

EL RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY DE AGUAS Y LOS APROVECHAMIENTOS PREEXISTENTES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Por

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
Doctora en Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA DEMANIALIZACIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS Y LA SUPRESIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN COMO FORMA DE ADQUISICIÓN DEL DERECHO AL USO PRIVATIVO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO.—II. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS USUARIOS QUE SON TITULARES DE DERECHOS SOBRE AGUAS PÚBLICAS CONFORME A LA ANTIGUA LEY DE AGUAS DE 13 DE JUNIO DE 1879: CONTINUIDAD EN SU DISFRUTE: 1. *La legalización de los aprovechamientos adquiridos por prescripción.* 2. *Relación entre concesión y prescripción como títulos habilitantes para la adquisición de derechos sobre aguas públicas.* 3. *Requisitos para la prescripción: las actas de notoriedad.* 4. *La incidencia de los plazos en el procedimiento de legalización.* 5. *Eficacia jurídica del reconocimiento del derecho al uso de aguas públicas por prescripción.*—III. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TITULARES DE DERECHOS SOBRE AGUAS CONSIDERADAS COMO PRIVADAS SEGÚN LA ANTERIOR LEY DE AGUAS DE 1879: REACOMODACIÓN DE DERECHOS: 1. *Requisitos necesarios para la inscripción: condición privada de las aguas.* 2. *La titularidad en el dominio de las aguas y el alcance de la denominada «protección administrativa».* 3. *Extensión del régimen previsto en la Disposición Transitoria Tercera a los alumbamientos de aguas todavía no explotados a la entrada en vigor de la Ley de 1985.* 4. *El estatuto de la propiedad privada de las aguas subterráneas en casos de sobreexplotación grave de acuíferos: finalmente, equiparación con las públicas.* 5. *El cierre del período de inscripción de los aprovechamientos de aguas privadas: la Disposición Transitoria Segunda del Plan Hidrológico Nacional.*

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: LA DEMANIALIZACIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS Y LA SUPRESIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN COMO FORMA DE ADQUISICIÓN DEL DERECHO AL USO PRIVATIVO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

La Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto —cuyas modificaciones posteriores han hecho necesaria la redacción de un texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio—, implicó, entre otros muchos aspectos, profundos cambios en cuanto a las formas de adquisición del derecho al uso privativo de las aguas públicas y, sobre todo, en materia de titularidad de las aguas subterráneas. Ahora bien, a través del establecimiento de un detallado régimen transitorio, el legislador ha intentado hacer compatibles dichos cambios con los derechos adquiridos de los usuarios de las aguas públicas y privadas conforme a la anterior Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, lo cual ha planteado importantes problemas jurídicos y prácticos que han tenido que ser solucionados a través de una copiosa jurisprudencia.

Efectivamente, por una parte, el artículo 50 de la Ley (actual art. 52 del Real Decreto Legislativo 1/2001) prohibió con rotundidad la posibilidad de adquirir mediante prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico al establecer que este derecho sólo puede ser adquirido mediante la correspondiente concesión administrativa o, en su caso, mediante disposición legal. A partir de esta prohibición general se planteó la necesidad de dar una respuesta jurídica a aquellos usuarios que al amparo de la normativa anterior venían utilizando con carácter privativo los caudales de aguas públicas y que, en no pocas ocasiones, no tenían otro título de aprovechamiento que el mero uso de las aguas desde tiempo inmemorial. Siendo consciente de las importantes repercusiones que esta nueva regulación podía tener para estos usuarios, el legislador quiso respetar en cierta medida los derechos adquiridos al amparo del anterior régimen, incluso los adquiridos por la prescripción de veinte años a la que se refería el artículo 409 del Código Civil, otorgándoles la posibilidad de legalizar sus aprovechamientos mediante un acta de notoriedad. Pues bien, con la intención de compatibilizar el nuevo régimen con los derechos adquiridos de estos usuarios, la Disposición Transitoria Primera de la Ley les permite seguir disfrutando de los mismos por un plazo máximo de setenta y cinco años, así como su legalización mediante la correspondiente inscripción del aprovechamiento en el Registro de Aguas.

Por otra parte, la nueva Ley supuso también un cambio radical en materia de titularidad de las aguas al suprimir el derecho de apropiación de las aguas subterráneas alumbradas por medio de pozos artesianos, socavones o galerías que el artículo 23 de la antigua Ley de 1879 reconocía al dueño de cualquier terreno y al proclamar su inclusión en el dominio público hidráulico. Hasta ese momento, efectivamente, las aguas habían recibido un distinto tratamiento jurídico según su condición de aguas superficiales o de aguas subterráneas, de tal forma que sólo las primeras formaban parte del dominio público hidráulico y eran objeto de intervención por parte de los poderes públicos. Las aguas subterráneas alumbradas a través de pozos ordinarios, artesianos, socavones o galerías, por el contrario, estaban expresamente excluidas del demanio público por considerar que pertenecían íntegramente a su alumbrador, quien, como propietario del suelo en el que se producía el alumbramiento, podía disponer de ellas libremente y sin más límites que los expresamente establecidos por la Ley.

El artículo 1.2 de la Ley de Aguas de 1985, sin embargo, puso fin a esta situación al fijar el principio general de que todas las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Esta demanialización de las aguas subterráneas se basa, pues, en la moderna consideración del agua como un recurso unitario que se renueva constantemente a través del ciclo hidrológico, lo que impediría realizar cualquier tipo de distinción entre las aguas superficiales y las aguas subterráneas, toda vez que unas y otras se encuentran íntimamente relacionadas, presentan una identidad de naturaleza y función y, en

su conjunto —y tal como rezaba la Exposición de Motivos de la Ley 29/1985—, deben estar subordinadas al interés general y puestas al servicio de la nación.

La incorporación de las aguas subterráneas al dominio público supone en cierta manera una forma de apropiación por parte de los poderes públicos, así como la aplicación de determinadas técnicas de intervención dirigidas principalmente a regular el uso de dichas aguas y, muy especialmente, su exclusión del tráfico jurídico-privado. Ahora bien, el legislador no quiso que la desaparición del derecho al libre alumbramiento de las aguas subterráneas y la declaración de la nueva naturaleza pública de las mismas afectara necesariamente a los derechos adquiridos al amparo de la legislación anterior, por lo cual las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera adoptan una serie de medidas al respecto que consisten básicamente en conceder al propietario la posibilidad de optar por el mantenimiento indefinido de su propiedad privada sobre dichas aguas —aunque el legislador no especifica muy bien en qué términos— o la mutación de su título de propiedad por la de concesionario.

No obstante, a lo largo de estos dieciséis años de vigencia de la nueva Ley de Aguas, este régimen transitorio ha planteado no pocos problemas jurídicos y de importante consideración que han tenido que ser resueltos por nuestros jueces y tribunales. Por todo ello, a través de estas páginas nos proponemos básicamente hacer un análisis de toda esta rica casuística, así como de las soluciones jurisprudenciales que principalmente los Tribunales de lo Contencioso-administrativo, y en algunas ocasiones los del Orden Civil, han ido proporcionando con ocasión de la interpretación de las mencionadas Disposiciones Transitorias, que, por cierto, han sufrido ciertas modificaciones con la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de reforma de la Ley de Aguas de 1985, y con la Ley 10/2001, de 5 de julio, por la que se aprueba el Plan Hidrológico Nacional.

II. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS USUARIOS QUE SON TITULARES DE DERECHOS SOBRE AGUAS PÚBLICAS CONFORME A LA ANTIGUA LEY DE AGUAS DE 13 DE JUNIO DE 1879: CONTINUIDAD EN SU DISFRUTE

La Disposición Transitoria Primera de la Ley de Aguas de 1985 quiso ser respetuosa con los derechos sobre aguas públicas que los usuarios habían adquirido al amparo de la normativa anterior. Por ello, permite en su apartado primero que los titulares de aprovechamientos de aguas públicas en virtud de una concesión administrativa o prescripción acreditada o de una autorización de ocupación o utilización del dominio público puedan seguir disfrutando de sus derechos, aunque limita temporalmente el disfrute de los mismos a un período de setenta y cinco años, contados a partir de la entrada en vigor de la Ley, esto es, a partir del 1 de enero de 1986, según dispone su Disposición Final Tercera.

Pues bien, si el primer párrafo de esta Disposición permitía la conti-

nuación del uso de las aguas públicas a aquellos usuarios que a la entrada en vigor de la Ley contaran con el correspondiente título legitimador —ya fuera una concesión administrativa, una autorización o una prescripción acreditada—, su segundo párrafo iba más allá al contemplar una medida propiamente transitoria y otorgar un plazo improrrogable para que aquellos usuarios que venían utilizando las aguas públicas desde tiempo inmemorial pudieran legalizar su situación mediante la inscripción de sus aprovechamientos en el correspondiente Registro. Ahora bien, como tal medida temporal y excepcional ya se ha agotado. Es decir, a partir del 1 de enero de 1989, terminado el plazo de tres años concedido por el legislador, ya no existe la posibilidad de acreditar la adquisición de derechos de aguas públicas por su mero uso a través de la figura de la prescripción. De hecho, la nueva redacción de este segundo apartado que aparece en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, ya no contempla esta posibilidad. En su lugar, vuelve a manifestarse la preocupación de los poderes públicos por conocer el uso real de las aguas públicas, al imponer expresamente a dichos titulares la carga de inscribir sus aprovechamientos en el Registro de Aguas para su legalización. Ello exige, naturalmente, que hayan acreditado previamente el derecho a su utilización a través de la presentación del título correspondiente.

Sin embargo, la aplicación del originario párrafo segundo de la Disposición Transitoria Primera planteó numerosos conflictos que han tenido que ser resueltos por los tribunales y que bien merecen que nos detengamos en su análisis. Efectivamente, dicho precepto otorgaba la posibilidad de que aquellos usuarios de aguas públicas que a la entrada en vigor de la Ley no contaran con el correspondiente título administrativo para su utilización pudieran legalizar sus aprovechamientos —también durante un plazo máximo de setenta y cinco años— mediante la inscripción en el Registro de Aguas, siempre y cuando, claro está, acreditaran su uso y disfrute al menos durante veinte años. Para ello concedía un plazo de tres años para la tramitación de este procedimiento de legalización a través de la correspondiente acta de notoriedad.

La primera duda que surge respecto a la interpretación de este segundo párrafo es la de determinar el valor jurídico que el legislador ha querido dar al trámite de la inscripción del aprovechamiento en el Registro de Aguas pues, según se deduce de la lectura literal del precepto, el mismo parece imprescindible para su legalización. Podría pensarse, sin embargo, que el reconocimiento de los derechos adquiridos con anterioridad al régimen de la nueva Ley de Aguas debe ser independiente de que se realice o no la legalización de los mismos mediante su inscripción en el Registro de Aguas, pues una cosa es la existencia del derecho y otra muy distinta su publicidad o garantía mediante la inscripción en un registro. Ahora bien, la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1999, Ar. 7457) ha interpretado que el legislador ha establecido necesariamente la exigencia de la legalización del aprovechamiento como requisito necesario para mantener la titularidad del mismo y poder, por tanto, recla-

mar su reconocimiento y respeto. A esta conclusión se llega tanto por los términos en que se inicia la redacción del segundo párrafo de la Disposición Transitoria Primera como por la circunstancia de no haber incluido el legislador en ésta la opción o alternativa que sí ha recogido en las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley. Por ello, si los usuarios no legalizan los aprovechamientos de que venían disfrutando conforme a la anterior Ley de Aguas de 1879, la Administración puede desconocerlos o incluso oponerse a ellos.

1. *La legalización de los aprovechamientos adquiridos por prescripción*

Las aguas públicas, entonces y ahora, como ha reiterado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras muchas, en su Sentencia de 27 de septiembre de 1996, Ar. 6802), no pueden pasar nunca a ser propiedad privada de los particulares, tal como corresponde a la naturaleza de los bienes demaniales. Ahora bien, sí se permitían aprovechamientos especiales sobre las mismas, que en la Ley de Aguas de 1879 podían tener como base un título jurídico administrativo —la concesión— o un título jurídico civil —la prescripción—. Ambos títulos otorgaban tan sólo un derecho al uso y aprovechamiento excepcional de las aguas públicas sin que hicieran perder su calificación originaria y cuyos límites resultaban, en el primer caso, de los términos de la concesión y, en el segundo, del modo y forma en que se hubieran usado las aguas, tal como disponía el artículo 409 del Código Civil. Ahora bien, el régimen establecido por la actual Ley de Aguas de 1985 varía sustancialmente al disponer que el derecho de uso privativo, sea o no consuntivo, del dominio hidráulico sólo se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa, no pudiendo adquirirse en ningún caso por prescripción.

El problema de fondo se plantea, pues, debido a que el artículo 50.2 de la Ley de Aguas de 1985 (actual art. 52 del Real Decreto Legislativo 1/2001) supone un importante punto de inflexión en esta materia al prohibir radicalmente la prescripción como forma de adquirir derechos sobre las aguas públicas, al disponer que no podrá adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico, estando éste constituido, como es sabido y entre otros bienes que ahora no vienen al caso, por las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación. Sin embargo, eran todavía muchos los usuarios que a la entrada en vigor de la nueva Ley se encontraban haciendo uso de las aguas públicas sin otro título que el mero transcurso del tiempo.

Como es lógico, el legislador de 1985 previó un plazo transitorio con la intención de remediar la situación de aquellos usuarios de aguas públicas que se veían directamente afectados por el nuevo régimen jurídico de adquisición de derechos. Ahora bien, dada la poco afortunada redacción de la Disposición Transitoria Primera, una de las cuestiones que con mayor reiteración se ha planteado ante los Tribunales de lo Contencioso-adminis-

trativo ha sido la relativa al juego de la prescripción. Se trataba, efectivamente, de concretar los términos establecidos por el legislador para permitir al usuario adquirir derechos sobre el uso privativo de las aguas públicas a través de la institución de la denominada prescripción. Quedaba clara que la pretensión del legislador era la de contemplar y, en cierta medida, legalizar la situación jurídica de aquellas personas que conforme a la normativa anterior (arts. 149 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y 409.2 del Código Civil) habían adquirido ya por prescripción algún derecho al uso privativo de las aguas públicas. No obstante, surgía la duda de si ese mismo tratamiento debía darse también a aquellos usuarios que hubieran cumplido el plazo de los veinte años exigidos para la prescripción una vez entrada ya en vigor la nueva Ley de Aguas de 1985, esto es, con posterioridad al 1 de enero de 1986.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras muchas en su Sentencia de 4 de octubre de 1999 (Ar. 7457), ha sido muy estricta al interpretar los plazos relativos a la prescripción. De esta forma, ha considerado que «no cabe computar el lapso de tiempo posterior para completar el que en el régimen anterior era preciso para que operara la prescripción adquisitiva. Dicho de otra forma, en todo caso es necesario que el plazo de veinte años a que hacía referencia el artículo 409.2 del Código Civil hubiera transcurrido en su totalidad cuando se produjo aquella entrada en vigor».

Sobre esa base, continúa diciendo la Sentencia, opera la distinción que se contiene en los dos primeros números de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 29/1985. Por ello mismo, el primer apartado no se refiere al supuesto de una prescripción que ya hubiera quedado consumada por el transcurso del tiempo preciso y que luego, tras aquella entrada en vigor, se acreditara. «Se refiere al supuesto de una prescripción consumada y, esto es lo relevante, acreditada ya al tiempo de la repetida entrada en vigor. Los términos literales del precepto, su naturaleza de norma de derecho transitorio, su inserción lógica en el contexto de una disposición que quiere, en sus dos primeros números, contemplar supuestos diferenciados y distintos, conducen a la interpretación dicha. Para la aplicación de aquel número es por lo tanto precisa la identificación de algún instrumento o medio al que el ordenamiento jurídico atribuya el doble efecto de ser apto para la acreditación de la prescripción y de desplegar esta aptitud o virtualidad ya desde la entrada en vigor de la nueva Ley de Aguas».

Por el contrario, añade el Tribunal, el segundo apartado de esta Disposición «se refiere así al supuesto de una prescripción ya consumada a la entrada en vigor de la Ley 29/1985 pero no acreditada en ese momento; es decir, no acompañada del instrumento o medio al que acaba de hacerse referencia. Para este supuesto, atendida la redacción del precepto, el legislador ha querido: *a*) que los términos en que se hubiera venido disfrutando el aprovechamiento durante veinte años, y con ello el derecho a la utilización del recurso en esos mismos términos, se acrediten por acta de notoriedad, no por otro medio, en el plazo de tres años contados a partir de la entrada en vigor de aquella Ley; y *b*) que a la acreditación así realizada se anude un efecto legalizador, de suerte tal que, en ausencia de ella, la Admi-

nistración deberá tener por no legalizado el aprovechamiento, impidiéndolo en consecuencia».

2. *Relación entre concesión y prescripción como títulos habilitantes para la adquisición de derechos sobre aguas públicas*

Llegados a este punto de la exposición podemos interrogarnos por las relaciones que existen entre la concesión y la prescripción como títulos que permiten al usuario adquirir un derecho al uso privativo del dominio público hidráulico o, formulado en otros términos, si el tiempo en que el usuario disfruta de una concesión administrativa puede computar después a efectos de alegar una futura prescripción adquisitiva.

La respuesta a este interrogante la vamos a encontrar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1996 (Ar. 6802). En este supuesto se trataba de una fuente pública situada en el centro de un pueblo cuyas aguas sobrantes eran utilizadas tradicionalmente para el riego de pequeños huertos próximos al lugar. El Ayuntamiento había acordado el reparto de dichas aguas entre distintos predios, a los que había asignado un determinado número de horas de riego cada tres días, de tal manera que ello había supuesto para el recurrente una disminución de tres de las once horas de riego de sus fincas de las que hasta ese momento venía disfrutando en virtud de una antigua concesión administrativa y que, según el propio recurrente, tenía también derecho por adquisición mediante su uso durante más de veinte años.

El hecho de que la parte recurrente gozara también de la correspondiente concesión administrativa le permite al Ayuntamiento alegar que la concesión y la prescripción resultan difícilmente compatibles, de manera que otorgada y vigente una concesión no puede adquirirse por prescripción un derecho distinto o con contenido distinto del que otorga aquélla, o, en otros términos, mientras se es concesionario de aguas públicas no se puede hacer valer la prescripción por quien es precisamente titular de la concesión.

En el presente caso, el precepto aplicable era el artículo 13 de la Ley de Aguas de 1789, según el cual pertenecían a los pueblos las aguas sobrantes de sus fuentes, pero si hubiesen sido aprovechadas por los dueños de los terrenos inferiores durante el tiempo de veinte años, ya en virtud de concesiones de los Ayuntamientos o ya por su consentimiento tácito, no se podía alterar ni impedir la continuación del aprovechamiento sino por causa de utilidad pública debidamente justificada y previa indemnización de daños y perjuicios. Es decir, había una equiparación entre el título concesional expreso y el consentimiento tácito en la forma de determinación del aprovechamiento que hacía que este título pudiera alterar los términos en que aquél fue otorgado. Por ello dirá el Tribunal que, frente a la tesis expuesta por el Ayuntamiento, nada impedía que una concesión de aprovechamiento de aguas, como resultaba de la legislación entonces vi-

gente, se pudiera modificar durante la vida de aquélla a través de la prescripción.

En estos términos no había incompatibilidad de naturaleza entre la concesión y la prescripción, sino que podía producirse una interferencia entre los títulos concesional y prescriptorio o de prescripción, como resultaba del artículo 411 del Código Civil, que posibilitaba que una concesión caducase por el no uso durante veinte años. Y esta interferencia viene siendo reconocida desde antiguo por la jurisprudencia contencioso-administrativa al contemplar los artículos 13 y 149 de la Ley de Aguas de 1879 y sentar el principio de que «habiendo usado un concesionario durante más de veinte años las aguas sobrantes en una determinada forma, sin tener oposición de la autoridad o de terceros, es evidente que, además del derecho fundado en la concesión, concurre el no menos legítimo del de la prescripción, al amparo del Código Civil y de la citada Ley de Aguas, no pudiendo perturbársele, ni mucho menos ser privado de la continuación del aprovechamiento en la forma en que lo venía siendo si no es por utilidad pública y previa indemnización».

3. *Requisitos para la prescripción: las actas de notoriedad*

Los requisitos para acreditar la prescripción adquisitiva del aprovechamiento contemplada en el artículo 149 de la anterior Ley de Aguas son, según especifica la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1996 (Ar. 6802), «el transcurso del tiempo de veinte años sin oposición de la autoridad o de tercero; la utilización con ánimo de transformarse en titular de un aprovechamiento hidráulico, no propiamente en concepto de dueño de un bien que es demanial, sino como usuario que independiente de la concesión y fuera de ella, aspira a prescribir; y el disfrute público y pacífico del agua».

El cumplimiento de todos estos requisitos se acredita, según dispone la Disposición Transitoria Primera, a través de las denominadas actas de notoriedad, que pasan a convertirse en un elemento imprescindible para la legalización de los aprovechamientos. El acta de notoriedad, efectivamente, sustituye los expedientes posesorios y sirve para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos de aguas públicas adquiridos por prescripción antes de la vigente Ley de Aguas de 1985. En este extremo se incide, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1999 (Ar. 3299), en la que vuelve a insistir en que en dicha Disposición «lo que se permite es la legalización de los aprovechamientos de aguas definidas como públicas según la legislación anterior, en los mismos términos en que se hubieran venido disfrutando durante veinte años, siempre que tales términos, o características del aprovechamiento, y plazo mínimo de su disfrute, resulten acreditados por medio, y precisamente por él, de acta de notoriedad otorgada de conformidad con los requisitos de la legislación notarial e hipotecaria».

El protagonismo que adquieren las actas de notoriedad como instrumento necesario para la legalización no significa, no obstante, que estos extremos no puedan ser acreditados a través de otros instrumentos y, más en concreto, a través de la correspondiente sentencia judicial. Esta falta de exclusividad se ve reflejada, por ejemplo, en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1993 (Ar. 6749) (1), en la cual se establece que la falta de acreditación del aprovechamiento hidráulico por acta de notoriedad no impide su reconocimiento por sentencia judicial. En ella estableció el Tribunal que «el acta de notoriedad estimatoria de la prescripción será título suficiente, pero impugnabile en juicio declarativo, del propio modo que el acta de notoriedad terminada sin acreditación del derecho también queda bajo control jurisdiccional a instancia de quien se crea perjudicado. Como sucede con todos los actos de jurisdicción voluntaria. Y naturalmente en juicio declarativo se puede declarar la prescripción consolidada bajo ley anterior sin que ello signifique que se ha incumplido con lo dispuesto en la transitoria ni que se haya conculcado el artículo 65 del Reglamento Hipotecario, que no tiene carácter sustantivo. El derecho que protege la transitoria puede hacerse valer por acta de notoriedad o por sentencia frente a quien discuta la decisión del acta». Se trata, como puede apreciarse, de una manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución.

Lo cierto y verdad es que el único instrumento que contempla la Transitoria Primera para la legalización de los aprovechamientos es el acta de notoriedad. Dichas actas tienen por objeto, según especifica la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1998 (Ar. 6906), «la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales pueden ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica. Por ello, «dichas actas no requieren unidad de acto ni de contexto y se incorporarán al protocolo en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su terminación», correspondiendo a la persona que demuestre interés en el hecho cuya notoriedad se pretende establecer requerir al notario para la correspondiente instrucción del acta, tal como disponen los artículos 209 y 210 del Reglamento Notarial.

Por otra parte, y respecto a la incidencia que las actas de notoriedad pueden tener en el reconocimiento del derecho al uso de las aguas públicas por prescripción, es preciso señalar que su presentación durante la tramitación del expediente de legalización es considerada como un requisito formal del procedimiento. Así se deduce, entre otras, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999 (Ar. 5014). En este caso, se trataba de una solicitud de inscripción en el Registro de Aguas de un aprovechamiento en Guadalajara al amparo de la citada Disposición Transitoria que había sido denegada por la Confederación Hidrográfica del Tajo por no haber sido presentada el acta de notoriedad dentro del plazo legalmente previsto. Al respecto, dirá el Tribunal que «no se pone en duda que el plazo del

(1) En términos similares se pronuncia también la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1996 (Ar. 6802).

que estamos hablando es un plazo de caducidad y no de prescripción; y que, por lo tanto, su transcurso es inexorable (preclusivo), sin permitir ninguna interrupción que no coincida con su propio agotamiento, mediante el ejercicio válido del derecho dentro de plazo. Lo que se discute realmente, en el caso de autos, no es tanto la interrupción, o más propiamente la suspensión del plazo, cuanto la validez y eficacia del ejercicio del derecho, a falta de un requisito formal (la presentación material del acta de notoriedad), estando acreditado que tal incumplimiento formal no ha sido debido a una negligencia del interesado, sino por el contrario a un mal funcionamiento de un servicio público; y ha sido además subsanado a posteriori». Por todo ello, el Tribunal condenará finalmente a la Confederación a tramitar la solicitud de legalización del aprovechamiento planteada por el recurrente.

4. *La incidencia de los plazos en el procedimiento de legalización*

Otro de los aspectos más problemáticos de la Disposición Transitoria Primera es el relativo al procedimiento y a la naturaleza del plazo de tres años al que hace referencia el apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera. En concreto, prescribe el legislador que para legalizar el aprovechamiento de las aguas calificadas como públicas según la anterior normativa, los usuarios deberán acreditar mediante la correspondiente acta de notoriedad el derecho a la utilización del recurso en los mismos términos en que se hubiera venido disfrutando el aprovechamiento durante veinte años. Para ello, el régimen transitorio concede un plazo de tres años, a contar desde la entrada en vigor de la Ley, para tramitar el procedimiento y realizar la correspondiente inscripción en el Registro de Aguas. A tenor de lo dispuesto en la Disposición Final Tercera, este procedimiento caducó el 1 de enero de 1989.

A partir de ahí han sido muy numerosas las dudas planteadas. Una de las cuestiones más básicas sobre la que se han pronunciado los tribunales ha sido precisamente la de determinar qué tipo de actos tienen la capacidad para iniciar este procedimiento, sobre todo cuando, como en el presente caso, hay varias partes involucradas y son varios los escritos que se presentan ante la Administración hidráulica. La cuestión ha sido aclarada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1995 (Ar. 3858). En este caso, una empresa había presentado el 22 de diciembre de 1988 un escrito ante la Confederación Hidrográfica del Norte en el que manifestaba ser arrendataria de un aprovechamiento hidroeléctrico y solicitaba autorización para realizar las obras necesarias para ponerlo en explotación. Unos días después, en concreto el 2 de febrero de 1989, la empresa arrendadora presentó otro escrito ante la Confederación subrogándose en la petición formulada por la empresa arrendataria. Ante estos hechos, la parte recurrente alegaba que el procedimiento se había iniciado con el escrito presentado por la empresa arrendadora, que era la legitimada, y, por tanto,

el día 2 de febrero de 1989, por lo que la petición formulada lo había sido fuera del plazo previsto en la Disposición Transitoria Primera.

Pues bien, a partir de todos estos hechos, se interroga el Tribunal sobre cuál es el acto inicial del procedimiento. Dado que la legislación aplicable dispone que el procedimiento puede iniciarse de oficio o a instancia de parte, «es evidente que lo que determina la iniciación del procedimiento es un acto administrativo, un acto de la Administración; pero cuando se trata de procedimientos en los que se solicita, como en el caso que nos ocupa, una autorización, la petición de permiso interesada es la que tiene fuerza para la iniciación del procedimiento». Presentada, pues, la solicitud por persona interesada ha de entenderse iniciado el procedimiento y, en el caso concreto, el primer escrito presentado por la empresa hidroeléctrica arrendataria ha de considerarse como acto iniciador del procedimiento previsto en la mencionada Disposición, considerándose el escrito presentado con posterioridad por la empresa arrendadora como un mero acto complementario a los efectos del expediente, pero que no merma la virtualidad del primer escrito.

Otra de las cuestiones más conflictivas planteadas ante los tribunales ha sido la de determinar la naturaleza jurídica de dicho plazo y el modo en que el mismo ha de ser computado. De hecho, en la jurisprudencia analizada es muy frecuente que el recurrente presente la solicitud de legalización del aprovechamiento ante la Confederación correspondiente dentro del plazo de los tres años pero sin presentar el acta de notoriedad, planteándose la duda de si para el cumplimiento de dicho plazo basta con que el usuario solicite el inicio de la tramitación del procedimiento o, por el contrario, se requiere la obtención de una resolución final dentro del mismo. Pues bien, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1999 (Ar. 7457) han quedado despejadas todas estas dudas y recogidas las pautas básicas de interpretación de todo lo relativo a los plazos. En este caso concreto, el recurrente había presentado su solicitud de legalización con fecha de 30 de diciembre de 1988; por tanto, dentro del plazo de los tres años al que se refería la Disposición Transitoria Primera. Ahora bien, hasta el día 31 de ese mismo año no solicitó ante el notario la instrucción de la correspondiente acta de notoriedad al efecto de que quedara comprobado y fijado como hecho notorio la realidad de aquel aprovechamiento «desde tiempo inmemorial, hace más de veinte años». Por ello, el notario, al tiempo de aceptar el requerimiento, ya advirtió al usuario de que «es evidente, dada la fecha de este requerimiento, que la terminación de la presente acta ha de ser en fecha muy posterior al 31 de diciembre de 1988, lo que se hace constar a efectos de lo establecido en la vigente Ley de Aguas». El acta de notoriedad quedó finalmente terminada, con declaración del hecho como notorio, el día 29 de junio de 1989, fuera, por tanto, del plazo concedido por el legislador, por lo que la Confederación Hidrográfica correspondiente no admitió a trámite la solicitud del recurrente.

Al respecto ha establecido el Tribunal Supremo que el plazo de tres años se fija en el precepto para la acreditación, y no meramente para que dentro de él se inicien los trámites que sean precisos o se deduzca la solicitud sin ir acompañada de aquélla. En este sentido, prosigue el Tribunal,

«no es irrelevante destacar la prudencia con que el plazo ha sido fijado, pues a su extensión, suficiente en sí misma para cumplimentar los trámites de instrucción y terminación del acta de notoriedad y de deducción de la solicitud de legalización, se unen los casi cinco meses de *vacatio legis*, transcurridos desde la publicación de la Ley 29/1985 en el "BOE" (8 de agosto) hasta su entrada en vigor». Asimismo, «dicho plazo lo es de caducidad [Sentencia de 20 de julio de 1998 (Ar. 6906)] y, como tal, no es susceptible de interrupción; regla general ésta que, sin embargo, admite excepciones, como ocurre cuando, no obstante haberse utilizado dentro del plazo las facultades o poderes jurídicos pertinentes, se da una situación de fuerza mayor o cualquier otra causa independiente de la voluntad de los interesados». Todo ello le permitirá al Tribunal desestimar el recurso presentado por el usuario recurrente, toda vez que no cumplió la carga de la acreditación de su aprovechamiento dentro del plazo de caducidad de tres años, ni concurría en el supuesto, o cuando menos ni se alega ni prueba, alguna de las circunstancias que permiten la interrupción de dicho plazo, por lo que no siendo legalizable el aprovechamiento, le es lícito a la Administración desconocerlo y oponerse a él.

En otras ocasiones el Tribunal ha sido bastante más flexible a la hora de interpretar estas excepciones a la regla general de la caducidad del plazo, tal como ocurre, por ejemplo, en su Sentencia de 20 de julio de 1998 (Ar. 6906). En este caso, la Confederación Hidrográfica del Tajo había desestimado la solicitud de inscripción de un aprovechamiento de aguas públicas tomadas del Arroyo Regatillo (Guadalajara) por no haber sido presentada el acta de notoriedad en el plazo de los tres años establecidos en la mencionada Disposición Transitoria. Al respecto dirá el Tribunal que «la doctrina científica y la jurisprudencia afirman como regla general la no interrupción de los plazos de caducidad. Sin embargo, admiten algunas excepciones, como cuando se da una situación de fuerza mayor o cualquier otra causa independiente de la voluntad de los interesados, siempre que el procedimiento se haya iniciado dentro de plazo». También se desprende de la jurisprudencia de este Tribunal que «el titular de la acción ha de ejercitarla dentro del plazo prefijado, pues si deja que éste transcurra sin haber utilizado las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de la situación jurídica, se produce la decadencia del derecho por exigencia de la seguridad jurídica». A partir de ahí, entiende la Sala que tal jurisprudencia es aplicable al caso concreto, ya que una objetiva valoración de todos los hechos demuestra que el transcurso del plazo de caducidad se había producido por causas ajenas al interesado toda vez que éste había requerido al notario para la instrucción del acta el 19 de julio de 1988, dentro, pues, del plazo previsto. Sin embargo, a partir de esa fecha y por causas imputables exclusivamente a un defectuoso funcionamiento del servicio notarial (el notario titular disfrutaba de una licencia y actuaba como sustituto el notario de otra localidad vecina) se produjo una interrupción del procedimiento durante varios meses, de tal forma que el acta no estuvo terminada hasta bien entrado el año 1989 y fuera, por tanto, del plazo de los tres años previstos por la Ley. Por todo

ello, el Tribunal ordenará a la Confederación Hidrográfica admitir a trámite la solicitud planteada por el recurrente, pues «en caso de llegar a una solución distinta padecería desde luego el valor justicia, sin que ello encontrara justificación en la invocación de los intereses generales que fundamentan la institución de la caducidad, pues las comprobaciones practicadas durante la tramitación del acta de notoriedad antes de que ésta estuviera concluida y antes también de que los tres años del plazo de caducidad transcurrieran ya revelaban la realidad del pacífico aprovechamiento de aguas públicas durante veinte años» (2).

5. *Eficacia jurídica del reconocimiento del derecho al uso de las aguas públicas por prescripción*

Una vez presentada el acta de notoriedad ante la Administración hidráulica competente y tramitado el procedimiento al que se refiere el segundo párrafo de la Disposición Transitoria Primera, concluye el procedimiento de legalización del aprovechamiento hidráulico y su usuario pasa a disfrutar de la plena cobertura jurídica que le otorga el reconocimiento de su derecho. Ello significa que, a partir de ese momento, el usuario puede oponer su derecho adquirido por prescripción frente a cualquier otra persona o, mejor dicho, frente a cualquier tipo de actuación que pueda suponer un desconocimiento de sus aprovechamientos hidráulicos. Buena prueba de hasta dónde llega este grado de protección nos la ofrece la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1998 (Ar. 7328). En este caso concreto, un Ayuntamiento había realizado una serie de obras en el manantial de una fuente, de tal forma que ello había supuesto una disminución considerable del caudal de aguas que venía disfrutando una Comunidad de Regantes y Usuarios. Ante esta situación, y en defensa de la citada Comunidad, dirá el Tribunal que «los aprovechamientos, de carácter exclusivo, no obstante la naturaleza de “públicas” de las aguas en cuestión, confieren a su titular un derecho semejante a los reales, que debe ser protegido y tutelado como éstos, con sujeción a las limitaciones temporales y otras de signo administrativo que enmarque su ámbito legítimo de utilización. En particular, el régimen transitorio de la Ley de Aguas 29/1985, pese a la regla general que impide que pueda adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico, admite la continuidad en el disfrute de sus derechos de quienes fueran titulares de aprovechamientos de aguas públicas, por prescripción acreditada, con anterioridad a la vigencia de la Ley».

Los efectos jurídicos que conlleva esta legalización se extienden incluso a los supuestos en los que se produce una incompatibilidad de aprovechamientos, otorgando a su titular un derecho preferente o preeminente respecto a otros posibles usos del agua, incluso aunque estos últimos tengan

(2) A la misma solución llegan las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1998 (Ar. 8526), de 29 de abril (Ar. 5184), de 31 de mayo (Ar. 5014), de 24 de junio (Ar. 5486) y de 8 de julio (Ar. 6188) de 1999.

preferencia según el orden de prelación dispuesto en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. Recordemos que dicho precepto prescribe que en todo caso, y con independencia del orden de usos de las aguas que los Planes Hidrológicos de cuenca puedan establecer, ha de quedar garantizado el abastecimiento a la 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.

Así al menos lo ha entendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de mayo de 1997 (Ar. 4379) (3). En este caso, la parte recurrente era un Ayuntamiento que pretendía la concesión de un determinado caudal de aguas de un río con la finalidad de abastecer a la población. Sin embargo, el organismo de cuenca correspondiente había denegado su solicitud debido a la existencia de un derecho anterior al aprovechamiento de las aguas del que era titular una Comunidad de Regantes y que resultaba incompatible con aquél. El Ayuntamiento decidió recurrir la resolución denegatoria por estimar, entre otros motivos, que la resolución suponía una violación del principio de preferencia del abastecimiento de agua potable a poblaciones sobre cualquier otra utilización.

Ante estos hechos, entiende el Tribunal que la inscripción a favor de la Comunidad de Regantes del derecho al aprovechamiento de aguas públicas ganado por prescripción, en virtud del artículo 149 de la Ley de Aguas de 1879 y el párrafo segundo de la Disposición Transitoria Primera, sitúa el comienzo del disfrute de tales aguas en unas fechas muy anteriores a aquellas en las que el Ayuntamiento solicitó la concesión. Por otra parte, «aunque el aprovechamiento para abastecimiento de población es preferente al de regadíos y usos agrarios, tal prioridad juega cuando se confrontan peticiones contemporáneas». Sin embargo, no era éste el caso, ya que cuando el Ayuntamiento solicitó la concesión, la Comunidad de Regantes llevaba cerca de veinte años disfrutando del recurso. En presencia de tales circunstancias, y dada la incompatibilidad de aprovechamientos, desestima el Tribunal las pretensiones del Ayuntamiento recurrente, indicándole, eso sí, la posibilidad de iniciar un expediente expropiatorio de dicho aprovechamiento, tal como prevé el artículo 60.2 del Real Decreto Legislativo 1/2001 al disponer que toda concesión está sujeta a expropiación forzosa a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden de prelación de los usos del agua establecido en el correspondiente Plan Hidrológico de cuenca.

III. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS TITULARES DE DERECHOS SOBRE AGUAS CONSIDERADAS COMO PRIVADAS SEGÚN LA ANTERIOR LEY DE AGUAS DE 1879: REACOMODACIÓN DE DERECHOS

La nueva Ley supuso un punto de inflexión importantísimo en materia de titularidad de las aguas al declarar la demanialización de todas las

(3) En un sentido similar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1997 (Ar. 8127).

aguas subterráneas y al someter el alumbramiento de estas aguas al régimen administrativo de autorizaciones y concesiones previstas en la propia Ley y en su Reglamento de desarrollo. Ello planteó el nada fácil problema de cómo actuar con aquellos usuarios que, conforme a la normativa anterior, se habían convertido legalmente en titulares de un derecho de propiedad sobre las mismas. Pues bien, ante esta situación, el legislador, a través de sus Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera, concedió a estos propietarios la opción de mantener su propiedad a perpetuidad y en los mismos términos en los que hasta ese momento se venían utilizando o, por el contrario, transformar su propiedad en un aprovechamiento temporal de aguas privadas durante un plazo improrrogable de cincuenta años que, a su término, les concedería un derecho preferente para la obtención de una concesión administrativa sobre dichas aguas. Esta opción, que no obstante debía ser ejercitada en el plazo improrrogable de tres años, excluía cualquier tipo de obligación compensatoria para la Administración hacia quien la ejercitara como consecuencia de la transformación de su derecho (4).

La redacción de estas Disposiciones fue enormemente polémica ya que, en última instancia, al conceder este derecho de opción parecía estar haciendo depender la naturaleza pública o privada de las aguas de la mera voluntad de su titular. Asimismo, las limitaciones y prohibiciones que se imponían en el caso de que el titular de dichas aguas optara por conservar la propiedad privada eran de tal entidad que parecían forzar a los titulares de las aguas subterráneas a renunciar, sin indemnización, a su propiedad y a convertirse en concesionarios de un mero bien demanial. Sin embargo, el Tribunal Constitucional disipó las dudas sobre la constitucionalidad de estas medidas a través de su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre (Fundamentos Jurídicos 7, 8 y 12). En ella, efectivamente, señalaba que «la demanialización de las aguas subterráneas se ha producido en virtud de la Ley estatal de Aguas de 1985, sin que tal incorporación al dominio público sea incompatible con el respeto de los derechos de naturaleza privada preexistentes en los términos que la propia Ley establece. No hay, por tanto, contradicción entre esa demanialización y el mantenimiento de los derechos preexistentes, sino una reacomodación de esos derechos al nuevo régimen jurídico establecido. Reacomodación que se articula sobre la base de la opción que se da a sus titulares para inscribir el aprovechamiento en el correspondiente Registro administrativo, transformándose el título originario en una concesión administrativa; o para no inscribir, manteniendo en este caso el derecho en los mismos términos que regían antes de la aprobación de la Ley». En la opción prevista en dicho régimen se podía

(4) Los datos del ejercicio de este derecho de opción ya se conocen. Según apunta José Luis MOREU, *Los problemas de la legislación sobre aguas subterráneas en España: posibles soluciones*, en «Papeles del Proyecto Aguas Subterráneas, Aspectos Jurídicos de las Aguas Subterráneas», Serie D, núm. 1, pág. 23, entre el 10 y el 20 por ciento de propietarios de pozos se han inscrito en el Registro de Aguas y, en consecuencia, perderán su propiedad privada dentro de cincuenta años (durante los años 2036 y 2038). Correlativamente, el 80 por ciento de propietarios de estas aguas no han inscrito sus aprovechamientos y, por tanto, conservarán indefinidamente la propiedad privada de las aguas subterráneas alumbradas.

apreciar el claro esfuerzo realizado por el legislador para compatibilizar las consecuencias dimanantes de la demanialización de las aguas con el reconocimiento y respeto hacia la voluntaria conservación de los derechos privados preexistentes.

Por otra parte, esta reacomodación de los antiguos derechos de los propietarios de aguas subterráneas al nuevo régimen no fue considerada en modo alguno como una expropiación y, en consecuencia, tampoco daba derecho a ningún tipo de indemnización ni generaba la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, dirá el Tribunal en su Fundamento Jurídico 8 que «no cabe admitir la vulneración de los arts. 33.3 y 106.2 de la Constitución por no preverse indemnización alguna a los propietarios de aprovechamientos de aguas privadas, cualquiera que sea la alternativa u opción por la que se decidan, ya que, de una parte, la transformación del derecho originario en una concesión administrativa como consecuencia de la inscripción del aprovechamiento en el correspondiente Registro queda, en todo caso, en el ámbito de la plena disponibilidad del titular de aquél, pudiendo optar, no obstante, por mantener su derecho. Alternativa ésta que, junto a la limitación ya analizada que dispone la disposición transitoria cuarta 3.º 2, conlleva también el no acceso a la protección administrativa dimanante de la inscripción en el Registro de Aguas, lo cual resulta, por lo demás, enteramente razonable, al no haber hecho alguno que justifique, ni mucho menos exija, que la Administración deba suministrar una protección específica a derechos que no han sido acreditados ante ella misma y que, en última instancia, afectan a bienes ajenos a su titularidad». Ahora bien, como veremos más adelante, una cosa es que la Administración no brinde a estos usuarios una protección específica de su titularidad o de sus aprovechamientos hidráulicos y otra muy distinta es que esa falta de protección administrativa se acabe traduciendo finalmente en un claro desconocimiento o anulación de dicho derecho, tal como ha interpretado hasta ahora la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

También fueron puestas en duda las limitaciones que prevían dichos preceptos al establecer que el incremento de los caudales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerían la oportuna concesión administrativa. A partir de ahí se deducía que la realización de cualquier tipo de obras, aunque éstas fueran necesarias para mantener el mismo grado de aprovechamiento del que hasta entonces se venía beneficiando el titular, requerían la previa obtención de una concesión, en la medida en que las mismas incidían también en las propias condiciones o régimen del aprovechamiento, lo que se traducía, en definitiva, en una expropiación de parte del contenido del derecho de propiedad (Fundamento Jurídico 14 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1990, sobre la Ley de Aguas de Canarias). Al respecto dirá el Tribunal que «esta congelación del sustrato material de los derechos consolidados con anterioridad no implica en modo alguno una expropiación parcial de los mismos, pues con ello sólo quedan eliminadas las simples expectativas de caudales superiores que eventualmente podían obtenerse», de manera que «desde el momento en que todas las aguas superficiales y subte-

rráneas renovables se transforman *ex lege* en aguas de dominio público, es lícito que, aun partiendo del estricto respeto a los derechos ya existentes, los incrementos sobre los caudales apropiados sólo puedan obtenerse mediante concesión administrativa».

Transcurridos más de dieciséis años desde la entrada en vigor de la Ley de Aguas, puede decirse que todavía no se han visto cumplidos los deseos del legislador de 1985 de conseguir un alto grado de seguridad jurídica en esta materia a través del conocimiento real de los aprovechamientos sobre las aguas privadas. Por ello, una de las muchas cuestiones que aún quedaban pendientes era la relativa al registro de los datos y actualización de los derechos subjetivos de los usuarios de estas aguas mediante su inscripción en los Catálogos de Aguas privadas de las respectivas Confederaciones Hidrográficas. Esta importante tarea de actualización del inventario de todos los aprovechamientos existentes con la finalidad de conocer las características reales de los mismos y su situación administrativa —que ya se apuntaba en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley— ha vuelto a ser retomada por el legislador en la Disposición Transitoria Segunda del Plan Hidrológico Nacional (Ley 10/2001, de 5 de julio). Sin embargo, es previsible que las medidas contempladas en dicha Disposición generen numerosos problemas, toda vez que una vez cerrado el plazo improrrogable de los tres meses previstos para el cierre de dichos catálogos, la Administración ya no reconocerá ningún otro aprovechamiento privado. Pero de ello nos ocuparemos más adelante.

1. *Requisitos necesarios para la inscripción: condición privada de las aguas*

La Disposición Transitoria Segunda sólo resulta aplicable a las aguas que, conforme a la legislación de 1879, tenían la condición de aguas privadas. Ahora bien, en ocasiones no resulta nada claro determinar si las aguas procedentes de manantiales tienen la consideración de privadas o públicas, extremo éste que es aclarado en la siguiente sentencia. Efectivamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2000 (Ar. 3851) se trataba de determinar como requisito previo para la inscripción a la que se refiere esta Transitoria si las aguas pertenecían al dueño del predio en que nacían o eran, por el contrario, de titularidad pública. Se daba la circunstancia de que las mismas nacían en una finca propiedad del recurrente y desde allí eran conducidas por tuberías subterráneas hasta su domicilio, después de atravesar otras dos fincas, también de su propiedad, así como una porción de un camino público. La Confederación Hidrográfica del Norte había desestimado la solicitud de inscripción de dichas aguas en virtud de la mencionada Transitoria por considerarlas como «aguas sobrantes», y por tanto públicas, desde el momento mismo en que traspasan los linderos de la finca en que nacen, y ello aunque vayan conducidas a través de un acueducto subterráneo hasta otra finca próxima del mismo propietario, que allí las consumía. El Tribunal Supe-

rior de Justicia de Asturias, sin embargo, estimó que eran aguas privadas y ordenó su inscripción en el Registro, lo que motivó la interposición de un recurso de casación por parte del Abogado del Estado que finalmente fue estimado por el Tribunal Supremo, aunque el fallo contó con un interesante Voto Particular.

El Tribunal parte del análisis de la Disposición Transitoria Segunda, en la medida en que ésta sólo respeta durante cincuenta años el derecho de quienes fueran titulares de aguas privadas procedentes de manantiales que vinieran utilizándose en todo o en parte. Para la determinación de la titularidad, la Sala realiza un análisis de los artículos 5 y 9 de la Ley de Aguas de 1879. A tenor de dichos preceptos, las aguas que nacen en los predios de los particulares, continua o discontinuamente, pertenecen al dueño respectivo para su uso o aprovechamiento, mientras discurren por los mismos predios. En cuanto las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron ya son públicas. Asimismo, disponen que las aguas no aprovechadas por el dueño del predio donde nacen, así como las que sobrasen de sus aprovechamientos, saldrán del predio por el mismo punto de su cauce natural y acostumbrado, sin que puedan ser en manera alguna desviadas del curso por donde primitivamente se alejaban. Acontece, pues, que la noción de aprovechamiento se convierte en esencial para determinar la procedencia o no de la inscripción. Por su parte, el artículo 412 del Código Civil reitera básicamente los anteriores preceptos en los siguientes términos: «el dueño de un predio en que nace un manantial o arroyo, continuo o discontinuo, puede aprovechar sus aguas mientras discurren por él; pero las sobrantes entran en la condición de públicas y su aprovechamiento se rige por la Ley especial de Aguas».

En el caso de autos estima el Tribunal que si bien las aguas nacen en una finca propiedad privada, no son aprovechadas ni consumidas por su dueño dentro de la misma finca en que nacen, sino que son conducidas por un cauce artificial, hasta otra finca distinta, e incluso en algún momento atraviesan un camino público. «Son, por tanto, aguas públicas desde el momento en que traspasan los linderos de la finca en la que nacen, aunque ella tenga lugar a través de una conducción subterránea». El dato relevante parece, pues, ser el consumo del agua dentro del predio en el que nacen.

La Sentencia, no obstante, contó con un Voto Particular formulado por el Magistrado Sr. Delgado-Iribarren al considerar que el derecho que se reconoce al dueño del predio en que nacen las aguas es de aprovecharlas, sin otra limitación que la de dejar discurrir libremente las sobrantes, es decir, aquellas que no se aprovechan. Pero el aprovechamiento lo mismo puede consistir en consumir dentro de la propia finca que en venderlas o permutarlas, almacenarlas o trasladarlas a un lugar distinto mediante un acueducto (art. 557 del Código Civil). Por ello, «la condición de públicas sólo puede predicarse de aquellas aguas que no hayan sido aprovechadas por su dueño, en cualquiera de las formas antedichas, desde el momento en que pasen a una propiedad distinta o bien a un cauce o camino de domi-

nio público», por lo cual entiende el Magistrado que resulta forzoso reconocer su derecho a la inscripción del aprovechamiento.

2. *La titularidad en el dominio de las aguas y el alcance de la denominada «protección administrativa»*

Tanto la Disposición Transitoria Segunda, relativa a las aguas procedentes de manantiales, como la Disposición Transitoria Tercera, referente a las aguas privadas procedentes de pozos o galerías, prevén que los usuarios que no opten por la inclusión de sus aprovechamientos en el Registro de Aguas en el plazo de tres años van a mantener su titularidad en la misma forma en que venían haciéndolo hasta ese momento, aunque no gozarán de la protección administrativa que se deriva de su inclusión en el Registro de Aguas.

Si tenemos en cuenta que la inclusión del aprovechamiento de estas aguas en el Registro va a suponer la transformación de su condición de titular de un derecho de propiedad por la de mero titular de un aprovechamiento temporal de aguas privadas y que, por el contrario, la dejadez en el ejercicio de esta opción hace que su usuario mantenga su titularidad, cabe plantearse hasta qué punto le resulta al usuario conveniente realizar la mencionada inscripción o, planteado en otros términos, ¿qué efectos se pueden derivar de la falta de ejercicio de esta opción y, por tanto, del no disfrute de la protección administrativa a la que se refiere el legislador? Pues bien, respecto al valor de esta protección administrativa, el único dato que nos ofrece el legislador es el contemplado en el artículo 72.3 de la Ley de Aguas (actual art. 80.3 del Real Decreto Legislativo), según el cual los titulares de aguas inscritas en el Registro podrán interesar la intervención del organismo de cuenca competente en defensa de sus derechos, de acuerdo con el contenido de la concesión y de lo establecido en la legislación en materia de aguas. A partir de ahí, ha sido básicamente la jurisprudencia la que se ha encargado de concretar el alcance de dicha protección, tal como ha ocurrido con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1998 (Ar. 9306), en la que podemos encontrar la respuesta a este interrogante y apreciar los efectos jurídicos de la falta de protección administrativa, que, como veremos seguidamente, no son nada desdeñables.

En este caso, como consecuencia de la realización de unas obras públicas para la construcción de un canal de salida y trasvase de aguas en Canarias, la entidad mercantil recurrente había observado una importante merma de los caudales de los nacientes situados en sus propiedades como consecuencia del drenaje producido en el acuífero a lo largo del período de ejecución de dichas obras. Ante tal menoscabo, la entidad recurrente había solicitado de la Administración que se le reconociera el derecho a disfrutar de un caudal equivalente al aforado en el año 1972, en virtud de lo previsto en la Disposición Transitoria Segunda, a encauzar las aguas mediante la

realización de las obras que le garantizaran el suministro, así como una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de las mermas del caudal soportadas. Ante la desestimación de sus pretensiones por el silencio administrativo, la entidad interpuso el correspondiente recurso contencioso, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias. Contra dicha resolución, no obstante, el Letrado de los Servicios Jurídicos del Cabildo Insular de Gran Canaria interpuso un recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Ante esta relación fáctica, el Tribunal Supremo anula la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia al entender que la entidad mercantil no ha acreditado el régimen de utilización del aprovechamiento temporal de las aguas mediante su inclusión en el Registro de Aguas y, por tanto, no puede beneficiarse de la protección administrativa a la que se refiere el régimen transitorio. Sin embargo, y a falta de cualquier mención expresa del legislador al respecto, el Tribunal va a realizar una interpretación, a nuestro juicio, exageradamente amplia y estricta del valor de esta protección.

Efectivamente, entiende la Sala que, aunque la entidad «mantiene la titularidad, no puede gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro Público de Aguas. El apartado tercero de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, reconoce que el incremento de los caudales totales y la modificación de las condiciones al régimen de aprovechamiento, requiere, en todo caso, la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, lo que no sucede en este caso. En la cuestión examinada, si bien pervivía una titularidad en el dominio de las aguas, no existía la protección administrativa dimanante de la inclusión de las mismas en el Registro Público de Aguas, lo que se traduce en la inexistencia de un derecho que, indebidamente, reconoce la sentencia impugnada».

Quiere ello decir que aunque, desde el punto de vista teórico, no parecía que fuera a tener ninguna repercusión negativa la falta de inscripción del aprovechamiento en el Registro de Aguas, toda vez que desde la propia Ley se apuntaba al mantenimiento de la titularidad en la misma forma que a su entrada en vigor, desde el punto de vista práctico, las consecuencias que se derivan de ello van a ser importantísimas, hasta el punto que puede decirse que prácticamente queda vacío y desconocido el contenido del derecho de propiedad. Al no constar en ningún registro la existencia y las condiciones de disfrute de dicho aprovechamiento resulta sumamente difícil acreditarlo y, a falta de tal acreditación, la Administración no está obligada a respetar dicho aprovechamiento, por lo cual deduce el Tribunal que puede desconocerlo.

En definitiva, pues, el Tribunal realiza una peculiar interpretación del derecho de propiedad de dudosa constitucionalidad y que difícilmente encuentra acomodo en la noción civilista de este derecho, en la medida en que aunque se reconoce que el usuario sigue manteniendo «la titularidad en el dominio de las aguas», al mismo tiempo y paradójicamente interpreta que la falta de protección administrativa se traduce en «la inexistencia

de dicho derecho». A nuestro juicio, no obstante, una cosa es que en estos casos de falta de inscripción la Administración —según estableció el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 227/1988— no esté «obligada a suministrar una protección específica a derechos que no han sido acreditados ante ella misma y que, en última instancia, afectan a bienes ajenos a su titularidad», y otra bien distinta es que pueda desconocer por completo dichos derechos y considerarlos inexistentes. Puede decirse, pues, que de no producirse un cambio en esta línea jurisprudencial, el antiguo propietario que no ha inscrito su aprovechamiento queda prácticamente convertido en titular de un derecho «inexistente»; situación sumamente anómala que, por cierto, previsiblemente se verá incluso agravada con la aplicación de lo dispuesto en la nueva Disposición Transitoria Segunda de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 10 de julio de 2001, tal como después veremos.

Por el contrario, la inscripción en el Registro de Aguas implica su pleno reconocimiento a todos los efectos y proporciona a su propietario una completa cobertura y protección jurídica. Así, dirá la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2001 (Ar. 5414) que la inscripción de los aprovechamientos en el Registro de Aguas correspondiente «no otorga en sí un derecho, sino que garantiza y asegura, lo exterioriza y lo hace equivalente a la concesión. De ahí que la Administración no pueda modificar los aprovechamientos de que son titulares los usuarios». Aunque la inscripción, según confirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2001 (Ar. 4550), tiene carácter declarativo, y no constitutivo, establece una presunción de veracidad de la existencia de los aprovechamientos inscritos. En este caso concreto, la Confederación Hidrográfica del Júcar había autorizado a una comunidad de regantes para realizar unas obras relativas a la sustitución de toma de un pozo mediante un nuevo sondeo situado a menos de 30 metros de aquél, habiéndose opuesto a la autorización el Ayuntamiento de dicha localidad por entender que ello suponía una vulneración de la Disposición Transitoria Tercera, toda vez que los aprovechamientos hídricos inscritos no coincidían con los derechos históricos adquiridos, al ser aquéllos muy superiores a éstos. El Tribunal, no obstante, desestimará la solicitud impugnatoria del Ayuntamiento basándose en la presunción de veracidad de que gozan los aprovechamientos inscritos en el correspondiente Registro de Aguas de la Confederación.

Otra muestra de dicho reconocimiento se encuentra en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1994 (Ar. 2976), dictada a propósito de la venta de una finca rústica en Hellín (Albacete) en la que previamente se había alumbrado un pozo que se encontraba inscrito en el correspondiente registro antes de la entrada en vigor de la Ley de Aguas. Se trataba de dilucidar en la misma si el aprovechamiento de esas aguas privadas era transmisible mediante un contrato de compraventa. La parte recurrente, en concreto, pretendía negar la validez del contrato transmisoro de dichas aguas debido al carácter público de las aguas del pozo, por lo cual denunciaba la violación del apartado primero de la Disposición Transitoria Tercera, en relación con la Disposición Transitoria

Cuarta de la Ley de Aguas, al entender que las aguas a que se refiere la litis no pueden ser reputadas como privadas, por lo que no pueden ser transmitidas en su propiedad ni en su aprovechamiento. El Tribunal, no obstante, parte del pleno reconocimiento del carácter privado que hay que dar a dichas aguas en virtud de su inscripción en el correspondiente registro y, precisamente por ello, entiende que dicho motivo no puede prosperar teniendo en cuenta que «de acuerdo con la Disposición primeramente citada, los títulos de aprovechamientos de aguas existentes a la entrada en vigor de la aludida Ley, conservarán el derecho a la utilización de tal recurso y, no habiéndose acreditado que, con anterioridad a tal momento, las aguas del pozo cuestionado tuvieran la cualidad de públicas, no puede ahora predicarse su intransmisibilidad actual».

.....

3. *Extensión del régimen previsto en la Disposición Transitoria Tercera a los alumbramientos de aguas todavía no explotados a la entrada en vigor de la Ley de 1985*

El derecho a apropiarse de las aguas subterráneas alumbradas por medio de pozos artesianos, socavones o galerías que el artículo 23 de la antigua Ley de Aguas de 1789 otorgaba al dueño de cualquier terreno ha desaparecido en la nueva Ley de Aguas de 1985, en cuyo artículo 1.2 se declara que todas las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables, forman parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Ahora bien, el tránsito de un sistema a otro hacía necesario indicar cuál iba a ser el régimen jurídico de las situaciones surgidas con anterioridad, por lo que ya en el Preámbulo de la Ley se señalaba la intención del legislador al respecto, al establecer que la declaración de demanialidad no iba a afectar necesariamente a los derechos adquiridos sobre las aguas subterráneas alumbradas al amparo de la legislación anterior, dado el planteamiento opcional de integración en el nuevo sistema que la Ley establece y al que antes nos hemos referido.

A pesar de esta declaración de principios, acontece que la Disposición Transitoria Tercera sólo se ocupa de los titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías en explotación, a los que, recordemos, les otorga un plazo de tres años para acreditar su derecho a la utilización del recurso, así como la no afección, en su caso, a otros aprovechamientos preexistentes. La inscripción del aprovechamiento en el Registro de Aguas iba a implicar la obligación de la Administración de respetar el régimen de explotación de los caudales de aguas realmente utilizados durante cincuenta años, otorgando un derecho preferente para la obtención de una concesión administrativa una vez agotado dicho plazo. Sin embargo, la Ley no hace ninguna referencia a la situación jurídica en la que quedaban aquellos usuarios que antes de la entrada en vigor de la Ley, esto es, antes del 1 de enero de 1986, habían obtenido con arreglo a la legislación precedente autorización de alumbramiento pero que, no obstan-

te, todavía no habían tenido tiempo para su explotación, tal como exige la mencionada Disposición Transitoria para beneficiarse del régimen contemplado en la misma.

Pues bien, la solución a este problema ha tenido que ser proporcionada por la propia jurisprudencia y, más en concreto, a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1998 (Ar. 2290), que ha extendido la solución apuntada en dicha Transitoria también para estos supuestos de falta de explotación. Efectivamente, en el supuesto de autos la Confederación Hidrográfica del Segura había ordenado el cercenamiento de tres pozos construidos antes de la entrada en vigor de la Ley, pero puestos en explotación con posterioridad a dicha fecha, hasta tanto no hubieran obtenido los propietarios la correspondiente concesión administrativa por parte del citado organismo de cuenca. Llevado el caso ante los tribunales, la sentencia de instancia anuló dicha resolución por ser contraria a Derecho, lo que motivó la interposición de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo por parte de la citada Confederación.

El Tribunal, tras realizar una clarificadora exposición del régimen transitorio previsto en la Ley de Aguas, dispone que si el alumbramiento se realiza con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, dado el carácter de *res nullius* de las aguas no alumbradas en la legislación tradicional, no hay inconveniente en su conversión en aguas públicas por ministerio de la Ley (Fundamento Jurídico 15 de la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1990, de 7 de febrero), de tal forma que para su explotación se requiere concesión administrativa a tenor del nuevo régimen establecido en la Ley 29/1985. «Cosa distinta es que el alumbramiento se realice con anterioridad a aquella fecha y no haya habido tiempo de explotar el recurso, pues, aunque la mencionada Disposición Transitoria no se refiera expresamente a este supuesto, hay que entender que debe recibir el mismo tratamiento que lo en ella previsto, al ser ésta la solución más conforme, no sólo con lo expuesto por la propia Ley 29/1985 en su Preámbulo, sino con los principios de irretroactividad de normas restrictivas de derechos individuales, y de respeto de derechos adquiridos, habida cuenta de que hasta el 1 de enero de 1986 las aguas alumbradas al amparo del artículo 23 de la Ley de 1879 eran de propiedad privada».

4. *El estatuto de la propiedad privada de las aguas subterráneas en casos de sobreexplotación grave de acuíferos: finalmente, equiparación con las públicas*

El artículo 56 de la Ley de Aguas (actual art. 58 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio) prevé la posibilidad de que en circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, el Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, oído el Organismo de cuenca, pueda adoptar, para la

superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión. Por su parte, el apartado cuarto de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera establece expresamente la extensión de estas mismas normas a los aprovechamientos de aguas privadas. Ahora bien, dado que en este último supuesto se trata de aguas que, según la antigua legislación, forman parte del derecho de propiedad de sus dueños, surgió la duda de si dichas limitaciones debían ser consideradas como una expropiación y, en consecuencia, indemnizables.

Efectivamente, la redacción de estos preceptos, no obstante su aparente claridad, ha motivado algunas dudas respecto a la delimitación de su ámbito de aplicación y sus repercusiones para los titulares de aguas privadas. Esta cuestión, para ser más precisos, ha hecho imprescindible la labor interpretadora realizada por el Tribunal Supremo, aunque, no obstante, también en esta tarea los criterios de interpretación utilizados inicialmente por el Tribunal en sus primeras sentencias han cambiado considerablemente, hasta el punto de que el Tribunal se ha apartado de su anterior doctrina y ha asumido las tesis contrarias respecto a la aplicación de dichas limitaciones a las aguas privadas. Hecho éste que, por cierto, tras las últimas modificaciones realizadas por nuestro legislador en esta materia, goza ya de la correspondiente cobertura jurídica (Disposición Adicional Séptima del Real Decreto Legislativo 1/2001).

El régimen previsto en ambos preceptos podía interpretarse en el sentido de que el estatuto de la propiedad privada de los aprovechamientos de aguas subterráneas debía conllevar, para los supuestos de sobreexplotación grave de acuíferos, sequías o urgente necesidad, idénticas limitaciones que el uso del dominio público hidráulico, aunque éste hubiese sido objeto de concesión. De esta manera, el legislador estaría equiparando, a efectos de «las limitaciones de uso» de las aguas, las de propiedad privada y las de dominio público y, en consecuencia, el sometimiento de la propiedad privada a las decisiones administrativas constituiría una delimitación ordinaria de tal dominio privado, sin que la titularidad de los pozos y de las aguas alumbradas pudiera conferir por sí sola derecho alguno a indemnización (5). O, por el contrario, podría interpretarse que dichas limitaciones se refieren exclusivamente al dominio público hidráulico, tal como hizo la inicial jurisprudencia del Tribunal Supremo. De ser ello así, cualquier tipo de limitación tendría un claro significado expropiatorio y, por consiguiente, debería ser adecuadamente indemnizada, toda vez que en ambas Disposiciones Transitorias se establece la obligación de la Administración de respetar temporalmente dichos aprovechamientos sin discutir el carácter privado de las mismas.

Pues bien, la solución jurisprudencial adoptada inicialmente por el Tribunal Supremo se hizo eco de esta segunda postura, principalmente a través de sus Sentencias de 30 de enero (Ar. 395) y de 14 de mayo (Ar. 4368)

(5) Dictamen de 20 de marzo de 1993 de la Comisión Permanente del Consejo de Estado.

de 1996. En esta última Sentencia, en concreto, la empresa recurrente había solicitado la indemnización por los daños y perjuicios sufridos en sus cultivos por no haber podido regar la finca de su propiedad como consecuencia de la suspensión de las extracciones de aguas subterráneas para riegos que había sido decretada en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de julio de 1993, en el que se había declarado sobreexplotado el acuífero del Campo de Montiel en aplicación de lo previsto en el artículo 56 de la Ley de Aguas. Al respecto fijará el Tribunal su doctrina relativa a que «la suspensión de las extracciones de aguas subterráneas de titularidad privada con destino a regadíos, dentro del perímetro definido en el anexo del Real Decreto 393/1988, tiene un claro significado expropiatorio y, por consiguiente, ha de ser adecuadamente indemnizada según establece el artículo 120 de la Ley de Expropiación Forzosa para otros supuestos equivalentes. No cabe aceptar la tesis de la Administración demandada de que se trate de limitaciones legales inherentes al derecho de propiedad de las aguas subterráneas porque, conforme al apartado primero de la Disposición Transitoria Tercera de la vigente Ley de Aguas, la Administración ha de respetar el régimen de explotación de los caudales realmente utilizados por un plazo de cincuenta años, sin que en este caso se discuta el carácter privado de las aguas subterráneas que la entidad demandante no pudo utilizar para sus regadíos en virtud de la suspensión temporal de extracciones decretada por el Consejo de Ministros. Si bien es cierto que, según establece el apartado cuarto de la mentada Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Aguas, a los aprovechamientos de aguas privadas les son aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en casos de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico, ello no enerva el derecho de los titulares de tales aguas privadas, procedentes de pozos o galerías en explotación, a ser adecuadamente indemnizados o compensados cuando sean privados de su uso por las causas previstas en el artículo 56 de la propia Ley de Aguas, ya que este precepto dispone la posibilidad de adoptar medidas, como la acordada en este caso por el Consejo de Ministros, solamente para el dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión».

En definitiva, pues, entiende el Tribunal que aunque dichas medidas limitativas pueden hacerse extensivas a los aprovechamientos de aguas privadas en virtud del apartado cuarto de la mencionada Disposición, ello no implica en modo alguno que se derogue para éstas el régimen general previsto por la normativa de expropiación forzosa, que obliga a indemnizar al particular que haya sufrido cualquier privación del uso de las mismas por causa de utilidad pública, tal como establece el artículo 33.3 de la Constitución, que prohíbe cualquier forma de incautación o confiscación, y, por consiguiente, también la del uso, aunque sea temporal, de las aguas de dominio privado.

Esta Sentencia, no obstante, contó con un interesante Voto Particular formulado por el Magistrado Peres Morate que, dada la relevancia que el mismo ha tenido en el posterior cambio de doctrina realizado por el Tribu-

nal Supremo, bien merece que nos detengamos en el análisis de su contenido. A través de dicho Voto, efectivamente, el Magistrado se opone al fallo de la Sentencia dictada por la Sala al entender que se ha producido un desconocimiento del principio hidrológico que justifica el nuevo régimen de las aguas y que, por ello mismo, desnaturaliza y desvirtúa el estatuto de las aguas subterráneas establecido en la Ley de 1985. Para llegar a dicha conclusión parte de la idea básica de que el planteamiento jurídico de las aguas como un recurso unitario no puede quedar en una mera afirmación retórica, sino que necesariamente ha de producir los consiguientes efectos jurídicos en el instituto de la propiedad de las aguas y su aprovechamiento.

En efecto, al ser un recurso unitario, su escasez o abundancia perjudica o beneficia a todos por igual, por lo que su correcta administración exige el establecimiento de medidas uniformes para todos los aprovechamientos, ya sean a título de propietario, concesionario o mero usuario. Lo contrario supondría beneficiar a unos en perjuicio de los otros, de manera que si al titular de aguas subterráneas de propiedad privada se le permitiese continuar con los riegos, no sólo estaría haciendo un uso de agua de su propiedad, sino que se beneficiaría del resto del agua en detrimento de los no regantes, cuyo sacrificio posibilita que el recurso único no se agote. Por consiguiente, compensar económicamente a aquél por la prohibición temporal de regar supondría dejarlo absolutamente indemne de un coste que experimentan el resto de los concesionarios de las aguas, quienes, para evitar que el recurso desaparezca, tuvieron que sacrificarse y dejar de regar. Para corroborar este planteamiento recurre el Magistrado a un expresivo y significativo símil: un aljibe cuyo contenido se distribuyese a través de diversos desagües, unos de titularidad pública y otros de titularidad privada, de tal forma que mientras a los usuarios o concesionarios de los primeros se les limitase su empleo, a los segundos hubiese de permitirles continuar aprovechándolos o bien, en caso de prohibirlo a todos para conseguir un ahorro efectivo de agua en beneficio de unos y otros, aquéllos tuviesen que indemnizar a éstos. Resulta evidente que ambas medidas resultarían completamente incoherentes.

Otro de los argumentos que emplea el Magistrado es el relativo a la función social de la propiedad. La Constitución ha reconocido un derecho a la propiedad privada que se configura y protege como un haz de facultades individuales sobre cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos en atención a la función social que cada categoría de bienes está llamada a cumplir y que también forman parte de su contenido. Por ello, las medidas restrictivas adoptadas por la Administración no supondrían una expropiación, sino que se trataría más bien de meras limitaciones del uso que definen el contenido de la propiedad privada de las aguas subterráneas y que configuran su peculiar estatuto jurídico, precisamente porque se trata de un recurso unitario y porque están sometidas a una singular regulación en la Ley de Aguas.

El último argumento empleado en el Voto Particular hace referencia al parangón que la Sentencia realiza entre los artículos 53.2 y 56 de la Ley de

Aguas (actuales arts. 55.2 y 58 del nuevo Real Decreto Legislativo 1/2001). Para ello recuerda que el primero de los preceptos prevé indemnizaciones sólo en aquellos supuestos en los que la Administración tenga que limitar temporalmente el uso de las aguas públicas para garantizar su explotación racional, de tal forma que ello genere perjuicios a unos aprovechamientos a favor de otros. Sin embargo, considera el Magistrado que no se puede trazar un paralelismo para justificar también el pago de indemnizaciones en caso de sobreexplotación grave de acuíferos o sequía, toda vez que en estos casos no se perjudica a unos titulares de aprovechamientos en beneficio de otros, sino que meramente se establecen medidas de carácter general que afectan, por tanto, a todos aquellos que se encuentren en las mismas circunstancias, con independencia, pues, de la naturaleza pública o privada de las aguas.

Todo ello le permite finalmente deducir que «no sólo son aplicables a las aguas de propiedad privada las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en casos de sequía grave o de urgente necesidad, sino que tal aplicabilidad tendrá la extensión y el alcance previstos para las aguas de dominio público y, por consiguiente, sólo podría obtenerse indemnización cuando, como consecuencia de tales medidas, tuviesen derecho a ella los usuarios de las aguas públicas, pues la propiedad privada de las aguas nada añade al régimen de responsabilidad derivado de la adopción de las medidas previstas en el apartado cuarto de la mencionada Disposición Transitoria Tercera». En definitiva, pues, el sometimiento de la propiedad privada de las aguas a decisiones administrativas constituiría una delimitación ordinaria de tal dominio privado, de tal forma que siempre que esta clase de medidas se adoptaran con la debida generalidad no constituirán una privación singular de derechos, sino tan sólo aplicación de una previsión legal que forma parte del estatuto jurídico de las aguas de dominio privado.

Con estas Sentencias, por tanto, había quedado consolidada la jurisprudencia respecto al pago de indemnizaciones a los propietarios de aguas privadas afectados por las restricciones que pudieran establecerse en estos casos extremos de sequía o sobreexplotación de acuíferos. Sin embargo, esta doctrina ha sido recientemente abandonada por el Tribunal Supremo a través de su Sentencia de 18 de marzo de 1999 (Ar. 3153) (6), en la que la Sala se hace eco de las argumentaciones realizadas en el Voto Particular de la Sentencia de 30 de enero de 1996. Curiosamente, en este caso concreto el recurrente era el mismo que había motivado la anterior Sentencia a la que nos acabamos de referir. En este caso volvía a solicitar de la Administración una indemnización por los daños y perjuicios sufridos en la campaña agrícola de 1990 como consecuencia de las medidas restrictivas adoptadas por el Consejo de Ministros en relación con el acuífero del Campo de Montiel. Argumentaba de nuevo que dichas limitaciones se referían únicamente a los supuestos de aprovechamientos temporales, esto es,

(6) La misma doctrina se vuelve a recoger de nuevo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2000 (Ar. 7426).

cuando el usuario había ejercido la opción prevista en dicha Disposición y había cambiado su derecho de propiedad por la titularidad de un aprovechamiento temporal. Por el contrario, los usuarios que habían decidido no ejercer dicha opción seguían manteniendo su derecho de propiedad privada y al margen, pues, de las mencionadas limitaciones.

Al respecto, dirá el Tribunal Supremo que la tesis mantenida por el recurrente es incorrecta ya que «la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Aguas se refiere tanto a los supuestos en que el titular de algún derecho sobre aguas privadas procedente de pozos o galerías opte por su inscripción en el Registro de Aguas, previa acreditación de aquél, como aprovechamiento temporal de aguas privadas, respetándose así tal derecho durante cincuenta años y reconociéndosele un derecho preferente a la posterior obtención de la correspondiente concesión administrativa de conformidad con lo prevenido en la Ley de Aguas, como aquellos otros en que el titular de algún derecho privado sobre las citadas aguas opte por la no inscripción, conservando en tal caso su titularidad en la forma que la venía ostentando, pero sin la protección administrativa derivada de la inscripción en el Registro de Aguas, con las consecuencias de la falta de protección que de la no inscripción se derivan. Así se infiere de lo dispuesto en el número 2 de la Disposición Transitoria Tercera que analizamos. No cabe duda alguna, tras la lectura de los números 1 y 2 de la Disposición que nos ocupa, de que las limitaciones al contenido del derecho de propiedad establecidas en el número 4 de la Disposición Transitoria Tercera son de aplicación a ambos supuestos, ya que la expresión “en todo caso” con que se inicia dicho apartado, determina claramente que lo que en el mismo se establece es de aplicación tanto a los supuestos del número primero como a los del número segundo».

Quedaba, pues, completamente aclarada la cuestión relativa al ámbito de aplicación de las medidas que, en las circunstancias anteriormente mencionadas, pueden suponer una limitación del contenido del derecho de propiedad. Éstas resultan indistintamente aplicables a los dos supuestos contemplados en la Disposición Transitoria Tercera. El Tribunal decide, pues, apartarse del criterio jurisprudencial sostenido en aquellas otras Sentencias de 1996 y negar la indemnización.

Efectivamente, el Tribunal vuelve a recordar la doctrina del Tribunal Constitucional (Sentencia de 29 de noviembre de 1988) al analizar el párrafo cuarto de la Disposición Transitoria Tercera, respecto de la que estableció que la misma carecía de virtualidad expropiatoria por tratarse de prescripciones generales que delimitan el derecho de propiedad privada conforme al artículo 33.2 de la Constitución, de acuerdo con la función social que los bienes sobre los que recae están llamados a cumplir. Ello no implica necesariamente que en ningún caso pueda hablarse de responsabilidad patrimonial del Estado, ésta se producirá cuando lo que se produzca sea una privación o limitación singular del aprovechamiento de las aguas a que se refieren las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Ley de Aguas, o bien cuando se justifique haber efectuado inversiones para una campaña concreta en función del régimen de aprovechamiento de las

aguas previsto en las mismas y ese aprovechamiento se vea alterado por las razones a que se refiere el apartado cuarto de la citada Disposición Transitoria, pero tal responsabilidad se producirá siempre en tales casos con independencia de la condición de pública o privada de las aguas, siempre que se den los restantes requisitos que la jurisprudencia exige para la aplicación de dicho instituto.

Lo que no cabe es entender que estamos ante privación singular en los supuestos en que se limite el aprovechamiento para usos agrícolas en situaciones de sequía por estimar necesario el uso del agua para abastecimiento a poblaciones, puesto que tal decisión no es sino el ejercicio de la previsión contenida en el apartado cuarto de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera para la superación de tal situación de sequía, cumpliendo el orden de prelación establecido en la Ley para la protección y conservación de los recursos hídricos.

Pues bien, esta solución apuntada inicialmente por la jurisprudencia cuenta actualmente con la expresa cobertura jurídica que le ha proporcionado la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley de Aguas, en cuyo artículo segundo se establece, para que no haya lugar a ningún tipo de dudas al respecto, que los derechos de aprovechamiento del artículo 52.2 (actual 54.2 del Real Decreto Legislativo 1/2001) y los derechos sobre aguas privadas a que se refiere la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, estarán sujetos a las restricciones derivadas del plan de ordenación para la recuperación del acuífero o las limitaciones que en su caso se establezcan en aplicación del artículo 56 (actual art. 58), en los mismos términos previstos para los concesionarios de aguas, sin derecho a indemnización. Dicho precepto aparece actualmente recogido en la Disposición Adicional Séptima del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.

5. *El cierre del período de inscripción de los aprovechamientos de aguas privadas: la Disposición Transitoria Segunda del Plan Hidrológico Nacional*

Tanto la Ley 46/1996, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley de Aguas, como la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, contemplan algunas medidas que afectan directamente al régimen transitorio y a la situación en la que se encuentran los usuarios de las aguas privadas. En este sentido, una de las medidas que previsiblemente más repercusiones puede tener sobre su régimen jurídico es la contemplada en la Disposición Transitoria Segunda de esta última Ley, relativa al cierre del período de inscripción de los aprovechamientos de estas aguas. La medida, efectivamente, otorga a los titulares de derechos sobre aguas procedentes de manantiales, pozos o galerías que no hayan ejercido su derecho de opción, y por tanto no hayan legalizado sus aprovechamientos mediante su inscripción en el correspondiente Registro de Aguas, un plazo improrrogable

ble de tres meses, contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley, para solicitar la inclusión en el Catálogo de Aguas de la cuenca. Transcurrido dicho plazo sin que se haya dado cumplimiento a esta obligación, la Administración ya no reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas si no es en virtud de resolución judicial firme.

Con esta medida se pretende, en definitiva, y tal como expresa DEL SAZ (7), forzar a los propietarios que dieciséis años después de la aprobación de la Ley no tienen todavía declarados los aprovechamientos a hacerlo, para así poder elaborar un inventario fiable de los aprovechamientos realmente existentes y tener un conocimiento exacto de los recursos disponibles. La finalidad que subyace en esta Disposición, que no es otra que la de facilitar el conocimiento real de los usos del agua que resulta imprescindible para abordar posteriormente cualquier tarea de planificación, no es en sí misma nueva. La medida aparecía ya en la propia Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Aguas, así como en el artículo 195 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, donde se contemplaba ya un deber de acreditación de estas propiedades privadas. En concreto, la Disposición Transitoria establecía la obligación de los titulares de declarar sus aprovechamientos ante la Confederación Hidrográfica correspondiente para su inclusión en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas que todo Organismo de cuenca ha de disponer una vez, claro está, constatadas las características y aforo de dicho aprovechamiento. Ahora bien, la imposición de multas coercitivas había sido hasta ahora el único instrumento previsto por el legislador de 1985 para vencer la eventual resistencia de estos propietarios al cumplimiento de esta obligación, por lo que no era difícil deducir que el legislador lo estaba configurando como un catálogo abierto y susceptible, pues, de admitir nuevas incorporaciones.

El legislador del año 2001, sin embargo, ha querido ser bastante más tajante y radical al respecto al disponer el cierre, en teoría definitivo, del Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas. Y digo esto porque, a pesar de la clara voluntad del legislador de que dichos Catálogos queden de una vez por todas actualizados y terminar, así, con esta incertidumbre acerca de los usos reales del agua, se mantiene —como tampoco podría ser de otra forma— la posibilidad de que una sentencia judicial firme reconozca con posterioridad algún aprovechamiento privado, aunque en estos casos se castiga al propietario con la considerable carga de tener que acudir al correspondiente proceso judicial. Será por ello difícil terminar completamente con este grado de incertidumbre acerca de los usos reales de las aguas.

La interpretación de esta nueva Disposición en lo referente a sus efectos jurídicos no es en modo alguno pacífica y se duda incluso de su constitucionalidad. Algunos autores han llegado a calificarla de irrazonable, de-

(7) Silvia DEL SAZ, *¿Cuál es el aprovechamiento de los derechos privados sobre las aguas subterráneas?*, en «Papeles del Proyecto Aguas Subterráneas, Aspectos Jurídicos de las Aguas Subterráneas», Serie D, núm. 1, 2001, pág. 91.

fectuosa y monstruosa. Así lo hace, por ejemplo, MOREU (8) tras analizar las posibles interpretaciones que pueden darse sobre los efectos de las medidas que contempla. Entiende el autor, efectivamente, que esta norma contiene una confiscación o, en el mejor de los casos, cuasiconfiscación del derecho de propiedad sobre las aguas privadas contraria al artículo 33.3 de la Constitución, toda vez que la falta de inclusión de estos aprovechamientos en el Catálogo lleva consigo la falta de reconocimiento por parte de la Administración, lo que equivale a efectos prácticos a su extinción. No podría justificarse, añade este autor, una solución tan radical como la apuntada por la norma en la desidia de los propietarios, que habrían tenido ya más de quince años para inscribir sus aprovechamientos en los Catálogos y no lo hubieran hecho. Dicha desidia habría podido ser castigada mediante las multas coercitivas a las que se refiere la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Aguas de 1985, pero no mediante la pérdida del derecho de propiedad.

Por ello, propone MOREU realizar una interpretación amplia —y, a su juicio, un tanto forzada— de la mencionada Disposición, defendiendo la existencia, todavía transcurrido el plazo de tres meses sin inscripción en el Catálogo, de un derecho de propiedad privada sobre el agua, pero no inscribible en el Catálogo (sí en el Registro de la Propiedad) y libremente «desconocible» o «perjudicable» por la Administración, lo que no dejaría de ser una forma de existencia del derecho sumamente anómala (9). O bien cabría interpretar que el cierre del período de inscripción y la falta de reconocimiento de la titularidad de las aguas privadas una vez concluido el plazo, simplemente significarían la imposible inscripción o inmatriculación futuras en el Catálogo de esos derechos y la pérdida definitiva de sus débiles efectos probatorios, pero quedando o subsistiendo el régimen jurídico de las aguas privadas no inscritas en ningún registro administrativo en los mismos términos en que existía dicho régimen antes de la entrada en vigor de la nueva Ley del Plan Hidrológico Nacional.

Otros autores, como por ejemplo DEL SAZ, entienden que en todo caso la situación del propietario quedaría muy debilitada, pues la Administración, no teniendo constancia de la existencia del aprovechamiento privado al no estar inscrito en el Catálogo, podría sancionarle por aprovechar aguas subterráneas sin el correspondiente título concesional, pudiendo incluso proceder cautelar o definitivamente a la clausura del pozo. Por todo ello, entiende la autora que la prohibición contemplada en esta nueva Disposición no es sólo de reconocimiento, sino también de legalización y a todos los efectos. La razón es muy sencilla: «si la prohibición fuera sólo de inscribir en el Catálogo pero la Administración estuviera obligada a tener en cuenta los aprovechamientos no declarados en todos los demás aspectos, ¿para qué iba a servir, entonces, el cierre del Catálogo?» (10). En cual-

(8) José Luis MOREU, *Los problemas de la legislación sobre aguas subterráneas en España: posibles soluciones*, en «Papeles del Proyecto Aguas Subterráneas, Aspectos Jurídicos de las Aguas Subterráneas», Serie D, núm. 1, págs. 32 y ss.

(9) José Luis MOREU, *op. cit.*, pág. 36.

(10) Silvia DEL SAZ, *op. ult. cit.*, págs. 92 y 94.

quier caso, independientemente de la forma en que se interprete la nueva Disposición Transitoria Segunda, ésta no sería inconstitucional, y ello aunque pueda tachársela de contener una regulación limitativa del derecho de propiedad. Y ello porque, una vez procedido al cierre del Catálogo, la Administración también estaría obligada a tener en cuenta estos aprovechamientos si sus titulares pueden acreditar su existencia y características por cualquier otro medio. Si logra, pues, acreditarse la existencia de esa titularidad privada, no existiría otra lesión del contenido del derecho de propiedad que la mera privación del derecho de acceso al registro, que no tiene más valor que el informativo.

La interesante polémica doctrinal que está planteando la interpretación de esta Disposición es ya un indicio significativo que apunta a un previsible aumento de litigios entre la Administración y esos otros titulares rezagados que no hayan declarado sus aprovechamientos en el correspondiente Catálogo de Aguas Privadas. A espera de que ello dé lugar a algún importante pronunciamiento jurisprudencial, sólo nos resta apuntar algunas ideas partiendo de la propia postura que al respecto han mantenido ya nuestros tribunales ante algunos casos similares en los que se discutía sobre el valor y los efectos de la inscripción registral, pero que entendemos que pueden ser perfectamente extrapolables a estos supuestos de falta de inscripción en el Catálogo pues, al fin y al cabo, ambos comparten la misma naturaleza de ser instrumentos probatorios.

Ciertamente, parece difícil pensar que con esta falta de reconocimiento del derecho el legislador estuviera pensando en una extinción automática del derecho de propiedad sobre las aguas privadas, toda vez que ello parece difícilmente compatible con el reconocimiento del derecho a la propiedad privada que consagra el artículo 33 de nuestra Constitución e, incluso, con el contenido de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera del actual Texto Refundido 1/2001, ya que en ambas se mantiene que en estos casos los interesados seguirán manteniendo su titularidad en la misma forma que hasta ahora. Dadas, pues, las importantes consecuencias que ello tendría para el derecho de propiedad, si el legislador hubiera querido extinguir definitivamente dichas propiedades debería al menos haberlo contemplado explícitamente y, en su caso, haber previsto las indemnizaciones correspondientes. Ahora bien, dicho esto, es preciso señalar que, según se desprende del actual régimen transitorio y tal como apunta MORELL OCAÑA (11), los titulares de aguas calificadas como privadas en virtud de la Ley de Aguas de 1789 pueden encontrarse en tres situaciones jurídicas completamente distintas según hayan inscrito o no sus aprovechamientos. De esta manera, quienes hubieran realizado la correspondiente inscripción en el Registro de Aguas, habrían cambiado su propiedad por la mera titularidad de un aprovechamiento temporal y gozarían de la denominada protección administrativa. Quienes en su día no hubieran ejercido esta opción pero hubieran declarado su aprovechamiento en

(11) LUIS MORELL OCAÑA, *Las titularidades sobre aguas privadas*, núm. 154 de esta REVISTA, enero-abril 2001, págs. 24 y ss.

el Catálogo de Aguas Privadas, mantendrán su titularidad en la misma forma y serán reconocidos por la Administración, aunque no gozarán de la protección administrativa. Y, por último, quienes no hayan inscrito ni declarado sus aprovechamientos ni en el Registro ni en el Catálogo, es de suponer que seguirán manteniendo su propiedad, aunque dichos aprovechamientos no sólo no van a ser protegidos administrativamente, sino que serán completamente ignorados por la Administración hidráulica (12).

Los efectos de esta tercera situación, que ahora aparecen expresamente recogidos por el legislador a través de esta nueva Disposición Transitoria, no son nuevos. Según establece el artículo 72.4 de la Ley de Aguas (actual art. 80.4 del nuevo Real Decreto Legislativo), en relación con los artículos 195 y 196 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, la inscripción registral actúa como un medio de prueba de la existencia y situación del aprovechamiento, por lo que, a falta de otra mención expresa sobre el valor de las declaraciones inscritas en el Catálogo de Aguas Privadas, habrá que deducir, tal como apunta MORELL OCAÑA (13), que también la inscripción en dicho Catálogo queda reducida a un problema de reconocimiento frente a la Administración de la existencia de este derecho, toda vez que la inscripción es un mero instrumento probatorio que acredita la existencia y reconocimiento del derecho.

Acontece, no obstante, que, a pesar del carácter teóricamente declarativo que se predica de las inscripciones en los Registros y en los Catálogos, los efectos prácticos de la falta de inscripción no son en modo alguno desdeñables, sobre todo si tenemos en cuenta la estricta interpretación que hasta ahora ha realizado el Tribunal Supremo acerca del valor y el alcance de la inscripción de los aprovechamientos en el Registro de Aguas. Ello significaría que si transcurre el plazo improrrogable de los tres meses a que se refiere la nueva Disposición Transitoria sin que el titular de las aguas privadas las hubiese declarado ante el organismo de cuenca correspondiente, la Administración puede desconocer e ignorar ese derecho de propiedad no catalogado al considerarlo «inexistente» (14). Por tanto, aunque no haya sido la consciente voluntad del legislador la de extinguir estas titularidades, todo parece apuntar a que, a efectos prácticos y aplicando las drásticas consecuencias que se derivan de esta jurisprudencia, el contenido de la titularidad de estas aguas va a quedar muy mermado y prácticamente desnaturalizado. El único remedio que le quedará en estos casos al

(12) Así, por ejemplo, podemos tomar como referencia lo dispuesto en el artículo 9 de la Orden Ministerial de 13 de agosto de 1999 por la que se dispone la publicación de las determinaciones de contenido normativo del Plan Hidrológico de la Cuenca del Júcar, aprobada por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio («BOE», núm. 205, 27 de agosto de 1999). Para el otorgamiento de concesiones, y entre otros requisitos, se recoge la necesidad de que la solicitud de cualquier nueva concesión que afecte a otros usuarios con derechos inscritos vaya acompañada de un análisis de las posibles afecciones a dichos usuarios. A *sensu contrario*, pues, habrá que entender que a la Administración le resulta completamente indiferente las incidencias que estas nuevas concesiones puedan tener sobre los usuarios no inscritos, lo que equivale a su total desconocimiento.

(13) *Ibidem*.

(14) Recordemos que así califica expresamente a estos derechos no inscritos la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1998 (Ar. 9306).

titular de las aguas privadas no catalogadas será el de obtener una sentencia firme que reconozca finalmente su derecho, lo cual también plantea no pocos interrogantes.

Efectivamente, la principal cuestión que se plantea es la de determinar a qué tipo de resoluciones en concreto se está refiriendo el legislador para evitar estos contundentes efectos que, de no cambiar la línea jurisprudencial apuntada, son previsibles y, en su caso, cuál sería el orden jurisdiccional competente para su conocimiento. Pues bien, dado que el nudo gordiano del asunto sería el de determinar la titularidad de las aguas, independientemente de las consecuencias administrativas que después de ello se puedan derivar, entiendo que el orden jurisdiccional más apropiado sería el civil (15). En este caso, el particular que se viera perturbado en el disfrute de las facultades que se derivan de la titularidad de sus aguas debería entablar el correspondiente proceso declarativo civil conforme a las reglas que establecen los artículos 248 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, esto es, a través de la interposición de una demanda dirigida a garantizar el disfrute de las facultades que se derivan de su dominio. A través de su pretensión solicitaría del juez el reconocimiento de su derecho de propiedad de las aguas procedentes de sus pozos, galerías o manantiales, tal como aparece garantizado en el apartado segundo de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera, ya sea pidiendo simplemente frente a quienes lo desconozcan o perturben la declaración de la existencia de su derecho, ya sea pidiendo que sea condenado el demandado a cumplir alguna prestación que sea debida en razón del reconocimiento de dicho derecho. Una vez acreditada la propiedad y obtenida la correspondiente resolución judicial, la Administración deberá reconocer la existencia de dichos aprovechamientos y, lógicamente, tenerlos en cuenta a la hora de otorgar futuras concesiones administrativas sobre el dominio público hidráulico. Asimismo, ni que decir tiene que en cualquier momento podrá solicitar su inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas.

A favor de esta postura podrían traerse a colación algunas sentencias que atribuyen esta competencia a la jurisdicción civil (16) o, en su caso y como una mera cuestión prejudicial, a la contencioso-administrativa (17), al entenderse que en principio, aunque a los órganos de este orden no les corresponde pronunciarse sobre la propiedad de las aguas o de sus cauces, sino exclusivamente sobre la conformidad a Derecho del acto administrati-

(15) Recordemos, tal como recoge expresamente la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1990 (Ar. 5179), que «el fin de la Jurisdicción Contencioso-administrativa es el examen judicial de la legalidad del acto administrativo impugnado con la posible consecuencia de restablecer la situación jurídica afectada por el acto recurrido y sin entrar a resolver cuestiones de propiedad de las aguas o de los cauces, cuya competencia corresponde a la Jurisdicción Civil». En un sentido similar se pronuncia también en su Sentencia de 4 de julio de 1996 (Ar. 6332).

(16) Sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1987 (Ar. 7745), de 3 de noviembre de 1987 (Ar. 8130) y de 27 de junio de 1992 (Ar. 5561).

(17) Sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990 (Ar. 5404) y de 4 de julio de 1996 (Ar. 6332).

vo objeto de impugnación, puede en estos supuestos extender excepcionalmente su competencia al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales civiles cuando estén directamente relacionadas con el recurso contencioso-administrativo, aunque en estos casos la decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en que se dicte y podrá revisarse por la jurisdicción correspondiente a través del planteamiento de la correspondiente cuestión definitiva de la propiedad en el ámbito civil.

Especial atención merece la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1992 (Ar. 10401), en la que se discutía sobre la titularidad de un pozo. En el recurso de casación se había alegado la excepción de incompetencia de jurisdicción por considerar la parte recurrente que dicha cuestión debía corresponder al orden contencioso-administrativo tras la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. El Tribunal, no obstante, rechazó el motivo por considerar que la adquisición y disfrute de las aguas del pozo fue muy anterior a la promulgación de dicha Ley en 1985, de tal forma que en el punto primero de su Disposición Transitoria Tercera se contempla la obligación de respetar el régimen de explotación de los caudales realmente utilizados por un plazo de cincuenta años, «lo que implica una subsistencia para estos casos no sólo del régimen de aprovechamientos, sino también del jurisdiccional que dicha Ley de Aguas de 1979 establecía». Pero es que, además, lo que se discute en este caso —prosigue el Tribunal— no es sino «la titularidad del pozo en cuestión —nuda propiedad en este caso por parte de la actora recurrida— y el disfrute de su agua por los aquí contendientes, aspecto que en principio pertenece a la órbita del Derecho Privado, independientemente de que posteriormente y como consecuencia de su solución a dicho nivel jurisdiccional puedan producirse consecuencias administrativas».

En el mismo sentido, en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1992 (Ar. 5561) la parte recurrente había solicitado, entre otras cosas, que se declarara el dominio de unos terrenos y de sus aguas subterráneas alumbradas a través de un pozo, y al respecto dirá el Tribunal que como se trata de establecer la propiedad de las aguas ya alumbradas es competente la jurisdicción civil, tal «como lo demuestra la Sentencia de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1986 (Ar. 5981), en la que se declaró incompetente (18) en

(18) En dicha Sentencia, y ante la petición de la parte actora de que el Tribunal hiciera una declaración expresa de su derecho de propiedad sobre las aguas cuestionadas, dirá el Tribunal que «tampoco nos concierne hacerla, ni siquiera por la vía de la prejudicialidad que nos permite el artículo 4 de la Ley Jurisdiccional, dado que esta declaración de reconocimiento del derecho de propiedad privada sobre estas aguas, es de índole típicamente civil y aquí no hay prejudicialidad alguna al amparo de la cual, y aunque siempre con los limitados efectos a que se contrae el indicado precepto, pudiéramos emitir nuestro pronunciamiento sobre ello; sin perjuicio de que podamos constatar la evidencia, tal como aflora del expediente administrativo y destaca la Sentencia recurrida, de que el Ayuntamiento tiene reiteradamente reconocida esa propiedad de la actora, incluso en los propios acuerdos recurridos; siendo principio de derecho, reiteradamente aplicado por este Alto Tribunal tanto en la jurisdicción civil como en esta contencioso-administrativa, el de que nadie pueda negar en el proceso lo que tiene expresamente admitido y reconocido fuera de él, pues a esto se oponen los principios éticos de la lealtad y de la buena fe que tienen plena acogida en el

punto a la materia controvertida en aquel procedimiento del que conoció dicha jurisdicción que es por lo que se reiteró la pretensión correspondiente ante esta Jurisdicción Civil».

En definitiva, pues, dado que el legislador de 1985 quiso respetar la situación de los titulares de derechos sobre aguas privadas, hemos de concluir que aunque el titular rezagado haya incumplido los deberes de inscripción previstos por el legislador, no por ello va a ser sancionado con la pérdida de su titularidad, ya que ello difícilmente sería compatible con el derecho de propiedad que consagra nuestra Constitución. Ahora bien, como no va a poder interesar la protección administrativa en defensa de sus derechos ni disfrutar del carácter probatorio que proporciona la inscripción registral, tendrá que evitar que la Administración desconozca su derecho obteniendo una resolución en la que el juez declare su titularidad de derechos sobre las discutidas aguas. Por eso, podríamos decir que la finalidad última de esta controvertida Disposición Transitoria Segunda de la Ley 10/2001, lejos de alterar la propiedad de las aguas provenientes de pozos, galerías o manantiales, habría sido simplemente la de endurecer las sanciones previstas para los incumplimientos administrativos que el legislador de 1985 impuso ya a los titulares de dichas aguas, sustituyendo sin más las multas coercitivas por la nada desdeñable carga de tener que acudir a un proceso civil —iniciando un juicio ordinario o verbal, según las reglas legalmente previstas para la determinación de las cuantías— cuando se vea perturbado en el disfrute de las mismas y de afrontar la difícil tarea de acreditar su dominio por cualquiera de los medios probatorios permitidos por nuestro ordenamiento. Ésta será su sanción.

Título Preliminar del Código Civil, de aplicación general, al igual que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos».