

El Proyecto de Ley de Aguas

Por el Académico de Número

Excmo. Sr. D. LAUREANO LÓPEZ RODÓ (*)

El Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 11 de febrero de 1985, ha publicado el Proyecto de nueva Ley de Aguas que vendría a sustituir a la venerable Ley de Aguas de 1879.

Lo primero que se advierte es el fuerte contraste entre el escueto preámbulo de este Proyecto de Ley y la amplia y enjundiosa exposición de motivos de la Ley de Aguas de 1866, que sirve también de fuente interpretativa de la Ley de 1879, toda vez que ésta no fue más que una nueva versión de aquélla. El Proyecto de Ley consta de 112 artículos frente a los 258 de la Ley de 1879.

Del examen del contenido de dicho Proyecto de Ley cabe destacar los siguientes aspectos esenciales:

Ante todo, es preciso poner de relieve que declara *bienes de dominio público estatal* a la totalidad de los recursos hidráulicos. Así lo subraya el preámbulo del Proyecto de Ley al hablar de «la necesidad de que los instrumentos jurídicos regulen, actualizadas, las instituciones necesarias, sobre la base de la imprescindible planificación hidrológica y el reconocimiento, para el recurso, *de una sola calificación jurídica, como bien de dominio público estatal*, a fin de garantizar en todo caso su tratamiento unitario, cualquiera que sea su origen inmediato, superficial o subterráneo».

En consecuencia con lo afirmado en el citado preámbulo, el artículo primero, párrafo 2, del Proyecto de Ley establece que: «*Las aguas continentales superficia-*

(*) Sesión del día 7 de mayo de 1985.

les, así como las subterráneas fluyentes, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.»

El artículo segundo del Proyecto de Ley puntualiza los distintos elementos que integran el referido dominio público hidráulico en los siguientes términos:

«*Constituye el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley:*

- a) *Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas fluyentes,*
- b) *Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.*
- c) *Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos.*
- d) *Los terrenos acuíferos subterráneos.»*

Por último, el artículo tercero declara que: «*Las precipitaciones meteorológicas, como parte integrante del ciclo hidráulico, sólo podrán ser modificadas artificialmente por la Administración del Estado o por aquéllos a quienes ésta autorice.»*

Los preceptos transcritos del Proyecto de Ley representan un giro copernicano respecto del Derecho de Aguas actualmente en vigor. En efecto, según el Proyecto de Ley que se halla en las Cortes en curso de tramitación, todas las aguas son de dominio público, mientras que, según la legislación vigente, buena parte de los recursos hidráulicos son de propiedad privada. Concretamente, en la actualidad, son «*aguas privadas*»:

- a) *Las aguas pluviales* que pertenecen al dueño del predio en que caen mientras discurren por él (artículo 1.º de la Ley de Aguas de 1879 y artículo 408.4 del Código Civil).
- b) *Las aguas de manantiales y arroyos* que nacen en los predios de los particulares, mientras discurren por los mismos predios (artículo 5.º de la Ley de Aguas y artículo 408.1 del Código Civil).
- c) *Las aguas subterráneas que se hallen en predios de dominio privado* (artículo 408.3 del Código Civil) (1).

(1) En cuanto a quién sea el propietario de las aguas subterráneas, la Ley de Aguas de 1879 distingue entre *las alumbradas por medio de pozos ordinarios*, que pertenecen en plena propiedad al dueño del predio en que se hubieren obtenido (artículo 18) y *las alumbradas por medio de pozos artesianos, socavones o galerías*, que pertenecen a perpetuidad al alumbrador, aunque salgan de la finca donde vieron la luz (artículo 22); naturalmente, el alumbrador puede ser el mismo dueño del predio (artículo 23) u otra persona con su licencia (artículo 24).

d) *Los lagos y lagunas* formados por la naturaleza en predios privados (artículo 17 de la Ley de Aguas y 408.2 del Código Civil).

También son de propiedad privada, según la legislación en vigor:

a) Los cauces de corrientes discontinuas formadas por *aguas pluviales* que atraviesan fincas de dominio particular (artículo 29 de la Ley de Aguas).

b) Los álveos de los *arroyos* que atraviesen fincas particulares (artículo 33 de la Ley de Aguas).

c) Los álveos o fondos de los *lagos y lagunas* formados por la naturaleza en predios de dominio privado, que corresponden a los dueños de las fincas colindantes (artículo 38 de la Ley de Aguas y 408.2 del Código Civil).

En cambio, según el Proyecto de Ley, sólo se permite al dueño de una finca «*aprovechar las aguas pluviales* que discurran por ella y las estancadas dentro de sus linderos» (artículo 51.1) y «*utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales* situados en su interior o alumbrar y *aprovechar en él aguas subterráneas*, cuando el volumen total anual no sobrepase los 4.000 m³» (artículo 51.2).

Obsérvese que en uno y otro precepto *no se reconoce* al dueño del predio la *propiedad* de esas aguas, sino sólo su *aprovechamiento*. Es importante esta distinción entre propiedad y aprovechamiento, pues el aprovechamiento de las aguas públicas no las privatiza sino que siguen siendo públicas o de dominio público (2). Las aguas públicas lo son siempre aunque sean susceptibles de aprovechamientos privados. Lo que se adquiere con el aprovechamiento no es la propiedad de las aguas, pues éstas siguen siendo públicas, sino su utilización. En este sentido se expresa la jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, entre ellas las de 29 de septiembre y de 23 de diciembre de 1965 y también el Real Decreto de 29 de junio de 1978 resolutorio de un conflicto jurisdiccional.

De modo que lo que, según la legislación todavía en vigor, era un derecho de propiedad, pasará a ser, de acuerdo con la futura Ley, un simple derecho al aprovechamiento que, además, queda circunscrito a los dos supuestos que contempla el artículo 51 y que tienen mucha menos amplitud que los supuestos antes examinados en que la Ley de 1879 reconoce el derecho a la propiedad privada de las aguas.

En cuanto a los álveos o cauces, el Proyecto de Ley también restringe los supuestos en que tienen carácter privado, pues sólo califica como de dominio privado «los terrenos por los que *ocasionalmente* discurren *aguas pluviales* en tanto atraviesen, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular» (artículo 5.1), es decir, sólo respeta el carácter privado de los cauces a que se refiere el artículo 29

(2) Vid Guaita: *Derecho Administrativo. Aguas, montes, minas*. CIVITAS, Madrid, 1982, página 135.

de la Ley de Aguas de 1879, pero no el de los álveos que los artículos 33 y 38 de esta Ley declaran también privados.

La calificación de la totalidad de los recursos hidráulicos como bienes de dominio público está en discordancia con la legislación de los principales países europeos, entre ellos el Reino Unido, Francia y Alemania, en los cuales se admite la propiedad privada de las aguas.

De la adscripción de las aguas al dominio público estatal se han de seguir funestas consecuencias, especialmente en lo que se refiere a las aguas subterráneas, pues representa la sustitución de un sistema basado en la iniciativa privada y en la libertad de mercado por un sistema estatal y burocrático.

Difícilmente la iniciativa privada proseguirá la costosa e importante labor de alumbramiento de aguas subterráneas —se calcula en medio millón el número de pozos existentes en España— si no puede adquirir la propiedad de las aguas alumbradas. Y no es previsible que la Administración Pública realice un esfuerzo semejante.

Al sustituir el régimen de propiedad privada por el régimen de concesión de aguas subterráneas no es presumible que los particulares sigan realizando a buen ritmo nuevas prospecciones puesto que quienes investiguen la existencia de aguas subterráneas ni siquiera tendrán derecho, si las alumbran, a que se les otorgue la correspondiente concesión, ya que el otorgamiento de las concesiones será discrecional (artículo 56.4 del Proyecto de Ley), a diferencia de lo que ocurre en la Ley de Minas con el titular de un permiso de investigación que, si el resultado de la investigación es positivo, tiene derecho a que se le otorgue la concesión.

Otro cambio importante en el régimen de las aguas, que trataba de introducir el Proyecto de Ley, consiste en que según su artículo 49.2 «en ningún caso podrá obtenerse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico», mientras que según el artículo 409 del Código Civil, el aprovechamiento de las aguas públicas puede adquirirse por prescripción de veinte años.

La cuestión capital que plantea el Proyecto de Ley dimana de la ausencia de un precepto análogo al que contiene el artículo 257 de la Ley de Aguas de 1879, según el cual «todo lo dispuesto en esta Ley es sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad a su publicación...», precepto reiterado en el artículo 424 del Código Civil.

Por el contrario, el Proyecto de Ley que se examina, en sus Disposiciones Transitorias lesiona los derechos adquiridos, como se verá a continuación.

La Disposición transitoria primera impone un plazo máximo de setenta y cinco años a partir de su entrada en vigor, a las concesiones de aguas existentes con ante-

rioridad, lo cual supone para las concesiones más recientes una reducción de veinticuatro años del plazo que actualmente es de noventa y nueve años. Se trata, por consiguiente, de un caso de rescate anticipado de la concesión que debería dar lugar a la correspondiente indemnización en los términos establecidos en el artículo 79 de la Ley de Contratos del Estado. Sin embargo, el Proyecto de Ley de Aguas no prevé ningún tipo de indemnización, con lo cual vulnera el artículo 33.3 de la Constitución, que declara: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública e interés social, *mediante la correspondiente indemnización* y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes.»

Las Disposiciones transitorias segunda y tercera son más sibilinas. Tratan de eludir la indemnización aparentando que no hay privación de un derecho, sino su transformación. En efecto, el apartado 1 de ambas Disposiciones transitorias termina con el siguiente párrafo: «El carácter opcional de la alternativa que se regula en este apartado *excluye cualquier obligación compensatoria de la Administración* en favor de quien la ejercite, *como consecuencia de la transformación del derecho.*»

Pero veamos en qué consiste esta «transformación del derecho». Según el Proyecto de Ley, los titulares de *algún derecho sobre aguas privadas procedentes de manantiales* (Disposición transitoria segunda) o *procedentes de pozos o galerías* (Disposición transitoria tercera) *podrán acreditarlo* ante el Organismo de Cuenca *para su inscripción* en el Registro de Aguas como *aprovechamiento temporal de aguas privadas* durante un *plazo máximo* de cincuenta años. De modo que un derecho de *propiedad* se convierte en un *aprovechamiento temporal* que es cosa totalmente distinta, tanto en la legislación como en la jurisprudencia (Vid. supra núm. 4). No es lo mismo ser propietario de un bien a perpetuidad, que además es transmisible y puede ser objeto de herencia —«Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia», declara el artículo 33.1 de la Constitución—, que ser titular de un aprovechamiento temporal del que sólo se señala el plazo máximo, pero no se garantiza siquiera un plazo mínimo. No cabe equiparar, como hace el Proyecto de Ley, el derecho de propiedad privada de las aguas a un aprovechamiento temporal. No se trata, por tanto, de una transformación del derecho de propiedad sino de su privación a cambio de un simple aprovechamiento temporal de duración incierta, que en modo alguno puede considerarse equivalente a una justa indemnización (3). De donde se sigue que las Disposiciones transitorias segunda y tercera vulneran también el artículo 33.3 de la Constitución, según el cual nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino mediante la correspondiente *indemnización*.

Tampoco es admisible la afirmación que se hace en las citadas Disposiciones transitorias segunda y tercera sobre «el *carácter opcional de la alternativa*» que

(3) Sobre la ineludible exigencia de una justa indemnización en los supuestos de nacionalización se ha pronunciado el Consejo Constitucional francés el 16 de enero de 1982.

regulan. Para que exista una verdadera opción es preciso que quien la ejercite lo haga con plena libertad, sin coacción alguna.

En el supuesto que estamos examinando, la alternativa a la aceptación del aprovechamiento temporal que el Proyecto de Ley ofrece al propietario de aguas privadas consiste en conservar la titularidad de su derecho, *pero sin gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas* (apartado segundo de la Disposición transitoria segunda, aplicable también a la Disposición transitoria tercera), lo cual equivale a decir que la Administración no le garantiza en absoluto el disfrute de su caudal de aguas, que podrá verse afectado, mermado o incluso extinguido por otros aprovechamientos posteriores. Ante esta amenaza de desprotección no cabe hablar del «carácter opcional de la alternativa» ya que el propietario de aguas privadas se verá compelido a aceptar el simple aprovechamiento temporal, con el indudable despojo que ello representa, según se ha demostrado anteriormente (número 11).

La privación de la propiedad de las aguas privadas que trata de llevar a cabo el Proyecto de Ley, pese a la fórmula disimulada de las citadas Disposiciones transitorias, perjudica básicamente a un sinfín de pequeños agricultores cuyas tierras de labor se riegan a base de ese medio millón de pozos que existen en España. Y perjudica también a muchos pequeños municipios que ostentan actualmente la propiedad de las aguas nacidas en sus montes patrimoniales. Privar a los municipios de la propiedad de sus aguas supone una merma de su patrimonio el cual, según el artículo 79.1 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985, «está constituido por el conjunto de bienes, derechos y acciones que les pertenezcan». Esta lesión patrimonial exige la correspondiente indemnización, de acuerdo con el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa.

El Proyecto de Ley regula muy defectuosamente y con clara intencionalidad política los «Organismos de cuenca» (las actuales Confederaciones Hidrográficas). El artículo 24.2 incluye entre los «órganos de gestión» la Asamblea de Usuarios, lo cual implicaría la implantación de un régimen asambleario que agravaría las tensiones que inevitablemente surgen en la administración de las aguas.

De otra parte, según el artículo 29, la Asamblea de Usuarios estaría integrada por todos aquellos usuarios que formen parte de las Juntas de Explotación, pero la Ley no precisa quiénes las integran, pues el artículo 30 dispone que la composición de las Juntas de Explotación se determinará reglamentariamente, con lo cual se deja en manos del Gobierno un tema tan esencial. Esta es una de las varias deslegalizaciones que contiene el Proyecto de Ley al remitir a ulterior regulación reglamentaria temas de gran importancia.

Donde más claramente se advierte el intento de politización de la administración de las aguas es en el artículo 28.1 e), al confiar al Presidente del Organismo de

cuenca «el ejercicio de cualquier otra función que no esté expresamente atribuida a otro Órgano». Esta cláusula residual pone en manos del Presidente —que es nombrado y cesado por el Gobierno, según el artículo 27— la mayor parte de las funciones relativas a la administración de los recursos hidráulicos.

La regulación de las Comunidades de Usuarios contenida en el Proyecto de Ley (artículos 71 a 81, ambos inclusive) merece también serios reparos. El artículo 74.2 acentúa al máximo el sistema asambleario al disponer que «La Junta General, constituida por todos los usuarios de la Comunidad, es el *órgano soberano* de la misma, correspondiéndole todas las facultades no atribuidas específicamente a algún otro órgano.» En este caso, la cláusula residual se otorga en favor de la Junta General o Asamblea. Y, toda vez que, según el artículo 71, los Estatutos u Ordenanzas de las Comunidades de Usuarios han de adaptarse «a los principios constitucionales de representatividad y estructura democrática», podría llegarse al absurdo de otorgar a cada usuario un voto, prescindiendo, por ejemplo en las Comunidades de Regantes, de toda ponderación de la superficie regada por cada uno. Este peligro de igualitarismo sube de punto si se tiene en cuenta que el artículo 72 otorga a las Comunidades de Usuarios el carácter de Corporación, concepto jurídicamente distinto del de comunidad, pues mientras en ésta el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, es proporcional a sus respectivas cuotas (artículo 393 del Código Civil), en las Corporaciones, en cambio, cada uno de sus miembros tiene iguales derechos. (Un ejemplo típico de Corporación son los Colegios Profesionales, cuya estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos conforme al artículo 36 de la Constitución.)

Por último, hay que llamar la atención sobre el régimen uniformista que trata de imponer el Proyecto de Ley a todas las Comunidades de Usuarios, siendo éstas tan diversas entre sí, pues pocas analogías guardará una Comunidad de Regantes con una Comunidad de Usuarios de aguas con destino a fines industriales, con una Comunidad de vertidos de aguas residuales o con una Comunidad de avenamiento para desecación de terrenos pantanosos.

De todo cuanto antecede hay que concluir que el Proyecto de Ley de Aguas adolece de graves defectos de técnica legislativa y es manifiestamente inconstitucional en cuanto implica, en los términos que han quedado expuestos, la nacionalización de aguas de propiedad privada sin la preceptiva indemnización exigida por el artículo 33.3 de la Constitución.

