunes o la tragedia de la malinterpretación en economía?», en pp. 359 y ss.

<sup>12</sup> La mejor manera de evitar la confusión que domina todo el panorama de la propiedad común —dice AGUILERA KLINK, en *op. ult. cit.*, p. 364— es reconocer que: a) La propiedad común se refiere a un concepto claro, como es el que emplean Ciriacy-Wantrup y Bishop, y que este tipo de propiedad es completamente diferente de la propiedad privada, de la pública y de la ausencia de propiedad, y b) La

Se ha señalado que no se distingue en la cuestión a que me refiero entre estas situaciones de propiedad común y las situaciones de ausencia de propiedad, por lo que se generalizan de manera inadecuada los resultados que se producen cuando no hay propiedad a las situaciones de propiedad común; desde luego que es muy posible la confusión entre esos supuestos de ausencia de titularidad y de titularidad común, tal como ha venido ocurriendo con las *res communis omnium* o bienes de dominio público y las *res nullius*, con la consecuencia indeseable de permitir la apropiación por ocupación o hallazgo de recursos de tanta importancia para toda la comunidad como las aguas subterráneas, por entender —erróneamente— que se trataba de *res nullius*<sup>13</sup>.

#### B) El interés común en el régimen ribereño y en el aprovechamiento de cualquier sistema hídrico

Los países que siguieron la tradición romana (Francia, Alemania) distinguieron entre las *aguas públicas* (ríos navegables y flotables) y las *aguas comunes* (las demás aguas corrientes): mientras las primeras estaban sujetas al control de la Administración para proteger el uso público de la navegación o flotación, las segundas quedaban excluidas del control del poder público y podían ser aprovechadas por los particulares que tuvieran acceso a ellas, especialmente los propietarios ribereños; éstos carecían de una propiedad sobre el agua, eran sólo titulares de un derecho de uso que debían de ejercitar permitiendo el uso correlativo de los demás ribereños; sólo una

gestión de los recursos naturales que exige el acuerdo entre los diferentes propietarios, ya sean privados o públicos, es un problema que no tiene nada que ver con la propiedad común. No obstante, el concepto de propiedad común, en tanto que institución y sistema de acuerdos, puede contribuir a facilitar su resolución.

Las características de la llamada «propiedad común» nos recuerdan los caracteres tradicionales de los bienes vecinales o comunales que nuestra Constitución incluye junto a los bienes de dominio público en el artículo 132. Su régimen se concreta en los artículos 2 y 96 del Reglamento de bienes de las Entidades Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio: «Tienen la consideración de comunales aquellos bienes que siendo de dominio público su aprovechamiento corresponde al común de los vecinos» (art. 2.3); «los bienes comunales sólo podrán pertenecer a los Municipios y a las Entidades Locales menores» (art. 2.4); «la explotación común o cultivo colectivo implicará el disfrute general y simultáneo de los bienes por quienes ostenten en cada momento la cualidad de vecino» (art. 96). Este régimen está inspirado en que lo esencial es la comunidad de aprovechamiento y disfrute, de tipo germánico o en mano común, indivisible e inalienable. Se trata de titularidad compartida entre el municipio y los vecinos, de una situación peculiar en la que corresponden al Municipio la administración, conservación y rescate de los bienes y a los vecinos el derecho a participar de los aprovechamientos comunales.

<sup>13</sup> La realidad —recuerda Aguilera Klink, en *op. cit.*, p. 375— es que especialistas tan prestigiosos y conocidos en el campo de la economía de los recursos naturales como Hove, Hartwick y Olewiler y Tietenberg, entre otros, autores además de los manuales más utilizados por los estudiantes de Economía de los Recursos y del Medio Ambiente, siguen confundiendo sistemáticamente la propiedad común con la ausencia de propiedad y el libre acceso.

vez tomada el agua que podía aprovechar respetando el derecho de los demás, el agua cogida pasaba a ser de la propiedad del ribereño. Existía, pues, una clara situación de comunidad entre los ribereños cuyo objeto era el interés conjunto al aprovechamiento de los caudales circulantes, pero no existía ningún derecho de propiedad exclusivo y excluyente sobre una parte de dichos caudales, aunque ese derecho de propiedad existiera sobre el lecho de la corriente.

Esta situación de comunidad existente en el régimen ribereño aparece también en cualquier otro sistema de uso o aprovechamiento de una corriente o de un acuífero subterráneo<sup>14</sup>, responde (con la consideración del agua como activo social o *res communis omnium*) al análisis de los recursos hídricos en la Naturaleza, pues no se concibe, desde un planteamiento adecuado al orden natural de las cosas, un aprovechamiento no compartido del agua.

#### C) La comunidad de intereses en los sistemas hídricos

El artículo 398 del Código Civil alude sin ambages a los «intereses que constituyen el objeto de la comunidad», refiriéndose así a intereses objetivos, a los intereses de la comunidad en sentido objetivo. La constatación de la presencia de intereses comunes objetivos en las diversas situaciones jurídicas, entre las que cabe destacar las relativas a los sistemas de aprovechamiento del agua, permite inferir la existencia en estos sistemas hídricos de verdaderas comunidades.

Esta figura de la comunidad de intereses no ha merecido gran atención de la doctrina jurídica, lo que se explica porque el Derecho se ha preocupado fundamentalmente de la solución de los conflictos de intereses<sup>15</sup>. Como señalaba Ripert<sup>16</sup>, «la colaboración no ocupa un lugar en el repertorio de las categorías jurídicas», a pesar de que —como añade Bertrand<sup>17</sup>— «las facultades jurídicas del hombre o sus prerrogativas son consideradas

<sup>14</sup> Tiene especial relevancia, en la explotación de los recursos de un sistema hídrico, superficial o subterráneo, el interés común de todos los que se benefician o están naturalmente destinados a beneficiarse de sus aguas. Este interés es superior y distinto al conjunto de los intereses particulares, es el interés de la comunidad existente entre esos beneficiarios, aunque no se trate de una comunidad de bienes sino de intereses. En consideración a este interés común, la Administración Pública del Agua podrá obligar a constituir una comunidad de usuarios a los de una misma unidad hidrogeológica o un mismo acuífero, tal como dispone el art. 79 de la LA, y el Organismo de cuenca podrá imponer, cuando el interés general lo exija, la constitución de los distintos tipos de Comunidades y Juntas Centrales de usuarios (art. 73.4 LA).

<sup>15</sup> Cfr. DELHAY, F. (1968), *La nature juridique de l'indivision*, París, p. 494.

<sup>16</sup> *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, pág. 271, citado por Edmond BERTRAND (1950), en *De l'ordre économique a l'ordre collectif*, Etudes offertes a Georges RIPERT, tomo I, París, pp. 160 y ss.

<sup>17</sup> *Op. cit.* pág. 189.

por el Derecho, principalmente, en relación con las colectividades, los grupos o las categorías en las cuales, quiéralo o no, se encuentra unido con otros... lo que demuestra el «reconocimiento... de relaciones necesarias de colaboración en contradicción con la concurrencia, sobre la cual se han fundado, entre los hombres, durante mucho tiempo, los vínculos jurídicos».

Será la existencia de un interés común objetivado y la supeditación al mismo de los intereses individuales (para la mejor protección de éstos) lo que determinará que la situación colectiva contemplada sea una verdadera comunidad de intereses, diferenciándola de otros supuestos de simple coincidencia de intereses. Mientras la comunidad de intereses —dice Pescatore<sup>18</sup>— es una situación jurídica, la coincidencia de intereses es una mera situación de hecho. Con razón comenta Aguilera Klink<sup>19</sup> que si el concepto de propiedad privada carece de significado en un contexto en el que el problema fundamental no es la gestión de un recurso aislado sino la gestión de un ecosistema, la idea de cooperación se muestra como un concepto mucho más sugestivo e intelectualmente más poderoso que el concepto de competencia, y esto tanto desde un punto de vista teórico como empírico.

En definitiva, parece evidente que aún cuando la legislación no establezca la demanialidad de todos los recursos hídricos superficiales y subterráneos, la propia naturaleza de cualquier sistema hídrico llevará aparejada la configuración como aprovechamiento común de la utilización de los recursos del mismo, de modo que la titularidad de los recursos de cada sistema (aunque el agua no sea de dominio público) será una titularidad común que tenga por objeto el derecho de uso del conjunto de los recursos del sistema de que se trate.

## 2. Legislación sobre aprovechamientos de agua para riego

Es necesario diferenciar los aprovechamientos de aguas públicas y de aguas privadas.

### 2.1. Aguas públicas

Constituyen el dominio público hidráulico del Estado (con las salvedades expresamente establecidas en la Ley de aguas), fundamentalmente,

<sup>18</sup> PESCATORE, S. (1968), «Il rappresentante comune degli obbligazionisti», *Rivista del Diritto Commerciale*, vol. LXVI, p. 119.

<sup>19</sup> *Op. cit.*, p. 378

las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación (art. 2.º LA). Y el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo, de ese dominio público hidráulico, se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa (art. 50.1 LA).

### A) Determinación de la concesión

En toda concesión de aguas públicas se fijará la finalidad de ésta, su plazo, el caudal máximo cuyo aprovechamiento se concede, indicando el período de utilización cuando ésta se haga en jornadas restringidas, el caudal medio continuo equivalente y el término municipal y provincia donde esté ubicada la toma.

En las concesiones de agua para riego se fijará, además, la extensión de la zona regable en hectáreas, términos municipales y provincias en que la misma esté situada, volumen de agua máximo a derivar por hectárea y año, y volumen máximo mensual derivable que servirá para tipificar el caudal instantáneo concesional (art. 102, párs. 1.º y 2.º RDPH).

La determinación completa del aprovechamiento privativo del agua derivado de una concesión exige que no solamente se concreten los datos a que se refieren los artículos 101 y 102 del RDPH sino también los relativos a los usos a que se destina el agua, de modo que se produzca —como un efecto querido por la Ley para definir perfectamente la situación jurídica concesional— una adscripción del agua a esos usos y, en particular, cuando se trate de riegos, a los terrenos concretos y claramente determinados que se beneficien del agua, de modo que el titular de la concesión sea también el titular de las tierras a las que el agua vaya destinada.

### B) Vinculación del agua a la tierra

En el supuesto del aprovechamiento para riego, la adscripción del agua a la tierra es una adscripción real, se produce una vinculación real de las fincas que se benefician del riego y del derecho al uso privativo del agua derivado de la concesión administrativa para la transformación en regadío. Si se trata de un aprovechamiento otorgado a una comunidad de regantes, la titularidad del uso privativo del agua corresponderá a la comunidad, pero cada uno de los comuneros tendrá su cuota de participación en ese elemento común que es el derecho al uso del agua y será esa cuota de participación la que estará vinculada realmente a su finca de riego, de modo que esos dos elementos —finca privativa y cuota de participación en el aprovechamiento común del agua— serán inseparables y, consiguiente-

mente, no cabrá disponer por separado de uno y otro. En el supuesto del artículo 60 de la LA (que es el otro caso especialmente considerado en el art. 59.4, además del de las comunidades de usuarios) la titularidad del derecho al uso privativo del agua corresponderá a la empresa o particular a los que se haya otorgado la concesión de aguas para riego, en régimen de servicio público, pero los titulares de las tierras beneficiarias del riego tendrán también un derecho al uso del agua que afectará o limitará el de aprovechamiento del concesionario en régimen de servicio público; indudablemente la adscripción del agua objeto del aprovechamiento en régimen de servicio público y tierras de terceros beneficiarias del riego no será una adscripción real —como la de los supuestos del concesionario propietario de las tierras de riego o de la comunidad de regantes titular de un aprovechamiento colectivo— pero sí supondrá una limitación real del derecho del concesionario.

Tanta relevancia tienen los bienes o cosas inmuebles en la conexión real constitutiva del aprovechamiento (derecho al uso privativo del agua y bienes que se benefician del mismo, particularmente en el regadío) que mientras no cabe la sustitución de esos bienes a los que se destina el agua (no puede ser aplicada a terrenos diferentes si se trata de riegos: art. 59.2 LA) sí que cabe la sustitución de la totalidad o de parte de los caudales concesionales por otros de distinto origen (art. 59.3 LA). Con el fin de racionalizar el aprovechamiento del recurso, la Administración concedente podrá imponer esa sustitución, respondiendo únicamente de los gastos inherentes a la obra de sustitución y pudiendo repercutir esos gastos sobre los beneficiarios (lógicamente, si los hubiera, pues el beneficio puede ser solamente de carácter general, derivado de la racionalización del aprovechamiento y consiguiente protección o mejora del propio recurso). Se trata de uno de los casos en los que la «potestas variandi» de la Administración concedente va unida a la existencia de una indemnización por la modificación del derecho concesional, de la que la Administración podrá o no compensarse, según haya o no haya beneficiarios directos.

### C) Revisión y transmisión de concesiones

El artículo 63 de la LA, modificado por la Ley 9/1996, de 15 de enero, establece: 1. Las concesiones podrán ser revisadas: a) Cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento. b) En casos de fuerza mayor, a petición del concesionario. c) Cuando lo exija su adecuación a los planes hidrológicos. 2. Asimismo, las concesiones para el abastecimiento de poblaciones y regadíos podrán revisarse en los supuestos en los que se acredite que el objeto de la concesión pueda cumplirse con una menor dotación o mejora de la técnica de

utilización del recurso, que contribuya a un ahorro del mismo. A estos efectos, las Confederaciones Hidrográficas realizarán auditorías y controles de las concesiones, a fin de comprobar la eficiencia de la gestión y utilización de los recursos hídricos objeto de la concesión. 3. Solo en el caso señalado en la letra c) del apartado 1, el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa. 4. La modificación de las condiciones concesionales en los supuestos del apartado 2 no otorgará al concesionario derecho a compensación económica alguna. Sin perjuicio de ello, reglamentariamente podrán establecerse ayudas a favor de los concesionarios para ajustar sus instalaciones a las nuevas condiciones concesionales.

Se considerará que se han modificado los supuestos a que hace referencia el epígrafe a) del apartado 1 del artículo 63 de LA cuando las circunstancias objetivas que sirvieron de base para el otorgamiento de la concesión hayan variado de modo que no sea posible alcanzar sustancialmente la finalidad de la concesión (art. 156.2 RDPH)<sup>20</sup>.

Entiende con razón la doctrina que el término «revisión» se utiliza con manifiesta impropiedad en el artículo 63 de LA, pues revisión significa en nuestro Derecho eliminación de los efectos de un acto administrativo por razones de legalidad. En el artículo 63.1 a) de la LA se contempla una condición resolutoria, y en los apartados b) y c) del mismo artículo 63.1 de la LA supuestos de revocación total o parcial.

<sup>20</sup> Por razones de tipo técnico e independientemente de las posibilidades de revisión de la concesión indicadas en el artículo 63 de la Ley de Aguas, la Administración, dentro de sus facultades de inspección y vigilancia de las obras, podrá imponer modificaciones de un proyecto en curso de ejecución. Será condición precisa que las variaciones sean compatibles con todas las cláusulas de la concesión, excepción hecha de aquellas en que se prescribe la obligación de ejecutar las obras con sujeción al proyecto aprobado (art. 156.3 RDPH). Los expedientes de revisión podrán ser iniciados de oficio o a instancia de parte, y su tramitación la realizará el Organismo de cuenca, con independencia de que la resolución corresponda al Organismo competente para el otorgamiento de la concesión de haberse tratado de una nueva petición (art. 157 RDPH). El Organismo de cuenca, como primer trámite, comprobará si la revisión puede implicar una modificación de las características esenciales de la concesión. Si tal modificación es imputable a causas ajenas a la voluntad del titular o no se han modificado dichas características, se tramitará de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes. En caso contrario, se ordenará la iniciación de un expediente de modificación de características, tramitado de acuerdo con lo dispuesto en los artículos correspondientes de este RDPH. En todo caso, si la concesión hubiera sido otorgada por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, el expediente habrá de ser autorizado por este Departamento ministerial (art. 158 RDPH). Una vez acordada la iniciación del expediente de revisión, o iniciado éste de oficio por el Organismo de cuenca, dicho Organismo redactará la propuesta motivada de revisión de la concesión, que será trasladada al concesionario, a fin de que, en el plazo de un mes, presente las alegaciones que crea convenientes. De estas alegaciones se dará vista al que haya solicitado la iniciación del expediente de revisión, si ésta no se ha producido de oficio, para que en el plazo de quince días manifieste lo que al respecto crea oportuno (art. 159 RDPH). El Organismo a quien corresponda conocer de la revisión, vistas las alegaciones de una y otra parte, si las hubiera, el resultado de la información pública realizada, si la misma se hubiera considerado necesaria por el Organismo de cuenca y los informes que estime oportuno solicitar o que sean preceptivos en los supuestos de concesión, proseguirá la tramitación según lo previsto en el artículo 116 del RDPH. En su caso, ordenará la iniciación del expediente de indemnización (art. 160 RDPH).

La transmisibilidad de aprovechamientos de agua derivados de concesión (regulada en los arts. 61 de la L.a y concordantes del RDPH) se circunscribe a los supuestos en que no varíen las características esenciales de la misma concesión, de tal modo que se produzca sólo un cambio de titular, manteniéndose aquellas características inalteradas. De no ser así, habrá que tramitar un expediente de modificación de características que requerirá la previa autorización administrativa.

## 2.2. Aguas privadas

El único supuesto de propiedad privada de recursos hídricos que persiste después de la vigencia de la LA de 1985 es el de conservación de la titularidad de algún derecho sobre aguas privadas procedente de la legislación derogada, por no haberse ejercitado la opción establecida en las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la nueva Ley<sup>21</sup>.

La delimitación del contenido de la propiedad privada del agua podemos realizarla atendiendo a las facultades clásicas de goce y disposición. Si desde una óptica material o sustantiva se ha producido un giro copernicano en la concepción del derecho de propiedad, en cambio, formalmente, parece válida su caracterización como comprensiva de ambas facultades<sup>22</sup>.

### A) La facultad de goce o aprovechamiento del propietario

La disposición transitoria 4.<sup>a</sup> 2 de la LA dispuso que todos los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior, se declararían por sus titulares legítimos ante el Organismo de cuenca en los plazos que se determinarían reglamentariamente, y que dicho Organismo, previo conocimiento de sus características y aforo, los incluiría en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca; y el artículo 195.2 del RDPH determinó dichos plazos, fijando uno sólo, que fue también de 3 años a partir de la entrada en vigor de la Ley de aguas. Transcurrido este plazo —el 1 de enero de 1989— sin haber inscrito en el Registro de Aguas o en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas, persistirán la facultad y el deber de declarar estos aprovechamientos, únicamente ya en el Catálogo, si bien el incumplimiento de esta obliga-

<sup>21</sup> Supuestos especiales de titularidad privada relacionados con el «ámbito físico» del agua, pero no con la propiedad del agua en sí misma, son los relativos a los cauces ocasionales de aguas pluviales y a las charcas situadas en los predios de propiedad privada: a ellos se refieren los artículos 5 y 10 de la LA.

<sup>22</sup> BARNES VÁZQUEZ, J. (1988), *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, p. 318. De este modo —añade— el artículo 348 CC viene a ser como un marco susceptible de ser colmado en cada momento histórico de una manera distinta.

ción constituirá una mera infracción administrativa, objeto de posibles multas coercitivas (disposición transitoria 4.<sup>a</sup> 3) pero irrelevante a efectos de la conservación de la situación jurídica sustantiva, tal como se deduce claramente de la STC 227/1988 que, en su fundamento 8.º, justifica la diferencia de situación y de la consiguiente protección administrativa de quienes hubieren optado por inscribir en el Registro y quienes hubieren elegido mantener la titularidad de sus derechos privados «en la misma forma que hasta ahora» en la circunstancia de que a estos segundos no se les exige acreditar sus derechos ante la Administración<sup>23</sup>.

La facultad de goce o aprovechamiento del propietario de un bien se manifiesta fundamentalmente en la rentabilidad que puede producirle, rentabilidad que normalmente va unida a alguna actividad específica, relacionada con ese bien. Pero mientras en el suelo rústico o urbano la rentabilidad y el goce o aprovechamiento derivan, respectivamente, de las actividades del cultivo de las tierras de labor y de la edificación en los solares, o sea de acciones incorporadas al propio suelo, en cambio la rentabilidad del agua no se consigue mediante una actividad vinculada únicamente al agua, sino destinando el recurso a una ocupación que se sustenta básicamente en otro bien: la tierra en el regadío, la infraestructura de abastecimiento en el suministro de agua a las poblaciones o a las industrias, etc. El destino del agua y la consiguiente vinculación de la misma a algún otro bien —propio o ajeno— es un dato fundamental de la configuración de la facultad de aprovechamiento del propietario de recursos hídricos.

Otro dato definitorio de esta facultad de aprovechamiento del propietario del agua está relacionado con el aspecto de deber inserto en la facultad de gozar o aprovechar. Tomando en consideración la misma comparación anterior, podemos observar que el cultivo de las tierras de labor o la

<sup>23</sup> Añade la sentencia que mal podría la Administración intervenir para la protección de derechos que «ni tiene ni está obligada a tener por acreditados» y que, por ello, no hay infracción alguna del principio de igualdad ante la Ley (entre quienes hubieren optado por inscribir en el Registro de Aguas y quienes no hubieren ejercido positivamente esa opción). Por tanto, aunque el artículo 195.2 del RDPH diga que, a los efectos de su inscripción en el Catálogo, los titulares legítimos de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la vigente Ley de Aguas que optaran por mantenerlas en tal régimen, deberán declarar su existencia al Organismo de cuenca correspondiente, y que la declaración se hará por escrito, acompañando el título que acredite su derecho al aprovechamiento, y haciendo constar sus características y destino de las aguas, no existirá una obligación estricta de acreditar estos datos configuradores del derecho o facultad de aprovechamiento. Está justificado que la Administración pueda exigir el cumplimiento del deber de declarar en el Catálogo y sancionar su incumplimiento, porque la gestión unitaria de las aguas de la misma cuenca hidrográfica o del mismo sistema hidráulico (cfr. art. 13.2.º LA) requieren el conocimiento completo de los aprovechamientos de la cuenca o del sistema; pero el incumplimiento de este deber de información no afectará a los derechos sustantivos del requerido para facilitarla y la Administración estará únicamente legitimada para imponer las multas coercitivas indicadas y para hacer las averiguaciones y comprobaciones que resulten adecuadas al fin señalado de posibilitar la gestión unitaria. Lo que, en cualquier caso, resulta evidente, es que si se solicita la inclusión en el Catálogo, los datos que hay que facilitar son todos los relativos al aprovechamiento: título que lo acredite, características y destino de las aguas.

edificación de un solar constituyen, a la vez que una facultad, un deber del propietario; en el agua, en cambio, la facultad de aprovecharla aparece indisolublemente unida al deber de protección y conservación del recurso y de su entorno, tal como reza el artículo 58.1 de la LA. Posiblemente por ello esté justificado que, aún después de la Constitución, la Ley de Aguas haya recogido expresamente la prohibición del abuso del derecho en la utilización del agua y la equiparación a esta prohibición del mal uso o desperdicio de la misma (arts. 48.4 y 52.1 LA); se ha considerado que el artículo 33.2 de la Constitución, al delimitar el contenido del derecho de propiedad privada de acuerdo con la función social que los bienes sobre los que recae están llamados a cumplir, hace innecesaria la invocación del abuso del derecho<sup>24</sup>; en cambio parece que esta prohibición del abuso del derecho, aplicada a la propiedad del agua, así como la del mal uso o desperdicio de la misma, estará claramente relacionada con el deber de utilización racional de los recursos naturales, impuesto por el artículo 45.2 de la Constitución.

#### a) Delimitación de la facultad de aprovechamiento del agua

Además de por la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, la facultad del propietario de aprovechar el agua quedará configurada por la aplicación de determinadas normas reguladoras de la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y las limitaciones del uso del dominio público hidráulico, tal como establecen las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la LA, apartado número 4 de ambas. Concretamente delimitarán esta facultad de aprovechamiento del propietario del agua las siguientes normas: a') Los artículos 54.1 de la LA y 171 del RDPH que regulan la sobreexplotación de acuíferos y la imposición de una ordenación de las extracciones para lograr su explotación más racional. Este Plan se elaborará en orden a conseguir la superación de los problemas planteados (art. 171.5 RDPH) y esta finalidad implicará normalmente algún tipo de modificaciones del aprovechamiento aunque no necesariamente de restricción o reducción de caudales aprovechados. b') Las normas concretas que regulen los usos del agua y que sean dictadas en aplicación de lo establecido en el artículo 56 de la LA. Mediante Decreto se han adoptado y se podrán continuar adoptando medidas precisas para la superación de sequías extraordinarias, sobreexplotación grave de acuíferos o similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, medidas que afectarán

<sup>24</sup> Ver BARNES, *La propiedad constitucional*, cit., p. 87. En contra, MONTES, V. L. (1990), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, de Edersa, tomo V, vol. 1.º, p. 174.

también normalmente a la facultad de aprovechamiento de la propiedad privada del agua y que delimitarán consiguientemente su contenido. c') El artículo 53.1 y 2 de la LA que permite fijar un régimen de explotación de los embalses y de los acuíferos, al que habrá de adaptarse la utilización coordinada de los aprovechamientos, cuando así lo exija la disponibilidad del recurso, así como condicionar o limitar el uso del dominio público hidráulico (y, consiguientemente, la facultad de aprovechamiento del propietario de aguas privadas), con carácter temporal, estableciéndose las compensaciones e indemnizaciones oportunas cuando se ocasione una modificación de caudales que genere perjuicios a unos aprovechamientos en favor de otros.

#### b) Mantenimiento de la situación de aprovechamiento

En las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la LA se toman sobre todo en consideración las situaciones de aprovechamiento, utilización o explotación de las aguas de titularidad privada, de modo que la referencia a la propiedad de las mismas aparece solamente implícita. Las fórmulas empleadas son las de régimen de utilización del recurso, utilización de caudales, acreditación de derechos, titularidad, condiciones o régimen de aprovechamiento, explotación, régimen de explotación de los caudales realmente utilizados, utilización de caudales en virtud de título legítimo, aprovechamientos de aguas privadas. Otro tanto ocurre en otros preceptos relacionados con la regulación de estas situaciones, como el artículo 195 del RDPH, que alude reiteradamente al aprovechamiento de las aguas. Lo que evidencian todas estas normas es la voluntad del legislador de que se respeten y mantengan los aprovechamientos reales y efectivos de aguas privadas existentes al entrar en vigor la Ley de Aguas, el régimen de explotación de las mismas configurado por esos mismos aprovechamientos, de modo que se produjese, al empezar a regir la misma, una especie de «congelación» del goce real de los recursos hídricos de titularidad privada. La Ley respeta los derechos preexistentes —dice el fundamento 12 de la STC 227/1988— en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos o, como aducen los recurrentes, «congelándolos» en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados.

El ejercicio de la facultad de aprovechamiento del propietario del agua, para el mantenimiento de la titularidad privada de la misma (en evitación de tener que pasar a aprovecharla como concesionario), se tendrá que ajustar, consiguientemente, a las condiciones o régimen de aprovechamiento preexistentes, sin incremento de los caudales totales utilizados, tal como establecen las repetidas disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, en el número 4 de ambas. La doctrina ha analizado el alcance de esta norma, señalando las

actuaciones que estarán permitidas al propietario del agua por no implicar modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento. Y el TC ha dejado también suficientemente claro el significado de esas disposiciones transitorias: en la S 227/1988, fundamento 12, indica que «se respetan íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material» con que hasta la fecha de entrada en vigor de la LA se han venido disfrutando, «los derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir, en la medida en que forman parte del patrimonio de su titular», añadiendo que «lo que se excluye en adelante es la posibilidad de apropiación patrimonial de incrementos eventuales de los caudales utilizados sin que medie un título concesional»; y en la S 17/1990, de 7 de febrero, aclara que «la prohibición prevista en la disposición transitoria tercera 3.º de la Ley estatal de Aguas, del «incremento de los caudales» o de la «modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento» resulta también comprensiva de la realización de obras por cuanto las mismas inciden en las propias condiciones o régimen del aprovechamiento» (fundamento 14).

## B) La facultad de disposición

Ya Alonso Moya<sup>25</sup> comentaba que las limitaciones establecidas por las leyes en materia de aguas exceden a las que afectan a cualquier otra clase de propiedad y que, por ello, apenas encontramos vestigios, entre los derechos de los dueños de las de dominio privado, de las facultades de que nos hablaban las escuelas clásicas, entre las que relacionaba el *ius disponendi*. Más que entrar en la cuestión de si una facultad del dominio, como es la facultad de disposición, es esencial al derecho de propiedad privada<sup>26</sup> del agua, formando o no parte del mismo derecho<sup>27</sup> y siendo o no indepen-

<sup>25</sup> ALONSO MOYA, F. (1951), «Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado», *Revista de Administración Pública*, pp. 43 y s.

<sup>26</sup> MONTES estima improbable que la facultad de disposición pueda ser útil para precisar la esencia del derecho de propiedad, ya que no constituye una característica esencial del mismo; acaso la mejor configuración de la facultad de disposición respecto del contenido del dominio —añade— podría ser la de considerarla como elemento normal, pero no esencial del derecho subjetivo de propiedad (Cfr. *La propiedad privada en el sistema del Derecho Civil contemporáneo*, Madrid, 1980, p. 251 y el comentario a los arts. 348 y 349 del CC en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, cit., pp. 201 y ss.). En cambio BARNÉS considera que la facultad de disposición o transferencia constituye un elemento esencial que ha de estar siempre presente en el propietario, y no ya sólo por ser el reverso del goce y por haberle acompañado siempre en su configuración legislativa occidental sino también porque, al tratarse del derecho patrimonial por excelencia, tal facultad se ejercita igualmente sin necesidad de intermediación alguna (Cfr. *La propiedad constitucional*, cit. pp. 338 y ss.).

<sup>27</sup> Para esta cuestión, ver, por todos, FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO ARÉVALO, F., *La facultad de disposición*, ADC, III, 4, pp. 1.041 y ss. En todo caso, como dice LOPEZ LOPEZ, en *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988, p. 150, nota 41, el reconocimiento del valor paradig-

diente de la facultad de aprovechamiento<sup>28</sup>, lo que interesará será configurar aquella facultad de acuerdo con la propia naturaleza del objeto sobre que recae y con los límites impuestos por la legislación de aguas, aplicada conforme a los principios constitucionales.

El alcance concreto de la facultad de disposición que forma parte del contenido de la propiedad privada del agua resultará de la función económico-social atribuida al dominio de este recurso natural y del destino al que se vincula su aprovechamiento. Desde estos presupuestos, parece lógico mantener lo siguiente:

1.º Como la disponibilidad de derechos depende de la titularidad de los mismos (y así, en la propiedad, se reconoce a favor de todo propietario la denominada titularidad de disposición), el propietario de aguas privadas podrá disponer de aquellos caudales de los que realmente era titular al entrar en vigor la Ley, los que utilizaba o aprovechaba directamente. Es cierto que nadie puede ser privado de la facultad de transmitir total o parcialmente sus bienes, pero también es cierto que nadie puede disponer de más de lo que tiene y si lo que tiene es un derecho limitado por la utilización o aprovechamiento de terceros, lo transmitirá con estas limitaciones. Por eso dicen las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª (por remisión), en su apartado 2, que los interesados «mantendrán su titularidad en la misma forma» en que la ostentaban el 1 de enero de 1986, al entrar en vigor la nueva Ley de Aguas.

2.º La titularidad que se tenía y que se mantiene por el propietario privado del agua, no se refiere al agua misma, no recae directamente sobre el recurso, sobre el elemento natural que es el agua, sino sobre el *caput* o *instrumentum aquae*, sobre el punto del terreno donde brota naturalmente el manantial o el pozo o la galería que permiten extraerla artificialmente<sup>29</sup>.

3.º En principio, la facultad de disposición del agua recaerá únicamente sobre el caudal realmente aprovechado por el propietario e irá unida —normalmente— a la disponibilidad del bien a cuya explotación esté destinado dicho caudal (finca de regadío, industria, etc.). Cualquier desvincula-

mático del esquema del artículo 348 CC supone incluir dentro de él la facultad de disposición, pues corresponde inexcusablemente a la percepción tónica... al margen de la disquisición técnico-jurídica de si dicha facultad o poder forma parte o no del concepto de propiedad.

<sup>28</sup> Predomina el criterio de que la facultad de disposición es una extensión del derecho de goce o la expresión más intensa del mismo, porque representa la realización plena del valor en cambio de las cosas. Puede verse MONTES, *La propiedad privada en el sistema...*, cit. pp. 250 y ss., y el comentario a los artículos 348 y 349 del CC, cit., pp. 201 y ss.; también BARNÉS, *La propiedad constitucional*, cit., pp. 338 y ss.

<sup>29</sup> Es por esto mismo por lo que —en última instancia— el Consejo de Estado, al dictaminar un proyecto de revisión parcial de la Ley de Aguas, de 10 de mayo de 1962, proponía la desaparición de la venta de agua; frecuentemente—decía— se hace pagar el agua, en momentos de escasez, a precios fabulosos que comprometen o hacen desaparecer los legítimos beneficios que en buena parte corresponden a los cultivadores de la tierra.

ción y disponibilidad por separado del agua y del bien a cuya explotación esté destinada, implicaría una modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento que requeriría –conforme a lo establecido en el número 3 de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la LA– la oportuna concesión administrativa de los caudales transferidos.

4.º Del inciso final de los números 1 de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> se deduce que el aprovechamiento temporal privado a que se refieren dichas disposiciones puede ser objeto de transmisión, puesto que se establece la preferencia, para la obtención de la correspondiente concesión, a favor de quienes, al término del plazo de cincuenta años, se encuentren utilizando los caudales en virtud de título legítimo. Con mayor razón habrá que admitir la transmisibilidad del aprovechamiento en el supuesto de no ejercicio de la opción de inscripción en el Registro de Aguas, puesto que se trata de un aprovechamiento permanente<sup>30</sup>.

5.º Si existen caudales no aprovechados por el propietario o por tercero y se pretende aprovecharlos, se dará un supuesto de incremento de los caudales totales utilizados –contemplado en los números 3 de las repetidas disposiciones transitorias– que requerirá, por tanto, la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación. Esto significa que estos caudales aún no aprovechados no pueden ser objeto de libre disposición por su propietario; será necesario acogerse al arbitrio de la concesión, aunque –tratándose de regadío– podrá otorgarse esta concesión en régimen de servicio público y beneficiar fincas de terceros<sup>31</sup>.

6.º La única limitación del uso del dominio público hidráulico que parece afectar a la facultad de disposición del propietario de aguas privadas

<sup>30</sup> En todo caso, la disposición del aprovechamiento del agua sólo será posible si va unida a la transmisión de la finca, industria o explotación a que se destina el agua aprovechada, pues de no ser así se producirá una modificación en las condiciones o régimen del aprovechamiento que requerirá la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, conforme establecen los números tres de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la LA.

<sup>31</sup> Cabe aquí la aplicación de lo previsto en el artículo 60 de la LA, debiendo cumplirse los requisitos de la conformidad de los titulares de las tierras eventualmente beneficiarias del riego que reúnan la mitad de la superficie de dichas tierras, así como la aprobación por la Administración concedente de los valores máximos y mínimos de las tarifas de riego, que habrán de incorporar las cuotas de amortización de las obras. Este sistema de control de precios del agua, unido al criterio que mantengo en la aplicación de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la LA, creo que permite coherente los diversos intereses concurrentes en el aprovechamiento de un recurso escaso y preciado. La transformación en concesión por incremento del aprovechamiento de caudales, en beneficio propio o de terceros, no implica perjuicio para el titular del «caput» o «instrumentum aquae»: no ha de satisfacer canon concesional alguno y puede obtener una compensación económica adecuada por el nuevo aprovechamiento en régimen concesional. Lo que no me parece admisible es que el titular de un manantial, pozo o galería, pueda disponer de los mismos con libertad absoluta de destino del agua y de determinación del precio de los caudales aún no aprovechados; creo que aceptar esto sería admitir la posible afección de los derechos de aprovechamiento de terceros que toman agua de un mismo manantial o la extraen de un mismo acuífero, porque estos aprovechamientos son siempre interdependientes y el agua no parece susceptible de una titularidad de disposición exclusiva y excluyente.

es la que resulta de aplicar lo dispuesto en los artículos 79 y 80 de la LA, relativos a la constitución obligatoria de comunidades de usuarios de una misma unidad hidrogeológica o de un mismo acuífero o que tengan por objeto el aprovechamiento conjunto de aguas superficiales y subterráneas. También –lógicamente– en el caso particular de constitución de la comunidad de usuarios de un acuífero sobreexplotado estarán obligados a integrarse en ella los dueños de pozos, galerías o manantiales que utilicen aguas de ese acuífero.

### 2.3. Los aprovechamientos de agua para riego y su inscripción en los Registros de Agua y en el Registro de la Propiedad

Debemos analizar los supuestos de aprovechamiento de agua existentes en nuestra legislación y el modo como puede acceder cada uno de estos derechos de aprovechamiento al Registro o al Catálogo de Aguas y al Registro de la Propiedad.

#### 2.3.1. Supuestos legales de aprovechamiento de agua

El sentido más propio del término aprovechamiento del agua es, por regla general, el de uso privativo de la misma<sup>32</sup>, concretado en tres supuestos: el aprovechamiento «temporal» de aguas que mantienen el carácter de privadas por el ejercicio de la opción de inscripción en el Registro de Aguas de las situaciones privativas anteriores a la entrada en vigor de la nueva Ley, el «habitual o corriente» de las aguas públicas, procedente de concesión administrativa, y el «limitado o restringido» del artículo 52 LA, también de aguas públicas, aunque se haya calificado de cuasipropiedad porque la legitimación para obtener este aprovechamiento «ex lege» radica en la propiedad de la finca donde se pretende utilizar las aguas pluviales, estancadas o procedentes de manantiales o acuíferos, con las limitaciones que el propio precepto señala.

Con este carácter amplio, o sea con referencia a las aguas de cualquier naturaleza, pública o privada, el aprovechamiento del agua se nos presenta como un derecho de estructura especial y compleja, pues todo derecho de aprovechamiento del agua se integra en un sistema más o menos complejo

<sup>32</sup> GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH y DÍAZ LEMA (1986), en *El Derecho de Aguas en España*, Madrid, p. 528, nota 10, estiman que, además de esta acepción, que ven clara en los artículos 51.4, 52.1, 53.3, 58,61,67 y 73 de la LA, existen en la Ley otras dos: la del artículo 48.2, que se refiere a la «utilización», en todas sus modalidades; y la que identifica el aprovechamiento con el uso amparado en un título, con lo que comprendería el uso especial y privativo, pero no el común general (art. 69.1, que se refiere a la utilización o aprovechamiento de los cauces).

de utilización de recursos hídricos y forma parte de una situación jurídica compuesta<sup>33</sup> de dos elementos: el caudal de agua objeto de uso y el bien, normalmente inmueble (finca de regadío, instalación industrial, explotación ganadera, etc.), al que se destina dicho caudal. La integración en un sistema se realiza, además, de modo que el aprovechamiento concreto se interrelaciona con otros del mismo origen natural (río, manantial) o artificial (toma en un canal, sondeos del mismo acuífero subterráneo) y puede formar parte de un conjunto de usos múltiples y sucesivos (aprovechamiento hidráulico, abastecimiento de población, riego de tierras). Todo aprovechamiento de agua tiene que ser determinado, por consiguiente, haciendo referencia al sistema hídrico en que se integra y concretando, en su caso, el lugar que ocupa en el orden de utilización sucesiva de los recursos aprovechados.

#### A) De aguas públicas

Este derecho de aprovechamiento, derivado de concesión administrativa, es un derecho patrimonial, real, de carácter inmobiliario, que se caracteriza por comprender determinadas facultades de goce exclusivo sobre aguas públicas<sup>34</sup>. Se trata, por consiguiente, de un supuesto de los

<sup>33</sup> Si observamos el supuesto más corriente, de aprovechamiento de aguas para riego, advertimos que es imprescindible el binomio suelo rústico-agua. La finca de regadío es un bien inmueble compuesto de otros dos inmuebles que son sus partes integrantes: la superficie de suelo cultivable o finca rústica y el agua de propiedad privada cuyo aprovechamiento se vincula al predio rústico de modo que del conjunto inescindible de los dos inmuebles resulta la finca de regadío. Si el agua es de dominio público o de propiedad privada ajena, el derecho de aprovechamiento será la concesión administrativa o un derecho real de servidumbre constituido para riego de la finca que es predio dominante, por lo que también en estos casos se tratará de un bien inmueble (conforme resulta del art. 334, n.º 10 del CC) que quedará vinculado a la finca rústica objeto de transformación en regadío. Que las fincas de regadío constituyen cosas complejas formadas por las dos partes integrantes indicadas es algo evidente para quienes conocen zonas semidesérticas cuyas tierras son verdaderos criales improductivos y se pueden convertir en vergeles cuando disponen del agua necesaria para fructificarlas. Y que el aprovechamiento del agua es parte integrante de la finca compuesta que es la finca de riego aparece también como algo perfectamente lógico: si lo es el acueducto (art. 408, par. último del CC y art. 47 de la LA) ¿cómo puede no serlo el aprovechamiento del agua que se conduce por él? Esta estructura de cosa compuesta de los aprovechamientos del agua, que aparece tan clara en el supuesto del aprovechamiento de regadío, por existir esa unión biológica de la tierra y el agua de que ya hablaba el Consejo de Estado en su dictamen de 10 de mayo de 1962, es también perfectamente aplicable a los demás supuestos de utilización del agua, en los que el correspondiente derecho de uso de recursos hídricos, derivado de la propiedad privada de los propios recursos o de los derechos reales, administrativos o sobre cosa ajena, a que acabo de referirme, será parte integrante del conjunto inmobiliario constituido por la correspondiente instalación de abastecimiento de agua o la explotación industrial en que se utilice y configurado como una unidad orgánica o un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí (dicho con palabras de nuestra legislación hipotecaria).

<sup>34</sup> Así lo define PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M. (1986), en *Derechos Reales, Derecho Hipotecario*, Madrid, p. 176, desarrollando los caracteres recogidos en la definición y señalando, además, sus límites, su posible configuración como derecho anejo a la propiedad sobre un fundo o como autónomo o independiente del derecho que se pueda tener sobre las fincas y la no perpetuidad del derecho así configurado.

denominados derechos reales administrativos; el agua cuyo aprovechamiento se concede queda adscrita a los usos indicados en el título concesional, sin que pueda ser aplicada a otros distintos ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos, en cuyo supuesto el titular de la concesión deberá serlo también de las tierras a las que el agua vaya destinada, sin perjuicio de las concesiones otorgadas a las Comunidades de usuarios y de que puedan otorgarse también concesiones de aguas para riego en régimen de servicio público a empresas o particulares, aunque no ostenten la titularidad de las tierras eventualmente beneficiarias del riego, siempre que el peticionario acredite previamente que cuenta con la conformidad de los titulares que reunieran la mitad de la superficie de dichas tierras (art. 59, 2 y 4 y art. 60.1 de LA)<sup>35</sup>. En ambos supuestos, de concesiones para uso y aprovechamiento por la Corporación o particular concesionarios y de concesiones en régimen de servicio público o para uso de terceros, hay una determinación del destino del agua y de las zonas o núcleos urbanos, zonas de riego, instalaciones o explotaciones industriales o agrarias, etc., que se benefician de la utilización del recurso, o sea de los bienes inmuebles a los que se aplica, por lo que se puede y debe calificar, en todo caso, de derecho real inmobiliario.

El goce exclusivo que confiere este derecho de aprovechamiento es de tal naturaleza que la jurisprudencia lo ha configurado como un derecho análogo a la propiedad. La sentencia del TS de 6 de abril de 1949, en su último considerando, estimaba evidente que desde que se conceden por la Administración a los particulares y éstos las conducen por cauces de propiedad privada para ser utilizadas en su interés propio, cambian las aguas el carácter de públicas por el de privadas; la de 31 de marzo de 1952 se refiere, *obiter dicta*, a las peculiares características que reviste el dominio de las aguas, especialmente cuando éstas son corrientes pasando ininterrumpidamente de unos a otros predios, en las que su aprovechamiento por sus notas de apropiación y consumo reviste la forma de propiedad, en méritos de cuya consideración se han empleado las palabras dominio y propiedad aunque lo reclamado y discutido ha sido un derecho de aprovechamiento

<sup>35</sup> Esta concesión en régimen de servicio público para riego de fincas ajenas es el único supuesto de concesión de naturaleza contractual de los regulados en la LA, puesto que en los demás casos, incluso de otros servicios públicos, el acto concesional es una resolución administrativa, aunque pueda vincularse al subsiguiente contrato de servicio público. En este caso, del artículo 60 de LA, se da una relación contractual entre la Administración y el concesionario y, a través de ella, se produce una especie de control y de tutela de otra relación contractual, la del concesionario y los terceros regantes. Para ello, se establecen los siguientes requisitos especiales: 1.º) El peticionario tiene que acreditar, antes del otorgamiento de la concesión, que cuenta con la conformidad de los titulares que reúnen la mitad, al menos, de la superficie de las tierras eventualmente beneficiarias del riego. 2.º) La Administración concedente deberá aprobar los valores máximos y mínimos de las tarifas de riego. Como estas tarifas han de incorporar las cuotas de amortización de las obras, será necesario que el concesionario acredite suficientemente el importe del coste de esas obras.

y uso de las aguas; la de 24 de junio de 1968 recuerda la doctrina de la 31 de marzo de 1952 y, al aplicarla al caso planteado, deduce que se trata de derechos o facultades inherentes al dominio de las aguas, ya que éste, por su propia naturaleza, fin y objeto, consiste en disponer del agua para el riego de la tierra, que forzosamente supone consumirla, según sus necesidades, contribuyendo a determinados gastos; y la de 30 de mayo de 1969 recuerda y recapitula —entre otras— las citadas diciendo que si bien es cierto que *la propiedad de las aguas tiene un carácter especial y como tal la trata nuestro ordenamiento jurídico fundamental al no estar investida de todas las facultades que al dominio de las demás cosas atribuye*, no es menos cierto que la concesión administrativa otorga el disfrute exclusivo y excluyente del aprovechamiento de las aguas públicas al concesionario tan pronto son separadas de su cauce natural entrando en canales o cauces artificiales, dándoles la denominación de aguas privadas, lo que constituye un derecho similar al dominio y como tal lo califica el Código y hasta la Jurisprudencia; y en su consecuencia *y aún limitado el dominio por los términos en que esté otorgada la concesión y las derivadas de la propia naturaleza del agua que vuelve a ser pública en las sobrantes y en cuanto salen del cauce artificial y discurren otra vez por los naturales, por lo que la Jurisprudencia alude a la facultad de aprovechamiento exclusivo con todo rigor en vez de denominarlo dominio, es indudable que tienen el concepto de aguas privadas, están sujetas a un aprovechamiento exclusivo y excluyente por el concesionario y constituyen un derecho especial de propiedad similar al dominio como lo califica el Código*<sup>36</sup>.

#### B) Aprovechamiento temporal de aguas privadas por opción de inscripción en el Registro de Aguas

Según resulta de las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la LA, los titulares de algún derecho —conforme a la legislación anterior y derogada

<sup>36</sup> Esta aproximación entre propiedad y aprovechamiento del agua, derivada tal vez de que por la propia situación de los recursos hídricos en la Naturaleza se hace difícil aplicar a los mismos el propio concepto de propiedad, se advierte también en la doctrina, sobre todo la más reciente, hasta el punto de que MAS BADA, M. D. (1992), en *El nuevo régimen jurídico de las aguas (Intereses privados en la Ley de aguas)*, Valencia, pp. 22 y ss., llega a escribir lo siguiente: «Hablo en mi trabajo de aprovechamiento y no de propiedad de las aguas. Es indudable que las aguas corrientes pueden ser, en un momento dado, aprehendidas, y nadie discute que entonces podrá existir sobre ellas un derecho de propiedad en el sentido más clásico y puro del término. Pero la apropiación sólo se produce una vez el agua ha sido extraída de su cauce natural. Es difícil concebir la propiedad de las aguas de una corriente antes de ser separadas de ella. Bajo la legislación anterior se venía estimando a los concesionarios de aguas públicas como titulares de un derecho de aprovechamiento y no de propiedad. La tesis ahora mantenida va un paso más allá, al afirmar que incluso en el tradicionalmente denominado *dominio privado de las aguas* no hay verdadera propiedad, sino un derecho que llamo de aprovechamiento. La noción del derecho real de aprovechamiento sobre las aguas, más allá de las concesiones, si bien como posición minoritaria, podemos encontrarla ya en autores como LACRUZ BERDEJO o GUATTA».

por la nueva Ley— sobre aguas privadas procedentes de manantiales que vinieren utilizándose en todo o en parte, o de pozos o galerías en explotación, podían acreditarlo, hasta el 1 de enero de 1989, para su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas. Lo que se podía acreditar e inscribir era el derecho a la utilización del recurso y lo que se respetará, por un plazo de cincuenta años, es el régimen de explotación de los caudales realmente utilizados; claramente se refiere, pues, la norma, al aprovechamiento.

Estas titularidades temporales privadas vienen a configurarse en la Ley como situaciones transitorias de naturaleza especial, pues están llamadas a convertirse en concesiones administrativas al término del plazo de cincuenta años y participan ya de algunas de las características de la situación concesional. El TC, en el fundamento octavo de la S 227/1988, considera que quienes han inscrito su titularidad en el Registro de Aguas, a diferencia de quienes opten por mantener la titularidad de sus derechos de naturaleza privada, «han optado, previa acreditación de sus derechos, por transformarlos en los derechos que la Ley denomina de «aprovechamiento temporal de aguas privadas», equiparados a las concesiones en lo que se refiere a la protección administrativa registral: «ello se explica tanto porque tales aguas, cualquiera que sea su calificación en el periodo transitorio, están abocadas a convertirse en aguas de dominio público por el mero transcurso del tiempo, como por la circunstancia de que los derechos privados preexistentes han tenido que ser debidamente acreditados ante la Administración a los fines de su transformación e inscripción en el Registro de Aguas». En lo que se refiere a la protección administrativa registral —ha dicho el TC en el fundamento y sentencia citados—, «los derechos de aprovechamiento temporal de aguas privadas» se equiparan a las concesiones; y añade: «muy distinta es, a tales efectos, la situación de quienes optan por mantener la titularidad de sus derechos privados en la misma forma que hasta ahora, pues, al recaer tales derechos sobre aguas que ni son de titularidad pública ni están llamadas a serlo por ministerio de la Ley al final de un periodo de transición, no es una situación jurídica que, por esencia y menos por aplicación del principio de igualdad, corresponda necesariamente defender a la Administración»<sup>37</sup>. Es evidente que el titular

<sup>37</sup> Hay que observar que los términos de la sentencia del TC «no es una situación jurídica que corresponda necesariamente defender a la Administración» y, un poco antes, «es enteramente razonable que la Administración no tenga la carga de suministrar una protección específica a derechos que ella misma no ha otorgado» no significan, en absoluto, despreocupación del propietario de aguas privadas que, además de todas las acciones judiciales que protegen el dominio y, en su caso, la posesión, podrá interponer los recursos administrativos y contencioso-administrativos que procedan, en el supuesto de que la Administración no tenga en cuenta en sus resoluciones las situaciones jurídico-privadas sobre las aguas preexistentes. Pero esto no tiene nada que ver con ese otro hecho de la protección específica que la Administración otorga a quien inscribe en el Registro de Aguas y no concede a quien desea permanecer al margen de la intervención y tutela administrativas, aunque nunca podrá eludir el