

# EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPAÑOL DE LOS APROVECHAMIENTOS DE AGUAS ADQUIRIDOS ANTES DE 1985

ESPERANZA ALCAÍN MARTÍNEZ

*Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada (España)*

*I. Introducción. / II. El régimen transitorio introducido por la Ley de Aguas de 1985 y refrendado por el texto refundido de la Ley de Aguas de 20 de julio de 2001. / III. Respeto a los derechos preexistentes sobre aguas públicas derivados de la Ley 13 de junio de 1879: la disposición transitoria primera. 1. Contenido de la Disposición Transitoria Primera. 2 Especial referencia a la adquisición por prescripción adquisitiva / IV. Respeto a los derechos preexistentes sobre aguas privadas derivados de la Ley 13 de junio de 1879: las disposiciones transitorias segunda y tercera. 1. Ámbito de aplicación. 2. La opción legal prevista en las Disposiciones Transitorias 2.1. Mantener el aprovechamiento en la misma forma que hasta ahora. 2.2. Los aprovechamientos temporales de aguas privadas. 3. Consecuencias legales para los titulares según opten por una u otra alternativa: sobre la protección administrativa registral. / V. Limitaciones en el ejercicio de los derechos adquiridos. 1. Prohibición de incrementar los caudales totales utilizados y de modificar las condiciones o régimen de aprovechamiento. 2. Aplicación de las limitaciones del uso del dominio público hidráulico. / VI. Futuro de los derechos preexistentes: 1. La cesión de derechos al uso privativo de las aguas 2. La planificación hidrológica.*

## RESUMEN

*El respeto a los derechos adquiridos conforme a la derogada Ley de aguas de 1879, supone la aplicación de un régimen transitorio no exento de dificultades teóricas y prácticas, ya que ha provocado la existencia en la actualidad de derechos sobre aguas privadas cuando las normas vigentes están basadas en la declaración del dominio público hidráulico.*

*El ejercicio de todas las titularidades privadas sobre las aguas, con independencia del momento de adquisición del derecho, será conforme a un mismo régimen jurídico con los objetivos de conseguir una utilización racional del agua y una adecuada protección del recurso.*

## I. INTRODUCCIÓN

Por Real Decreto Legislativo de 20 de julio de 2001 se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA) en el que tomando como base el articulado de la Ley de 1985 se han incorporado y adaptado las normas legales existentes en materia de aguas.

Conviene recordar que con la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 se fijan en España los nuevos principios en que se basa el actual Derecho de Aguas. A partir de esta fecha se introduce en el ordenamiento español nuevos conceptos de gran importancia y trascendencia jurídica: la unidad del ciclo hidrológico, reconociéndose legalmente que está integrado por las aguas continentales superficiales y subterráneas y que constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, la declaración del dominio público hidráulico, en el que quedan incluidas todas las aguas continentales, superficiales y subterráneas y, como complemento de esta declaración, para impedir una actuación arbitraria de la Administración se introdujo la planificación hidrológica como el mecanismo adecuado para “conseguir

la mejor satisfacción de las demandas del agua y equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales” (art. 40 TRLA).

La concurrencia de estos tres conceptos nos lleva a una afirmación genérica que resume la *ratio legis* de la normativa española de aguas: todas las aguas, superficiales y subterráneas se someterán al mismo régimen jurídico, con independencia de los títulos jurídicos que permitan su aprovechamiento con el objetivo de conseguir una utilización racional y protección adecuada del recurso.

Al plantearse la reforma de la centenaria Ley de Aguas de 1879 se puso de manifiesto que la función social de la propiedad recogida en el art. 33 de la Constitución española de 1978 no era suficiente para garantizar la utilización racional del agua conforme a la evolución económica, tecnológica y social de nuestro país. Ante la posibilidad de modificar las normas (civiles y administrativas) o elaborar una nueva, se optó por un

texto único aplicable a todas las aguas y por la declaración de dominio público hidráulico.

El Tribunal Constitucional avaló tal decisión política y legislativa en los siguientes términos: "La incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional, garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial" (STC 27/1988, Fundamento Jurídico 14 y siguientes).

Sin embargo, aunque la Ley de Aguas de 1985 declaró de dominio público todas las aguas continentales, subsistían formas de aprovechamiento privado de las aguas sometidas al Derecho privado, al menos en algunos aspectos de su régimen jurídico. No basta con admitir que la tradicional calificación de la propiedad privada de las aguas desapareció con esta declaración, sino que es necesario analizar el sistema arbitrado para que convivan aprovechamientos basados en títulos anteriores a la Ley de 1985 junto con los que se adquieren a partir de ella.

Con esta finalidad se incorporó un sistema transitorio no exento de complejidad, polémica y falta de efectividad que constituye el objeto de estudio en este trabajo.

## II. EL RÉGIMEN TRANSITORIO INTRODUCIDO POR LA LEY DE AGUAS DE 1985 Y REFRENDADO POR EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE AGUAS DE 20 DE JULIO DE 2001

El respeto de los derechos adquiridos conforme a la Ley de Aguas de 1879 constituyó uno de los principales retos legislativos para conseguir la demanialización de los recursos hidráulicos. La puesta en marcha de la reforma de nuestro Derecho de Aguas tenía su punto de arranque en la declaración del dominio público hidráulico y esta solo tendrá plena eficacia cuando se unificase el régimen jurídico de todos los aprovechamientos. Era necesario establecer el régimen transitorio más idóneo para canalizar los distintos títulos jurídicos que permitían el aprovechamiento de las aguas públicas y pri-

vadas y obtener así la demanialización, que en definitiva es la finalidad última o primera del legislador.

A partir de 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas, el problema fue a más ya que al estar reconocidos los derechos preexistentes en las Disposiciones Transitorias 1ª, 2ª y 3ª era necesario que se adaptaran al nuevo Derecho de Aguas, es decir hacer convivir distintos títulos jurídicos y distintos regímenes jurídicos. Estas normas se han mantenido en el Texto Refundido con la misma numeración y básicamente con el mismo texto.

La integración de los derechos preexistentes en la nueva Ley estuvo marcada por la necesidad de respetar los derechos y garantías constitucionales como las referidas al derecho de propiedad y el derecho de irretroactividad. Para ello y como explicaré en los siguientes apartados se ha diseñado un sistema basado en evitar las indemnizaciones, al otorgarles a los particulares la posibilidad de elegir cuál será el futuro de sus aprovechamientos y en incorporar los mismos límites y limitaciones que se prevén para el uso del dominio público hidráulico.

Nuestro régimen transitorio ha sido declarado constitucional en los siguientes puntos:

1. respecto al mecanismo establecido para evitar la indemnización.
2. respecto al sistema de limitaciones se aplican a todo los derechos, por lo que se puede hablar de una configuración *ex novo* del derecho de propiedad.

Paso a analizar el contenido de las Disposiciones Transitorias en las que ha quedado plasmado el régimen de los aprovechamientos preexistentes a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985.

## III. RESPETO A LOS DERECHOS PREEXISTENTES SOBRE AGUAS PÚBLICAS DERIVADOS DE LA LEY 13 DE JUNIO DE 1879: LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA<sup>1</sup>

### 1. CONTENIDO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA

La Ley de Aguas de 1985 respetó los derechos de aprovechamiento de aguas públicas pre-

<sup>1</sup> En los apartados 1 y 2 se mantiene básicamente la misma redacción que la Disposición Transitoria 1ª de la Ley de Aguas de 1985. Se ha suprimido el apartado 3, que aunque se ha querido considerar solo como una norma introductoria de las Disposi-

existentes que hubiesen sido adquiridos por concesión administrativa o prescripción acreditada, permitiendo a sus titulares seguir disfrutando de sus derechos de acuerdo con el contenido de sus títulos administrativos y lo que la propia Ley establece, durante un plazo máximo de setenta y cinco años a partir de la entrada en vigor de la misma y siempre que no se fije otro menor en su título. Estarán sometidos a las mismas limitaciones que se establecen con carácter general para el dominio público hidráulico.

Esta regulación no estuvo exenta de críticas y problemas, pero actualmente la legitimidad de esta ordenación de los aprovechamientos preexistentes sobre aguas públicas es incuestionable a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional. En el Fundamento Jurídico 11 de la STC 227/1988 se responde a dos cuestiones:

1ª. Si afectaba al contenido esencial de los derechos la limitación temporal de los títulos hasta 75 años, ya que no se van a permitir las concesiones a perpetuidad, sino que por el contrario, tendrán carácter de temporal. El Tribunal sostuvo que "no puede decirse que se produzca una ablación de los mismos... sino que se trata de una nueva regulación del contenido de aquellos derechos, que afecta, sin duda, a un elemento importante de los mismos, pero que no restringe o desvirtúa su contenido esencial...".

2ª. Si es suficiente el tiempo fijado como máximo. El Tribunal considera que esta duración "... no es tampoco arbitraria ni engendra inseguridad jurídica, ya que, aun cuando pueda suponer una disminución de las expectativas de rentabilidad patrimonial originadas por situaciones creadas al amparo de la legislación anterior, este nuevo límite temporal es razonable y suficiente, a efectos de la amortización de las obras necesarias para la normal utilización de la concesión, más aún si se tiene en cuenta la posibilidad de prórroga que el art. 57.6 de la propia Ley<sup>2</sup> impugnada previene".

## 2. ESPECIAL REFERENCIA A LA ADQUISICIÓN POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Una de las novedades que se introdujeron con la Ley de 1985 fue la supresión de la pres-

cripción como modo de adquirir el aprovechamiento de las aguas. A pesar de ello, y respetuosa con el régimen anterior, la Disposición que analizamos respeta todas las que se hubiesen consumado antes del 1 de enero de 1986.

La redacción de los apartados 1 y 2 de esta Disposición ha sido analizada, criticada e interpretada por la doctrina y la jurisprudencia, resultando significativo el pronunciamiento del Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de octubre de 1999 (RA. 7457). En concreto, en el Fundamento de Derecho Tercero establece que: "el número 1 no se refiere por ello al supuesto de una prescripción que ya hubiera quedado consumada por transcurso del tiempo preciso y que luego, tras aquella entrada en vigor, se acreditara; se refiere al supuesto de una prescripción consumada y, esto es lo relevante, acreditada ya al tiempo de la repetida entrada en vigor. Los términos literales del precepto; su naturaleza de norma de derecho transitorio; su inserción lógica en el contexto de una disposición que quiere, en sus dos primeros números, contemplar supuestos diferenciados y distintos, conducen a la interpretación dicha. Para la aplicación de aquel número es por lo tanto precisa la identificación de algún instrumento o medio al que el ordenamiento jurídico atribuya el doble efecto de ser apto para la acreditación de la prescripción y de desplegar esta aptitud o virtualidad ya desde la entrada en vigor de la nueva Ley de Aguas. El número 2 se refiere así al supuesto de una prescripción ya consumada a la entrada en vigor de la Ley 29/1985 pero no acreditada en ese momento; es decir, no acompañada del instrumento o medio al que acaba de hacerse referencia. Para este supuesto, atendida la redacción del precepto, el legislador ha querido: a) que los términos en que se hubiera venido disfrutando el aprovechamiento durante veinte años, y con ello el derecho a la utilización del recurso en esos mismos términos, se acrediten por acta de notoriedad, no por otro medio, en el plazo de tres años contados a partir de la entrada en vigor de aquella Ley; y b) que a la acreditación así realizada se anude un efecto legalizador, de suerte tal que, en ausencia de ella, la Administración deber tener por no legalizado el aprovechamiento, impidiéndolo en consecuencia".

Además, este plazo se considera de caducidad y como tal no es susceptible de interrupción salvo excepciones, como situaciones de fuerza mayor o cualquier otra causa independiente de la voluntad de los interesados, siempre y cuando (y esto es muy importante teniendo en cuenta los expedientes todavía pendientes) se haya utilizado dentro del plazo las facultades o poderes jurídicos pertinentes, es decir, que se hubiese

ciones Transitorias 2ª y 3ª, fue criticada al establecer que "los actuales titulares de aprovechamientos de aguas por cualquier otro concepto distinto de los anteriores, conservarán el derecho a la utilización del recurso de acuerdo con lo que se establece en las disposiciones siguientes". En relación con el alcance de este apartado se puede consultar a MARTIN-RE-TORTILLO, S. "Derecho de Aguas". Madrid, 1997, págs. 265 y 266.

<sup>2</sup> Se corresponde con el art. 59.6 TRLA.

solicitado la inscripción en el Registro de Aguas.

Es necesario hacer referencia a la posición jurídica del titular del aprovechamiento que no ha quedado acreditado en tiempo y forma, ya que en esa misma Sentencia el Tribunal Supremo considera que si no es legalizable, le es lícito a la Administración desconocerlo y oponerse a él. Esto no ha de interpretarse en el sentido de que el particular deja de tener derecho, sino que estamos ante un título jurídico-privado, que tendrá que ser enjuiciado por la jurisdicción civil, ya que el derecho ha nacido desde que se cumplieron los requisitos legales, con independencia de la formalización en el Registro<sup>3</sup>.

#### IV. RESPETO A LOS DERECHOS PREEXISTENTES SOBRE AGUAS PRIVADAS DERIVADOS DE LA LEY 13 DE JUNIO DE 1879: LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS SEGUNDA Y TERCERA<sup>4</sup>

El aprovechamiento legal y la concesión administrativa serían los títulos jurídicos que permitirían el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico tras la entrada en vigor de la Ley de 1985 tal y como se estableció en el art. 50 (hoy art. 52 TRLA), pero ante la existencia de derechos adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, conforme a la legislación que se derogaba, el legislador, consciente de la necesidad, introdujo en las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª su intención de respetarlos. El problema fundamental que ha generado su aplicación, radica no tanto en la defensa de las titularidades de aguas adquiridas con anterioridad, sino en que estas se han de ejercitar en un sistema cuyo principio informador es la declaración de dominio público. Además, el legislador ha confundido la necesidad de establecer un Derecho Transitorio con hacer transitorios los derechos a los que este se aplica.

##### 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Su estudio se puede realizar conjuntamente ya que salvo la referencia a los titulares a los

que se va a aplicar, el resto del texto es idéntico para ambas. Así la Disposición Transitoria 2ª va referida a los titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de manantiales que vinieran utilizándose en todo o en parte<sup>5</sup> y la Disposición Transitoria 3ª se aplica a los titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías en explotación.

Con el tiempo se ha puesto de manifiesto que habían quedado fuera otras situaciones a las que les resultaba aplicable el mismo régimen transitorio. En concreto, respecto a la Disposición Transitoria 3ª ha de ampliarse el ámbito de aplicación, incluyendo los supuestos de alumbramientos hechos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, sin que haya habido tiempo de explotar el recurso. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de marzo de 1998 (R.A. 2290)<sup>6</sup>. Ha abierto la puerta el legislador para amparar no solo a los titulares de aprovechamientos sobre aguas privadas, sino a los titulares de autorizaciones de alumbramiento, siempre que el alumbramiento se realice con anterioridad al 1 de enero de 1986. Las razones expuestas en el Fundamento de Derecho Primero se basan en que es la solución más conforme con los principios de irretroactividad de normas restrictivas de derechos individuales, y de respeto de derechos adquiridos, habida cuenta que hasta el 1 de enero de 1986 las aguas alumbradas al amparo del art. 23 de la Ley de 1879 eran de propiedad privada.

##### 2. LA OPCIÓN LEGAL PREVISTA EN LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

A los titulares de los derechos vistos en el epígrafe anterior se les ofrecieron dos posibilidades para que optasen entre ellas, precisamente el carácter voluntario de esta alternativa excluye la obligación de la Administración de indemnizar

<sup>3</sup> En esta misma línea se pronuncian DEL SAZ, S. "Aguas subterráneas, aguas públicas", Madrid, 1990, págs. 59 y 60. MARTIN-RETORTILLO, S., *op. cit.* pág. 258.

<sup>4</sup> La redacción de estas Disposiciones se ha mantenido prácticamente igual en el TRLA salvo en el apartado 1 que cambia para regular únicamente las situaciones jurídicas originadas por el ejercicio de la opción que se atribuye a los titulares para ejercitar en el plazo de 3 años desde la entrada en vigor de la Ley de 1985.

<sup>5</sup> Resulta interesante la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2002 (R.A. 3851) en la que el problema se centra en determinar si unas aguas que nacían en propiedad privada tenían el carácter de privadas o debían considerarse como "sobrantes" y por lo tanto públicas. Dependiendo de la calificación, resultará o no aplicable la Disposición Transitoria 2ª. El Tribunal estimó que eran aguas públicas y por lo tanto su titular no podía solicitar la inscripción prevista. Sin embargo, hay un voto particular que justifica y admite el carácter de privadas y por lo tanto el reconocimiento a la inscripción que le fue denegado.

<sup>6</sup> Acerca de la situación jurídica de las aguas alumbradas que no están siendo objeto de aprovechamiento real en el momento en que entró en vigor la Ley se pueden consultar las opiniones de DEL SAZ, *op. cit.*, págs 70-71. DE LA CUÉTARA, "El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España", *cit.*, pág. 94.

zar a los particulares, pues al no existir una privación forzosa, tampoco hay expropiación<sup>7</sup>.

### 2.1. Mantener el aprovechamiento en la misma forma que hasta ahora

Esta fórmula legal es la que permite seguir discutiendo acerca de la subsistencia del derecho de propiedad privada del agua. Con independencia de los términos que utilicemos, constituye una manifestación del desplazamiento del concepto de propiedad, que acentúa la idea de pertenencia de la cosa a la persona, hacia el ejercicio de la titularidad, es decir, el goce o aprovechamiento.

El Tribunal Constitucional también se pronunció en el Fundamento Jurídico 12 de la Sentencia 227/1988 acerca de esta opción. Considera que al mantener su titularidad "se respetan íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material con que hasta la fecha de la entrada en vigor se venían disfrutando aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir, en la medida en que forman parte del patrimonio de su titular. La Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos o, 'congelándolos' en su alcance material actual, sin que implique una expropiación parcial, pues con ello solo se está eliminando las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores"<sup>8</sup>.

### 2.2. Los aprovechamientos temporales de aguas privadas

La otra posibilidad reconocida es la de acreditar su derecho ante el Organismo de cuenca inscribiéndose en el Registro de Aguas como "aprovechamiento temporal de aguas privadas".

Será así considerado durante cincuenta años, de tal forma que una vez transcurridos, su titular

tendrá derecho preferente para la obtención de la concesión administrativa correspondiente, y no derecho a la correspondiente concesión. Es decir, es un derecho llamado a ser concesional, pero al particular no le garantizan que efectivamente tenga dicha concesión transcurrido ese plazo<sup>9</sup>.

Para realizar tal cambio se previó en la Ley de Aguas de 1985 un plazo de 3 años a contar desde la entrada en vigor, plazo que resultó ser muy breve ocasionando una mayor confusión en el panorama actual puesto que la mayoría de los propietarios, bien por desconfianza, bien por falta de información, bien por no existir unos medios de acreditación claros y tasados, no han declarado su derecho y mantienen su aprovechamiento en la misma forma que hasta ahora. La intención del legislador fijando este plazo fue fomentar entre los usuarios la petición de cambio o conversión de títulos, de tal forma que al cabo de tres años desde la entrada en vigor de la Ley, la Administración contaría con una relación de aprovechamientos, caudales y condiciones en las que se encontraban los pozos y acuíferos. Sin embargo, esto no fue así y de hecho no se llegaron a declarar gran parte de aprovechamientos de aguas procedentes de pozo o galerías en explotación.

Transcurrido este plazo, sin que los interesados hubieren acreditado sus derechos, mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas<sup>10</sup>.

## 3. CONSECUENCIAS LEGALES PARA LOS TITULARES SEGÚN OPTEN POR UNA U OTRA ALTERNATIVA: SOBRE LA PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA REGISTRAL

Si mantienen los derechos en la misma forma que hasta ahora se considera que lo es a perpetuidad, pero no gozarán de la protección administrativa derivada de su inscripción en el Registro de

<sup>7</sup> En el Fundamento Jurídico 11 de la STC 227/1988 se analiza si las Disposiciones Transitorias, y en concreto, la Tercera, vulneran o no las garantías del derecho de propiedad privada y de los derechos patrimoniales contemplados en el art. 33 de la Constitución. Considera el Tribunal que "tas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria".

<sup>8</sup> En la doctrina, se debe consultar a EMBID IRUJO, A. "La gestión de las aguas subterráneas...", cit., págs. 305 y ss. en donde analiza la función social y el contenido en la propiedad de las aguas subterráneas, así como a MARTIN-RETORTILLO, S. "Derecho de Aguas" cit., págs. 77 y ss.

<sup>9</sup> A diferencia de la Ley Canaria de Aguas en la que el aprovechamiento temporal de aguas privadas da derecho a la obtención de una concesión conforme a la Ley.

<sup>10</sup> En cuanto a la ilegitimidad del trato desigual que se dispensa a quienes opten por mantener la titularidad de sus derechos de naturaleza privada, al negarles la protección administrativa que depara la inscripción en el Registro de Aguas, el Tribunal Constitucional, en el Fundamento 8 de la sentencia 227/1988 defiende que "la Administración no tiene la carga de suministrar una protección específica a derechos que ella misma no ha otorgado, que no han sido previamente acreditados ante la misma y que, en última instancia, afectan a bienes ajenos a su titularidad".

Aguas. Además están sometidos a las limitaciones cuantitativas y cualitativas que explicaré en el siguiente apartado. No obstante, se establece en el art. 195.2 RDPH la obligación de declarar su existencia al Organismo de Cuenca correspondiente. Se estableció el plazo de 3 años a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas. Plazo que no resultó suficiente y en el que no se han producido los resultados esperados.

Conscientes del problema y el obstáculo que supone en el desarrollo de una correcta y efectiva política hidráulica en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 10/2001, de 5 de julio del Plan Hidrológico Nacional se ha establecido el cierre del período de inscripción para los titulares de aprovechamientos de aguas privadas. Se otorga un plazo improrrogable de tres meses contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley para solicitar su inclusión en el catálogo de Aguas de cuenca. Transcurrido este plazo sin haberse cumplimentado esta obligación no se reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas si no es en virtud de resolución judicial firme.

No hay que olvidar que frente a esta situación, los titulares de aguas privadas siguen teniendo la protección del Registro de la Propiedad prevista en los artículos 66 del Reglamento Hipotecario.

Si optan por el aprovechamiento temporal de aguas privadas, tienen una limitación temporal de 50 años, las mismas limitaciones cuantitativas y cualitativas, pero tendrán la protección administrativa que a los otros se les ha negado.

Brevemente conviene recordar el significado y alcance de la protección administrativa registral. Se caracteriza por que las inscripciones realizadas tienen solo valor declarativo. La Administración no podrá otorgar concesiones ni autorizaciones que contradigan al Registro de Aguas. La inscripción registral será medio de prueba de la existencia y situación de la concesión y sus titulares podrán interesar la intervención del Organismo de cuenca competente en defensa de sus derechos (art. 80 TRLA).

## V. LIMITACIONES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

### 1. PROHIBICIÓN DE INCREMENTAR LOS CAUDALES TOTALES UTILIZADOS Y DE MODIFICAR LAS CONDICIONES O RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO

A pesar de las lagunas, fallos o críticas imputables al régimen transitorio, no hay que olvidar el principio rector de la reforma que comen-

zó con la Ley de Aguas de 1985 y que determina el actual Derecho de Aguas en España: todas las aguas han de someterse al mismo régimen jurídico. La declaración de dominio público hidráulico conlleva la unificación de los títulos jurídicos que venían y vienen permitiendo el aprovechamiento de las aguas.

En consonancia con esta idea, en el apartado 3 de las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª se establecen unos límites cuantitativos y cualitativos aplicables a cualquiera de los titulares de derechos preexistentes, tanto si mantienen su derecho en la misma forma que hasta ahora, como si lo han inscrito como aprovechamiento temporal de aguas privadas. El texto es el siguiente: "En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley".

La redacción de este apartado ha dado lugar a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales más diversas. Sin embargo, hay que partir de su constitucionalidad, ya que el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 12 de la Sentencia 227/1988 se pronunció en los siguientes términos. Frente a la alegación de que se produce una limitación permanente de la facultad de aprovechamiento de recursos hidráulicos ya apropiados por los particulares, al no poder aumentar el caudal de agua propio, y que se expropian las facultades de libre disposición del propietario ya que toda modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, el Tribunal reconoce que con esta limitación "solo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores que eventualmente podían obtenerse [...] En definitiva, 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".

Para el Tribunal no existe expropiación forzosa por el hecho de que la concesión que haya de obtenerse en caso de incremento de los caudales totales utilizados o de modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento se extienda obligatoriamente a la totalidad de la explotación ya que esta decisión "corresponde libremente al interesado, lo que por sí sola excluye su carácter expropiatorio".

Aun siendo tan radical el Tribunal Constitucional en sus argumentos todavía no queda claro el alcance de esta norma. Baste citar como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2000 (R.A. 43), en la que,

sin perjuicio de un comentario más detallado, considero que el Tribunal ha olvidado la aplicación del apartado 3 de la Disposición Transitoria Tercera, según el cual es necesaria la concesión puesto que efectivamente ha existido una alteración del régimen de aprovechamiento<sup>11</sup>.

En este apartado tercero hay que incluir, aunque el legislador lo omitió, la realización de obras para mantener el aprovechamiento preexistente. El Tribunal Constitucional en la Sentencia 17/1990 de 7 de febrero, se pronunció sobre la constitucionalidad de la Ley de Aguas de Canarias en su Fundamento Jurídico 14 reconociendo que "la prohibición prevista en la disposición transitoria tercera de la Ley estatal de Aguas del incremento de 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 de aprovechamiento". No obstante, la doctrina matiza que solo han de incluirse las obras que representen un aumento del caudal y por lo tanto el particular podrá realizar aquellas que no produzcan tal efecto, por ejemplo, las que se realicen para garantizar la explotación de los caudales anteriormente aprovechados.

## 2. APLICACIÓN DE LAS LIMITACIONES DEL USO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

Para terminar de configurar el régimen de los derechos preexistentes es necesario analizar el apartado 4 de las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª, según el cual, "En todo caso, a los aprovechamiento de aguas a que se refiere esta disposición

transitoria les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a limitaciones del uso del dominio público hidráulico".

La justificación que se debe hacer de esta norma es sencillamente una manifestación de la nueva concepción del derecho de propiedad, desde el momento en que el legislador reconoce la existencia de los aprovechamientos privados basados en títulos adquiridos conforme a la legislación anterior, estos deben someterse a las decisiones administrativas constituyendo una delimitación del dominio privado. Siempre que esta clase de medidas se adopte con la debida generalidad, no constituye privación singular de derechos, sino tan solo aplicación de una previsión legal que forma parte del estatuto jurídico de las aguas de dominio privado (STS de 27 de abril de 2001 -R.A. 4223-).

En concreto, las medidas de carácter temporal adoptadas al amparo del art. 56 de la Ley de Aguas de 1985 (art.58 TRLA), no son expropiatorias o limitativas de derechos adquiridos, sino que se trata de meras limitaciones de uso, que definen el contenido de la propiedad privada (STS de 20 de enero de 2001 -R.A. 3820-).

En consecuencia, no solo son aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos y los usos del agua en casos de sequía grave o de urgente necesidad, sino que tal aplicabilidad tendrá la extensión y el alcance previstos para las aguas de dominio público.

En la Ley 46/1999 que reformó la Ley de Aguas de 1985 se volvió a hacer referencia a los derechos adquiridos, y en concreto a los de la Disposición Transitoria Tercera, en la Disposición Adicional 2ª (actualmente se ha trasladado el texto a la Disposición Adicional 7ª TRLA, con la adaptación al nuevo Texto Refundido), en el apartado 2 dispone que "... estarán sujetos a las restricciones derivadas del Plan de ordenación para la recuperación del acuífero o las limitaciones que en su caso se establezcan en aplicación del artículo 58, en los mismos términos previstos para los concesionarios de aguas, sin derecho a indemnización".

Con esta norma vuelve a quedar de manifiesto la intención del legislador de someter al mismo régimen jurídico todos los aprovechamientos de aguas y por lo tanto, también las medidas adoptadas, en este caso ante la sobreexplotación de acuíferos, afectarán a todos los titulares de aprovechamientos de aguas y no solo a los concesionarios.

En esta misma norma se introdujo el reconocimiento legal expreso de la no indemnización a los titulares de aprovechamientos de aguas, al

<sup>11</sup> Se plantea una alteración en el régimen de aprovechamiento, pero no como consecuencia de un aumento de caudales, sino que por sustitución del sistema de riego se consiguió disminuir el caudal utilizado y declarado en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas y por ello solicitaban aumentar la superficie regable. Los interesados solicitaron la modificación de la inscripción que fue denegada argumentando que el incremento de la superficie regable requería la oportuna concesión. Se recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictando sentencia estimatoria que anuló los actos administrativos de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y ordenó que se incluyera en el Catálogo la modificación del aprovechamiento. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestimó, entre otros motivos, por considerar que si prosperase la interpretación de la Administración, se producirían paradójicamente unos efectos contrarios a los que la Ley de Aguas aspira a alcanzar como es conseguir que los regantes disminuyan el caudal, así como por considerar que al optar por el aprovechamiento temporal de aguas privadas se les está reconociendo por un plazo de cincuenta años.

prever que los mencionados "titulares de derechos de aguas privadas" no tendrán derecho a la indemnización por las alteraciones que puedan producirse a consecuencia de las medidas contempladas en el Decreto que acuerde el Gobierno ante la sobreexplotación grave de acuíferos o similares estados de urgencia o necesidad. Así, el legislador ha puesto fin a una importante controversia doctrinal y jurisprudencial en el ámbito del Derecho de Aguas y que se centraba en determinar si la reducción o suspensión del aprovechamiento en situaciones de crisis del acuífero se debían calificar como medidas expropiatorias o limitativas de los derechos adquiridos y, en consecuencia, generar la correspondiente obligación de indemnización por parte de la Administración Pública.

En este tema hay que destacar el trabajo realizado por BARRIOBERO MARTÍNEZ<sup>12</sup> en el que comenta las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1996 (RA 395) y de 14 de mayo de 1996 (RA 4368) en las que se enjuicia un supuesto de declaración de sobreexplotación grave del acuífero del Campo de Montiel que dio lugar a la aprobación del Real Decreto 393/1988 en virtud de lo dispuesto en el art. 56 LA y en el que se incluye, entre otras medidas, la suspensión de las extracciones de aguas subterráneas con destino a regadíos. En ambas sentencias, el Tribunal admite el pago de la indemnización por la Administración aunque utiliza indistintamente el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y el de la expropiación forzosa. Y ello es así porque reconoce que la adopción de esas medidas implica la existencia de una limitación singular o privación de derechos por causa de utilidad pública o interés social.

Sin embargo, a partir de la Sentencia de 18 de marzo de 1999 (RA 3153)<sup>13</sup>, el Tribunal Supremo marcó el comienzo de una línea jurisprudencial más acorde con las opiniones actuales y ma-

yoritarias sobre la propiedad y el derecho de aprovechamiento. Se trata de las Sentencias de 27 de abril de 2001 (R.A. 4223), 20 de enero de 2001 (R.A. 3820), 15 de noviembre de 2000 (R.A. 144), 19 de septiembre de 2000 (R.A. 7426) en las que toma como punto de partida en su argumentación el reconocimiento de que las limitaciones al contenido del derecho de propiedad establecidas en el apartado 4 de la disposición transitoria tercera son de aplicación a todos los titulares de aprovechamientos sobre aguas privadas que prevé el régimen transitorio y recuerda que el Tribunal Constitucional en Sentencia de 29 de noviembre de 1988, estableció que el apartado 4 carece de virtualidad expropiatoria "por tratarse de prescripciones generales que delimitan el derecho de propiedad privada conforme al art. 33.2 de la Constitución, de acuerdo con la función social que los bienes sobre los que recae están llamados a cumplir". El Tribunal defiende la aplicación de la nueva concepción del derecho de propiedad al estatuto jurídico de las aguas privadas subterráneas, lo que implica unas limitaciones de uso y aprovechamiento. El sometimiento de la propiedad de las aguas a decisiones administrativas constituye una delimitación ordinaria del dominio privado, por lo tanto las medidas que se adopten en virtud del art. 56 LA son tan solo la aplicación de una previsión legal que forma parte del estatuto jurídico de las aguas de dominio privado. En consecuencia, solo se podrá obtener indemnización en estos casos cuando se produzca una privación o limitación singular del aprovechamiento de las aguas (expropiación forzosa), o bien cuando se haya producido un daño al titular del aprovechamiento concurren los requisitos para la aplicación del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, pero con independencia de la condición pública o privada de las aguas<sup>14</sup>.

## VI. FUTURO DE LOS DERECHOS PREEXISTENTES

Desde la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 hasta hoy han transcurrido 16 años en los que, lejos de ir aclarándose la situación de los derechos preexistentes, se ha com-

<sup>12</sup> "La sobreexplotación grave de los acuíferos (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y de 14 de mayo de 1996). RAP, 1997, págs. 219 y ss.

<sup>13</sup> Esta sentencia se sitúa en la línea marcada por el voto particular que formuló el Magistrado Excmo. Sr. Don J. E. Peres Morate en la STS de 14 de mayo de 1996 (RA 4368) y en el argumento esbozado en su día por la STS 12 de julio de 1993 (RA 6191) al señalar expresamente en el Fundamento Jurídico 5 que "...las medidas que adopta, no pueden considerarse expropiatorias o limitativas de derechos adquiridos [...]. El respeto de los derechos adquiridos se concilia con esa limitación que se inscribe en la función social de la propiedad según el art. 33.2 de la Constitución en situaciones de urgente necesidad, anómalas o excepcionales".

<sup>14</sup> Tal y como sucedió en la STS de 6-10-1998 (RA 7814) en la que se reconoce responsable a un Ayuntamiento que prescindiendo de las competencias de la Administración Hidráulica, e incumpliendo la legislación en materia de aguas, realiza extracciones excesivas que producen daños al concesionario de una piscifactoría, originando la muerte de peces de la misma.

plicado aún más su situación tal y como he ido poniendo de manifiesto en epígrafes anteriores.

A este panorama hay que añadir dos circunstancias que, sin duda, supondrán una alteración en la dinámica del Derecho de Aguas en España, y por tanto también repercutirán en el ejercicio de los derechos que han resultado del régimen transitorio. Me estoy refiriendo a la regulación de la cesión de derechos al uso privativo de las aguas y a la aprobación del Plan Hidrológico Nacional.

## 1. LA CESIÓN DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS

Con la Ley 46/1999 se incorpora esta nueva figura a nuestro ordenamiento jurídico con la finalidad de flexibilizar el actual régimen concesional y permitir optimizar socialmente los usos de un recurso escaso. Con ella quedó abierto el debate acerca de si existe o no un mercado de aguas en nuestro país.

El problema fundamental que nos interesa plantear en este trabajo es determinar cuál es el ámbito del art. 67 TRLA ya que en su apartado 1 establece que "los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas podrán ceder con carácter temporal a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido en el plan hidrológico de la cuenca correspondiente o, en su defecto, en el art. 60 de la presente Ley, previa autorización administrativa, la totalidad o parte de los derechos de uso que les correspondan".

¿A qué titulares se refiere el legislador junto a los concesionarios? Tal y como se establece en el art. 52 TRLA el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa. Según esto quedarían al margen de este contrato los titulares algún derecho de aprovechamiento resultante de la aplicación de las Disposiciones Transitorias.

Sin embargo, en la doctrina ha incluido a los titulares de derechos de aprovechamiento adquiridos por usucapión al amparo de la legislación de aguas de 1789 desde el momento en que son titulares de un derecho de uso privativo del dominio público hidráulico, si bien el problema se centraría en determinar de qué manera se pueden acreditar y si es o no exigible que el aprovechamiento esté inscrito en el Registro de Aguas para que la Administración Hidráulica lo autorice<sup>15</sup>.

Más discusiones genera el admitir la cesión de los derechos resultantes de la opción de las Disposiciones Transitorias. Algunos autores dan una respuesta negativa argumentando que estas se refieren a derechos sobre aguas privadas<sup>16</sup>. Otros, la admiten, pero poniendo de manifiesto las incongruencias que se producirían al tenerse que adaptar la cesión a las condiciones legales y la necesidad de autorización administrativa previa<sup>17</sup>.

Considero que desde el momento en que los titulares de algún derecho de los surgidos por aplicación de las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª soliciten la cesión de sus derechos, se estaría produciendo una modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, por lo que sería necesaria la correspondiente concesión y en este caso ya sí sería posible la celebración del contrato de cesión<sup>18</sup>.

## 2. LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA

Tal y como establece el art. 40 TRLA, la planificación hidrológica tendrá por objetivos generales, entre otros, conseguir el buen estado ecológico del dominio público hidráulico. Según esto poco o nada puede afectar la planificación a los derechos preexistentes sobre aguas privadas. Sin embargo, estos no se pueden obviar si se pretende conseguir un inventario de los recursos hidráulicos, los usos y demandas existentes y previsibles tal y como se establece en las normas que regulan los planes hidrológicos de cuenca.

Considero que el mayor obstáculo no es tanto la convivencia de distintos tipos de aprovechamientos, sino la ignorancia de los existentes o de los que se pueden llegar a producir y el descontrol por parte de la Administración Pública Hidráulica. Hasta que no se consiga actualizar el Registro de Aguas y el Catálogo de Aprovechamientos privados no será totalmente efectiva ninguna de las medidas ni objetivos marcados en la Ley del Plan Hidrológico Nacional. No en vano se ha incorporado en la Disposición Transitoria Segunda el cierre del período de inscripción para los titulares de aprovechamientos de aguas privadas.

Granada, noviembre de 2002

<sup>15</sup> En este sentido, MENÉNDEZ REXACH, A. "Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas". en *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*, obra dirigida por EMBID IRUJO, A., 2002.

<sup>16</sup> MENÉNDEZ REXACH, *op. cit.*, pág. 8

<sup>17</sup> DEL SAZ, "Aguas subterráneas". Ponencia presentada a Jornadas sobre Derecho de Aguas, celebrado en A Coruña, en octubre de 2000.

<sup>18</sup> En este sentido, aunque no coincide del todo, se puede consultar a VÁZQUEZ, C. "La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos de agua" en "La reforma de la Ley de Aguas", dirigido por EMBID IRUJO. Madrid, 2000, pág. 198 y ss.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Barriobero Martínez, I. "La sobreexplotación grave de los acuíferos (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y de 14 de mayo de 1996). RAP, 1997, págs. 219 y ss.
- De la Cuétara, "El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España", Madrid, 1989.
- Del Saz, S. "Aguas subterráneas, aguas públicas" Madrid, 1990. "Aguas subterráneas". Ponencia presentada a Xornadas sobre Dereito de Augas, celebrado en A Coruña, en octubre de 2000.
- Martin-Retortillo, S. "Derecho de Aguas". Madrid, 1997.
- Menéndez Rexach, A. "Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas", en *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*, obra dirigida por Embid Irujo, A., 2002.
- Vazquez, C. "La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos de agua" en "La reforma de la Ley de Aguas", obra dirigida por Embid Irujo. Madrid, 2000, pág. 198 y ss.