

LA EXPLOTACIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS EN ESPAÑA

ESPERANZA ALCAÍN MARTÍNEZ¹

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN; II.- EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS ANTES DE LA LEY DE AGUAS DE 1985. 1.- La Ley de Aguas de 1866-1879. 2.- La "propiedad especial" de las aguas regulada en los artículos 407 a 425 del Código Civil. a.- Regulación de las aguas subterráneas: artículos 417 a 419 del Código Civil. b.- La cuestión de la vigencia de estos preceptos; III.- LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 29/1985, DE AGUAS. 1.- La declaración del dominio público hidráulico del Estado. a.- Reconocimiento legal. b.- Consecuencias jurídicas. 2.- El sistema de investigación y alumbramiento de las aguas subterráneas. 3.- Títulos jurídicos que permiten el aprovechamiento de las aguas subterráneas. a.- El aprovechamiento legal y la concesión administrativa. b.- Respeto de los derechos adquiridos: análisis de la Disposición Transitoria Tercera. 4.- Protección de la calidad de las aguas y de los acuíferos subterráneos; IV.- INCIDENCIA DE LA LEY 46/1999, EN EL RÉGIMEN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS. 1.- Valoración general de la reforma. 2.- La gestión integrada de las aguas subterráneas y superficiales. 3.- Medidas extraordinarias de gestión de las aguas subterráneas; V.- EL FUTURO DE LA REGULACIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS. 1.- La Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional. 2.- La Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DOCE L 327 de 22 de diciembre de 2000); VI.- CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El régimen jurídico de las aguas subterráneas ha tenido una importante evolución en el Derecho español. Los conflictos sociales, políticos y económicos relacionados con las aguas han originado numerosas normas y, sobre todo, cuantiosas y variadas opiniones doctrinales y jurisprudenciales. A comienzos del siglo XXI nos encontramos con un momento crucial para el Derecho de Aguas en España, que está marcado por dos normas: la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, y la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. Estos datos ponen de manifiesto la situación de continua evolución y reforma en la que nos encontramos y que caracteriza la regulación jurídica del agua en España.

Sin lugar a dudas, hay que fijar como fecha clave el 2 de agosto de 1985, en la que se promulga la Ley de Aguas, y se deroga la centenaria Ley de 1879, modelo en su género y en su tiempo, pero insuficiente para dar respuesta a

los requerimientos que suscitan la nueva organización territorial del Estado, nacida de la Constitución de 1978, las profundas transformaciones experimentadas por la sociedad, los adelantos tecnológicos, la presión de la demanda y la creciente conciencia ecológica y de mejora de la calidad de vida, tal y como se expresó en el Preámbulo de la Ley.

Hasta 1985, el régimen jurídico de las aguas en general y de las subterráneas en particular, se contemplaba, fundamentalmente en dos normas: en la Ley de Aguas de 1879 y en el Código Civil, en concreto, en los artículos 407 a 425 que integraban el Capítulo I "De las aguas" dentro del Título IV "De algunas propiedades especiales".

La esencia de esta regulación estriba en admitir que el aprovechamiento del agua por los particulares es una consecuencia de la propiedad de la tierra. El propietario de la finca donde se encontrasen las aguas subterráneas, sería también el propietario de las aguas que alumbrase en su finca, imponiéndose por Ley unas distancias mínimas entre pozos, lo que daba lugar a conflictos entre particulares. La Administración Pública poco podía intervenir.

Efectivamente, en nuestro Derecho ha sido tradicional hablar de la propiedad privada de las aguas, pero también ha sido tradicional incurrir

¹ Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Granada (España).

en el error de identificar este derecho con un derecho absoluto, propio del liberalismo que influyó en la redacción del Código Civil. Junto a los problemas derivados de los títulos que permitían a los particulares el aprovechamiento, hay que añadir la falta de control de la Administración, el desconocimiento de los recursos hídricos almacenados en el subsuelo y la imposibilidad de introducir un régimen que impusiese a los particulares una nueva forma de llevar a cabo el uso del agua que venía realizando hasta ahora.

El reconocimiento de la función social de la propiedad recogida en el art. 33 de la Constitución española de 1978 no fue suficiente para garantizar el cambio en el régimen jurídico de las aguas y alterar unos derechos que se venían ejercitando desde hacía más de un siglo. Por ello fue necesario plantear una reforma, pero no retocando los preceptos de las normas existentes, sino elaborando una nueva ley basada en unos nuevos principios.

Así se promulga la Ley 29/1985 de 2 de agosto (LA)², con la que el régimen jurídico de las aguas subterráneas cambió de forma decisiva. El reconocimiento de la unidad del ciclo hidrológico y la declaración del dominio público hidráulico, en el que se incluyen las aguas subterráneas y los acuíferos subterráneos, constituyen la base de una nueva concepción del Derecho de Aguas en España. Actualmente ha quedado derogada por el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (TRLA) con el objetivo de elaborar un texto único que recogiera las modificaciones que desde la entrada en vigor de la Ley de Aguas se habían producido.

El objeto de este trabajo es, por lo tanto, sistematizar y sintetizar las principales cuestiones jurídicas que se han planteado en torno a las aguas subterráneas. Posiblemente no estén todas, pero las que están sí son las fundamentales y más destacables para tener una visión general del régimen jurídico de las aguas subterráneas en España.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS ANTES DE LA LEY DE AGUAS DE 1985

Para comprender mejor la actual regulación de las aguas subterráneas, es imprescindible hacer una breve referencia a las normas más importantes de nuestro ordenamiento en materia de aguas. No se trata de hacer en este apartado un análisis detallado del sistema previo a la Ley vigente (en los trabajos que cito a pie de página, entre otros, se puede encontrar un análisis exhaustivo), sino de exponer las notas predominantes del régimen que durante más de un siglo ha permitido la utilización de las aguas subterráneas en nuestro país y que ha servido de base para la actual regulación.

1. LA LEY DE AGUAS 1866-1879

Suele ser frecuente la referencia conjunta de estos dos años, si bien por todos es sabido que se corresponden con las dos primeras leyes de aguas de nuestro Derecho. El 3 de agosto de 1866 se aprueba la primera ley general en materia de aguas, en la que se contempla toda clase de aguas y sus distintos aprovechamientos. A partir de ella se dictaron diversas normas que afectaban a aspectos puntuales sobre la materia que se aglutinaron con la Ley de Aguas de 13 de julio de 1879 que ha permanecido en vigor durante más de un siglo, hasta que se derogó por la Ley de 2 de agosto de 1985.

Básicamente las dos leyes eran idénticas, de ahí que algún autor las cite conjuntamente ya que salvo la exclusión de la regulación de las aguas marítimas, el resto del articulado, dedicado a las aguas terrestres, se mantenía igual casi en la totalidad. Incluso, al carecer la Ley de 1879 de Exposición de Motivos, debemos acudir a la de la Ley de 1866 para conocer la intención del legislador de la época, así como los principios informadores.

En concreto, respecto a las aguas subterráneas, el tratamiento previsto en la Ley de 1866, basado en la posibilidad de alumbrar aguas en terrenos ajenos sin autorización del dueño, fue objeto de conflicto con el Decreto Ley de 29 de diciembre de 1868, sobre minas, que declaró el dominio público del subsuelo y expresamente de las aguas subterráneas, resolviéndose por la Real Orden de 5 de diciembre de 1876 que declaró la vigencia de los artículos de la Ley interpretándose que la concesión solo era exigible en los terrenos de dominio público.

El régimen previsto en la Ley de Aguas de 1879 (Título I, Capítulo IV, arts. 18 a 27), basado en la distinción entre las aguas superficiales

2 Desarrollada por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico en desarrollo de los Títulos I, IV, V, VI y VII (RDPH) y por el Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica, en desarrollo de los Títulos II y III (RAPPH). Junto a estas normas es necesario consultar la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, que se pronuncia sobre la constitucionalidad de numerosos preceptos de la Ley (BOE, N° 307, de 23 de diciembre de 1988).

y las subterráneas, refuerza la posición jurídica del propietario del suelo, así como la privatización de las aguas subterráneas, de tal forma que este tenía, no solo el derecho a la perforación y el dominio del agua extraída, sino que también tenía la facultad para autorizar a otro para que las buscara y las utilizara.

Dentro de las aguas subterráneas, se hacía la distinción según el sistema utilizado para el alumbramiento. Si se alumbraban por pozos artesianos, galerías o socavones, su titular adquiría un derecho sujeto a la limitación de no distraer aguas públicas o privadas, destinadas a un servicio público, o de no mermar un aprovechamiento privado preexistente con derechos legítimamente adquiridos, por lo que se debían respetar unas distancias mínimas. Se permitía también el alumbramiento a través de pozos ordinarios, entendiéndose por tales los que se abrían con la finalidad de satisfacer las necesidades domésticas y en el que no se empleaban para la extracción otro motor que la fuerza del hombre. En ambos casos su titular adquiría un derecho casi absoluto y perpetuo³.

2. LA PROPIEDAD ESPECIAL DE LAS AGUAS REGULADA EN LOS ARTÍCULOS 407 A 425 DEL CÓDIGO CIVIL⁴

Al publicarse el Código Civil en 1889 se siguió la línea y el espíritu que informó la Ley de 1866 (plasmado en su exhaustiva Exposición de

Motivos) y que continuó la Ley de Aguas de 1879⁵.

El legislador no podía omitir la regulación de la propiedad de las aguas, ni podía limitarse a traer el articulado de la Ley de Aguas, entre otros motivos, porque el acentuado carácter administrativo no encajaba en el ámbito de aplicación del Código Civil. El resultado fue la dualidad de textos legales que ocasionaron una gran confusión en la práctica. Desde entonces existe la indeterminación en la regulación jurídica y la lucha por ubicar los problemas jurídicos de las aguas en el Derecho Civil o en el Derecho Administrativo, así como la duda acerca de qué jurisdicción es la competente para conocer de los numerosos conflictos que se suscitan con relación al uso y aprovechamiento de las aguas.

En síntesis, se puede afirmar que la esencia de la regulación del Código Civil estriba en admitir que el aprovechamiento individual de las aguas es una consecuencia de la propiedad de la tierra (arts. 407 y 408 C.C.), lo que ha constituido, sin duda, un obstáculo en la evolución de nuestro Derecho de Aguas, a lo que hay que añadir la defensa del carácter absoluto de la propiedad de las aguas. Ya los comentaristas se cuestionaban si el agua podía ser objeto de propiedad entendiéndose esta como relación de dominio absoluto sobre la cosa y también se defendía el carácter de cosa común⁶.

Actualmente, y, en concreto, a partir de la STC 227/1988, no debe discutirse más acerca de esta cuestión. El Tribunal, en el fundamento jurídico 61, una vez que reconoce que las disposiciones de la Ley de Aguas de 1985 afectan al régimen jurídico previsto en el Código Civil.

3 Acerca de la situación anterior a la Ley de Aguas de 1866, la tensión entre la titularidad privada y pública en dicha Ley y la Ley de Minas de 1868, así como la solución privatista en la Ley de Aguas de 1879, resulta ilustrativa la exposición de DEL SAZ CORDERO, S.: "Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de Aguas)". Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 11 y ss.

4 En relación con este tema se pueden citar, entre otros muchos, los siguientes trabajos: ALONSO MOYA, F.: "Sobre las aguas de dominio público y privado". RAP. 1951, Nº 4, págs. 31 y ss. ALCÁFN MARTÍNEZ, E. "El aprovechamiento privado del agua y su protección jurídica". Bosch, Barcelona, 1994. MANRESA Y NAVARRO, J.M.: "Comentarios al Código Civil Español". Tomo III 8ª edición, revisada y puesta al día por Fco. Rico Pérez. Madrid, 1976, págs. 697 y ss. SCAEVOLA, Q.M.: "Código Civil". Comentado y concordado extensamente y totalmente revisado y puesto al día por Fc. Ortega Lora. Tomo VII. 4ª edición. Madrid, 1943, págs. 492 y ss. PÉREZ PÉREZ, E.: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" Tomo V, volumen 3º, 2ª ed. EDESA, Madrid, 1991. "La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario". Ed. Bosch, Barcelona, 1998. REVERTE NAVARRO, A. y COBACHO GÓMEZ, J.A.: "Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" Tomo V, volumen 2º. 1ª ed. EDESA, Madrid, 1985.

5 No debemos olvidar que la Base 10ª de la Ley de Bases de 1888 disponía que "se incluirán en el Código las bases en que descansan los conceptos especiales de determinadas propiedades, como las aguas, las minas y las producciones científicas, literarias y artísticas, bajo el criterio de respetar las leyes particulares por que se rigen en su sentido y disposiciones, y deducir de cada una de ellas lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos para incluirlo en el Código". En realidad, el espíritu y la finalidad de esta Base no se tradujo con exactitud ya que los artículos del Código civil en esta materia son, salvo alguna modificación, meras transcripciones de la ley especial, lo que provocó una duplicidad de textos inútil. En este sentido se pronunciaron algunos comentaristas como VALVERDE, "Tratado de Derecho civil español", Tomo II, 2ª ed., 1920, pág. 114, o como SCAEVOLA, ob. cit., pág. 490.

6 Ya los comentaristas se cuestionaban si el agua podía ser objeto de propiedad entendiéndose esta como relación de dominio absoluto sobre la cosa, por ejemplo, MANRESA Y NAVARRO, ob. cit., pág. 697.

Pero es necesario advertir 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 art. 348 del Código Civil, y en los preceptos concordantes. La propiedad privada de determinadas aguas terrestres era ya en aquella legislación una propiedad especial (Título IV del Libro Segundo del Código Civil), sometida a límites estrictos en lo que atañe a las facultades del propietario. [...]. Por lo que se refiere a las aguas subterráneas, 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 y 21), y al que las hallare e hiciera surgir a la superficie del terreno por medio de pozos artesianos, socavones o galerías le reconoce el carácter de dueño a perpetuidad (art. 22). Pero una cosa es la propiedad de las aguas ya alumbradas (art. 418 C.C.) y otra, el derecho o facultad de alumbrar aguas subterráneas. Este último, igualmente accesorio a la propiedad del predio en cuyo subsuelo se hallen las aguas, es también un derecho estrictamente limitado y condicionado a que no se distraigan o aparten aguas públicas o privadas de su corriente natural (art. 23 de la ley de Aguas de 1879), a cuyo efecto la Ley fijaba una serie de garantías y condiciones —régimen de distancias, autorizaciones, suspensiones—, que ha sido completado en sentido limitativo por una prolija legislación.

En conclusión, la interpretación de la propiedad privada de las aguas contemplada en el Código Civil, y sobre todo a partir de la Constitución española de 1978, se ha de hacer atendiendo a la función económico-social del bien, por lo que la intervención administrativa permitirá fijar las condiciones que delimiten su contenido y su ejercicio.

a. La regulación de las aguas subterráneas: artículos 417 a 419 del Código Civil⁷

Sin un motivo aparente, salvo la especialidad en los problemas que suscitan, estos tres preceptos integran una Sección (De las aguas

subterráneas) que poco aporta a la regulación prevista en la Ley especial.

Nos encontramos que con relación a las aguas subterráneas concurrían dos intereses. Por un lado, el del investigador de las aguas, por otro, el del dueño del terreno, cuya superficie o subsuelo hay que perforar para extraer el agua. Situación que se complica al quedar entrelazados, pero no aclarados los términos investigación, alumbramiento y aprovechamiento, así ha quedado de manifiesto de forma unánime al analizar y comentar estos artículos⁸.

La interpretación de estos preceptos y por lo tanto la exposición del régimen de las aguas subterráneas previsto en el Código Civil, se ha hecho poniéndolo en conexión con lo dispuesto por la Ley de Aguas de 1879, así como con la configuración de la propiedad privada plasmada en el art. 348 y siguientes del Código.

Así, el art. 350 C.C. dispone que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvo las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía. Precisamente, esta remisión a las normas especiales es la que nos obliga a considerar que el derecho del propietario en el subsuelo ha de someterse a unos límites y limitaciones y que no puede ser entendido como un derecho absoluto.

Respecto del dominio de las aguas subterráneas, el Código civil establece que son de dominio privado las que se hallen en predios de dominio privado (art. 408.31 C.C.), mientras que son de dominio público las que existan en terrenos públicos (art. 407.61 C.C.).

Los profesores Reverte y Cobacho⁹ distinguían tres posibilidades con relación al dominio de las aguas subterráneas, aunque ni el Código Civil, ni la Ley de Aguas las preveía expresamente:

a.1.— Aguas subterráneas no alumbradas. Frente a la opinión mayoritaria que las consideraban *res nullius*, estos autores entendían que desde el momento en el que no se sabe si existen, no se conocen, estas aguas no son *res* en sentido jurídico. Razonaban estos autores que si no son *res* no pueden ser *res nullius*, ya que

7 Art. 417 Cc: "Solo el propietario de un predio u otra persona con su licencia puede investigar en él aguas subterráneas. La investigación de aguas subterráneas en terrenos de dominio público solo puede hacerse con licencia administrativa".

Art. 418 Cc: "Las aguas alumbradas conforme a la Ley especial de Aguas pertenecen al que las alumbró".

Art. 419 Cc: "Si el dueño de aguas alumbradas las dejare abandonadas a su curso natural, serán de dominio público".

8 REVERTE y COBACHO, "Comentarios al Código Civil...", cit., pág. 627. CAPILLA RONCERO, F., "Comentario del Código Civil". Tomo I. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991, pág. 1140.

9 "Comentarios...", cit., pág. 632. En la misma línea se manifestó PÉREZ PÉREZ, E., "La figura del consorcio aplicada a la gestión de las aguas subterráneas", 1979, pág. 32.

estas existen, se conocen y pertenecen al Estado.... La discusión doctrinal quedó zanjada ya que la STC 227/1988, de 29 de noviembre se pronunció acerca de la naturaleza jurídica de las aguas subterráneas no alumbradas en el Fundamento Jurídico 12 admitiendo la opinión dominante en la doctrina de ahí que no exista obstáculo jurídico alguno para que la nueva Ley califique en general a estas últimas como bienes de dominio público.

a.2.- Aguas alumbradas y no extraídas. Se distingue la posibilidad de que el alumbrador extraiga del caudal subterráneo hallado una determinada cantidad. Implícitamente se está distinguiendo entre investigación y alumbramiento, conceptos que no quedaron diferenciados en la Ley, pero que conllevan actividades de distinta repercusión.

a.3.- Aguas alumbradas y extraídas. El art. 418 C.C. establece que las aguas alumbradas conforme a la Ley de Aguas pertenecen al que las alumbró. Esta remisión que se hacía a la Ley de 1879 nos obliga recordar que al dueño de un predio le pertenecían en plena propiedad las aguas subterráneas que en él hubiere obtenido por medio de pozos ordinarios¹⁰. Se podían abrir libremente estos pozos, aunque con ellos se menguaban las aguas de los vecinos, pero respetando unas distancias mínimas. Si el alumbramiento se realiza a través de pozos artesianos, por socavones o por galerías, el alumbrador será dueño de ellas a perpetuidad, sin perder su derecho, aunque salgan de la finca donde vieron la luz. Estos derechos estaban limitados por el respeto a los derechos adquiridos por un tercero y por las distancias fijadas entre unos y otros.

b. La cuestión de la vigencia de estos preceptos

Las carencias del sistema transitorio contemplado en la Ley de Aguas de 1985 se ponen de manifiesto desde el mismo momento en el que es difícil determinar la función que el Código Civil pasa a cumplir en el nuevo Derecho de Aguas. Esta nueva Ley ambiciosa en las bases y principios de la necesitada reforma no supo afrontar con éxito la correcta delimitación frente a un cuerpo legal de carácter general como es el Código Civil, de manera que este pudiera que-

dar verdaderamente como supletorio respecto de la materia regulada por la Ley especial.

Las referencias al Código Civil se hacen en dos normas de distinto alcance. En primer lugar, la Disposición Final Primera fija su carácter subsidiario al establecer que en todo lo que no esté expresamente regulado por esta Ley, se estará a lo dispuesto por el Código Civil. Ni más ni menos, se está constatando la norma general prevista en el art. 4.3 C.C. según la cual el Derecho Civil es derecho supletorio y a él será necesario acudir para resolver las cuestiones surgidas de las situaciones jurídico-privadas en relación con la titularidad y aprovechamiento de las aguas¹¹.

En segundo lugar, la Disposición Derogatoria determina que los artículos 407 a 425 del Código Civil de 24 de julio de 1889 en cuanto se opongan a lo establecido en la presente Ley, quedarán derogados. Con esta norma el legislador ha dado lugar a que sea la doctrina y la jurisprudencia las encargadas de fijar qué artículos están o no en vigor, qué artículos son aplicables o no al caso concreto. Y esto es así, porque previa y expresamente ha declarado derogada la Ley de Aguas de 1879¹², pero no los artículos 407 a 425 del C.C., cuando en realidad y como he explicado en el epígrafe anterior, son un extracto de ella. Así, un mismo artículo estará en vigor o derogado dependiendo de la labor interpretativa que de él se haga¹³. Se podría plantear su aplicación para aquellas que quedaron fuera del ámbito de aplicación de la Ley de Aguas de 1985, como pueden ser las aguas subterráneas no renovables (art.1.2) o las aguas minerales y termales (art. 1.4)¹⁴.

11 Me remito a mi trabajo "La protección de los derechos de aguas en el Derecho civil español" publicado en la Revista de Derecho de Aguas (Chile), Vol. VII, 1996, págs. 9-20. En él sintetizo las principales contradicciones normativas en materias propias del Derecho civil, como son la propiedad, las situaciones jurídicas derivadas de las modificaciones de cauces, y las servidumbres (págs.12 y13). Este mismo trabajo se encuentra publicado en la Rivista di Diritto Agrario, N° 3, 1994, págs. 459-475 con el título "Una analisi della legge spagnola sulle acque: la utilizzazione razionale della acqua e la sua adeguata tutela giuridica", traducido al italiano por el Prof. Luigi Sapio de la Universidad de Pisa (Italia).

12 MOREU BALLONGA analiza la derogación de la Ley y sus consecuencias en "Aguas públicas y aguas privadas". Bosch, Barcelona, 1996, págs. 369 y ss.

13 Por ejemplo se pueden consultar los comentarios realizados por GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Comentarios a la Ley de Aguas" Civitas, Madrid, 1987, págs. 1177 y ss. PÉREZ PÉREZ, E., "Comentarios...", cit., pág. 600 y ss. MARTÍN-RETORTILLO, S., "Derecho de Aguas". Civitas, Madrid, 1997, págs. 112 y ss.

14 En esta línea se pronuncia MARTÍN-RETORTILLO, S., "Derecho de Aguas", cit., pág. 185 y ss.

10 Definidos en el art. 20 como aquellos que se abren con el exclusivo objeto de atender al uso doméstico o necesidades ordinarias de la vida y en los que no se emplea en los aparatos para la extracción del agua otro motor que el hombre.

En concreto, en relación con los artículos 417, 418 y 419 del C.C. y conocida su conexión con la Ley de 1879, resulta difícil entender su vigencia respecto de las aguas subterráneas, integradas en el ciclo hidrológico y sometidas al régimen del dominio público hidráulico.

III. LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 29/1985 DE 2 DE AGOSTO, DE AGUAS

A partir de 1985 se fijan las premisas para la configuración del actual Derecho de Aguas en España que serán decisivas para conformar el nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas. Estamos ante una Ley que introduce en nuestro ordenamiento conceptos de gran importancia y trascendencia jurídica: la unidad del ciclo hidrológico, reconociéndose legalmente que está integrado por las aguas continentales superficiales y subterráneas y que constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, la declaración del dominio público hidráulico, que abarca a todas las aguas continentales, superficiales y subterráneas y la planificación hidrológica como el mecanismo adecuado para conseguir la mejor satisfacción de las demandas del agua y equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales (art. 38 LA, art. 40 TRLA).

El principio de la unidad del ciclo hidrológico contemplado en el art. 1.2 LA ha significado el reconocimiento legal de una de las principales bases de la Hidrogeología y constituye el presupuesto objetivo para la construcción de nuestro actual Derecho de Aguas en el que todas las aguas se someterán al mismo régimen jurídico, con independencia de los títulos jurídicos que permitan su aprovechamiento y que analizaré en el siguiente epígrafe. Este planteamiento avalado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia 227/1988 y por la mayoría de la doctrina¹⁵ es el que nos sirve de pauta para determinar, en primer

lugar el contenido del dominio público hidráulico y posteriormente valorar las consecuencias jurídicas que ha tenido en nuestro Derecho.

1. LA DECLARACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO DEL ESTADO

a. Reconocimiento legal

El Título I de la Ley con la rúbrica "del dominio público hidráulico" dedica los artículos 2 a 12 bis (art. 2 a 13 TRLA)¹⁶ a los bienes que lo integran, incorporando desde las aguas continentales, superficiales como las subterráneas renovables, los cauces de corrientes naturales, los lechos de lagos, lagunas y de los embalses superficiales en cauces públicos, los acuíferos subterráneos, advirtiendo que la fase atmosférica del ciclo hidrológico solo podrá ser modificada artificialmente por la Administración del Estado. Es decir, cualquier manifestación del agua, así como los terrenos que puedan verse afectados pertenecen al dominio público hidráulico del Estado.

Sin perjuicio de las importantes cuestiones que suscita esta relación de bienes, así como las excepciones introducidas por la propia Ley, me centraré en dos puntos relacionados con las aguas subterráneas, objeto de este trabajo: las aguas subterráneas no renovables y los acuíferos subterráneos.

En primer lugar, no hay duda de que el legislador ha querido someter al mismo régimen jurídico a todas las aguas continentales, por lo que sorprende que dentro de las aguas subterráneas distinga entre las renovables (entendidas como aguas fluyentes, que circulan)¹⁷ y las no renovables (aguas fósiles, almacenadas), quedando estas fuera del dominio público hidráulico. Con independencia de que, incluso, se cuestione la existencia de estas últimas o de que sean un tanto por ciento muy reducido en el total de las aguas subterráneas, lo cierto es que en la doctrina sorprendió la no inclusión de las aguas subterráneas no renovables en el dominio público hidráulico.

15 DE LA CUÉTARA duda que la existencia de un ciclo físico unitario conduzca a una única calificación jurídica y que esta sea la del dominio público y concluye admitiendo que este planteamiento, "como elemento orientativo, es válido; como apoyatura técnico-jurídica, debe ser rechazado, pues, si políticamente el simplismo que encierra puede ser válido, jurídicamente es engañoso y perturbador" ("El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España", Tecnos, Madrid, 1989, cit., pág. 70-71).

16 El art. 12 bis integró un Capítulo introducido por la Ley 46/1999 y tiene por objeto la regulación de las aguas procedentes de la desalación. También incorporó un nuevo apartado en el art. 2, según el cual forma parte del dominio público hidráulico "las aguas procedentes de la desalación de agua de mar una vez que, fuera de la planta de producción, se incorporen a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores".

17 Acerca del período que debe tenerse en cuenta para fijar el concepto de la renovabilidad resulta de gran interés la exposición de EMBID IRUJO, "La gestión de las aguas subterráneas en situación de sequía", III Conf. Internacional Gestión de las Sequías. Valencia, 1997, pág. 313.

Inmediatamente surge la pregunta de cuál será el régimen jurídico aplicable. Innecesariamente, el legislador ha permitido una variedad de interpretaciones con la consiguiente inseguridad jurídica en temas tan importantes como pueda ser el de los títulos jurídicos en los que se base su utilización o en cuanto a la determinación de los ámbitos competenciales de las Administraciones Hidráulicas.

Así por ejemplo, se ha defendido que son de dominio público en virtud de la Ley de Minas¹⁸, o son bienes patrimoniales del Estado¹⁹, siendo la opinión más generalizada que constituyen *res nullius*, resultándoles aplicables los preceptos del Código Civil²⁰. En segundo lugar, me refiero a los acuíferos subterráneos, entendiendo por tales las formaciones geológicas por las que circulan aguas subterráneas (art. 12 LA y del TRLA) o las formaciones geológicas que contienen agua, o la han contenido y por las cuales el agua puede fluir (art. 15.1 RDPH)²¹.

El art. 2, d) los incorpora al dominio público hidráulico a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos y 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, con la salvedad prevista en el apartado 2 del art. 52 (actual 54.2 TRLA).

La complejidad de este elemento radica en la concurrencia del interés general de la sociedad, el interés común de todos los que utilizan el acuífero y el interés particular de cada uno de los que tienen algún derecho sobre él, eso sí, todos ellos deben ir orientados a un objetivo común: la pervivencia del acuífero. Para ello, el

Estado podrá disponer conforme al régimen legal previsto, siendo destacable las distintas medidas previstas para preservar, conservar y, en su caso, restaurar el buen estado del acuífero, a las que me referiré en los apartados siguientes.

b. Consecuencias jurídicas

La función social de la propiedad recogida en el art. 33 de la Constitución española de 1978 no fue suficiente para garantizar la utilización racional del agua conforme a la evolución económica, tecnológica y social de nuestro país. Al abordarse la reforma y optar por un texto único aplicable a todas las aguas, en los términos antes expuestos, era obligado proceder a rectificar los principios en los que se basaba la legislación anterior. Se optó por la declaración de dominio público hidráulico.

Es frecuente destacarla como una de las principales innovaciones introducidas por la Ley, sin embargo, Gallego Anabitarte en el análisis de la trayectoria histórica que el dominio público de las aguas subterráneas ha tenido en España afirma que la declaración de la nueva Ley de 1985, calificando las aguas subterráneas como dominio público no es pese a lo que se puede creer, una concepción nueva y revolucionaria sobre estas aguas en nuestra patria²². Lo que sí ha variado es la noción de dominio público del siglo XIX y la introducida por la Ley de Aguas de 1985; la primera se identifica con el fomento de la riqueza del país, la segunda tiene por objeto ordenar y regular el recurso.

La técnica utilizada por el legislador ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en los siguientes términos: La incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional, garantizar la gestión y utilización con-

18 PÉREZ PÉREZ, E. "Comentarios...", cit., pág. 82.

19 ALEGRE ÁVILA. "Naturaleza y régimen jurídico de las aguas subterráneas no renovables". RAP, 1993, Nº 130, pág. 160.

20 DEL SAZ, "Aguas subterráneas...", cit., pág. 53. MOREU BALLONGA, "El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas" Universidad de Zaragoza, 1990, pág. 69. pág. 313. EMBID IRUJO pone de manifiesto una de las consecuencias que tiene esta opción; defiende que al quedar excluidas del dominio público, todavía habría una posibilidad de propiedad privada sobre ellas "que no se vería afectada por las restricciones de la función social y contenido esencial en la medida justa y exacta en que estos conceptos se aplican a las aguas subterráneas renovables simplemente porque no hay renovabilidad" ("La gestión de las aguas subterráneas...", cit., pág. 312).

21 La dualidad de conceptos que ofrecen la Ley y el Reglamento se ha calificado como "interpretación reglamentaria evidentemente *extra legem*, o incluso, *contra legem*" por MARTÍN-RETORTILLO, S. "Derecho de Aguas", cit., pág. 184, nota 205.

22 "El Derecho de Aguas en España", cit., pág. 414 y ss. MARTÍN-RETORTILLO analiza la sustitución de la Ley de Aguas de 1866-1879 en "Derecho de Aguas", cit., págs. 61 y ss.

trolada o equilibrada de un recurso esencial (STC 227/1988, Fundamento Jurídico 14 y siguientes).

Como complemento de esta declaración y para impedir una actuación arbitraria de la Administración se introdujo la planificación hidrográfica en los términos que expondré más adelante.

2. EL SISTEMA DE INVESTIGACIÓN Y ALUMBRAMIENTO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Con la entrada en vigor de la Ley de Aguas se suprimió el sistema de libertad de investigación de las aguas subterráneas atribuido al propietario de la finca donde se hallasen, según el cual podía investigar y extraer las aguas subterráneas, o bien cederle a un tercero ese derecho. Actualmente, se requiere un permiso de investigación que, en principio, no vincula a la Administración para otorgar la posterior concesión administrativa para el aprovechamiento (arts. 65 a 68 LA, hoy 73 a 76 TRLA y art. 177 y ss RDPH).

Se entiende por investigación de aguas subterráneas el conjunto de operaciones destinadas a determinar su existencia, incluyendo las labores de profundización en el terreno, de alumbramiento y de aforo de los caudales obtenidos. Para llevarla a cabo se requiere autorización previa del Organismo de cuenca, salvo en las captaciones previstas en el art. 52.2 LA (art. 54.2 TRLA) y cuando las investigaciones las lleve a cabo la Administración como parte integrante de estudios generales sobre acuíferos (art. 177 RDPH).

La obtención de la autorización de investigación se someterá al procedimiento previsto en el Reglamento que podrá iniciarse por cualquier persona natural o jurídica, por lo que podrá ser el propietario de la finca, un tercero o el Organismo de cuenca actuando de oficio.

Con la nueva regulación, la situación jurídica del propietario del terreno ha variado ostensiblemente. Sin lugar a dudas se ha incorporado una limitación legal en la configuración de la propiedad privada, ya que al propietario solo le queda la preferencia a obtener la autorización de investigación frente a otros solicitantes dentro del mismo orden de prelación previsto en el art. 58 LA y art. 65 LA (arts 60 y 73 TRLA).

En efecto, en este caso y a diferencia de la línea tradicional, no basta con que concurran los requisitos legales para obtener el permiso, sino que el Organismo de cuenca concederá la autorización previo trámite de competencia entre los proyectos de investigación concurrentes que pu-

dieran presentarse (art. 66.1 LA, art. 74.1 TRLA). El Organismo de cuenca podrá otorgar autorizaciones para investigación de aguas subterráneas, con el fin de determinar la existencia de caudales aprovechables y en el caso de que la investigación sea favorable, el interesado tendrá que formalizar la petición de concesión (art. 66.3 LA, art. 74.3 TRLA). El RDPH reconoce que la autorización de investigación concede a su titular el derecho a que, si solicitara concesión de aprovechamiento y no se presumiera la existencia de perjuicios a terceros, se le otorgará en los mismos términos contenidos en aquella sobre el volumen de aguas extraíble y destino de las mismas (art. 180.4 *in fine*).

En el caso de que la autorización fuera favorable y se otorgase posteriormente la concesión a persona distinta del propietario del terreno en que se realice la captación y aprovechamiento hubiese sido declarado de utilidad pública, el Organismo de cuenca determinará el lugar de emplazamiento de las instalaciones, con el fin de que sean mínimos los posibles perjuicios, cuya indemnización se fijará con arreglo a la legislación de expropiación forzosa (art. 67 LA, art. 75 TRLA). Es decir, el legislador ha querido distinguir claramente entre la investigación de las aguas subterráneas y la utilización de las aguas extraídas. Ambas actividades no están vinculadas al propietario del terreno. Y es más, la autorización para la investigación no garantiza la correspondiente concesión posterior, son dos cuestiones diferenciadas en la Ley, en la doctrina y en la jurisprudencia²³.

Y en este sentido se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo reconociendo que la investigación persigue, primero, descubrir la existencia de caudales, y segundo, si estos son aprovechables. En el caso que no lo fueren, porque los encontrados están siendo aprovechados por terceras personas, no podrá otorgarse la concesión de explotación... Y continúa aclarando que ...es cierto que la finalidad pretendida con la investigación es la explotación

23 Sin perjuicio de la posibilidad de solicitar directamente una concesión de aguas subterráneas sin investigación previa en zonas donde se tiene el conocimiento suficiente de las posibilidades de éxito en la realización de un captación, pudiéndose asumir el riesgo, así como la simplificación de los trámites. La Ley aunque no lo permite expresamente, tampoco lo prohíbe. Esta es la opinión de ARAGONÉS BELTRÁN, J.M. "Experiencias en la tramitación de las autorizaciones y concesiones de aprovechamientos de aguas subterráneas", Jornadas sobre la aplicación de la nueva Ley de Aguas en la gestión de las aguas subterráneas". Asociación Internacional de Hidrogeólogos. Tomo I., Zaragoza, 1988, pág. 103.

posterior de las aguas descubiertas, pero también hay que admitir que el derecho a investigar aguas públicas corresponde a los ciudadanos, y tal investigación se realiza no solo en beneficio del particular, sino de toda la colectividad²⁴.

3. TÍTULOS JURÍDICOS QUE PERMITEN EL APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Aunque la Ley de Aguas haya declarado de dominio público todas las aguas continentales, subsisten formas de aprovechamiento privado de las aguas subterráneas sometidas al Derecho privado, al menos en algunos aspectos de su régimen jurídico. No basta con admitir que la tradicional calificación de la propiedad privada de las aguas ha desaparecido con esta declaración, sino que es necesario analizar el sistema arbitrado para que convivan aprovechamientos basados en títulos anteriores a la Ley junto con los que se adquieren conforme a ella. Con esta finalidad se incorporó un sistema transitorio no exento de complejidad, polémica y falta de efectividad.

a. El aprovechamiento legal y la concesión administrativa

La utilización racional del agua, uno de los objetivos marcados en la Exposición de Motivos de la Ley de 1985, se basa en el aprovechamiento que los particulares puedan realizar.

En concreto, el art. 50 LA (art. 52 TRLA) es el que determina los medios de adquisición del derecho al uso privativo del dominio público hidráulico: por disposición legal o por concesión administrativa.

El aprovechamiento legal²⁵ se prevé en el art. 52 LA (art. 54 TRLA) al disponer que se podrá aprovechar en un predio aguas subterrá-

neas cuando el volumen total anual no sobrepase los siete mil metros cúbicos. Las principales notas características de este derecho son:

- 1) La cantidad máxima a extraer es la fijada por el artículo, aunque sean más de uno los puntos de derivación o extracción dentro del mismo predio (art. 87.1 RDPH). Este mismo precepto reglamentario establece que cuando el volumen total anual aprovechado supere los 3.000 metros cúbicos, el interesado justificará que la dotación utilizada es acorde con el uso dado a las aguas, sin que se produzca el abuso o despilfarro prohibido con carácter general en el art. 48.4 LA (art. 50.4 TRLA). Pero si el volumen anual fuera superior a 7.000 metros cúbicos, el propietario del predio solicitará la concesión de la totalidad²⁶.
- 2) Solo podrá ejercitarse en la misma finca, tal y como dispone el art. 84.3 RDPH.
- 3) Va anejo a la propiedad de la finca en que nazcan, discurran o estén las aguas que se aprovechan, por lo que serán susceptibles de enajenación y gravamen junto con la propiedad del fundo. Se le exige al propietario de la finca, a efectos administrativos de control, estadísticos y de inscripción en el Registro de Aguas, que comunique al Organismo de cuenca las características de la utilización, así como cualquier cambio en la titularidad de la finca que afecte al aprovechamiento o a las características de este (art. 85 RDPH)²⁷.
- 4) En el supuesto de encontrarse el acuífero sobreexplotado o en riesgo de estarlo, será necesaria la solicitud de autorización (art. 52.2 LA, art. 54.2 TRLA). Es necesario ponerlo en conexión con la Disposición Adicional 2ª de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre (D.A. 7ª TRLA) que introdujo algunas reformas a la Ley de Aguas, a las que me referiré en el apartado IV del trabajo. En su apartado 2 establece que en relación con los acuíferos sobreexplotados que los derechos de aprove-

24 El Tribunal Supremo ha reiterado literalmente estos fundamentos en las sentencias de 24 de enero de 2000 (RA658), 30 de marzo de 1998 (RA 2837) y 9 de diciembre de 1997 (RA 9515).

25 Dice textualmente el apartado 2º: "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". Este precepto ha sido desarrollado por los art. 84 a 88 y DT 2ª RDPH. Realizo una exposición más amplia en mi libro "El aprovechamiento privado...", cit., pág. 115 y ss. También se pronuncian sobre este derecho MARTÍN-RETORTILLO, S. "Derecho de Aguas", cit., págs. 248 y ss. DE LA CUÉTARA, "El nuevo régimen...", cit., pág., 142. DEL SAZ, "Aguas subterráneas...", cit., págs. 208 y ss. QUINTANA PE-TRUS, "Derecho de Aguas", Bosch, Barcelona, 1989, pág. 63.

26 MOREU BALLONGA analiza los derechos sobre caudales de pozos o manantiales de cuantía inferior al tope legal en "Aguas Públicas...", cit., págs. 343 y ss.

27 En concreto, analizo la posible transmisión del derecho de aprovechamiento adquirido por disposición legal en "El aprovechamiento...", cit., págs. 131 y ss. DEL SAZ realiza una interpretación muy interesante sobre la naturaleza jurídica de la intervención administrativa, admitiendo que el Reglamento no ha establecido una simple carga de comunicación al Organismo, sino ante un supuesto de prohibición salvo dispensa de autorización aunque sea reglada. Es decir, no se podrán hacer los pozos ni utilizarse el agua hasta que se reciba la correspondiente aprobación del Organismo de cuenca ("Aguas subterráneas...", cit., págs. 208 y ss.).

chamiento del art. 52.2 LA (art.54.2 TRLA) estarán sujetos a las restricciones derivadas del plan de ordenación para la recuperación del acuífero o las limitaciones que en su caso se establezcan en aplicación del artículo 56 (art. 58 TRLA), en los mismos términos previstos para los concesionarios de aguas, sin derecho a indemnización.

- 5) Se establecen en el Reglamento unas distancias mínimas en cuanto a la apertura de los pozos atendiendo al volumen de extracción. Serán las que señale el Plan Hidrológico de cuenca y, en su defecto, para caudales inferiores a 0,15 litros/segundo, la de diez metros en suelo urbano, de veinte metros en suelo no urbanizable, y de cien metros en caso de caudales superiores al mencionado. Iguales distancias deberán guardarse, como mínimo, entre los pozos de un predio y los estanques o acequias no impermeabilizados de los predios vecinos (87.2 RDPH).

En conclusión, nos encontramos con una facultad atribuida al propietario del predio mediante la cual podrá extraer una cantidad de agua que podrá utilizar para necesidades domésticas, o para pequeñas explotaciones agrarias o ganaderas sin necesidad de solicitar la correspondiente concesión administrativa. Sin embargo, tal y como está redactada la norma, este tipo de aprovechamiento puede plantear problemas de reparcelación por el propietario con la finalidad de obtener más de esa cantidad de agua sin necesidad de solicitar la concesión administrativa, así como comportamientos abusivos por los que obtendrán una cantidad superior sin necesidad de obtener la concesión.

El otro medio de adquisición es la concesión administrativa. En la Ley de Aguas de 1985, se configuró como el principal modo de adquirir el derecho de aprovechamiento de las aguas ya que junto al reconocimiento del art. 50 LA (art. 52 TRLA), el art. 57.1 LA (art. 59.1 TRLA) establece que todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 52 (art. 54 TRLA) requiere concesión administrativa.

Con ella se otorga al concesionario un derecho de aprovechamiento, teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, que le permitirá usar el agua en los términos expresados en el título concesional sin que la Administración le garantice la disponibilidad de los caudales concedidos.

No es el momento de analizar los distintos problemas y discusiones doctrinales surgidos en torno a esta figura con carácter general y en concreto en el Derecho de Aguas. Me remito a

los estudios realizados por autores más legitimados en el ámbito del Derecho Administrativo.

Sí interesa resaltar que junto al régimen general previsto en los arts. 57 y ss. LA (arts. 59 y ss TRLA), desarrollados en los arts. 93 y ss RDPH, se establece unas normas específicas con relación a las concesiones de aguas subterráneas en el art. 68 LA (art. 73 TRLA) y en los arts. 184 a 188 RDPH, presentando pocas variaciones respecto del régimen concesional general.

Las especialidades se plantean al introducir el legislador el respeto a los derechos preexistentes, de tal forma que la Administración concedente considerará para el otorgamiento de concesiones de aguas subterráneas su posible afección a captaciones anteriores legalizadas, debiendo, en todo caso, el titular de la nueva concesión indemnizar los perjuicios que pudieran causarse a los aprovechamientos preexistentes, como consecuencia del acondicionamiento de las obras e instalaciones que sea necesario efectuar para asegurar la disponibilidad de los caudales anteriormente explotados (art. 68 LA, art. 76 TRLA y 184 RDPH). Igualmente, se prevén unas medidas extraordinarias de gestión de los acuíferos subterráneos sobreexplotados (art. 54 LA, art. 56 TRLA), o la constitución obligatoria de la Comunidad de Usuarios para los que pertenezcan a una misma unidad hidrogeológica o a un mismo acuífero (arts. 79 y 80 LA, arts. 87 y 88 TRLA).

Quiero incidir en que a través de la concesión surge un derecho *ex novo* a favor del concesionario, con eficacia frente a la Administración y a terceros: el derecho de aprovechamiento, que como derecho real le confiere a su titular un poder directo e inmediato, ejercitable *erga omnes*. Obviamente, por el objeto sobre el que recae se establecen en la Ley y en el Reglamento unas limitaciones orientadas al destino económico del agua y la protección de los recursos hidráulicos, por lo que el concesionario tendrá que someterse a principios como el de intangibilidad de la concesión (art. 62 LA, art. 64 TRLA), o el de preterminación del destino de la concesión (art. 59.2 LA, art. 61.2 TRLA).

b. Respeto de los derechos adquiridos: análisis de la Disposición Transitoria Tercera.

El aprovechamiento legal y la concesión administrativa serían los títulos jurídicos que permitirían el aprovechamiento de las aguas subterráneas una vez aprobada la Ley, pero ante la existencia de derechos adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, conforme a la legislación que se derogaba, el legislador,

consciente de la necesidad, introdujo en las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª su intención de respetarlos.

El problema fundamental que ha generado la aplicación de las Disposiciones Transitorias, y en concreto, la Tercera, radica no tanto en la defensa de las titularidades de aguas adquiridas con anterioridad, sino en que estas se han de ejercitar en un sistema cuyo principio informador es la declaración de dominio público. Además, el legislador ha confundido la necesidad de establecer un Derecho Transitorio con hacer transitorios los derechos a los que este se aplica.

En concreto en la Disposición Transitoria Tercera, a los titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías en explotación²⁸ se les ofrecieron dos posibilidades para que optasen entre ellas, precisamente el carácter voluntario de esta alternativa excluye la obligación de la Administración de indemnizar a los particulares, pues al no existir una privación forzosa, tampoco hay expropiación²⁹. Las dos opciones son las siguientes:

1ª. Mantener el aprovechamiento en la misma forma que hasta ahora. Esta fórmula legal es la que permite seguir discutiendo acerca de la subsistencia del derecho de propiedad privada del agua. Con independencia de los términos que utilicemos, constituye una manifestación del desplazamiento del concepto de propiedad, que acentúa la idea de pertenencia de la cosa a la persona, hacia el ejercicio de la titularidad, es decir, el goce o aprovechamiento³⁰.

28 Ha de ampliarse el ámbito de aplicación de esta norma, incluyendo los supuestos de alumbramientos hechos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, sin que haya habido tiempo de explotar el recurso. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de marzo de 1998 (RA 2290). Acerca de la situación jurídica de las aguas alumbradas que no están siendo objeto de aprovechamiento real en el momento en que entró en vigor la Ley se pueden consultar las opiniones de DEL SAZ, "Aguas subterráneas...", cit., págs. 70-71. DE LA CUÉTARA, "Régimen jurídico...", cit., pág. 94.

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

30 El Tribunal Constitucional también se pronunció en el Fundamento Jurídico 12 de la Sentencia 227/1988 acerca de esta opción. Considera que se respetan íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprove-

2ª. Acreditar su derecho ante el Organismo de cuenca inscribiéndose en el Registro de Aguas como "aprovechamientos temporales de aguas privadas". Serán así considerados durante cincuenta años, de forma que transcurridos, sus titulares tendrán derecho preferente para la obtención de la concesión administrativa correspondiente. Es un derecho llamado a ser concesional. Para realizar tal cambio se previó un plazo de 3 años a contar desde la entrada en vigor, plazo que ha resultado ser muy breve ocasionando una mayor confusión en el panorama actual puesto que la mayoría de los propietarios, bien por desconfianza, bien por falta de información, bien por no existir unos medios de acreditación claros y tasados, no han declarado su derecho y mantienen su aprovechamiento en la misma forma que hasta ahora. La intención del legislador fijando este plazo fue fomentar entre los usuarios la petición de cambio o conversión de títulos, de tal forma que al cabo de tres años desde la entrada en vigor de la Ley, la Administración contaría con una relación de aprovechamientos, caudales y condiciones en las que se encontraban los pozos y acuíferos³¹. Sin embargo, esto no fue así y de hecho no se llegaron a declarar gran parte de aprovechamientos de aguas procedentes de pozo o galerías en explotación³².

chamiento 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, en la medida en que forman parte del patrimonio de su titular. "La Ley respeta los derechos pre-existentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos" o, "congelándolos" en su alcance material actual, sin que implique una expropiación parcial, pues con ello solo se están eliminando las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores. En la doctrina, se debe consultar a EMBID IRUJO, A. "La gestión de las aguas subterráneas...", cit., págs. 305 y ss. en donde analiza la función social y el contenido en la propiedad de las aguas subterráneas, así como a MARTÍN-RETORTILLO, S. "Derecho de Aguas", cit., págs. 77 y ss.

31 Conscientes del problema y el obstáculo que supone en el desarrollo de una correcta y efectiva política hidráulica, en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley del Plan Hidrológico se ha establecido el cierre del período de inscripción para los titulares de aprovechamientos de aguas privadas. Transcurridos tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley sin haberse cumplimentado esta obligación no se reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas si no es en virtud de resolución judicial firme.

32 En el trabajo realizado por VILLARROYA ALDEA, C., "Inscripción de aprovechamientos en el Registro de Aguas. El Proyecto ARYCA", marzo, 2001, tras exponer los distintos aspectos procedimentales de la inscripción, así como los objetivos del Proyecto de Actualización de Registros y Catálogo de Aprove-

Transcurrido este plazo, sin que los interesados hubieran acreditado sus derechos, mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas³³.

En cualquiera de las dos opciones, y esto es muy importante resaltarlo, el aprovechamiento quedará limitado al disponer el legislador que el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampara la totalidad de la explotación³⁴. Además, "les serán aplica-

chamientos, realiza el recuento de las que se han llevado a cabo atendiendo a las distintas cuencas hidrográficas y tipos de títulos en los que se basan el aprovechamiento, llegando, entre otras, a la conclusión de que respecto a las aguas subterráneas se han declarado (solicitada la regularización) menos del 60% de lo estimado (existente por apreciación global y en algún inventario realizado), y que ya se han inscrito (en el Registro de Aguas o en el Catálogo) cerca del 50% de lo solicitado.

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

34 Las distintas interpretaciones a las que ha dado lugar la redacción de las Disposiciones Transitorias quedan de manifiesto en cualquier trabajo que haga referencia a ellas, prueba de esto se pueden sintetizar en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2000 (RA 43) en la que se plantea una alteración en el régimen de aprovechamiento, pero no como consecuencia de un aumento de caudales, sino que por sustitución del sistema de riego se consiguió disminuir el caudal utilizado y declarado en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas y por ello solicitaban aumentar la superficie regable. Los interesados solicitaron la modificación de la inscripción que fue denegada argumentando que el incremento de la superficie regable requería la oportuna concesión. Se recurrió ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía dictando sentencia estimatoria que anuló los actos administrativos de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir y ordenó que se incluyera en el Catálogo la modificación del aprovechamiento. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestimó, entre otros motivos, por considerar que si prosperase la interpretación de la Administración, se producirían paradójicamente unos efectos contrarios a los que la Ley de Aguas aspira a alcanzar como es conseguir que los regantes disminuyan el caudal, así como por considerar que al optar por el aprovechamiento temporal de aguas privadas se les está reconociendo por un plazo de cincuenta años.

Esta sentencia merece un comentario detallado, pero anticipo que el Tribunal ha olvidado la aplicación

bles las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad, y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico³⁵.

La realidad ha puesto de manifiesto la falta de efectividad del Derecho Transitorio dando lugar, por ejemplo, a la convivencia en un mismo acuífero de aprovechamientos de aguas subterráneas basados en los distintos títulos jurídicos que he expuesto. Embid Irujo³⁶ señala las distintas posibilidades que pueden concurrir en un mismo acuífero y salvo los supuestos en los que todos los usuarios del acuífero optan por el régimen concesional o por el régimen de propiedad privada, nos encontramos con situaciones intermedias en las que sería difícil la gestión, existiendo variedad de registros (Catálogo de aprovechamientos aguas privadas y Registro de Aguas, al que añado Registro de la Propiedad), dualidad de jurisdicciones (civil y contencioso-administrativa), etc., en definitiva, concluye en que desde la perspectiva actual y al margen de las razones que motivaron las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera, hay un mecanismo disfuncional que puede conducir a poner en peligro la pervivencia de determinados acuíferos. En este trabajo ya apuntaba la conveniencia de que se incorporara a la normativa de aguas un principio que llevara la idea de que el conjunto de derechos ejercitables sobre las aguas subterráneas estuviera delimitado por una función social consistente en que el ejercicio de esos derechos no pudiera afectar a la pervivencia del acuífero. En concreto, en la reforma de la Ley de Aguas realizada en 1999 se introdujeron algunas normas orientadas a tal fin, en concreto, el art. 54 y la Disposición Adicional Segunda (art. 56 y DA 7ª TRLA).

4. PROTECCIÓN DE LA CALIDAD DE LAS AGUAS Y DE LOS ACUÍFEROS SUBTERRÁNEOS³⁷

Con relación al régimen jurídico de las aguas subterráneas hay que destacar la atención

del apartado 3 de la Disposición Transitoria Tercera, según el cual es necesaria la concesión puesto que efectivamente ha existido una alteración del régimen de aprovechamiento.

35 En este sentido se ha pronunciado expresamente el Tribunal Supremo en las sentencias de 18-3-1999 (RA 3153) y 19 de septiembre de 2000 (RA 7426).

36 "La gestión de las aguas...", cit., pág. 318 y ss.

37 En relación con este tema es importante citar las obras de DE MIGUEL GARCÍA, "Régimen jurídico para la protección de las aguas subterráneas". Documentación Administrativa, Nº 187. DELGADO PIQUERAS, F. "Derecho de aguas y medio ambiente". Tec-

que la Ley de Aguas de 1985 le prestó a la protección de la calidad de las aguas. Con anterioridad, la Ley de 1879, precursora de los aspectos ambientales en nuestro ordenamiento, puso de manifiesto su interés por la calidad de las aguas que podía verse alterada por vertidos de aguas residuales, así se contemplaban medidas tales como la limitación de diversos usos comunes cuando afectasen a la pureza del agua (arts. 126 y 127), la suspensión de actividades industriales que tuviesen como consecuencia vertidos (art. 219) o la caducidad de las concesiones cuyos vertidos perturbasen la salubridad o vegetación (art. 220). Junto a ella, otras normas posteriores ponen de manifiesto la intención del legislador por atender este aspecto del Derecho de Aguas aunque la finalidad haya atendido a perspectivas diversas como la sanitaria, la protección de la pesca o de la salubridad. Cuestión distinta es que hayan sido suficientes para afrontar las conductas y situaciones que ponen en peligro nuestros recursos hidráulicos.

Me voy a centrar en la protección prevista en Ley de Aguas de 1985, pero es necesario resaltar que junto a la tutela administrativa y penal, el Derecho civil ofrece también medios idóneos para ejercitar la defensa de los intereses estrictamente privados: la protección interdictal, la responsabilidad civil permitirán a los particulares acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar la indemnización por los daños causados y para obtener la cesación de la actividad dañosa del aprovechamiento con independencia de que constituya o no infracción administrativa³⁸. La Ley de Aguas no ha aportado unos criterios que contribuyan a la elaboración de una doctrina general en materia de responsabilidad extracontractual por daños al dominio público hidráulico, por lo que será necesario acudir a las normas de Derecho común³⁹.

nos, Madrid, 1992. MARTÍN-RETORTILLO, S. "Reflexiones sobre la calidad de las aguas en el Ordenamiento jurídico español". REDA, 1990, N° 65, págs. 5 y ss. "Derecho de Aguas", cit., págs. 307 y ss. Así como los trabajos recopilados en "La calidad de las aguas" dirigido por EMBID IRUJO, Civitas, Madrid, 1994, o en "Gestión del agua y medio ambiente" dirigido por EMBID IRUJO, Civitas, Madrid, 1997.

38 En este sentido resulta interesante la STS de 27 de abril de 1998 (RA 3645).

39 Me remito al estudio de algunos aspectos concretos en la tutela jurídica del aprovechamiento de las aguas en mi libro "El aprovechamiento...", cit., págs. 151 y ss. Igualmente por la especialidad resulta de interés consultar a MORENO TRUJILLO, E., "La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro". Bosch, Barcelona, 1991. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La reparación de los daños al medio ambiente". Aranzadi, Madrid, 1996. GOMIS CATALÁ, L., "Responsabilidad por daños al medio ambiente". Aranzadi, Madrid, 1998.

La Ley de Aguas de 1985 se hace eco del planteamiento constitucional derivado del art. 45 de la Constitución española, así como de las nuevas tendencias medioambientales de otros países y le dedica el Título V a "la protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas continentales"⁴⁰, de esta manera se consigue introducir junto a unas normas que regulan algunos aspectos de la materia, el criterio de la calidad de las aguas como un elemento que informará y condicionará incluso los aspectos cuantitativos del régimen jurídico, es decir, la gestión y aprovechamiento de los recursos.

Se contemplan unos mecanismos preventivos y sancionatorios que tienen por finalidad conseguir los objetivos de la protección del dominio público hidráulico enumerados en el art. 84 LA (art.92 TRLA), que son:

- a) Prevenir el deterioro del estado ecológico y la contaminación de las aguas para alcanzar un buen estado general.
- b) Establecer programas de control de calidad en cada cuenca hidrográfica.
- c) Impedir la acumulación de compuestos tóxicos o peligrosos en el subsuelo capaces de contaminar las aguas subterráneas.
- d) Evitar cualquiera otra acumulación que pueda ser causa de degradación del dominio público hidráulico
- e) Recuperar los sistemas acuáticos asociados al dominio público hidráulico.

Sin lugar a dudas, la calidad de las aguas subterráneas debe considerarse como uno de los principales problemas a afrontar por el nuevo Derecho de Aguas. En los últimos años se puede apreciar que la contaminación de las aguas subterráneas se ha visto incrementada por factores tan diversos como puedan ser las épocas de sequía, el incremento de la demanda por aumento de población, actividades turísticas o explotaciones agrarias y, por supuesto, la conducta lesiva de los usuarios del agua plasmada en los vertidos urbanos e industriales, de tal forma que ante el agotamiento de los recursos subterráneos y de la salinización de los acuíferos, prácticamente las únicas medidas que se adoptaban eran las que imponían restricciones en el consumo del agua.

Entre las medidas que afectan directamente a las aguas subterráneas o a los acuíferos son las siguientes:

40 Desarrollado en el Título III del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, arts. 232 a 283. Aunque en todo el texto de la Ley encontramos el interés del legislador por la calidad y buen uso de las aguas.

- a. La declaración de acuífero sobreexplotado⁴¹, entendiéndose por tal "... cuando se está poniendo en peligro inmediato la subsistencia de los aprovechamientos existentes en el mismo, como consecuencia de venirse realizando extracciones anuales superiores o muy próximas al volumen medio de los recursos anuales renovables, o que produzcan un deterioro grave de la calidad del agua" (art.171.2 RDPH). La declaración que se realice conforme al procedimiento previsto en el art. 171 RDPH permitirá que el Organismo de cuenca competente actúe en los términos previstos en el art. 54 LA (art. 56 TRLA) al que me referiré en el epígrafe siguiente al haber sido reformado en 1999. Así, la sobreexplotación abarcará no solo las actuaciones que afecten a la calidad de las aguas, sino también a aquellas que pongan en peligro o hagan imposibles los aprovechamientos existentes. Será en torno a estos dos conceptos, cantidad y calidad, sobre los que debe girar la regulación legal para conseguir un riguroso control, una eficaz protección y una correcta gestión de las aguas subterráneas.
- b. Actuaciones frente a las intrusiones salinas que, conforme al art. 244.3 RDPH, se considerará que un acuífero o zona está en proceso de salinización cuando, como consecuencia directa de las extracciones, se registre un aumento generalizado y progresivo de la concentración salina de las aguas captadas, con peligro de convertirlas en inutilizables. Ante esta deficiente explotación, el art. 91 LA (art. 99 TRLA) establece que para proteger las aguas subterráneas se realizará, entre otras acciones, la limitación de la explotación de los acuíferos afectados y, en su caso, la redistribución espacial de las captaciones existentes. Los criterios básicos para ello serán incluidos en los Planes Hidrológicos de cuenca, correspondiendo al Organismo de cuenca la adopción de las medidas oportunas. En el desarrollo reglamentario por el art. 244 RDPH se pone de manifiesto que estamos ante otra manifestación de la sobreexplotación, por lo que el procedimiento será similar al que se establece para la declaración de acuíferos sobreexplotados.
- c. Determinación de perímetros de protección de acuíferos en los términos del art. 54. 2 y 3

(art. 56. 2 y 3 TRLA), este modificado por la reforma de 1999, desarrollado por los arts. 172 y 173 RDPH, por lo que se fijarán perímetros para la gestión dentro de los cuales no será posible el otorgamiento de nuevas concesiones, salvo que los titulares preexistentes estén constituidos en Comunidades de usuarios. Por su parte, la nueva redacción del apartado 3 añade expresamente que la justificación para llevar a cabo la determinación de los perímetros de protección del acuífero es "proteger las aguas subterráneas frente a los riesgos de contaminación"⁴².

Sin perjuicio de los aspectos concretos que trataré en el próximo epígrafe, es necesario hacer mención a la importante aportación que se realizó en relación con la calidad de las aguas por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre⁴³, ya que en todo el texto encontramos continuas referencias al medio ambiente o a la legislación ambiental, quedando de manifiesto el permanente interés del legislador por salvaguardar la calidad de las aguas, a la vez que protege la existencia y explotación de los recursos hidráulicos. En esta línea se ha modificado el art. 84 LA (art. 92 TRLA), incluyendo nuevos objetivos de la protección del dominio público hidráulico, así como la redacción del art. 89 LA (art. 97 TRLA) prohibiendo con carácter general toda actividad susceptible del provocar contaminación o degradación. Se contemplan los caudales ecológicos como restricción general a todos los sistemas de explotación (art. 57.7 LA, art. 59. 7 TRLA), se regula de forma más estricta las autorizaciones de vertido (arts. 92 y ss LA, arts. 100 y ss

42 Me remito a los siguientes trabajos específicos sobre los perímetros de protección en los que se destacan los principales problemas, algunos no solucionados por la reforma de 1999: CARO-PATÓN CARMONA, "El derecho a regar. Entre la planificación y el mercado de aguas", Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 87 y ss. DELGADO PIQUERAS, "Derecho de aguas...", cit., pág. 223 y ss, DE VICENTE DOMINGO, "Perímetros para la adecuada gestión y protección de las aguas subterráneas", Actualidad Administrativa, 1988, pág. 2144 y ss. SANZ RUBIALES, "Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico", Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 146 y ss.

43 Con relación a las novedades introducidas por esta Ley me remito a mi trabajo "La reforma de la Ley de Aguas de 1985", Rev. El consultor inmobiliario, N° 1, abril, 2000, págs. 26 y ss. Acerca de la elaboración de la Ley se debe consultar a SETUAIN MENDÍA, B. "La reforma de la Ley de Aguas: un recorrido por los aspectos más relevantes de la tramitación parlamentaria de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre" en "La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre) dirigido por EMBID IRUJO, ivitas, Madrid, 2000, págs. 235-288.

41 Analiza el tema BARRIOBERO MARTÍNEZ, I. "La sobreexplotación grave de los acuíferos (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero y 14 de mayo de 1996)". Revista de la Administración Pública, 1997, N° 144, págs. 217 y ss.

TRLA) y se altera el régimen económico-financiero, previendo, entre otros, el canon de vertidos, destinado al estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica (art.105 LA, art. 113 TRLA)⁴⁴.

IV. INCIDENCIA DE LA LEY 46/1999, DE 13 DE DICIEMBRE, EN EL RÉGIMEN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS⁴⁵

I. VALORACIÓN GENERAL DE LA REFORMA

La Ley de Aguas de 1985 no fue la gran solución al problema de las aguas subterráneas, y no solo por las críticas que se puedan hacer al texto legal, sino también por los sujetos a los que va dirigida. Así, la Administración Pública ha mostrado una incapacidad práctica y técnica para su aplicación eficaz al no estar dotada de los instrumentos necesarios, los particulares no declararon en muchos casos los aprovechamientos, no ha funcionado el sistema de concesiones de aguas subterráneas, ni se ha detenido la sobreexplotación de los acuíferos individualmente realizada. Tampoco se ha promovido la explotación conjunta de las aguas superficiales y subterráneas, ni han funcionado con normalidad las Comunidades de usuarios de aguas subterráneas.

Por ello la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de reforma de Aguas incluyó entre sus objetivos de la Ley, resolver "el grave problema de nuestras aguas subterráneas, sobreexplotadas, en gran medida desconocidas, contaminadas y sin sistemas de gestión eficaces en muchos casos". Por eso, sin alterar el régimen jurídico de las aguas subterráneas, sí hay que destacar y valorar positivamente la reforma en el tratamiento jurídico de las aguas subterráneas, sobre todo, ante situaciones extraordinarias como pueda ser la sequía o la sobreexplotación de los acuíferos.

Estas reformas que afectan tanto a la prevención como a la gestión de los acuíferos sobreexplotados hay que entenderlas como complemen-

to y mejora de la regulación prevista en la Ley de Aguas de 1985. Por un lado, se pretenden garantizar los aprovechamientos existentes a través de una gestión integrada de aguas superficiales y subterráneas, estableciendo un control en el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas subterráneas de acuíferos sobreexplotados o en riesgo de estarlos e imponiendo la obligatoriedad de constituir Comunidades de usuarios de aguas subterráneas. Por otro, la Ley de 1999 pretende mejorar las medidas jurídicas previstas en los casos en que se ha visto alterada la calidad del agua, como es la aprobación por el Organismo de cuenca de un plan de recuperación o la determinación de perímetros de protección del acuífero.

Así, las medidas extraordinarias de prevención y gestión de los acuíferos sobreexplotados han experimentado unas novedades que hay que destacar en el marco de las reformas llevadas a cabo por la Ley 46/1999 de 13 de diciembre.

En conclusión, aun en contra de otras opiniones doctrinales, hay que valorar positivamente la reforma de la Ley de Aguas de 1985 en materia de aguas subterráneas desde el momento en que ha introducido un conjunto de normas dirigidas a completar y perfeccionar el régimen existente orientando la actuación de la Administración Pública y de los particulares como titulares de los aprovechamientos del agua hacia una prevención de las situaciones de sobreexplotación y si esta ya se ha producido a gestionar conjuntamente los recursos hídricos para evitar mayores perjuicios.

Por supuesto no se puede finalizar este epígrafe sin hacer mención al aspecto más popular y polémico de la reforma, me refiero al mercado de aguas introducido a través del contrato de cesión de derechos de usos de agua⁴⁶ (art. 61 bis) según el cual se produce la cesión con carácter temporal de la totalidad o parte de los derechos de uso privativo de las aguas. Se configura como un contrato bilateral en el que el cedente será el concesionario o titular de algún derecho al uso privativo de las aguas y el cesionario, el concesionario o titular de derecho de

44 Desde una perspectiva práctica LÓPEZ-VIVIÉ PALENCIA, A. "El canon de control de vertidos en la reforma de la Ley de Aguas" en "La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, Civitas, Madrid, 2000, págs. 385-397.

45 Este epígrafe está basado en mi trabajo "La prevención y la gestión de los acuíferos sobreexplotados tras la reforma de la Ley de Aguas" en "La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)" dirigido por EMBID IRUJO, Civitas, Madrid, 2000, págs. 291-328. En general, se deben consultar todos los trabajos publicados en dicha obra ya que ofrecen una visión general, pero profunda de la reforma de la Ley de Aguas.

46 Entre los trabajos más recientes se puede citar a MENÉNDEZ REXACH, A., "Consideraciones sobre los mercados de aguas en España" presentado a las XI Jornadas de Derecho de Aguas, Zaragoza, marzo, 2001. MOREU BALLONGA, J. L., "La oscura reducción del mercado del agua por la Ley 46/1999" en Revista Aragonesa de Administración Pública, N° 16, 2000, VÁZQUEZ, C., "La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos de agua" en "La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre) dirigido por EMBID IRUJO, Civitas, Madrid, 2000, págs. 157 y ss., ALCAÍN MARTÍNEZ, E. "La reforma ...", cit., págs. 27 y ss.

igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido en el Plan hidrológico de cuenca. La Administración intervendrá en distintos momentos de la tramitación, siendo necesaria la autorización para la plena eficacia.

2. LA GESTIÓN INTEGRADA DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS Y SUPERFICIALES

El legislador consciente de que aún quedan por conseguir algunos de los objetivos marcados por la Ley de Aguas de 1985 y de las deficiencias manifiestas en la actuación de la Administración incorpora en la reforma unos preceptos en los que pretende vincular de manera más efectiva a la Administración Pública Hidráulica en una política que se desarrolle en torno a la gestión integrada de los recursos, lógica manifestación de los principios de ciclo hidrológico único y de unidad de cuenca reconocidos en el art. 13 LA (art. 14 TRLA). Por lo tanto, hay que destacar en la reforma de 1999, el reconocimiento legal de la gestión integrada de las aguas superficiales y subterráneas como fundamento de la protección material y jurídica del dominio público hidráulico.

La Ley de 1999, añade en el artículo 22 LA (art. 24 TRLA), al enumerar las funciones que tienen que desempeñar los Organismos de cuenca, un nuevo apartado f) en el que se dispone que la realización, en el ámbito de sus competencias, de planes, programas y acciones que tengan como objetivo una adecuada gestión de las demandas, a fin de promover el ahorro y la eficiencia económica y ambiental de los diferentes usos del agua mediante el aprovechamiento global e integrado de las aguas superficiales y subterráneas, de acuerdo, en su caso, con las previsiones de la correspondiente planificación sectorial.

Se promueve "la constitución de Juntas de Explotación conjunta de aguas superficiales y subterráneas en todos los casos en que los aprovechamientos de unas y otras aguas estén claramente interrelacionados (art. 30 LA, art. 32 TRLA).

En la misma línea, se modifica el apartado 1 del artículo 53 (art. 55.1 TRLA), al introducir que el Organismo de cuenca igualmente, podrá fijar el régimen de explotación conjunta de las aguas superficiales y de los acuíferos subterráneos.

3. MEDIDAS EXTRAORDINARIAS DE GESTIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

La Exposición de Motivos de la Ley dejó constancia de la preocupación del legislador por las situaciones de falta de agua, que impone la búsqueda de soluciones alternativas que permi-

tan incrementar la producción de agua, potenciar la eficiencia en el empleo del agua, así como introducir políticas de ahorro de dicho recurso. Con esta finalidad, se introducen las siguientes medidas:

1. La elaboración del Plan de ordenación para la recuperación del acuífero o unidad hidrogeológica. La nueva redacción del art. 54 (art. 56 TRLA) se fundamenta en la declaración de acuífero sobreexplotado o en riesgo de estarlo, cuyo procedimiento se contemplaba y se contempla actualmente en el artículo 171 del RDPH. Parece que la labor del legislador en la reforma se ha centrado en la elevación a rango de ley de lo ya previsto por vía reglamentaria.

Las medidas a adoptar en los supuestos de sobreexplotación de acuíferos siguen la línea marcada por la Ley de 1985, aunque se incorporan las siguientes novedades:

a) Configurar y definir el plan de ordenación como una medida dirigida a la recuperación del acuífero o unidad hidrogeológica. El contenido de este plan consiste en ordenar el régimen de extracciones y podrá establecer la sustitución de las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias, transformándose, en su caso, los títulos individuales con sus derechos inherentes en uno colectivo que deberá ajustarse a lo dispuesto en el Plan de ordenación.

En la noción de la "transformación" de títulos subyace la necesidad de constituir una Comunidad de usuarios para que sea efectivo el Plan de ordenación. Esta solución legal resulta, cuando menos, llamativa teniendo en cuenta el complejo entramado de títulos permitidos sobre las aguas subterráneas. Sin embargo, hay que concluir que esta opción ha sido conveniente ya que a su costa se irán canalizando las situaciones tan dispersas que se crearon a raíz de la entrada en vigor de la Ley de 1985.

b) Adaptar los criterios de legitimación para solicitar la elaboración del plan, conforme a la nueva redacción del art. 79.2 LA (art. 87.2 TRLA). Así, el Organismo de cuenca actuará de oficio o a propuesta de la Comunidad de Usuarios u órgano que la sustituya, en los casos que proceda legalmente.

c) Fijar un plazo máximo de dos años desde la declaración para la aprobación del plan.

d) Señalar la posibilidad de que el Organismo de cuenca establezca como medida preventiva y cautelar las limitaciones de extracción que sean necesarias.

2. Fijación de los perímetros de protección del acuífero que determinará la necesidad de solicitar autorización para realizar algunas actividades. Se ha modificado el apartado 3 del artículo 54 (art. 56.3 TRLA) desarrollando la norma inicialmente prevista prácticamente con una finalidad, la de aclarar el tipo de protección que se ofrece y frente a qué amenazas. Así, la nueva redacción establece que se fijarán a fin de proteger las aguas subterráneas frente a los riesgos de contaminación.

3. Medidas adoptadas en virtud del artículo 56 de la Ley de Aguas (art. 58 TRLA) ante situaciones de necesidad o urgencia. Aunque este artículo no fue modificado por la Ley de 1999 se debe citar desde el momento en el que se han consolidado las medidas a adoptar en los supuestos de sequía extraordinaria, sobreexplotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales.

Además, la Disposición Adicional 2ª.2 (D.A. 7ª.2 TRLA) dispone con relación al precepto analizado que: "Los derechos de aprovechamiento del artículo 52.2 (art. 54.2 TRLA) y los derechos de aguas privadas a que se refiere la Disposición Transitoria tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (actual TRLA), estarán sujetos a [...] las limitaciones que en su caso se establezcan en aplicación del artículo 56 (art. 58 TRLA), en los mismos términos previstos para los concesionarios de aguas, sin derecho a indemnización".

Esta Disposición Adicional aportó una de las principales novedades de la reforma al contemplarse expresamente que las medidas adoptadas afectarán a todos los titulares de aprovechamientos de aguas y no solo a los concesionarios.

Además, está previsto que los mencionados "titulares de derechos de aguas privadas" no tendrán derecho a la indemnización por las alteraciones que puedan producirse a consecuencia de las medidas contempladas en el Decreto que acuerde el Gobierno ante la sobreexplotación grave de acuíferos o similares estados de urgencia o necesidad. Así, el legislador puso fin a una controversia doctrinal y jurisprudencial con una dilatada presencia en el ámbito de nuestro Derecho de Aguas.

4. La revalorización funcional de las Comunidades de usuarios de aguas subterráneas. Con la incorporación de los apartados dos y

tres del artículo 79 (art. 87. 2 y 3 TRLA), se pone de manifiesto que estas Comunidades son de constitución obligatoria cuando el acuífero esté declarado sobreexplotado o se encuentre en riesgo de estarlo.

Estas Comunidades se configuran como la vía idónea para lograr una gestión eficaz de los acuíferos subterráneos y una prevención de la sobreexplotación. Con la nueva regulación, se salvan lagunas de regulación en aspectos organizativos y de gestión que presentaba la Ley de Aguas de 1985 y que bloqueaban su operatividad práctica.

5. Limitación en el otorgamiento de las concesiones cuando el acuífero está declarado sobreexplotado o en riesgo de estarlo. En concreto, la Disposición Adicional 2ª.1 de la Ley de 1999 (D.A. 7ª.1 TRLA) establece que en estos supuestos "se podrán otorgar concesiones de aguas subterráneas que permitan la extracción del recurso solo en circunstancias de sequía previamente constatadas por la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca y de acuerdo con el plan de ordenación para la recuperación del acuífero".

V. EL FUTURO DEL RÉGIMEN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Actualmente son dos normas las que incidirán directa e indirectamente en el régimen de las aguas subterráneas que comenzara el 1 de enero de 1986.

El actual régimen jurídico se va a ver afectado en un futuro reciente por dos normas de distinto carácter y contenido: el Plan Hidrológico Nacional y la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

1. LA LEY 10/2001, DEL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL.

Toda actuación sobre el dominio público hidráulico deberá someterse a la planificación hidrológica (art.1.3 LA y TRLA)⁴⁷. Este enunciado ha tenido más carácter formal que práctico,

47 Junto a las obras que analizan en general o en aspectos puntuales la planificación hidrológica merece la atención el análisis detallado del encuadramiento de las concesiones en el marco de la planificación que realiza MARTÍN-RETORTILLO, S. en "Derecho de Aguas".... cit., págs. 273 y ss.

ya que han tenido que transcurrir hasta 16 años para conseguir el Plan Hidrológico Nacional, si bien los Planes Hidrológicos de cuenca se aprobaron por Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio (BOE, Nº 191, de 11 de agosto) y por Real Decreto 378/2001, de 6 de abril el de las Islas Baleares (BOE, Nº 96, de 21 de abril).

La Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, constituye la culminación de la planificación hidrológica que contemplara la Ley de 1985 como el instrumento básico para la ordenación de las aguas. Sin perjuicio de los diversos debates que giran en torno a él tanto políticos, económicos, medioambientales, jurídicos o sociales, tal y como se puso de manifiesto en las sesiones de las XI Jornadas de Derecho de Aguas (Zaragoza, marzo de 2001), a efectos del presente trabajo hay que destacar los siguientes preceptos que afectan a las aguas y a los acuíferos subterráneos.

Entre las medidas de coordinación de los Planes Hidrológicos de cuenca, después de fijar los principios y criterios, el art. 7 nos explica que por acuíferos compartidos debemos considerar los que, estando situados en ámbitos territoriales de dos o más Planes Hidrológicos de cuenca, se enumeran en el Anexo I, determinándose en él la asignación de los recursos hídricos de cada acuífero compartido entre las cuencas afectadas. En el art. 8 se establece cual será su régimen jurídico, correspondiéndole la administración a cada uno de los Organismos de cuenca en su respectivo ámbito territorial, debiéndole notificar a los otros con los que comparte el acuífero, las resoluciones que se adopten a tal efecto.

Como norma complementaria a la Planificación, el art. 29 dedicado a las aguas subterráneas dispone que:

1. El Ministerio de Medio Ambiente elaborará, para las cuencas intercomunitarias, un Plan de Acción en materia de aguas subterráneas que permita el aprovechamiento sostenible de dichos recurso y que incluirá programas para la mejora del conocimiento hidrogeológico y la protección y ordenación de los acuíferos y de las aguas subterráneas.
2. Los Organismos de cuenca y, en su caso, las Administraciones hidráulicas competentes fomentarán la constitución de Comunidades de Usuarios de una misma unidad hidrogeológica o de un mismo acuífero, y prestarán la asistencia técnica necesaria para la elaboración del Plan de Explotación del citado acuífero que permita la explotación ordenada y sostenible del mismo.
3. El Plan previsto en el apartado 1 del presente artículo podrá ser adoptado por la Ad-

ministración hidráulica de la Comunidad Autónoma, en el caso de cuencas intracomunitarias.

Por otra parte, no hay que olvidar que las concesiones serán una concreción del cumplimiento de las previsiones del Plan, desde el momento en que el TRLA, establece que su otorgamiento se hará según las previsiones de los Planes Hidrológicos (art. 59,4) y en los términos similares se pronuncia el art. 76 TRLA respecto a las concesiones de aguas subterráneas.

Así, el Plan Hidrológico, determinará el orden de prelación, el cual, a su vez, servirá de argumento para la expropiación forzosa de la concesión a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden (art. 60 TRLA). Igualmente, condicionará la propia existencia de la concesión al contemplar la posibilidad de su novación (art. 53.3 TRLA), o revisión (art. 65 TRLA). Hasta ahora, la falta de Plan Hidrológico Nacional (y en su momento, la de los Planes Hidrológicos de cuencas) no ha sido un inconveniente para el otorgamiento de concesiones de aguas subterráneas; por el contrario, la actuación de la Administración ha sido respaldada por el Tribunal Supremo en sentencias como la de 14 de julio de 1998 (RA 5941), 18 de diciembre de 1999 (RA 8783), 8 de marzo de 2000 (RA 966), 10 de abril de 2000 (RA 2950) o la de 14 de julio de 2000 (RA 6162).

En general, los aprovechamientos de aguas subterráneas que hasta ahora se venían realizando, podrán verse modificados siempre y cuando así lo exija la Planificación Hidrológica y en concreto, el Plan Hidrológico Nacional.

Tal y como se configuró la Ley de Aguas de 1985, hoy TRLA, resulta difícil encajar los aprovechamientos derivados de la Disposición Transitoria Tercera desde el momento en que para llevar a cabo una planificación de los recursos se ha de utilizar todos los usos basados en títulos distintos a la concesión administrativa.

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

nar si la Administración tiene capacidad de gestión para llevar a cabo la Planificación en los términos previstos⁴⁸.

2. LA DIRECTIVA 200/60/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 23 DE OCTUBRE DE 2000 POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUNITARIO DE ACTUACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA POLÍTICA DE AGUAS (DOCE L 327 DE 22 DE DICIEMBRE DE 2000).

El Derecho comunitario europeo sobre aguas ha supuesto un impulso en la legislación de los Estados miembros. En concreto, en España constituye una de las principales bases de las reformas legislativas que se vienen realizando, prueba de ello es que, estando en fase de elaboración, influyó en numerosos artículos de la Ley de reforma de 1999 existiendo plena cohesión con los objetivos de los principales preceptos⁴⁹.

A pesar de que la situación de las aguas subterráneas en la Unión Europea no es muy halagüeña⁵⁰, la Directiva reconoce que la necesidad de que su política debe contribuir a alcanzar la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, así como la utilización prudente y racional de los recursos naturales. Asimismo, debe basarse en el principio de cautela y en los principios de acción preventiva, de corrección de atentados al medio ambiente preferentemente en la fuente misma, y de quien contamina paga (Considerando 11). Es necesaria una mayor integración de la protección y la gestión sostenible del agua con otros ámbitos políticos comunitarios, tales como las políticas en materia de energía, transporte, agricultura pesca, política regional y turismo (Considerando 16).

En relación con las aguas subterráneas, reconoce que la garantía de su buen estado requiere medidas tempranas y una estable planificación a largo plazo de las medidas de protección. Para ello, al poner en práctica los programas de medidas específicas en los planes hidrológicos de

cuenca, para las aguas subterráneas los Estados miembros tendrán que aplicar las medidas necesarias para evitar o limitar la entrada de contaminantes y evitar el deterioro del estado de todas las masas de agua subterránea, así como proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua subterránea y garantizar un equilibrio entre la extracción y la alimentación de dichas aguas con objeto de alcanzar un buen estado de las mismas, en el plazo máximo de 15 años desde la entrada en vigor de la Directiva (art. 4.1. b).

Se establecerá un programa de medidas, entre las que se pueden citar, las medidas de control de captación de aguas y la prohibición de vertidos directos de contaminantes en las aguas subterráneas (art. 11), así como unas estrategias específicas para prevenir y controlar la contaminación de las aguas subterráneas para lograr el buen estado químico de estas aguas (art. 17).

Aunque el contenido se centra fundamentalmente en la calidad de las aguas, no hay que olvidar que para garantizar una buena calidad se requiere un control cuantitativo y las consiguientes medidas subordinadas a él. Todo dependerá de la actuación del legislador al realizar la labor de adaptación. Confiamos en que la presente Directiva establezca el marco legislativo coherente, efectivo y transparente que la política comunitaria de aguas necesita y garantice la coordinación, la integración y, a más largo plazo, la adaptación de las estructuras y los principios generales de protección y uso sostenible del agua, tal y como establece en el Considerando 18. No es exagerado afirmar que la nueva Directiva marco constituye un hito en la evolución del Derecho de aguas comunitario y, en consecuencia, ha de propiciar cambios sustanciales en la legislación interna de los Estados miembros⁵¹.

VI. CONCLUSIÓN

Tras un largo período de regulación y ordenación de las Aguas en España, se hace precisa una adecuación conceptual y metodológica de la materia a los principios inspiradores de la regulación legal. En consecuencia debemos continuar con la revisión de las disposiciones legales, de los conceptos y de las instituciones tradicio-

48 Esta idea la señalaba con carácter general MARTÍN-RETORTILLO, S. "Derecho de Aguas", cit., pág. 276.

49 Así lo pusieron de manifiesto HERAS MORENO, SÁNCHEZ FRESNEDA-LÓPEZ, ESNAOLA NAVARRO "La calidad del agua en la reforma de la Ley de Aguas y la propuesta de Directiva Marco de Aguas" en *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, dirigido por EMBID IRUJO, Civitas, Madrid, 2000, págs. 432 y ss.

50 Tal y como desarrolla ALLENDE ÁLVAREZ "La política ambiental, en materia de aguas, de la Unión Europea" en *Gestión del Agua y Medio Ambiente* dirigido por EMBID IRUJO, Civitas, Madrid, 1997, págs. 259 y ss.

51 Así de rotundo se pronuncia FANLO LORAS, A. "La evolución del Derecho comunitario europeo sobre el agua" en *El nuevo Derecho de Aguas: las obras hidráulicas y su financiación* dirigido por EMBID IRUJO, Civitas, Madrid, 1998, págs. 173-232. En él realiza una síntesis de la legislación comunitaria, analizando los antecedentes y tramitación de la Directiva, y valorando su significado y alcance.

nales que han servido de base a nuestro ordenamiento jurídico comprobando su adaptación al contenido de la Ley, tanto desde el punto de vista material como teleológico.

En este trabajo he ido reflejando los esfuerzos del legislador, así como de la doctrina y de la jurisprudencia, tendentes a diseñar un régimen jurídico de las aguas subterráneas respetuoso con todos los intereses que sobre ellas recaen. El resultado de este proceso es en conjunto positivo aunque, sin lugar a dudas, mejorable. Sin embargo, la confluencia de factores políticos, económicos, e incluso climatológicos, determinará que esta labor deba continuar indefinidamente como garantía misma de aplicabilidad práctica del Derecho, teniendo en cuenta que en un futuro inmediato aparecerán en escena nuevas necesidades derivadas de la realidad que obligarán al legislador a adaptar la norma al caso concreto, asumiendo el riesgo de que alguna o algunas de las disposiciones hoy vigentes se encuentren en situación de inadecuación práctica y normativa en un periodo de tiempo más o menos breve. Este es el reto de la sociedad y de los poderes públicos al regular el Derecho de aguas, en el que los investigadores debemos participar asentando al máximo el sentido de las normas vigentes para que la aplicación de futuras disposiciones encuentren un precedente interpretativo sólido y fundamentado.

Uno de los retos con el que nos encontramos es conseguir la unificación de criterios y conceptos hasta alcanzar la correcta delimitación del derecho de aprovechamiento de aguas. Aunque es cierto que la redacción de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera permiten la subsistencia de las titularidades sobre aguas consideradas como privadas por la legislación anterior, consi-

dero de gran importancia suprimir la expresión propiedad privada de las aguas, porque la tradicional configuración del dominio no encaja en la actual definición de la titularidad de las aguas. La teoría de las propiedades especiales resulta insuficiente para dar respuesta a los problemas jurídicos derivados del aprovechamiento de las aguas. El intento por adscribir el aprovechamiento en las categorías tradicionales ha sido uno de los principales obstáculos en el desarrollo del Derecho de Aguas en España ya que ha forzado la aplicación de la Ley inútilmente.

Hoy por hoy, debemos admitir que solo hay un derecho que tiene por objeto la utilización de las aguas que integran el dominio público hidráulico, y este es el derecho de aprovechamiento. Estamos ante un derecho subjetivo de naturaleza real que concede a su titular el uso y disfrute *erga omnes*. Ahora bien, los distintos títulos jurídicos que van a permitir el aprovechamiento tal y como he puesto de manifiesto en los apartados anteriores, podrán marcar algunas diferencias entre sus titulares, pero solo en cuanto a la adquisición y extinción, porque el objeto es el mismo, idéntico el interés tutelado e iguales los límites y limitaciones a los que queda sometido.

El actual régimen jurídico de las aguas subterráneas en España configurado en el TRLA requiere una mayor implicación de la Administración Pública Hidráulica en el control del interés general así como una mayor responsabilidad de los particulares en el aprovechamiento del agua. Solo a través de la actuación conjunta de los usuarios y de la Administración Pública se podrá conseguir una utilización racional del agua y su adecuada protección jurídica, como objetivos básicos de la regulación legal.