

De la naturaleza de las aguas en el Derecho Español

Reflexiones acerca de la reforma del Reglamento Hipotecario en materia de inscripción de las aguas

SUMARIO: 0. CONSIDERACIONES GENERALES.—1. DEL DOMINIO PRIVADO SOBRE LAS AGUAS: 1.1. *Aguas privadas de manera permanente*. 1.2. *Aguas privadas temporales*.—2. DEL DOMINIO PUBLICO HIDRAULICO: 2.1. *Planteamiento general de la cuestión*. 2.2. *De las aguas continentales*. 2.3. *De los cauces, álveos, riberas, márgenes y accesiones*: 2.3.1. *Naturaleza de los cauces o álveos*. 2.3.2. *Márgenes y riberas*. 2.4. *De los lagos, lagunas, embalses y terrenos inundables*. 2.5. *De los acuíferos subterráneos*. 2.6. *Del uso privativo de las aguas públicas y de la problemática registral que presenta*: 2.6.1. *Aprovechamientos individuales accesorios de la finca que va a utilizar el agua*. 2.6.2. *Aprovechamientos individuales con fines de lucro*. 2.6.3. *Aprovechamientos colectivos por una comunidad de regantes*. 2.6.4. *La problemática de los aprovechamientos de agua adquiridos por prescripción*.

Una de las preocupaciones constantes del legislador a lo largo de la historia del Derecho privado ha sido la de fijar con precisión la naturaleza de las aguas (1). Dificultad esta que persistió en la época de la codificación y es constante en muchas legislaciones de finales del siglo XIX.

La Ley de Aguas de 1866 y, posteriormente, la de 1879 iniciaban la regulación del dominio de las aguas (Título I) clasificándolas en pluviales, vivas y subterráneas. Esta clasificación presentaba un grave defecto al prescindir de otra distinción capital y básica en el tema que nos

(1) La confusión para deslindar el carácter privado o público de las aguas proviene ya del Derecho romano. Conocida es la dificultad de conciliación entre dos textos, concretamente el de las *Instituciones* —lib. II, tít. I, 2, «*Flumina autem omnia et portus publica sunt*»—, que declara públicos todos los ríos, y el texto del *Digesto* —lib. XLIII, tít. XII, ley I, 3, «*Fluminum quedam publica sunt quedam non*»—, que distingue entre ríos públicos y privados.

ocupa, la que distingue entre aguas de dominio público y dominio privado. Fue el Código Civil el que subsanó este defecto partiendo de la capital distinción entre aguas de dominio público y aguas de dominio privado. Ello era necesario máxime cuando se partía del reconocimiento de la posibilidad de que, no sólo el aprovechamiento de determinadas aguas pudiera corresponder a los particulares, sino de que las mismas aguas pudieran ser, en determinados supuestos, objeto de propiedad privada.

La legislación española desde 1866 ha considerado el dominio público como preponderante en materia de aguas, si bien, junto a éste, ha reconocido también el dominio privado de las aguas en determinados casos. La Ley de 1866 partía de «la conveniencia de declarar del dominio público todas las corrientes naturales de agua como único medio de distribuirla con acierto y de conciliar las necesidades de la navegación, de la agricultura y de la industria... con la excepción de las aguas que, aun comprendidas en la regla general, sean aprovechadas exclusivamente durante el tiempo establecido en la ley civil para la prescripción de cosas inmuebles» (2). El dominio público es la norma general —señalaba CASTÁN (3)— y el dominio privado la excepción. «Es, en efecto, evidente —dice CASTÁN— el valor social de las aguas. Prestan éstas multitud de servicios colectivos, como condición necesaria para la salud pública (limpieza y lavado, alimentación), para la agricultura (riegos), para los trabajos industriales (fuerza motriz) y para las comunicaciones (navigaciones y transporte); y la índole de estos servicios exige una regulación del uso y aprovechamiento de las aguas que les da el carácter de propiedad pública. Sin embargo, hay excepciones al dominio del Estado, justificadas por la necesidad de armonizar la propiedad de las aguas con la del suelo por que atraviesan, de ahí que, por accesión, puedan ser consideradas como parte integrante de un fundo y, por consiguiente, como de propiedad privada».

La doctrina se ha preguntado tradicionalmente cuáles son los caracteres que deben concurrir en una corriente de agua para considerarla como pública o privada. ROMAGNOSI (4) afirma que una cosa cualquiera adquiere la denominación de pública por su relación con todo el conjunto de una sociedad que aparenta constituir la persona colectiva de un público. De manera que en el orden de la existencia, ninguna cosa es por sí, materialmente considerada, pública ni privada. Serán, pues,

(2) Exposición de motivos de la Ley de Aguas de 1866.

(3) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, tomo II, vol. I, página 398, Madrid, 1971.

(4) Citado por GAY DE MONTELLA Y MASSÓ, en *Tratado de legislación de aguas públicas y privadas*, 2.ª edición, pág. 47, Editorial Bosch, Barcelona, 1949.

aguas públicas solamente aquellas que sirven únicamente al uso y están destinadas o reservadas, o por razones de interés general o por su propia naturaleza, a beneficiar indistintamente a todos los súbditos del Estado o miembros de la provincia o municipio, sustraídas en esta forma del uso o aprovechamiento privado.

Sea cual fuere nuestra opinión sobre la existencia o no de un dominio público natural, es lo cierto que la Constitución Española ha mantenido el principio de que ninguna cosa es de dominio público mientras no lo diga la ley (5), por más que —como señala GUAITA (6)— el hecho de que en el tiempo y en el espacio coincidan muchas cosas naturales en ser declaradas de dominio público indica que hay una predestinación a la demanalidad.

El ya citado ROMANGOSI señalaba ya que los requisitos necesarios para considerar pública a una cosa eran los siguientes: 1) Ser declarada tal por el legislador. 2) Presentar, de hecho o en potencia, la posibilidad de ser usada por todos los ciudadanos que constituyen la persona colectiva pública, admitiendo el uso el mayor número posible de ciudadanos que se hallen en la afortunada condición de poder usar de ella. 3) Dar lugar, no al ejercicio de un derecho de propiedad, sino a un simple derecho de uso. 4) Ser susceptible, una vez haya servido al particular, de ser íntegramente restituida a los usos públicos.

A este esquema se ajustaba el artículo 407 del Código Civil, que subsumía a su vez el artículo 4 de la Ley de Aguas de 1879. En esta legislación, hoy derogada, las aguas de dominio público podían clasificarse en tres grupos:

a) *Aguas públicas por sí mismas*.—Lo eran: 1. Los ríos (art. 407, 1, del CC). 2. Las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales (art. 407, 2, CC). En general, pues, debía entenderse como perteneciente al dominio público toda corriente natural de aguas, cualquiera que fuera su denominación, longitud y anchura de su cauce, la mayor o menor extensión que alcancen sus avenidas y la naturaleza jurídica de los terrenos en que tengan su origen o atravesasen en su curso (art. 1.º RD-L 7 enero 1907).

b) *Aguas públicas por accesoriedad*.—Tenían este carácter: 1. Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en terrenos de dominio público. 2. Los lagos y lagunas formados por la naturaleza en terrenos

(5) Dice el artículo 132, 2, de la Constitución Española: «Son bienes de dominio público estatal los que determina la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental».

(6) GUAITA: *Derecho administrativo. Aguas. Montes. Minas*, 2.ª edición, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pág. 23.

públicos. 3) Las aguas pluviales que discurrían por barrancos o ramblas, cuyo cauce sea también del dominio público. 4. Las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos. 5. Las aguas halladas en la zona de trabajos de obras públicas, aunque se ejecuten por concesionario. 6. Los sobrantes de las fuentes, cloacas y establecimientos públicos (art. 407, números 3 al 7 y 9, CC).

c) *Aguas que, siendo privadas en su origen, pasan al dominio público.*—Tales eran: 1. Las que nacían continua o discontinuamente en predios de particulares, del Estado, de la provincia o de los pueblos, desde que salieren de dichos predios (art. 407, 8, CC). 2. Las alumbradas, cuyo dueño las dejare abandonadas a su curso natural (art. 419 del CC).

Estos eran los tres grandes grupos de aguas de dominio público regulados en el Código Civil y en la legislación de aguas hoy derogada, a todo lo cual hay que añadir que el dominio público se extendía también a: 1. Los álveos o cauces naturales de los ríos. Y 2. Los cauces naturales por donde corrieren las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos (art. 407, 1 y 2, CC).

Frente a estas aguas de dominio público, la legislación anterior reconocía claramente aguas de propiedad privada. La naturaleza privada de las aguas, a diferencia de las de dominio público, venía determinada exclusivamente por la característica de ser accesorias al fundo al que nacían, transcurrían, caían o se hallaban. Así, según el común de la doctrina, tenían la consideración de *aguas privadas*: 1. Las aguas vivas (continuas o discontinuas) que nacían en predios de dominio privado, mientras discurrían por ellos (7). 2. Las aguas muertas (lagos y lagunas formados por la naturaleza en dichos predios). 3. Las aguas subterráneas que se hallasen en éstos. Y 4. Las aguas pluviales que en los mismos cayesen, en tanto no traspasasen sus linderos (art. 408, núms. 1 al 4, del CC).

(7) Cabría aquí hacer la salvedad de que, por su naturaleza, el manantial mereciera ya la condición de río, con lo cual se trataría naturalmente de aguas de dominio público.

ALONSO MOYA («Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado», *Revista de Administración Pública*, núm. 4, enero-abril 1951, págs. 29 y sigs.) se ha mostrado en contra de esta apreciación, incomprensible —según él— en una legislación como la de aguas de 1879, cuyo principio básico declarado en su exposición de motivos es «la conveniencia de declarar del dominio público todas las corrientes de aguas». Ha dicho este autor que, en todo caso, las aguas de los torrentes son —como las de los ríos— de dominio público, en toda la extensión de sus recorridos, desde el nacimiento a la desembocadura. El artículo 339 del Código Civil señala, en efecto, que «son bienes de dominio público: 1. Los destinados al uso público, como caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado; las riberas, playas, radas y otros análogos». Ningún otro precepto vigente

Respecto a la propiedad de los cauces, en la legislación que estamos comentando eran de dominio privado: 1. Los cauces de aguas corrientes, continuas o discontinuas, formados por aguas pluviales y los de los arroyos que atravesaran fincas que no fueran de dominio público. Y 2. Los álveos de los lagos y lagunas formados en predios de dominio privado (artículo 408, núms. 5 y 2, CC). Tratándose de acequia o acueducto privado, tanto el agua, como el cauce, los cajeros y las márgenes, tenían la consideración como de integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas; no pudiendo los dueños de los predios por los cuales o por cuyos linderos pasase el acueducto alegar dominio sobre él, ni derecho de aprovechamiento de su cauce o márgenes, a no fundarse en títulos de propiedad expresivos del derecho o dominio que reclamasen (art. 407, apartado último, CC).

El artículo 132, 2, de la Constitución Española de 1978, al establecer que son, en todo caso, bienes de dominio público estatal «los recursos naturales de la zona económica», ha dado pie al legislador para considerar el agua —atendiendo a su condición de bien escaso e indispensable para la vida— como un bien incluíble entre los bienes demaniales. En efecto, el Ministro de Obras Públicas y Urbanismo, señor Campo Sainz de Rozas, en la sesión del 12 de marzo de 1985 (8), presentaba ante el Parlamento el Proyecto de Ley de Aguas como un proyecto basado en la continuidad de las instituciones y las costumbres, pero con pretensiones de adaptar la legislación de forma progresiva a la realidad del momento, legislación esta que debía permitir un mejor aprovechamiento de los recursos hidráulicos con el respeto a los derechos legítimamente adquiridos y el buen uso del agua en función de los intereses generales.

«El agua —decía el Ministro— está presente en toda la actividad humana, por ello resulta lógico que a lo largo de la historia el hombre haya invertido gran parte de su tiempo en la búsqueda de soluciones

contraviene esta calificación de los ríos y torrentes como bienes de dominio público. Por ello toda discusión sobre la naturaleza de las aguas carece de fundamento jurídico. Los ríos y torrentes y sus aguas son bienes de dominio público, gozando de los privilegios inherentes a los de tal condición, de inalienabilidad e imprescriptibilidad.

Para este autor, el único concepto de aguas de dominio privado que contenía la legislación española era el artículo 408, 1, del Código Civil, en conformidad con el cual se hallaba el artículo 5 de la Ley de Aguas. Ambos preceptos respetaban el principio general que informaba toda la legislación especial, de ser de dominio público todas las aguas de las corrientes naturales, sea cualesfuere su denominación e importancia. Para ALONSO MOYA, el dominio privado sólo alcanzaba a las «aguas continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, sin constituir corrientes naturales, mientras discurran por los mismos predios».

(8) Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 187, año 1985, páginas 8616 y sigs.

para su aprovechamiento. El agua no sólo es indispensable para la vida, sino que también condiciona el desarrollo de los pueblos por ser necesaria en la mayoría de las actividades económicas. Es un recurso natural, escaso, limitado, aunque se renueve a través del ciclo hidrológico. No es ampliable y ha de ser considerado como un bien estimable cuya obtención y utilización debe ser optimizada y puesta al servicio de la comunidad. El agua —enfaticaba el Ministro— debe ser un *bien público*».

En aquel importante discurso, el Ministro de Obras Públicas aportaba en defensa de su proyecto múltiples razones, a saber: el incremento de la demanda de agua, la evolución de las técnicas de investigación y explotación de las mismas, el valor ecológico de un recurso sensiblemente deteriorado, su protagonismo principal al definir las cotas de calidad de vida, así como la necesidad de adaptar la nueva legislación a las exigencias constitucionales del Estado, exigencias que obligaban al legislador a calibrar la nueva organización territorial de España y a defender principios constitucionales como el que obliga a los poderes públicos a velar «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva».

Respecto del tema que nos ocupa, y a partir de los argumentos aportados, el Ministro de Obras Públicas dejaba claro lo que pretendía la Ley en orden a la naturaleza jurídica de las aguas. Frente a la diferenciación clara que la Ley de 1879 hacía entre aguas superficiales y subterráneas, la diferenciación entre unas y otras «resulta hoy —decía el Ministro— un mero artificio formal arbitrado por la ley, que atenta en la actualidad contra el tratamiento coherente de un bien que, con independencia de su situación contingente y transitoria, tiene una misma identidad funcional».

«En esta línea —añadía— el proyecto de ley suprime la posibilidad de apropiarse las aguas subterráneas (...) respetando los derechos adquiridos al amparo de la normativa que se deroga (...) y extiende el dominio público hidráulico a aquellos bienes como los cauces o formaciones geológicas por los que circulan las aguas subterráneas, por cuanto ha parecido imprescindible para asegurar la tutela y correcta administración del bien principal que es el agua».

El Ministro precisaba aún más: «La nueva ley no hará públicas las aguas privadas, sino que incorpora al dominio público las aguas subterráneas que no son propiedad de nadie y sobre las que el dueño del fundo puede extender su titularidad dominical de acuerdo con el Derecho vigente, si las alumbra y no aparta con ello aguas públicas o privadas de su corriente natural. Lo que se incorpora, por tanto, al dominio

público es algo que no tiene dueño y por ello no cabe hablar de lesiones jurídicas de ningún tipo sino de una *nueva regulación del derecho de propiedad en materia de aguas* con un criterio actualizado de acuerdo con la indiscutible función social que la propia institución de la propiedad tiene y que el agua impone» (8 bis).

Queda claro, pues, con esta evocación al discurso del Ministro de Obras Públicas y Urbanismo en la presentación del Proyecto de Ley de Aguas de 1985, que para el legislador español —y por las razones ya aludidas— el agua debe considerarse hoy como un bien incluíble entre los bienes demaniales, lo cual no es óbice para continuar reconociendo determinados, aunque escasos, supuestos de propiedad privada del agua, supuestos que el Derecho transitorio de la nueva Ley 29/1985, de 2 de agosto, recoge con la clara intención de respetar, en principio, las

(8 bis) Contra la ampliación sustancial del dominio público en materia de aguas hubo múltiples intervenciones en el Parlamento. En nombre del Grupo Popular, el señor GÓMEZ DE LAS ROCES señalaba lo siguiente: «Todos entendemos que las aguas, sean públicas o privadas, deben ser subordinadas, prescindiendo, insisto, de su titularidad, al interés general, o dicho de otra manera, entendemos que, abstracción hecha de esa titularidad, el aprovechamiento, en todo caso, se subordina al interés general (...). Pero hay también una notable discrepancia, porque ustedes, señores socialistas, creen que lo mejor para subordinar el empleo del agua al interés general es acabar con toda la propiedad privada del agua, incluida la que, al menos de presente, no haga falta para el interés general (...). Para nosotros lo que conviene muchas veces al interés general es que sigan existiendo aguas de dominio particular o privado, por el principio de proporción de medios afines, porque lo que puede no resultar en absoluto útil como objeto de una actividad pública puede ser perfectamente rentable y útil, económico y socialmente, en manos de la iniciativa particular (...). Ustedes hablan de suprimir la propiedad privada de pozos y manantiales (...), nosotros hablamos de restringir esa propiedad privada (...). Nosotros ni siquiera proponemos en este aspecto capital del proyecto de ley un principio distinto al de la demanialidad de las aguas, sino que proponemos, más modesta y benedictinamente incluso, alguna salvedad a ese principio general. Esto es todo y, a nuestro modo de ver las cosas, no es mucho. Exceptuar de la demanialidad supuestos como el de las aguas pluviales sobre terrenos particulares, como el de las aguas que nazcan en esos terrenos, sólo hasta que salgan de ellos, el de las lagunas formadas en tales terrenos y las charcas con el mismo emplazamiento, me parece que no es demasiado ni contradice en lo esencial ese principio del dominio público, y tampoco lo contradice el que las aguas subterráneas sigan la condición pública o privada, no necesariamente privada, del terreno en cuyo subsuelo se encuentren».

En este mismo sentido, el Diputado señor ESCUDER CROFT señalaba: «Esa declaración de dominio público estatal constituye una auténtica nacionalización, porque, aun admitiendo que sea posible dentro de nuestra actual Constitución, sólo puede justificarse mediante la correspondiente indemnización, porque es precisamente la Constitución la que reconoce que nadie puede ser privado de una propiedad —las aguas son privadas— sin la correspondiente indemnización, y esto es precisamente lo que olvida este proyecto de ley».

A pesar de estas y otras opiniones, como la del Diputado señor ORTIZ GONZALES, en nombre del Grupo Centrista, la ley se mantuvo fiel al proyecto presentado por el Ministro de Obras Públicas y defendido por el Partido Socialista. Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 207, año 1985, págs. 9479 y sigs.

situaciones jurídicas existentes a la entrada en vigor de la misma. Para estas situaciones de propiedad privada que subsistan después de la nueva ley, ésta impone tan sólo la obligación de declararlas por sus titulares legítimos ante el organismo de cuenca correspondiente en los plazos que reglamentariamente se determinan (disposición transitoria cuarta, 2) y ello al objeto de que se incluyan en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas de la cuenca correspondiente, para lo cual la ley otorga a la Administración pública unos medios coercitivos que implican determinadas facultades sancionadoras, sin que ello afecte, no obstante, a la titularidad ni a la naturaleza privada de las aguas.

Es, pues, del todo evidente que la nueva legislación sobre aguas parte de la idea primordial y básica de que el agua es de dominio público y que su aprovechamiento por los particulares, más allá de lo que signifique el uso público de las mismas, exige concesión administrativa (artículo 57, 1, LA). Ahora bien, ello no es óbice para reconocer determinados supuestos de aguas privadas (definitiva o transitoriamente privadas) que pueden estar sometidas al tráfico jurídico y que, al tener —en determinados casos— la consideración de bienes inmuebles (así las «aguas vivas o estancadas» a que alude el artículo 334, 8, CC), podrán tener acceso al Registro de la Propiedad. Nada hay que alegar, pues, respecto del artículo 334, 8, del Código Civil, que debe de considerarse como absolutamente vigente, como tampoco puede cuestionarse la necesidad de que el Reglamento Hipotecario continúe previendo los distintos supuestos de inscripción de las aguas privadas sin perjuicio de la necesidad de adaptar su articulado a la nueva regulación sustantiva que, de las aguas, ha hecho la ley.

Debemos, pues, continuar distinguiendo hoy —como en la anterior legislación sobre aguas— entre el dominio público hidráulico y las aguas de dominio privado, por más que al utilizar hoy el legislador un concepto un tanto vidrioso (el de «aprovechamiento» de aguas), al referirse a los supuestos en que el agua puede utilizarse privadamente sin concesión alguna (art. 52 LA) y al precisar luego que «todo uso privativo de las aguas no contenido en el artículo 52 requiere concesión administrativa» (art. 57 LA), ha dado lugar a una fuerte polémica en torno a la distinción entre los conceptos de dominio y de aprovechamiento de las aguas. Pero no son estos los únicos artículos a tener en cuenta ni tampoco el debate sobre la distinción doctrinal entre *dominio* y *aprovechamiento* es nuevo.

En realidad, como decimos, el debate doctrinal respecto de la distinción entre *dominio* y *aprovechamiento* de las aguas tiene ya causa

en nuestra anterior legislación. ALONSO MOYA (8 ter), amparándose en la exposición de motivos de la Ley de Aguas de 1879 (9), llegaba a la conclusión de que, para el legislador, dominio y aprovechamiento son conceptos bien diferentes, por lo que, en realidad, la única definición propiamente dicha de aguas de dominio privado era la contenida en el artículo 408, 1 (las aguas continuas y discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurren por ellos), pues la Ley de Aguas de 1897, en su artículo 5.º, sólo se limitaba —como el actual artículo 52— a conceder al propietario del fundo «la pertenencia para su uso o aprovechamiento», absteniéndose de declarar su dominio.

Como han señalado REVERTE y COBACHO (10), este artículo (junto al 412 CC) establecían el principio general de que el propietario de un fundo tenía derecho a «aprovechar» las aguas que en él nacían mientras discurren por el mismo. Aparte de expresar el ámbito espacial del aprovechamiento de aguas privadas, cabía desde luego plantearse qué alcance tenía el derecho del propietario del fundo sobre aquéllas aguas, máxime teniendo en cuenta que las facultades dominicales sobre el agua diferían de las de otro objeto cualquiera porque las limitaciones establecidas excedían a las que afectan a cualquier clase de propiedad.

LACRUZ (11), comparando el artículo 408 con el 412, llegó a la conclusión de que estas aguas no eran de dominio privado. La corriente —decía LACRUZ— es de dominio público y privado su aprovechamiento, que es —como reconocía el autor— a lo que se suele llamar propiedad privada. Si ello era ya discutido, pues, en la legislación anterior respecto de aguas —como las enumeradas en el artículo 408, 1, cuyo encabezamiento dice

(8 ter) ALONSO MOYA, *op. cit.*, págs. 39 y sigs.

(9) Decía, entre otras cosas, lo siguiente: «Juzga la Comisión indispensable determinar los caracteres generales que separan y diferencian el aprovechamiento del dominio. Este es un derecho absoluto e ilimitado sobre la cosa, que nos autoriza para hacer libremente de ella el uso que nos plazca, siempre que no lastimemos el derecho de otro... El aprovechamiento, por el contrario, es un derecho limitado, sujeto a las condiciones impuestas por quien lo concede, y que no autoriza para abusar, sino sólo para usar en la forma y para el objeto concedido. El aprovechamiento es el uso a que por la misma naturaleza se hallan destinadas las cosas comunes, revestido de aquellas formas que el Poder público juzga indispensables para evitar conflictos y para que a todos alcance ese uso cuando es posible... Por eso la Comisión no reputa jamás a los concesionarios de las aguas públicas como verdaderos dueños de éstas, ni aun después de separarlas de sus cauces naturales, sino como meros usuarios, limitados al objeto que se les concedieron y sujetos siempre a la vigilancia de la Administración, encargada de precaver todo abuso o desperdicio. No es nueva esta doctrina, sino consagrada por los siglos, especialmente en aquellas provincias donde más codiciados y esmerados han sido los aprovechamientos del agua».

(10) REVERTE y COBACHO: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, vol. 2, Ed. Revista de Derecho Privado, págs. 540 y sigs.

(11) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, III-1, 1979, págs. 261 a 276.

textualmente «son de dominio privado...», con mayor medida puede discutirse hoy.

Quizá por ello no nos atreveríamos a afirmar, como ha hecho CAMY (12), que se trata de un derecho dominical indiscutible el que recae sobre las aguas a que hace referencia el artículo 52 de la Ley, argumentando que de la redacción legal del artículo 52, 1, y 57 de la Ley de Aguas, «no puede deducirse que sea tan sólo el 'uso privativo' aquello que no necesita de concesión administrativa en los supuestos del artículo 52, puesto que, entre otras razones, en nuestro ordenamiento jurídico no existe ni puede existir ningún derecho real limitativo, como es el uso, que grave un inmueble de forma perpetua ya que esta nota de perpetuidad sólo es atribuible al derecho de propiedad». Hoy sabemos que el contorno del derecho de propiedad sobre ciertos bienes está muy delimitado por la ley y es dudoso que, analizadas las disposiciones legales, y sobre todo, reglamentarias en torno al derecho a aprovechar las aguas a que el artículo 52 se refiere, pueda hablarse con precisión de verdadera propiedad privada de aquéllas. Ahora bien, trátase de *dominio* —que, en todo caso, tendría enormes limitaciones—, trátase tan sólo de *aprovechamiento* el derecho que al propietario del fundo corresponde sobre las aguas pluviales que discurren en los predios de dominio privado o de las aguas estancadas, dentro de sus linderos, que estén en fincas de propiedad particular (art. 52, 1), como la ley configura a otras aguas (las estancadas, las charcas e incluso las procedentes de manantiales y subterráneas cuando de pequeñas corrientes se trate) como aguas de tipo privado y al establecerse que éstas se considerarán como parte integrante de los predios de propiedad privada en que se encuentren, ello parece significar que sobre tales aguas recae la misma propiedad privada que sobre los predios que las contienen. Existe, pues, sin duda, junto a un dominio público —que es, desde luego, básico y preponderante hoy en materia hidráulica—, un dominio privado en materia de aguas. A él vamos a referirnos en primer lugar.

1. DEL DOMINIO PRIVADO SOBRE LAS AGUAS

Partiendo de la afirmación efectuada de que continúa habiendo en nuestro sistema jurídico aguas de propiedad privada, podemos distinguir aquí dos tipos de aguas privadas: aquellas que son privadas de manera permanente y las que lo son de manera temporal y transitoria.

(12) CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura: «La nueva legislación de aguas y el Registro de la Propiedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 572, enero-febrero 1986, págs. 9 y sigs.

1.1. Aguas privadas de manera permanente

Tendrán carácter privado:

a) Los aprovechamientos de las aguas pluviales que discurran en los predios de dominio privado, mientras que transcurran por ellos (artículo 52, 1, LA).

b) Los aprovechamientos de las aguas estancadas, dentro de sus linderos, que estén en fincas de propiedad particular (art. 52, 1, LA).

c) Las charcas (art. 10 LA) y las aguas subterráneas que se hallen en predios de propiedad particular cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos (art. 52, 2, LA y 84, 2, Rgto.). Cuando dichos acuíferos hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras sin la correspondiente autorización.

En los tres casos anteriores, tales aguas no podrán utilizarse en finca distinta en que nazcan, discurran o estén estancadas (arts. 10 LA y 84, 3, del Rgto.), lo cual constituye una limitación impuesta al dominio privado de tales aguas.

d) Los lagos, lagunas y charcas sobre los que existan inscripciones que acrediten el dominio privado de las mismas en el Registro de la Propiedad a 1 de enero de 1986, las cuales conservarán el carácter dominical que ostentaban en aquel momento (disposición adicional primera).

Es evidente que tales aguas tienen hoy la consideración de bienes inmuebles (art. 334, 8, CC) y, como tales, tendrán acceso al Registro de la Propiedad. Ahora bien, salvo en el caso de los lagos, lagunas y charcas ya inscritos con anterioridad en dicho Registro —que pueden estarlo con carácter de finca independiente— hoy, las aguas que, con arreglo a la vigente legislación, tienen naturaleza privada, sólo se conciben como parte integrante de la finca en que nazcan, transcurran o se hallen estancadas (arts. 10 y 52 LA y 84, 3, Rgto.). Son, por tanto, consideradas, en todo caso, como una *qualitatis predii* y forman parte del mismo, como del mismo también forman parte o, en su caso, de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas o, en caso de evacuación, de los que procedieran éstas, cuando de acequias o acueductos se tratare (art. 47 LA).

En el orden registral ello parece aconsejar, como norma general —y sin perjuicio de que los lagos, lagunas y charcas inscritos ya como finca independiente sigan su curso como tales fincas— que el Reglamento Hipotecario se modifique en el sentido de prever tan sólo la inscripción

en tales aguas privadas como *qualitatis predii* de la finca en que nazcan, discurran o se hallen, ya que tales aguas no podrán ser objeto de tráfico jurídico independiente y separado de las mismas.

Directamente relacionado con lo anterior está el tema que plantea el apartado 3 del actual artículo 66 del Reglamento Hipotecario. En efecto, el apartado en cuestión se refiere a la servidumbre de aguas, o lo que es lo mismo, al derecho de las fincas (derecho real, por consiguiente) a beneficiarse de aguas privadas situadas fuera de ellas, derecho éste que el Reglamento, en su actual redacción, permite hacer constar en la inscripción de dichas fincas como una cualidad determinante de su naturaleza, indicando, eso no obstante, que no surtirá efecto frente a tercero mientras no conste en la inscripción de las mismas aguas, cuando éstas estén configuradas como finca independiente, o, cuando no lo estén, en la de la finca que las contenga.

Hay reiterada jurisprudencia favorable a la constitución del derecho real de servidumbre de aguas, pero tal derecho, cuando menos en su constitución *ex novo*, debe de ponerse en cuarentena al haberse no sólo reducido el marco de las aguas privadas, sino al establecerse en la nueva Ley —y ello es lo fundamental— esta importantísima limitación que implica la necesidad de considerar a tales aguas como parte integrante de la finca en que se hallen (art. 10 LA, para el caso de las charcas) y no puedan utilizarse en finca distinta de aquellas en que nazcan, discurran o estén estancadas (art. 84, 3, RA). El titular de tales aguas puede, por tanto, utilizarlas en su fundo, pero no parece que pueda constituir sobre ellas un derecho real que beneficie a otro fundo distinto. Por ello no tiene sentido mantener el apartado 3 del artículo 66, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante respecto de las aguas privadas temporales.

Nada que objetar tiene, en cambio, el apartado 4 del artículo 66, que prevé la inscripción de aguas privadas no inscritas, sea porque tal circunstancia se omitió cuando la finca tuvo acceso al Registro, sea porque las aguas hayan surgido después de practicada aquella inscripción. En uno y otro caso procederá —como dice el actual Reglamento Hipotecario— practicar una nueva inscripción basada en acta notarial de presencia o por descripción de las aguas en los títulos referentes al inmueble.

Por último, debemos resaltar —en orden a la problemática registral que estamos tratando— la imposibilidad de que en el futuro se constituyan comunidades de aguas privadas por las razones ya expuestas, básicamente por la exigencia de utilizar las aguas privadas por el propietario del fundo y la adscripción de éstas al fundo en que se hallan, nacen o transcurren, lo que —sin perjuicio de lo que se dirá al hablar de las aguas privadas temporales— no parece lógico que el Reglamento recoja

una regulación como la contenida actualmente en los apartados 5 y 6 del artículo 66.

1.2. *Aguas privadas temporales*

Al redactar y aprobar la Ley de Aguas hoy vigente, el legislador, sin perjuicio de introducir la importante novedad que implica la inclusión en el dominio público de las aguas subterráneas, eliminando el derecho a apropiárselas que la Ley de 1879 concedía a quien las alumbrase, no ha querido lesionar los derechos adquiridos por los particulares al amparo de la anterior legislación, sea por respeto a tales derechos —así, cuando menos, se declara en el preámbulo de la Ley— sea para evitar el cuantioso gasto que para la Administración acarrearía la vía expropiatoria. Para ello, el legislador ha arbitrado un sutil sistema transitorio que reconoce la propiedad privada de las aguas que lo eran con arreglo a la legislación anterior durante un importante lapso de tiempo —cincuenta años—, imponiendo a sus titulares la obligación de declarar tales aprovechamientos ante el organismo de cuenca correspondiente.

Tres son las disposiciones transitorias que regulan estas aguas: la segunda se refiere a las procedentes de manantiales y la tercera a las procedentes de pozos o galerías en explotación, siendo la cuarta una disposición genérica que se refiere a las aguas que se consideraban privadas en la legislación hoy derogada.

Pues bien, aun cuando los acuíferos subterráneos son de dominio público (art. 2.º, 4, LA), transitoriamente (disposiciones transitorias segunda y tercera) la Ley establece lo siguiente:

a) Que los titulares de algún derecho conforme a la legislación anterior que se deroga sobre *aguas procedentes de manantiales* que vinieren utilizándose en todo o en parte, podrán acreditar el mismo, así como el régimen de utilización del recurso, ante el organismo de cuenca, para su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas. Y

b) Que los titulares, conforme a la legislación derogada, de un derecho sobre *aguas procedentes de pozos o galerías en explotación*, podrán acreditar ante el organismo de cuenca para su inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas tanto su derecho a la utilización del recurso como la no afectación, en su caso, a otros aprovechamientos legales preexistentes (13).

(13) La diferencia entre pozo o galería y manantial está en la condición artificial del primero y la espontánea del segundo. Hay, sin embargo, una tercera posi-

En uno y otro caso la solicitud de inscripción en el Registro de Aguas debe hacerse en el plazo de tres años de la entrada en vigor de la Ley y también en ambos casos el derecho sobre tales aguas privadas será respetado durante un plazo de cincuenta años transcurridos los cuales tendrán sus titulares derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa de conformidad con lo previsto en la legislación vigente.

Como sea que este derecho temporal que se reconoce es de carácter opcional, es decir, el titular del mismo puede o no aceptarlo, el legislador —para este último supuesto— exonera a la Administración de cualquier obligación compensatoria.

Antes de proseguir debemos, no obstante, reflexionar sobre varias cuestiones: ¿Cuál es la naturaleza de la inscripción en el Registro de Aguas? ¿Es esta una exigencia indispensable para el reconocimiento del derecho temporal sobre aguas privadas que la Ley, en sus disposiciones transitorias, reconoce? ¿Es indispensable tal inscripción en el Registro de Aguas para poder practicar las inscripciones de tales aprovechamientos temporales en el Registro de la Propiedad?

CAMY (14), en el trabajo antes citado, y cuyo objeto ha sido estudiar la nueva legislación de aguas y su problemática al amparo del vigente Reglamento Hipotecario, parece adoptar —respecto del último interrogante formulado— el criterio de exigir la inscripción en el Registro de Aguas para que los aprovechamientos temporales puedan acceder al Registro de la Propiedad. Nuestra postura no coincide, en este caso, con la de tan ilustre tratadista, y ello por las razones siguientes:

a) Es cierto que el legislador (disposición transitoria segunda, 2) obliga a todos los titulares de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a declararlas ante el organismo de cuenca en los plazos que reglamentariamente se establezcan, plazo que el Reglamento de Aguas (art. 195) ha fijado en tres años contados a partir de la entrada en vigor de la Ley, todo ello para incluir tales aprovechamientos temporales en un *Catálogo de aguas privadas*. También lo es que la Ley, para el caso de que tales aprovechamientos no se hubiesen inscrito en el Registro de Aguas o incluido en el Catálogo —trátase de piezas distintas— tiene facultades sancionadoras (disposición transitoria tercera, 3) que, eso no obstante, han de considerarse como de tipo administrativo, ya que no tienen consecuencia ni repercusión alguna

bilidad: la del pozo artesiano. En él concurren la condición artificial de la excavación y la salida espontánea del agua: La ley no nombra este fenómeno, pero es asimilable al primero.

(14) CAMY, *op. cit.*, págs. 16 y sigs.

sobre la naturaleza (privada o pública) de los aprovechamientos de que se trata. Con ello queremos indicar que la declaración de tales aprovechamientos ante el organismo para su inclusión en el Catálogo, aun siendo obligatoria, no es constitutiva de ningún derecho y para nada afecta a la naturaleza de las aguas.

b) Si la declaración a que acabamos de referirnos es obligatoria —a menos que se inscriban las aguas en el Registro de Aguas, en cuyo caso no lo es (cuando menos así debe entenderse de la disposición transitoria cuarta, 3, la cual ofrece claramente la posibilidad alternativa de «inscribir en el Registro o incluir en el Catálogo») — no parece, en cambio, obligado provocar la inscripción de los aprovechamientos temporales en el Registro de Aguas, inscripción que siempre se mantiene como opcional. Así se desprende, sin duda, tanto de las disposiciones transitorias segunda y tercera, que siempre utilizan la fórmula «*podrán* acreditar su derecho» como de la disposición transitoria cuarta, según la cual tales aprovechamientos «*se podrán* inscribir en el Registro de Aguas».

Aceptada esta interpretación —y partiendo, pues, del carácter opcional a que ya nos hemos referido respecto de la posibilidad de mantener los derechos adquiridos sobre tales titularidades temporales de aguas privadas— el legislador bien hubiera podido adoptar un sistema que, para mantener la titularidad de los derechos adquiridos, exigiera la inscripción obligatoria en el Registro de Aguas, pero, muy al contrario, el legislador adopta como principio el de la presunción de que al titular de aquellos aprovechamientos privados le interesa continuar manteniendo la titularidad de los mismos en idénticas condiciones a las que ostentaba anteriormente, pues no de otra manera pueden interpretarse las previsiones de las disposiciones transitorias segunda, 2, y tercera, 2, según las cuales, transcurrido el plazo de tres años que la Ley señala para inscribir tales aprovechamientos en el Registro de Aguas sin que los interesados hubieran acreditado sus derechos, «aquéllos —los interesados— mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora», con una limitación lógica: que «no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas», protección que, como muy bien dicen las disposiciones transitorias que comentamos, es simplemente «administrativa» y que, por ello, en nada afecta al contenido dominical del derecho —temporal, claro— sobre tales aprovechamientos (15).

(15) Lo que se observa aquí es una cierta voluntad suasoria por parte del legislador al objeto de que los titulares de estos aprovechamientos los inscriban en el Registro de Aguas, ya que de no hacerlo parece evidente que la Administración se inhibirá en cuanto concierne a la protección del régimen de los caudales, régimen que —de no provocarse aquella inscripción— quedará automáticamente congelado,

Pues bien, de todo este razonamiento podemos concluir lo siguiente:

1. Que la inscripción de los aprovechamientos temporales en el Registro de Aguas es voluntaria. Y 2. Que la misma no añade ni limita en nada la naturaleza privada temporal de los aprovechamientos de aguas que, siendo hoy públicas, eran privadas con arreglo a la legislación derogada.

A partir de aquí podemos también afirmar dos cosas importantes: *la primera*, que si la Ley reconoce la propiedad privada temporal de determinadas aguas —se inscriban o no en el Registro de Aguas—, nada impide que éstas tengan la consideración de bienes inmuebles con arreglo al artículo 334, 8, del Código Civil y puedan acceder, por ello, al Registro de la Propiedad, prescindiendo de si o no se ha producido aquella inscripción de tipo administrativo; *la segunda*, que si el certificado de la inscripción en el Registro de Aguas cuando ésta se ha producido es título suficiente para acreditar la existencia y titularidad de los aprovechamientos, no es, en cambio, título necesario, lo que implica que —a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad— tales aprovechamientos podrán acreditarse mediante cualquiera otro título fehaciente.

Parece, pues, claro que el Reglamento Hipotecario debe recoger en su articulado los mecanismos que permitan la inscripción de los aprovechamientos temporales, inscripción que podrá practicarse, no sólo durante los tres años que la Ley especifica para provocar la inscripción en el Registro de Aguas, sino durante los cincuenta años que la Ley reconoce vigencia a las titularidades que estamos comentando, y cincuenta años son muchos años para la vida de un Reglamento. Por ello convendría que las normas que regulen la inscripción de los aprovechamientos temporales de aguas privadas estén en el articulado del mismo y no en sus disposiciones transitorias.

Por último, debemos tener en cuenta varias precisiones que las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas establecen y que inciden de alguna forma en el tema que nos ocupa. Son éstas: *a)* Que en cualquiera de los aprovechamientos temporales que tratamos, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de los mismos, requerirán la oportuna concesión al amparo de la totalidad de la explotación, según lo establecido en la propia Ley de Aguas (disposición transitoria segunda, 3). Y *b)* Que, en todo caso, a los aprovechamientos temporales que las disposiciones transitorias consagran, les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o ur-

y cuya mínima variación implicará, para asegurar al titular la utilización de los nuevos recursos, el tránsito obligado al nuevo sistema establecido en la ley.

gente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico (disposición transitoria segunda, 4), exigen estas cuya raíz última encontramos en el artículo 33 de la Constitución Española, que, después de reconocer el derecho a la propiedad privada, se refiere a la función social como fundamento básico que, con arreglo a las leyes, puede delimitar su contenido.

Dicho todo esto, parece aconsejable que el Reglamento Hipotecario contenga en su nueva redacción en materia de aguas privadas un artículo que determine la forma de inscripción de las escasas aguas de dominio privado que subsisten en la legislación vigente y también los mecanismos necesarios para permitir la inscripción temporal de las aguas privadas que lo son con carácter transitorio, mecanismos que no pueden diferir mucho de los actuales, incluso en el caso de las aguas privadas pertenecientes a heredades, dulas, etc., puesto que si las aguas privadas actuales consideramos que, en todo caso, han de configurarse como *qualitatis predii*, para estos supuestos parece conveniente mantener la posibilidad de inscribir el agua como finca independiente, puesto que estas comunidades con fin subordinado así parecen aconsejarlo para la claridad y seguridad jurídica.

2. DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

2.1. *Planteamiento general de la cuestión*

Es posiblemente la declaración de dominio público de todas las aguas continentales la innovación de mayor trascendencia en la Ley de Aguas de 1985. El propio precepto que la formula (16) viene a dar las razones básicas donde se cimenta dicha declaración: integración de las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables en el ciclo hidrológico, y subordinación de las mismas aguas, que constituyen un recurso unitario, al interés general. Quizá por ello tiene poco sentido que la misma ley (art. 1.º, 4) excluya de su articulado a las denominadas aguas minerales o termales, que continuarán rigiéndose por su regulación específica (17).

(16) «Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico» (art. 1, 2, de la Ley de Aguas y art. 1, 2, de su Reglamento).

(17) El Diputado señor GÓMEZ DE LAS ROCES, en nombre del Grupo Popular, proponía en el debate del artículo 1 ampliar el ámbito objetivo de la ley a las aguas potabilizables y a las susceptibles de ser desmineralizadas. «Si no somos imaginativos —decía— seamos, por lo menos, previsores. No se pueden despreciar

Consecuentemente con esta filosofía, la cual no es sino una plasmación de la tendencia seguida por las legislaciones más recientes y que ha sido propugnada y recomendada por las últimas conferencias internacionales sobre la materia, el artículo 2.º de la Ley enumera los elementos que constituyen hoy el dominio público hidráulico: «Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: a) Las aguas continentales, tanto superficiales como las subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación. b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. d) Los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos». idéntica redacción mantiene el artículo 2 del Reglamento.

2.2. *De las aguas continentales*

Con la denominación de aguas continentales debemos entender todas aquellas aguas que no son marinas. Así quedó claro en el debate parlamentario de la Ley cuando, ante una enmienda del diputado de Esquerra Republicana señor Vicens Giralt que proponía que el texto de la Ley hablara de aguas «continentales e insulares», el ponente socialista, señor Sáenz Lorenzo, indicó que el término «aguas continentales» implicaba ya la inclusión de las aguas insulares, puesto que en aquel término se incluían todas las aguas salvo las marinas. Es claro, pues, que, según la nueva Ley, todas las aguas son, en principio, de carácter público y lo son tanto las superficiales como las de origen subterráneo. Forman, pues, parte del dominio público hidráulico lo mismo las llamadas por la legislación anterior aguas vivas y corrientes que las llamadas subterráneas. Todo ello sin perjuicio de lo que diremos luego sobre el derecho a la utilización privativa de unas y otras. Sin duda esta regulación legal ha venido a alterar sustancialmente la legislación anterior y no permite abrigar dudas respecto de su alcance.

las diversas tecnologías de potabilización hoy existentes, cuando copiamos de la Carta Europea de las Aguas, aunque tampoco era necesario que lo dijese la Carta Europea que el agua es un recurso escaso. Y si ello es así, procuremos incrementar la dosis, en vez de resistirnos a incluir como mandato de la ley la potabilización de las aguas que sean susceptibles de ese tratamiento.» Dicha opinión no fue incluida en el texto legal. Cf. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 207, año 1985, pág. 9480.

2.3. De los cauces, álveos, riberas, márgenes y accesiones

2.3.1. *Naturaleza de los cauces o álveos.*—GAY DE MONTELLA y MASSO (18) definen el álveo o cauce como el lecho de una corriente constituido por la superficie de terreno sobre el cual el agua discurre contenida entre dos riberas. Cualquiera que sea la configuración del terreno, se entiende por tal álveo el que queda expuesto debajo del volumen del agua corriente y que soporta su peso. Nunca, por tanto, puede considerarse como álveo el lecho de un río, arroyo o torrente formado por una avenida circunstancial o por una corriente de carácter torrencial, sino el terreno excavado naturalmente por las aguas que utilizan su lecho para su función corriente.

La antigua Ley de Aguas distinguía —como se ha dicho— entre álveos y cauces naturales de corrientes discontinuas formadas por aguas pluviales y los álveos o cauces naturales de ríos o arroyos, es decir, de corrientes continuas. El Código Civil (art. 407) consideró, en términos generales, a las aguas como accesorias del fundo, y por la misma razón consideró también como accesorio de aquéllas todo lo que pueda servir para su goce, disfrute y aprovechamiento. Esta es, no cabe duda, la ideas que resalta el inciso final del artículo 408 al establecer que en toda acequia o acueducto el agua, cauce, cajeros y márgenes forman parte integrante del edificio o heredad a que van destinadas las aguas.

La Ley de Aguas de 1985 parte, como la Ley anterior, de una distinción entre dos tipos de cauces: los de corrientes naturales, continuas o discontinuas [art. 2.º, b)] y aquellos por los que discurren ocasionalmente aguas pluviales en tanto atraviesen, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular (art. 5.º, 1). Los primeros forman parte del dominio público hidráulico; los segundos son de dominio privado.

El principio general es, pues, que los cauces son, ordinariamente, de carácter público, ello no obstante la Ley continúa reconociendo cauces o álveos de carácter privado. Para poder ostentar este carácter se exigen dos requisitos: 1. Que se trate de cauces por los que transcurran aguas de carácter pluvial. 2. Que dichos cauces atraviesen, desde su origen, exclusivamente, fincas de propiedad privada. Cuando no se trate de cauces propiamente dichos, sino de acequias o acueductos privados, el artículo 47 de la Ley mantiene análogo criterio al del artículo 408 del Código Civil, señalando que «en toda acequia o acueducto, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas, o en caso de

(18) GAY DE MONTELLA-MASSO, *op. cit.*, pág. 144.

evacuación, de los que procedieran», a lo cual hay que añadir la última coletilla del artículo 408 del Código Civil, precisando que los dueños de los predios por los cuales o por cuyos linderos pase el acueducto, no podrán alegar dominio sobre él, ni derecho al aprovechamiento de su cauce o márgenes, a no fundarse en títulos de propiedad expresivos del derecho o de dominio que reclamen.

Respecto de los cauces de propiedad privada, tanto la Ley como el Reglamento (art. 5.º, 2) precisan que el dominio privado de los mismos no autoriza para hacer en ellos labores ni construir obras que puedan hacer variar el curso natural de las aguas en perjuicio del interés público o de tercero, o cuya destrucción por la fuerza de las avenidas pueda ocasionar daños a personas o cosas. Trátase de una cautela que, en defensa del interés público o en beneficio de tercero, configura el derecho de propiedad de dichos álveos o cauces susceptibles de dominio privado.

Por otra parte, la propia Ley de Aguas acota con precisión qué debe entenderse por cauce: «Alveo o cauce natural de una corriente continua o discontinua es —dice el artículo 4.º— el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias», a lo que añade el artículo 4.º, 2, del Reglamento que «se considerará como cauce de la máxima crecida ordinaria la medida de los máximos caudales anuales, en su régimen natural, producidos durante diez años consecutivos, que sean representativos del comportamiento hidráulico de la corriente». Asimismo, para la delimitación del cauce deberán también considerarse la observación del terreno y las alegaciones y manifestaciones de los ribereños interesados y de los prácticos y autoridades locales (art. 240 RA).

2.3.2. *Márgenes y riberas.*—Directamente relacionados con los cauces y álveos están las riberas y márgenes. La Ley entiende por riberas «las fajas laterales de los cauces públicos situadas por encima del nivel de aguas bajas» (art. 6.º), es decir, son las franjas del cauce que se inundan en las crecidas ordinarias, por ello, tal como decía la Ley anterior, el límite alto de las riberas es el nivel que las aguas alcanzan en las mayores avenidas ordinarias. Por márgenes la Ley entiende los terrenos que lindan con los cauces (art. 6.º), es decir, el terreno inmediato a los bordes del cauce y cuya anchura no se delimita pero que debe de hacerse coincidir con la de la servidumbre de máxima extensión que los márgenes soportan, es decir, cien metros, como vamos a ver.

La exposición de motivos de la Ley de 1866 resaltaba ya la dificultad de establecer una norma general sobre el dominio de las riberas. «Cualquiera que sea el peso de las razones alegadas para que se le declare público —señalaba—, considerándolas como parte o complemento del

cauce, es lo cierto que la Ley de Partida, siguiendo las tradiciones del Derecho romano, las declaró de aquellos cuyas son las heredades con-
tiguas, aunque sujetas a ciertas servidumbres públicas. (...) (Por ello) la Comisión ha creído lo más prudente abstenerse de toda declaración absoluta y abandonar este punto a las reglas ordinarias del Derecho civil, todo ello, sin embargo, debe entenderse con la limitación impuesta por las servidumbres consiguientes al uso público de las mismas.

De la regulación que de las riberas se hacía en la Ley de Aguas de 1879 y en el Código Civil (no se olvide que el artículo 339 configura a las riberas como parte integrante de los cauces) podíamos deducir tres afirmaciones: 1) Que la norma general era que las riberas de los ríos pertenecían al dominio público. 2) Que las demás podían pertenecer al dominio particular, cuando así se hubiere reconocido por antigua ley o por costumbre, lo que permitía mantener una excepción a la imprescriptibilidad de los bienes de dominio público. 3) Que cuando las riberas perteneciesen al dominio privado estaban sujetas en toda su extensión a la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento (19).

La Ley de Aguas de 1985 sólo extiende el concepto de ribera a las fajas laterales de los *cauces públicos*, por lo que —como los propios cauces— formarán parte del dominio público. Está claro que, cuando de cauces de dominio privado se refiera, las riberas de los mismos —a las que ninguna mención hace la Ley— serán también de dominio privado.

Por margen la Ley entiende los terrenos que lindan con los cauces (artículo 6.º), aunque más exacto sería decir que márgenes son las zonas laterales que lindan con las riberas. Los márgenes son de dominio privado, pero sobre ellos se extienden dos servidumbres legales a las que vamos a referirnos más adelante.

En las márgenes de los cauces permite la Ley (art. 7.º) que los particulares realicen —en caso de urgente necesidad— trabajos de protección que tengan carácter provisional. Dichos trabajos —según precisa el Reglamento (art. 10, 2)—, por el hecho de realizarse en la zona llamada de policía, deberán ser puestos en conocimiento del organismo de cuenca en el plazo de un mes, al objeto de que éste, a la vista de los mismos y de las circunstancias que los motivaron, pueda resolver sobre su legalización o demolición. Precisa, además, el artículo 7.º de la Ley que serán responsables de los eventuales daños que pudieran derivarse de dichas obras los propietarios que las hayan construido. Como

(19) Cf. ALONSO MOYA: *Las riberas de los ríos en la legislación española. Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, tomo III, vol. 1, Madrid, 1961.

ha dicho GONZÁLEZ BERENGUER (20), el artículo 7.º de la Ley presenta un curioso caso de permiso de obras *ex lege* para cuya realización no se requiere licencia municipal, sin perjuicio de que ésta deba obtenerse *a posteriori*. Ahora bien, la condición «provisional» de tales obras comporta siempre en nuestro Derecho la consecuencia de que la orden de desaparición no conlleva derecho a indemnización alguna. En cuanto a la alusión final a las posibles indemnizaciones a cargo de los promotores de este tipo de obras, está sometida al régimen general de responsabilidad por daños del Código Civil.

Finalmente debemos señalar que contiene la Ley de Aguas y su Reglamento una detallada regulación de las modificaciones que pueden sufrir los cauces, del sistema de apeo y deslinde de los mismos, así como de las servidumbres a que vienen sometidas riberas y márgenes, cuestiones todas ellas que no interesan aquí desde la perspectiva de este trabajo.

2.4. *De los lagos, lagunas, embalses y terrenos inundables*

Forman parte también del dominio público hidráulico «los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos» [art. 2.º, c)], entendiéndose por lecho o fondo de lagos y lagunas el terreno que ocupan sus aguas en las épocas en que alcanzan su mayor nivel ordinario y entendiéndose por lecho o fondo de un embalse superficial el terreno cubierto por las aguas cuando éstas alcanzan su mayor nivel a consecuencia de las máximas crecidas ordinarias de los ríos que lo alimentan (arts. 9.º LA y 12 RA).

Debe observarse que la demanialidad no alcanzará a los terrenos que puedan resultar inundados durante las crecidas no ordinarias de los lagos, lagunas, embalses, ríos o arroyos, los cuales conservarán la calificación jurídica y la titularidad dominical que tuvieran.

No debe olvidarse que la disposición adicional primera de la Ley determina que los lagos, lagunas y charcas sobre los que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad conservarán el carácter dominical que ostenten en el momento de entrar en vigor la presente Ley. Por tanto, como excepción, los lagos y lagunas que estén inscritos con carácter privado mantendrán este carácter en el futuro.

2.5. *De los acuíferos subterráneos*

Los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos, forman parte del dominio

(20) GONZÁLEZ BERENGUER: *Comentarios a la Ley de Aguas*, Publicaciones Abella, Madrid, 1985, págs. 77-78.

público hidráulico del Estado [art. 2.º, *d*)]. Con esta disposición se desliga por completo la primitiva idea de accesoriedad del agua respecto del fundo en que se halle. Por acuíferos, terrenos acuíferos o acuíferos subterráneos se entienden aquellas formaciones geológicas que contienen agua o la han contenido y por las cuales el agua puede fluir (art. 15 RA).

El proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes hablaba tan sólo de la demanialidad de los acuíferos subterráneos, pero gracias a una enmienda del Grupo Parlamentario Centrista al artículo 2.º, *d*), que fue recogida por la ponencia, se precisó que la demanialidad de los acuíferos se entendía tan sólo en cuanto a los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. La explicación a esta coletilla la encontramos en el artículo 12 de la Ley, según el cual la demanialidad de los acuíferos y, en general, de las formaciones geológicas por las que circulan aguas subterráneas, se entiende sin perjuicio de que el propietario del fundo pueda realizar cualquier obra que no tenga por finalidad la extracción o aprovechamiento del agua ni perturbe su régimen ni deteriore su calidad, salvo —por lo que a aprovechamientos se refiere— al derecho de aprovechar aguas subterráneas cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos (arts. 12 y 52, 2, LA y 15, 2, RA) (21).

2.6. *Del uso privativo de las aguas públicas y de la problemática registral que presenta*

Lo primordial a destacar de la nueva regulación legal en materia de aguas públicas es que el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo del dominio público hidráulico, se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa, pero sin que nunca pueda adquirirse por pres-

(21) Conviene aquí hacer una observación importante. La disposición adicional 3.ª de la Ley de Aguas dice así: «Esta ley no producirá efectos derogatorios respecto de la legislación que actualmente se aplica en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias, que subsistirá en tanto ésta no dicte su propia legislación. Serán de aplicación, en todo caso, en dicha Comunidad Autónoma, a partir de la entrada en vigor de su nueva legislación, los artículos de esta ley que definen el dominio público hidráulico estatal y aquellos que supongan una modificación o derogación de las disposiciones contenidas en el Código Civil». Ello implica que, en aplicación de la legislación vigente —aun cuando de normas reglamentarias se trate—, las aguas subterráneas pertenecen en la Comunidad Autónoma canaria, incluso desde antes de su alumbramiento, a los dueños de los predios que las contienen. De la misma manera debe tenerse en cuenta que la regulación de las distintas clases de heredamientos de aguas, que no son sino agrupaciones de propietarios de aguas privadas, continuarán rigiéndose por su regulación específica, lo que implica la existencia de un islote legislativo dentro del sistema jurídico español, que deberá ser tenido en cuenta por el legislador a la hora de modificar las disposiciones vigentes en el Reglamento Hipotecario en materia de inscripción de aguas.

cripción (art. 50 LA) sin perjuicio de que, por excepción y en forma temporal, será aún operante este modo de adquirir en determinados supuestos, como veremos.

El título adquisitivo será, pues, la ley o bien la correspondiente concesión administrativa que deberá ser otorgada por los órganos componentes de las Comunidades Autónomas (siempre que sus Estatutos les otorguen competencia sobre el dominio público hidráulico) cuando se trate de cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro del territorio de una Comunidad Autónoma o bien los órganos correspondientes de la Administración del Estado cuando la cuenca se extienda a territorios de varias Comunidades Autónomas (arts. 15, d), y 16, 1, Ley de Aguas).

La concesión se otorgará con carácter temporal y por un plazo que no exceda de setenta y cinco años (art. 57, 4, LA), cuando de riegos se trate, y sólo podrá realizarse a favor de titulares de los bienes a los que vaya a regar el agua, salvo que los aprovechamientos individuales lo sean con fines de lucro o estemos en presencia de concesiones otorgadas a las Comunidades de Regantes (art. 59, 4, LA). El último de los requisitos es la registración de la concesión en el correspondiente Registro de Aguas, la cual se llevará a cabo de oficio (art. 72, 1, LA) y de la cual se podrá obtener la correspondiente certificación (art. 72, 2, Ley de Aguas), que será el medio de prueba de la existencia y situación de la concesión (art. 72, 4, LA).

Dicho esto debemos distinguir, pues, tres supuestos de aprovechamientos de aguas públicas: a) los aprovechamientos individuales accesorios de la finca que va a utilizarlas; b) los aprovechamientos individuales con fines de lucro, y c) los aprovechamientos colectivos por una comunidad de regantes. Finalmente nos referiremos a la problemática que generan hoy los aprovechamientos adquiridos por prescripción.

2.6.1. *Aprovechamientos individuales accesorios de la finca que va a utilizar el agua.*—Es evidente en estos casos que la inscripción deberá efectuarse en el Registro de la propiedad en que esté inscrita la finca que va a beneficiarse del agua, bien a nombre del concesionario o bien al de alguno de sus causahabientes, siempre que del folio registral resulte que el concesionario tuvo la titularidad de la finca o si ésta fue inmatriculada posteriormente, se justifique civilmente que fue causahabiente del titular registral.

El artículo 64, en su actual redacción, y por la referencia que hace al artículo 31 del mismo Reglamento —que, como se sabe, regula la inscripción de las concesiones administrativas en general— exige la presentación del título de la concesión, al que debe acompañarse el certificado de la inscripción del aprovechamiento en el Registro de Aguas.

Como sea que hoy la inscripción de la concesión en este Registro se hace de oficio (art. 118 RA) y es medio de prueba de la existencia y situación de la concesión, parece claro que el nuevo Reglamento Hipotecario debe continuar exigiendo la presentación de la certificación que acredite la inscripción de la concesión en el Registro de Aguas correspondiente. El título deberá, en todo caso, especificar las características esenciales de toda concesión (así los datos sobre la cuantía y punto de toma del aprovechamiento, el uso del agua concedida, el plazo de duración de la concesión y las condiciones peculiares que se hayan podido originar a estos efectos) (arts. 46 y 47 LA).

Tratándose en todos estos casos de concesiones de aprovechamientos de agua accesorios de una finca (art. 59, 2, LA), es lógico que la inmatriculación de la concesión se realice en el folio en que conste inscrita la finca en que va a utilizarse el agua.

Finalmente parece conveniente mantener la posibilidad de anotar preventivamente la concesión por defecto subsanable en el caso de que no se aporte el certificado de la inscripción de la concesión en el Registro de Aguas.

2.6.2. *Aprovechamientos individuales con fines de lucro.*—La característica de tales aprovechamientos en la nueva Ley es que la concesión no puede ser accesoria de finca alguna, por tener carácter personal, lo que implica dos cosas: que se constituya como finca independiente y como tal se inmatricule en el Registro de la Propiedad y que dicha inmatriculación se haga no en el Registro en que se hallen inscritas las fincas que en definitiva vayan a beneficiarse del agua, sino en el Registro a que corresponda la toma de agua en el cauce público.

El título constitutivo de tales concesiones deberá contener las exigencias especiales que respecto de las mismas prevé la Ley, básicamente la tarifa o canon que se le autorice percibir al concesionario, además de las generales de todas las concesiones.

2.6.3. *Aprovechamientos colectivos por una Comunidad de regantes.*—Tales aprovechamientos, como los anteriormente estudiados, y a diferencia de los individuales para riego (sin ánimo de lucro), no son accesorios de finca alguna, lo que implicará que —como en el actual régimen del Reglamento Hipotecario (art. 64, ap. 3)— deban abrir folio registral. Como sea que la nueva Ley de Aguas no ofrece modificación sustancial alguna respecto de tales aprovechamientos, parece conveniente incorporar al nuevo Reglamento el apartado 3 del artículo 64 en su íntegra y actual redacción.

2.6.4. *La problemática de los aprovechamientos de agua adquiridos por prescripción.*—A diferencia de lo que ocurre con las aguas que, con

arreglo a la legislación anterior, eran privadas y son públicas con arreglo a la vigente Ley —las cuales, como se ha visto, continúan siendo transitoriamente privadas por un plazo de cincuenta años, legalice o no esta situación su titular mediante la inscripción correspondiente en el Registro de Aguas—, con respecto a las aguas que en la legislación anterior ya eran públicas, la Ley de Aguas mantiene hoy otro criterio. En efecto, hasta la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, los aprovechamientos de aguas públicas podían obtenerse por concesión o bien por prescripción, modo de adquirir este último que hoy ha desaparecido por cuanto, según reza el artículo 50 de la Ley de Aguas, «el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo del dominio público hidráulico, se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa», a lo que añade: «No podrá adquirirse por prescripción al derecho al uso privativo del dominio público hidráulico».

Ahora bien, para evitar una ruptura radical con la situación legal anterior y respetar los derechos adquiridos por los particulares, la disposición transitoria primera dice lo siguiente: «Quienes, conforme a la normativa que se deroga, fueran titulares de aprovechamientos de aguas públicas en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada, así como de autorizaciones de ocupación o utilización del dominio público estatal, seguirán disfrutando de sus derechos de acuerdo con el contenido de sus títulos administrativos y lo que la propia Ley establece, durante un plazo máximo de setenta y cinco años a partir de la entrada en vigor de la misma, de no fijarse en su título otro menor». Ello implica que los titulares de tales aprovechamientos y, por tanto, de inscripciones de aprovechamientos de aguas públicas en el Registro de la Propiedad adquiridas por prescripción continuarán disfrutando de igual régimen jurídico al que disfrutaban anteriormente, con la única salvedad del plazo máximo de setenta y cinco años que fija hoy la Ley.

Pero la disposición transitoria primera va más allá al permitir —como en el caso de los titulares de derechos sobre aguas anteriormente privadas— que los que lo sean de aprovechamientos de aguas públicas con arreglo a la legislación anterior, pero no hayan legalizado su situación, lo hagan ahora mediante la inscripción de tales aprovechamientos en el Registro de Aguas (disposición transitoria segunda). Ello se hará mediante acta de notoriedad de conformidad con los requisitos de la legislación notarial e hipotecaria, debiendo el acta acreditar el derecho a la utilización del recurso en los mismos términos en que se hubiera venido disfrutando el aprovechamiento durante veinte años.

Ahora bien, la posibilidad de acreditar la adquisición por prescripción de los aprovechamientos de aguas públicas sólo se dará en el plazo

de tres años contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, es decir, hasta el 1 de enero de 1989.

La diferencia fundamental entre el Derecho transitorio que se refiere a las aguas anteriormente privadas y el referente a estos aprovechamientos de aguas públicas es que, en el primer caso, se legalice o no la situación anterior mediante la inscripción de aquéllas en el Registro administrativo, las aguas anteriormente privadas continuarán siéndolo por un plazo de cincuenta años, mientras que los aprovechamientos de aguas públicas que podían adquirirse por prescripción, si ahora no se legalizan en el plazo de tres años que fija la Ley, pasarán a formar parte definitivamente del dominio público hidráulico.

Ello explica que, mientras para el caso de las aguas transitoriamente privadas abogamos —como se ha visto— por mantener en el articulado del Reglamento las normas que posibiliten su inscripción en el Registro de la Propiedad —pues cincuenta años son muchos años para un Reglamento— en este caso, y dado que las inscripciones de aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción sólo podrán efectuarse hasta el 1 de enero de 1989, entendemos que sería mejor sacar del articulado del Reglamento Hipotecario el actual artículo 65 y mantener su texto como una disposición transitoria del que va a dictarse.

Únicamente deberá rectificarse el inicio del artículo que, en vez de comenzar diciendo que «los aprovechamientos a que se refiere el artículo anterior adquiridos por prescripción...», deberá decir, «los aprovechamientos de aguas públicas adquiridas por prescripción a que hace referencia la disposición transitoria primera de la Ley de Aguas serán inscribibles...». Asimismo convendrá añadirle un último párrafo (análogo al actual último párrafo del artículo 64), que haga referencia a la modalidad de aprovechamientos adquiridos por prescripción por las Comunidades de Regantes.

JOSÉ MARÍA QUINTANA

Registrador de la Propiedad de Barcelona