

CRITERIOS JURIDICOS PARA LA SOLUCION DEL PROBLEMA DE SOBREEXPLOTACION DE ACUIFEROS EN ESPAÑA

Por
EMILIO PEREZ PEREZ (*)

S U M A R I O

I. ANALISIS JURIDICO DE LA EXPLOTACION DE UN ACUIFERO: I.1. DESCRIPCIÓN DE UN ACUIFERO. SUS ELEMENTOS. I.2. INTERESES Y RELACIONES INTERNAS.—II. PRINCIPIOS DE LA LEGISLACION ACTUAL Y SU INTERPRETACION DOCTRINAL: II.1. PRINCIPIOS DE ACCESORIEDAD. II.2. ATRIBUCIÓN DE LAS AGUAS AL ALUMBRADOR. II.3. CONTENIDO DE LA PROPIEDAD DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.—III. APROVECHAMIENTO: III.1. LA FALTA DE ADSCRIPCIÓN DEL APROVECHAMIENTO DEL AGUA A LA TIERRA. III.2. APROVECHAMIENTO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS QUE DAN LUGAR A LA SOBREENPLOTAÇÃO DE ACUIFEROS.—IV. EL CONSORCIO COMO FIGURA EXPLICATIVA DE LAS RELACIONES DEL SISTEMA ACUIFERO: IV.1. NOCIÓN DEL CONSORCIO. IV.2. EL CONSORCIO COMO SITUACIÓN ASOCIATIVA. IV.3. AMPLITUD DE LA FIGURA CONSORCIAL Y SU DISTINCIÓN DE OTRAS AFINES. IV.4. EL CONSORCIO REAL AGRÍCOLA. IV.5. CONSORCIO DE AGUAS.—V. CONCLUSIÓN

I. ANALISIS JURIDICO DE LA EXPLOTACION DE UN ACUIFERO

AFIRMA Alejandro NIETO que «el tratamiento normativo de las aguas subterráneas se encuentra extraordinariamente vinculado a su tratamiento técnico, el cual evoluciona con gran rapidez por los avances progresivos de la ingeniería y de la geología, que en todo caso afirman la infinita variedad de las condiciones reales del agua. Todo lo cual impide un

(*) Letrado del Instituto de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA).

planteamiento abstracto y formal del problema y exige un conocimiento directo de la variada realidad». Conforme por entero con la manifestación de estrecha vinculación del tratamiento jurídico al técnico, no parece, sin embargo, que la realidad de las aguas subterráneas sea tan variada que no permita presentar un esquema general o común de lo que es un acuífero.

El agua subterránea constituye, por cuencas, una perla unificada e indivisible. El subsuelo actúa como una esponja empapada de agua, en la que cada una de las gotas comunica con las demás. Esta es la razón por la que el alumbramiento de un caudal produce el descenso general del nivel freático, que se inicia ordinariamente en la forma de un cono invertido, que puede extenderse a muchos kilómetros de distancia; el descenso de nivel local, provocado por el alumbramiento, tiende a ser llenado por las aguas que se encuentran a nivel superior, cualquiera que sea la distancia, que se deslizan hacia el espacio vacío, bien sea rodando libremente o por absorción capilar a través de capas permeables.

Siendo esto así técnicamente, parece que hay que replantearse las formulaciones jurídicas tradicionales sobre las aguas subterráneas. Tal vez se insista demasiado en la fluidez y movilidad de estas aguas, sin tener muy en cuenta que están indisolublemente unidas al subsuelo que las contiene; tal vez su interdependencia con las superficiales impide aceptar que, sin embargo, tienen la autonomía suficiente y requieren por ello una regulación específica; posiblemente, por considerarlas, poco certeramente, como accesorias de los fondos, predomina la imagen de que son como la prolongación hacia el interior de la tierra de cada finca, cuando prácticamente no habrá predio rústico alguno con suficiente extensión para que tenga bajo él un acuífero propio y exclusivo. La verdad es que son estas concepciones las que coinciden mejor con los presupuestos que parecen haber inspirado nuestra legislación todavía vigente; un ejemplo de ésta que condensa esas ideas tradicionales podría ser el párrafo 1.º del artículo 23 de la Ley de Aguas, al decir que «el dueño de cualquier terreno puede alumbrar y apropiarse plenamente por medio de pozos artesianos y por socavones o galerías *las aguas que existan debajo de la superficie de su finca*, con tal que no dis-

traiga o aparte aguas públicas o privadas de su *corriente natural*.

También es cierto, sin embargo, que el legislador español de 1866-1879 tiene muy en cuenta las interconexiones entre aprovechamientos subterráneos al establecer las llamadas distancias áticas del artículo 24 de la Ley de Aguas y regular en el propio artículo 23 el llamado interdicto administrativo. Pero la concepción que parece latir en estas normas es la de que pueden surgir entre titulares de sondeos cercanos situaciones recíprocas excluyentes y no la de que existe necesariamente una relación multilateral (entre los diversos titulares de los pozos interconectados) referida a la unidad que es el acuífero y, por tanto, de signo concurrente.

I.1. DESCRIPCIÓN DE UN ACUÍFERO. SUS ELEMENTOS.

Conforme al esquema base de la Hidrogeología actual, un sistema acuífero viene a ser un conjunto dinámico de varios elementos que tiene suficiente autonomía y constituye una unidad de explotación de las aguas subterráneas.

Es dinámico porque (salvo en el supuesto de las aguas llamadas fósiles, que son como un simple «yacimiento» hídrico), sus aguas se renuevan con la recarga, de origen meteórico mediato o inmediato.

Es una unidad a la que se debe reconocer o conceder suficiente autonomía a efectos de su conservación y de su explotación racional, de la regulación de su aprovechamiento o disfrute, aunque esté integrado en el ciclo hídrico y sea o pueda ser, por consiguiente, interdependiente de otros acuíferos o de las aguas superficiales.

En el informe redactado por el Instituto Geológico y Minero, para la Presidencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, en noviembre de 1973, se decía que «sistema acuífero es el dominio dentro del cual se puede considerar que los movimientos de agua son independientes de las condiciones reinantes en el exterior. En otras palabras, es el dominio dentro del cual toda captación en un punto cualquiera puede tener una influencia o afección sobre el conjunto, pero no la tendrá más allá de sus

límites, ni siquiera al término de un largo tiempo (a escala humana)».

Esta doble idea de la relativa independencia del exterior y de la afección interna es la que determina el ámbito del acuífero. Como es lógico, sólo debe considerarse afección el deterioro de la calidad de las aguas que se vinieran ya aprovechando por anteriores alumbradores o la disminución del caudal realmente aprovechado, pero no la simple oscilación del nivel del acuífero.

En este conjunto, que hemos dicho que es el acuífero, podemos distinguir los siguientes elementos:

a) El perímetro. Resulta necesario concretarlo sobre la superficie terrestre, sobre el suelo, aunque éste en sí sea exterior al acuífero que se encuentra situado en el subsuelo. Se determinará con una línea poligonal continua y cerrada que una puntos conocidos del terreno. La técnica actual, que permite investigar cada acuífero y definirlo como tal, hace posible también su demarcación o delimitación real, al menos aproximada y a todos los efectos prácticos; se tratará simplemente de una especie de proyección ortogonal sobre la superficie terrestre del perímetro de la base de esa especie de cono invertido que, hablando *grosso modo*, viene a ser un sistema acuífero.

La fijación del perímetro del acuífero debiera tener importantes consecuencias jurídicas. El ideal sería que los terrenos comprendidos en él quedaran sujetos a un especial estatuto jurídico, definidor de los derechos y obligaciones de los titulares del dominio o del disfrute de tales terrenos.

b) El agua. Conviene distinguir entre las reservas y los recursos del acuífero. De modo gráfico, se ha dicho que son algo así como el capital —las reservas— y los intereses —los recursos— de una cuenta bancaria.

Desde la perspectiva en que estamos ahora hablando, contemplando el acuífero como una unidad del subsuelo, la reserva de agua es la parte integrante esencial del sistema acuífero, y los recursos renovables deben ser considerados como el fruto pendiente del mismo acuífero. Por consiguiente, como parte integrante o como fruto,

el agua de un acuífero, el agua subterránea, mientras es subterránea, mientras permanece bajo la tierra, debe ser considerada como bien inmueble (números 1.º, interpretado ampliamente, y 2.º del artículo 334 del Código Civil).

Como el acuífero forma parte del subsuelo, es lógico establecer una analogía entre él y la explotación minera, entre la reserva de agua y la mina y el recurso de agua y el mineral. La idea de DIEZ PICAZO, de considerar que los minerales son fruto de la mina, puede ser aplicada con mayor razón a los recursos de un acuífero porque éstos, como los propios frutos naturales, son renovables por obra precisamente de la misma naturaleza. La comparación que DIEZ PICAZO establece con respecto a las minas y los minerales entre «un capital y la renta de ese capital» puede aplicarse con mayor motivo a las reservas y recursos del acuífero. Pero jurídicamente es preferible hablar de fruto porque, como sostiene el propio DIEZ PICAZO, conforme a las modernas concepciones sobre los frutos, «es fruto en sentido jurídico lo que es renta en sentido económico».

- c) La roca. Aunque, conforme a su destino económico-social, hay que considerar el agua como elemento esencial del acuífero y a toda su masa sólida —empapada normalmente por el agua— como elemento secundario, también esta masa rocosa es parte integrante del sistema acuífero, tiene el carácter de bien inmueble y no es en ningún modo indiferente a la configuración y a la explotación del propio acuífero.

Esto implica que en el tratamiento de las cuestiones relativas a las aguas subterráneas haya que hacer auténticos planteamientos hidrogeológicos. La inseparable unidad de roca y agua lleva también aparejado el que no pueda atribuirse a las subterráneas la fluidez y movilidad de que a veces se habla, pretendiendo con ello su equiparación, a todos los efectos, a las superficies; se trata, por el contrario, de aguas con características propias que deben tener una reglamentación especial en determinados aspectos.

La masa mineral tiene también una influencia deci-

siva en la calidad de las aguas, problema que hoy tanto preocupa y con toda razón. Un acuífero salado o contaminado es de muy difícil recuperación y en la mayoría de los casos será preferible abandonarlo.

- d) Los sondeos. Necesarios para el alumbramiento y explotación de sus aguas, no puede decirse, sin embargo, que sean parte integrante del propio acuífero. Serán bienes inmuebles por incorporación (art. 334, 1.º, del C. C.) e *instrumenti aquae*, ya que su finalidad es siempre la explotación del agua.

I.2. INTERESES Y RELACIONES INTERNAS.

La explotación racional de un acuífero afecta al interés general o público y al interés común de los propietarios o titulares de derechos reales de disfrute de las tierras comprendidas en el perímetro del mismo acuífero. En cambio, en pura teoría y conforme a la estructura hidrogeológica del sistema acuífero, no cabrá mantener la plena legitimidad de intereses simplemente individuales sobre el mismo, o sea, de intereses exclusivos y excluyentes de cada uno de los dueños de las fincas que están situadas sobre el acuífero, porque el interés de cada uno de ellos aparecerá siempre relacionado y limitado por el de los demás, que se encuentran en la misma situación, sobre el perímetro del acuífero, es decir, integrando el interés común de todos ellos, una comunidad de intereses.

Vamos a intentar exponer los principios fundamentales de la legislación general todavía vigente y las posiciones alcanzadas por la doctrina más reciente al interpretarla, por si fuera posible avanzar algo más y acercarnos, en alguna medida, al espequeña jurídico que hemos esbozando y que creemos responde a la verdadera naturaleza de las aguas subterráneas.

II. PRINCIPIOS DE LA LEGISLACION ACTUAL Y SU INTERPRETACION DOCTRINAL

Prácticamente, excluimos de este análisis la explotación de aguas con pozos ordinarios (definidos en el artículo 20 de la Ley de Aguas) y el aprovechamiento de las llamadas aguas

subválveas porque son más bien cuestiones marginales en la problemática de las aguas subterráneas. La cuestión realmente importante y a la que nos venimos refiriendo es la que plantea la explotación de estas aguas por medio de pozos artesianos y, en algunos lugares (en especial en Canarias), por galerías.

II.1. PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD.

Un criterio doctrinal bastante extendido y recogido incluso por la jurisprudencia es el de considerar que las aguas subterráneas son accesorias de los fondos que están sobre ellas y pertenecen a los dueños de éstos. Tal opinión pretende fundarse en los artículos 350, 407, número 6.º, y 408, número 3 del Código Civil.

Como señala FERRARA, «el concepto de cosa accesoria es de naturaleza puramente subjetiva: es una conexión voluntaria, presuntiva, accidental, variable según las circunstancias y según los intereses individuales: accesorio es aquello que por voluntad de las partes, interpretado también según los usos del comercio, tiene un valor subordinado respecto de otra cosa principal».

El artículo 350 del Código Civil no se refiere propiamente a esta cuestión de la accesoriidad. Se limita a señalar que «el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella...», regulando la llamada extensión del dominio en sentido vertical que, como dice LACRUZ BERDEJO, es relativa, pues «depende del estado de la técnica en cada momento y de las posibilidades de influencia fructífera sobre el suelo y el subsuelo». Ya nadie pretende que en el artículo 350 del Código Civil esté recogido el postulado de que la propiedad se extiende *usque ad coelum et usque ad inferos*. Se ha intentado distinguir las capas del suelo y del subsuelo basándose en la teoría del interés. Y de acuerdo con ella —dice Alejandro NIETO— «el suelo llega hasta donde llega el interés de su aprovechamiento, y en el punto en que termina ese interés empieza el subsuelo. De aquí precisamente, y puesto que la profundidad del interés puede ser varia, que no pueda predeterminarse en abstracto el espesor del suelo».

En materia de aguas, el propio artículo 350 del Código Civil

se remite a la Ley especial y ésta, ante la evidencia de que la apertura de un sondeo puede afectar a otros preexistentes, establece las llamadas distancias áticas y el llamado «interdicto administrativo», que parecen basarse en un criterio de prioridad, dando preferencia, en los posibles conflictos entre propietarios de terrenos, al que se hubiese anticipado en el aprovechamiento de las aguas subterráneas.

Sin embargo, el repetido artículo 350 del Código Civil alude expresamente a «lo que está debajo» de la superficie del terreno y el artículo 23 de la Ley de Aguas permite apropiarse al dueño de «las aguas que existen debajo de la superficie de su finca». Y lo que ocurre es que esta hipótesis es prácticamente inexistente, porque el agua subterránea está embalsada e intercomunicada debajo de la extensión de todas las fincas comprendidas en el perímetro de cada acuífero, resistiéndose a cualquier delimitación que de ella quiera hacerse como proyección de los límites de los predios de la superficie. Conforme a esto, la solución lógica no sería la de la prioridad, la de la preferencia del que primer alumbre las aguas de un acuífero, sino la de la comunidad de intereses de todos los que puedan alumbrarla por ser dueños de las fincas de la superficie. Una interpretación teleológica de los preceptos citados del Código Civil y de la Ley de Aguas, debidamente coordinados, podría fundamentar la solución de la comunidad de intereses, superando la de la prioridad que parece deducirse de una interpretación literal. El artículo 3.º del Código Civil impone tener en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las mismas. Y la realidad social actual nos presenta nuevos datos muy importantes: de un lado, unos conocimientos científicos y técnicos sobre las aguas subterráneas y sus posibilidades de explotación, que desvirtúan de modo sustancial los presupuestos que parecía contemplar el legislador de 1879; y de otra parte, el que toda la propiedad inmueble ha de ser considerada dentro de una zona o sector, que el suelo posee hoy un puro valor instrumental y que ya no radica en él la «vis atractiva», sino en la capacidad de crear riqueza sobre él, lo que supone que es en el acuífero donde radica el valor fundamental y que es a partir de su contemplación como deben interpretarse y aplicarse las normas.

Tampoco los artículos 407, 6.º, y 408, 3.º, del Código Civil se refieren a la accesoriedad en sentido técnico-jurídico. Lo único que estos preceptos establecen es que las aguas subterráneas participan de la naturaleza de los terrenos en que existan o sean halladas, siendo públicas o privadas, según lo sean tales terrenos.

En lugar de hablar, pues, de accesoriedad, que, repetimos, es algo puramente subjetivo, convendría señalar que, conforme resulta de los artículos 417 del Código Civil y 18 y siguientes de la Ley de Aguas, los propietarios de los terrenos son los únicos legitimados para investigar y alumbrar en ellos aguas subterráneas. Sólo ellos pueden llevar a cabo estos trabajos o autorizar a otros para que los realicen.

Pero en esta legitimación del propietario, tal como aparece desarrollada en la Ley de Aguas, se observan dos supuestos suficientemente diferenciados. El primero de ellos se contempla en los artículos 18 a 21 de la Ley, que aluden únicamente al propietario (no al alumbrador) o exigen tan sólo autorización de la autoridad administrativa (no la concesión de que habla el artículo 25), cuando se trata de terrenos públicos, porque se refieren a la obtención de aguas por medio de pozos ordinarios, en los que no se puede emplear más motor que el hombre y que sólo tienen por objeto el atender al uso doméstico o a las necesidades ordinarias de la vida; se trata de una explotación de las aguas subterráneas (en este caso se las suele llamar freáticas) de escasa importancia, una especie de uso inocuo de estas aguas, razón por la cual se atribuyen en plena propiedad (arts. 18 y 21). En cambio, el segundo supuesto, contemplado en los artículos 22 a 25 de la propia Ley, parece responder a otros criterios: en ellos aparece como figura central la del alumbrador, que es quien asume la realización de los pozos artesianos, socavones o galerías y a quien se atribuyen las aguas alumbradas, siempre que las haga surgir a la superficie y mientras las controle, aunque salgan de la finca donde vieron la luz.

II.2. ATRIBUCIÓN DE LAS AGUAS AL ALUMBRADOR.

Se ha pensado que esta atribución de las aguas al alumbrador, a perpetuidad y aunque salgan de la finca donde fue-

ron alumbradas, revela que el legislador de 1879 quería premiarle el trabajo que cuesta hallarlas, elevarlas y transportarlas. Debemos, sin embargo, preguntarnos si hoy no han cambiado sustancialmente las circunstancias que rodean el alumbramiento y la explotación de las aguas subterráneas y si, por tanto, no debiera modificarse también el criterio legal. Hoy los planes de investigación de aguas subterráneas permiten conocer su existencia y, en muchos casos, cuando se ha llegado a la sobreexplotación, no sólo no es necesario fomentar su alumbramiento, sino que se hace preciso frenarlo o, al menos, regularlo urgentemente de modo racional.

En relación con estas cuestiones, podemos distinguir tres supuestos o momentos: aguas no halladas; aguas halladas y extraídas; y aguas halladas y no extraídas.

A) *Aguas no halladas.*

Parece preferible emplear el término «halladas» en lugar de «alumbradas», porque la palabra alumbrar es ambivalente y lo mismo puede significar extraer o hacer surgir a la superficie que alcanzar o descubrir.

En los trabajos que pueden conducir al hallazgo de las aguas subterráneas pueden distinguirse los de investigación y los que persiguen sacar a la luz las aguas. Los sondeos de investigación y de explotación tienen incluso características distintas.

La investigación de las aguas subterráneas debe ser una labor científica que tenga por finalidad conocer científicamente, la existencia y las circunstancias de un sistema acuífero fundamentalmente las reservas del mismo acumuladas durante milenios. Por esto es lógico que la investigación deba ser realizada por la Administración Pública y que a ella misma le corresponda controlar la labor subsiguiente de la puesta en explotación de las aguas.

En esta fase previa al hallazgo, las aguas que puedan existir en el subsuelo no pueden ser consideradas como cosas en sentido jurídico, como bienes. No son ni pueden ser objeto de apropiación (art. 333 del C. C.) porque se ignoran, aunque es obvio que podrá y deberá legislarse sobre ellas para el caso de que realmente sean halladas, no sólo porque se deben coor-

dinar los intereses particulares, sino, sobre todo, porque confluyen en la explotación racional de un acuífero el interés común de los propietarios de tierras comprendidas en su perímetro y el interés general o público que es preciso salvaguardar.

Creemos que no puede mantenerse la opinión bastante extendida de que estas aguas no halladas son *res nullius*, ya que las *res nullius* existen, se conocen y, si se trata de inmuebles, pertenecen al Estado como bienes patrimoniales (art. 21.1 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 y 51.1 de su Reglamento de 5 de noviembre de 1964). Las aguas subterráneas no halladas o descubiertas no se sabe si existen, no se conocen; simplemente, no son *res* en sentido jurídico.

B) *Aguas halladas y extraídas.*

Según los artículos 22, 1.º, de la Ley de Aguas, y 418 del Código Civil, pertenecen al alumbrador. «De hecho —dice NIETO— puede ser que el alumbrador sea al mismo tiempo el propietario del suelo; pero su apropiación se deriva entonces no de su condición de propietario, sino de la de alumbrador.» Se resalta así la figura del alumbrador, pero no cabe olvidar que sólo puede serlo el propietario o persona autorizada por éste, es decir, ha de tratarse de un alumbrador legitimado (como dueño o en lugar del dueño, con su autorización).

C) *Aguas halladas y no extraídas.*

Es el supuesto que conviene analizar con mayor cuidado; trátase de saber, dice NIETO, «la relación jurídica que tiene el alumbrador con el caudal que aún está sin extraer. El Derecho ha montado un doble mecanismo de garantías jurídicas: por un lado, declara la propiedad del agua ya separada y apropiada (art. 22); y por otro, como garantía de la permanencia de esa propiedad, establece un área de protección de la misma, de tal manera que no puede verse disminuida, impidiendo interferencias de terceros (art. 23). Dicho con otras palabras: el derecho dominical se extiende exclusivamente sobre el agua aflorada y apropiada, pero este derecho lleva anejo el reflejo de permitir la exclusión de las intervenciones de terceros que puedan afectar el manto subterráneo en una

medida que ponga en peligro el caudal alforado. Afirmaciones que, en definitiva, conducen a la tesis siguiente: *el alumbrador tiene derecho a extraer del caudal subterráneo una determinada cantidad de agua y el agua realmente extraída es de su exclusiva propiedad*. «De esta manera —añade NIETO— quedan compaginados los derechos individuales del alumbrador con los posibles derechos de otros futuros investigadores y, sobre todo, con el interés social de que las reservas hídricas sean aprovechadas lo más racionalmente posible. Obsérvese que esta tesis se apoya dogmáticamente en la teoría del interés: si hemos sentado que el propietario del suelo tiene derecho al subsuelo en la medida que éste sirva para garantizar el aprovechamiento de un caudal de agua, hay que admitir una esfera subterránea que la garantice, pero sólo en la medida que la garantice.»

Alude, pues, NIETO al interés social y al interés individual del alumbrador. Nosotros, a partir del planteamiento que venimos haciendo de considerar que es esencial la contemplación del sistema acuífero como una unidad con suficiente autonomía y de los intereses y relaciones internas que en él confluyen, creemos que es fundamental tener en cuenta el interés común, el interés de todos aquellos que por haber ya alumbrado aguas en el sistema o, simplemente, por ser titulares del dominio de las tierras comprendidas en su perímetro, tienen un derecho o, al menos, una expectativa jurídica, referidos a las aguas del acuífero. Este interés es superior y distinto al conjunto de los intereses particulares, es el interés de la comunidad que existe entre aquellos titulares de derechos o expectativas, aunque se trate tan sólo de una comunidad de intereses y no de derechos subjetivos porque todavía (debido a que el legislador no ha adecuado la norma a las exigencias de la realidad ahora conocida) no están jurídicamente protegidos.

El problema estará en si cabrá interpretar las normas vigentes para adecuarlas a esa realidad física, económica y social. Si en lugar de entender el artículo 23 de la Ley de Aguas en el sentido de que ampara intereses individuales que pueden estar recíprocamente encontrados, sería posible ver en él la disposición que procura coordinar esos intereses individuales, supeditarlos al interés común, regular la relación multilate-

ral, de signo concurrente, que se da entre todos los que, legítimamente, podrían y deberían aprovechar las aguas de un acuífero. Porque el interdicto administrativo y las acciones judiciales que pudieran plantearse conforme al artículo 23 de la Ley de Aguas sólo deberían poder fundamentarse en ese interés común, el único que tiene un pleno fundamento económico-social, atendidas las circunstancias de la realidad que se contempla y, por tanto, el único que merece protección.

¿Cabría argumentar, en defensa de esta tesis, que la hipótesis literal del artículo 23 no es la normal, que el supuesto a que se refiere de «aguas que existen debajo de la superficie de su finca» (la del «dueño de cualquier terreno») no responde a la realidad hoy conocida, ya que no hay aguas que estén debajo de la superficie de una finca, independientes de las aguas que están debajo de las fincas contiguas, sino que las aguas subterráneas están siempre intercomunicadas y embalsadas debajo de muchas fincas?

La doctrina ha ido tomando cada vez más conciencia de estos supuestos de hecho, hasta el punto de que GABALDÓN llega a escribir: «Los estudios hidrogeológicos ponen de relieve que en Canarias el atribuir de modo absoluto, sin matices ni limitaciones, derecho de propiedad sobre las aguas subterráneas al propietario del suelo equivalen en muchos casos a otorgársela sobre *algo que, cuando menos, le pertenecerá conjuntamente con otros*. Por eso aquí, si no se produce la general ablación de facultades dominicales del dueño de la superficie respecto del subsuelo, sí se facultad para que el Plan pueda establecer sistemas o modos de aprovechamiento que signifiquen la limitación y aun la privación a algunos propietarios de su derecho a perforar en suelo propio, pero *de modo tal que el beneficio sea común e incluso las obras, porque común a toda la zona es también, en rigor, el manto acuífero*». Se afirma incluso, pues, que las aguas pertenecen conjuntamente a varios, que el manto acuífero es común. Nosotros nos limitamos a insistir en la existencia de un interés común que es algo evidente y que podría bastar para justificar los planteamientos que venimos haciendo.

En tanto no se modifique la legislación vigente podría la jurisprudencia ir dando entrada a estas nuevas concepciones de la ciencia hidrogeológica y de la doctrina jurídica como exi-

gencia del sentido realista y finalista con que se debería aplicar la normativa actual. Así lo viene haciendo —señala SPOTA— la jurisprudencia norteamericana, según la «correlative rights doctrine», conforme a la cual todos los dueños de las heredades debajo de las cuales existen aguas que dependen de una misma cuenca o manto hídrico, deben aprovechar tales aguas en forma igual o proporcionada. De esta manera ninguno de los propietarios puede usar de esas aguas, que son alimentadas por una misma cuenta, de tal modo que perjudique a los otros vecinos. La cuota que corresponde a cada uno sobre las aguas pertenecientes a esa cuenca común se determina de acuerdo con la regla del uso «razonable».

II.3. CONTENIDO DE LA PROPIEDAD DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.

Sabido es que la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866-1879 se preocupaba de distinguir el aprovechamiento del dominio.

Aunque esta distinción la refieren los redactores de la Exposición de Motivos a las aguas públicas y a los aprovechamientos que se deriven de la concesión de las mismas, denotan una intención del legislador que no es posible ignorar cuando los nuevos conocimientos científicos evidencian que los presupuestos y finalidades que inspiraban esa doctrina se dan también con referencia a las aguas privadas, incluso las subterráneas: cosas comunes o sobre las que, al menos, existe un interés común; impedir abusos que causen perjuicios, evitar conflictos, etc.

Este matiz especial de que está dotado el dominio de las aguas en la Ley que lo regula y que quiso destacar la propia Exposición de Motivos cuando distinguía entre dominio y aprovechamiento, hace que ALONSO MOYA afirme que entre los derechos de los dueños de las aguas de dominio privado no son apenas predicables aquellas viejas facultades de sabor romanístico y medieval de *ius abutendi, disponendi y vindicandi*.

También LACRUZ BERDEJO sostiene que cuando el Código habla de «el aprovechamiento de las aguas de dominio privado» (título de la sección tercera) da a entender que el

propietario privado no tiene la verdadera propiedad de las aguas (así, conforme al artículo 412, «el dueño de un predio... puede aprovechar sus aguas»). Y para confirmar esta opinión argumenta que en cambio, a tenor del artículo 418, «las aguas alumbradas conforme a la ley especial de aguas *pertenecen* al que las alumbró», deduciendo que la verdadera propiedad privada sobre las aguas sólo puede nacer hoy sobre las subterráneas.

Nosotros creemos que también para estas aguas subterráneas o, mejor, para el supuesto verdaderamente importante de explotación de las mismas por sondeos artesianos, que es al que nos venimos refiriendo, es de aplicación el criterio de que su propiedad queda esencialmente reducida a la facultad de aprovecharlas.

El término «*pertenecen*», del artículo 418 del Código Civil, no es suficientemente significativo y, en todo caso, parece que la pertenencia —su mayor o menor extensión— tendría que determinarse conforme a la Ley especial de aguas a la que el propio precepto alude. Recordemos que esta Ley sólo emplea la expresión «plena propiedad» en los artículos 18 y 21, que se refieren a la obtención de agua por medio de pozos ordinarios, supuesto en el que, por tratarse de una extracción sin importancia, no hay inconveniente en admitir el dominio en toda su amplitud. No es que en los artículos 22 y 23 se emplee expresamente el término aprovechamiento al regular el alumbramiento por medio de pozos artesianos, socavones o galerías; se usan términos amplios, pero menos concluyentes que los de plena propiedad; ser dueño a perpetuidad de las aguas realmente extraídas parece significar, en el contexto del artículo 22, aprovecharlas mientras sean controladas por el alumbrador, de modo similar a como el artículo 416 del Código Civil y 1.º de la Ley de Aguas permite aprovechar las pluviales al dueño de un predio (supuesto que se considera de aprovechamiento y no de dominio pleno); la referencia a la extensión del derecho del alumbrador sobre las aguas se hace al tiempo —«perpetuidad», «conservar el dominio»— y no al contenido, que no tiene por qué ser más amplio en el caso de las aguas subterráneas que de las demás privadas; lo que sí es lógico y está implícito en los artículos 22 y 23 de la Ley, es que el aprovechamiento puede realizarlo por sí el alumbrador

o cederlo a otro, precisamente porque puede no tener otro modo de ejercitar su derecho (alumbrador que no disponga de fincas propias aptas para el riego). El artículo 23 se refiere al alumbrador que, además, es propietario de una finca y dice que puede «apropiarse plenamente» las aguas que existen debajo de la superficie; luego parece considerar que no le pertenecen, ya que ha de apropiarse de ellas y nadie tiene que apropiarse de lo que ya es suyo; posiblemente lo que se quiere expresar con el término apropiarse sea la idea de aprovechar las aguas por sí o cediendo a otros el uso de las mismas.

El párrafo 2.º del artículo 22 de la Ley de Aguas se refiere al supuesto en que el dueño de las aguas alumbradas no construyese acueducto para conducir las por los predios inferiores que atravesasen y las dejase abandonadas a su curso natural, disponiendo que entonces entrarán los dueños de estos predios a disfrutar del derecho eventual que les confieren los artículos 5 y 10 respecto de los manantiales superiores. Y el artículo 419 del Código Civil establece que estas aguas abandonadas a su curso natural serán de dominio público. Esta similitud de regulación de las aguas subterráneas no controladas ya por el alumbrador y de las aguas superficiales y la remisión concreta que el artículo 22 de la Ley hace al artículo 5.º de la misma, permiten sostener que, tal como reza el propio artículo 5.º, las aguas subterráneas controladas también «pertenecen al dueño respectivo para su uso o aprovechamiento», o sea, con la misma extensión con que las aguas de manantiales se atribuyen a los propietarios de los predios en que nacen continua o discontinuamente y mientras discurren por ellos. La diferencia entre la propiedad sobre los manantiales y sobre las aguas subterráneas parece estar en que al dueño de aquéllos no se le permite almacenar los caudales y el de las segundas los tiene ya almacenados, dispone de un estanque subterráneo que puede controlar. Pero el contenido de la propiedad debe ser el mismo en uno y otro caso.

III. APROVECHAMIENTO

Así, pues, aunque se atribuya la propiedad de las aguas al alumbrador, puede mantenerse que las únicas facultades del propietario son precisamente las llamadas de aprovechamien-

to (usar, disfrutar y consumir o ceder el fruto, o sea, las aguas extraídas), tal como hemos expuesto anteriormente, con una interpretación que creemos respeta el contenido esencial de esta propiedad.

El alumbrador tiene derecho a extraer del acuífero una determinada cantidad de agua y el agua realmente extraída puede ser aprovechada por él en el sentido que acabamos de señalar. Pero el inconveniente de esta formulación del derecho del alumbrador, que parece ajustarse a las normas vigentes, estriba precisamente en que no es obligatorio el aforo del caudal alumbrado y su inscripción en el Registro de la Sección de Minas de las Delegaciones de Industria y Energía, con lo cual no resulta determinado tal derecho. Debiera establecerse la obligatoriedad del aforo y su inscripción para posibilitar el control de la Administración, incluso para poder dictaminar si existe o no afección entre diferentes sondeos, porque ésta sólo tiene lugar en su sentido propio cuando se merman la cantidad o calidad de las aguas alumbradas.

También podría ayudar esta concreción del caudal a una aplicación de las normas vigentes que tuviera en cuenta la existencia de la comunidad de intereses de que venimos hablando —y no el mero interés individual—, de modo que se coordinasen al menos los concretos derechos de cada uno, procurando un aprovechamiento proporcionado, un uso razonable.

La aplicación de la regla del uso razonable y su desarrollo en normas complementarias de las vigentes y compatibles con ellas podría paliar también situaciones de aprovechamiento de aguas subterráneas que resultan cada vez más preocupantes. Nos referimos a los casos en que se produce el que ha sido llamado «mercado de aguas» y a la sobreexplotación de muchos acuíferos, fenómenos que muchas veces aparecen unidos porque se presentan, lógicamente, en las zonas semi-áridas de nuestro país, donde la demanda de recursos hídricos es mayor.

III.1. LA FALTA DE ADSCRIPCIÓN DEL APROVECHAMIENTO DEL AGUA A LA TIERRA.

El Consejo de Estado opinó que los problemas que plantea la existencia del mercado de aguas deberían ser también

objeto de meditación en relación con las aguas subterráneas alumbradas por los particulares. Son notorios los abusos que se producen en provincias y regiones en las que el regadío es el único medio posible de cultivo y éste se provee por medio de particulares o sociedades que emplean su capital en buscar y alumbrar aguas; frecuentemente se hace pagar el agua en momentos de escasez a precios fabulosos que comprometen o hacen desaparecer los legítimos beneficios que en buena parte corresponden a los cultivadores de la tierra. La unión biológica de la tierra y el agua comporta la necesidad de no desconocer este aspecto económico, el cual viene intervenido por el Estado en otros órdenes de la producción agrícola, como sucede en los precios de las semillas, abonos minerales, venta de los productos, etc.».

El problema tiene su raíz en no haber establecido el legislador algún medio que obligase a la adscripción del agua a la tierra que naturalmente debería beneficiarse de los caudales alumbrados, consecuencia lógica de esa «unión biológica» de la tierra y el agua a la que alude el Consejo de Estado. No deja de ser paradójico que se parta del principio de accesoriedad para justificar el alumbramiento de las aguas subterráneas por el propietario del terreno y que después se permita disponer libremente de los caudales extraídos sin imponer que lo que se ha considerado accesorio —el agua— se destine al cumplimiento de los fines de lo que se ha estimado principal, o sea, al cultivo de la tierra.

El propio Consejo de Estado, al ofrecer dos soluciones alternativas al problema de la naturaleza de las aguas subterráneas, con motivo de la reforma de la Ley de Aguas, mantiene en todo caso la accesoriedad del aprovechamiento del agua al predio y la indisponibilidad de aquél con independencia de éste. En el supuesto de mantener el principio de la naturaleza privada de estas aguas, se haría «limitando el contenido y alcance de tal derecho de propiedad, lo cual es perfectamente posible dado el carácter abstracto y elástico de dicho derecho, que permite su subsistencia como derecho perfecto, aun privado de cualquiera de sus facultades, como sería en este caso la facultad de disposición de las aguas no usadas».

III.2. APROVECHAMIENTO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS QUE DAN LUGAR A LA SOBREEXPLORACIÓN DE ACUIFEROS.

El problema de la sobreexplotación o sobreproducción, que implica una explotación permanente de las reservas del acuífero, constituye una situación bastante generalizada en la región murciana, como ocurre también en la provincia de Almería, en algunas zonas de la de Alicante y en las islas Canarias y Baleares.

Las mismas consideraciones que acabamos de hacer para el supuesto de ejercicio abusivo de la disponibilidad de caudales de aguas subterráneas, podrían servir para justificar medidas administrativas que remediasen la anarquía que supone el estar agotando muchos acuíferos, situados bajo las tierras más sedientas, en perjuicio, muchas veces, de los mismos que, más o menos inconscientemente, están participando en esta acción, y siempre de terceros y de la propia riqueza nacional.

La contemplación de estos problemas y la necesidad de que sean adoptadas medidas legales y administrativas que procuren remediarlos, nos ha llevado a preguntarnos cuál puede ser la figura jurídica apropiada para la regulación de las relaciones que normalmente pueden existir entre los interesados en la explotación de un acuífero.

IV. EL CONSORCIO COMO FIGURA EXPLICATIVA DE LAS RELACIONES JURIDICAS DEL SISTEMA ACUIFERO

Puesto que el término consorcio viene siendo usado con bastante ambigüedad y se trata de una figura jurídica poco estudiada todavía por nuestra doctrina, intentaremos exponerla brevemente. El tema en sí merece un tratamiento mucho más amplio, pero el abordarlo aquí no resulta posible.

IV.1. NOCIÓN DEL CONSORCIO.

Una idea inicial y amplia del consorcio puede ser la de asociación de personas físicas o jurídicas, libremente creada

o impuesta obligatoriamente, para la satisfacción en común de una necesidad propia de estas personas».

El elemento característico del consorcio consiste en que su constitución tiene como presupuesto básico *una situación objetiva idéntica* para todos aquellos que participan en él y de la cual precisamente deriva aquella *necesidad común* que se intenta satisfacer conjuntamente a través de su creación.

Normalmente esta situación y esta necesidad, comunes a los consorciados, tienen un relieve especial que *afecta no sólo a los intereses particulares, sino a los de la colectividad*. De aquí el que la constitución del consorcio se pueda imponer en muchos casos, de modo que estén *obligados a participar* en él todos aquellos que, por encontrarse en la misma situación objetiva, tengan un *interés común que repercute notablemente en el interés social*.

Por la misma razón, se puede imponer coactivamente a todos los que se encuentren en esa situación objetiva común la obligación de sostener proporcionalmente las cargas que se deriven de la realización del interés común mediante la constitución del consorcio.

IV.2. EL CONSORCIO COMO SITUACIÓN ASOCIATIVA.

La relación asociativa es definida por Paolo GRECO como aquella relación jurídica «en la que los sujetos se presentan en posiciones colaterales y no antitéticas, dando lugar a la existencia de una esfera de medios y de actividades comunes a ellos, destinada a realizar, en el aspecto interno, resultados de interés común». Y distingue los siguientes tipos:

- a) Relaciones asociativas con actividad esencialmente conservativa y consuntiva: comunidades.
 - b) Relaciones asociativas con actividad esencialmente productiva de un resultado que se determina en la misma esfera de la asociación: sociedades.
 - c) Relaciones asociativas cuya actividad se ejercita mediante la organización conjunta, pero cuyo resultado recae directamente en la esfera de los intereses de los singulares partícipes: consorcios.
-

El consorcio es, pues, esencialmente un ente asociativo de mediación, un instrumento por medio del cual determinados sujetos proveen mejor al cumplimiento de una actividad en la que tienen un interés preexistente y común, de modo que aunque los actos del consorcio sean imputables al mismo (si se le reconoce personalidad jurídica) los efectos de tales actos se producen en la esfera jurídica de los consorciados. O como dice Nieto, «los actos que realiza el consorcio se imputan jurídicamente al mismo, pero los efectos económicos, a los socios; lo que significa, en definitiva, una rigurosa distinción entre la imputación jurídica y la imputación económica».

El mismo NIETO señala también: «El primer dato esencial estriba en que en el consorcio (a diferencia de en la sociedad) no se crea un nuevo centro de intereses, sino que cada socio conserva su interés propio, y lo único que hace es encomendar la gestión de su interés al nuevo ente: el consorcio es, pues, un ente de gestión. Nosotros matizaríamos esta apreciación de NIETO en el sentido de que el interés cuya gestión se encomienda al consorcio no es sólo el particular de cada uno de los socios, sino el interés común de todos los consorciados, superior y distinto a cada interés particular.

IV.3. AMPLITUD DE LA FIGURA CONSORCIAL Y SU DISTINCIÓN DE OTRAS AFINES.

Dado que el fenómeno que acabamos de reseñar puede darse en los campos más dispares y en las hipótesis más diversas, la institución del consorcio tiene una aplicación general, ya sea en Derecho Público, ya sea en Derecho Privado. La legislación y la doctrina italianas, que son las que lo aplican con mayor profusión, distinguen fundamentalmente tres hipótesis: de propietarios o poseedores de fincas, de Entidades locales y de empresas o industrias. Las dos primeras se consideran como *species* del mismo *genus*, porque ambas tienen por objeto la realización de una obra o la prestación de un servicio en interés común de los consorciados. Los consorcios mercantiles o industriales tienen por objeto la reglamentación de las relaciones recíprocas de las empresas consorciadas en el ejercicio de su actividad individual y son considerados como contratos.

Sobre esta base, y para corroborar la peculiaridad de la figura consorcial, señalamos a continuación algunas de sus diferencias con otras afines:

Con la Comunidad.

En la Comunidad se toma en consideración la unidad objetiva de la cosa, el derecho real o de crédito e incluso el interés común, sobre los que recaen la pluralidad de relaciones jurídicas de la misma naturaleza correspondientes a varias personas, por lo cual estas personas deben unirse sólo para su administración y mejor aprovechamiento.

En cambio, en el consorcio varias personas se asocian para perseguir un objetivo que interesa a todas, satisfaciendo contribuciones proporcionales a las ventajas que obtienen. En él se mantienen las titularidades separadas de los bienes o patrimonio de cada consorciado, sin perjuicio de que pueda existir también un patrimonio consorcial común a los asociados.

Con la Asociación.

Aunque el consorcio es una relación asociativa y por tanto una asociación en sentido amplio, cabe distinguirlo de las asociaciones consideradas en sentido estricto. Si la asociación no persigue ventajas de carácter patrimonial, la diferencia será clara, ya que los consorciados buscan siempre una utilidad económica.

En general, respecto de todo tipo de asociaciones, la característica diferencial del consorcio estriba en que, con su constitución, no se crea *ex novo* una comunión de intereses, sino que el interés común preexiste objetivamente por razón de situación física o productiva y el consorcio es un simple medio de realización de ese interés común. En cambio, en la asociación no existe previamente un interés común de los asociados, sino que éste se crea artificialmente.

Con la Sociedad.

Además de las diferencias que se acaban de señalar respecto de todas las asociaciones (puesto que la sociedad es

también asociación), cabe añadir la de que en la sociedad varias personas ponen en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias, mientras que en el consorcio las personas sólo tienen en común un interés para cuya consecución es precisamente para lo que se obligan —únicamente— a satisfacer una contribución y a constituir (no en todos los casos) un patrimonio.

Con las mutuas y cooperativas.

Mientras los consorcios tienen como objetivo el disciplinar la actividad coincidente de los consorciados o llevar a cabo obras y servicios que satisfagan su interés común preexistente y aumenten el provecho particular de todos y cada uno, las mutuas y cooperativas persiguen la finalidad de auxiliar la actividad de los asociados eliminando el provecho de los intermediarios, de modo que aquéllos obtengan ventajas acudiendo directamente a los servicios de la Entidad.

IV.4. EL CONSORCIO REAL AGRÍCOLA.

Al objeto de nuestro estudio, es necesario concretar la figura consorcial que creemos válida para regular muchas de las situaciones que se presentan en el campo de la agricultura con motivo de mejoras de interés común y, en concreto, con motivo del aprovechamiento común de las aguas.

En la legislación agraria italiana encontramos numerosas figuras denominadas consorcios, algunas de las cuales no responden a la verdadera naturaleza de éstos. Nosotros nos vamos a centrar en la que creemos típica del Derecho Agrario y que, siguiendo a MILANI, consideramos consorcio real agrícola, presentando las notas que lo definen y que hacen de él una institución con características propias perfectamente aplicable a nuestra realidad o actividad agrarias.

Delimitación técnico-jurídica del consorcio real agrícola.

Sus características serán reflejo y concreción de las señaladas al formular la noción general de consorcio:

- a) El presupuesto de la situación objetiva, idéntica para

- todos los que participan en el consorcio, se concreta en el real agrícola en la existencia de un perímetro que comprenda las fincas de los consorciados. Aunque no se trate de un «coto redondo», las fincas consorciadas estarán más o menos cercanas unas de otras y en la misma o análoga relación de dependencia respecto del elemento determinante o condicionante de la mejora común, veribigracia: el caudal de agua que posibilite la transformación en regadío de la zona consorcial.
- b) Esta relación de dependencia similar para las fincas de los consorciados será la que motivará su interés común para la satisfacción de una necesidad o utilidad igualmente comunes y preexistentes a la decisión de constituir el consorcio.
 - c) La situación objetiva idéntica y el interés y utilidad comunes que de ella se derivan hacen referencia, fundamentalmente, a los fondos. Los derechos de los consorciados y el fin que persiguen con la constitución del consorcio son inherentes a las fincas, no se refieren a las personas como tales, sino a los bienes que pertenecen a estas personas.

«Mientras en las asociaciones —dice FERRARA— la cualidad de asociado depende libremente de la voluntad de las personas que se asocian, en los consorcios la cualidad de asociado se liga objetiva y realmente a la propiedad y a la posesión de un determinado fundo. Forman parte del consorcio sólo los propietarios y poseedores de los fondos, y puesto que la cualidad de consorciado está ligada a la posición del propietario o poseedor y prescinde de la individualidad de la persona, cuando cesan en la propiedad o posesión salen también del consorcio, por lo cual imaginativamente los consorcios han sido llamados asociaciones de fondos.»

Esta es una de las características esenciales del consorcio real agrícola: que los consorciados lo son *propter rem*, que hay en esta institución un predominio del *intuitus rei* sobre el *intuitus personae*.

- d) Las mejoras posibles en los fondos consorciales no pueden quedar al arbitrio de los propietarios y poseedores, porque, además del interés de cada uno y del interés co-
-

- mún, concurre siempre en el consorcio un interés superior, un interés social. Este interés superior puede verse en el cumplimiento de la llamada función social de la propiedad, en la preocupación por los intereses de las generaciones futuras o, simplemente, en la necesidad de conservación o creación de riqueza en beneficio de la economía nacional, pero llevará siempre aparejado el que podrá imponerse la participación en el consorcio de los propietarios y poseedores de fincas de la zona consorcial.
- e) Esta obligación de participar en el consorcio lleva consigo la de contribuir a los gastos de realización y conservación de la mejora común. Y este deber de contribuir que incumbe a los consorciados no es meramente personal, sino una «carga real» que grava los fundos y que pasa a sus adquirentes, a título universal o particular.
- Esta es la segunda característica esencial del consorcio real agrícola, que —con la del predominio del *intuitus rei* y en íntima conexión con ella— lo elevan, como dice FERRARA, a figura jurídica propia.
- f) El cumplimiento de esta obligación del consorciado de contribuir a los gastos de ejecución y mantenimiento de la mejora común, por ser una «carga real», deberá poder ser exigido mediante una acción privilegiada.

Interés de esta figura del consorcio real agrícola para la regulación de diversas situaciones jurídicas agrarias.

Esta institución del consorcio real agrícola puede ofrecer un marco jurídico válido para la regulación de numerosas situaciones jurídicas agrarias, en las que, como dice FERRARA, estará siempre el interés de la tierra en una posición central.

Su flexibilidad para adaptarse a muy diversas situaciones, su fundamentación en el principio de solidaridad y su inspiración en un *ius fraternitatis* hacen de la figura consorcial una institución verdaderamente interesante para solucionar no pocos problemas económico-sociales del mundo agrario.

Al objeto de nuestro estudio, interesa que analicemos la posibilidad de aplicación del consorcio real agrícola a las cuestiones de aprovechamiento de las aguas, en particular de las subterráneas.

IV.5. CONSORCIOS DE AGUAS.

Además de los consorcios intermunicipales para abastecimiento de agua a las poblaciones, que son netamente administrativos y están contemplados en el Reglamento de las Corporaciones Locales de 17 de julio de 1955, existen en nuestro Derecho Positivo verdaderos supuestos de consorcios para el aprovechamiento común de las aguas. Las asociaciones de propietarios a que se refieren los artículos 197 y 198 y las Comunidades de Regantes, reguladas en los artículos 228 y siguientes de la Ley de Aguas, tienen todas las características de los consorcios. Pero hemos de limitarnos a analizar los de aguas subterráneas.

El Consorcio de aguas subterráneas.

Aunque existen por casi toda la geografía nacional muy diversas situaciones de aprovechamiento conjunto de aguas subterráneas, hasta ahora únicamente han merecido la atención del legislador los Heredamientos y Comunidades de Aguas en Canarias, regulados por la Ley de 27 de diciembre de 1956.

En las demás regiones, queda a la iniciativa privada la regulación de estos aprovechamientos conjuntos, acogiéndose a las fórmulas más diversas: Sociedades Civiles, Asociaciones de interés particular, Grupos de Colonización (ahora denominados Sociedades Agrarias de Transformación), Comunidades Privadas de Regantes, copropiedades por cuotas, constitución de servidumbres, etc.

Pocos son los casos en que estas situaciones se configuran acercándose al menos a las exigencias que se derivan de la naturaleza del acuífero en explotación. La concepción exageradamente privatística de las aguas subterráneas, la accesoriadad de éstas respecto del fundo en que son alumbradas, la no adscripción del agua a la tierra, la disponibilidad plena de los caudales extraídos (en definitiva, la supeditación del interés común, e incluso del interés social, a los intereses particulares), dan lugar a regulaciones que distan de la equidad en no pocas ocasiones.

Nosotros creemos que es el consorcio real agrícola la fi-

gura jurídica que explica perfectamente el conjunto de relaciones que concurren en la explotación adecuada de un acuífero; o sea, la que responde a su verdadera entidad física y económico-social.

Para la configuración de este consorcio de aguas subterráneas debemos partir de la consideración unitaria del acuífero, como conjunto de los elementos que han quedado expuestos, y puede ayudarnos a sistematizar sus peculiaridades el referirnos a los intereses que concurren en su explotación.

(A) *Características relacionadas con el interés social.*— El interés general o social es el que justifica la intervención administrativa en la medida que sea necesaria para proteger aquél y no sólo con límites negativos, sino, preferentemente, con medidas positivas. Esta intervención de la Administración en la constitución y funcionamiento de los consorcios de aguas subterráneas dará lugar, fundamentalmente, a lo siguiente:

- a) Los consorcios quedarán siempre sujetos a los Planes del Agua, Nacional, por cuencas, y de Investigación, Gestión y Conservación de Acuíferos. Esta supeditación a la planificación de las aguas continentales, con la regulación conjunta de las superficiales y subterráneas, podrá dar lugar a diferentes medidas: utilización del acuífero como embalse subterráneo, constitución de consorcios de segundo grado, reserva de caudales a favor de Entidades Públicas, etc.
- b) Podría imponerse por la Administración la obligación de constituir el consorcio en determinados supuestos, como el de que se hubiera establecido previamente un perímetro de protección, verbigracia: en los casos de sobreexplotación de un acuífero.
- c) Los consorcios de aguas gozarán siempre de una acción privilegiada para hacer efectivas las participaciones de los consorciados en los gastos comunes, en proporción a las ventajas de cada uno. Esta contribución a los gastos constituirá una carga real que afectará a las fincas consorciadas y podrá ser exigida por vía de apremio.
- d) Estos consorcios gozarán siempre de preferencia para la

obtención de los auxilios técnicos y económicos —préstamos y subvenciones— concedidos por el Estado, Organismos Autónomos, Banco de Crédito Agrícola, etcétera, para las transformaciones y mejoras de regadío.

- e) Determinados acuerdos de especial importancia, como los relativos a la aprobación o modificación de los Estatutos del Consorcio, deberán ser homologados por la Administración Pública de las Aguas. Pero sería excesiva la intervención administrativa que exigiese la aprobación de los acuerdos de todo tipo; en muchos casos bastará con la comunicación de los mismos al Organismo Administrativo correspondiente.

B) *Características relacionadas con el interés común.*—

La comunidad de intereses, determinante de la constitución de un consorcio de aguas subterráneas, producirá las siguientes consecuencias:

- a) Delimitación del perímetro consorcial por la autoridad administrativa correspondiente, a iniciativa de la mayoría de los interesados que hayan de beneficiarse de las obras comunes proyectadas o aprovechar en común las ya ejecutadas. En algunos supuestos, como en los casos de sobreexplotación, la delimitación del perímetro podría establecerse de oficio.

Esta determinación de la zona consorcial deberá ser suficientemente flexible, dada la diversidad de situaciones que se pueden presentar. Pero una vez fijada, y como consecuencia del *intuitus rei*, todos los propietarios y poseedores de fincas comprendidas en la zona estarían obligados a formar parte del consorcio que se constituya, con posibilidad de llegar a la expropiación de las mismas si rehusaren integrarse en él.

- b) Las autorizaciones administrativas para el alumbramiento de las aguas subterráneas e instalaciones necesarias para su explotación deberán ser otorgadas siempre al consorcio constituido o en trámites de constitución, ya que es éste el que detenta la comunidad de intereses relativa al aprovechamiento de los recursos del acuífero. En todo caso, si se otorgaran nuevas licencias o concesiones del
-

mismo acuífero, deberá imponerse la integración en un consorcio ya constituido o la constitución de un consorcio de segundo grado. Por análogas razones, en los supuestos de ampliación de perímetros podrá establecerse la condición de incorporación al consorcio de nuevos regantes.

- c) Puesto que el acuífero constituye un todo unitario y se produce, según se deduce del esquema físico-jurídico del mismo, el fenómeno de que la *vis atractiva* radica en el elemento creador de riqueza que es el agua subterránea—teniendo el suelo un simple valor instrumental, es fundamental la adscripción de agua y tierra, de modo que las participaciones en el aprovechamiento de los caudales sean anejas e inseparables de cada finca consorcial, configurándose aquéllas como objetos de derechos subjetivamente reales de los que son titulares los propietarios de las fincas, por lo que, propiamente, no existe cotitularidad sobre los caudales del consorcio. Por ello precisamente se producirá:

- 1.º La indisponibilidad de las participaciones de agua separadas de la tierra y de ésta separada de aquéllas. La no disposición, por separado, de estos elementos comprenderá también, como es lógico, el embargo y la hipoteca de los mismos.
- 2.º La improcedencia de la acción divisoria respecto de los caudales consorciados.
- 3.º La improcedencia del retracto de comuneros en cuanto a los mismos caudales.

Esta adscripción de agua y tierra y los caracteres que de ella se derivan denotan también que el consorcio real es, en principio, perpetuo; nacerá siempre con un propósito de permanencia, de modo que, normalmente, sólo la pérdida total de los caudales, la no rentabilidad de las explotaciones u otra causa de fuerza mayor dará lugar a su disolución.

C) *Características relacionadas con el interés particular.*— Como este interés individual de cada uno de los consorciados tiene que estar siempre supeditado al interés común y al in-

terés general, éstos vendrán a ser delimitadores de la esfera de aquél. Tales intereses superiores vendrán a configurar y tipificar la que podríamos llamar propiedad consorcial, conforme a los caracteres que acabamos de señalar. Sistematizados u ordenados éstos, podríamos obtener las líneas básicas del estatuto jurídico especial de esta propiedad consorcial que, sin afectar al contenido esencial del dominio, delimitara perfectamente los derechos y obligaciones de cada titular de fincas de la zona. Con el mismo fundamento con que hablamos de propiedad horizontal —y, en el fondo, por análogas razones— podríamos hablar de propiedad consorcial.

El consorcio en el supuesto de acuíferos sobreexplotados.

Este consorcio no será un consorcio de usuarios de aguas subterráneas, porque no se puede imponer, conforme a la legislación vigente, la adscripción de agua y tierra; sino un consorcio de titulares de caudales, con independencia de su posible condición de usuarios de los mismos.

La determinación del acuífero exigirá la fijación de su perímetro, dentro del cual quedarán comprendidos todos los sondeos que se alimentan de aquél. Y también parece lógico que se señale un polígono de aplicación del agua (aunque sea mucho más amplio que el del acuífero y determinable con criterios flexibles) para evitar situaciones anárquicas e impedir, en lo posible, el grave problema de la especulación del agua.

El análisis de las peculiaridades del consorcio de las aguas de un acuífero sobreexplotado nos lleva a señalar los siguientes extremos:

A) *Objetivo.*—La finalidad fundamental que persigue la constitución de un consorcio en el caso de sobreexplotación de un acuífero es la creación de un órgano de gestión y control de las aguas del mismo que hasta entonces se están explotando independiente e individualmente —incluso anárquicamente— en perjuicio del interés común de los titulares del aprovechamiento de los caudales alumbrados y del interés general.

La única forma de remediar la situación a que se ha lle-

gado, de procurar un «uso razonable» de las aguas del acuífero sobreexplotado, será la de promover ese órgano de gestión común que, en aras de esos intereses superiores y en defensa de los de todos los afectados, los coordine debidamente. Esta coordinación de intereses exigirá casi siempre la afectación proporcionada y equitativa de los intereses particulares: disminución de los caudales aprovechados hasta entonces por cada uno de los afectados, cierre de pozos y apertura de otros más adecuados, mejoras de los regadíos para permitir mantener los cultivos a pesar de la reducción de caudales, etc. Y para todo ello son imprescindibles la participación decidida y efectiva de los interesados y el impulso, auxilio y asesoramiento de los Organismos correspondientes de la Administración Pública.

B) *Promoción*.—Las situaciones de sobreexplotación de acuíferos son científicamente conocidas por los estudios ya realizados (Planes de Investigación y de Gestión y Conservación de acuíferos) y se ponen de manifiesto, de modo evidente, por el descenso continuado de niveles de los sondeos de las zonas afectadas. Hasta ahora lo único que se ha intentado es detener el proceso de deterioro de los regadíos de tales zonas, estableciendo los correspondientes perímetros de protección. Pero las disposiciones de la Administración que crean estos perímetros se limitan a prohibir que se lleven a cabo nuevos alumbramientos y captaciones de aguas subterráneas dentro de las áreas definidas por las mismas, así como la modificación de las actuales instalaciones elevadoras que impliquen un aumento de los caudales alumbrados.

Parece lógico que deberían completarse estas medidas con la promoción en estos casos de un consorcio de los titulares de aprovechamientos de las aguas subterráneas comprendidas en el perímetro de protección, ya que únicamente de este modo se pueden lograr soluciones más eficaces y equitativas. Esta práctica administrativa, ya admitida, de la fijación de perímetros de protección puede ser, pues, ocasión y motivo para promover estos órganos de gestión conjunta de las aguas de acuíferos sobreexplotados, y las mismas disposiciones que crean tales perímetros podrían fijar las bases de constitución de los consorcios. Esto no obstante, también sería necesario

promoverlos en todos aquellos casos en que los Planes y la realidad misma revelasen la existencia del fenómeno de sobreexplotación, aunque no tuviese lugar la declaración de perímetro protegido. Sería muy conveniente que se dictasen unas normas de carácter general que, desarrollando la legislación vigente, modificasen únicamente algunas disposiciones administrativas en el sentido de actualizarlas y adecuarlas a las nuevas situaciones creadas en la explotación de las aguas subterráneas. Un conjunto de medidas administrativas de vigilancia y control y la regulación de los órganos de gestión a que nos referimos, ayudados técnica y económicamente, podrían contribuir a remediar problemas relativos al aprovechamiento de las aguas subterráneas, especialmente el de la sobreexplotación de acuíferos.

La planificación y las demás medidas de intervención administrativa han de basarse en las condiciones objetivas de los bienes, independientemente de la conducta de sus propietarios; y más que establecer limitaciones a la propiedad, lo que harán será configurar ésta. Si tenemos en cuenta el esquema jurídico del acuífero y aceptamos que la propiedad privada de las aguas subterráneas consiste fundamentalmente en la facultad de aprovecharlas, debemos convenir que se trata de un supuesto claro de delimitación del contenido de la propiedad, conforme al interés general o social, que se plasma en medidas legales y administrativas.

Analizaremos seguidamente hasta qué punto esta delimitación puede fundamentar y posibilitar la creación del consorcio en los supuestos de sobreexplotación de acuíferos.

C) *Constitución.*—Si la Administración pudiera imponer la constitución de un consorcio a todos los titulares del aprovechamiento de caudales de un acuífero sobreexplotado, quedarían remediados, con relativa facilidad, los problemas que la sobreexplotación comporta. Pero la legislación vigente no parece permitir la constitución obligatoria de este consorcio.

Para que pudiera imponerse obligatoriamente sería preciso que, en caso de negativa de los afectados, cupiera llegar a la expropiación forzosa de sus derechos sobre las aguas; sólo la alternativa de participación en el consorcio o expro-

piación de derechos haría que aquél quedase constituido obligatoriamente.

La Ley y el Reglamento vigentes de Expropiación Forzosa regulan la relativa al incumplimiento de la función social de la propiedad, considerando ésta una de las causas de interés social que legitiman tal expropiación. Con toda razón cabría considerar que un acuífero sobreexplotado es uno de esos bienes que debieran ser utilizados de manera específica (de modo razonable y conjunto), a que se refieren los artículos 71 y 72 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954; pero esta estimación tendría que ser específicamente declarada por una ley, tal como disponen los artículos citados de la Ley de Expropiación Forzosa y el 88 de su Reglamento de 26 de abril de 1957; únicamente después de la declaración hecha por Ley, sería suficiente un Decreto acordado en Consejo de Ministros para formular la declaración particular que procediera en cada caso concreto (artículo 72 de la Ley y 88 del Reglamento).

También el artículo 33 de la Constitución Española viene a establecer que se hará de conformidad con las leyes la delimitación del contenido y de la función social de la propiedad y la determinación de las causas de utilidad pública o interés social que justifiquen la privación de bienes y derechos mediante la correspondiente indemnización.

Pero aunque la legislación española vigente no permita llegar a la expropiación ni, por tanto, resulte posible imponer obligatoriamente la creación del consorcio de que venimos tratando, puede alcanzarse la constitución del mismo por la vía indirecta de medidas administrativas, de disposiciones que, sin tener rango de ley, establezcan una intervención de la Administración más adecuada a la situación a que se ha llegado en los casos de sobreexplotación de acuíferos, situación grave que no pudo preverse cuando se dictaron las leyes fundamentales sobre aguas subterráneas y las disposiciones complementarias que todavía hoy regulan esta materia.

a) Constitución voluntaria.—Puesto que el consorcio es un simple órgano de gestión de las aguas y no supone la transmisión de los derechos sobre las mismas, correspondientes a cada consorciado, al ente consorcial, las facultades necesarias

para su constitución serán, en principio, las meras facultades de administración.

Los consorciados podrán ser: Organismos Públicos, Entidades Locales, Sociedades Mercantiles o Civiles, Sociedades Agrarias de Transformación, comunidades por cuotas o particulares titulares individuales de sondeos. En cada caso será necesario, para constituir el consorcio, el acuerdo adoptado conforme a las normas civiles, mercantiles, administrativas o estatutarias relativas a la administración de bienes de las Entidades Consorciadas y de las comunidades por cuotas, o la capacidad de administrar de los titulares individuales.

Adoptados los acuerdos correspondientes por los órganos que detenten la administración y la representación de los Entes Públicos y Colectivos, obtenida la mayoría prevista en el artículo 398 del Código Civil, en los supuestos de comunidad por cuotas y declarada la voluntad individual de los particulares dueños de sondeos, podrá procederse al otorgamiento del acto de constitución del consorcio. Pero es previsible que no quepa, en la mayoría de los casos, obtener los acuerdos y consentimientos precisos para la constitución simultánea del ente consorcial; el supuesto normal será el de promoción del mismo por alguno o algunos de los entes o particulares interesados, la iniciación por éstos de un proceso de constitución sucesiva, intervenido por la Administración Pública de las Aguas que, mediante la adopción de medidas administrativas adecuadas, logre la adhesión de otros y establezca limitaciones y sanciones para los definitivamente disidentes.

b) Medidas de carácter administrativo.—En los casos de sobreexplotación de acuíferos, con motivo de la creación de perímetros de protección o con carácter general, la Administración puede y debe imponer limitaciones y obligaciones a todos los afectados por la situación y alentar la constitución del órgano de gestión conjunta que es el consorcio, concediendo a quienes lo creen determinadas ventajas de orden técnico, económico o fiscal. Para ello debería ser modificada la normativa vigente reguladora de la intervención administrativa en el ámbito de las aguas subterráneas, en el sentido de:

- Exigir licencia previa en todos los casos de apertura de pozos y profundización o sustitución de los existentes
-

- o de las instalaciones elevadoras de agua, con sanción de cierre del sondeo y de demolición de las obras realizadas, a costa del infractor, en el supuesto de ejecutarlas sin licencia.
- Imponer la obligación de aforar e inscribir los caudales alumbrados y de instalar contadores de agua en cada sondeo.
 - Determinar las bases de constitución del consorcio, las fórmulas de compensación de caudales entre consorciados, la reducción de los mismos cuando fuera necesario, los criterios de fijación de cuotas en el consorcio a efectos de participación en los gastos de gestión conjunta, etc.
 - Otorgar nuevas licencias para sondeos (por ejemplo, para sustituir los antiguos por otros más convenientes), así como posibles concesiones de aguas públicas, únicamente al consorcio, congelando la situación de los no consorciados, a menos que se adhirieren al ente consorcial ya constituido.
 - Conceder auxilios técnicos y económicos y beneficios fiscales únicamente al consorcio y a los consorciados, con declaración expresa de no poder gozar de ellos quienes se nieguen a la gestión conjunta de las aguas de un acuífero sobreexplotado.
 - Delegar en los Organos del consorcio facultades de vigilancia y control de la Administración respecto de los aprovechamientos de los consorciados y establecer, por el contrario, un control riguroso y directo de la misma Administración sobre los sondeos ajenos al consorcio.
 - Prever multas de elevada cuantía para los infractores de las limitaciones y obligaciones señaladas.

Con este sistema de intervención administrativa previamente regulado, será posible fomentar la constitución de consorcios en los casos de sobreexplotación de acuíferos. Puesto que en cada uno de éstos existe una indudable comunidad de intereses, bastará que, entre promotores y adheridos, se alcance «la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad», de que habla el artículo 398 del Có-

digo Civil, para que quede voluntariamente constituido el consorcio relativo al acuífero de que se trate (ya delimitado al crear su perímetro de protección o determinado precisamente en los trámites de constitución del consorcio); aunque sólo formarán parte del ente consorcial las Entidades y particulares que hayan participado en su constitución como otorgantes, promotores o adheridos, ya que no podrá obligarse a integrarse en él a quienes se hubiesen negado a participar a pesar de que sus sondeos estén situados en el área comprendida en el perímetro consorcial, estos últimos no son en absoluto indiferentes o ajenos al consorcio así constituido. Su no participación no impedirá que les sean aplicadas las medidas administrativas previstas para el acuífero de que se trate, bien «de oficio», bien a instancias del ente consorcial.

c) Fundamento de estas medidas... Si aceptamos la existencia de una comunidad de intereses entre los titulares de aprovechamientos de agua de un mismo acuífero y la relación necesaria que entre ellos existe, habremos de admitir que deberán ser impuestos a los disidentes los mismos «sacrificios» que se hubiesen impuesto los consorciados bajo la supervisión de la Administración. Esta podrá conminar a quienes no se hayan integrado aún en el consorcio a que se adhieran a él o se sometan a las reducciones de caudales y demás limitaciones previstas en las normas administrativas aplicables al caso, sin derecho a indemnización, ya que estas medidas lo único que persiguen es delimitar justamente el contenido de la «propiedad» de los titulares de aprovechamientos de aguas del acuífero.

Si antes decíamos que no cabía imponer la alternativa «o consorcio o expropiación», porque no lo permite nuestro Derecho Positivo vigente, ahora debemos afirmar que nuestras leyes amparan perfectamente esta otra alternativa: «o consorcio o reducciones y limitaciones —delimitación— de derechos». Si, conforme a lo primero, concluíamos que la Administración no podía obligar a consorciarse, conforme a lo segundo sostenemos que lo que sí podrá hacer es alentar a los interesados, fomentar y respaldar su iniciativa e imponer, por evidentes razones de interés general y de interés común, medidas capaces de actuar como «legítima coacción» sobre los

disidentes, para llegar así a resultados similares a los que se alcanzarían con el consorcio obligatorio.

Creemos que el fundamento legal de este criterio lo podemos encontrar en el número 1 del artículo 128 de la Constitución y en el número 2 del artículo 7.º del Código Civil. El primero de dichos preceptos establece que «toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuera su titularidad, está subordinada al interés general», y el segundo dice que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

La subordinación de una riqueza tan preciada, como es el agua, al interés general, exige la regulación de los acuíferos y legitima la intervención de la Administración para salvaguardar los regadíos ya establecidos, muy especialmente en los supuestos de sobreexplotación de tales acuíferos. Es ésta una exigencia clara del artículo 45.2 de la Constitución, que ordena «velar por la utilización racional de todos los recursos naturales».

Por otra parte, cuando, con esta misma finalidad de remediar las graves situaciones creadas por la sobreexplotación, la mayoría de los afectados haya constituido un consorcio y aceptado la reducción proporcional de sus derechos sobre las aguas de un acuífero, la continuidad de los disidentes en el pleno ejercicio de los que les correspondían sobre las mismas vendría a suponer un evidente abuso o ejercicio antisocial de tales derechos. Los actos u omisiones de tales disidentes, por la intención de su autor (normalmente no habrá intención de dañar, pero nada se hará por evitar el daño), por su objeto (continuar aprovechando su caudal íntegramente, sin reducción ni limitación alguna) o por las circunstancias en que se realicen (las nuevas derivadas de la creación del consorcio), sobrepasarían manifiestamente los límites normales del ejercicio de sus derechos (porque consumirían irracional-

mente las reservas), con daño para los que se hubieran consorciado (e incluso para ellos mismos).

Concurren aquí, sobre todo, los criterios objetivos que (además de los subjetivos y con independencia de ellos) permiten apreciar la existencia del abuso o ejercicio antisocial de derechos. Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1959, «un acto cumplido conforme a un derecho subjetivo determinado puede hallarse en conflicto con el Derecho en general, con el Derecho objetivo, con la juridicidad...; la teoría del abuso del derecho es... objetiva si se hace referencia al criterio de la función social de cada uno de nuestros derechos y el acto realizado reviste un carácter abusivo cuando se aparta de esa función o se lleva contra la misma...»; y la Sentencia de 20 de abril de 1960 señala que «ni tiene amparo legal ni puede prosperar el ejercicio abusivo de los derechos subjetivos cuando traspasan los límites impuestos por la equidad con daño para terceros o para la Sociedad».

Como dice ROCA JUAN, «el sacrificio impuesto... es necesario para restablecer el *statu quo* comunitario que se rompe o compromete como consecuencia del acto por la interdependencia con que se producen las relaciones sociales». En el caso a que nos venimos refiriendo, de sobreexplotación de acuíferos, esta observación resulta meridianamente aplicable. Es éste uno de los supuestos más evidentes a los que puede referirse el profesor ROCA JUAN cuando, poco antes, dice: «... vivimos una etapa de crisis de adaptación de las instituciones a los nuevos planteamientos socio-económicos, que exigiría una difícil revisión de la legislación obediente a unas directrices definitivas aún no precisadas, mientras se percibe, simultáneamente, que la opinión común intuye y siente ya de manera que no coincide en muchos aspectos con el clima social vigente cuando la norma se produjo».

Lo que interesa destacar aquí es que, además de la posible indemnización a que pueda dar lugar el abuso y de las medidas judiciales que impidan la persistencia en el mismo, el artículo 7, 2 del Código Civil prevé expresamente la adopción de medidas administrativas. A este respecto, el profesor ROCA JUAN comenta: «... este artículo 7 no crea una general área de competencia en favor de los Organos de la Administración para mediar o resolver cuestiones entre particulares en esta

materia. Más bien parece que el precepto tiene en cuenta la posibilidad de que, en concretas áreas de interés público, puedan las leyes administrativas atribuir a los Organos ciertas facultades con el fin de restringir o limitar la actuación de los particulares, adoptando medidas que las propias leyes administrativas autoricen, con la consecuencia de que tales actos de la administración tendrán la validez y efectividad que les confiere la Ley de Procedimiento Administrativo (art. 45, 1) y, por tanto, no precisarán de una previa declaración judicial justificativa de tales medidas, en virtud de la presunción de legalidad de los actos administrativos. Lo que no significa que se excluya la intervención de los tribunales, pues, de no aceptarlas los interesados, cabrá la impugnación de las medidas adoptadas, utilizando los recursos tendentes a destruir la presunción de legalidad.

Esta garantía de revisión judicial legitima plenamente la intervención administrativa que propugnamos como la única vía posible para remediar, mediante la promoción del consorcio y en tanto subsista la legislación actual sobre las aguas, las graves situaciones que está creando la sobreexplotación de acuíferos.

d) Forma.—Creemos que la figura que más se aproxima a la del consorcio, entre las reguladas en el Derecho Positivo Español, es la llamada Sociedad Agraria de Transformación. Es éste el nuevo nombre dado a los Grupos de Colonización, reglamentados todavía por las Ordenes Ministeriales de 11 de junio, 5 de julio y 25 de agosto de 1941. A pesar de ello continúa siendo la forma más adecuada para constituir el consorcio de que tratamos. Estas entidades están vinculadas actualmente al Ministerio de Agricultura, a través del Instituto de Relaciones Agrarias; sin embargo, en el caso concreto de consorcios de aguas subterráneas debería intervenir también, a efectos de asesoramiento técnico y supervisión de Estatutos, el Ministerio de Industria y Energía, a través del Instituto Geológico y Minero o las secciones de Minas de las Delegaciones Provinciales del mismo Ministerio.

V. CONCLUSION

He procurado plantear el tema que nos ocupa y basar la posible solución jurídica, a partir de la legislación fundamental vigente, porque el problema es grave y requiere remedios urgentes. A pesar de que se confía en que está cercana la anunciada reforma de la Ley de Aguas, es también posible que surjan inconvenientes (como han venido surgiendo en los últimos intentos de reforma) que la retrasen, y esperar más tiempo para abordar el problema de las aguas subterráneas en la región murciana parece temerario. De cualquier modo, hay aspectos de nuestro planteamiento que pueden ser también válidos con vistas a la reforma de la Ley de Aguas.

Espero que con lo expuesto, pueda quedar suficientemente justificada la posibilidad y la conveniencia de solucionar el problema de sobreexplotación de acuíferos con el estatuto jurídico del consorcio real agrícola y a partir de las leyes vigentes, completando y modificando únicamente algunas disposiciones reguladoras de medidas administrativas, para adecuarlas a las nuevas realidades.

Se facilitaría también el cumplimiento de uno de los objetivos más importantes de una política hídrica acertada —la coordinación de la gestión de todas las aguas continentales— si esta figura consorcial se estimase adecuada para inspirar la nueva regulación de las comunidades de regantes e incluso para estructurar la Administración Pública de las Aguas, a partir de los entes de gestión de base de cada cuenca y mediante su integración sucesiva en los órganos superiores de ámbito regional.

Creemos que para todo ello puede ser de gran interés la técnica de gestión común propia de estos entes asociativos de mediación denominados «consorcios», que permitirían superar criterios individualistas y burocráticos y ordenar la gestión democrática de las aguas.

RESUMEN

Los nuevos conocimientos hidrogeológicos permiten contemplar cada sistema acuífero como un conjunto de elementos que constituye una unidad de explotación de las aguas subterráneas con suficiente autonomía —aunque esté integrado en el ciclo hídrico—, en cuyo aprovechamiento concurren el

interés general o público, los intereses particulares y el interés común de los propietarios de las tierras de su perímetro.

La figura más adecuada para explicar la estructura jurídica del sistema acuífero así considerado y regular el uso razonable de sus recursos, es el consorcio real agrícola, ente de gestión conjunta distinto de la asociación y de la comunidad de bienes.

Entre los consorcios de aguas, presenta un gran interés el de gestión de acuíferos sobreexplotados. El problema de sobreexplotación de las aguas subterráneas es grave en varias regiones españolas y exige soluciones urgentes para evitar la pérdida de considerable riqueza ya creada; grandes extensiones de regadío corren el riesgo de desaparecer en pocos años si no se adoptan medidas que terminen con la anarquía y la especulación que se dan hoy en el aprovechamiento de estos acuíferos sobreexplotados.

Una interpretación actualizada de las normas del Código Civil y de la Ley de Aguas relativas a las subterráneas puede fundamentar un criterio de solidaridad, que sustituya al de prioridad, hasta ahora mantenido, para la solución de los conflictos de intereses. La comunidad de estos mismos intereses, existente entre quienes pueden utilizar las aguas de un embalse subterráneo, posibilita —y aún exige— la promoción de un ente de gestión conjunta de tales aguas, siendo suficiente, para su constitución, el concurso de la mayoría de dichos intereses, conforme al artículo 398 del Código Civil.

El artículo 7, número 2, del mismo Código prevé expresamente la adopción de medidas administrativas que impidan la persistencia en el abuso de derecho o en el ejercicio antisocial del mismo, situación en que incurrirían, en el supuesto de sobreexplotación, quienes utilizando las aguas de un acuífero se negaran a integrarse en el consorcio constituido para su aprovechamiento racional o no aceptasen restricciones y limitaciones similares a las acordadas por los consorciados bajo la supervisión de la Administración Pública. Podría bastar la adopción de estas medidas generales de intervención administrativa y de fomento de los consorcios de aguas subterráneas, mediante un Decreto que actualizase los que hoy regulan la acción del gobierno en el control y policía de las mismas aguas, para que se lograra remediar los graves problemas que se derivan de la sobreexplotación de numerosos acuíferos.

R E S U M É

Les nouvelles connaissances hydro-géologiques permettent de considérer chaque système aquifère comme un ensemble d'éléments qui constitue une unité d'exploitation des eaux souterraines avec une autonomie suffisante —bien qu'il soit intégré dans le cycle hydrique— qui profite à l'intérêt général, aux intérêts particuliers et à l'intérêt commun des propriétaires de terres de son périmètre.

La figure la plus appropriée pour expliquer la structure du système aquifère considéré ainsi et pour régler l'usage raisonnable de ses ressources est le consortium réel agricole, organe de gestion commune, distinct de l'association et de la communauté de biens.

Parmi les consortiums ou associations d'usagers d'eaux, celui de gestion

de nappes d'eau surexploitées présente un grand intérêt. Le problème de la surexploitation des eaux souterraines est grave dans plusieurs régions espagnoles et exige des solutions urgentes pour éviter la perte des richesses considérables déjà créées. De grandes étendues de terres irriguées courent le risque de disparaître en peu d'années, si l'on n'adopte pas de mesures qui mettront fin à l'anarchie et à la spéculation qui existent aujourd'hui dans l'exploitation de ces nappes aquifères surexploitées.

Une interprétation mettant à jour les normes du Code civil et de la Loi des eaux relatives aux eaux souterraines peut constituer la base d'un critère de solidarité qui remplacera celui de priorité, conservé jusqu'ici, pour résoudre les conflits d'intérêts existants. La communauté de ces intérêts qui existe entre ceux qui peuvent utiliser les eaux d'un réservoir souterrain rend possible et même exige la promotion d'un organe de gestion commune de ces eaux. Pour cela, le concours de la majorité de ces intérêts est suffisant pour sa constitution, suivant l'article 398 du Code civil.

L'article 7, n.º 2 de ce Code prévoit expressément l'adoption de mesures administratives qui empêcheront la persistance de l'abus du droit ou de l'exercice antisocial de celui-ci, situation qui serait, dans le cas de la surexploitation, celle des gens qui utiliseraient les eaux d'une nappe et refuseraient d'entrer dans l'association constituée pour l'exploitation rationnelle de celle-ci ou qui n'accepteraient pas de restrictions et de limitations semblables à celles fixées par l'association sous la surveillance de l'administration publique. L'adoption de ces mesures générales d'intervention administrative et désoutien aux associations d'eaux souterraines par un décret qui mettrait à jour ceux qui régissent aujourd'hui l'action du gouvernement pour le contrôle et la police des eaux, pourrait suffire pour qu'on parvienne à remédier aux graves problèmes qui découlent de la surexploitation de nombreuses nappes d'eau.

S U M M A R Y

New hydro-geological knowledge enables us to view each water-bearing system as a group of elements which constitutes a unit of exploitation of the subterranean waters with sufficient autonomy —although it forms part of the hydric cycle—, in the utilization of which the general or public interest, private interests and the common interests of the owners of the lands in the perimeter are all concerned.

The most adequate form for explaining the legal structure of the water-bearing system thus considered and for regulating the reasonable use of its resources is a real agricultural consortium, an entity for joint action which differs from an association or a joint ownership.

The handling of over-exploited water-bearing sources is of great interest to the water consortiums. The problem of over-exploitation of the subterranean waters is grave in several Spanish regions and demands urgent solutions in order to prevent the loss of considerable wealth that has been already created; great areas of irrigated land run the risk of disappearing in a few years if measures are not adopted to put an end to the anarchy and speculation which occur today in the utilization of these over-exploited water-bearing sources.

An up-to-date interpretation to the regulations of the Civil Code and the Law of Waters concerning subterranean waters may provide a basis for a criterion of solidarity to replace that of priority which has been maintained up to now for the solution of conflicts of interests. The community of these same interests, which exists among those who can make use of the waters of a subterranean reservoir, makes possible —and even demands— the promotion of an entity for the joint handling of such waters. All that is needed to found it is the assembly of the majority of such interests, according to article 398 of the Civil Code.

Article 7 of the same Code expressly envisaged the adoption of administrative measures to prevent persistence in the abuse of right or in the antisocial exercise of it, which would apply, in the case of over-exploitation, to those who utilize the waters of a source and refuse to join the consortium formed to safeguard its rational use or who do not accept restrictions and limitations similar to those agreed by the members of the consortium under the supervision of the Public Administration. The adoption of these general measures of administrative intervention and of encouragement of consortiums of subterranean waters might be sufficient, by means of a Decree that would bring up to date those which today regulate the government's action in the control and policing of these waters. This would succeed in solving the grave problems that are derived from the overexploitation of many water-bearing sources.