

DERECHO DE AGUAS. TÍTULOS JURÍDICOS PARA EL APROVECHAMIENTO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

ISABEL FLORES MULERO
GERMÁN M. TERUEL LOZANO
Estudiantes de Licenciatura
Facultad de Derecho. Universidad de Murcia
germanmanuel@hotmail.com

SUMARIO: I. Introducción. II. Naturaleza y régimen jurídico de los recursos hídricos. 1. Evolución histórica. 2. El Dominio Público Hidráulico: análisis de la LA de 1985 y su desarrollo posterior. III. Usos y títulos jurídicos para el aprovechamiento del Dominio Público Hidráulico. 1. Aproximación general. 2. Usos comunes, usos especiales y usos privativos. 3. Especial estudio de la concesión administrativa

RESUMEN: En el presente trabajo se procede al estudio del conjunto de recursos hídricos que componen el dominio público, distinguiéndolos de esos otros que, de manera más o menos residual, perviven bajo titularidad privada. En este sentido, se presta especial interés a la publicación de las aguas continentales llevada a cabo por la Ley de Aguas del año 1985 así como a su especial régimen transitorio. Asimismo, se realiza un análisis del régimen de uso y aprovechamiento de los bienes integrantes del dominio público hidráulico, y, especialmente, de los distintos títulos jurídicos habilitantes para el mismo.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Aguas, Ley de Aguas, concesión administrativa, dominio público hidráulico, aprovechamiento hidráulico.

ABSTRACT: This paper studies the ensemble of water resources making up the public domain, distinguishing them from those resources that remain, more or less residually, under private property. On this subject, particular attention is paid to the publication of continental waters made by the «Ley de Aguas, 1985» and to its special temporary regime. Likewise, an analysis of the use regime for water public domain and, especially, of the different titles enabling this regime, is carried out.

KEY WORDS: water law, Ley de Aguas, administrative concession, water public domain, water use.

I. INTRODUCCIÓN

Desde los albores de la humanidad, el hombre, como cualquier otro ser vivo se ha relacionado con el medio que le rodea y se ha valido de los recursos que éste le ofrecía. De entre todos estos recursos necesarios para la vida humana, no cabe ninguna duda de que, el más necesario, a la vez que el que resulta totalmente imprescindible e insustituible, ha sido y sigue siendo, el agua.

El agua es un recurso vital: sin él no existe vida y su desarrollo es imposible. Cuando se plantea la posible escasez de otros recursos naturales como, por ejemplo, el petróleo, siempre surgen otras posibilidades, innovaciones tecnológicas que permitirían, de una manera u otra, cubrir la carestía del mismo. Ahora bien, el agua es un bien irremplazable y, aun cuando es abundante en la Naturaleza, lo cierto es que cada vez son más escasos los recursos hídricos de los que podemos disponer.

No sería exagerado, por tanto, decir que los recursos hídricos constituyen el principal activo de una sociedad, fundamento de su riqueza y premisa para su desarrollo. Una situación de la que no puede desconocer el Derecho que, en su primordial función como garante de la justicia y el buen orden en toda sociedad, siempre se ha preocupado por la protección y ordenación de este recurso.

Ya en los primeros textos jurídicos de la Historia encontramos referencias a la regulación de los usos del agua. Así, en el Digesto, obra magistral que recopilaba las bases de ese primer ordenamiento jurídico civilizado que fue el Derecho romano, se afirmaba: «Aqua profluens iure naturali communis est»¹.

Una regulación que se fue trasladando, con diferentes perspectivas y fundamentos, a lo largo del tiempo hasta llegar a nuestros ordenamientos actuales.

Resulta interesante destacar como el Derecho de aguas de cada Estado se encuentra íntimamente ligado y condicionado por su climatología: Aquellos países en donde el agua es un recurso abundante, cuentan con normativas poco exhaustivas en esta materia, proclives al reconocimiento del dominio privado y reacias a la intervención administrativa. Por el contrario, en aquellos lugares donde el agua resulta un bien más escaso, la regulación suele ser más precisa y, en la medida que ésta es un valor fundamental para la sociedad, se favorece la actuación de las Administraciones Públicas y la publicación de este recurso².

No obstante, con independencia de estos factores ambientales, lo cierto es que actualmente existe una clara tendencia publicadora de todas las aguas, por razones tanto cuantitativas, la escasez del agua se presenta como uno de los grandes problemas para el futuro de la humanidad; como también desde una perspectiva

1 «El agua que corre es común a todos por derecho natural» (Digesto, 1, 8, 2).

2 Sobre esta idea véase. Bermejo Vera, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*. Madrid, 2001, pág. 373 y Martín-Retortillo, S., *Derecho de Aguas*, Madrid, 1997, págs. 122 y ss.

cualitativa, de protección y garantía de su calidad y en aras de un mayor respeto al medio ambiente.

Las propias Naciones Unidas han mostrado su preocupación a este respecto, incluyendo el problema del agua potable dentro de los objetivos de desarrollo del Milenio que la ONU ha proclamado hasta el año 2015 y definiendo el agua como un elemento fundamental para garantizar la sostenibilidad del medio ambiente. Por su parte, el Consejo de Europa³ aprobó en mayo de 1968 la «Carta del Agua», donde se llama a la protección de este importante recurso natural; al mismo tiempo que la propia UE avanza, mediante la promulgación de distintas normas comunitarias⁴, hacia la creación de un Derecho de Aguas Europeo.

En el ámbito estatal, la Constitución de la Nación española de 1978 reconoce el derecho y el deber de todos los ciudadanos a disfrutar y conservar un «medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona», e impone a los poderes públicos la obligación de velar «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva», reconociendo, incluso, la posibilidad de imponer sanciones penales o administrativas a quienes violen estos mandatos⁵.

El agua es así, un bien jurídico digno de protección cuya tutela va a quedar referida, en primer lugar, al orden penal⁶ y, en segundo término, al ordenamiento admi-

3 En este punto resulta interesante destacar la creación de la Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua (antes Instituto Euromediterráneo de Hidrotecnia), sito en Murcia y creado bajo el auspicio de la Recomendación 1471/2000 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (25 de septiembre de 2000) y aprobada posteriormente por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en fecha de 3 de abril de 2001.

4 Así, por ejemplo, la Directiva 76/464/CEE relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas en el medio acuático; las Directivas 76/160/CEE, 75/440/CEE, 80/778/CEE relativas a la calidad de las aguas de baño, de las aguas potables y de las aguas destinadas al consumo humano, respectivamente; y, muy especialmente, la Directiva 2000/60 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de Aguas. También se ha dado un reconocimiento al agua en el Tratado de Maastricht, sobre todo, respecto de la política comunitaria de medio ambiente (vid. arts. 174 a 176 TUE).

5 Vid. art. 45 CE.

6 El Código Penal de 1995 recoge delitos referidos directamente al agua como objeto material: delito de distracción del curso de las aguas –art. 247–, delitos de defraudación de aguas –arts. 255 y 623–, delitos de desabastecimiento del agua como producto de primera necesidad –art. 281– y el de daño a las construcciones –art. 560–. Además, también encontramos otros delitos íntimamente ligados con el agua pero con bienes jurídicos más genéricos en donde se tutela el «medio ambiente» (delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente –arts. 325, 326 y 327–) o la «salud pública» (delito por adulteración –art. 365 Cp.). Para un mayor conocimiento de la cuestión véase: Peris Riera, Jaime, «Tutela Penal del agua» en *Derecho de Aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006, págs. 959 y ss.

nistrativo que deberá velar por el buen uso y aprovechamiento de los recursos hidráulicos, armonizando la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas con la inexcusable preservación del medio ambiente y de la calidad de este recurso tan imprescindible para la vida.

En este sentido, la intervención pública en materia de aguas se hace especialmente notoria en toda la legislación especial que se ha ido desarrollando y, especialmente, con la Ley de Aguas de 1985⁷, norma fundamental para el estudio del Derecho de Aguas en España, la cual ha quedado configurada en torno a tres grandes pilares: El primero de ellos sería la «demanialización» de todas las «aguas continentales», aunque con algunas excepciones. En segundo lugar tendríamos la planificación hidrológica, que será llevada a cabo por medio del Plan Hidrológico Nacional y de los distintos Planes Hidrológicos de Cuenca. Y, como tercer pilar, estaría la configuración de una Administración pública del agua en torno al principio de unidad de cuenca y articulada a través de las Confederaciones Hidrográficas.

En el presente trabajo nos ocuparemos de los distintos títulos jurídicos requeridos para el aprovechamiento de los bienes del dominio público hidráulico y, como presupuesto necesario antes de conocer de los distintos usos y aprovechamientos de las aguas y de sus títulos habilitantes, trataremos de delimitar los bienes que integran el dominio público hidráulico.

No hay que olvidar que, aun cuando en esta introducción venimos señalando la naturaleza más puramente pública de los recursos hídricos como valor social, éstos también cuentan con una faz privada en la que el agua se reconoce como un bien susceptible de ser objeto de titularidad privada.

El agua, como bien jurídico, se caracteriza por su especial naturaleza. El Código civil en su art. 334.8º establece que las aguas vivas o estancadas han de ser consideradas como bienes inmuebles. No obstante, ésta ha sido una opción que ha adoptado el legislador, pero igualmente válida hubiera sido la contraria; porque el agua es un bien que puede ser transportado sin menoscabo de un lugar a otro y, en consecuencia, susceptible de reconocimiento como «bien mueble».

En cualquier caso, y sin ánimo de querer entrar en esta introducción en mayores disquisiciones sobre la cuestión, muy discutidas doctrinalmente⁸, querríamos reco-

7 Ley de Aguas de 2 de agosto de 1985 (Ley 29/1985). Actualmente, tras las modificaciones introducidas por la Ley 46/1999, se encuentra en vigor el Texto refundido aprobado por el RD. Legislativo 1/2001, de 20 de junio.

8 A este respecto hay posiciones doctrinales muy dispares. Encontramos, por ejemplo, autores que como Eula, estimaban que hablar de propiedad de agua es impropio y que ésta no parece susceptible de verdadera propiedad (referencia citada por Pérez Pérez, E., *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Barcelona, 2004). También se ha discutido la naturaleza del agua como propiedad especial (vid. sobre estas posiciones lo que refiere Pérez Pérez, E. y Reverte Navarro,

nocer simplemente que el agua, como bien, es susceptible de apropiación y tiene un valor económico que hacen de ésta objeto de dominio privado; aunque se trate de una propiedad especial tanto por su regulación⁹, como por su naturaleza que, dada su función social, queda sometida a múltiples limitaciones las cuales, en ocasiones, pudieran desvirtuar el concepto ordinario de propiedad privada.

De esta suerte, en este trabajo titulado «Derecho de aguas: Títulos jurídicos para el aprovechamiento del dominio público hidráulico», tal y como ya se ha venido indicando, trataremos de distinguir, dentro del conjunto de recursos hidráulicos, aquéllos que componen el demanio público, de esos otros que, de manera más o menos residual, perviven bajo titularidad privada. Asimismo, analizaremos su régimen de uso y aprovechamiento, prestando especial atención a los distintos títulos jurídicos habilitantes para el mismo en el caso de los bienes de dominio público.

II. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

1. Evolución histórica

El estudio histórico del Derecho de Aguas debemos comenzarlo, como no podría ser de otro modo, allí donde hunden sus raíces los ordenamientos jurídicos occidentales, en el Derecho romano.

Para ello se hace necesario realizar unas primeras aclaraciones terminológicas entre tres términos muy utilizados pero, al mismo tiempo, confusos y entremezclados. Estos conceptos serían los de: *res nullius*, *res communes* (o *res communes omnium*) y *res publica*.

El primero de ellos, *res nullius*, se utiliza en el campo del derecho privado para nombrar aquellas cosas que no tienen propietario y, por tanto, sobre las que cabe su apropiación por ocupación o por el mero hallazgo (por ejemplo, las aves, los peces o los tesoros). Otras veces con esta palabra lo que se designan son bienes que no son susceptibles de propiedad (las cosas sagradas, etc.). Las *res communes omnium*, o cosas de todos, son aquellas en las que, en principio, está en su naturaleza el uso público o común pero que admiten la posibilidad de apropiación por particulares y quedan abiertas al aprovechamiento de los hombres ya fuera por el mero hecho de

A., el «Tomo V, Vol. 3º, arts 407 a 427 del Código Civil y Ley de Aguas» en Albadalejo, M. (director), *Comentarios al Código civil y compilaciones Forales*, Madrid, 1991, págs. 1 y ss.

Muy especialmente, véase Martín-Retortillo, ob. cit., págs. 107 y ss., donde realiza interesantes consideraciones acerca del agua como objeto de relación jurídico-real y la tradicional consideración de las aguas como una de las propiedades especiales.

⁹ El agua fue reconocida como una de las propiedades especiales conforme a en la base 10ª de la Ley de 11 de mayo de 1888 que dio lugar a nuestro Código Civil.

tener acceso a ellas (derecho del ribereño), por heredad o por tener licencia. Por último estarían las *res publicae*, o cosas públicas (de dominio público), que se caracterizan por ser bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables. Son bienes de dominio público y, en consecuencia, gozan de un régimen jurídico especial y para su aprovechamiento, como veremos, se requerirá normalmente de unos títulos jurídicos habilitantes especiales (concesión o autorización administrativa)¹⁰.

Pues bien, en el Derecho romano no había una calificación general válida para todos los recursos hídricos, sino que ésta dependía del bien que se tratara (si era un río o un arroyo, por ejemplo), y de una serie de criterios que servían para determinar su régimen jurídico (carácter perenne, navegable...). A grandes rasgos podríamos decir que, en principio, se partía de la consideración del agua corriente (*aqua profluens*) como *res communes omnium* y *res publica* al mismo tiempo¹¹: Se trataba de una «cosa pública», al igual que el aire o el mar, pero en ocasiones también se permitían ciertos derechos ribereños sobre la misma.

Dos supuestos sí que quedaban totalmente definidos: de un lado, las aguas de los ríos navegables y flotables eran consideradas como *res publicae* y, sobre ellas, no cabían derechos ribereños en tanto que estaban sometidas a una especial protección para su uso común. En el otro extremo teníamos a las aguas subterráneas, consideradas residuales (en cuanto a su importancia) y accesorias respecto del fondo en el que se encontraban (*res privata*), por lo que sobre ellas cabía una plena y exclusiva disposición por el titular del mismo que podía explotaras incluso causando daño a terceros, siempre que no hubiera malicia.

En el Derecho intermedio debemos distinguir dos tradiciones dentro de España: una, donde predominaban los derechos ribereños, propia de la Corona de Castilla y la otra, característica de la Corona de Aragón y Reino de Valencia, que se fundaba en los derechos de regalía y en la que el aprovechamiento de las aguas quedaba sujeto a la autorización del Príncipe¹².

En Castilla, las Partidas se alejan de la regulación romana y, en lugar de recoger la expresión agua corriente (*aqua profluens*) como cosa común, se refieren única-

10 No debemos confundir las «cosas públicas» o «bienes de dominio público» con los «bienes patrimoniales del Estado», que serían bienes privados pero con la peculiaridad de que su titular es el Estado.

El especial régimen jurídico de los bienes de dominio público ha llevado a algunos autores a sostener que estos bienes podrían ser considerados también como *res nullius*, lo que viene a complicar más aún la cuestión terminológica.

11 Vid. Pérez Pérez, E., ob. cit., pág. 458 y ss.

12 Sobre todo el desarrollo histórico del Derecho de aguas en España véase Gallego Anabitarte, A., «Evolución del Derecho de Aguas en España. Del sistema ribereño basado en la propiedad al sistema ribereño territorial», en *Derecho de Aguas*, Murcia, 2006, págs. 47 y ss.

mente al agua de lluvia o agua llovediza que regulan como perteneciente a todas las criaturas, junto con el aire, el mar y su ribera¹³.

Las únicas aguas corrientes que se mencionan en las Partidas son las de los ríos navegables que son declaradas públicas. Por exclusión, el resto de aguas corrientes no públicas eran consideradas como bienes colectivos o comunes y, por tanto, susceptibles patrimonialización o de apropiación por los propietarios ribereños o por quienes tuvieran acceso a ellas, siempre que con ello no se lesionara a terceros (*neminem laedere*)¹⁴.

De otro lado, conforme a la tradición valenciana todas las aguas corrientes perennes en los territorios de la Corona de Aragón y del Reino de Valencia eran consideradas como regalía del Príncipe y, por tanto, quedaban sujetas a su autorización que era otorgada por medio de contratos de censo enfitéutico¹⁵. Incluso las aguas subterráneas iban a quedar sometidas a este régimen de publicación conforme a la Instrucción aprobada por Real Cédula de 13 de abril de 1783, donde se exigía de autorización real para descubrir aguas¹⁶.

Únicamente escapaban de este régimen las aguas nacidas en terrenos particulares, no susceptibles de utilidad pública por su escaso volumen, las cuales eran consideradas como aguas privadas del dueño del fundo donde nacieran.

Vemos así como convivían en España dos regímenes muy diferentes, de un lado, el castellano, con un claro predominio de los derechos ribereños para el aprovechamiento de las aguas corrientes y, de otro, el aragonés o valenciano en el que el aprovechamiento de las aguas corrientes perennes se hacía depender de la concesión regia.

Andando en el tiempo, durante los siglos XIX y XX, se va imponiendo la tradición valenciana. De esta manera, tras la Constitución de Cádiz de 1812, se va avanzando en la publicación de las aguas continentales y en la intervención administrativa sobre las mismas¹⁷. De gran importancia serán las Reales Órdenes de 14 de marzo de 1846 y de 21 de agosto de 1849 en las que se impone la autorización real previa para llevar a cabo cualquier obra, uso o aprovechamiento de las aguas de los ríos, tanto navegables como no.

13 Partida III, Título XXVII, Ley III.

14 «*No hacer daño ni tuerto a otro*» – Partida III, Título XXXII, Ley XIII.

15 Esos contratos de censo enfitéutico en los que se distinguía entre el dominio directo y el dominio útil son, en estos casos, el precedente de las actuales concesiones administrativas en las que la Administración pública mantiene la titularidad pero cede su gestión a un particular.

16 Vid. Cf. Gallego Anabitarte, A., *El Derecho de Aguas en España*, cit. pág. 419, citado en Pérez Pérez, E., ob. cit., pág. 460.

17 Se dictan, en primer lugar, las Reales Órdenes de 22 de noviembre de 1836 y de 20 de julio de 1839 en virtud de las cuales se otorgan competencias de policía sobre las aguas a los Jefes Políticos.

En el año 1949, el 24 de junio, se publica una Ley que regula por primera vez la servidumbre de acueducto o de paso de aguas, la cual va a suponer una innovación de gran importancia ya que va a posibilitar el establecimiento de regadíos con aguas públicas en predios no ribereños. No es exagerado afirmar que, sin el reconocimiento de la servidumbre forzosa de acueducto, no es posible organizar un sistema completo de riego y muchas tierras quedarían incultas por no poder acceder a la necesitada agua.

Ahora bien, será el RD. de 29 de abril de 1860 el que, adelantándose a la Ley de Aguas de 1866, declare de dominio público todas las aguas corrientes naturales y sus cauces. De esta manera, todas las aguas corrientes que venían siendo consideradas como *res communes* y, por tanto, susceptibles de derechos privados, van a pasar a ser consideradas como *res publicae*, dominio público del Estado y, en consecuencia, sometido a un control previo de éste¹⁸.

Posteriormente, la Ley de Aguas de 1879 mantendrá sustancialmente la regulación de la Ley de 1866 y, en virtud de los Decretos de 14 de noviembre y 29 de diciembre de 1868, se determinarán las bases generales para la nueva legislación de obras públicas y minas¹⁹.

Finalmente, la nueva Ley de Aguas de 1985 y su legislación posterior²⁰ han supuesto el término de este proceso que ha culminado con la publicación de todas las aguas continentales, incluidas las subterráneas, a excepción de algunas matizaciones, tal y como quedará detallado en el apartado siguiente.

18 Previamente, la RO. de 25 de mayo de 1853 ya había calificado los ríos y sus cauces como de dominio público, exigiendo una autorización previa del Gobierno para emprender cualquier obra o aprovechamiento. En cualquier caso, será la Ley de Aguas de 1866 la que fije estos principios y declare como dominio público todas las aguas continuas y discontinuas que corren por sus cauces naturales. Quedarán excluidas de publicación las aguas subterráneas.

19 En Pérez Pérez, E., ob. cit. pág. 468 y ss.

20 RD. de 11 de abril de 1986, del Reglamento del Dominio Público Hidráulico –modificado por el RD 1315/1992, de 30 de octubre y por el RD 1711/1994, de 5 de agosto-; RD de 29 de julio de 1988 que aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrográfica; la Ley 46/1999, modificativa de la Ley 29/1985, la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional y la Ley 11/2005, de 12 de junio, modificativa de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional.

También resulta interesante atender a la STC 227/1988 ya que, aunque la jurisprudencia no sea fuente del Derecho, lo cierto es que no se puede estudiar el Derecho de aguas actual desconociendo esta sentencia que ofrece referencias absolutamente necesarias sobre la interpretación constitucional que se ha de dar a muchos de los preceptos de la LA.

2. El Dominio Público Hidráulico: análisis de la LA de 1985 y su desarrollo posterior

La publicación de las aguas continentales conforme a la LA de 1985

La Ley de Aguas de 1985 introdujo como principal innovación la publicación de todas las aguas continentales: las superficiales, pero también las subterráneas, y he aquí su punto más novedoso, porque la mayoría de las aguas superficiales ya habían sido reconocidos como bienes de dominio público conforme a la regulación anterior.

Todas las aguas continentales, superficiales y subterráneas, se integran en el «ciclo hidrológico» (éste es un concepto técnico que hace referencia al iter que sigue el agua desde el mar a la atmósfera, y de nuevo vuelta al mar pasando por el suelo y el subsuelo) y «constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal²¹ como dominio público hidráulico».²²

Ese reconocimiento de las aguas continentales como recurso unitario integrado en el ciclo hidrológico, será el que justifique y se constituya en fundamento metajurídico de la decisión legislativa de publicar todas las aguas continentales. El análisis de las distintas fases del ciclo hidrológico como un proceso continuado da una muestra fáctica de la necesidad de reconocer el agua como un recurso unitario y que, por tanto, requiere de una regulación que lo reconozca como tal y salvaguarde su integridad, cualquiera que sea su situación espacial (agua salada, atmosférica, pluvial...)²³.

21 La determinación de que las aguas continentales «*forman parte del dominio público estatal*» ha sido objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad, ante lo que el TC (STC 227/1988, FJ. 14 y 17) ha considerado que el precepto es perfectamente válido en la medida que la atribución de la titularidad sobre los bienes de dominio público y, en este caso, sobre las aguas continentales, no prejuzga necesariamente las competencias que sobre los mismos se puedan dar. Lo que la Constitución establece en su art. 132.2 es una mera reserva de Ley, de Ley estatal, a la hora de publicar unos determinados bienes que, a todas luces, afectan de manera muy directa al interés general de la Nación. Para profundizar en la cuestión véase Pérez Pérez, E. y Reverte Navarro, A., el «Tomo V, Vol. 3º, arts 407 a 427 del Código Civil y Ley de Aguas» en Albadalejo, M. (director), *Comentarios al Código civil y compilaciones Forales*, Madrid, 1991, págs. 65 y ss.

22 Extracto del párf. 3º del art. 1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA), que se correspondería con el párf. 2º, art. 1 de la Ley de Aguas de 1985 (LA). Normalmente referiremos los artículos conforme al articulado vigente en el TRLA.

23 El TC ha dicho en este sentido en su sentencia 227/1988: «*tratándose del demanio natural es lógico que la potestad de demanializar se reserve al Estado en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan asimismo como **unidad indivisible en el dominio público estatal**. Esta afirmación resulta más evidente aún por referencia a un **recurso esencial como el agua, dado el carácter de recurso unitario e integrante de un mismo ciclo (hidrológico)** que indudablemente tiene y que la propia Ley de Aguas... le reconoce*».

El agua es, sin duda, un recurso fundamental para toda sociedad que requiere la articulación de distintas fórmulas jurídicas que permitan su aprovechamiento así como su protección y mantenimiento. Por ello se adopta la decisión de publicar las aguas continentales, sometiéndolas al especial régimen constitucional de los bienes de dominio público²⁴ y, en la medida que el agua se puede considerar como la primera riqueza de toda Nación, va a quedar «subordinada al interés general» tal y como preceptúa el art. 128.1 de la Constitución de la Nación Española de 1978.

El mecanismo utilizado para llevar a cabo la demanialización de las aguas públicas ha sido el previsto en el art. 132.2 de nuestra Constitución para la posible declaración de bienes de dominio público estatal. Aun cuando la demanialización de un bien no se considera como una expropiación stricto sensu, este mecanismo de publicación legal debe ser respetuoso con la cláusula de garantía patrimonial establecida en el art. 33.3 CE²⁵.

Sin embargo, la LA no reconoce indemnización alguna por la demanialización de las aguas continentales ya que, en realidad, no ha impuesto la publicación de las aguas continentales sino que, para aquellos que tuvieran derechos adquiridos conforme a la legislación anterior, ha ofertado en su régimen transitorio la posibilidad de que los titulares de estos derechos dominicales acepten la publicación de los mismos a cambio de ciertas ventajas.

Como señala Emilio Pérez, «lo que legitimaba, pues, en última instancia, la declaración de dominio público de todas las aguas continentales y hacía que fuera plenamente constitucional esa declaración de demanialidad era que no se imponía a nadie, puesto que todos podían optar por mantener su titularidad en la misma forma en que la tenían al entrar en vigor la Ley de aguas de 1985».²⁶

24 El art. 132.1 CE establece que: «La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación».

25 La cláusula de garantía patrimonial del art. 33.3 CE reconoce que «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes». Aquí nadie discute que se den esas razones de interés social que justifican la sustracción del patrimonio privado de las aguas continentales para que pasen a integrarse en el demanio público. Las críticas de constitucionalidad que se han hecho a la LA han venido dadas por el hecho de que no se haya concedido indemnización alguna y, muy especialmente, en lo referido al apart. 3º de las DT 2ª y 3ª, en virtud del cual, la modificación del aprovechamiento implica «la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación». El TC ha considerado (STC 227/1988) que no existe expropiación forzosa ya que, en última instancia, siempre juega la voluntad del interesado, aunque sólo sea para decidir si incrementa el aprovechamiento o modifica sus condiciones.

26 Pérez Pérez, E., «Breve exposición de la Ley de Aguas de 1985» en *Derecho de Aguas*, Murcia, 2006, pág. 65.

De manera muy general podríamos decir, entonces, que la LA en sus disposiciones transitorias ofrece a los titulares de aguas calificadas como privadas conforme a la legislación anterior (especialmente a los titulares de pozos, manantiales o galerías), la opción de: o bien transformar su propiedad en un derecho de aprovechamiento, o bien continuar disfrutando de su derecho «en la misma forma que hasta ahora», lo que significa de forma totalmente «congelada», y sin protección administrativa alguna.

Lo que buscaba la Ley era lograr que los titulares de esos derechos privativos, motu proprio, se decidieran por inscribir sus derechos en el Registro de Aguas como aprovechamientos temporales de aguas privadas, cuyo régimen de explotación se mantendría durante cincuenta años, transcurridos los cuales tendrían un derecho preferente para recibir una concesión administrativa por otros 75 años. A cambio, y como aliciente, los que inscribieran en el Registro de Aguas gozarían de la protección administrativa que éste le ofrecía. Por el contrario, aquellos que se decantaran por mantener su titularidad con carácter indefinido no podrían beneficiarse de la protección administrativa y tendrían que continuar acudiendo a los Tribunales ordinarios para resolver cualquier controversia²⁷.

Bienes integrantes del dominio público hidráulico

La Ley de Aguas en su art. 2 precisa los bienes que integran el dominio público hidráulico del Estado entre los cuales cabe señalar que se incluyen, de un lado, las aguas continentales y, de otro, también se consideran parte del dominio público hidráulico ciertos bienes naturales (terrenos) que se encuentran íntimamente vinculados a las aguas.

De esta suerte, constituyen el dominio público hidráulico, con las salvedades que expresamente establece la Ley, los siguientes elementos:

1º. *Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia de su tiempo de renovación.*

En este punto se hace necesario realizar una serie de matizaciones. En primer lugar, y respecto de lo que serían las aguas pluviales, cabe decir que, a diferencia de lo que ocurría con la legislación anterior que declaraba privadas las que cayeran en terrenos privados mientras no traspasaran sus linderos, a partir de la LA del año 1985, las aguas pluviales van a ser siempre públicas²⁸, sin merma del derecho de

27 Sirva lo dicho a título introductorio porque se volverá sobre ello con más profundidad en el apartado relativo al régimen establecido por las Disposiciones transitorias.

28 La cuestión sigue siendo discutida por la doctrina, véase al respecto Martín-Retortillo, S.: ob. cit., págs. 167 y ss., pero a nuestro entender la nueva Ley de 1985 deja la cuestión absolutamente

aprovechamiento que el art. 54.1 TRLA reconoce ex lege en tanto que esas aguas discurran dentro de los límites de su lindero y sin más limitaciones que las establecidas por la propia Ley y de las que se derivaran del respeto a los derechos de tercero, así como de la prohibición general del abuso de derecho²⁹.

Las mismas consideraciones pueden hacerse extensibles a las aguas estancadas dentro de los linderos del fundo, a las aguas procedentes de manantiales y a las aguas subterráneas situadas en su interior, en estos casos con el límite de aprovechamiento de 7.000 metros cúbicos anuales³⁰.

Respecto de las aguas subterráneas, decir únicamente que su inclusión supone la auténtica novedad de la LA de 1985 ya que, hasta el momento, se habían venido considerando como accesorias respecto de la propiedad del fundo donde se encontraban. Ahora ya, aquellas aguas subterráneas renovables (y con independencia de su tiempo de renovación), que son la mayoría, van a ser consideradas como aguas públicas en tanto que, como no podría ser de otro modo, forman parte del ciclo hidrológico.

2º. Los cauces de corrientes naturales, continuas y discontinuas.

El cauce o álveo de una corriente, ya sea continua o discontinua, tal y como establece el art. 4 TRLA, es «el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias».

zanjada y es que, en la medida que el art. 54.1 TRLA establece esa habilitación *ex lege* para el aprovechamiento de las aguas pluviales, está presuponiendo que estas aguas son de dominio público. De no ser así, no tendría que reconocerse ningún título habilitante para su aprovechamiento, aunque éste se haga de forma automática por la propia Ley.

29 Para el aprovechamiento de estas aguas pluviales se podrán construir depósitos u otras obras que permitan su retención, aunque esto deberá realizarse siempre dentro del terreno privado del propietario y, en caso de que se construyera algún tipo de cauce artificial, éste no podría variar el curso natural de las aguas en perjuicio del interés público o de tercero (art. 5.2 TRLA). Respecto de las aguas de las que se puede beneficiar el propietario del fundo, serán aquellas aguas pluviales que discurran por el mismo, con independencia de su procedencia y con los límites que la Ley establece. En este sentido, véase Martín-Retortillo, S., ob. cit., pág. 170.

Por el contrario, Pérez Pérez, E., Tomo V, Vol. 3º, arts 407 a 427 del Código Civil y Ley de Aguas» en Albadalejo, M. (director), *Comentarios al Código civil y compilaciones Forales*, Madrid, 1991, págs. 81, completa el art. 54.1 TRLA con el actual art. 5.2 TRLA y deduce que «sólo se podrán aprovechar las aguas pluviales en la finca en que sean recogidas (no en otra finca, aunque sea del mismo propietario)», a lo que añade que «el derecho de aprovechamiento se limitará al volumen de agua requerido para las necesidades del predio en que se recogen las pluviales y que el resto – si lo hubiere – tendría que devolverlo hasta el cauce público». Esta visión, que a nuestro modo de entender resulta un tanto estricta, presentaría problemas, por ejemplo, respecto de comunidades de regantes que no podrían aprovecharse de esas aguas.

30 Vid. art. 54 apartados 1 y 2.

De esta manera, se considerarán públicos, con las excepciones que se mencionarán en el apartado siguiente, aquellos terrenos por los que discurra el agua de manera natural, aunque sólo sea de forma discontinua, como por ejemplo en las ramblas, y con una extensión de terreno que no sólo abarca el que corresponde al «nivel de aguas bajas», o incluso al «habitual», sino que incluye todo el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias.

Por tanto, no se incluirán dentro de este concepto de cauce aquellos terrenos que pudieran ser ocupados por crecidas no ordinarias, los conocidos como zonas inundables y que, conforme al art. 11 TRLA, «conservarán la calificación jurídica y la titularidad dominical que tuvieren».

Lo que sí que se comprende dentro de los cauces públicos a los que estamos haciendo referencia serían las riberas, entendiendo por tales las fajas laterales de los cauces que se encuentran comprendidas entre el nivel de sus bajas aguas y el que pueden llegar a alcanzar en sus máximas crecidas ordinarias³¹.

*3º. Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos*³².

Aquí la Ley se refiere únicamente a los lechos, es decir, al terreno que ocupa el fondo de los lagos y las lagunas en las épocas que alcanzan su mayor nivel ordinario y, para el caso de un embalse superficial, sería el terreno cubierto por las aguas cuando éstas alcanzan su mayor nivel a consecuencia de las máximas crecidas de los ríos que lo alimentan.

31 Se plantea la posibilidad de que sobre los cauces o, en particular, sobre las riberas, ahora declaradas de dominio público, pudieran existir derechos de carácter privado conforme a la legislación precedente. Siendo esto así, en la medida que la LA no tiene carácter retroactivo, esos cauces y riberas que antes eran privados se debe entender que subsiste su carácter. Ahora bien, se verán afectadas por las mismas servidumbres y limitaciones legales impuestas por la Ley. Distinto de esta problemática sería la zona de márgenes del río formada por los terrenos que lindan con el cauce y que, estando fuera de la zona establecida legalmente para su consideración como cauce, van a quedar sometidos a determinadas limitaciones legales como son la imposición de una servidumbre de cinco metros de anchura para uso público, y de una zona de policía de 100 metros de anchura en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que en él se desarrollen, todo lo cual se debe entender sin merma del reconocimiento del pleno dominio privado del terreno (vid. art. 6 TRLA). Sobre esta cuestión véase Pérez Pérez, E. y Reverte Navarro, A., el «Tomo V, Vol. 3º, arts 407 a 427 del Código Civil y Ley de Aguas» en Albadalejo, M. (director), *Comentarios al Código civil y compilaciones Forales*, Madrid, 1991, págs. 89 y ss.

32 Los lagos y las lagunas son ambos depósitos de agua de carácter natural que van a estar situados en cauces públicos. De otro lado, los embalses son también depósitos de agua pero, en este caso, artificiales, y pueden estar situados tanto en cauces públicos como privados. Además, tenemos las charcas que se caracterizan por su menor capacidad o volumen y pueden ser tanto naturales como artificiales y pueden situarse tanto en terrenos públicos como privados. Véase. Martín-Retortillo, S.: ob. cit. pág. 161 y ss.

Estos lechos quedan reconocidos como dominio público hidráulico, sin mayor problemática.

A los terrenos que puedan resultar inundados durante las crecidas le son de aplicación las mismas consideraciones que se hicieron respecto de las zonas inundables de los cauces.

4º. Los acuíferos, a efectos de los actos de disposición o de afectación de los recursos hidráulicos.

El concepto de acuíferos lo encontramos en el art. 12 TRLA según el cual, son acuíferos, las «formaciones geológicas por las que circulan aguas subterráneas». Abarcaría así lo que se conoce como el «subsuelo hídrico», por contraposición al «subsuelo árido»³³.

Ahora bien, la demanialización de este bien se realiza a los solos efectos «de los actos de disposición o de afectación de los recursos hidráulicos» (art. 2.1.d. TRLA), y el art. 12 permite que el propietario del fondo donde se encuentra el acuífero pueda realizar cualquier obra siempre y cuando ésta no tenga como finalidad la extracción o aprovechamiento del agua, ni perturbe su régimen ni deteriore su calidad.

Debemos tener muy presente que este precepto se refiere únicamente a la titularidad del acuífero en sí, como formación geológica, y no prejuzga la titularidad de las aguas en él contenidas o que fluyen por el mismo.

5º. 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.

En principio, conforme a las modificaciones introducidas en la LA de 1985 por la Ley 46/1999 y por el RD. Legislativo 1/2001 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, se determina que las aguas desaladas iban a ser consideradas como bienes públicos en la medida que se incorporaran a alguno de los elementos demaniales que integran el dominio público hidráulico.

Sin embargo, la Ley 11/2005, de 12 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional, ha declarado que ahora el agua desalada siempre va a tener la consideración demanial, con independencia de que se incorpore o no a los mencionados elementos.

Esta última decisión lo cierto es que carece de mucho sentido ya que las aguas desaladas no se integran dentro del «ciclo hidrológico». Además, por razones meramente económicas, si lo que se quiere es fomentar la desalación, se debería permitir que continuara siendo una actividad liberalizada, aunque sometida a autorización³⁴.

33 Vid. Pérez Pérez, E., ult. ob. cit., pág. 99.

34 Vid. De la Cuétara Martínez, J.M., «Asignación y gestión de derechos sobre el agua» en *Derecho de Aguas*, Murcia, 2006, págs. 329 y ss. En la misma obra, véase también González-Varas

Exclusiones del dominio público hidráulico

Aun cuando la Ley declara con carácter general la demanialización de todas las aguas públicas, hay ciertos bienes que van a quedar excluidos de esta publicación. Estos bienes que quedan excluidos del dominio público hidráulico serían³⁵ :

A. Las aguas marítimas

Estas aguas no se consideran parte del dominio público hidráulico porque, aunque sean bienes demaniales, quedan reguladas conforme a su legislación específica y, en concreto, por la Ley de Costas que, en su Título I, recoge una enumeración de los bienes que integran el dominio público pero, en este caso, el marítimo terrestre.

Conviene destacar que las «aguas interiores marítimas» van a quedar reguladas conforme a lo establecido por la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante³⁶ .

B. Las aguas minerales y termales

Las aguas minerales y termales tradicionalmente se han venido regulando por la Ley estatal de Minas, de 21 de julio de 1973 (Ley 22/1973) dadas sus especiales características y cualidades, las cuales, no obstante, no sustraen a estas aguas del «ciclo hidrológico». Sin embargo, la Ley de Aguas, en su art. 1.5 TRLA, remite su regulación a la legislación especial.³⁷

C. Las aguas subterráneas no renovables

Vemos como la letra a) del art. 2 TRLA se refiere únicamente a las aguas «subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación» por lo que, a sensu contrario, está excluyendo aquellas aguas subterráneas no renovables que, aunque son minoritarias respecto de las renovables, lo cierto es que existen y no hay ninguna razón lógica para justificar su exclusión del demanio público salvo que, como entienden algunos, se considere que estas aguas no se integran en el ciclo hidrológico, aunque esta afirmación resulta técnicamente dudosa.

En palabras de Antonio Nieto, pronunciadas en Conferencia en el Ciclo de «Estudios sobre las aguas en Canarias», 1985: «Esto, yo confieso sinceramente no lo

Ibáñez, S., «El dominio público hidráulico: experiencias y problemas. Situaciones singulares», págs. 162 y ss.

35 Sobre este aspecto véase Martín-Retortillo, S., ob. cit., págs. 158 y ss., donde realiza un interesante estudio los bienes que la LA excluye de su declaración de dominio público.

36 Vid. STS de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004\7787).

37 La exclusión del ámbito de regulación de la LA de las aguas minerales y termales, así como su carácter y régimen jurídico han sido muy criticadas y discutidas por la doctrina. En este sentido véase el minucioso estudio que realiza Martín-Retortillo, S., ob. cit., págs. 185 y ss.

entiendo. Porque la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley insiste en la unidad geológica y sin embargo en el texto articulado sólo se considera dominio público estatal a las aguas subterráneas fluyentes».³⁸

D. Cauces de dominio privado y los cauces artificiales

Los cauces, como ya ha quedado visto, van a ser en su mayoría de dominio público. Sin embargo, el artículo 5 TRLA ofrece una excepción en la que nos encontramos con cauces de dominio privado: cuando por ellos «ocasionalmente discurren aguas pluviales en tanto atraviesen, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular».

En consecuencia, no habrán quedado demanializados aquellos cauces que se sitúan íntegramente en fincas privadas y por los que las aguas discurren únicamente de forma ocasional, es decir, de manera no continua.

Otra cuestión es la relativa a los cauces artificiales. La problemática de estos es muy variada porque, dentro de lo que se podrían considerar cauces artificiales se incluiría desde los grandes acueductos y obras para trasvases, a las pequeñas acequias que se extienden por las huertas.

El art. 49 TRLA se refiere a la propiedad de estos cauces artificiales y, en concreto, establece que: «En toda acequia o acueducto, el cauce, los cajeros y los márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas o, en caso de evacuación, de los que procedieran».

Este precepto está extraído del artículo 408 Cc. si bien, con el interesante matiz de haber suprimido la mención al «agua» que sí que realiza el Código, lo cual es bastante lógico debido a la demanialización de todas las aguas continentales que proclama la Ley. Como novedad añade, por otro lado, el caso de «evacuación de las aguas».

De esta manera, los elementos físicos (cauce, cajeros y márgenes) de un cauce artificial, que no el agua que por ellos discurre, van a ser de la titularidad de la «heredad o edificio» al que sirvan, bien porque vayan destinado a ella o porque evacuen aguas del mismo.

E. Lechos de lagos, lagunas, embalses y charcas

El Derecho histórico español se caracterizaba porque, respecto de las aguas estancadas, regía el principio de acesión del agua al predio en el que se situaba. Actualmente este principio ha quedado roto con la declaración genérica de demanialización de las aguas continentales.

Partiendo de este presupuesto, debemos centrar las discusiones no ya en la naturaleza del agua que se encuentra en estos terrenos (ya sean lagos, lagunas, em-

³⁸ Citado en Martín-Retortillo, S., ob. cit., pág. 159, en nota.

balses, charcas o, incluso, por los cauces por los que discorra), sino que debemos referirnos, tal y como hace la Ley, a la propiedad del terreno como ente diferenciado del agua que discurre o que se recoge en el mismo.

En este sentido, los lechos de los lagos, lagunas y de los embalses superficiales en cauces públicos, tal y como establecía el art. 2.c) TRLA, son bienes de dominio público. A sensu contrario, los lechos de embalses superficiales en terrenos privados serán de titularidad privada.

Además, también nos encontramos con la cuestión relativa a las «charcas», en relación a las que el art. 10 TRLA establece que si éstas están situadas en predios de propiedad privada se considerarán como parte integrante de los mismos siempre y cuando se destinen al servicio exclusivo de esos predios y, todo ello, sin perjuicio de la aplicación de la legislación medioambiental que corresponda.

A este respecto hay autores que consideran que el art. 10 está haciendo referencia a la titularidad tanto del agua como de la tierra en la que ésta se encuentra, las cuales no pueden separarse la una de la otra. Consideran que, en el momento que dejara de destinarse esa agua al uso del predio, entonces ese agua pasaría a integrarse en el dominio público³⁹.

Por el contrario, a nuestro entender, este precepto se está refiriendo únicamente a la titularidad del lecho o terreno de la charca y no prejuzga la cuestión relativa al dominio del agua. La ubicación sistemática del artículo 10 TRLA abonaría esta consideración en tanto que éste se sitúa dentro del Capítulo referido a los «lagos, lagunas, embalses y terrenos inundables» y en el que únicamente se determinan cuestiones relativas a la titularidad de sus lechos, y no de las aguas contenidas en ellos. En ese sentido, y en lo que hace al dominio de las aguas recogidas en las charcas, habría que estar a lo dispuesto por el artículo 54.1 TRLA ya que, al fin y al cabo, las aguas de las charcas no son más que aguas estancadas. De lo contrario, estaríamos dejando vacío de contenido este último precepto.

En último lugar, respecto de la titularidad de los lagos, lagunas y charcas inscritas en el Registro de la Propiedad, la Disposición Adicional 1ª de la Ley de Aguas de 1985 reconocía otra exclusión al establecer que «Los lagos, lagunas y charcas, sobre los que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad, conservarán el carácter dominical que ostentaren en el momento de entrar en vigor la Ley...».

39 A este respecto véase Martín-Retortillo, S.: ob. cit., pág. 163 y ss. En este punto Martín-Retortillo afirma que es independiente la procedencia de las aguas, ya sea de lluvia o de manantiales. Entiende que su titularidad será privada si se dan los requisitos del art. 10, no entrando en juego las limitaciones del art. 52.2 LA para el caso de que las aguas provinieran de manantiales. Por el contrario, consideramos que admitir que el dueño de un predio puede almacenar para su posterior utilización el agua proveniente de lluvia y agua y que, por el hecho de quedar depositada en una «charca» va a pasar a ser reconocida como de dominio privado, rompería la filosofía que subyace tanto en la declaración de demanialidad del art. 2.a), como en el art. 54 TRLA.

Se ha discutido si resulta necesario que se los lagos, lagunas y charcas inscritas tenga que estarlo constituyendo una finca registral independiente o, si por el contrario, basta con que en la inscripción registral del predio en el que se encuentren se haga constar su existencia. Parece que, de la expresión «inscripciones expresas», no cabe deducir la necesidad de que se registren en finca independiente y resulta suficiente con que se haga constar en la finca registral donde se encuentran.

De otro lado, se traslada aquí la discusión relativa a si este precepto se refiere también a la propiedad de las aguas contenidas en esos lagos, lagunas y charcas. Consideramos, igual que hacíamos anteriormente, que lo más coherente con el espíritu de la Ley sería reconocer la demanialidad de esas aguas en virtud de lo establecido por el art. 2.1.a) y por el art. 54.1 TRLA, sin merma de lo dispuesto en el régimen transitorio. Así, la DA 1ª, de similar forma a lo que ocurría con el art. 10 TRLA, la entenderemos referida únicamente a la titularidad del terreno o lecho de los lagos, lagunas y charcas⁴⁰.

En cualquier caso, esta disposición adicional ha de entenderse sin perjuicio de lo establecido por el art. 10 TRLA para las charcas en donde, recordemos, no se exige inscripción registral alguna.

F. Zonas inundables

Las zonas inundables, entendiendo por tales aquéllas susceptibles de ocupación por las aguas durante crecidas extraordinarias de los lagos, lagunas, embalses, ríos o arroyos, tal y como se ha considerado en los apartados correspondientes, van a conservar la calificación jurídica así como la titularidad dominical que tuvieren antes de la entrada en vigor de la Ley, lo que no es óbice para que le sean aplicables ciertas limitaciones para el uso de estas zonas en aras de garantizar la seguridad de las personas y bienes⁴¹.

G. Aguas reutilizadas

Las aguas reutilizadas son aquellas aguas residuales que, una vez que han sido depuradas, pasan a ser aptas para determinados usos (agrícolas, mantenimiento de jardines...).

Su regulación se ha visto recientemente modificada por la Ley 11/2005 y para su aprovechamiento se requiere de concesión o autorización administrativa.

40 En contra, Martín-Retortillo, S.: ob. cit., pág. 165 y ss.

41 Vid. art. 11 TRLA.

Dominio privado de las aguas: Régimen transitorio de la Ley de Aguas y mantenimiento de los derechos adquiridos

La LA de 1985 declara el dominio público sobre todas las aguas continentales, superficiales y subterráneas, aunque, como se ha estudiado en el apartado correspondiente, la propia Ley ajusta esa declaración inicial y reconoce ciertos recursos que van a quedar excluidos del dominio público hidráulico.

Como última consideración a este respecto, hay que atender al régimen transitorio de la propia Ley de Aguas, el cual va a matizar sustancialmente la declaración inicial que la misma ha realizado ya que la publicación de las aguas continentales no se va a realizar con carácter retroactivo sino que, tal y como establecía la Disposición Transitoria 1ª de la Ley de Aguas de 1985, «los actuales titulares de aprovechamientos de aguas (se refiere a titulares de aprovechamientos privados de aguas a la fecha de la entrada en vigor de la Ley)..., conservarán el derecho a la utilización del recurso de acuerdo con lo que se establece en las disposiciones siguientes».

Así, la Ley presenta un eminente carácter irretroactivo y permite la pervivencia de derechos sobre aguas privadas que hubieran sido adquiridos conforme a la legislación anterior. No obstante, regula todo un régimen transitorio tendente a lograr esa proclamada publicación de las aguas continentales, dando la opción a los titulares de aprovechamientos de aguas privadas de inscribir sus aprovechamientos en el Registro de aguas como aprovechamientos temporales de aguas privadas y, a cambio, gozar de una especial protección administrativa; o bien, podían decantarse por mantener su derecho privado de forma indefinida «en la misma forma que hasta ahora».

El ejercicio de esta opción queda condicionado a los siguientes presupuestos:

1º. El carácter opcional excluye cualquier obligación compensatoria

La Ley declara la demanialización de las aguas hidráulicas continentales conforme al art. 132.2 CE pero, en la medida que no impone la publicación sino que reconoce el derecho a la propiedad privada en sus disposiciones transitorias, no contraviene el artículo 33.3 CE y, por tanto, excluye la concesión de cualquier compensación a favor de los aquéllos que, siendo titulares de aguas privadas, se decantaran por aceptar voluntariamente su publicación en los términos y condiciones establecidas.

2º. El incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones del aprovechamiento requerirá siempre de la oportuna concesión administrativa

Cualquiera que sea la opción que se siga, se dará una «congelación» de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas. La Ley respeta los derechos existen-

tes pero, en el momento que se produce una modificación o ampliación de los caudales o que variara la forma o destino en que se vinieran utilizando, entonces las aguas quedarían publicadas de manera automática y se requeriría de concesión administrativa, no sólo para la modificación, sino para la «totalidad» del aprovechamiento⁴².

Tal y como señala el TC⁴³, los derechos preexistentes son respetados en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos. Quedan «congelados» o «petrificados» en el alcance material que tuvieran en el momento de la entrada en vigor de la Ley.

Esta petrificación afecta también a las posibilidades de disponibilidad de los derechos ya que, como prescribe el principio jurídico *nemo dat quod not habet*, el titular de los derechos privativos, así como el que ahora tuviera un derecho de aprovechamiento temporal, podrán enajenar y disponer de sus derechos pero limitados por las condiciones que decíamos (mantenimiento del caudal, del destino y de la forma de aprovechamiento)⁴⁴.

3º. En cualquier caso, son de aplicación las normas de sobreexplotación de acuíferos, sobre usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las limitaciones del uso del dominio público hidráulico.

De conformidad con lo establecido por el apart. 4º de las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª, todos los aprovechamientos deberán respetar las normas citadas. También quedarán sometidos a la aplicación de la doctrina del abuso del derecho.

Estos límites, por tratarse de disposiciones generales que delimitan el contenido del derecho de propiedad privada de acuerdo con la función social del mismo en virtud de lo dispuesto por el apart. 2º del art. 33 de la Constitución española, carecen de eventualidad expropiatoria y simplemente vienen a determinar cuáles son los límites dentro de los que cabe entender el derecho a la propiedad privada de esos bienes tan especiales que conforman el dominio público hidráulico⁴⁵.

Vistas los presupuestos y las normas comunes a las dos opciones planteadas por el régimen transitorio, cada una de ellas quedaba configurada de forma singular de la siguiente forma:

42 Este punto ha sido cuestionado constitucionalmente si bien, nuestro Tribunal Constitucional, tal y como se refería ya en la nota 25, ha estimado que en la medida que siempre juega la voluntad del titular, aunque sea para decidir la modificación del aprovechamiento, se excluye entonces el contenido expropiatorio de la medida (STC 227/1988).

43 STC 227/1988 FJ. 12.

44 Véase Pérez Pérez, E., *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, pág. 483 y ss.

45 Véase Pérez Pérez, E. y Reverte Navarro, A., el «Tomo V, Vol. 3º, arts 407 a 427 del Código Civil y Ley de Aguas» en Albadalejo, M. (director), *Comentarios al Código civil y compilaciones Forales*, Madrid, 1991, págs. 23 y ss.

A. *Aprovechamientos de aguas temporales*

Las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª iban referidas a aquellos que fueran titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de manantiales o de pozos y galerías, respectivamente; si bien, la Disposición Transitoria 4ª abría este régimen a cualquier otro derecho privado sobre aguas conforme a la legislación anterior (principalmente los derechos sobre aguas comunales, sobre aguas privadas de lagos, lagunas y charcas o sobre corrientes continuas o discontinuas de aguas pluviales privadas).

El régimen transitorio establecido ofrece la posibilidad a los titulares de derechos sobre aguas privadas de poder acreditar sus derechos⁴⁶ mediante su inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas.

Para ello disponían de un plazo de tres años desde la entrada en vigor de la Ley (por tanto, hasta el 1 de enero de 1989) transcurrido el cual, aquellos que no hubieran acreditado sus derechos, mantendrían la titularidad «en la misma forma» que la tuvieran a fecha de 1 de enero de 1986 (entrada en vigor de la Ley).

En el caso de que hubiera optado por inscribir su derecho como aprovechamiento temporal de aguas privadas, el titular mantendría el régimen de explotación durante 50 años, pasando luego a tener un derecho preferente para obtener la correspondiente concesión administrativa por un plazo máximo de 75 años y de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.

En este caso, tal y como expresa Emilio Pérez⁴⁷, las «titularidades temporales privadas vienen a configurarse en la Ley de Aguas como situaciones intermedias o mixtas, pues tienen un contenido económico privado (dado que se mantiene el régimen de explotación durante cincuenta años y, consiguientemente el titular podrá beneficiarse económicamente del precio percibido por el aprovechamiento de terceros) pero están llamadas a convertirse en concesiones administrativas al término de dicho plazo».⁴⁸

46 La única diferencia entre el régimen establecido por la DT 2ª y la 3ª es que para el caso de los pozos y galerías, a la hora de acceder al Registro, además de acreditar los derechos existentes sobre la utilización de las aguas en virtud de la legislación que en ese momento pasaba a quedar derogada, deberán acreditar también «*la no afectación... a otros aprovechamientos legales preexistentes*». En lo referido a los manantiales se debía acreditar los derechos existentes y sus titulares y «*el régimen de utilización del recurso*».

47 Pérez Pérez, E., *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, pág. 495.

48 Martín Retortillo, S., ob. cit., pág. 144, llega más allá y señala sobre el régimen de aprovechamiento temporal de aguas privadas que, en él, las aguas «*siguen siendo privadas, al menos, hasta el 1 de enero de 2036: recursos, en cierto modo, sin titular dominical, ya que sus anteriores titulares han instado la transformación ex lege de su derecho dominical en un derecho de aprovechamiento; y las aguas, según se dice, siguen siendo privadas*».

Esta opción ofrece como aliciente, frente a aquellos que se hubieran decantado por mantener su derecho, que las titularidades temporales van a gozar de la protección administrativa que deriva de la inscripción en el Registro de Aguas por lo que, los conflictos que se pudieran plantear van a poder resolverse en vía administrativa y, en su caso, en la jurisdicción contencioso administrativa. Además, conforme a lo establecido en el art. 80.3 TRLA, podrán solicitar la intervención del Organismo de cuenca competente en la defensa de sus derechos.

Esta visión ha sido avalada por el Tribunal Constitucional si bien, no está exenta de críticas por parte de la doctrina⁴⁹.

B. *Mantenimiento de la titularidad «en la misma forma»*

Por el otro lado, aquellos que no se hubieran decantado por la opción anterior de la inscripción en el Registro de Aguas, mantendrían su titularidad en la misma forma que lo hacían hasta el 1 de enero de 1986.

Ahora bien, tenían entonces la obligación de «declarar» su aprovechamiento en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privativas, para lo cual disponían también de un plazo de tres años, transcurridos los cuales, la no declaración de estos derechos podía dar lugar a multas coercitivas⁵⁰.

49 Martín Retortillo, S., ob. cit., pág. 157, critica duramente esta posición y considera que los titulares de cualquier derecho y, por supuesto, aquellos que hubieran optado por mantener su título dominical, deben disponer de todo el ordenamiento jurídico para poder defenderse, lo que incluye el Derecho civil, pero también el administrativo y, en última instancia, el penal. Estima que hay «*posibles fórmulas administrativa para la tutela de estos derechos sobre aguas privadas*» a lo que añade que «*hay que descartar que la dualidad de las opciones previstas en la Ley reproduzca..., una dualidad de jurisdicciones para la resolución de los conflictos jurídicos que puedan plantearse... El titular de aguas privadas puede requerir también a la Administración la adopción de las medidas correspondientes para la tutela de su derecho, actuaciones que, en último caso, concluirán ante la jurisdicción contencioso-administrativa*». Concluye su argumentación diciendo que «*la única diferencia apreciable entre los titulares de unos y otros derechos lo es a efectos de prueba de los mismos... Notemos también, desde esta perspectiva, que los titulares de derechos sobre aguas no inscritos en el Registro tienen igualmente eficaz protección del Registro de la propiedad*».

El TC, por el contrario, en la sentencia 227/1988 (FJ. 8º) ha considerado como absolutamente razonable que «*la Administración no tenga 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, afectará a bienes ajenos a su titularidad*».

50 Este plazo de tres años no puede considerarse preclusivo y, por tanto, la declaración del aprovechamiento podrá formularse en todo tiempo y, además, aquí no será necesario «acreditar», sino meramente «declarar».

Sin embargo la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, señaló un plazo improrrogable de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley para solicitar la inclusión en el Catálogo de Aguas. Transcurrido este plazo sólo se podrá acceder al mismo mediante resolución judicial. Esta determinación legal ha sido criticada por la doctrina que entiende, con carácter general, que la posibilidad de declarar

Esta declaración se establece a los meros efectos del conocimiento por parte de la Administración de la existencia de esos aprovechamientos pero en ningún momento incide sobre la titularidad del derecho.

Aquellos que tuvieran cualquier derecho dominical sobre un aprovechamiento de aguas privadas conforme a la legislación anterior y que no lo hubieran inscrito en el Registro de Aguas, mantendrán su titularidad y continuarán disfrutándolos «en el mismo modo y forma que hasta ahora» (DT 2^a). Todo ello con independencia de que lo hubieran declarado o no en el Catálogo ya que, como hemos dicho, la declaración en el mismo de estos aprovechamientos constituye un deber puramente administrativo y su incumplimiento no afecta al contenido sustantivo o material del propio derecho⁵¹.

De esta manera, los titulares de derechos adquiridos conservarán los mismos de forma perpetua o indefinida pero lo harán en los mismos términos establecía la legislación derogada y sin poder incrementar los caudales totales utilizados ni modificar la forma de aprovechamiento o el destino del mismo.

Como contra, los titulares que hubieran optado por mantener su derecho no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas y tendrán que subsanar cualquier controversia que se suscitara ante la jurisdicción ordinaria⁵².

Como conclusión última cabría afirmar que este régimen transitorio ha venido a relativizar la declaración general de publicación realizada por la Ley de Aguas de 1985 ya que buena parte de los aprovechamientos privados que existían conforme a la legislación anterior, se continúan manteniendo con la actual. De hecho, se calcula que, por ejemplo, en lo referido a los pozos subterráneos, más del 80 % de ellos continúan sin inscribir en el Registro de Aguas.⁵³

el aprovechamiento debería poder formularse en todo tiempo. Véase al respecto AAVV, «La pervivencia de los aprovechamientos privados de aguas subterráneas tras la reforma de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas», *Derecho de Aguas*, Murcia, 2006, pág. 283 y ss.

51 A este respecto véase el FJ. 8º de la STC 227/1988.

52 Véase nota 49.

53 Véase AAVV, «La pervivencia de los aprovechamientos privados de aguas subterráneas tras la reforma de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas», *Derecho de Aguas*, Murcia, 2006, pág. 289.

III. USOS Y TÍTULOS JURÍDICOS PARA EL APROVECHAMIENTO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

1. Aproximación general

Una vez delimitado el dominio público hidráulico, nos referimos ahora en este apartado a los distintos títulos jurídicos que habilitan a los particulares para el aprovechamiento del mismo. En este sentido, resulta conveniente comenzar con la explicación de cuáles son los distintos usos que pueden darse a los recursos integrantes del dominio público hidráulico para, seguidamente, entrar a considerar los títulos jurídicos que habilitan a los particulares a llevar a cabo esos aprovechamientos. Estos títulos jurídicos van a depender del tipo de uso a realizar y serán, como ocurre con cualquier bien de dominio público: la autorización, la concesión administrativa y el reconocimiento ex lege del derecho de uso y aprovechamiento.

Todas estas fórmulas están mediatizadas por las características que en cada momento imponen las exigencias que requiere la más adecuada gestión de los recursos y, más concretamente, por las opciones de política hidráulica que en relación con los recursos se asumen.

Las técnicas a través de las cuales se lleva a cabo la utilización del dominio público hidráulico se enmarcan en un ámbito de exigencias y necesidades que tienen una inequívoca consistencia jurídica tal y como, por ejemplo, queda reflejado en el artículo 40 de la Ley de Aguas que establece como objetivos de la planificación hidrológica conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del 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.

Por otro lado, es interesante señalar la exigencia de respetar el principio de «recíproca compatibilidad» entre los distintos usos de las aguas⁵⁴, una exigencia que es consecuencia directa de la amplia gama de usos de los que son susceptibles los bienes de dominio público en concordancia con las numerosas actividades a que pueden dar lugar los recursos hidráulicos.

Los recursos hidráulicos constituyen la base de una pluralidad de actividades públicas y privadas, idea que reitera la STC 243/1993, de 15 de julio y que ante esa

⁵⁴ La cuestión relativa a la «recíproca compatibilidad» de los distintos usos de las aguas fue enunciada en Mayer, O.: *Derecho administrativo alemán*, Buenos Aires, 1950, III, pág. 206, al plantear la coexistencia de los usos comunes con otros posibles aprovechamientos, insistiendo en que el núcleo central de todo el sistema de aprovechamiento de los recursos radica, en gran medida, en establecer la compatibilidad y armonía entre los distintos tipos de usos.

pluralidad de posibles utilizaciones de los recursos obliga a relacionarlas y a compatibilizarlas. Ésta es una de las cuestiones claves en la ordenación de los usos de las aguas, una cuestión que, además, hay que referir a unos recursos no disponibles de forma ilimitada, sino más bien, como ya hemos mencionado antes, notoriamente escasos.

Por ello, establecer, ordenar y garantizar la compatibilidad de las diferentes finalidades a las que el aprovechamiento de las aguas se vincula es una tarea fundamental en la ordenación jurídica de los recursos, tarea que hoy día es bastante compleja pues se han rebasado los fines tradicionales del uso de las aguas como bien de consumo y factor de producción. Actualmente, existen nuevos ámbitos en los que las aguas desempeñan un papel relevante como la conservación del medio ambiente, la protección del suelo o la ordenación del territorio, de los que el Derecho no puede desconocer.

2. Usos comunes, usos especiales y usos privativos

La Ley de Aguas distingue diversas modalidades de usos, concretamente, unos comunes (generales o especiales) y otros privativos. Su regulación la encontramos en los artículos 50 a 58 de dicha Ley, completada por el Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 11 de abril de 1986.

En cuanto a los usos comunes generales, el artículo 50 TRLA establece que son aquellos que todos pueden realizar sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispongan las leyes y reglamentos⁵⁵. Este art. 50 detalla cuáles son los usos comunes generales que se pueden dar sobre el dominio público hidráulico, reconociendo como tales: usar de las aguas superficiales mientras discurren por sus cauces naturales, beber, bañarse y otros usos domésticos, así como abrevar el ganado⁵⁶.

55 Como indica Mayer, O.: ob. cit., el empleo del término «todos» nos lleva a considerar que el derecho al uso común general de las aguas es parte integrante de la persona, de su libertad. Una libertad que originariamente no se determina por ley positiva alguna sino que es la convicción general la que le da su fundamento y contenido. Una situación que es expresión del derecho de libertad y que, tutelada por el ordenamiento jurídico, corresponde al individuo en cuanto forma parte del público.

56 La Ley de Aguas ofrece una definición de uso común por exclusión, es decir, todos aquellos usos que no requieran autorización administrativa serán comunes y determina una serie de usos o aprovechamientos de las aguas que serán considerados comunes, pero no da ninguna muestra de los elementos característicos que, en general, van a definir a todo uso común.

Más representativa de la noción de «uso común» es la definición que realiza la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), cuando en su art. 85 establece que «se considerará uso común de los bienes de dominio público el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso de unos no impide el de los demás interesados».

En su apartado 2º, el art. 50 TRLA establece que estos usos comunes habrán de llevarse a cabo de forma tal que no se produzca ninguna alteración de la calidad y caudal de las aguas, limitación que tendrá que entenderse en el sentido de que no se produzca una modificación sensible de los mismos, puesto que es obvio que alguna repercusión habrán de tener necesariamente dichos usos generales en la cantidad y calidad del agua.

Algo similar hay que decir de la de la prohibición de desviar las aguas de sus cauces o lechos (art. 50.2 TRLA), que ha de ser interpretada en el sentido de no poder desviarla con algún dispositivo o instalación fija, pero que no impedirá tomarla y trasladarla en vasijas u otros recipientes similares, para que pueda usarse en otro lugar, a los fines permitidos y en la cantidad necesaria para los mismos⁵⁷.

También se hace mención en este artículo 50, en su apartado 4º, a la prohibición del abuso del derecho en la utilización de las aguas. Aunque esta prohibición se recoja en este artículo de la Ley que regula únicamente los usos comunes generales, debemos entender que queda extendida a cualquier supuesto de aprovechamiento del recurso en tanto que es considerada por buena parte de la doctrina como un principio general de aplicación e interpretación de la legislación de aguas⁵⁸.

Además de los usos comunes generales anteriormente señalados, también debemos incluir entre ellos el de la pesca en aguas continentales, así como la repoblación acuícola y piscícola si bien, el apart. 3º del art. 50 del TRLA, remite todo lo referido a su protección, utilización y explotación a la legislación general de medio ambiente y a la específica de pesca, fundamentalmente la Ley de 20 de febrero de 1942 y su Reglamento de 6 de abril de 1943. Este último, en su artículo 1º, considera aguas continentales, a efectos de la pesca en las mismas, todos los manantiales, charcas, lagunas, lagos, acequias, embalses, pantanos canales, albuferas, arroyos y ríos, ya sean dulces, salobres o saladas.

En general, cabe señalar entonces que, todo uso común general de un bien de dominio público ha de realizarse sine incommo alterius y, por tanto, ha de responder al «principio de compatibilidad» de todos los administrados⁵⁹. Es por ello que, para los usos comunes o generales, tal y como comenzábamos explicando en el presente apartado, no se requerirá de ningún título jurídico específico⁶⁰. Siendo esto

57 En este sentido, véase Pérez Pérez, E. y Reverte Navarro, A., ob. cit., pág. 230.

58 En este sentido, véase Pérez Pérez, E. y Reverte Navarro, A., ob. cit., pág. 231.

59 Vid. López Pellicer, J.A., «La utilización del dominio público», *Lecciones de Derecho administrativo*, vol. II (2), Murcia, 2002, págs. 53 y ss.

60 Con carácter general el art. 86.1 LPAP establece que: «El uso común de los bienes de dominio público podrá realizarse libremente, sin más limitaciones que las derivadas de su naturaleza, lo establecido en los actos de afectación o adscripción, y en las disposiciones de aplicación». De esta manera, no es que para los usos comunes se carezca de título habilitante sino que éste viene dado por la propia ley y se fundamenta en la «libertad individual», siendo una manifestación del ejercicio de la libertad

así, el régimen normal del aprovechamiento va a depender del uso del que se trate y va a quedar sometido, en general, al respeto del modo de proceder que sería propio del «buen padre de familia».

En lo que se refiere a los usos especiales, éstos se encuentran regulados en la Sección 2, del Capítulo II del Título II de la Ley de Aguas rubricada «de la utilización del Dominio Público Hidráulico».

Entendemos por usos especiales aquellos que, aunque sean considerados como comunes porque con ellos no se impide el uso del recurso por parte del resto de administrados, concurren en los mismos una serie de circunstancias singulares de intensidad, peligrosidad u otras semejantes, que llevan a que se les considere como usos especiales⁶¹.

Los usos comunes especiales se caracterizan porque esas específicas circunstancias que los definen justifican que se dé un mayor control sobre los mismos, el cual se va a concretar en la exigencia previa de autorización administrativa, necesaria para poder llevar a cabo el específico uso o aprovechamiento pretendido. Así se establece en la legislación general (art. 86.2 LPAP) y, para el caso en concreto del dominio público hidráulico, en el art. 51 del TRLA.

Este mismo precepto determina los usos especiales que requieren de autorización, a saber: la navegación, la flotación, el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos, así como cualquier otro uso no general, que no excluya la utilización del recurso por terceros⁶².

El Reglamento del Dominio Público Hidráulico, en desarrollo de la LA, profundiza en los distintos supuestos de usos especiales refiriéndose, por ejemplo, a la autorización necesaria para el establecimiento de baños y de zonas recreativas o deportivas; para realizar derivaciones de agua de carácter temporal que no pretendan un derecho al uso privativo de la misma, o para a utilización de embalses o tramos de ríos para hidroaviones⁶³.

El procedimiento que debe seguirse para la obtención de la autorización de uso común especial, viene determinado con carácter general por la Ley de Procedimiento

personal. Además, todo uso común, junto con el principio de libertad, debe regirse también por los principios de igualdad de todos los administrados, sin perjuicio del «régimen de cola» que pudiera establecerse, y de gratuidad. En este sentido véase la STS de 8 de julio de 1987.

61 En este punto, el art. 85 LPAP define el uso común especial de los bienes de dominio público como aquél que, «*sin impedir el uso común, supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular u otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste*».

62 En el presente trabajo no entraremos a analizar las autorizaciones de vertido que se regulan conforme a lo establecido en el art. 101 TRLA y que cuentan con una regulación especial.

63 Véanse a este respecto los arts. 74, 76 y 77 del RD. 849/1996, de 11 de abril, del dominio público hidráulico (RDPH).

Administrativo⁶⁴, con las especialidades propias que recoge la Ley de Aguas y, fundamentalmente, el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (arts. 51 y ss.).

Como peculiaridad de este tipo de autorizaciones, el Organismo de cuenca puede recabar del interesado, proyecto justificativo u otra documentación complementaria que estime necesaria para conceder la autorización y, en especial, la presentación de un estudio, elaborado por un técnico responsable, sobre la evaluación de los efectos que pudieran producirse sobre el medio ambiente, la salubridad y los recursos pesqueros, así como sobre las soluciones que se prevean (art. 52.1 RDPH).

Además, el art. 52.2 RDPH exige que se establezca un trámite de información pública no inferior a veinte días ni superior a dos meses.

Respecto a la competencia para otorgar las autorizaciones, corresponde por lo general al organismo de cuenca y, en los casos en los que la tramitación de las citadas autorizaciones haya sido encomendada a una Comunidad Autónoma, ésta formulará una propuesta de resolución al Organismo de cuenca, quien a su vez, comunicará a aquélla la resolución que se dicte, para su notificación al interesado (arts. 52.3 y 53 RDPH).

De conformidad con lo establecido por el art. 54 RDPH, las autorizaciones han de entenderse concedidas sin perjuicio de los derechos de terceros (cláusula salvo iure terti), lo que implica una doble limitación: de un lado, no se puede otorgar una autorización que entrara en contradicción con un derecho de tercero o con otra autorización o título administrativo concedido previamente y, por otro, la Administración no puede alterar, modificar o extinguir situaciones jurídicas civiles respecto de derechos preexistentes, ya que esto es función exclusiva de los jueces y tribunales.

Este precepto impone también el pago de un canon de ocupación tal y como regula el art. 112 TRLA, que tiene como objeto compensar a la Administración por ese beneficio especial que está concediendo al administrado.

El apart. 3º del art. 54 RDPH cierra la regulación general de las autorizaciones administrativas para los usos especiales de bienes del dominio público hidráulico y establece que, en todo caso, el titular de la autorización quedará obligado, incluso en caso de revocación de la misma, a dejar el cauce en condiciones normales de desagüe, pudiendo el Organismo de cuenca adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación.

Al no hacerse ninguna referencia específica a la necesidad de indemnizar, en caso de revocación de la autorización por razones de interés público, debemos entender que opera entonces la cláusula de precario reconocida en el art. 92.7.g) LPAP, que permite a la Administración revocar unilateralmente la autorización en cualquier

64 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

momento sin derecho a indemnización. No obstante, esta revocación tiene que estar fundada en razones de interés público y no podrá ser arbitraria.⁶⁵

En lo que respecta a los usos privativos, podemos apuntar que el uso privativo, sea o no «consuntivo» del dominio público hidráulico, implica la utilización del mismo por los particulares de tal forma que impide o dificulta cualquier otro aprovechamiento⁶⁶.

De esta suerte, podemos observar que las características de esta forma de utilización de los bienes demaniales se deducen, en cierto modo, a sensu contrario de las notas que determinan la que cabe entender que constituye su antítesis, el uso común general, pues, frente a lo que ocurre en este último, en los usos privativos se produce una individualización del sujeto y, además, la utilización del bien limita o incluso puede llegar a excluir la de otros posibles usuarios. Es éste el dato fundamental que caracteriza lo privativo del uso.

El titular del derecho a la utilización del bien ostenta un autentico ius excluendi, oponible a terceros y también a la propia Administración.

Estas especiales características del uso privativo de un bien público son las que hacen que este tipo de usos sea considerado, con carácter general, como una forma excepcional de aprovechar el dominio público que, por definición, debería entenderse abierto a todos los ciudadanos, ya fuera directamente o a través de un servicio público, y no reservado de forma excluyente a aquél que ostentara un especial título jurídico, una concesión administrativa. Sin embargo, en el caso del dominio público hidráulico, tal ha sido el ánimo publicificador de la Ley, que el uso privativo de los recursos hídricos va a ser una situación absolutamente habitual.

Tanto es así que, junto con la concesión demanial, que es el título que normalmente va a habilitar para poder realizar un uso privativo de un bien de dominio público; la legislación sobre aguas reconoce también determinados aprovechamientos ex lege, es decir, determinados usos del demanio público que son autorizados de forma general por disposición legal.

Así, el TRLA en su artículo 54 reconoce unos supuestos de usos privativos de las aguas ex lege cuando permite que «el propietario de una finca pueda aprovechar las aguas pluviales que discurran por ella y las estancadas dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley de Aguas y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y la prohibición del abuso de derecho» y, «en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio,

65 Sobre todas las cuestiones relativas al régimen jurídico general de estas figuras véase López Pellicer, J.A.: ob. cit., págs. 53 y ss.

66 En palabras de la LPAP, su art. 85.3, establece: «Es uso privativo el que determina la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados».

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».

Recordar aquí lo ya dicho en apartados anteriores y es que, este art. 84 TRLA está presuponiendo la publicación de las aguas en él referidas, si bien, la propia ley, consciente del necesario uso privado de esas aguas (imaginemos el ejemplo más habitual, el de una casa que dispone de un aljibe donde recoge las aguas de lluvia y del que se abastece durante todo el año), concede de forma general, directa y automática, por ministerio de la Ley para todos aquellos que se encuentren en el supuesto de hecho de la norma, es decir, que cumplan con los requisitos o condiciones establecidas en el precepto, un derecho de uso y aprovechamiento privado de esas aguas públicas.

Vemos entonces como el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico se adquiere solamente por disposición legal o por concesión administrativa y, frente a la posibilidad otorgada en la Ley de Aguas de 1879, ahora no puede adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo de las aguas⁶⁷.

Por el contrario, los supuestos de extinción de ese uso privativo de las aguas, son: el término del plazo de la concesión, la caducidad de la concesión, la expropiación forzosa y la renuncia expresa del concesionario, cada uno de los cuales nos detendremos posteriormente a explicar.

3. Especial estudio de la concesión administrativa

Como ya hemos mencionado anteriormente, los títulos jurídicos habilitantes para el uso privativo del dominio público hidráulico son, por disposición legal y por concesión administrativa. Sin embargo, la primera de esas figuras, los aprovechamientos ex lege, tienen un carácter excepcional, por lo que cabe afirmar que el sistema normal para alcanzar esa utilización privativa de los bienes integrantes del dominio público hidráulico gira en torno a la concesión administrativa⁶⁸, y será a ésta a la que se preste una especial atención en el presente apartado.

Concepto, características y clases de concesiones

La concesión de aguas públicas se trata de una típica concesión demanial que otorga el derecho al uso privativo de aguas públicas. Se encuentra regulada princi-

⁶⁷ La fórmula de la prescripción adquisitiva había llegado a alcanzar en nuestro país una generalización notoria y, además, ante la mantenida pasividad de una Administración inoperante, se había convertido en una fuente permanente de conflictos y no ayudaba a una racional explotación de los recursos, sino más bien todo lo contrario.

⁶⁸ Así lo reconoce de modo explícito la STC 227/1988, de 29 de noviembre.

palmente en los artículos 59 a 80 y ss del TRLA, en los arts. 93 y ss. del RDPH⁶⁹, en la LPAP y en diferentes leyes sectoriales.

En términos generales, las concesiones demaniales constituyen un derecho real administrativo, contemplado por la legislación hipotecaria⁷⁰, susceptible de ser ejercitado erga omnes, y que consiste en la facultad de aprovechamiento o uso privativo de un bien de dominio público.

De esta suerte, las principales características de esta figura son las siguientes: se trata de un derecho real; la concesión es inscribible en el Registro de la Propiedad y en el Registro de Aguas y, tiene carácter unilateral necesitado de adhesión o colaboración del particular.

En cuanto a las clases de concesiones, la legislación distingue entre concesiones meramente demaniales, de aprovechamientos privativos de aguas públicas, y concesiones que además están vinculadas a un servicio público, como por ejemplo son las destinadas al abastecimiento de las poblaciones. También podemos distinguir entre concesiones de aguas superficiales y subterráneas, y es interesante destacar que éstas últimas presentan ciertas peculiaridades en su tramitación respecto a las primeras. Su principal especialidad sería la exigencia de una autorización previa de investigación para descubrir la existencia de agua subterránea, y una vez descubierta, el interesado deberá formalizar en seis meses la petición de concesión, que se tramitará sin competencia de proyectos⁷¹.

Asimismo, encontramos las conocidas como concesiones en precario que, aunque se tratan de unos títulos marginales, lo cierto es que en determinados extremos son equiparables a las concesiones administrativas, entendidas stricto sensu⁷².

Únicamente en aquellos casos en los que existan caudales reservados o comprendidos en un plan estatal que no sean susceptibles de aprovechamiento inmediato, la Ley permite al Organismo de cuenca el otorgamiento de estas concesiones en

69 Nuevamente hay que traer a colación la STC 227/1998 que ha declarado que muchos preceptos del RDPH son supletorios en las Comunidades Autónomas respecto de las aguas que discurran íntegras en su territorio, sin perjuicio de la aplicación directa de los preceptos del TRLA que algunos de ellos reproducen y que tiene carácter de legislación directamente aplicable en todo el territorio nacional.

70 Arts.107.6 de la Ley Hipotecaria y, 31 y 60 del Reglamento Hipotecario.

71 Vid. 74.3 TRLA.

72 El artículo 55.3 TRLA hace referencia expresamente a las concesiones en precario y, reiterando lo que ya hemos comentado, cita textualmente que pueden existir este tipo de concesiones «*cuando existan caudales reservados o comprendidos en algún plan de Estado que no sean objeto de aprovechamiento inmediato, podrán otorgarse concesiones a precario que no consolidarán derecho alguno ni darán lugar a indemnizaciones si el organismo de cuenca reduce los caudales o revoca las autorizaciones*».

precario⁷³. Será necesaria, por tanto, la existencia de unos caudales que estaban asignados a unos usos concretos, pero que todavía no han empezado a tener lugar y, mientras esto ocurre, la Administración podrá destinarlos provisionalmente a otros destinos.

Hemos de señalar que la revocación de los títulos administrativos otorgados en precario sólo puede hacerse si las aguas concedidas en el plan van a ser efectivamente destinadas a los usos previstos, reservándose aquí la Administración el derecho de revocar la concesión sin necesidad de indemnización⁷⁴.

Otorgamiento de las concesiones

El artículo 79.2 TRLA establece que: «El procedimiento ordinario de otorgamiento de concesiones se ajustará a los principios de publicidad y tramitación en competencia, prefiriéndose, en igualdad de condiciones, aquellos que proyecten la más racional utilización del agua y una mejor protección de su entorno. El principio de competencia podrá eliminarse cuando se trate de abastecimiento de agua a poblaciones.»

Por otro lado, es fundamental para el estudio de las concesiones administrativas el «orden de prelación» a efectos de su otorgamiento, aunque antes de entrar a ver cuál es ese orden en concreto, conviene recordar que toda concesión ha de otorgarse según las previsiones de los Planes Hidrológicos, con carácter temporal y plazo no superior a setenta y cinco años. Su otorgamiento ha de ser discrecional, pero toda resolución será motivada y adoptada en función del interés público y, serán susceptibles de revisión con arreglo a lo establecido en el artículo 65 de la Ley de Aguas.

Centrándonos en el orden de prelación para el otorgamiento de las concesiones⁷⁵, el artículo 60 TRLA afirma que se observará el orden de preferencia que se establezca en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente, teniendo en cuenta las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno.

73 Por ejemplo la resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo de 18 de enero de 1991, otorgó a «Compañía Mediterránea de Energías, SA» la concesión en precario del aprovechamiento hidroeléctrico del Salto de Pic de Presa del Azud de Cherta, sobre el río Ebro, en Cherta (Tarragona).

74 Un sector doctrinal y jurisprudencial importante ha rechazado esta práctica por ser contraria al principio general de la irrevocabilidad de los actos administrativos favorables (Art.33.3 CE).

Para un mayor conocimiento sobre la cuestión, véase Sastre Beceiro, M.: «Sistema concesional de derechos de aguas y su aprovechamiento» en *Derecho de aguas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006.

75 La limitación de los recursos hídricos que ya hemos citado en otros puntos del trabajo es la que impone la necesidad de establecer un orden de preferencia entre los aprovechamientos a los que van destinados estos recursos.

A falta de dicho orden de preferencia regirá con carácter general el siguiente⁷⁶ :

- 1º. Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua, situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal.
- 2º. Regadíos y usos agrarios.
- 3º. Usos industriales para producción de energía eléctrica.
- 4º. Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores.
- 5º. Acuicultura
- 6º. Usos recreativos
- 7º. Navegación y transporte acuático
- 8º. Otros aprovechamientos

En coherencia con esta prelación, el TRLA en su art. 60 dispone que «toda concesión está sujeta a expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general sobre la materia, a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de Cuenca»⁷⁷ y «dentro de cada clase, en caso de incompatibilidad de usos, serán preferidas aquellas de mayor utilidad pública o general, o aquellas que introduzcan mejoras técnicas que redunden en un menor consumo de agua».

Se observa como el art. 60 TRLA enuncia siete supuestos de usos privativos de los recursos cuyo aprovechamiento requiere de concesión administrativa. En el número 8º se incluye una referencia genérica a «otros aprovechamientos», algo totalmente razonable pues es prácticamente imposible realizar un listado exhaustivo de todos los posibles aprovechamientos que siempre resultaría insuficiente o incompleto.

También resulta importante llamar la atención sobre algunos de los tipos de aprovechamientos privativos que se enuncia en ese listado, ya que la acuicultura, los usos recreativos, la navegación y el transporte acuático son supuestos que también se recogen entre los usos comunes, por lo que habrá que entenderlos como privativos cuando juegue el *ius excluendi alios*.

Por otro lado, siguiendo la exposición realizada por Martín Retortillo⁷⁸, hay dos cuestiones en relación con el orden de prelación que sería de interés destacar: en

76 El carácter supletorio de la relación del art.60.3 es evidente, a la vista de la convicción con la que se expresa el apartado 1º del mismo artículo. En este sentido véase González Pérez, J.: *El Plan Hidrológico Nacional*, 1991, pág. 58, en donde mantiene que la alteración en los Planes de Cuenca del orden previsto en la Ley habrá de ser razonada, y sólo podrá darse cuando concurren «circunstancias espacialísimas».

77 La posibilidad de expropiación forzosa de una concesión a favor de otro aprovechamiento que le preceda en el orden de preferencia, se regula también en el apartado 2 del art. 98 RDPH.

78 Martín Retortillo S., *Derecho de Aguas...*, pág. 298.

primer lugar, la prelación que con carácter absoluto se otorga a los abastecimientos de poblaciones y, en segundo término, el silencio que se guarda ante la figura de los aprovechamientos múltiples.

Según el Profesor Martín Retortillo, nadie puede dudar del carácter preferente de la satisfacción de las necesidades que cubren los abastecimientos a poblaciones si bien, considera que se deberían recoger ciertas matizaciones debido a los variados usos que se pueden hacer de las aguas destinadas a abastecimientos a poblaciones.

A fortiori, no se le debe dar un tratamiento igual a todas las aguas destinadas a abastecimientos de poblaciones.

En cuanto a los aprovechamientos múltiples, Martín Retortillo opina que desde que se hizo realidad la escasez de los recursos hidráulicos, esta figura ha sido reiteradamente postulada y, sin embargo, su ordenación jurídica nunca ha terminado de abordarse.

Transmisión de las concesiones

Las concesiones, en la medida que otorgan un derecho que se incorpora en el patrimonio de un particular, son susceptibles de transmisión. La transmisión de los derechos concesionales puede ser temporal o coyuntural.

La transmisión de concesiones temporales se lleva a cabo a través del contrato de cesión de derechos⁷⁹ y fue introducida en nuestro ordenamiento por la modifica-

⁷⁹ Este contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas públicas, se regula en el artículo 343 del RDPH, que establece lo siguiente: «1. Los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas podrán ceder con carácter temporal a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido en el plan hidrológico de la cuenca correspondiente o, en su defecto, en el artículo 60 del texto refundido de la Ley de Aguas, previa autorización administrativa, la totalidad o parte de los derechos de uso que les correspondan, de acuerdo con lo previsto en el artículo 67.1 del texto refundido de la Ley de Aguas. La cesión de derechos al uso privativo del agua se ejercerá, en todo caso, con sujeción a las limitaciones establecidas en la legislación vigente respecto de la utilización del dominio público hidráulico. La cesión de derechos al uso privativo del agua sin la autorización regulada en esta sección será constitutiva de la infracción tipificada en el artículo 116.g en relación con el 67.1, ambos del texto refundido de la Ley de Aguas, sin perjuicio de la caducidad del derecho concesional del cedente; 2. A efectos de lo previsto en el apartado anterior, son concesionarios y titulares de derechos al uso privativo de las aguas, los siguientes: a. Los concesionarios de aguas superficiales y subterráneas y, b. Los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas inscritos en el Registro de Aguas conforme a las disposiciones transitorias segunda y ; 3. No podrán celebrar el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas: Los titulares de concesiones o autorizaciones concedidas a precario ni, los titulares de las autorizaciones especiales a las que se refiere el artículo 59.5, del texto refundido de la Ley de Aguas. Los concesionarios o titulares de derechos de usos privativos de carácter no consuntivo solamente podrán ceder sus derechos para usos que tengan el mismo carácter; 4. Los titulares de dere-

ción a la Ley de Aguas llevada a cabo por la Ley 46/199 para intentar flexibilizar el rígido sistema concesional existente. En palabras de la propia Exposición de motivos de la Ley, para «potenciar la eficiencia en el empleo del agua es necesario la requerida flexibilización del actual régimen concesional a través de la introducción del nuevo contrato de cesión de derechos al uso del agua, que permitirá optimizar los usos de un recurso tan escaso».

El contrato de cesión de derechos de uso del agua está sujeto a una serie de requisitos que básicamente son:

- 1º. La cesión de derechos al uso del agua sólo puede producirse entre concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas, de forma que no se incluyen los usos comunes generales ni los especiales⁸⁰.
- 2º. Se ha de respetar el esquema de prelación en el orden de usos que establece la ley⁸¹ y, los concesionarios o titulares de derechos de usos privativos, de carácter no consuntivo, no podrán ceder sus derechos para usos que no tengan tal consideración.
- 3º. Se exige previa autorización administrativa para la celebración de este contrato, y se entenderán autorizados por silencio positivo en el plazo de un mes cesiones entre miembros de una misma comunidad de usuarios, y dos meses en el resto de los casos.
- 4º. El volumen anual susceptible de cesión no podrá superar el realmente utilizado por el cedente.

chos incluidos en el catálogo de aprovechamientos de aguas privadas no pueden acogerse a lo establecido en este capítulo, salvo que previamente transformen su derecho en una concesión de aguas públicas e insten su inscripción en el Registro de Aguas. En estos casos, dicha solicitud de inscripción deberá constar en el contrato de cesión y en la solicitud de la autorización del contrato requerida por el artículo 346.; 5. Los acuerdos entre usuarios de una misma comunidad constituida con arreglo al artículo 81 del texto refundido de la Ley de Aguas, celebrados para la utilización del agua asignada a cada uno de ellos como miembros de la comunidad concesionaria, se consideran como actos internos, si a ello no se opusieran las ordenanzas y estatutos de la propia comunidad, y no están sujetos a lo establecido en esta sección; 6. En las comunidades de usuarios constituidas con arreglo a los artículos 87 y 88 del texto refundido de la Ley de Aguas, son titulares de derechos cada uno de los usuarios que tenga inscrito su derecho en el Registro de Aguas».

80 Conforme al RDPH son concesionarios y titulares de derechos al uso privativo de aguas: los concesionarios de aguas superficiales y subterráneas y los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas inscritos en el Registro de Aguas conforme a las disposiciones segunda y tercera de la LA.

Por tanto, no pueden celebrar el contrato de cesión de derechos al uso privativo de aguas: los titulares de concesiones concedidas a precario, ni los titulares de autorizaciones especiales a que se refiere el artículo 59.5 de la LA.

81 De esta manera sólo se puede ceder a otro concesionario o titular, el derecho de igual o mayor rango de acuerdo con el orden de preferencia que establece el artículo 60TRLA.

- 5°. El contrato debe ser formalizado por escrito y puesto en conocimiento del Organismo de cuenca y de las comunidades de usuarios a las que pertenezcan tanto el cedente como el cesionario y, el Organismo de cuenca podrá oponerse a la cesión mediante resolución motivada.
- 6°. La cesión lleva consigo una compensación económica que se fijará de mutuo acuerdo entre cedente y cesionario en el contrato. No obstante, reglamentariamente, podrá establecerse el importe máximo de esa compensación.

De otro lado, la transmisión coyuntural responde, por su parte, a circunstancias excepcionales, como pudiera ser el caso de una sequía. Se fundamenta en la constitución de lo que se denominan «centros de intercambio concesional», más conocidos como Bancos de Agua, y que, conforme a la legislación actual, se constituyen, a propuesta del Ministerio de Medio Ambiente, mediante acuerdo del Consejo de Ministros cuando concurren esas especiales circunstancias tipificadas legalmente⁸².

Sólo podrán servirse de estos centros de intercambio y participar de las operaciones que en ellos se realicen, los concesionarios y los titulares de aprovechamientos de uso privativo de las aguas que tengan inscritos sus derechos en el Registro de Aguas o en el Catálogo de aprovechamiento de la cuenca⁸³.

Cada vez son más los autores que reivindican que estos bancos de agua no se deben constituir únicamente ante circunstancias excepcionales, como se hace actualmente⁸⁴, sino que éste debería ser un sistema normal de transmisión de dere-

82 Esta posibilidad viene recogida en el artículo 71 TRLA: «1. En las situaciones reguladas en los artículos 55, 56 y 58 de la presente Ley, y en aquellas otras que reglamentariamente se determinen por concurrir causas análogas, se podrán constituir centros de intercambio de derechos de uso del agua mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Medio Ambiente. En este caso, los Organismos de cuenca quedarán autorizados para realizar ofertas públicas de adquisición de derechos de uso del agua para posteriormente cederlos a otros usuarios mediante el precio que el propio Organismo oferte. La contabilidad y registro de las operaciones que se realicen al amparo de este precepto se llevarán separadamente respecto al resto de actos en que puedan intervenir los Organismos de cuenca. 2. Las Comunidades Autónomas podrán instar a los Organismos de cuenca a realizar las adquisiciones a que se refiere el apartado anterior para atender fines concretos de interés autonómico en el ámbito de sus competencias. 3. Las adquisiciones y enajenaciones del derecho al uso del agua que se realicen conforme a este artículo deberán respetar los principios de publicidad y libre concurrencia y se llevarán a cabo conforme al procedimiento y los criterios de selección que reglamentariamente se determinen».

83 Vid. 354 RDPH.

84 A modo de ejemplo podemos citar la constitución de Centros de intercambio de derecho del uso del agua que el Gobierno autorizó en octubre de 2004, en las Confederaciones Hidrográficas del Segura, el Júcar y el Guadiana.

chos concesionales, para de esa forma atenuar la situación de déficit estructural que padecen determinadas zonas o cuencas hidrográficas⁸⁵.

Por último, como dato a destacar en lo referido al procedimiento que se debe seguir para esta transmisión coyuntural de derechos concesionales, tendríamos la necesidad de que se dé una oferta pública de adquisición de derechos, de conformidad con lo establecido en el art. 355 RDPH.

Modificación de las concesiones

En lo referido a la modificación de las concesiones podemos encontrar dos supuestos: que la modificación se dé por circunstancias excepcionales o por revisión de la concesión.

En cuanto a la primera opción, el tipo de circunstancias que dan lugar a que se produzca la modificación son, por ejemplo, las sequías o la sobreexplotación grave de acuíferos. En estos casos, el Gobierno mediante Decreto acordado por el Consejo de Ministros, una vez oído el Organismo de cuenca, podrá adoptar las medidas que estime necesarias en relación con la utilización del dominio público hidráulico para solventar esas situaciones excepcionales.

Por lo que respecta a la revisión de las concesiones, ésta podrá darse cuando se acredite que el objeto de la concesión puede satisfacerse con una menor dotación o una mejora técnica de la utilización del recurso que contribuya a un ahorro del mismo. Asimismo, las concesiones podrán ser revisadas cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento, en caso de fuerza mayor, a petición del concesionario, y cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos (art. 65 TRLA).

Algunas voces contrarias al mercado del agua creen ver la solución al problema hídrico español en la revisión de las concesiones, en aquellos supuestos en que los caudales sean sobrantes, en vez de acudir a su transmisibilidad a cambio de precio.

Sin embargo, el sistema de revisión de las concesiones presenta ciertos inconvenientes, concretamente, que el expediente de revisión de la concesión lleva consigo un procedimiento burocrático muy lento.

Además, la revisión no fomenta el ahorro ni incentiva a la inversión puesto que el concesionario utilizará la cantidad de agua que quiera sin cuidarse de no despilfarrar, si sabe que le pueden revisar la concesión. Por el contrario, si al concesionario

85 En este sentido, Sastre Beceiro, M.: «Sistema concesional de derechos de aguas y su aprovechamiento» en *Derecho de Aguas*, Instituto Euromediterráneo de Hidrotécnica, Murcia, 2006, pág. 353.

Para profundizar sobre la cuestión véase también Melgarejo Moreno, J. y Molina Giménez, A. (Coord.): *Los mercados del agua. Análisis jurídicos y económicos de los contratos de cesión y bancos de agua*, 2005.

se le permite que el agua sobrante pueda venderla a cambio de un precio, tendrá un incentivo para ahorrar agua y comercializar la sobrante⁸⁶.

Extinción de las concesiones

Cualquiera que sea la causa de la extinción del derecho de concesión, ésta ha de ajustarse a lo indicado en el artículo 53.1 TRLA, según el cual las concesiones pueden extinguirse por el transcurso del plazo, por caducidad, expropiación forzosa o por renuncia expresa del concesionario⁸⁷.

El supuesto de expropiación forzosa ya lo citamos al hilo del análisis que se hizo sobre artículo 60 TRLA referente al orden de preferencia de los usos. En este precepto en el que se afirma que: «toda concesión está sujeta a expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general sobre la materia, a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de cuenca».

El procedimiento que se sigue en este supuesto de extinción de la concesión es el siguiente: una vez acreditado el pago del justiprecio o de su equivalente, se iniciará por el Organismo de cuenca el expediente de extinción del derecho expropiado con la información pública que se indica en el apartado 3º del art.163 del RDPH y, una vez terminada y realizada visita de reconocimiento sobre el terreno con asistencia de los interesados, si aquélla se considera necesaria, el servicio encargado del Organismo de cuenca emitirá informe sobre las condiciones a imponer al expropiante y las servidumbres a respetar por el mismo. Del expediente se da trámite de vista, por un plazo de quince días, al expropiante y los restantes interesados que hayan comparecido y, el Organismo de cuenca resolverá o elevará la propuesta al Ministerio de Medio Ambiente.

El expediente que acabamos de indicar podrá ser tramitado antes del expediente expropiatorio, siempre y cuando así lo solicite el posible beneficiario de la expropiación, y en este caso, el expediente no tendrá más finalidad que determinar, para conocimiento del peticionario, la ejecución de obras, respeto de servidumbres y reposiciones a que quedará obligado si se expropia el derecho de inferior categoría⁸⁸.

86 En este sentido, Sastre Beceiro, M.: ob. cit., pág. 356.

87 Sea cual fuere la forma en que se extinga la concesión, la declaración de extinción requiere siempre la previa audiencia a los titulares (art. 53.2 TRLA).

88 La Sentencia de 19 de diciembre de 2001 cuyo ponente fue el Excmo. Sr. Menéndez Pérez, acoge en su fundamento jurídico segundo doctrina relativa a la expropiación forzosa y al igual que esta sentencia otras como la Sentencia 30 de octubre de 1984 (RJ 1984, 5006) o 15 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1820). Véase González-Varas, S. (Coord.): *Nuevo derecho de aguas*, 2007, pág. 349.

Otra forma de extinción de la concesión es el transcurso del plazo para el cual se otorgó. Se trataría de concesiones que hubieran quedado sometidas a un término concreto, llegado el cual, se produciría la extinción de la misma.

Es importante destacar aquí que los expedientes de extinción del derecho por el transcurso del plazo de la concesión se pueden iniciar dos años antes de expirar su vigencia, tanto de oficio como a instancia de parte (art. 164 RDPH).

También hay que advertir que una vez realizada la información pública en la forma prevista en el apartado 3 del *artículo 163* RDPH, y previa citación del concesionario o interesados, si fueran conocidos su domicilio e identidad, el Organismo de cuenca llevará a cabo una visita de inspección de las obras e instalaciones de la concesión, levantando acta del estado de las mismas y de las manifestaciones de los presentes relativas al objeto del expediente y, a la vista del acta levantada y de los escritos presentados en el trámite de información pública, el servicio encargado del Organismo de cuenca informará sobre las reparaciones necesarias para las obras que deban revertir al Estado, y propondrá la fecha de reversión procedente, de conformidad con las condiciones de la concesión y las modificaciones que hayan podido probarse.

En último lugar, se dará vista del expediente por plazo de quince días al concesionario y a los restantes interesados mediante notificación directa o por medio de edictos, y, previo informe del servicio jurídico, el Organismo de cuenca dictará resolución o elevará la oportuna propuesta al Ministerio de Medio Ambiente.

Por otro lado, las concesiones también se extinguen por la constatación del incumplimiento de las obligaciones del concesionario o de las condiciones de la concesión, mediante declaración de la Administración y previa audiencia del interesado (art. 165 RDPH).

Esta causa extintiva se denomina caducidad (caducidad-sanción) y consiste básicamente en una resolución por incumplimiento de la concesión, acordada unilateralmente por la Administración en virtud del privilegio de autotutela y, naturalmente, no hay derecho a indemnización ya que la revocación de la concesión se debe al incumplimiento de las condiciones de la concesión por parte del concesionario.

Por último, advertir que el titular de un derecho al uso privativo de las aguas podrá renunciar al mismo cuando esta renuncia no se produzca en perjuicio del interés general o de terceros. La renuncia, para causar efectos administrativos tendrá que ser aceptada por la Administración, y esa aceptación podrá dar lugar a la extinción del derecho que poseía el hasta ese momento titular (art. 167 RDPH).

Es importante destacar que la renuncia no se admitirá ni se acordará la extinción del derecho en tanto el titular no haya cumplido las obligaciones que se le impongan o haya afianzado su cumplimiento, en los términos que determine el Organismo de cuenca y, si se tratara de un aprovechamiento con distintos titulares, la renuncia afectará solamente a quienes la hubieran formulado.