

Propiedad, aprovechamiento y Registro en la legislación de aguas española e iberoamericana

SUMARIO: I. LA LEGISLACIÓN DE AGUAS EN ESPAÑA Y EN IBEROAMÉRICA: 1. INFLUENCIAS LEGISLATIVAS INICIALES Y CAMBIOS POSTERIORES. 2. REPERCUSIÓN DE LAS ORGANIZACIONES ESTATALES EN LAS LEGISLACIONES DE AGUAS.—II. EL CAMBIO HACIA UNA MAYOR SEMEJANZA DE LOS SISTEMAS DE ORDENACIÓN LEGAL DEL AGUA COMO CONSECUENCIA DE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS.—III. LA PROPIEDAD DEL AGUA: 1. DERECHO ESPAÑOL: 1.1. *La propiedad en relación con su objeto.* 1.2. *El dominio de las aguas superficiales y subterráneas en la Ley de Aguas de 1879 y en el Código Civil.* 1.3. *Repercusión de la Constitución en la configuración de la propiedad del agua.* 1.4. *La propiedad del agua en la Ley de 1985.*—2. DERECHO IBEROAMERICANO.—IV. EL APROVECHAMIENTO DEL AGUA: 1. ESTRUCTURA. 2. DERECHO ESPAÑOL: 2.1. *Aprovechamiento de aguas públicas objeto de concesión.* 2.2. *Aprovechamiento de aguas inherente al dominio de los fundos.* 2.3. *Aprovechamiento temporal de aguas privadas por opción de la inscripción en el Registro de Aguas.* 2.4. *Aprovechamientos de aguas de propiedad ajena existente el 1 de enero de 1986:* 2.4.1. *Aprovechamiento derivado de un derecho real de servidumbres.* 2.4.2. *Aprovechamiento derivado de convenio.* 2.4.3. *Aprovechamientos sobre aguas sobrantes según la legislación derogada.*—3. DERECHO IBEROAMERICANO.—V. LA CONVERSIÓN LEGAL DE LA PROPIEDAD DEL AGUA EN DERECHO DE APROVECHAMIENTO SOBRE LA MISMA: 1. DERECHO ESPAÑOL. 2. LEGISLACIONES IBEROAMERICANAS.—VI. LA INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DEL AGUA EN LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS E INMOBILIARIOS: 1. SITUACIONES JURÍDICAS INSCRIBIBLES: 1.1. Derecho español: 1.1.1. *Inscripciones en el Registro de aguas.* 1.1.2. *Inscripciones en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas.* 1.1.3. *Inscripciones en el Registro de la Propiedad:* 1.1.3.1. *Inscripciones de derechos de propiedad del agua.* 1.1.3.2. *Inscripciones de derechos de aprovechamiento del agua en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria.*—1.2. *Derecho iberoamericano.*—2. FUNCIÓN DE LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS: LA DETERMINACIÓN CONTINUADA DE LA EXTENSIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE EL AGUA. 3. FUNCIÓN DE LOS REGISTROS INMOBILIARIOS

EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SOBRE EL AGUA: 3.1. *Principio de especialidad. La conexión con el Registro administrativo.* 3.2. *Alcance de la protección registral inmobiliaria y su relación con la tutela administrativa.*—VII. CONCLUSIONES.

I. LA LEGISLACIÓN DE AGUAS EN ESPAÑA Y EN IBEROAMÉRICA

Para un estudio comparado de las tres instituciones jurídicas que nos proponemos analizar en la legislación española e iberoamericana de aguas, es indispensable referirse brevemente a las características generales del Derecho de Aguas de estos países. Podemos prescindir de la legislación brasileña, inspirada en la de Portugal, así como de las de algunos países sudamericanos o centroamericanos inspiradas en las legislaciones de Gran Bretaña, Francia y Países Bajos, limitándonos a considerar únicamente los regímenes jurídicos del agua de influencia española que presentan un mayor interés respecto de las materias jurídico-privadas objeto de nuestro estudio.

De la legislación española bastará recordar que hasta el 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la nueva Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985, ha estado vigente la Ley de 13 de junio de 1879, que, a su vez, salvo en el hecho de haber prescindido de la regulación de las aguas marítimas, era reproducción casi exacta de la Ley de 3 de agosto de 1866, considerada por la doctrina como uno de los textos modélicos de nuestro Derecho, en particular por su Exposición de Motivos. Hasta la nueva Ley de 1985 coexistieron en el sistema español las aguas públicas y privadas, relacionadas en los artículos 407 y 408 de nuestro Código Civil que, conforme a la Ley de 11 de mayo de 1888, intentó recoger las bases en que descansaban los conceptos especiales de determinadas propiedades como las aguas. El Derecho español de aguas vigente hasta finales de 1985 ha diferido sustancialmente del de los otros países de nuestra área geográfica, en los que los dueños de los predios ribereños de los ríos (normalmente los no navegables o flotables) podían aprovechar el agua sin necesidad de concesión o autorización administrativa mientras éstas eran necesarias en España.

La legislación de aguas de los países hispanoamericanos ha sido objeto de importantes reformas en las últimas décadas y continúa abierto en muchos de ellos el proceso de adaptación de su Derecho a las nuevas exigencias científicas, técnicas y socioeconómicas de la ordenación y gestión del agua. Inicialmente, dice VALLS (1), la legislación promovió la

(1) *La legislación del agua en los países de la América del Sur*, FAO, Estudio legislativo núm. 19, 1980, pág. 2.

expansión del uso del agua, para lo que ofrecía al usuario una seguridad jurídica y una libertad de acción que afianzaba reconociéndole prerrogativas iguales o similares a las que tenía la propiedad civil. Asimismo, el medio para constituir o ejercer tales derechos era muy sencillo. La Ley se los atribuía a los propietarios de determinados inmuebles, a determinada clase de usuarios, o bien permitía ejercerlos libremente sobre determinadas fases del ciclo hidrológico.

1. INFLUENCIAS LEGISLATIVAS INICIALES Y CAMBIOS POSTERIORES

Las Leyes de Indias del siglo XVI dispusieron que las aguas, montes y pastos fueran comunes, y las Ordenanzas que los reyes de España dictaron para sus posesiones en América acentuaron el interés público y el poder de decisión del Estado (2). La influencia en la legislación española de aguas fue notable, pues países como Bolivia, Perú y Uruguay la siguieron casi al pie de la letra, y Cuba, en su Código Civil, reprodujo las disposiciones del Código español sobre la materia (3). Sin embargo, el movimiento codificador del siglo XIX introdujo en muchos países tendencias privatísticas derivadas del Código Civil francés, basado en los derechos de los ribereños sobre las aguas de los ríos no navegables, influyendo también en el Texto Único italiano de 1933, que considera públicas todas las aguas que tengan o adquieran aptitud para los usos de interés público general. Más recientemente, la difusión de modelos legislativos promovida por las organizaciones internacionales ha motivado que Perú, Chile, Ecuador y Colombia hayan sancionado Códigos o Leyes de Aguas o de Recursos Naturales Renovables que han supuesto la extensión del dominio público a todo el agua.

2. REPERCUSIÓN DE LAS ORGANIZACIONES ESTATALES EN LAS LEGISLACIONES DE AGUAS

La Ley Federal de Aguas de México de 1971 regula las aguas interestatales, que son la mayoría de ese país, y en Argentina, también país federal, es el Código Civil el que define qué aguas son públicas y cuáles privadas, compitiendo a los legisladores provinciales establecer el régimen

(2) Ver la obra citada de VALLS y la conferencia inaugural del I Congreso Nacional de Derecho de Aguas (Murcia, mayo 1982); de G. J. CANO, *La legislación iberoamericana de aguas*, de las cuales tomo los datos que resumo a continuación en el texto.

(3) M. S. MARIENHOFF, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1971, pág. 119.

legal de las aguas públicas, excepto en la materia de navegación fluvial interprovincial o internacional que es de competencia del legislador nacional. Basándose en la reforma del Código Civil de 1968, muchas provincias han declarado públicas las aguas subterráneas y casi todas ellas han dictado leyes especiales de aguas, pudiendo destacar, en las últimas décadas, el Código de Aguas de Córdoba (obra de Joaquín López) y el Código de los Recursos Naturales de Corrientes (obra de Guillermo J. Cano).

También en España el Estado de las Autonomías ha propiciado la aparición de leyes especiales en materia de aguas, aunque con un alcance distinto a las de las provincias argentinas. Varias Comunidades Autónomas han dictado leyes para gestionar la lucha contra la contaminación del agua, pero únicamente la comunidad canaria ha aprobado una Ley de Aguas reguladora de todo el régimen jurídico de este recurso (la Ley 22/1990, de 26 de julio), con particularidades interesantes en la materia objeto de nuestro estudio, pero que ha partido del presupuesto de la demanialidad de todas las aguas continentales impuesto por la Ley estatal en su disposición adicional tercera.

Queda, pues, consignada la complejidad de la legislación que debemos comparar. En un trabajo de síntesis relativo a la propiedad, aprovechamiento y Registro del agua, debemos limitarnos a recoger las que consideramos líneas fundamentales de las tres instituciones, prescindiendo de las múltiples deferencias de matiz que los alejarían de una visión de conjunto y de la exposición del que creemos constituye un proceso paralelo del desarrollo de las legislaciones de aguas en España y en Iberoamérica, lógico por otra parte porque, como pasamos a considerar, son similares en todos estos países los problemas que esa legislación ha debido afrontar.

II. EL CAMBIO HACIA UNA MAYOR SEMEJANZA DE LOS SISTEMAS DE ORDENACIÓN LEGAL DEL AGUA COMO CONSECUENCIA DE LOS AVANCES TECNOLÓGICOS

Siendo el agua el elemento natural más importante de nuestro planeta, puesto que ha permitido la aparición y la conservación de la vida misma, es lógico que haya existido siempre la preocupación por su *ordenación racional para el bien común* por la *regulación legal* de sus usos. Pero este interés se ha incrementado en las últimas décadas, coincidiendo con los coetáneos avances tecnológicos, precisamente porque la técnica tiene, como Jano, dos caras: gracias a los avances científicos conocemos mejor el mundo en que vivimos (el ciclo natural del agua, el comportamiento de las aguas subterráneas en los sistemas acuíferos o unidades hidrogeológi-

cas, la interrelación de los recursos hídricos en sus diferentes estados y situaciones...) y podemos tener a nuestro alcance medios técnicos capaces de mejorar la regulación hidrológica y los sistemas de riego, de prevenir las avenidas fluviales e inundaciones, de luchar contra la salinización, contaminación o sobreexplotación, etc.; pero el progreso y el desarrollo económico que la tecnología permite llevan también aparejados el incremento de la contaminación de las aguas, la mayor salinidad de tierras y aguas, la sobreexplotación de acuíferos, la escasez generalizada de recursos cada vez más demandados y tantos otros problemas que preocupan en la gran mayoría de los países de la tierra y, por supuesto, en España y en las naciones iberoamericanas sin excepción alguna, aunque gocen de condiciones climáticas que podrían hacernos suponer otra cosa.

Estos problemas comunes exigen soluciones análogas y, por consiguiente, medidas legales también semejantes entre sí que se fundamentan en los criterios de ordenación racional del agua, reconducibles a los tres siguientes principios: 1) Un principio marco de unidad e interrelación de todos los recursos naturales: la interdependencia entre el agua y los demás recursos naturales es algo evidente, puesto que la tierra de cultivo, la flora y la fauna, los yacimientos minerales, la energía y la atmósfera se manifiestan en íntima relación con el agua, integrando esa unidad superior que es la propia naturaleza, algo tan real y fundamental como la unidad del habitat humano y hasta del propio hombre. 2) Un principio funcional, derivado de la unidad del ciclo hidrológico, concretado en la necesidad de realizar planteamientos sistemáticos en la gestión del agua: un sistema se caracteriza por la existencia de un conjunto de elementos y de relaciones entre ellos, de modo que ese conjunto se presenta como una totalidad (4); pues bien, en última instancia, el planteamiento sistemático de la ordenación del recurso agua se fundamentará en la unidad del denominado ciclo hidrológico, y algunas aplicaciones concretas de este planteamiento podrían ser las siguientes: A) La utilización de los recursos hídricos supone siempre el tomarlos del medio físico, el usarlos y el restituirlos (en mayor o menor cantidad y, a veces, en su totalidad) al mismo medio. Esta triple fase constituye el sistema mismo de utilización del recurso, en el que se produce una doble afección del medio natural: la captación del recurso y su vertido. B) Las aguas superficiales y las subterráneas aparecen muchas veces interrelacionadas físicamente y normalmente deben ser consideradas

(4) La concepción sistémica —estructural, dinámica y abierta, del mundo y de la vida— está cada vez más extendida, tanto en las ciencias naturales como en las sociales, contribuyendo, por otra parte, a superar esta dicotomía y a favorecer el sentido de la unidad de la ciencia, adaptándola —a su vez— a la medida del hombre y de las comunidades humanas.

de modo conjunto a efectos de su mejor administración y gestión (5). C) Sin perjuicio de esa interrelación de las aguas superficiales y subterráneas, estas últimas se presentan en la naturaleza formando normalmente los denominados sistemas acuíferos, verdaderos embalses o depósitos subterráneos que constituyen conjuntos dinámicos de varios elementos (perímetro y demás datos de la geometría del acuífero, agua, roca, sondeos) y con suficiente autonomía a efectos de su explotación y gestión (6). D) Finalmente, otro aspecto de este planteamiento sistémico de la ordenación de los recursos hídricos tiene en cuenta las interacciones existentes entre los diferentes usos del agua. Al ordenar el recurso será necesario examinar los distintos usos de que es susceptible y las diferentes necesidades insatisfechas para atender todas las posibles mediante la reutilización de los caudales y las adecuadas multiplicidad y coordinación de usos. 3) Un principio territorial, conforme al cual la cuenca hidrográfica es la unidad básica para la ordenación del agua: junto a la unidad del ciclo hidrológico, en que se fundamenta el que hemos llamado principio funcional o sistémico de la ordenación del agua, la naturaleza presenta otra unidad básica de esta misma ordenación: la cuenca vertiente definida por el *divortium aquarum*. Este ámbito geográfico y topográfico es la mejor unidad física para la ordenación integral y coordinada de los recursos hídricos en sus diferentes usos y efectos y en sus relaciones con los demás recursos naturales (7).

(5) El Preámbulo de la Ley de Aguas de 1985 recoge este criterio al decir que "consideradas como recurso no cabe distinguir entre aguas superficiales y subterráneas. Unas y otras se encuentran íntimamente relacionadas, presentan una identidad de naturaleza y función y, en su conjunto, deben estar subordinadas al interés general y puestas al servicio de la Nación". Cuando el artículo 13 de la misma Ley recoge, como principio, el "tratamiento integral", debe estar refiriéndose también, de modo especial, a esta consideración conjunta de las aguas superficiales y subterráneas.

(6) La nueva Ley de Aguas parte de la realidad de esos acuíferos o embalses subterráneos como unidades hidrogeológicas que requieren una ordenación común de los actuales y potenciales aprovechamientos de cada uno y, en algunos supuestos, una organización de los usuarios para la gestión conjunta de los aprovechamientos del mismo acuífero. Frente a los criterios de accesoriedad de las aguas subterráneas respecto del fondo, de atribución de las mismas al alumbrador y del establecimiento de prioridad entre los distintos alumbramientos —típicos de la LA de 1879—, la Ley de 1985 se inspira en el criterio de solidaridad o comunidad de intereses, entre los usuarios del agua del mismo acuífero, para la solución de las cuestiones surgidas entre ellos.

(7) El Tribunal Constitucional, en el fundamento 15 de la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, se ha hecho eco de los criterios lógico, técnico y de experiencia que amparan este principio de unidad de gestión de cada cuenca hidrográfica, entendida tal como la define el artículo 14 de la Ley de Aguas. Según el criterio lógico —dice el TC—, no parece lo más razonable compartimentar el régimen jurídico y la administración de las aguas de cada curso fluvial y sus afluentes por el condicionamiento recíproco de los usos y aprovechamientos: este condicionamiento no sólo se produce aguas arriba, sino también aguas abajo, pues los aprovechamientos concedidos en el tramo inferior o final

La similitud de soluciones legales para resolver los problemas del agua podremos colegirla del análisis de las tres instituciones objeto de nuestro estudio en las diferentes legislaciones, que es lo que pasamos a considerar.

III. LA PROPIEDAD DEL AGUA

El agua es un bien abundante, pero, desafortunadamente, cada vez más escaso, y tan importante y tan peculiar que se hacen difícilmente aplicables a los recursos hídricos muchas de las categorías jurídicas que utilizamos para referirnos a otros bienes. Empezando por las propias características definitorias de las cosas como objeto de derechos (utilidad, apropiabilidad e individualidad) que al aplicarlas al agua nos revelan: una utilidad tan relevante que la hace objeto primordial del interés común; una apropiabilidad que debe ser para el aprovechamiento justo del recurso, pero no para un señorío y disponibilidad omnímodos, y una individualidad o existencia unitaria que procede siempre de la voluntad humana (nunca de la naturaleza del propio bien) mediante un acto de separación de un volumen o caudal del sistema natural en que se inserta. AMAT (8) ha realizado un encuadramiento del agua en la clasificación general de las cosas que resulta claramente demostrativo de su especial naturaleza jurídica, pues no es fácil examinar, en las más importantes divisiones de las cosas, cuáles son las que mejor se adaptan a este recurso; así, por ejemplo, dice, cuando se clasifica a las cosas en consumibles o no consumibles es fácil comprender que el agua, según circunstancias, puede encontrarse en cualquiera de ambos apartados, y a ello se debe, tal vez, que la legislación distinga entre aprovechamientos comunes (que normalmente no entrañan consumo de agua, como la navegación o flotación) y aprovechamientos especiales en los que el agua es consumida por sus titulares. Matizando más, podríamos observar que aunque haya usos del agua que prácticamente pueden calificarse de consumibles, en realidad siempre hay un re-

de un curso pueden impedir o menoscabar las facultades de utilización de las aguas en los tramos superiores. El criterio técnico es claro, puesto que las aguas de una misma cuenca —añade el TC— forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea. Finalmente, el criterio de experiencia es tanto internacional (puntos 11 y 12 de la Carta Europea del Agua de 1967: "el agua no tiene fronteras" y "la administración de los recursos hidráulicos debiera encuadrarse más bien en el marco de las cuencas naturales que en el de las fronteras administrativas y políticas) como nacional, pues la gestión del agua en España se ha articulado en torno a la unidad de cada cuenca desde que se adoptó una concepción global de la política hidráulica.

(8) Ver L. AMAT ESCANDELL, *Naturaleza jurídica del agua*, en el I Congreso Nacional de Derecho de Aguas, Murcia, 1984, págs. 115 y ss.

torno de una parte, mayor o menor, del agua consumida a la naturaleza. En cuanto a la fungibilidad, el agua lo es en general, puesto que es determinable por su medida (volumen, caudal) y sustituible siempre que esté suficientemente determinada en cantidad y calidad. No puede caber duda de que el agua es uno de esos objetos apropiables en el que concurren un elevado valor social y una naturaleza especialísima que, jurídicamente hablando, se podría concretar en dos aspectos: 1) Las aguas vivas o estancadas son calificadas de bienes inmuebles (art. 334.8.º CC), aunque bien podrían ser consideradas bienes muebles, ya que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidas (art. 335 CC). No sólo es que se puedan transportar de un punto a otro, sino que, en la naturaleza, las aguas corrientes están en continuo movimiento y su valor está en buena parte vinculado a esa movilidad, pues de ella dependerán sus posibilidades de autodepuración y de utilización o aprovechamiento. Precisamente se llaman aguas vivas a las corrientes, en las que se da esa movilidad, y muertas a las estancadas (9); 2) En buena medida, la titularidad de los derechos sobre el agua se ha hecho depender de la del suelo que la contiene o por la que circula: dominio público o privado del agua según fuera la naturaleza de los terrenos, derechos de riberaneidad, accesión o accesoriedad de las aguas subterráneas respecto del fundo bajo el que se encuentran, etc. Cuando lo lógico no es esto, pues el agua en la naturaleza se resiste a cualquier deslinde hecho en función de la titularidad de los fondos aledaños o superficiales y cualquier aprovechamiento de una corriente o de un acuífero repercute necesariamente en los demás aprovechamientos de la misma corriente o el mismo acuífero, que, a su vez, muchas veces están interrelacionados.

Ya la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866 reconocía que el agua es de índole tan especial y se diferencia de tal manera de las demás cosas sujetas al dominio del hombre, en el que no siempre es posible retenerla indefinidamente, que ha dado ocasión a empeñadas cuestiones sobre la naturaleza y límite de su dominio. Y no faltan autores que, como EULA, estiman que hablar de la propiedad de las aguas es, cuando menos, impropio, en cuanto el agua, considerada como elemento, parece no susceptible de verdadera propiedad. Se trata de un elemento primario, vivo, casi de una *forza* a la que todos deben poder tener acceso por las exigencias inevitables de la vida: los hombres y las cosas, los hombres y la naturaleza. El agua es un elemento fluido: nace, discurre, se derrama en continuo movimiento hasta alcanzar el mar. Resulta, por tanto, no sus-

(9) Ver FUENTES BODELÓN, *Aguas continentales y medio ambiente (Derecho hidráulico español y comunitario)*, Madrid, 1988, págs. XXIX-XXX.

ceptible, por su misma configuración, de ser captada, sujeta, sometida a una propiedad exclusiva (10).

1. DERECHO ESPAÑOL

Es importante determinar el alcance de la propiedad privada del agua después de la nueva Ley de Aguas de 1985 desde el análisis de la configuración de este derecho en la legislación anterior, pero sin detenerse en esta legislación, sino completándola con la configuración que nos aportan las nuevas disposiciones, tanto constitucionales como especiales sobre la materia de aguas. Una interpretación y aplicación de las normas sobre la propiedad privada del agua en la Ley de 1879 y en el Código Civil que propugnara mantener enteramente los criterios jurisprudenciales o doctrinales anteriores a la Constitución de 1978 y a la Ley de Aguas de 1985 supondría la subsistencia de un sistema particular del dominio del agua incompatible con el régimen jurídico general de la utilización de este recurso, tal como ha quedado configurado por nuestro legislador.

1.1. *La propiedad en relación con su objeto*

El concepto de la propiedad privada como derecho absoluto e ilimitado que autoriza al titular para hacer libremente el uso que convenga a su interés, dice ROCA JUAN (11), está hoy más que superado; hace ya muchos años que se escribía que "siempre es lícito establecer un régimen particularísimo para los objetos que tienen un valor social"; y añade: en 1901, otro civilista —este español, notorio por sus anticipaciones— (12), partiendo de que en el concepto de la propiedad el elemento sustantivo no son las personas, sino las cosas, concluye que el verdadero valor jurídico de este concepto es "la forma reguladora de la libertad al accionar sobre las

(10) Ver PETROCCHI, en la voz *Acque (Diritto pubblico)*, *Noviss. Dig. it.*, que cita a EULA, del que recoge, además de las transcritas en el texto, estas otras observaciones: si el agua surge, si se manifiesta en un fundo determinado, puede ser meramente circunstancial, por una grieta u otro accidente del terreno, por el que venga a brotar al exterior una vena móvil que proviene de bastante lejos, de las misteriosas reservas de la naturaleza, por lo que podría también manar en otro lugar, y, de cualquier modo, está destinada a fluir, a continuar su benéfico camino, en provecho de una secuencia interminable de hombres y de necesidades. Por esto, hablar de propiedad es inexacto. En realidad, más que de propiedad se puede hablar de utilización, de derecho de utilización.

(11) ROCA JUAN, *Propiedad y uso del agua*, en *I Congreso Nacional de Derecho de Aguas. La reforma de la Ley de Aguas*, Murcia, 1984, págs. 95 y ss.

(12) Debe referirse a A. COMAS en *La revisión del Código Civil español*, t. IV, Madrid, 1901, págs. 625 y ss.

cosas, forma que ha de ser modulada en consideración a la cosa misma. De manera que no hay propiedad sino "clases de propiedad", que son variantes de la utilización de las cosas, resultantes de la naturaleza especialísima que caracteriza a ciertas cosas u objetos apropiables". La especial naturaleza jurídica del agua como cosa tiene que haber repercutido de forma más o menos consciente, en que la configuración legal del dominio privado sobre la misma que tenemos que seguir buscando en las normas de la Ley de Aguas de 1879 y del Código Civil, en las Constituciones referentes a la propiedad en general y en las de la Ley de Aguas de 1985 que regulan la materia con nuevos criterios.

1.2. *El dominio de las aguas superficiales y subterráneas en Ley de Aguas de 1879 y en el Código Civil*

El Título I de la Ley de Aguas de 1879, con el enunciado "Del dominio de las aguas terrestres", regulaba en cuatro capítulos el dominio de las aguas pluviales, de las aguas vivas, manantiales y corrientes, de las aguas muertas o estancadas y de las aguas subterráneas. Aunque prescindía de la distinción entre aguas de dominio público y de dominio privado, calificaba como públicas o de dominio público las pluviales que discurrieran por barrancos o ramblas cuyos cauces fueran del mismo dominio público (art. 2), las que nacieran continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio, las continuas o discontinuas de manantiales o arroyos que corrieran por sus cauces naturales y los ríos (art. 4), así como los lagos y lagunas formados por la naturaleza que ocuparan terrenos públicos (art. 17). En cambio, al referirse al dominio de las aguas vivas, manantiales y corrientes que nacieron continua o discontinuamente, tanto en los predios de los particulares como en los de propiedad del Estado de las provincias o de los pueblos, el artículo 5 de la Ley de 1879 se limitaba a disponer que pertenecían al dueño respectivo para su uso y aprovechamiento mientras discurrieran por los mismos predios; en cuanto a las aguas muertas o estancadas, disponía el artículo 17 que eran de propiedad de los particulares, de los municipios de las provincias y del Estado los lagos, lagunas y charcos formados en terrenos de su respectivo dominio, mientras los situados en terreno de aprovechamiento comunal pertenecían a los pueblos respectivos.

Fue el Código Civil el que partió de la distinción entre aguas de dominio público y de dominio privado al relacionar unas y otras —con sus correspondientes cauces, lechos o álveos— en los artículos 407 y 408. Como consecuencia de esta diferente sistematización de la Ley de Aguas

y del Código surgieron interpretaciones distintas de los preceptos concretos de una y otro y, entre ellas, la que ahora nos importa en relación con el alcance y contenido de la propiedad privada del agua. Una primera opinión fue la de que sobre todas las aguas que nacían en los predios privados, incluso las de manantiales y arroyos (salvo el manantial que fuera cabeza de río, que tenía que ser considerado corriente pública), podía darse un derecho de propiedad pleno (13). Una segunda opinión consideraba que eran siempre públicas las aguas procedentes de manantiales que corrían por sus cauces naturales, quedando restringidas las aguas privadas a las continuas o discontinuas que nacían en predios de dominio privado sin constituir corrientes naturales y mientras discurrían por los mismos predios, añadiendo que el derecho sobre estas aguas se limitaba a un aprovechamiento de las mismas (14). Algunas posiciones intermedias consideraban que el derecho otorgado por el artículo 5.º de la Ley de Aguas de 1879 a los dueños de terrenos en que las aguas nacían era un derecho de dominio condicionado al aprovechamiento, de tal modo que si el dueño no las aprovechaba, las aguas pasaban a ser públicas y podían concederse como tales (15), que la Ley de 1879 parecía apoyar la tesis del aprovechamiento más que la de dominio, pero el Código Civil influyó decisivamente

(13) Esta posición fue mantenida por GAY DE MONTELLA y MASSÓ ESCOFET en su *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*, Barcelona, 1956, págs. 43-63 y 76-78; así, dicen en la página 77 de esta obra que la Ley, en su artículo 5.º, no habla más que del uso y aprovechamiento del agua nacida en el predio; pero este aprovechamiento imputa la libre disposición del agua que deriva del manantial sin ninguna limitación para el derecho de propiedad, excepto en el caso de que algún propietario de fundo inferior tuviera a su favor un título o un derecho fundado en prescripción. Últimamente ha sido defendida por MOREU BALLONGA en *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Jornadas de Zaragoza de la Asociación Internacional de Hidrogeólogos, Grupo Español, Zaragoza, 1988, pág. 544, manteniendo que el derecho sobre las llamadas aguas privadas era una verdadera propiedad bajo la normativa anterior, aunque propiedad debilitada por el artículo 14 de la Ley de Aguas de 1879, al ser posible la usucapición especial de año y día y la adquisición consiguiente de un derecho definitivo (no ya eventual) a la corriente (hasta el límite de 10 litros por segundo), que no era sino un derecho real de goce sobre la corriente de agua que necesariamente limitaba, como derecho real en cosa ajena, la propiedad privada del dueño de la corriente...; la usucapición ganada por aprovechamiento de aguas sobrantes durante veinte años hacía adquirir, sin el límite de los 10 l/s, un derecho "definitivo" de aprovechamiento de aguas públicas distinto del dominio o un derecho de aprovechamiento de la corriente de agua privada, sobre el que cabía dudar si era o no la misma propiedad privada sobre la corriente (págs. 529-530 de la obra citada).

(14) Es la posición sostenida por ALONSO MOYA en "Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado", *RAP*, 1951, págs. 40 y ss.; por S. MARTÍN RETORTILLO en "Sobre la reforma de la Ley de Aguas". *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al profesor Serrano y Serrano*, t. II, Valladolid, 1966, pág. 315, y por GUAITA en *Aguas, montes y minas*, edición de 1982, pág. 120.

(15) MENÉNDEZ REXACH, *Derecho de aguas en España* (en colaboración con GALLEGO ANABITARTE y DÍAZ LEMA), Madrid, 1986, pág. 454.

para que se impusiera la segunda (16), o que esta propiedad privada limitada al aprovechamiento era únicamente aplicable a las aguas subterráneas (17), a las que me referiré en particular un poco más adelante.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 227/1988 sobre la nueva Ley de Aguas, estima que es necesario advertir —en relación con el régimen jurídico de las que el CC (art. 408) denomina aguas de dominio privado— que, sin perjuicio de su calificación legal como aguas de "dominio privado", la legislación anterior a la nueva Ley de Aguas no establecía sobre ellas un derecho de propiedad reconducible al régimen general definido en el artículo 348 del Código Civil. La propiedad privada de determinadas aguas terrestres era ya en aquella legislación una propiedad especial sometida a límites estrictos en lo que atañe a las facultades del propietario. Así, el derecho del propietario de un predio sobre las aguas que nacen en éste —derecho accesorio, pues, a la propiedad fundiaria— se extiende a su "uso y aprovechamiento", mientras las aguas discurren por él (art. 412 CC y art. 5 LA 1879) y alcanza sólo a las aguas efectivamente utilizadas, pues las no aprovechadas y sobrantes entran en la condición de públicas. En consecuencia —añade el TC más adelante—, según la legislación general derogada por la Ley de Aguas ahora impugnada, el "dominio privado" sobre determinadas aguas superficiales se limitaba a una facultad de apropiación o de aprovechamiento privativo preferente, accesorio de la propiedad del predio en que nacen, de las aguas efectivamente utilizadas mientras discurren por sus cauces naturales en ese mismo predio (fundam. 6).

Por lo que se refiere a las aguas subterráneas (añade la STC 29 noviembre 1988), la Ley de 1879 atribuía al dueño de un predio "en plena propiedad" las que en él hubiere obtenido por medio de pozos ordinarios (arts. 18-21), y al que las hallare e hiciera surgir a la superficie del terreno por medio de pozos artesianos, socavones o galerías le reconocía el carácter de dueño de las mismas "a perpetuidad" (art. 22). Pero una cosa es la propiedad de las aguas ya alumbradas (art. 418 CC) y otra el derecho o facultad de alumbrar aguas subterráneas. Este último, igualmente accesorio a la propiedad del predio en cuyo subsuelo se hallaren las aguas, era también un derecho estrictamente limitado y condicionado a que no se distrajeran o apartaren "aguas públicas o privadas de su corriente natural" (fundam. 6). Algo más adelante, en el fundamento 12, se refiere el TC —*obiter dicta*— al derecho a alumbrar aguas subterráneas que fluyen o se hallan en el subsuelo de terrenos de propiedad privada, en la forma y

(16) MENÉNDEZ REXACH, *ob. cit.*, págs. 435 y 453.

(17) LACRUZ BERDEJO, "Sobre la naturaleza jurídica de las aguas públicas objeto de concesión", en *Estudios ofrecidos al profesor Serrano*, cit., t. I, pág. 469.

volumen material determinantes del contenido de los derechos preexistentes (o sea los constituidos al amparo de la LA de 1879 y del CC). Es esta determinación del contenido de la propiedad sobre las aguas subterráneas en la legislación anterior lo que parece realmente cuestionado. Lo primero que hay que considerar —como hace el TC— es la distinción entre dos supuestos suficientemente diferenciados: El primero de ellos se contempla en los artículos 18 a 21 de la Ley de Aguas de 1879, que aludían únicamente al propietario (no al alumbrador) o exigían tan sólo autorización de la autoridad administrativa (no la concesión de que hablaba el art. 25) cuando se trataba de terrenos públicos, porque se referían a la obtención de aguas por medio de pozos ordinarios, en los que no se podía emplear más motor que el hombre y que sólo tenían por objeto el atender al uso doméstico o a las necesidades ordinarias de la vida; se trataba de una explotación de las aguas subterráneas de escasa importancia y por esta razón no había inconveniente en atribuirles en plena propiedad (arts. 18 y 21 LA de 1879). En cambio, el segundo supuesto, contemplado en los artículos 22 a 25 de la propia Ley de 1879, parecía responder a otros criterios: en ellos aparecía como figura central la del alumbrador (aunque la legitimación para alumbrar tuviera que proceder siempre del propietario del terreno), que era quien asumía la realización de los pozos artesianos, socavones o galerías y a quien se atribuían las aguas alumbradas siempre que las hiciera surgir a la superficie y mientras las controlara, aunque salieran de la finca donde vieron la luz.

Para precisar el contenido de los derechos del alumbrador en la legislación anterior convenía distinguir dos situaciones relativas a las aguas ya halladas: 1) Aguas halladas y extraídas. Según los artículos 22.1.º de la Ley de Aguas de 1879 y 418 del Código Civil, pertenecían al alumbrador. De hecho —decía NIETO— (18) podía ser que el alumbrador fuera al mismo tiempo el propietario del suelo; pero su apropiación se derivaba entonces no de su condición de propietario sino de la de alumbrador. 2) Aguas halladas y no extraídas. Trátase de saber —decía también NIETO— (19) la relación jurídica que tiene el alumbrador con el caudal que aún está sin extraer. El derecho ha montado un doble mecanismo de garantías jurídicas: por un lado declara la propiedad del agua ya separada y apropiada (art. 22); y por otro, como garantía de la permanencia de esta propiedad, establece un área de protección de la misma, de tal manera que no puede verse disminuida, impidiendo interferencias de terceros (art. 23). Dicho con otras palabras: el derecho dominical se extiende exclusivamente sobre el agua aflorada y apropiada; pero este derecho lleva anejo el

(18) "Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico", *RAP*, 1968, pág. 60.

(19) *Obra citada*, págs. 62-63.

reflejo de permitir la exclusión de las intervenciones de terceros que puedan afectar el manto subterráneo en una medida que ponga en peligro el caudal aflorado. Afirmaciones que, en definitiva, conducen a la tesis siguiente: el alumbrador tenía derecho a extraer del caudal subterráneo una determinada cantidad de agua y el agua realmente extraída era de su exclusiva propiedad. De esta manera quedaban compaginados los derechos individuales del alumbrador con los posibles derechos de otros investigadores y, sobre todo, con el interés social de que las reservas hídricas fueran aprovechadas lo más racionalmente posible. El contenido de este derecho de propiedad privada sobre las aguas subterráneas, no tenía por qué ser distinto al de las aguas superficiales, aunque alguna doctrina hubiera restringido el ámbito del dominio privado de las aguas precisamente a aquéllas (20). También es de aplicación a las aguas subterráneas el criterio de que su propiedad queda esencialmente reducida a la facultad de aprovecharlas. El término "pertenecen" del artículo 418 del Código Civil no es suficientemente significativo de la propiedad y, en cualquier caso, la mayor o menor extensión de tal pertenencia tendría que determinarse conforme a la Ley Especial de Aguas a la que el propio precepto alude (21).

(20) LACRUZ, en *op. y loc. cit.*, sostiene que cuando el Código habla de "el aprovechamiento de las aguas de dominio privado" (título de la sección tercera del capítulo I del título IV del Libro II del CC) da a entender que el propietario privado no tiene la verdadera propiedad de las aguas (así, conforme el art. 412, el dueño de un predio puede aprovechar sus aguas); y para confirmar esta opinión argumenta que, en cambio, a tenor del artículo 418, las aguas alumbradas conforme a la Ley especial de aguas pertenecen al que las alumbró, deduciendo que la verdadera propiedad privada sobre las aguas sólo podía nacer, conforme a la legislación anterior, sobre las aguas subterráneas. MOREU, en "El régimen jurídico de las aguas subterráneas y su proyectada reforma", *RGLJ*, 1985, pág. 180, nota 29, dice haber acogido también esta idea en *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Barcelona, 1980, pág. 643, nota 415, cambiando de opinión en el trabajo de 1985 y confirmándola en el citado en nota anterior, de 1988.

(21) Recordemos a este respecto que la Ley de Aguas de 1879 sólo empleaba la expresión "plena propiedad" en los artículos 18 y 21 que se referían a la obtención de aguas por medio de pozos ordinarios, supuesto en el que, tratándose de una extracción de escasa importancia, no debía existir inconveniente en admitir el dominio en toda su amplitud; en los artículos 22 y 23 se empleaban términos también amplios, pero menos radicales que los de plena propiedad: ser dueño a perpetuidad de las aguas realmente extraídas parecía significar, en el contexto del artículo 22, aprovecharlas mientras fueran controladas por el alumbrador; por otra parte, la referencia a la extensión del derecho del alumbrador sobre las aguas se hacía al tiempo (se hablaba de "perpetuidad" y de "conservar el dominio") y no al contenido del derecho, que no tenía por qué ser más amplio en el caso de las aguas subterráneas que en el de las demás privadas; lo que sí estaba implícito en los artículos 22 y 23 de la Ley de Aguas de 1879 es que el aprovechamiento podía realizarlo por sí el alumbrador o cederlo a otro. Finalmente, los artículos 419 del Código Civil y 22 de la Ley de Aguas de 1879 establecían, para las aguas subterráneas no controladas ya por el alumbrador, una regulación similar a la de las superficiales sobrantes, con remisión a los artículos 5 y siguientes de la propia Ley de

Aunque la propiedad del agua se califique en el Código Civil como propiedad especial y el Tribunal Constitucional —según hemos visto— considere por ello que no es reconducible al régimen general de la propiedad privada definido en el artículo 348 del Código Civil, lo cierto es que este precepto, con su fórmula genérica aplicable a toda propiedad, resulta susceptible de dar al dominio diversos contenidos adecuados a la naturaleza, características y funciones de los distintos objetos sobre los que recae (22). Como señaló la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1946, del derecho de propiedad, "bien se considere como un derecho unitario y abstracto, conforme a la concepción de la doctrina científica, ya se atienda al concepto puramente legal, no es exacto decir que revista caracteres de absoluto, como lo demuestra la circunstancia de que el legislador español suprimiera al redactar el artículo 348 la expresión "de la manera más absoluta", consignada en el artículo 544 del Código francés... por lo que, si bien es esencial y peculiar atributo del dominio el poder disponer libremente de las cosas, tal facultad no es tan absoluta y omnímoda, en razón a que toda propiedad se subordina siempre a limitaciones determinadas...; de todo lo que cabe inferir que el reconocimiento del dominio... se hizo con justeza y en armonía con los dictados de la Ley, máxime teniendo en cuenta que se trata de un derecho de propiedad sobre agua, de especial naturaleza y regulado por disposiciones diversas, y susceptible, por el uso y disfrute, de tan varios aprovechamientos".

1.3. *Repercusión de la Constitución en la configuración de la propiedad del agua*

Si se parte —dice ROCA JUAN (23)— de que la propiedad es concepto que adquiere contenidos diversos según los sectores de bienes a los que se refiere y, siendo expresión de un poder individual, adquiere contenidos diversos, el primer punto a considerar es, posiblemente, cómo configurar el modelo de propiedad reconocido expresamente por la Constitución, pero referido a un bien escaso e indispensable a todos y susceptible de las más diversas utilidades. Para la configuración de la propiedad en la Constitución y la aplicación de esta configuración constitucional de la

1879; esta similitud de regulación permitía sostener que, tal como rezaba el mismo artículo 5.º, las aguas subterráneas también pertenecían al dueño respectivo para su uso o aprovechamiento, o sea, con la misma extensión con que las superficiales se atribuían a los propietarios de los predios en que nacían continua o discontinuamente y mientras discurrieran por ellos.

(22) ROCA JUAN, *op. y loc. cit.*, págs. 95-96.

(23) *Ob. cit.*, pág. 99.

propiedad a un bien de naturaleza tan peculiar como el agua, habrá que tomar en consideración los siguientes criterios:

1) El agua es una riqueza indudable y, por tanto, tal como declara el artículo 128 de la Constitución, "en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, estará subordinada al interés general". Esta subordinación de las aguas, consideradas como un recurso unitario, al interés general, ha quedado expresamente recogida en el artículo 1.º2 de la Ley de Aguas de 1985, para añadir a continuación que forman parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Pero también en el supuesto de la propiedad privada del agua se dará esa supeditación, puesto que el artículo 128 de la Constitución la establece "sea cual fuere la titularidad" de la misma.

2) La satisfacción de ese interés general, al que está sometida la propiedad del agua, se realizará por obra de la función social de la misma propiedad que, conforme al artículo 33.2 de la Constitución, delimitará su contenido de acuerdo con las leyes. La protección constitucional de la propiedad será uniforme y homogénea, no variará en intensidad según el bien de que se trate; lo que será variable, sin embargo, es el régimen jurídico de cada forma de propiedad, en virtud de la función social, en la medida en que la función social constitucionalmente demande, para su efectividad, una distinta regulación legislativa, de acuerdo con la naturaleza de los bienes (24). La función o utilidad social es el factor determinante de la delimitación legal del contenido de la propiedad; en definitiva, el contenido esencial debe incluir necesariamente a la función social y —como dice el fund. 2.º de la STC 37/1987, de 26 de marzo— "utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente, el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes". Como señala BARNÉS (25), la utilidad privada, de un lado, se resuelve en las facultades de goce y disposición. La utilidad o función social, de otro, define en nombre de la comunidad el sentido o dirección en el que han de ejercitarse tales poderes dominicales. Traduciendo esta síntesis en términos jurídico-positivos, cabe sostener que la utilidad social habilita y exige de los poderes públicos la regulación de los diversos estatutos legales atinentes a los usos de que es susceptible cada categoría de bienes objeto del derecho de propiedad privada.

3) El dictado del artículo 33.2 de la Constitución, según el cual la

(24) J. BARNÉS VÁZQUEZ, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988, pág. 348.

(25) Ver págs. 290 y ss. de su trabajo "La propiedad agraria. A propósito de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria Andaluza", en *RAP*, núm. 119, mayo-agosto 1989.

función social de la propiedad delimitará su contenido de acuerdo con las leyes, es forzoso ponerlo en conexión con el artículo 53.1, proposición segunda, asimismo del texto constitucional, según el cual sólo por Ley podrá regularse el ejercicio de tal derecho, Ley que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial referido al dominio (26). Ambos preceptos —33.2 y 53.1 de la Constitución— se exigen mutuamente y de ello se deduce que no cabe hablar de un único contenido esencial de la propiedad: el artículo 33.1 de la Constitución española se refiere al reconocimiento de los particulares de un ámbito genérico de apropiación, disfrute y transmisión de los bienes económicos, mientras que el artículo 33.2 de la Constitución española se mueve en el plano de la delimitación de concretos estatutos de la propiedad, según la trascendencia económico-social del bien, y sólo con referencia a esa delimitación tiene sentido hablar del "contenido esencial" a respetar (27); el artículo 53.1 de la Constitución queda reducido a la reserva de Ley; lo demás se traduce a una petición de principio: el contenido esencial que ha de respetar la Ley es el que impone la propia Ley (28).

4) Además de los artículos citados de la Constitución (33.1 y 2, 53.1 y 128) y de su pobile repercusión en la configuración de la propiedad del agua, habrá que tomar en consideración, para esa misma configuración constitucional de la propiedad del agua, los principios constitucionales de orden material que atañen a los recursos hídricos. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, que resuelve los recursos de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia promovidos en relación con la Ley de Aguas, con el Reglamento del Dominio Público Hidráulico y con otras disposiciones complementarias, plantea en su fundamento jurídico decimotercero la determinación de si las normas legales cuestionadas son o no ajustadas a una interpretación de las reglas constitucionales —y estatutarias— que pueda considerarse lícita; y con tal motivo, se refiere a los principios de unidad, autonomía y solidaridad que se establecen en el artículo 2.º de la Constitución, pero, además, considera el Tribunal que ha de tener en cuenta también el con-

(26) A. M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988, pág. 138. Como dice la STC 37/1987 en su fundamento 2.º, el derecho a la propiedad privada está reconocido en el artículo 33 de la Constitución y le es aplicable la garantía del necesario respeto a su contenido esencial en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 del propio texto constitucional.

(27) LÓPEZ Y LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 45, y V. L. MONTES PENADÉS, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, págs. 184 y ss., y *Comentarios a los artículos 348 y 349 del Código Civil*, en tomo V, vol. 1.º, 1990, págs. 186-187, de la obra *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigida por el profesor Albaladejo.

(28) MONTES, *op. et loc. ult. cit.*

junto de los principios constitucionales de orden material que atañen, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de recursos naturales de tanta importancia como los recursos hidráulicos, 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).

La aplicación de todos estos principios y criterios constitucionales supuso ya una modificación de la disciplina jurídica de las aguas desde la promulgación de la Constitución, pero la conformación de la propiedad privada del agua en nuestro país no ha quedado definitivamente realizada hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Aguas de 1985. Será esta norma especial la que concluirá el proceso de determinación de los poderes o facultades del propietario de los recursos hídricos que continúen en el ámbito del dominio privado según la propia norma.

1.4. *La propiedad del agua en la Ley de 1985*

El único supuesto de propiedad privada de recursos hídricos que persiste después de la vigencia de la Ley de Aguas de 1985 es el de la 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.^a y 3.^a de la nueva Ley. 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 Ley de Aguas.

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 (29).

A) La facultad de goce o aprovechamiento del propietario. La disposición transitoria 4.^a2 de la Ley de Aguas dispuso que todos los aprove-

(29) BARNES, *La propiedad constitucional*, cit., pág. 318. De este modo, añade, el artículo 348 del Código Civil viene a ser como un marco susceptible de ser colmado en cada momento histórico de una manera distinta.

chamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior, se declararían por sus titulares legítimas ante el Organismo de cuenca en los plazos que se determinarían reglamentariamente, y que dicho Organismo, previo conocimiento de sus características y aforo, los incluirá en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca; y el artículo 195.2 del RDPH determinó dichos plazos, fijando uno solo, que fue también de tres 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 obligación constituirá una mera infracción administrativa, objeto de posibles multas coercitivas (disposición transitoria 4.^a3), pero irrelevante a efectos de la conservación de la situación jurídica sustantiva, tal como se deduce claramente de la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988 que, en su fundamento 8.º, justifica la diferencia de situación y 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 (30).

La facultad de goce o aprovechamiento del propietario de un bien se

(30) 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.

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 de 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 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 Ley de Aguas. 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 (31); 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

(31) Ver BARNES, *La propiedad constitucional*, cit., pág. 87; en contra, MONTES, *Comentarios*, cit., pág. 174.

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.^a y 3.^a de la Ley de Aguas, apartado 4 de ambas. Concretamente delimitarán esta facultad de aprovechamiento del propietario del agua las siguientes normas: *a'*) Los artículos 54.1 de la Ley de Aguas 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 Ley de Aguas. 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 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 Ley de Aguas 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.^a y 3.^a de la Ley de Aguas 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 legis-

lador 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.^a y 3.^a, 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 Sentencia 227/1988, fundamento 12, indica que "se respeten 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 media 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 Sentencia 17/1990, de 7 de febrero, aclara que "la prohibición prevista en la disposición transitoria 3.^a 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 (32) 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 facul-

(32) *Ob. cit.*, págs. 43-44.

tades 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 (33) del agua, formando o no parte del mismo derecho (34) y siendo o no independiente de la facultad de aprovechamiento (35), lo que interesará será configurar 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.

Al 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: a) 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

(33) 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, pág. 251, y el comentario a los arts. 348 y 349 del CC en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, dirigida por el profesor Albaladejo, págs. 201-202 del tomo V, vol. 1.º. En cambio, BARNES 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., págs. 338-339).

(34) Para esta cuestión ver, por todos, F. FERNÁNDEZ VILLAVICENCIO ARÉVALO, "La facultad de disposición", *ADC*, III, 4, págs. 1041 y ss. En todo caso, como dice LÓPEZ LÓPEZ, *ob. cit.*, pág. 150, nota 41, el reconocimiento del valor paradigmático del esquema del artículo 348 del Código Civil supone incluir dentro de él la facultad de disposición, pues corresponde inexcusablemente a la percepción tópica..., al margen de la disquisición técnico-jurídica de si dicha facultad o poder forma parte o no del concepto de propiedad.

(35) 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., págs. 250 y ss., y el comentario a los artículos 348 y 349 del Código Civil, cit., págs. 201 y ss.; también, BARNES, *La propiedad constitucional*, cit., págs. 338 y ss.

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 la que ostentaban el 1 de enero de 1986, al entrar en vigor la nueva Ley de Aguas.

b) 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 (36).

c) 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 desvinculación 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.^a y 3.^a LA— la oportuna concesión administrativa de los caudales transferidos.

d) Del inciso final de los números 1 de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a 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 50 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 (37).

e) Si existen caudales no aprovechados por el propietario o por ter-

(36) 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.

(37) 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.^a y 3.^a de la Ley de Aguas.

ceros 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 de 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 (38).

f) La única limitación del uso del dominio público hidráulico que parece afectar a la facultad de disposición del propietario de aguas privadas es la que resulta de aplicar lo dispuesto en los artículos 79 y 80 de la Ley de Aguas, 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 los pozos, galerías o manantiales que utilicen aguas de ese acuífero.

2. DERECHO IBEROAMERICANO

La Ley General de Aguas de Perú número 17752 de 1969 declara en su artículo 1.º que no hay propiedad privada ni derechos adquiridos sobre las aguas, y en los artículos 4.º y 5.º incluye en el dominio público, relacio-

(38) Cabe aquí la aplicación de lo previsto en el artículo 60 de la Ley de Aguas, 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.ª y 3.ª de la Ley de Aguas, creo que permite cohonestar 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 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.

nándolas detalladamente, todas las continentales y los terrenos en los que se encuentren o por los que discurran.

El Código de Aguas de Chile, modificado por la Ley de Reforma Agraria de 1967, declaró que todas las aguas son bienes nacionales de uso público y expropió las que hasta ese momento eran privadas, reconociendo al propietario únicamente el derecho a continuar usuándolas (arts. 9 y 10 del Texto Orgánico aprobado por Decreto 162 de 1969).

El artículo 2.º de la Ley de Aguas de Ecuador, número 369 de 1972, dispuso que no hay ni se reconocen derechos de dominio adquiridos sobre las aguas y limitó los preexistentes al uso eficiente del agua conforme a lo establecido en la propia Ley.

En Colombia sólo existe la propiedad del agua que provenga de situaciones anteriores al Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente de 18 de diciembre de 1974, cuyo artículo 43 dispone que deberá ejercerse este derecho de propiedad privada como función social.

En Argentina, después del cambio de régimen jurídico operado en 1968 por la Ley 17711, todas las aguas son públicas, con excepción de las que lleguen a la superficie de un inmueble privado por un hecho de naturaleza (lluvia, surgencia o vertiente natural) y no se deslicen por cauces naturales o pasen a otros inmuebles (39).

En Bolivia, la Ley de Aguas de 28 de noviembre de 1906 considera privadas las aguas subterráneas alumbradas en predios privados, las de lluvia y nacimiento continuo o discontinuo mientras discurran por el predio privado en que caen o nacen y las que lo atraviesen. Los Códigos Civiles de Paraguay y de Venezuela establecen también un régimen de propiedad pública y privada del agua similar al de Bolivia, con claras reminiscencias de la legislación española derogada e influencias del sistema de riberaneidad.

En México, la Constitución delimita con un criterio muy amplio las aguas de propiedad nacional, de modo que, por exclusión de las aguas de dominio público, se deduce que sólo los procedentes de lluvia o de manantiales, que no lleguen a formar ríos o lagos, se considerarán parte integrante que los terrenos por los que discurran o en los que se encuentren depositadas, y que las subterráneas podrán ser alumbradas y apropiadas por el dueño del terreno en que se hallen.

En América Central son mayoría los países que declaran de dominio público la práctica totalidad de las aguas continentales. Así, en El Salva-

(39) Ver L. MOISSET DE ESPANÉS, "La publicidad registral en el Código de Aguas de la provincia de Córdoba (República Argentina)", *RCDI*, núm. 563, julio-agosto 1984, págs. 884-885.

dor, toda las aguas superficiales y subterráneas son nacionales, con excepción de las de lluvia captadas en embalses artificiales construidos por particulares. Las Constituciones de Nicaragua y Panamá prescriben que las aguas de cualquier naturaleza pertenecen al Estado o son propiedad de la nación y la de Guatemala de 31 de mayo de 1985, en su artículo 121.b), relaciona como bienes del Estado, además de las aguas de la zona marítima, todas las terrestres, incluidas las subterráneas y otras que sean susceptibles de regulación por la Ley y las aguas no aprovechadas por particulares en la extensión y términos que fije la Ley. En Honduras son de propiedad particular las aguas vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, las pluviales que discurren por predios privados, las subterráneas alumbradas por el propietario del suelo y las que discurren por canales construidos artificialmente. Finalmente, en la República Dominicana son aguas del dominio de los particulares las de lagos, lagunas y charcas formados naturalmente dentro de las tierras de los mismos (siempre que no constituyan fuentes de aprovechamiento de comunidades ni que puedan construirse obras de utilidad pública) y las que nacen o se precipitan dentro de las tierras de particulares, siempre que su curso termine dentro de la misma heredad (40).

IV. EL APROVECHAMIENTO DEL AGUA

El término "aprovechamiento" ha sido habitualmente tan empleado al referirse a la utilización del agua que una de las escasas acepciones de dicho vocablo recogidas expresamente en el Diccionario de la Lengua Española es precisamente la de aprovechamiento de aguas, definido como "derecho por Ley, concesión o prescripción, de utilizar, para usos comunes o privativos, aguas de dominio público". Es ésta la noción de aprovechamiento de aguas públicas según la legislación derogada y podrá mantenerse como concepto referido a esas situaciones anteriores, en tanto en cuanto persistan después de la nueva ordenación legal de las aguas; pero también existía y existe el aprovechamiento de las aguas privadas.

1. ESTRUCTURA

Con este carácter amplio, o sea con referencia a las aguas de cualquier naturaleza, pública o privada, el aprovechamiento del agua se nos presenta

(40) Para mayor detalle, pueden verse las obra citada de VALLS y la de M. T. SANDOVAL, *Legislación de aguas en América Central, Caribe y México*, FAO, Estudio Legislativo, núm. 8, 1983.

como un derecho de estructura especial y compleja, pues todo derecho de aprovechamiento del agua se integra en un sistema más o menos **complejo** de utilización de recursos hídricos y forma parte de una situación jurídica compuesta (41) de dos elementos: el caudal del 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.

(41) 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 del 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. 334.10 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 eriales 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, párrafo último CC, y art. 47 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, administrativo 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).

2. EL DERECHO ESPAÑOL

En la Ley de Aguas de 1985 aparecen los términos utilización, uso y aprovechamiento del agua. El término utilización parece referirse al hecho objetivo y genérico del empleo de agua por el hombre, comprensivo de los diferentes destinos dados al recurso por la actividad humana. El término uso parece encerrar un doble sentido: uno objetivo, correspondiente a cada uno de esos destinos (abastecimiento, regadío, recreación, etc.) comprendidos en la utilización del recurso; y otro subjetivo, consistente en el ejercicio de una facultad del propietario o del concesionario del agua; esta ambigüedad puede motivar el empleo normal de la expresión tautológica "uso y aprovechamiento" del agua. Sin embargo, es la expresión "aprovechamiento" la que —como he dicho— ha adquirido carta de naturaleza en su aplicación a la utilización del agua. Dejando aspectos tan importantes como los del "aprovechamiento racional" del agua y la distinción entre "aprovechamiento" y "recursos", hay que considerar aquí el sentido más propio del término aprovechamiento del agua que es, por regla general, el de uso privativo de la misma (42), 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 de la Ley de Aguas, también de aguas públicas, aunque se haya calificado con 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.

2.1. *Aprovechamiento de aguas públicas objeto de concesión*

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

(42) MENÉNDEZ REXACH y DÍAZ LEMA, en *El Derecho de Aguas en España*, cit., pág. 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 Ley de Aguas, 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 comparado 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).

sobre aguas públicas (43). Se trata, por consiguiente, de un supuesto de los 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 LA) (44). 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 configura como un derecho análogo a la propiedad. La Sentencia del Tribunal Supremo 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

(43) Así lo define M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS en *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, pág. 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.

(44) 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 Ley de Aguas, 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 Ley de Aguas 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 esenciales: 1) 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) 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.

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 y uso de las aguas; la de 24 de junio de 1968 recuerda la doctrina de 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.*

2.2. Aprovechamiento de aguas inherente al dominio de los fundos

Conforme a lo establecido en el artículo 52 de la Ley de Aguas, el propietario de una finca puede aprovechar las aguas pluviales que discurren por ella y las estancadas dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición el abuso del derecho, y, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en

un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. En los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este apartado sin la correspondiente autorización. Esta aguas, a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 52 de la Ley de Aguas, no podrán utilizarse en finca distinta de aquellas en las que nacen, discurren o están estancadas (art. 84.3 RDPH). Se confirma así el carácter que tienen estos aprovechamientos legales, que son como una extensión de la propiedad inmobiliaria. El artículo 52.1 se refiere a la utilización de aguas que no son de dominio público, según la propia Ley, lo que supone una delimitación general *ex lege* de las facultades del propietario de las fincas por las que discurran aguas pluviales o en las que se encuentren aguas estancadas; se trata por ello de la regulación de un aspecto específico del régimen de la propiedad privada fundiaria (STC 227/88). El apartado 2 —añade el TC— crea un derecho de aprovechamiento privativo de aguas de dominio público que no requiere concesión administrativa (45).

Estos aprovechamientos *ex lege* constituyen verdaderas partes integrantes de los fondos que pueden beneficiarse de ellos, de modo que en ningún supuesto podrán ser objeto de transmisión con independencia de tales fondos.

2.3. *Aprovechamiento temporal de aguas privadas por opción de inscripción en el Registro de Aguas*

Según resulta de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas, los titulares de algún derecho —conforme a la legislación anterior y derogada 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

(45) La diferencia del alcance de los aprovechamientos legales regulados en este artículo 52 de la Ley de Aguas puede tener explicación: mientras las aguas de manantial y subterráneas tienen relación directa con los cursos de aguas superficiales o con los acuíferos subterráneos que son objeto de aprovechamiento y explotación normalmente interdependientes, las aguas pluviales y las estancadas (normalmente formadas por la lluvia en terrenos impermeables) revisten una mayor autonomía o independencia respecto de la utilización conjunta o interrelacionada de las aguas de cursos fluviales o acuíferos subterráneos, pudiendo permitirse ese aprovechamiento de un volumen superior al de los 7.000 metros cúbicos fijados como límite del aprovechamiento de las aguas subterráneas y de manantial, aunque siempre limitado a las necesidades del predio.

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 Tribunal Constitucional, en el fundamento 8 de la Sentencia 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 período 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". Parece preferible calificar este derecho de aprovechamiento temporal como un derecho *sui generis* distinto del derecho de propiedad, no tanto por ser perpetuo como por el hecho de estar llamado a ser un derecho concesional, que es lo que lo caracteriza y distingue de la propiedad privada del agua en el aspecto adjetivo, es decir, en el ejercicio de las acciones que lo protegen. 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 la 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 no están llamadas a serlo por ministerio de la Ley al final de un período de transición, no es una situación jurídica que, por esencia y menos por aplicación del principio de igualdad, corresponda necesariamente defender a la Administración" (46). Este derecho transformado y convertido en

(46) Hay que observar que los términos de la STC ("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, desprotección del propietario de aguas privadas, que además de todas las acciones judiciales que protegen el dominio y, en su caso, la posesión, podrá interponer

"aprovechamiento temporal de aguas privadas", durante los cincuenta años de período transitorio, hasta su definitiva configuración como derecho concesional de aguas públicas, tendrá el mismo contenido sustantivo que la ya analizada facultad de aprovechamiento del propietario de aguas privadas que no hubiese optado por inscribir su derecho en el Registro de Aguas. La única diferencia será precisamente la de la temporalidad del aprovechamiento inscrito en el Registro de Aguas frente a la perpetuidad del no inscrito.

También es evidente que el titular de este derecho de aprovechamiento temporal de aguas privadas podrá disponer del mismo a favor de terceros, siempre que esta facultad de disposición de su derecho —como la de cualquier derecho de contenido patrimonial— se entienda referida a lo que realmente ostenta el titular, es decir al aprovechamiento en sí mismo considerado y no al recurso hídrico objeto del derecho de aprovechamiento (47).

2.4. *Aprovechamiento de aguas de propiedad ajena existentes el 1 de enero de 1986*

Los supuestos de aprovechamientos anteriores a la nueva Ley de Aguas que recaen sobre aguas privadas de propiedad ajena y que perduran después de la entrada en vigor de la misma Ley, serán los siguientes:

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 control necesario para la defensa de los intereses generales y, más en concreto, del dominio público hidráulico. Sobre esta cuestión, en sentido distinto al expuesto, puede verse DE LA CUÉTARA, "Sobre la 'no protección administrativa' de los titulares de derechos de aguas privadas a partir del 1 de enero de 1989", revista *La Ley*, 28 de marzo de 1989, y MOREU, *El nuevo régimen jurídico...*, cit., págs. 570 y ss., y 612 y ss.

(47) Como expuse al comentar anteriormente la facultad de disposición del propietario de aguas privadas, del inciso final de los números 1 de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a se infiere que este aprovechamiento temporal privado puede ser objeto de transmisión; pero también será aplicable a esta facultad de disposición del derecho de aprovechamiento temporal, *mutatis mutandis*, cuanto allí sostuve en cuanto a la conversión en concesión en el supuesto de disponerse por separado del derecho a usar el agua y del bien a cuya explotación esté vinculado el recurso híbrido, así como en cuanto a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico que afectan a esta facultad de disposición.

2.4.1. Aprovechamiento derivado de un derecho real de servidumbre

Las servidumbres reales son situaciones jurídicas flexibles que permitían configurar la **relación** establecida entre los propietarios de dos predios para el aprovechamiento, por el dueño del dominante, de caudales de agua existentes en el sirviente. Es este derecho de aprovechamiento el dueño del predio dominante el que constituye un derecho real de aprovechamiento sobre cosa ajena (48), cuyo contenido será análogo al descrito al analizar la facultad de aprovechamiento del titular de aguas privadas y la situación jurídica del concesionario de las públicas.

2.4.2. Aprovechamiento derivado del convenio

El respeto de los aprovechamientos de aguas de propiedad ajena existentes al entrar en vigor la Ley de Aguas de 1985 y procedentes de convenios o acuerdos que garantizaran su permanencia, llevará aparejada la consiguiente limitación de las facultades de los dueños de las aguas privadas que hayan optado por mantener su titularidad en la misma forma que hasta el 1 de enero de 1986, conforme a lo previsto en las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas (49). Estos derechos de aprovecha-

(48) Cfr. los artículos 530 y 594 del Código Civil y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1864 y 24 de marzo de 1922. Este derecho real de aprovechamiento es, por otra parte, la servidumbre a que se refiere el artículo 108.1.º de la Ley Hipotecaria para permitir su hipoteca sin gravar el predio dominante, como excepción a la regla general que prohíbe hipotecar las servidumbres a menos que se hipotequen juntamente con dicho predio. En realidad el bien gravado era en este caso ese derecho real de aprovechamiento cuyo contenido hemos visto que se acerca tanto al de la propiedad del agua. Al no poderse constituir nuevas situaciones jurídicas de propiedad privada del agua, tampoco cabrá la nueva constitución de derechos reales limitativos de esa propiedad, por lo que sólo perdurarán las "servidumbres de aguas" (en el sentido en que utiliza esta expresión la LH) existentes al entrar en vigor la Ley de Aguas de 1985; y como, además, el aprovechamiento del agua aparece siempre vinculado a una finca, explotación o instalación industrial, tiene cada vez menos interés y justificación esa posibilidad de hipoteca independiente de aquel derecho, calificado o no como servidumbre. Si se admitió esta hipoteca independiente, a pesar de que "lo que no puede enajenarse aisladamente, como sucede con las servidumbres, tampoco puede ser objeto de hipoteca" (Exposición de Motivos de LH de 1861) fue por entender la propia Exposición de Motivos, siguiendo las prescripciones de las Partidas, que "el agua que naciese de una heredad y regase otra pudiera, después de llegar al predio sirviente, cederse para regar campo o viñas cercanos". No es de este lugar el análisis de los problemas que suscita la enajenabilidad e hipotecabilidad de esta antigua "servidumbre de aguas", pero basta lo indicado para comprender que no se compaginan con los actuales sistemas legislativos de ordenación de los derechos subjetivos sobre el agua.

(49) También limitarán, como es lógico, el derecho temporal de aprovechamiento

miento tenían trascendencia real, puesto que se trataba de la venta de determinados caudales que el vendedor se comprometía a poner periódicamente a disposición del comprador por el destino previsto, *v.gr.*, el riesgo de una finca determinada (50).

2.4.3. Aprovechamientos sobre aguas sobrantes según la legislación derogada

En los artículos 5.º y siguientes de la Ley de Aguas de 1879 se regulaban diversas situaciones jurídicas correspondientes a diversos tipos de aprovechamiento de aguas que recaían sobre los sobrantes de manantiales y eran también aplicables a las sobrantes de alumbramientos de aguas subterráneas según establecía el artículo 22, párrafo 2.º, de la misma Ley. Como después de la vigencia de la nueva Ley de Aguas y de la declaración de dominio público de todas las aguas continentales o terrestres no pueden producirse nuevas situaciones de aprovechamiento de aguas sobrantes, por la razón de que el propio concepto de agua sobrante es incompatible con la demanialidad de los recursos hídricos, sólo habrá que plantear la pervivencia de los aprovechamientos de aguas sobrantes de naturaleza privada nacidos y consolidados antes de la entrada en vigor de la nueva Ley de Aguas.

Estas situaciones, anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Aguas, relativas al aprovechamiento de aguas sobrantes de naturaleza privada (de manantiales o alumbramientos de aguas subterráneas), y que se mantienen juntamente con el aprovechamiento del dueño de la finca en que nace el manantial o del titular del alumbramiento, serán las siguientes: A) El aprovechamiento "indefinido" adquirido por los dueños de terrenos inferiores y colindantes, cuando hubiesen utilizado las aguas sin interrupción durante veinte años, o sea el aprovechamiento al que se refería el artículo 8 de la Ley de Aguas de 1879. En realidad este derecho es de contenido análogo al del propietario del fundo o titular del alumbramiento y podrá

a que me refiero en el apartado 2.3, procedente de conversión por opción de inscripción en el Registro de Aguas.

(50) Parece preferible no denominar suministro a estos contratos porque con este nombre se configura el que se hace por medio de una red de distribución, normalmente para abastecimiento de las poblaciones, con prestación de otros servicios por parte del suministrador, por lo que se trata de un contrato atípico que participa de las características de la compraventa, arrendamientos de cosas y servicios, etc. Pueden verse, en este sentido, diversas referencias a otros autores, como el cubano A. BLANCO, en J. M. GARRIDO LOPERA, *El servicio público de abastecimiento de agua a poblaciones*, Madrid, 1973, págs. 245 y ss.

ser inscrito en el Registro de Aguas (o en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas) con independencia de éstos. B) El aprovechamiento "consolidado" (51) a que se refería el artículo 11 de dicha Ley de Aguas de 1879, en relación con el 14, o sea el aprovechamiento que empezó siendo eventual (caracterizado por su absoluta inseguridad y dependencia del proceder del dueño del fundo de origen del manantial) pero ha dejado ya de depender del sobrante que reste tras la salida del manantial del predio de origen, para adquirir una posición caracterizada porque, habiéndolo ejercitado por espacio de un año y un día, su titular tiene derecho a no padecer merma u obstaculización procedente del dueño del predio de nacimiento. A diferencia del anterior, este derecho de aprovechamiento consolidado es un derecho limitativo del derecho de aprovechamiento del propietario del fundo en que se origina el manantial y tendrá que ser inscrito —en su caso— juntamente con este último, como una situación jurídica compleja que refleje los dos aprovechamientos, el limitado y el limitativo (52).

(51) Así lo denomina F. CAPILLA RONCERO en su "Comentario a la STS de 13 de febrero de 1984", *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 4, pág. 1353.

(52) Lo que se respeta, según disponen las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas, es el régimen de utilización o de explotación de los caudales realmente utilizados, la situación del conjunto de los derechos de aprovechamiento existentes al entrar en vigor la Ley; o, como dice el TC en el fundamento 12 de su Sentencia 227/1988, "la Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos...", "congelándolos en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión". No sólo no cabe la sobrevivencia de otros aprovechamientos sobre aguas sobrantes, aparte de los preexistentes citados, por la razón dada de que en el futuro las aguas privadas no aprovechadas al entrar en vigor la Ley serán de dominio público e incompatibles, por tanto, con una hipotética consideración de aguas sobrantes, sino que tampoco cabrá admitir la posibilidad de que, respecto de las situaciones mismas de mantenimiento de los regímenes de explotación de aguas privadas por el ejercicio de la opción de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas, puedan constituirse o modificarse aprovechamientos de aguas sobrantes, ya que queda definitivamente excluida la usucapión como título adquisitivo del uso o aprovechamiento de las aguas (art. 50 LA) y no puede considerarse vigente ningún precepto de la Ley de Aguas de 1879, expresamente derogada por la de 1985. La exclusión de la usucapión implica que, después del 1 de enero de 1986, no hayan podido ya consolidarse los aprovechamientos eventuales sobre aguas sobrantes; pero los caudales utilizados de hecho por los titulares de los predios inferiores o colindantes (supuestos de los arts. 6 y 10 LA 1879) tampoco corresponderán al aprovechamiento del titular del predio de origen, sino que serán de dominio público y podrán ser concedidos a los mismos que los utilizaban eventualmente, al titular de dicho predio de origen del manantial o alumbramiento, o a terceros.

3. EL DERECHO IBEROAMERICANO

En general, tanto en los países en los que todas las aguas continentales han sido declaradas de dominio público como respecto de éstas en aquellos otros países en los que todavía subsisten aguas de propiedad privada, el derecho de uso o aprovechamiento del agua tiene que ser objeto de concesión o adquirido por autorización, merced, permiso o licencia de la Administración Pública, si bien se suele también considerar otorgado, por ministerio de la Ley, el derecho a usar el agua para necesidades elementales de la persona, de su familia o de sus animales (usos comunes).

El Código de Aguas de Chile regula de modo genérico el derecho de aprovechamiento del agua, tanto si es atribuido por Ley al propietario de tierras como si es objeto de merced o concesión. Se considera, en todo caso, un derecho real administrativo que faculta para usar el agua conforme a las reglas y requisitos que el propio Código establece y que no es transferible separadamente de los inmuebles o industrias para los que las aguas se destinan, pudiendo la autoridad cambiar la fuente de abastecimiento sin disminuir la cantidad ni la calidad del agua.

En Argentina, la llamada Ley Nacional de Irrigación y algunos Códigos y leyes provinciales especiales disponen el otorgamiento automático de concesión a todas las tierras situadas dentro del área que la autoridad considere sometida a la influencia de la obra. Las concesiones se otorgan *intuitu rei*, lo que implica que no pueden transmitirse con independencia de los inmuebles a que se destinan. El derecho del concesionario de aguas, o sea el derecho de aprovechamiento, se llega a estimar por la doctrina (53) como un derecho integrador del concepto constitucional de "propiedad" y se considera que también la jurisprudencia mantiene esta misma posición.

Tampoco en Bolivia pueden venderse las aguas objeto de concesión separadamente del bien para cuyo beneficio se conceden, ni usarse para otro predio ni para otro destino.

En México, los particulares, para obtener la concesión de las aguas no afectadas por aprovechamientos preferentes, tienen que acreditar la propiedad o posesión de buena fe de los bienes que se van a beneficiar con la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas.

En Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala, está permitido el aprovechamiento de las aguas públicas, sin necesidad de obtener concesión o autorización, en supuestos que no son sólo de uso común sino también privativo, particularmente el riego de fincas de escasa extensión. En Nicaragua concretamente, para la creación de Empresas de Riego, en lugar de

(53) Ver M. S. MARIENHOFF, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, 1971, págs. 570 y ss.

regularse el derecho de uso del agua, se establece la obligación de los propietarios de fincas, situadas dentro de un área regable, de tomar el servicio de riego en toda la extensión irrigable.

En Panamá, al desarrollar la Ley de Aguas el precepto constitucional que declara toda las aguas de propiedad nacional, establece la necesidad de permiso o concesión para cualesquiera derechos de uso otorgados a particulares que, si son para fines agropecuarios, quedarán expresamente ligados al título de propiedad de la tierra, sin que pueda transferirse el uno sin el otro (54).

V. LA CONVERSIÓN LEGAL DE LA PROPIEDAD DEL AGUA EN DERECHO DE APROVECHAMIENTO SOBRE LA MISMA

De lo expuesto hasta aquí, al analizar la propiedad del agua y los diferentes tipos de de derecho de aprovechamiento sobre la misma, podemos inferir que el contenido de la propiedad se reduce fundamentalmente a la facultad de aprovechamiento y que el contenido de los derechos de aprovechamiento del agua (por el hecho, sobre todo, de implicar el consumo exclusivo del recurso) se equipara hasta cierto punto al de la propiedad. Esta aproximación facilita la realización de la tenencia actual del Derecho internacional en materia de recursos naturales, consistente en la declaración de dominio público de los mismos, a fin de procurar una ordenación y gestión más racional de unos bienes tan necesarios y a veces tan escasos.

1. DERECHO ESPAÑOL

En la Ley de Aguas española de 1985, la declaración de dominio público de todas las aguas continentales y su compatibilidad con el respeto de las situaciones privadas preexistentes se han fundamentado en la posibilidad legal, otorgada a los titulares de esas situaciones, de elegir entre mantener sus titularidades en la misma forma que hasta la entrada en vigor de la Ley o convertirlas en un aprovechamiento temporal de aguas privadas, conservando el mismo régimen de explotación de los caudales realmente utilizados por un plazo de cincuenta años, pudiendo además ejercer, quienes al término de este plazo se encuentren utilizando los caudales en virtud de título legítimo, el derecho preferente para la obtención

(54) La regulación detallada de estos derechos de aprovechamiento puede verse en las obras citadas de VALLS y SANDOVAL.

de la correspondiente concesión administrativa. El modo de elegir la segunda alternativa es la acreditación del derecho y régimen de utilización del recurso ante el Organismo de cuenca, para su inscripción en el Registro de Aguas como tal aprovechamiento temporal de aguas privadas, y quienes opten por ella gozarán de la protección administrativa que se derive de tal inscripción en el Registro de Aguas (55).

Las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas de 1985 fijaron un plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, para que los titulares de algún derecho —conforme a la legislación derogada— sobre aguas privadas procedentes de manantiales que vinieran utilizándose en todo o en parte, o de pozos o galerías en explotación, pudieran acreditar e inscribir su derecho en el Registro de Aguas, como aprovechamiento temporal de aguas privadas. Terminados estos tres años el 1 de enero de 1989, todos los que no hayan ejercitado esta opción, con

(55) En la Ley de Aguas de Canarias de 26 de julio de 1990, el ejercicio de la opción de inscripción en el Registro de Aguas de los titulares de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior está más facilitado que en la legislación estatal, y los derechos del titular inscrito son también más amplios que los que se derivan de dicha legislación estatal: A) No sólo podrán ejercitar dicha opción los titulares de aprovechamientos de aguas, en efectiva explotación mediante pozos, galerías o procedentes de manantiales (expresión de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de Canarias, similar a las de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley estatal), sino también los titulares de autorizaciones de alumbramiento válidas a la entrada en vigor de la Ley de Canarias y los de autorizaciones de alumbramiento de aguas en terrenos de propiedad privada sustanciados conforme al Reglamento de 14 de enero de 1965 que no se hubieran resuelto a la entrada en vigor de dicha Ley de Canarias por causa imputable a la Administración (disposición transitoria 8.^a, que permite elegir entre el procedimiento del Reglamento citado o el de la nueva Ley, aunque la inscripción y el régimen consiguiente son siempre los de la disposición transitoria 3.^a). B) Los efectos de la inscripción son no sólo los de la Ley estatal (continuación en el aprovechamiento privado por un plazo de cincuenta años, subsiguiente derecho a la obtención de la correspondiente concesión administrativa y utilización del Registro como medio de prueba de la existencia y contenido de los derechos inscritos), sino también la realización de obras de mantenimiento de los caudales aforados y de obras autorizadas y todavía no ejecutadas, la obtención de ulteriores prórrogas en el plazo de ejecución de las obras previsto en la autorización y la legalización, en el plazo de un año, de las desviaciones y excesos que se hubiesen realizado partiendo de la autorización administrativa; todo ello con los requisitos previstos en la misma Ley; pero, además, el derecho a acogerse a las subvenciones y auxilios previstos en la legislación hidráulica y —muy especial— el de ejercitar los actos de comercio sobre los derechos inscritos que le sean propios según la legislación aplicable, ajustándose al mismo régimen establecido en el artículo 112 de la Ley de Aguas de Canarias, el cual permite la transmisión por actos *inter vivos* y *monis causa* de los derechos que otorga una concesión administrativa y subordina la validez de la transmisión a la posterior comunicación, al Consejo Insular del Agua, de los nuevos titulares del negocio o acto jurídico; pero explica que, como en la transmisión de participaciones de comunidades u otras personas jurídicas, se produce la adquisición de la cuota proporcional en la condición de concesionario, la obligación de comunicar corresponde a la comunidad o persona jurídica titular de la concesión.

independencia de que hayan solicitado la inclusión de su derecho en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas, mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta la vigencia de la nueva Ley. Esto significa —dice la STC 227/1988, en su fundam. 12— que se respetan íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material con que hasta la fecha de su entrada en vigor se han venido disfrutando, aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir con la medida en que forman parte del patrimonio de su titular. Cosa distinta es que, de acuerdo con el apartado 4 de dichas disposiciones transitorias, tales derechos deban ejercerse en adelante con respeto a las normas que regulen la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico, límites éstos que evidentemente carecen de virtualidad expropiatoria por tratarse de prescripciones generales que delimitan el contenido del derecho de propiedad privada (art. 33.2 de la Constitución), de acuerdo con la función social que los bienes sobre los que recae, en este caso los recursos hidráulicos, están llamados a cumplir (STC 37/1987, de 26 de marzo). El criterio del Tribunal Constitucional y los fundamentos del mismo criterio no pueden ser más claros. Como añade en la sentencia citada, la Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos, "congelándolos" en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados; y delimita el contenido del derecho de propiedad privada del agua de acuerdo con la función social de este recurso natural.

El legislador español de 1985, al acudir al expediente descrito, de opción de conversión de la antigua propiedad privada del agua en un aprovechamiento privado temporal y el subsiguiente derecho preferente a obtener una concesión administrativa, para conseguir por este sistema opcional la deseada declaración de dominio público de todas las aguas continentales, dio incluso la razón de la innecesariedad de compensación económica: el carácter opcional de la alternativa excluye cualquier obligación compensatoria de la Administración en favor de quien la ejerce, como consecuencia de la transformación del derecho (párrafo segundo del número 1 de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a) (56).

(56) Esta norma explicativa fue añadida al proyecto de Ley de Aguas poco antes de remitirlo al Congreso de los Diputados porque, al parecer, se consideró necesaria para que quedara completamente claro que la declaración de dominio público de todas las aguas continentales no implicaría en ningún supuesto la expropiación y consiguiente indemnización de derechos adquiridos.

2. LEGISLACIONES IBEROAMERICANAS

El problema del respeto de los derechos adquiridos sobre aguas que eran de naturaleza privada, con motivo de la declaración de dominio público de toda las aguas continentales, se ha planteado también en los países iberoamericanos. En 1972, CANO (57) sugería que la nueva legislación federal argentina debería ser completada por otra provincial contemporánea que —por ejemplo— otorgase a los anteriores propietarios de aguas la concesión de su uso, pero sujeto a la regulación y control de la autoridad hídrica, quedando en manos de los gobiernos provinciales atenuar los efectos patrimoniales del cambio de legislación, para los pocos casos en que realmente pueda invocarse un perjuicio patrimonial cierto, de él derivado; y añadía: "En orden a este tema no debería dejar de pesar en el ánimo de los jueces la consideración de que hoy la autoridad hídrica tiene el derecho, a través del ejercicio del deber de policía, de reglamentar el uso de aguas que hoy son de dominio privado, restringiéndolo y limitándolo, tal como lo hace —por ejemplo— la autoridad municipal al fijar las condiciones de edificación en los inmuebles (altura, estilo, etc.). Que las condiciones impuestas para el uso de aguas provengan del ejercicio del poder concedente sobre bienes de dominio público, podrá envolver disquisiciones académicas sobre el origen del poder regulador, o tendrá, en los hechos, apenas una diferencia de grados. Pero su incidencia sobre los patrimonios privados será idéntica y ésto es lo que los jueces deben valorar, pues si las que derivan del ejercicio del poder de la policía no son indemnizables, las otras no tendrían por qué serlo. Caso diferente es, por cierto, el de aquel que estuviere efectivamente aprovechando aguas de su dominio privado y fuere físicamente, de hecho, despojado de su uso" (58).

(57) "Legislación nacional de aguas. Exposición de Motivos de la proyectada en 1972" (en *Derecho, política y administración del agua*, t. III, vol. 2, Mendoza, Argentina, págs. 772-773).

(58) Una postura similar ha sido adoptada recientemente por nuestro Tribunal Constitucional en relación con los titulares de espacios de la zona marítimo-terrestre, playa y mar territorial que hubieran sido declarados de propiedad particular por sentencia judicial firme anterior a la entrada en vigor de la Ley de Costas, que establece que pasarán a ser titulares de un derecho de ocupación y aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre. En el fundamento 8.B).a) de la Sentencia 149/1991, de 4 de julio, el Tribunal Constitucional considera que "la singularidad de las propiedades a que la norma se aplica, de una parte, el mantenimiento aunque sea a título distinto pero por un prolongado plazo, de los derechos de uso y disfrute que los mismos propietarios tenían, de la otra, y la consideración, en fin, de que en todo caso esos bienes habrían de quedar sujetos, aun antes de haberse mantenido en manos privadas, a las limitaciones dimanantes de su enclave en el dominio público, hacen imposible entender que la indemnización ofrecida, dado el valor económico sustancial de ese derecho de ocupación y aprovechamiento del demanio durante sesenta años y sin pago de canon alguno, no

La forma de resolver este problema de conversión de la anterior propiedad del agua en un nuevo derecho de aprovechamiento derivado de concesión, con motivo de la declaración de dominio público de todas las aguas, no es muy distinta en las diferentes legislaciones iberoamericanas.

Así, la Ley de Aguas de Ecuador adopta una fórmula radical: "No hay ni se reconocen derechos de dominio adquiridos sobre las aguas, y los preexistentes sólo se limitan a su uso en cuanto sea suficiente y de acuerdo con esta Ley" (art. 2.2); "declárame también bienes nacionales de uso público todas las aguas, inclusive las que se han considerado de propiedad particular. Sus usuarios continuarán gozándolas como titulares de un derecho de aprovechamiento de conformidad con esta Ley" (art. 3) (59).

El Código de Aguas chileno dispone: "Para el solo efecto de incorporarlas al dominio público, declaranse de dominio público y expropiarse todas las aguas que a la fecha de vigencia de la Ley 16640 eran de dominio particular. Los dueños de aguas expropiadas continuarán usándolas en calidad de titulares de un derecho de aprovechamiento, de conformidad con las disposiciones de este Código, sin necesidad de obtener una merced. Las indemnizaciones que procedan se regularán de acuerdo con las normas del artículo 32 de este Código" (art. 10). Y el artículo 32 establece que "tratándose de aguas para riego, dicha indemnización considerará exclusivamente el perjuicio ocasionado por la disminución de valor que experimente el predio por el hecho de destinarse al titular del derecho de aprovechamiento un volumen máximo anual de aguas inferior al que correspondería recibir aplicando la tasa de uso racional y beneficioso al número de hectáreas que regaba con anterioridad a la extensión total o parcial de su derecho de aprovechamiento" (60).

En Perú, los titulares de derechos de propiedad sobre el agua se convirtieron en titulares de derecho de uso, pudiendo ser alterado este derecho sobre el agua en su cantidad, calidad o modo de ejercicio sin derecho a

represente, desde el punto de vista del juicio abstracto que corresponde a este Tribunal, un equivalente del derecho de que se priva a sus anteriores titulares".

(59) Ver S. MARTÍN RETORTILLO, *Problemas actuales de ordenación de los recursos hidráulicos*, Caracas, 1976, pág. 64.

(60) S. MARTÍN RETORTILLO, *ob. cit.*, pág. 66, comenta: no se prevé, pues, indemnización en todo caso y por el simple hecho de la transformación de los derechos de propiedad en derechos de uso, sino solamente por el daño emergente (y no por el lucro cesante) a que tal transformación pueda dar lugar en cada supuesto concreto en que disminuya, de hecho, el volumen de agua que hasta entonces había venido disfrutándose. Creo interesante resaltar que la disminución de valor que puede ocasionar el perjuicio indemnizable se refiere al precio, lo que pone de manifiesto la unión de los dos elementos (agua y tierra) de los aprovechamientos de riego.

compensación, si bien esta alteración tendría que sujetarse a límites de razonabilidad y no ser confiscatoria (61).

En la provincia argentina de Córdoba, el artículo 279 de su Código de Aguas establece que "los que pretendan tener derecho al uso de aguas que podrían considerarse privadas antes de la sanción de la Ley nacional 17711, y que ahora, por aplicación de ese cuerpo legal son públicas, deberán denunciar su aprovechamiento a la autoridad de aplicación dentro de los noventa días de la fecha en que este Código entre en vigencia, indicando volumen o por ciento del caudal que utilizan, uso efectuado y superficie cultivada —si es para riego— en el mismo plazo. Podrán solicitar concesión para el uso que vienen efectuando, la que les será acordada sin otro recaudo que verificar la exactitud de la declaración" (62).

VI. LA INSCRIPCIÓN DE LA PROPIEDAD Y DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DEL AGUA EN LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS E INMOBILIARIOS

Según MOISSET DE ESPANÉS (63) el registro jurídico tiende a dar publicidad, hacer cognoscibles los derechos que se tienen sobre un determinado objeto, pero un buen registro jurídico necesita indispensablemente, como base de sustentación, un registro físico de las cosas o bienes que van a ser objeto de la relación jurídica. Y los catastros, precisamente, brindan las bases físico-geográficas para la confección de esos registros jurídicos, ya que son el censo o "padrón" de las fincas. En realidad, y en relación con

(61) En este sentido, M. SOLANES, *Derechos sobre aguas: seguridad y estabilidad jurídicas, implicaciones para el desarrollo y conservación de los recursos hídricos*, Congreso de AIDA III, Alicante, 1989.

(62) MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, págs. 887 y ss., considera que la norma transcrita está contemplando la hipótesis de que la titularidad del derecho sobre las aguas pueda ser discutible en razón del cambio de legislación, y así lo expresa la leyenda que lleva el mencionado artículo: "Discrepancia sobre la naturaleza de las aguas". Si no hubiese duda de que las aguas eran efectivamente privadas, es decir, que el propietario las extraía y utilizaba con anterioridad a la sanción de la Ley 17711, no podrá ser privado de ese derecho sin la correspondiente expropiación e indemnización. Del análisis que el citado autor hace a continuación se puede deducir el siguiente sistema: si los derechos privados son claros y no hay declaración de interés general, se conservan; pero si las aguas se declaran necesarias para satisfacer usos de interés general el titular podrá optar entre concesión sin indemnización o expropiación con indemnización; en el supuesto de derechos privados dudosos, sólo cabe la posibilidad de obtener la concesión sin indemnización si se verifica la exactitud de la declaración. MARTÍN RETORTILLO y SOLANES se refieren, respectivamente, en las obras citadas a dos anteproyectos de leyes de aguas de Nicaragua y Guatemala que guardan bastante analogía con el de la provincia argentina de Córdoba.

(63) *Ob. cit.*, págs. 875-876.

el problema del agua, es necesario aflorar o medir los volúmenes de que se dispone, con indicación de las fuentes, y luego ubicar geográficamente el lugar de donde esas aguas provienen, los cauces o canales por donde corren, la situación de los predios que se benefician con los distintos usos que pueden darse a las aguas, determinando incluso las superficies que efectivamente se riegan y los canales de distribución internos...; sin esos datos se carece de los elementos indispensables para la determinación del objeto del derecho, y se corre el riesgo de conceder "derechos de papel", es decir titularidades que no podrán hacerse efectivas porque recaen sobre aguas inexistentes.

1. SITUACIONES JURÍDICAS INSCRIBIBLES

Todas las situaciones jurídicas de propiedad y aprovechamiento analizadas anteriormente pueden y deben reflejarse en los Registros de Aguas y en el de la Propiedad Inmobiliaria. Los primeros son estrictamente necesarios para que la Administración pueda verificar y controlar los aprovechamientos hídricos (64) y únicamente la inscripción en el Registro de la Propiedad puede garantizar la plena protección jurídica de esos mismos aprovechamientos.

1.1. *Derecho español*

Después de la nueva Ley de Aguas de 1985 y de su Reglamento del Dominio Público Hidráulico, han quedado perfectamente configurados los dos Registros administrativos de aguas regulados en esa nueva legislación y establecidos los criterios que permiten mantener el modo como la propiedad y el aprovechamiento del agua deben acceder al Registro de la Propiedad y las relaciones necesarias entre aquéllos y éste (65).

(64) Ver MARTÍN RETORTILLO, *ob. cit.*, pág. 74.

(65) Para un análisis detallado de estas materias, puede verse mi trabajo "Registro de aguas y Registro de la Propiedad", en *RCDI*, núm. 604, mayo-junio 1991, págs. 783 y ss., que reproduce mis comentarios del artículo 72 de la Ley de Aguas, en los del Código Civil y compilaciones forales dirigido por don Manuel Albaladejo, de los que entresaco aquí la descripción de las situaciones expuestas a continuación en el texto.

1.1.1. Inscripciones en el Registro de aguas

El artículo 72 de la Ley de Aguas establece que se inscribirán de oficio las concesiones de aguas y, en concordancia con este mandato, el artículo 118 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, como culminación del procedimiento administrativo que se ha de seguir para obtenerla, dispone que la concesión otorgada será inscrita de oficio en el Registro de Aguas del Organismo de cuenca donde radique la toma.

De otros preceptos de la propia Ley de Aguas y del Reglamento del Dominio Público Hidráulico resulta que, además de las concesiones, tendrán acceso al Registro de Aguas otras situaciones jurídicas. Podemos distinguir, por tanto:

A) *Inscripciones primeras y segundas de las concesiones de aguas*

Las inmatriculaciones o inscripciones primeras de los aprovechamientos derivados de las concesiones de aguas se practicarán de oficio. En cambio, las segundas inscripciones (aunque en la redacción del art. 72 LA pudiera deducirse otra cosa) no pueden ser practicadas de oficio, por razones obvias de que los actos que las originan no pueden ser directamente intervenidos por la Administración del Agua, pero sí son obligatorias (66).

La obligatoriedad de la inscripción de los actos de transferencia y gravamen del derecho concesional, así como la preocupación por la concordancia entre el Registro de Aguas y la realidad, se ponen de relieve en el detalle con el que se regulan los trámites que han de proseguirse en el supuesto de que se constaten diferencias relativas a las características de la concesión o a las condiciones de explotación del aprovechamiento, de modo que, hasta que no se tenga la certeza de la concordancia, no se practica la inscripción definitiva y entonces —como ha habido ya una intervención directa y completa de la Administración— se lleva a cabo de oficio (67).

(66) Cuando cambie la titularidad de una concesión, el nuevo titular —dice el párrafo primero del art. 146.1 RDPH— deberá solicitar, mediante instancia presentada ante el organismo de Cuenca, la oportuna inscripción de transferencia en el Registro de Aguas regulado en la sección 12 del capítulo III del título II del RDPH, aportando la documentación indicada en los artículos siguientes. Especialmente deberá acreditarse la existencia de la autorización administrativa previa, a que se refiere el artículo 103 del RDPH (que reproduce el 61 LA), para la inscripción en dicho Registro de la transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público o de la constitución de gravámenes sobre los mismos, sin cuyo requisito no se efectuará dicha inscripción.

(67) El artículo 147.2 del RDPH parece querer vincular a la inscripción la produc-

B) *Reservas previstas en los Planes Hidrológicos*

El artículo 92 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico dispone que el Organismo de cuenca, de acuerdo con las previsiones de los Planes Hidrológicos, deberá reservar para regadíos, pesca, aprovechamientos hidroeléctricos o para cualquier otro servicio del Estado o fin de utilidad pública determinados tramos de corrientes, sectores de acuíferos subterráneos, o la totalidad de algunos de ellos. Los caudales que deban ser reservados se inscribirán en el Registro de Aguas a nombre del Organismo de cuenca, siendo título suficiente para ello la inclusión de los recursos citados en las previsiones que para reservas formulen los Planes Hidrológicos de cuenca. En el asiento que a tal efecto se practique deberá especificarse la cuantía de los caudales, el plazo de reserva y los servicios del Estado o fines de utilidad pública a los que se adscriben aquéllos (68).

C) *Aprovechamientos legales de aguas públicas*

Es también objeto del Registro de Aguas, según el artículo 189.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, la inscripción de los aprovechamientos previstos en el artículo 52 de la Ley de Aguas, o sea los supuestos concretos de aprovechamiento del agua derivado de la propiedad del suelo: de pluviales que discurran por una finca, de estancadas

ción de efectos de la transmisión o gravamen al decir que se dictará resolución aprobando la transferencia y ordenando la inscripción de ésta en el Registro de Aguas, "quedando subrogado desde ese momento el nuevo titular en los derechos y obligaciones del anterior"; literalmente, esto supondría que la inscripción tendría carácter constitutivo, pero creo que no puede darse este alcance a un precepto reglamentario que no encaja en nuestro sistema legal de perfeccionamiento (cfr. art. 1.258 CC) y de eficacia (cfr. art. 1.278 CC) de los contratos; habrá que interpretarlo en el sentido de que la Administración no reconocerá al nuevo titular hasta que no haya inscrito la transmisión o gravamen del derecho concesional en el Registro de Aguas, por lo que no podrá ejercitarlo frente a la propia Administración (que es la que controla el adecuado ejercicio de todos los aprovechamientos) en tanto no inscriba.

(68) Las reservas vienen determinadas por las asignaciones previstas, que, a su vez, corresponderán a las demandas. Interesa a la Administración que este balance hídrico acceda al Registro de Aguas para que tenga la mayor publicidad, pero sus efectos serán fundamentalmente internos, constituyendo como una cuenta de la propia Administración que, con la inscripción inicial (practicada de oficio, aunque nada se diga al respecto por ser obvio) y las sucesivas cancelaciones de los recursos detraídos al otorgar las concesiones, conocerá en todo momento los disponibles. No se trata, sin embargo, de una inscripción de recursos, sino de aprovechamientos, aunque de aprovechamientos previstos genéricamente, ya que únicamente se determinan la cuantía de los caudales, el plazo de la reserva y los servicios del Estado o fines de utilidad pública (regadíos, pesca, aprovechamientos hidroeléctricos, etc.) a los que se adscriben aquéllos.

dentro de sus linderos y de manantiales o alumbramiento de aguas subterráneas, limitados estos últimos a un total de 7.000 metros cúbicos anuales (69).

D) *Aprovechamientos temporales de aguas privadas*

El artículo 189.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico relaciona igualmente, entre las inscripciones que son objeto del Registro de Aguas, las de los aprovechamientos temporales de aguas privadas a que se refiere la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas, la cual establece que se podrán inscribir a petición de sus titulares legítimos y a los efectos previstos en las disposiciones transitorias segunda y tercera. Se trata, por tanto, de una inscripción voluntaria pero necesaria para que se produzcan los efectos vinculados a la inscripción misma, o sea la modificación del aprovechamiento que continúa siendo privativo pero deja de ser perpetuo para pasar temporal, limitado al plazo de cincuenta años, pudiendo quienes, al término de dicho plazo se encuentren utilizando los caudales en virtud de título legítimo, ejercer un derecho preferente para obtener la correspondiente concesión administrativa.

Es la inscripción misma la que produce esa novación de derechos y, por tanto, tiene carácter constitutivo de la nueva situación jurídica.

1.1.2. Inscripciones en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas

A los efectos de su inscripción en el Catálogo —dice el art. 195.2 RDPH—, 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 el tal régimen, deberán declarar su existencia

(69) Estos aprovechamientos son como una extensión de la propiedad inmobiliaria, pues las aguas no pueden ser utilizadas en finca distinta de aquellas en las que nacen, discurren o están estancadas (art. 84.3 RDPH), viniendo obligado el propietario (a los efectos de inscripción en el Registro de Aguas, entre otros) a comunicar y determinar documentalmente al organismo de Cuenca las características de la utilización que se pretende, acompañando documentación acreditativa de la propiedad de la finca (art. 85.1 RDPH y concordantes) y debiendo comunicarse también los cambios de titularidad de la misma siempre que afecte al aprovechamiento o a las características de éste (art. 85.3 RDPH). Previas las comprobaciones pertinentes y resueltas las posibles discrepancias entre propietario y Administración, se inscribe la derivación con indicación de sus características (art. 88 RDPH). Se trata, por tanto, de inscripciones que tienen también el carácter de obligatorias, al igual que las de las concesiones.

al organismo de cuenca correspondiente, dentro del plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas. Transcurrido ese plazo de tres años, quien no hubiere ejercido durante él la opción de inscripción en el Registro de Aguas, mantendrá su titularidad en la misma forma en que la ostentaba el 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas. Si no optó por inscribir en el Registro de Aguas, tenía que haber declarado su derecho al aprovechamiento, dentro de ese mismo plazo de tres años, en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas, pero para cumplir un deber puramente administrativo, cuyo incumplimiento no afecta al contenido sustantivo de su derecho (70).

1.1.3. Inscripciones en el Registro de la Propiedad

En el Registro de la Propiedad español podrán inscribirse tanto los derechos de propiedad privada sobre el agua reconocidos en la legislación vigente como los de aprovechamiento del agua configurados como derechos reales, de naturaleza civil o administrativa.

(70) El TC dice en el fundamento 8.º de la S. 227/1988 que a estos titulares no se les exige acreditar sus derechos ante la Administración. Esto supone que la disposición transitoria 4.ª de la LA y el artículo 195.2 del RDPH no tendrán el mismo efecto conminatorio en los distintos supuestos de inscripción en el Registro y en el Catálogo. Se tenía que haber inscrito en el Registro de Aguas antes del 1 de enero de 1989 si se quería optar por la conversión del derecho de propiedad en la titularidad temporal privada por cincuenta años y el sucesivo derecho preferente a una concesión; pero si no se decidió hacerlo así existirá la obligación de declarar el aprovechamiento privado —que continuará siendo perpetuo o indefinido— para su inclusión en el Catálogo. En el primer supuesto se propicia la inscripción, pero no se inscribirá si no se acredita el derecho a la utilización del recurso y, en su caso, la no afectación a otros aprovechamientos legales preexistentes. En el segundo supuesto habrá obligación de declarar las circunstancias (en particular título, aforo, características y destino) del aprovechamiento, pero no de acreditarlas; si se acreditan, facilitando así el conocimiento que necesita tener de ellas el organismo de Cuenca para la inclusión provisional en el Catálogo, a la que seguirá el reconocimiento exigido para la definitiva (cfr. DT 4.ª LA y art. 195.3 RDPH), se facilitará la inscripción en beneficio del interesado; si no, la Administración tendrá que comprobar la declaración y proceder a inscribir los datos averiguados, se hayan o no verificado los declarados. Las multas coercitivas a las que se refiere la disposición transitoria 4.ª3 de la Ley de Aguas procederán, en realidad, cuando no habiendo optado por la alternativa de inscribir en el Registro de Aguas acreditando debidamente el aprovechamiento, tampoco se haya declarado este aprovechamiento para su inclusión en el Catálogo, facilitando al respecto el reconocimiento de las circunstancias del aprovechamiento al organismo de Cuenca. La inscripción en el Registro se practica porque se pretende conseguir los efectos derivados de la protección administrativa; la obligación de declarar en el Catálogo tiene una finalidad informativa: la Administración necesita conocer todos los aprovechamientos existentes, porque sólo así puede gestionar racionalmente los recursos hídricos.

1.1.3.1. Inscripciones de derechos de propiedad del agua

Pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria las siguientes situaciones jurídicas del dominio del agua:

- A) *Propiedad privada preexistente que se conserva por el no ejercicio de la opción de inscripción en el Registro de Aguas previsto en las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas*

Esta propiedad privada existente al entrar en vigor la Ley de Aguas podrá ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad, tanto si ya había tenido acceso al Registro antes de dicha vigencia como si se pretendiera inmatricularla. Sin embargo, tanto en el supuesto de primeras como de segundas inscripciones, será imprescindible acompañar al título o documento principal en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse la inscripción (cfr. art. 33 RH), el complementario consistente en la certificación del Organismo de cuenca o Administración hidráulica de Comunidad Autónoma competente en la correspondiente cuenca intracomunitaria, acreditativa del contenido de la oportuna inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas o negativa del propio Catálogo y del Registro de Aguas. Sólo mediante la presentación de este documento complementario se justificará el requisito esencial, para el mantenimiento de la propiedad, consistente en el hecho de no haber optado, antes del 1 de enero de 1989, por la inscripción en el Registro de Aguas a titularidad temporal privada por cincuenta años y subsiguiente preferencia al otorgamiento de concesión (71).

- B) *Charcas destinadas al servicio exclusivo de los predios privados en que están situadas*

Se trata de un supuesto muy singular, previsto en el artículo 10 de la Ley de Aguas, del que se deduce que la propiedad de un predio y de una

(71) La presentación, en su caso, de la certificación de inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas puede facilitar la inscripción en el Registro de la Propiedad, pero no es imprescindible para practicarla. Esta propiedad preexistente, que se mantiene después de la entrada en vigor de la Ley de Aguas, podrá ser inscrita tanto de finca independiente como haciendo constar la existencia de las aguas en la inscripción de la finca de que formen parte como una cualidad de la misma (cfr. art. 66, párrs. 1.º y 2.º RH). Sin embargo, como mantengo más adelante, sería deseable que desapareciera la posibilidad de inscribir el agua —objeto de propiedad o de cualquier derecho de aprovechamiento— como finca independiente.

parte integrante del mismo —la charca— llevará necesariamente aparejado un derecho de aprovechamiento del agua que la charca necesaria para el servicio exclusivo del predio. Como las charcas serán de propiedad privada únicamente si se dan las dos condiciones de estar situadas en predios privados y destinadas al servicio del predio en que están ubicadas, esta última circunstancia deberá hacerse constar expresamente en la inscripción, para lo cual, así como para inscribir la charca si no lo estuviere, podrá practicarse una nueva inscripción en el folio de la finca, basada en acta notarial de presencia o por descripción de la charca en los títulos referentes al inmueble (cfr. art. 66, pár. 4.º, RH). Esa doble condición de ubicación y destino determinan la condición de parte integrante de la charca y así la califica el propio artículo 10 de la Ley de Aguas. No podrá, por consiguiente, ser inscrita de otro modo que como tal parte integrante, como una extensión de la propiedad de la propia finca, pero no como cualidad de la misma o como finca independiente.

C) *Inscripciones de lagos, lagunas y charcas de propiedad privada, especialmente si existen, sobre ellos, inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad*

Hay que distinguir entre los supuestos de inscripción de una charca que sea parte integrante de una finca y todos los demás de lagos, lagunas y charcas sobre los que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad, inscripciones que serán de propiedad privada puesto que los bienes de dominio público quedan exceptuados de la inscripción (cfr. art. 5 RH). En el primer supuesto, como las charcas eran normalmente privadas, estaban destinadas al servicio de las fincas y formaban parte de ellas como una posibilidad de beneficio y aprovechamiento de las mismas, continuarán siéndolo y estándolo después de la nueva Ley. El Registro de la Propiedad lo único que hace es facilitar, en virtud del principio de legitimación registral, la prueba de la propiedad privada de la charca, pero de ningún modo puede deducirse de esto que únicamente las charcas inscritas expresamente en el Registro mantendrán su carácter privado; también la no inscrita como parte integrante de la finca que la contenga será privada, pero siempre con el alcance de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Aguas, considerándola parte inseparable e indisponible por separado de la finca, de modo que esté vinculada al predio, para el servicio exclusivo del mismo (72).

(72) En los casos de lagos y lagunas inscritos en el Registro como una propiedad privada, tanto si aparecen inscritos como fincas independientes como si lo están como

1.1.3.2. Inscripciones de derechos de aprovechamiento del agua en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria

Los aprovechamientos descritos bajo el número 2 del apartado IV son de carácter real, ya tengan por objeto aguas de dominio público ya sean limitativos de la propiedad privada del agua, bien sean *ex lege* bien procedan de concesión o de convenio, por lo que todos ellos serán inscribibles en el Registro Inmobiliario, tanto si corresponden a titulares individuales como a comunidades, para utilización directa o para la prestación de un servicio público, originando en cada caso las operaciones registrales precisas para reflejar todas estas situaciones jurídico-reales relativas a las fincas que se benefician del correspondiente derecho a utilizar el agua o que quedan gravadas con los derechos de aprovechamiento de terceros en el caso de las aguas privadas (73).

una cualidad del predio que los contiene, y asimismo en el caso de charcas inscritas como fincas independientes, se conservará esa propiedad privada, según se deduce de lo establecido en la disposición adicional 1.^a de la Ley de Aguas, sin que pueda entenderse en estos supuestos que es de aplicación el régimen especial del artículo 10 de la Ley de Aguas, únicamente aplicable a las charcas inscritas como parte integrante de un predio (o no inscritas, pero cuya propiedad inherente a una finca de dominio privado se haya probado). Por supuesto que, también en estos casos, lo único que hace el Registro de la Propiedad es facilitar la prueba de la propiedad privada; pero de ningún modo cabrá deducir que los lagos, lagunas y charcas no inscritos serán necesariamente considerados de dominio público. Sin embargo, esta conservación del carácter dominical privado que ostentaban los lagos, lagunas y charcas inscritos expresamente en el Registro de la Propiedad (o no inscritos, pero cuya propiedad privada esté suficientemente probada) se someterá a las normas generales que regulan el mantenimiento de las titularidades privadas sobre aguas procedentes de situaciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley de Aguas, es decir, las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a de la propia Ley. Con independencia del régimen concreto del artículo 10 de la Ley de Aguas, relativo únicamente a las charcas cuya propiedad sea inherente a la de los predios que las contienen y aplicable tanto a las situaciones nuevas como a las anteriores a la vigencia de la Ley de Aguas, será aplicable, a las aguas estancadas en general, el mismo sistema establecido para las procedentes de manantiales y de pozos o galerías en explotación. Los titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de lagos, lagunas o charcas que por la inscripción registral correspondiente o por cualquier otro medio de prueba hubieran acreditado su titularidad, tenían la posibilidad de optar por la inscripción en el Registro de Aguas dentro de los tres años siguientes a la entrada en vigor de la Ley de Aguas y continuarán pudiendo solicitar (más aún: tienen la obligación de hacerlo) la inclusión de su derecho en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas. Por consiguiente, este tercer caso de inscripción de la propiedad de las aguas en el Registro queda reconducido a los otros dos expuestos anteriormente, pudiendo acceder a él las aguas estancadas del modo que ya hemos indicado respecto de cada uno.

(73) El detalle de estas operaciones registrales puede verse en mi trabajo *Registro de Aguas...*, cit., págs. 798 y ss.

1.2. *Derecho iberoamericano*

Son varias las legislaciones que se refieren a diferentes Registros de aprovechamientos de aguas, por la evidente necesidad de contar con instrumentos que permitan conocer y controlar los aprovechamientos existentes u objeto de nueva concesión. Por la relación que se establece entre los recursos de cada sistema hídrico (cuenca vertiente, subcuenca, acuífero) y cada aprovechamiento singular del sistema de que se trate, algunas legislaciones distinguen y regulan complementariamente los Inventarios, Padrones o Catastros de aguas y los Registros Administrativos de las concesiones otorgadas u otros títulos constitutivos de derechos de uso del agua. Así, en Perú, el artículo 37 de la Ley de Aguas de 1969 establece que el uso del agua debe inscribirse en los registros o padrones; en México, las dotaciones para núcleos de población protegidos por la Ley Federal de Reforma Agraria se inscriben como derechos de poblado en el Padrón de usuarios (art. 230, inc. 3, y art. 59 LFA de 1971); en Argentina, ya la Ley de Aguas de Mendoza, de 16 de diciembre de 1884, obligaba al registro de los derechos sobre aguas (74) y el Código de Aguas de la Provincia de Córdoba regula un Catastro (75) y un Registro jurídico de derechos sobre las aguas (76).

(74) A pesar de lo cual, CANO, en *ob. cit.*, tomo III, vol. 2.º, pág. 799, dice: sabemos cuántas hectáreas hay concedidas para ser regadas, pero no cuántas lo están efectivamente; y parece poco justificable mantener vigentes concesiones no usadas ni tolerar cultivos clandestinos. En un mismo arroyo hay empadronadas simultáneamente aguas públicas y privadas, lo que es un contrasentido jurídico. Hay aguas privadas no empadronadas en ninguna parte, en tanto que el empadronamiento de la propiedad privada inmueble es obligatorio. Hay aguas empadronadas como privadas que ha mucho pasaron a ser públicas pero no están sujetas al régimen de éstas. Alrededor de la mitad de los pozos de aguas subterráneas no están registrados y, por tanto, la autoridad carece de información a su respecto.

(75) El artículo 28 establece que el Catastro de aguas superficiales y subterráneas indicará la ubicación de los cursos de agua, lagos, fuentes, lagunas, esteros, aguas termominerales, etc.; y el artículo 29 añade que para elaborar y actualizar este Catastro la autoridad de aplicación realizará los estudios pertinentes, pudiendo también exigir a los titulares o usuarios de agua el suministro de los informes que estime imprescindibles, incurriendo en multa el responsable de la falta de información o de la información falsa. Se pretende de este modo conseguir el conocimiento completo de los sistemas hídricos para evitar —como dice MOISSET DE ESPANÉS en *ob. cit.*, pág. 883— el otorgamiento de derechos ficticios o imaginarios y para la mejor distribución y aprovechamiento del recurso, para lo cual se hace necesario determinar técnicamente —y también registrar— cuáles son las reales existencias del elemento agua; sólo cuando se haya efectuado un correcto cálculo se podrá hacer efectiva la distribución del recurso y conceder la titularidad de derechos, que no sean derechos en el aire, sobre objetos de existencia imaginaria.

(76) El artículo 17 establece la obligación de los titulares de aguas privadas de inscribir su título en el Registro de Aguas de este mismo carácter, que es de naturaleza

La inscripción en estos Registros administrativos de aguas es normalmente obligatoria, tanto si se enfoca desde la perspectiva de la Administración —en la medida en que se la obliga a llevarlos o a realizar la inscripción de oficio— como desde la de los usuarios (77) y, en algunos casos, previa al uso correspondiente, pudiendo imponerse sanciones en caso de incumplimiento de la obligación de inscribir el aprovechamiento (78).

El Código de Aguas de la provincia argentina de Córdoba dispone que en el Registro Inmobiliario se tomara constancia de las concesiones de aguas públicas que sean inherentes a los inmuebles, procurando vincular de este modo el Registro de Aguas con el Inmobiliario. Esta inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble se considera registración complementaria de la descripción del inmueble e integrativa del asiento de dominio, debiendo las autoridades de aplicación, de oficio, o el propio interesado, remitir al Registro de la Propiedad los datos de la concesión para que se efectúe la inscripción (art. 25). Se impone a los Notarios la obligación de solicitar certificados sobre los derechos de aguas que existen en los inmuebles y la de informar de las transferencias que se hayan realizado, a fin de obtener una permanente actualización de las titularidades sobre esos derechos (79).

administrativa, aunque puede denegarse la inscripción cuando la autoridad estime evidente que las aguas no pertenecen al solicitante o son del dominio público, dejando constancia en el Registro de la resolución denegatoria (art. 18). El artículo 19 dispone que debe también llevarse Registro de las aguas públicas otorgadas en uso mediante concesión o permiso y de las empresas perforadoras para extracción de aguas subterráneas. Existen, pues, dos Registros de Aguas; privadas y públicas. La Administración necesita conocer —dice MOISSET DE ESPANÉS en *ob. cit.*, págs. 891 y ss.— quiénes son los titulares de derechos de uso sobre las aguas públicas; y el Registro de las concesiones y permisos permitirá conocer si el volumen de los recursos hídricos del sistema se aprovecha integralmente, añadiendo que en las concesiones reales se atiende al agua misma como objeto del derecho y a la cosa que se beneficiará con el uso del agua, considerando que en tales hipótesis el empleo del agua resulta inherente a la cosa, inmueble o industria (cfr. el art. 77 del propio Código de Aguas de la provincia de Córdoba).

(77) Ver, en este sentido, MARTÍN RETORTILLO, *ob. cit.*, págs. 75-76, con referencia a las Leyes de Aguas de Chile, Perú, México y Ecuador. A pesar de que en el "Esquema para la preparación de un inventario nacional de la legislación de recurso agua", elaborado por Dante A. Caponera en 1975 para que sirviera de índice a los estudios legislativos de la FAO, se recababa información sobre la inscripción en el Registro de los derechos de agua y sobre las disposiciones relativas a la designación de todo Registro o Registros de Derechos de Agua y sobre las disposiciones relativas a la designación de todo Registro o Registros de derechos de agua y la institución responsable de tenerlos al día, en los dos estudios reseñados de SANDOVAL y VALLS apenas se aporta información sobre estas cuestiones. MARTÍN RETORTILLO, *ob. cit.*, pág. 76, considera que esta ordenación se recoge en las correspondientes disposiciones reglamentarias.

(78) MARTÍN RETORTILLO, *ob. cit.*, pág. 76.

(79) Comenta MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, págs. 903 y ss., que será menester que

2. FUNCIÓN DE LOS REGISTROS ADMINISTRATIVOS:
LA DETERMINACIÓN CONTINUADA DE LA EXTENSIÓN
DE LOS DERECHOS SOBRE EL AGUA

Fácilmente se comprenderá, después de todo lo expuesto hasta aquí, que la función básica de los Registros Administrativos de Aguas es lograr el conocimiento de los derechos de aprovechamiento del agua, pero no aisladamente considerados sino con referencia al sistema hídrico de que forman parte y con constancia suficiente del destino de cada derecho de uso del agua, determinando incluso las fincas o explotaciones, agrícolas o industriales, que se benefician del agua objeto del correspondiente derecho de aprovechamiento. Por eso las legislaciones se preocupan de que se acrediten y consten en los Registros de Aguas todos los datos necesarios para concretar el agua misma aprovechada, el sistema hídrico de que se deriva y los inmuebles que se benefician o a los que está vinculado el uso del agua, así como los cambios de titularidad producidos por transferen-

la autoridad de aplicación arbitre medios técnicos adecuados para despachar con agilidad todas las solicitudes de certificados que puedan presentarse. El movimiento inmobiliario es sumamente intenso y no puede trabarse con meras exigencias burocráticas. También estima que la obligación notarial de comunicar el cambio de titularidades debía establecerse sólo en aquellos casos concretos en que el inmueble gozase de una concesión real y una vez finalizado el proceso de inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, porque sólo a partir de ese instante la transmisión del inmueble es oponible a terceros. Estas correlaciones se comprenden mejor si partimos de la realidad que subyace en el sistema registral argentino, que es —como dice J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. I, pág. 447— la complementariedad del mismo respecto de la actuación notarial, de la que derivan grandes limitaciones del principio de calificación registral y, como consecuencia, la inexistencia de los principios de legitimación y de fe pública registral. En cambio, la nueva legislación argentina ha recogido la técnica del folio real, que MOISSET DE ESPANÉS, *ob. cit.*, pág. 897, propugna también para el Registro de Aguas porque el elemento más importante es siempre la cosa (*res*), es decir, el agua misma y, por tanto, ese elemento es el que debe tomarse como base de imputación para confeccionar el Registro. Otra peculiaridad registral argentina es la retroactividad de las inscripciones de escrituras, que adquieren prioridad desde la fecha de su otorgamiento, siempre que sean presentadas en el Registro dentro de los plazos fijados por la Ley, criterio que MOISSET DE ESPANÉS —pág. 896— considera aplicable también a las inscripciones en el Registro de Aguas, que deben operar desde la fecha correspondiente a la resolución que otorgó el permiso o la concesión. Una característica fundamental del sistema argentino —añade J. M. GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, pág. 457— es el alto grado de informatización, al menos en la ciudad de Buenos Aires, si bien estima (pág. 449) dicho autor que ha de seguir avanzándose en la técnica del folio real para conseguir que el sistema no esté al servicio de la informatización, sino la informatización al servicio del sistema registral. Esta vía permitiría, desde luego, obtener de la informática las grandes ventajas que sólo ella puede ofrecer para la gestión racional y el control jurídico-administrativo de los aprovechamientos hídricos considerados en su conjunto, formando parte de las cuencas hidrográficas o sistemas acuíferos subterráneos.

cias y las modificaciones o extinciones originadas por cualquier causa, de modo que, en todo momento, sea posible conocer en su globalidad los recursos hídricos existentes en cada sistema de gestión (cuenca o subcuenca hidrográfica, canal, acuífero subterráneo, etc.), como único medio de conseguir la ordenación racional y la justa administración de un bien tan necesario (80). Criterios comunes a los Registros Administrativos de Aguas de la legislación estatal española, o sea tanto del Registro de Aguas como del Catálogo de Aprovechamiento de Aguas Privadas (81), podrían ser: 1) Aplicación de la técnica del folio registral, pues cada concesión o autorización abrirá folio registral (art. 191.1 RDPH). 2) Inmatriculaciones integradas en el sistema correspondiente y relacionadas con los inmuebles que se benefician del agua, conforme al artículo 191.2, apartados b) y c) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que exigen contengan el nombre de la corriente o acuífero de que procedan las aguas y la clase de aprovechamiento y afección concreta de las aguas (82). 3) Aplicación del principio de tracto sucesivo basado en la relación del inmueble y del agua destinada al aprovechamiento que en él se realiza. El artículo 146.3 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico establece que en el supuesto de que no sea posible acreditar fehacientemente el tracto sucesivo del derecho a la concesión por los medios ordinarios, el peticionario lo pondrá de manifiesto por declaración jurada, bastando con presentar el título o títulos fehacientes de la propiedad o derecho real del bien inmueble a que se destinan las aguas o, en su defecto, de las instalaciones necesarias para al aprovechamiento, lo que presupone que en las inscripciones en el Registro de Aguas han de existir referencias suficientes para poder determinar los inmuebles que se benefician del agua, pues de otro modo no podría aplicarse el tracto sucesivo tal como se regula.

Sin perjuicio de la necesidad de estas referencias a los bienes inmuebles

(80) Para confirmar esta finalidad de los Registros de Aguas basta, con referencia al Derecho estatal español, analizar el detalle con que se regulan las inscripciones y la actuación de la Administración relacionada con ellas: arts. 146, 147, 148 y 189-197 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 11 de abril de 1986.

(81) El Catálogo de aguas privadas estará compuesto por un libro de inscripciones y por los índices auxiliares que se registrarán por lo dispuesto para el Registro de Aguas en lo que resulte de aplicación (art. 195.1 RDPH).

(82) Con la superficie regable en hectáreas si se tratase de riegos [apartado h)]. Además, la Resolución de 24 de noviembre de 1986 de la Dirección General de Obras Hidráulicas por la que se aprueba el modelo del libro de inscripciones y hoja móvil del Registro de Aguas dispone que, en cuanto a la superficie regable, se consignará tanto la superficie total como la correspondiente a cada término municipal, indicando las que tengan derecho preferente o eventual. Igualmente, se consignarán los datos del Registro de la Propiedad, salvo que, por ser múltiples, se deje para las fincas del proceso de datos, lo que constituye, por otra parte, una referencia clara a la informatización del Registro de Aguas.

a los que se destina el agua y a los datos disponibles de inscripción de los mismos en el Registro de la Propiedad, lo cierto es que los Registros Administrativos de Aguas sólo pueden publicar de modo completo el elemento agua de la situación compleja del aprovechamiento (agua más fincas), puesto que la descripción completa de los inmuebles sólo cabe en un Registro que se lleva por fincas como el de la Propiedad inmobiliaria. Pero, a la inversa, únicamente los Registros de Aguas y la Administración Pública del Agua que los gestiona y que debe estar dotada de los medios personales y materiales necesarios para el conocimiento actualizados, global y sistemático de los aprovechamientos de agua de cada cuenca hidrográfica, puede ofrecer la información precisa sobre ese elemento básico de dichas situaciones de aprovechamiento.

3. FUNCIÓN DE LOS REGISTROS INMOBILIARIOS EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS SOBRE EL AGUA

Esa información actualizada a que acabo de referirme y que será publicada por los Registros Administrativos de Aguas, tendrá que constar también en los Registros de la Propiedad Inmobiliaria. Como en el aprovechamiento de aguas se da siempre el binomio recurso-agua y bienes inmuebles que se benefician de su uso, es incuestionable la necesidad de que aparezcan conectados el Registro de Aguas y el Registro de la Propiedad Inmobiliaria para el conocimiento y la publicidad de las situaciones jurídicas íntegras. Y puesto que el Registro de la Propiedad es el único medio verdaderamente eficaz que acredita la preexistencia de los derechos reales y los hace públicos, resulta imprescindible que se sustente en una información veraz y comprobada que, en el caso de los aprovechamientos de aguas sólo pueden facilitar las Administraciones Públicas del Agua, a través de los Registros que ellas mismas controlan.

3.1. *Principio de especialidad. La conexión con el Registro Administrativo*

En la legislación hipotecaria española vigente y relativa a las aguas, se toma en consideración la coexistencia de aguas públicas y privadas, regulando tanto la inscripción de las concesiones administrativas de las primeras, de las que deriva un derecho de aprovechamiento que es lo que en realidad se inscribe, como la inscripción de la propiedad privada del agua, contemplada en el doble aspecto de un bien inmueble en sí misma (art.

334.8.º CC) y de un bien vinculado a otros inmuebles, normalmente fincas rústicas. La cotitularidad de los aprovechamientos de aguas públicas y de la propiedad de las aguas privadas no ofrece problema si se trata de la comunidad romana o por cuotas, pero ha requerido una regulación especial en los supuestos de comunidades especiales, en las que unas veces se produce esa vinculación de agua y tierra pero en otras ocasiones se mantiene separada la propiedad de una y otra, pudiendo disponerse libremente de las cuotas de agua, para lo cual ha resultado conveniente configurar cada cuota como finca independiente. Todo esto ha dado lugar a varias posibilidades de reflejar en el Registro los derechos privados sobre el agua: a) agua inscrita como finca independiente, en propiedad; b) agua inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de la finca de que forme parte o en la que esté situada; c) derecho a beneficiarse (cualidad del predio dominante) de aguas de propiedad ajena, situadas en otra finca e inscritas ellas mismas como finca independiente (predios sirvientes en ambos casos); d) agua inscrita en propiedad a favor de una comunidad especial considerada como Entidad con personalidad propia; e) cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad como finca independiente; f) cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de la finca a que se destina (que debe pertenecer al titular de la cuota).

Más que la exigencia del adecuado funcionamiento de la publicidad registral, fue el favorecimiento del libre tráfico jurídico lo que llevó a establecer que el agua misma objeto de propiedad privada pudiera ser configurada como finca independiente, lo cual resultaba dificultoso (83) a

(83) Dice B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE en "La nueva legislación de aguas y el Registro de la Propiedad", *RCDI*, núm. 572, 1986, págs. 19 y ss., que "no es posible ni necesario jurídicamente el que las aguas constituyan una 'finca' independiente de aquellas que ocuparen o en que nacieren. Y no es posible porque el Registro de la Propiedad se lleva por fincas o porciones deslindadas de la superficie terrestre y sólo excepcionalmente no ocurre así en contadas ocasiones, como en las concesiones administrativas, porque en ellas no existe finca alguna, ya que el inmueble a que se refiere de una manera indirecta está fuera del comercio... De otra parte, tampoco es necesaria esa artificiosa construcción del agua como finca independiente de la heredad que ocupare o en que naciere. Y no es necesario porque si la finca constituida por el nacimiento, etc., queda limitada en su extensión superficial por la que sea necesaria para las aguas y sus instalaciones accesorias..., no vemos qué utilidad de ninguna clase tendría el permitir que se recogiese en el Registro como finca independiente esta superficie, y en número aparte, con independencia de ella, las aguas que ocupan íntegramente la superficie de aquella finca, impidiendo cualquier utilización de ella que no sea referente a las mismas aguas. Lo absurdo de esta posibilidad se pone de relieve aún más si analizamos las circunstancias descriptivas en orden a sus límites..., determinar la figura regular o irregular del perímetro... no puede referirse a las aguas, que por propia naturaleza física adquieren la figura del recipiente que las contiene, en este caso la tierra..."

pesar de los esfuerzos doctrinales por individualizarla frente a la porción de terreno del que en la realidad física formaba parte (84), por estimar posible y deseable ese aislamiento ideal en base a consideraciones económicas y sociales que actualmente han cambiado sustancialmente como consecuencia de la declaración de demanialidad de todas las aguas continentales. La propiedad del agua con libertad de disposición plena del recurso mismo ha desaparecido en la actual legislación española, de modo que ahora no sólo resulta innecesaria la inscripción del agua como finca independiente, sino que puede originarse confusión si se mantiene esta posibilidad para la inscripción de nuevos derechos sobre el agua o para los supuestos de modificación de situaciones ya inscritas (85).

(84) J. M. DÍE LAMANA y F. J., en "Un caso de propiedad compleja: el agua. Aspectos de su tratamiento registral", *RCDI*, núm. 455, 1966, págs. 932-933, consideraron que el medio técnico que en Derecho permitía independizar el agua del suelo era el establecimiento sobre el suelo de una carga de actuación negativa que rompiendo el juego de la regla *inaedificatur solo cedit* permitiera una propiedad separada sobre algo que físicamente está unido a otra cosa; el agua sólo puede ser objeto de un derecho de propiedad aislado cuando tenga como base y antecedente una servidumbre negativa que impida la accesión normal; nos encontramos ante una propiedad compleja integrada por dos elementos diferenciables, pero no separables: el dominio sobre el agua y la servidumbre sobre el predio que la contiene o por donde discurre.

(85) Todas las situaciones jurídicas que tienen por objeto el agua y que pueden inscribirse en el Registro de la Propiedad son situaciones de aprovechamiento en las que han de determinarse los dos elementos del propio aprovechamiento (agua e inmuebles a que se destina el agua o en los que se utiliza), incluso las tres de propiedad recogidas en el apartado VI.1.1.3.1 de este trabajo, pues en su regulación e inscripción se establece siempre la exigencia de que consten esos dos elementos (cfr. al respecto las disposiciones transitorias 2.^a, 3.^a y 4.^a, el art. 10 y la disposición adicional 1.^a de la Ley de Aguas, tal como se interpretan en el apartado citado de este estudio, así como el artículo 195 RDPH). El mantenimiento de los supuestos de inscripción como fincas independientes, en el Registro de la Propiedad, del agua o de la cuota de agua en una comunidad especial, no parece justificable conforme a la nueva legislación. Esta inscripción registral separada de las cuotas de las comunidades especiales no parece compatible con el sistema de aprovechamiento del agua (binomio agua-finca) y con el régimen de dominio público hidráulico, y resulta poco congruente con la naturaleza de las comunidades especiales, caracterizadas precisamente por la vinculación de las fincas privativas y las cuotas de participación en el aprovechamiento común; pero además no es necesaria, ni siquiera en Canarias, para permitir la disponibilidad de las cuotas, pues la sencillez formal de las transmisiones y el cambio continuo de titularidad mediante un sistema de operaciones que recuerda el bursátil de títulos-valores (la Ley 12/1990, de 26 de julio, habla expresamente de actos de comercio), hace que el tráfico jurídico del agua se desenvuelva prácticamente al margen del Registro de la Propiedad, habiéndose establecido un régimen de comunicación a la Administración del Agua posterior al negocio o acto jurídico de transmisión, comunicación que, en el caso de comunidades u otras personas jurídicas, tendrán que realizar éstas porque "en la transmisión de participaciones de comunidades u otras personas jurídicas se produce la adquisición de la cuota proporcional en la condición de concesionario" (art. 112 de la Ley Canaria 12/1990 de Aguas, al que se remite la disposición transitoria 3.^a de la misma Ley). De cualquier modo, el artículo 17 de la Ordenanza del Registro y del Catálogo de Aguas de Canarias,

El principio de especialidad impone, para que la publicidad registral sea completa, que los derechos reales figuren en el Registro de la Propiedad con plena determinación de su extensión y alcance. Para ello, es fundamental que este Registro se lleve por fincas y que el historial de cada finca este constituido por un folio real en el que se concreten los derechos que afecten a la finca de que se trate, junto con sus titulares. Referido a las situaciones de aprovechamiento de agua, el principio de especialidad lleva aparejadas tres consecuencias fundamentales: 1) El folio de la finca a que se destina el agua debe reflejar el derecho de uso del agua, con todas las características que lo definan. 2) Estas características del derecho de uso del agua tienen que proceder necesariamente del Registro Administrativo correspondiente, en el que previamente ha debido quedar inscrito. 3) El derecho a la utilización del agua que no sea parte integrante o cualidad de la finca beneficiada procederá a una relación de servidumbre y deberá constar inscrito como derecho de aprovechamiento del predio dominante y como gravamen del predio sirviente.

3.2. *Alcance de la protección registral inmobiliaria y su relación con la tutela administrativa*

Sólo la determinación de los derechos sobre el agua resultante de las comprobaciones llevadas a cabo por la Administración Pública del Agua y reflejada en los Registros que la misma tiene encomendados puede ser válida para que, una vez incorporada la concreción de tales derechos al Registro de la Propiedad y hechos constar en los folios registrales de las fincas relacionadas con los mismos derechos, se deriven de las inscripciones inmobiliarias descriptivas de las completas situaciones jurídicas constitutivas de los aprovechamientos hidráulicos (finca más derecho al agua) todos los efectos protectores de los principios hipotecarios del correspondiente sistema de publicidad registral.

Dada la complejidad técnica de determinación de los derechos de aprovechamiento del agua y la variabilidad de los mismos, parece evidente que en estos supuestos no cabe pensar en otros medios adecuados para que estas situaciones se reflejen en el Registro de la Propiedad con garantía

Viviendas y Agua de 20 de marzo de 1991 establece que para la inscripción en el Registro de la Propiedad, a favor de personas físicas o jurídicas o de comunidades, de concesiones o aprovechamientos de aguas, será necesaria la previa inscripción en el Registro de Aguas; y una vez inscrita en el Registro de la Propiedad la concesión o aprovechamiento, podrán inscribirse en el mismo Registro, cuando sean colectivos, la participación o cuota correspondiente a cada uno de los interesados.

suficiente de exactitud para servir de base al juego de los principios inherentes a la publicidad registral. No se trata de que, como ocurre con las fincas mismas, deban aparecer perfectamente descritas y que, al respecto, la coordinación Catastro-Registro, pueda mejorar su identificación, añadiendo garantías a la presunción de exactitud del Registro en el juego del principio de legitimación registral (86), sino de que la configuración de estas situaciones jurídicas que son los aprovechamientos de agua no puede quedar al margen de la intervención de la Administración Pública del Agua, encargada de controlar o supervisar los actos de los particulares que busquen la protección registral. En materia de derechos sobre el agua, el Registro de la Propiedad no puede ser un registro autónomo, que refleje las situaciones jurídicas con trascendencia real y relativas al agua, resultantes de las escrituras públicas, ejecutorias o documentos auténticos presentados por los particulares o autoridades judiciales o gubernativos, sino que necesariamente ha de partir de los datos comprobados de los Registros Administrativos de Aguas, incorporándolos y relacionándolos con las fincas registrales a los que se destina el uso del agua, de modo que cumpla así su función de publicar las situaciones jurídicas reales y completas, como único Registro garante de la protección del tráfico jurídico inmobiliario.

El mayor o menor alcance de esta protección dependerá, como es lógico, del régimen o sistema registral correspondiente, yendo desde aquellos que, como el español, están basados en los principios de legitimación y fe pública registral, hasta aquellos otros que establecen únicamente el principio de oponibilidad a terceros de los actos de trascendencia real inscritos en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria (87).

Con este criterio de conexión de los Registros del Agua y de la Propiedad no se plantean siquiera problemas de posible contradicción entre unos y otros, pues cada uno de ellos tiene su propia función, complementaria en el caso de los de aguas y plena en el de la propiedad inmobiliaria. En todo caso, si, como ocurre en España, se atribuyen algunos efectos protectores al Registro de Aguas, se tratará de una protección administrativa que dirimirá conflictos planteados a quienes han buscado la tutela de la Admi-

(86) Ver al respecto la completa exposición del problema en J. M. GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 693 y ss.

(87) En general, los sistemas registrales hispanoamericanos no han llegado aún a fundamentarse en los principios de legitimación y fe pública registral, sino en la oponibilidad respecto de terceros de las inscripciones registrales. Pueden verse los sistemas argentino, venezolano, mexicano y puertorriqueño en J. M. GARCÍA GARCÍA, *ob. cit.*, págs. 447 y ss. En cambio, hay que destacar la importancia que tiene la informática en alguno de ellos, como el argentino, pues esta informatización puede ser muy útil para la conexión de los Registros del Agua y de la Propiedad.

nistración a cambio de ciertas modificaciones de sus derechos. Pero la plena protección jurídica del tráfico inmobiliario, también en cuanto a los derechos sobre aguas, sólo podrá derivar de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad (88).

VII CONCLUSIONES

He procurado plantear las cuestiones estudiadas desde unas perspectivas de *lege data* y de *lege ferenda*, analizando no sólo el Derecho vigente sino también los criterios que parecen orientar las reformas posibles y deseables, hacia las que parecen encaminarse los países que procuran el perfeccionamiento de la ordenación y gestión de un bien tan indispensable para la vida y el desarrollo del hombre como es el agua. Resumidamente, podríamos extraer, de todo lo tratado, las siguientes consideraciones fundamentales:

Primera. El agua, como recurso natural básico, debe estar destinada a satisfacer las necesidades vitales de todos los hombres, por lo que es un bien "no vendible" (89) y nadie debería poder apropiársela y disponer de

(88) Los efectos del Registro de Aguas y del Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas son muy distintos a los del Registro de la Propiedad. Diríamos que son tres Registros que se sitúan en ámbitos diferentes: el Catálogo tiene unos fines informativos y de control administrativo fundamentalmente; el Registro de Aguas confiere una protección administrativa (cuyo alcance ya hemos visto) a quienes se acogen a él; al Registro de la Propiedad le incumbe, sobre todo, proteger a los titulares de los derechos en él inscritos por los efectos que se derivan de los principios hipotecarios, en particular de legitimación y fe pública registral. En todo caso, si surgiera contradicción entre el Registro de Aguas y el de la Propiedad Inmobiliaria y se presentase litigio entre los titulares diferentes de uno y otro, habría que solucionar el conflicto teniendo en cuenta que los asientos del Registro de Aguas están bajo la protección administrativa y los del Registro de la Propiedad están bajo la salvaguardia de los Tribunales (art. 1, párr. 3.º LH), por lo que procedería plantear la cuestión, en primer lugar, ante la Administración y, recaída resolución administrativa, plantear la cuestión judicial, normalmente en vía *contencioso-administrativa* y entablado entonces, en su caso y a la vez, la demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente en el Registro de la Propiedad a que se refiere el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

(89) Cfr. la Carta Encíclica de Juan Pablo II, *Centesimus annus*, núm. 34, que incluye sólo en el libre mercado los recursos que son "vendibles", esto es, capaces de alcanzar un precio conveniente. Desde una perspectiva similar, el filósofo alemán K. R. POPPER decía también recientemente, en un discurso pronunciado en Barcelona (simposio sobre las sociedades europeas y magrebíes, noviembre 1991) que existe un tipo de restricciones que el Estado debe imponer a vendedores y productores de bienes y que influye notablemente en el mercado: las restricciones en beneficio de la seguridad universal, del público en *general*..., las nuevas restricciones destinadas a la protección del medio ambiente.

ella con onn moda libertad. De este principio se deriva la especialidad de los derechos de propiedad y de uso o aprovechamiento de los recursos hídricos, sujetos a control administrativo y a limitaciones legales.

Segunda. Se observa en el Derecho comparado y concretamente en la legislación española e iberoamericana una clara tendencia a la publicación de todas las aguas, mediante conversión de los derechos preexistentes de propiedad privada en derechos de aprovechamiento de amplio contenido económico en los que sólo se excluye la facultad de libre disposición del recurso aprovechado, lo que facilita esa declaración legal de dominio público de todas las aguas continentales.

Tercera. Deben diferenciarse, sobre todo a efectos registrales, el derecho a aprovechar el agua y la situación jurídica completa de aprovechamiento del agua (binomio recurso hídrico más finca).

Cuarta. En el derecho a aprovechar el agua de titularidad privada, que perdura en determinados supuestos, hay que distinguir entre la extensión de la facultad de aprovechamiento correspondiente al propietario y la extensión de los derechos reales de aprovechamiento sobre cosa ajena o limitativos del dominio correspondiente a otros titulares. En cambio, sobre las aguas del dominio público sólo existirán derechos a aprovecharlas derivados de concesión, autorización o precepto legal.

Quinta. La interdependencia de todas las aguas de la misma cuenca hidrográfica o del mismo sistema acuífero y la especialización técnica necesaria para la determinación de los derechos a aprovechar el agua requieren que sea la Administración Pública del Agua la que realice esa determinación de derechos, así como su verificación e inscripción en los correspondientes Registros Administrativos del agua. Cuando se mantenga la propiedad del agua, se determinará e inscribirá la extensión de la facultad de aprovechamiento del propietario y la de los derechos reales del aprovechamiento correspondientes a terceros y limitativos del dominio del agua.

Sexta. En los Registros de Propiedad se inscribirán las situaciones jurídicas completas de aprovechamiento del agua, o sea el recurso hídrico utilizado y las fincas que se benefician de él. La regla general será la de que la extensión de esa facultad de aprovechamiento del propietario del agua o de los derechos a aprovechar el agua de propiedad ajena o de dominio público se acreditarán a partir de los datos de los Registros Administrativos de aguas (90) y deberá constar en los folios registrales de las fincas

(90) En Derecho español las charcas, parte integrante de los predios (art. 10 LA), y los lagos, lagunas y charcas inscritos en el Registro de la Propiedad (disposición adicional 1.  de LA) podrán hacerse constar en las inscripciones de las fincas correspondientes a partir del título inscribible o del propio Registro de la Propiedad. En cambio,

a que se destina el agua o que se benefician de la misma (91), constituyendo incluso, en algunos casos, un objeto jurídico complejo formado por la vinculación real de los dos elementos (derecho a aprovechar el agua y finca), inseparables e indisponibles por separado.

EMILIO PÉREZ PÉREZ

Doctor en Derecho
y Profesor Asociado de Derecho Civil

tanto los aprovechamientos de aguas privadas derivados del ejercicio de la opción prevista en las disposiciones transitorias 2.^a, 3.^a y 4.^a de la Ley de Aguas, como los aprovechamientos *ex lege* del artículo 52 de la misma Ley serán inscritos en el Registro de Aguas; y los de lagos, lagunas y charcas no inscritos en el Registro de la Propiedad figurarán en el Registro de Aguas o en el Catálogo de Aprovechamientos de aguas privadas, y de ellos deberán tomarse para inscribirlos en el Registro de la Propiedad.

(91) La inscripción de los aprovechamientos colectivos a favor de las comunidades de regantes u otras análogas tiene carácter instrumental, similar a la inscripción de la propiedad horizontal y otras situaciones jurídico-reales de naturaleza **consorcial**. La titularidad de estas inscripciones es puramente formal, necesaria para determinar las cuotas de los comuneros que se inscribirán en los folios registrales de las fincas de cada uno.