

CRITERIOS PARA UNA NUEVA REGULACION LEGAL DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS (*)

Por

EMILIO PEREZ PEREZ (*) (*)

S U M A R I O

I. ANALISIS JURIDICO DE LA EXPLOTACION DE UN ACUIFERO: I.1. DESCRIPCION DE UN ACUIFERO. SUS ELEMENTOS.—II. PRINCIPIOS DE LA LEGISLACION ACTUAL Y SU INTERPRETACION DOCTRINAL: II.1. PRINCIPIOS DE ACCESORIEDAD. II.2. ATRIBUCION DE LAS AGUAS AL ALUMBRADOR. II.3. CONTENIDO DE LA PROPIEDAD DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS. II.4. APROVECHAMIENTO.—III. CUESTIONES SOBRE UNA NUEVA REGULACION: III.1. PROPIEDAD PUBLICA Y PROPIEDAD PRIVADA. III.2. CARACTERISTICAS ESENCIALES DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS. III.3. INTERESES CONCURRENTES EN LA EXPLOTACION DE LOS ACUIFEROS. III.4. ORDENACION LEGAL DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS. III.5. REGULACION LEGAL MODIFICATIVA DE LAS SITUACIONES JURIDICAS ACTUALES RELACIONADAS CON LAS AGUAS SUBTERRANEAS. III.6. DERECHO DE PROPIEDAD Y DERECHO DE USO O APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS. III.7. DELIMITACION DEL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA SOBRE EL AGUA.

I. ANALISIS JURIDICO DE LA EXPLOTACION DE UN ACUIFERO

A FIRMA 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

(*) Comunicación a la segunda ponencia del I Congreso Nacional de Derecho de Aguas.
(*) (*) Sección de Estudios Jurídicos del Agua. Cátedras de Derecho Civil y Administrativo de la Universidad de Murcia.

la geología, que en todo caso afirman la infinita variedad de las condiciones reales del agua. Todo lo cual impide un 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 unidad fluída 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 fundos, 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 distraiga 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.

1.1. 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 a que estamos ahora refiriéndonos 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 decisiva en la calidad de las aguas, problemas que hoy tanto preocupan 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.

II. PRINCIPIOS DE LA LEGISLACION ACTUAL Y SU INTERPRETACION DOCTRINAL

Prácticamente, excluimos de ese 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 accesoriadad. 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 el 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 no 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 primero alumbró 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 existen 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. ATRIBUCION 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 fueron 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 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.

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 disminuída, 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 aforado. 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, 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, 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 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 multilateral, 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 lo tanto, el único que merece protección.

¿Cabrá 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 GABALDON 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 faculta 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 exigencia del sentido realista y finalista con que se debería aplicar la normativa actual. Así lo viene haciendo —señala la 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 cuenca, 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 SUBTERRANEAS

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 del 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 del dominio privado no son apenas perjudicables aquellas viejas facultades de sabor romanístico y medieval de *iūs 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 la 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 entraran 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. 4. 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 aprovechamiento (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 Direcciones Provinciales 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 afectación 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 sobreexplota-

ción de muchos acuíferos, fenómenos que muchas veces aparecen unidos porque se presentan, lógicamente, en las zonas semiáridas de nuestro país, donde la demanda de recursos hídricos es mayor.

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 y sociedades que emplean su capital en buscar y alumbrar aguas; frecuentemente se hace pagar el agua en el 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 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, 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.

III. CUESTIONES SOBRE UNA NUEVA REGULACION

III. 1. PROPIEDAD PUBLICA Y PROPIEDAD PRIVADA

La cuestión del dominio público o privado de las aguas no presenta especial dificultad, en nuestra patria, respecto de las superficiales, ya que (salvo algunas excepciones de escaso interés práctico) la legislación vigente las califica como públicas. Lo mismo ocurre con las llamadas subálveas, aunque éstas ya ofrezcan el problema de su delimitación y diferenciación del resto de las subterráneas, porque se discute la extensión de los álveos de los ríos entre los propios órganos de la Administración encargados de la policía de unas y otras aguas —superficiales y subterráneas—.

El problema está planteado en cuanto al cambio de naturaleza de las aguas subterráneas propiamente dichas. Se entiende que constituyen actualmente el reducto del dominio privado del agua y se discute si debe o no modificarse esta situación y, en consecuencia, declarar o no formalmente, en la nueva Ley de Agua, que también las subterráneas deben ser consideradas de dominio público.

Conviene señalar que las posturas que se adoptan al respecto tienen poco que ver con las ideologías sociopolíticas de carácter general y están más en relación con el hecho de que predominen en los planteamientos que se hacen criterios teóricos y doctrinales o razones de índole práctica que busquen el remedio posible y eficaz de los problemas reales más que formulaciones ideales. Se puede ser liberal y estar convencido de que todas las aguas —superficiales y subterráneas— deben ser de dominio público, y se puede ser socialista y estimar que no es oportuno plantear el tema de la naturaleza pública de las aguas subterráneas como una cuestión social más o menos importante, precisamente porque los problemas ya creados son tan graves que requieren medidas de mayor alcance que las que puedan derivarse de la declaración legal de que las aguas subterráneas sean consideradas como bienes de dominio público.

En la hipótesis de implantación de una legislación sobre el agua, si partimos de las exigencias científicas de una ordenación racional de la misma, habrá que sostener que no cabe hacer distinciones y que todas las aguas continentales —superficiales o subterráneas— deben ser consideradas como bienes de dominio público. Pero no habiéndolo entendido así el legislador español de 1879 —en cuanto a las subterráneas— y habiéndose ya originado respecto de las mismas una situación anárquica y abusiva en las zonas de nuestro país, en que los caudales subterráneos son más necesarios, ¿qué se adelantaría con modificar ahora el criterio legal? ¿Qué fórmula legislativa sería válida para corregir la sobreexplotación permanente de muchos acuíferos si ésta procede de derechos adquiridos que es preciso respetar?

Quienes insisten en la necesidad de que en la nueva Ley de Aguas se declaren públicas las subterráneas, suelen proponer, como solución posible para el respeto de los derechos adquiridos, la conversión del derecho de propiedad en un derecho de aprovechamiento mediante concesión "ex lege". La contradicción que encierran estos términos (la concesión es acto voluntario, no legal) podría superarse, como ocurre en algunas legislaciones sudamericanas, mediante el arbitrio de fijación de un plazo legal para solicitar el otorgamiento por la Administración Pública de un derecho de aprovechamiento sustitutivo del de propiedad, pero incluso esta solución no obviaría la dificultad esencial de la indemnización a que habría lugar por la merma de derechos conforme al artículo 33 de la Constitución Española.

Para intentar hallar alguna otra vía de solución de este problema de la ordenación racional de las aguas subterráneas habrá que partir de un breve análisis de las peculiaridades de estas aguas del subsuelo.

III. 2. CARACTERISTICAS ESPECIALES DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS

Creemos que los presupuestos de hecho más importantes a tener en cuenta para proponer un régimen jurídico adecuado de las aguas subterráneas, son los siguientes:

a) Normalmente, estas aguas forman embalses subterráneos o acuíferos situados bajo la superficie de numerosas fincas; el agua está 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. Consecuencia de ésto es que no pueda aceptarse que el agua del subsuelo sea accesoria de ningún fundo concreto (aparte de que la accesoria es un concepto puramente subjetivo) y que la propiedad de una finca no deba bastar, por sí sola, para legitimar la apropiación de los caudales que puedan extraerse abriendo en ella sondeos, pozos o galerías.

b) En el agua de un acuífero pueden distinguirse teóricamente las reservas (acumuladas durante milenios) y los recursos renovables periódicamente. Un uso racional de los caudales subterráneos exigirá no consumir las reservas de modo permanente, puesto que ésto llevaría a imposibilitar incluso el aprovechamiento de los recursos; de aquí se deriva el que —para la ordenación normal de las aguas de un acuífero— sea preciso determinar los volúmenes que puedan extraerse en cada captación y en el conjunto de las de un mismo embalse subterráneo y controlar suficientemente las extracciones realizadas.

c) Las aguas que puedan existir en el subsuelo y que todavía no sean conocidas (las no halladas) no deben ser consideradas como "res nullius" ni, en consecuencia, puede admitirse que sean atribuidas, por título de ocupación, al que las investigue o alumbre.

Creemos, por tanto, que del análisis de lo que es un acuífero, de las peculiaridades que presentan las aguas depositadas en embalses subterráneos, se deduce que su apropiación no se puede justificar simplemente en un criterio de accesión (por extensión vertical del dominio del suelo) ni en un criterio de ocupación (porque se entienda, poco certeramente, que son "res nullius"); y menos aún puede mantenerse que la pretendida apropiación —por accesión o por ocupación— tenga carácter absoluto e ilimitado, con posibilidad de disponer con plena libertad de los caudales subterráneos —ya sean recursos, ya sean reservas— que de ellos se extraigan. Ni la propiedad del suelo ni el descubrimiento y hallazgo legitiman suficientemente y por sí solos para atribuir la plena propiedad de las aguas del subsuelo.

Esta posición supone invalidar casi toda la regulación actual —de la Ley de Aguas y del Código Civil— relativa a las

aguas subterráneas y tener que analizar (desde la perspectiva de los actuales conocimientos) los intereses que concurren en su aprovechamiento, para intentar configurar, a través de la protección de los que sean legítimos, una ordenación más racional de estas aguas.

III. 3. INTERESES CONCURRENTES EN LA EXPLOTACION DE LOS ACUIFEROS

En la explotación de los caudales de un acuífero habrá que tener en cuenta los siguientes intereses:

a) El interés social, en primer lugar, puesto que también las aguas subterráneas deben ordenarse de modo que satisfagan, sobre todo, las necesidades generales de la población.

b) El interés común a todos los propietarios o titulares de derechos reales de disfrute de las tierras comprendidas en el perímetro de un mismo acuífero, en segundo lugar. Este interés es fundamental y típico de las aguas subterráneas, porque éstas se encuentran embalsadas e intercomunicadas debajo de la superficie de muchas fincas y el posible aprovechamiento de estas aguas da lugar a una auténtica comunidad de intereses (contemplada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil) entre todos los dueños de los fondos comprendidos en el perímetro del acuífero. Es éste uno de los casos en que el suelo tiene un puro valor instrumental, porque la capacidad de crear riqueza ya no radica en él mismo, sino en el acuífero que permite su transformación en regadío; la "vis atractiva", la causa determinante de la posible revalorización de los terrenos está en el acuífero y tendrá que ser a partir de la contemplación de éste como un bien sobre el que recae un interés conjunto —y no a partir de la consideración del suelo dividido en parcelas— como habrán de regularse las relaciones jurídicas que surjan entre los dueños de las fincas de la superficie con motivo del aprovechamiento de las aguas. Esto implica que debe sustituirse el criterio de prioridad (patente, sobre todo, en los artículos 23 y 24 de la vigente Ley de Aguas), por el de solidaridad de todos los interesados en el uso y aprovechamiento de las aguas de un mismo embalse subterráneo.

En tercer y último lugar, el interés particular de cada uno de los dueños o titulares de derechos reales de disfrute de las fincas del perímetro del acuífero, en tanto en cuanto sea

compatible con los intereses social y común señalados en los apartados precedentes. De lo indicado hasta ahora creemos que se infiere que no es justificable un interés exclusivo y excluyente del dueño de una finca sobre las aguas que pudiera extraer del subsuelo de la misma, sin limitación de los caudales utilizables y sin determinación del destino de los mismos.

III. 4. ORDENACION LEGAL DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS

De las características de estas aguas y de los intereses que concurren en su aprovechamiento parecen deducirse las siguientes consecuencias o corolarios para una regulación racional de las mismas, referidos a las fases que señalamos:

a) *Investigación*

Puesto que las aguas subterráneas, antes de su descubrimiento, no son bienes en sentido jurídico —ni públicos ni privados— y los dueños del suelo carecen de legitimación para una hipotética apropiación por accesión u ocupación, el legislador tiene plena libertad para regular su investigación. Basta el interés público o general de la nación para justificar que la investigación de las aguas del subsuelo deba atribuirse al Estado, sin más limitación que la de indemnizar a los dueños de la superficie los perjuicios que pueda causarles la labor investigadora: ocupación temporal de terrenos por razón de las obras, servidumbres necesarias, valor de la extensión ocupada definitivamente, pero nunca valor alguno del agua hallada.

b) *Planificación*

La necesidad de que la investigación de las aguas subterráneas se atribuya al Estado se justifica también porque el perfecto conocimiento de las mismas es preciso para su planificación integrada en la de todas las continentales, hecha con auténticos planteamientos hidrogeológicos y una de cuyas consecuencias importantes será el procurar la utilización de los acuíferos como embalses subterráneos —conjuntamente con los superficiales— para la más perfecta y completa regulación de todos los recursos en agua.

c) Puesta en explotación

La realización de los trabajos necesarios para la extracción de las aguas subterráneas, preparatorios del aprovechamiento de un caudal concreto (apertura de sondeos, pozos y galerías e instalaciones precisas para hacerlo surgir a la superficie) requerirá siempre la autorización previa de la Administración Pública del Agua (que deberá ajustarse, para su otorgamiento, a los planes hidrológicos) y sólo podrán ser llevados a cabo por quienes representen los intereses reseñados en el epígrafe anterior, con la prelación indicada del interés social sobre el común y de ambos sobre el particular.

La primacía del interés general o social supondrá tener que autorizar preferentemente la puesta en explotación de caudales por las entidades públicas que velan por un interés social determinado, v. gr., las Corporaciones Locales, para abastecimiento de poblaciones o el IRYDA, para las transformaciones en regadío de zonas de interés nacional.

El interés común exigirá que el alumbramiento de caudales de cada acuífero tenga lugar en beneficio de todos los que participen en la comunidad de intereses relativa al mismo, de modo que la autorización de la Administración sea preferentemente conjunta (a favor de la asociación que constituyan); de ser otorgada a alguno en particular, tendría que hacerse imponiendo las limitaciones y condiciones que garantizaran el respeto y la salvaguardia de ese interés común, además del general.

El interés particular de alumbrar aguas subterráneas — con las limitaciones y condiciones ya indicadas— sólo debe ser legalmente reconocido a favor de los dueños y titulares de derechos de disfrute de las fincas comprendidas en el perímetro del acuífero, sin que proceda autorizar los alumbramientos solicitados por terceros extraños al propio acuífero.

d) Aprovechamiento

Realizados los trabajos que permitan la extracción de las aguas subterráneas por quienes detenten los repetidos intereses social, común o particular respecto de la explotación de un acuífero determinado, el aprovechamiento de ellas por estos mismos interesados requerirá también la autorización previa de la Administración Unica del Agua, con determina-

ción de los caudales aprovechables, destino preciso de los mismos, obligación de aforarlos e inscribirlos en el Registro Unico de Aguas e imposición de las demás condiciones y limitaciones que sea conveniente fijar conforme a los Planes Hidrológicos y a la propia naturaleza —física y jurídica— de las aguas del subsuelo. Sólo de este modo será posible coordinar tales intereses y salvaguardar los considerados preferentes.

Por estas mismas razones resulta necesario el control continuado de la Administración Pública del Agua sobre los aprovechamientos autorizados. El único medio eficaz de lograrlo es el imponer la colocación de contadores—que sean debidamente conservados— y la lectura periódica de los mismos por la autoridad competente.

La existencia de una comunidad de intereses entre quienes, por la situación de sus fincas y normalmente para el riego de las mismas, puedan utilizar conjuntamente los caudales de un acuífero, justificará el que la autorización para aprovecharlos se otorgue preferentemente a la asociación constituida por los dueños de esas fincas. Será la Administración Pública la que habrá de determinar la zona de aplicación del agua —que podrá o no coincidir por completo con el perímetro del acuífero—, teniendo en cuenta la aptitud de las tierras para el riego, y los dueños y cultivadores de éstas serán los que podrán formar una asociación a la que se otorgue la autorización de aprovechar las aguas con preferencia a cualquier uso particular. Estas asociaciones tienen, por su propia naturaleza, carácter consorcial, lo que supone que el aprovechamiento de las aguas debe quedar adscrito a las fincas de la zona previamente determinada, para el riego de las mismas.

El interés común de que hablamos justificará también el que los dueños de fincas comprendidas en el perímetro de un acuífero en el que ya exista alguna captación de aguas que permita extraer caudales no aprovechados todavía (con la debida autorización) por el propietario del sondeo, puedan recabar y conseguir la autorización para aprovechar ese exceso de caudales, fijando la Administración la indemnización que proceda, en defecto de acuerdo.

El interés particular sólo legitima al propietario de un terreno que hubiese puesto en explotación un pozo con la debida autorización, para obtener nueva autorización de aprovechamiento del caudal adecuado para atender sus

propias necesidades, normalmente el riego de sus tierras, con adscripción del agua a dichas tierras. No podrá pretender que se le autorice el aprovechamiento de mayores caudales para transportarlos donde mejor pueda venderlos y obtener un lucro mayor. Tampoco es admisible la autorización del aprovechamiento de agua subterránea a favor de quien no tiene tierras regables en el perímetro del acuífero; el supuesto no debe darse, porque no debe haber sido previamente autorizado para la puesta en explotación, pero lo explicitamos porque es, además, consecuencia de lo que es un acuífero, de la unión biológica que debe darse en su explotación entre aguas y tierras, del interés común típico de que venimos hablando y que debe configurar el aprovechamiento de las aguas del subsuelo, de modo que se descarte "a fortiori" la libre disponibilidad de las mismas en beneficio de terceros. El llamado "mercado de aguas" y la figura del "empresario de aguas" no son compatibles con las peculiaridades de las subterráneas (tampoco, claro está, con las de las superficiales), y su pervivencia favorece la sobreexplotación de los acuíferos y la anarquía en el aprovechamiento de los mismos que padecen algunas regiones españolas.

Puede opinarse que conviene persistan en aquellas otras zonas donde la sobreexplotación y la anarquía no se den y donde, por el contrario, la potencial riqueza que pueda derivarse del aprovechamiento de las aguas subterráneas esté todavía poco desarrollada; y argumentarse que los posibles abusos se puedan evitar imponiendo la supervisión u homologación por la Administración Pública de los contratos de venta de agua. Pero nos parece preferible que sea la propia Administración —que, al investigar por sí misma los acuíferos, elimina en buena parte el área de alumbramiento, en cuya compensación se suele fundamentar la libre disponibilidad de caudales— la que promueva los aprovechamientos más convenientes en cada momento y lugar, bien emprendiendo directamente los trabajos necesarios (transformaciones en regadío de zonas de actuación del IRYDA) y cediendo después los derechos, obras e instalaciones a los consorcios respectivos, bien favoreciendo la constitución de éstos y ayudándoles, técnica y económicamente, a que ellos mismos recaben las autorizaciones precisas para aprovechar las aguas y a que realicen las obras de transformación.

En definitiva, con la regulación legal de las aguas subterráneas que resultaría de los apartados precedentes, lo que

se lograría es sustituir el sistema vigente de "uso ilimitado" de dichas aguas por otro que supondría un "uso limitado y razonable" de las mismas. Para ello resulta necesario tener en cuenta todos los intereses que concurren en su aprovechamiento, y ésto requiere la continua intervención de la Administración Pública; sólo ella puede proteger suficientemente esos intereses, apreciando la correlación entre ellos y autorizando o no la utilización que se pretenda realizar de las aguas.

Las autorizaciones administrativas a que nos venimos refiriendo han de ser consideradas, por consiguiente, requisitos "*sine qua non*" del ejercicio del derecho de uso y aprovechamiento de las aguas subterráneas. El derecho debe ser reconocido a favor de los titulares de los intereses protegibles, pero su contenido no puede quedar determinado "*a priori*" y en abstracto, sino que tiene que ser delimitado en cada caso por la autoridad administrativa que lo tutela.

Como excepción, por tratarse de una especie de uso inocuo del agua, puede admitirse la apertura de pozos ordinarios (para usos domésticos y las necesidades corrientes de la vida), por los propietarios del suelo, mediante simple comunicación a la Administración y sin necesidad de autorización previa de la misma.

El intervencionismo suele ser criticado desde muchos puntos de vista y se estima que en bastantes casos no está justificado, pero en materia de aguas se considera necesario incluso en los países que disponen de grandes recursos; en España podría servir para evitar que continúen apareciendo, en las nuevas explotaciones de aguas subterráneas, los mismos problemas que actualmente padecemos. Pero la nueva legislación y las medidas de intervención administrativa que ella establezca tendrán que ir también orientadas a remediar situaciones actuales que resultan cada vez más preocupantes, en especial la sobreexplotación de acuíferos (con la reducción y el progresivo deterioro de la superficie regada, por la escasez de caudales y su salinización) y el mercado libre del agua, lógicamente interdependientes.

III. 5. REGULACION LEGAL MODIFICATIVA DE LAS SITUACIONES JURIDICAS ACTUALES RELACIONADAS CON LAS AGUAS SUBTERRANEAS

La nueva legislación de aguas tiene que contemplar las

situaciones hoy existentes y procurar la justa solución de los problemas indicados (sobreexplotación y salinización de acuíferos) y otros similares, en defensa de los intereses generales e incluso en beneficio de quienes —más o menos inconscientemente— están consumiendo aceleradamente unos caudales excesivos y arriesgando el porvenir de una riqueza creada por ellos mismos al transformar sus tierras en regadío. Poco se adelantaría regulando la futura puesta en explotación de aguas subterráneas si —en no pocos casos— la simple continuación de la utilización de las captaciones actuales terminará agotándolas.

La nueva Ley debe arbitrar los medios adecuados para que la Administración pueda modificar situaciones jurídicas no equitativas, aunque hayan nacido al amparo de la legislación actual, y ofrecer a los administrados fórmulas organizativas que les permitan unirse para defender sus intereses comunes y superar la anarquía hoy existente en la explotación de muchos acuíferos. Entre tales medidas, podemos señalar las siguientes:

a) Expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad. La Constitución Española, en su artículo 128.1, establece que "toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general", y en su artículo 45.2 dispone que "los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales". El interés general y la utilización racional del agua exigirán decretar la expropiación de aquellas captaciones que obstaculicen claramente el aprovechamiento normal de las aguas subterráneas y de las tierras de su zona de influencia, en beneficio de los regantes de las mismas. Son los casos de dueños de pozos que carecen de tierra y venden libremente participaciones de los caudales alumbrados o los subastan y adjudican al mejor postor, detentando muchas veces un verdadero monopolio de las aguas de la zona.

Estos pozos, de acuíferos muchas veces sobreexplotados, forman parte de los 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 tiene que ser específicamente declarada por una Ley (tal como disponen los artículos citados de la de expropiación forzosa y el 88 de su

Reglamento de 26 de abril de 1957), y, por tanto, debería hacerlo la nueva Ley de Aguas; hecha esta declaración por la Ley, sería ya suficiente un Decreto acordado en Consejo de Ministros para formular la declaración particular que procediera en cada caso concreto (artículo 72 de la Ley de Expropiación Forzosa y 88 de su Reglamento).

b) Promoción "de oficio" de una asociación de usuarios de aguas subterráneas constituida al menos por todos los titulares de caudales procedentes de un mismo acuífero sobreexplotado. Estas asociaciones son de naturaleza consorcial y deberán, por tanto, ser reglamentadas por la Administración conforme a los caracteres del llamado consorcio real agrícola, imponiendo las limitaciones y obligaciones precisas (incluso reducción proporcional de aprovechamientos de caudales, sustitución de pozos, etc.) para salvaguardar el interés común (además del social o general), y asegurando su cumplimiento con "carga real" que grave las fincas de los consorciados situadas en el perímetro del acuífero. Deberá determinarse siempre este perímetro y el de aplicación del agua, si fuera distinto y tendrán que integrarse también en el consorcio los dueños de fincas de regadío de la zona consorcial, aunque no fueran titulares de caudales, para llegar a una definitiva adscripción de tierra y agua, con modificación de las participaciones en esta segunda y adecuación de las mismas a la superficie regada por cada uno mediante las oportunas compensaciones.

c) Constitución voluntaria de una asociación de titulares de aguas subterráneas de un mismo acuífero, para la gestión conjunta de los caudales del mismo. Tendrá también carácter consorcial y bastará el concurso de voluntades de los titulares que representen la mayoría de los caudales alumbrados en el acuífero de que se trate, para que pueda crearse, conforme al artículo 398 del Código Civil, ya que se trata de una comunidad necesaria de intereses cuyo objetivo concreto es únicamente la administración de bienes. Creemos, por ello, que este tipo de consorcio puede ser ya constituido conforme a la legislación vigente (bajo la forma de Sociedad Agraria de Transformación).

III. 6. DERECHO DE PROPIEDAD Y DERECHO DE USO O APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

El aprovechamiento de las aguas deriva normalmente en

las públicas de la concesión administrativa de las mismas, mientras que en las privadas es, en principio, la facultad fundamental del derecho de dominio sobre ellas. Refiriéndonos ahora únicamente a las aguas privadas, debemos recoger la tendencia, prácticamente universal, que se resiste a admitir un derecho de propiedad propiamente dicho sobre estas aguas y defiende que sólo pueden ser objeto de un derecho de uso o aprovechamiento; se interpretan los Códigos Civiles o las Leyes Especiales en este sentido y lo más que se acepta es una propiedad limitada —“tempérée”, dicen los franceses— sobre el agua.

III. 7. DELIMITACION DEL CONTENIDO DE LA PROPIEDAD PRIVADA SOBRE EL AGUA

No parece muy acertado el afirmar que las aguas privadas sólo pueden ser objeto de un “derecho de uso”, puesto que éste es un derecho real sobre cosa ajena configurado en las legislaciones modernas (y, entre ellas, en nuestro Código Civil) como una especie de usufructo limitado a las necesidades del usuario y de su familia y lo que parece querer decirse al hablar de “derecho de uso”, en relación con las aguas de dominio privado, es que el titular de este dominio sólo tiene la facultad de usarla; se trata, pues, de una cuestión de contenido de la propiedad privada del agua y no de negación de ésta para afirmar que el agua únicamente puede ser objeto de un derecho subjetivo —“de uso”— diferente del dominical y más restringido que éste; ello equivaldría a mantener el dominio público de todas las aguas, la atribución implícita de su propiedad al Estado.

Lo que ocurre es que —como se viene afirmando por la generalidad de la doctrina— no hay propiedad, sino propiedades: de muebles e inmuebles, rústica y urbana, horizontal, especiales (intelectual, de minerales, de agua), etc. De la doctrina de las limitaciones del dominio se ha pasado a la delimitación de los diferentes tipos del mismo, a la configuración del contenido de la propiedad de cada clase de bienes. El agua es uno de los de naturaleza más peculiar y de los de mayor importancia económico-social, por lo que —en los supuestos en que se admita su propiedad privada— necesariamente habrá que plantearse cuál ha de ser su extensión. Así lo ha venido haciendo la doctrina española al interpretar la legislación vigente y creemos poder afirmar que la más

reciente y autorizada sostiene ya actualmente que el contenido esencial de la propiedad privada de las aguas (al menos de las superficiales) queda reducido a la facultad de uso o aprovechamiento de las mismas.

Con mayor razón habrá que mantener este criterio en la nueva Ley de Aguas, ya de modo explicativo y particularmente para las aguas subterráneas. La fórmula utilizada para las superficiales por el artículo 5.º de la Ley vigente (pertenencia de las aguas para su uso o aprovechamiento) es un buen precedente que podría hacerse extensivo a las subterráneas, completándolo con la mención expresa de que sólo pertenecen para su aprovechamiento, señalando a favor de quien puede reconocerse este dominio limitado (por representar o detentar los intereses social, común o particular que legitiman el uso) y las condiciones de ejercicio de esta facultad de aprovechar que constituye el contenido esencial de la propiedad del agua así concebida: finalidad del uso, caudales utilizables, medidas de control, adscripción de agua y tierra, obligación de consorciarse en su caso, etc.

No parecen admisibles otras alternativas sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas en nuestra situación actual: o se declaran de dominio público o se delimita claramente el dominio privado de las mismas restringiéndolo a la facultad de aprovecharlas con autorización y control de la Administración.

RESUMEN

En el trabajo que resumimos se pretende llevar a cabo una revisión jurídica del ordenamiento actual sobre las aguas subterráneas y la elaboración de unos presupuestos teóricos, deducidos de la realidad hidrogeológica, sobre los que sentar las bases para una regulación legal futura de las mismas aguas. El punto de partida es el análisis jurídico de la explotación de un acuífero, en sus cuatro elementos: el perímetro, el agua, la roca y los sondeos.

En la segunda parte se sintetizan los "principios" de la legislación actual, señalándose el de accesividad, el de la atribución de las aguas al alumbrador, el contenido de la propiedad de las aguas subterráneas y el de su aprovechamiento, para pasar, en la tercera parte, al examen de las "cuestiones sobre una nueva regulación", considerándose que las actitudes doctrinales adoptadas al respecto sólo pueden ser superadas si se tienen en cuenta las características esenciales de tales aguas, de acuerdo con el análisis anteriormente realizado; se sostiene que su apropiación no se puede justificar simplemente en un criterio de accesión (por extensión

vertical del dominio del suelo) ni en un criterio de ocupación (porque se entienda, poco certeramente, que son "res nullius"), y menos aún puede mantenerse que la pretendida apropiación tenga carácter absoluto e ilimitado, lo que supone invalidar casi toda la regulación actual relativa a las aguas subterráneas y tener que analizar (desde la perspectiva de los actuales conocimientos) los intereses que concurren en su aprovechamiento, para intentar configurar, a través de la protección de los que sean legítimos, una ordenación más racional de estas aguas.

Se estudia la repercusión del interés social, del interés común de los propietarios de tierras comprendidas en el perímetro de un mismo acuífero y del interés particular de los mismos en la regulación de la investigación, planificación, puesta en explotación y aprovechamiento. "limitado y razonable" de las aguas subterráneas.

RESUME

Dans le travail que nous résumons, nous prétendons faire une révision juridique de l'ordonnancement actuel sur les eaux souterraines et l'élaboration des données préalables théoriques, déduites de la réalité hydrogéologique, sur lesquelles jeter les bases pour une régulation légale future de ces eaux la. Le point de départ c'est l'analyse juridique de l'exploitation d'un aquifère sur ses quatre éléments: le périmètre, l'eau, la roche et les sondages.

Dans la deuxième partie on synthétise les "principes" de la législation actuelle en signalant celui de "l'accessorieté", celui de l'attribution des eaux au découvreur, le contenu de la propriété des eaux souterraines et celui de son utilisation, pour passer, a la troisième partie, a l'examen des questions sur une nouvelle régulation, en considérant que les attitudes doctrinales adoptées a ce sujet peuvent seulement être dépassées si on prend en compte les caractéristiques essentielles de ces eaux, d'accord avec l'analyse antérieurement réalisée; on soutient que leur appropriation ne peut se justifier simplement dans un critère d'accession (par extension verticale de la propriété du sol) ni dans un critère d'occupation (parce que l'on comprend, sans fondement, qu'elles sont "res nullius") et on peut encore moins soutenir que la prétendue appropriation ait un caractère absolu et illimité, ce qui suppose invalider presque toute la régulation actuelle relative aux eaux souterraines et devoir analyser (de la perspective des actuels connaissances) les intérêts qui concourent a leur utilisation, pour essayer de configurer a travers la protection de ceux qui sont légitimes, une régulation plus rationnelle de ces eaux.

On étudie la répercussion de l'intérêt social, de l'intérêt commun des propriétaires des terres comprises dans le périmètre d'un même aquifère et de l'intérêt particulier de ceux-ci dans la régulation de l'investigation, la planification, mise en exploitation et utilisation "limitée et raisonnable" des eaux souterraines.

SUMMARY

This work attempts to make a juridical revision of the present law on subterranean waters and to work out some theoretical estimates, deduced

from the hydro-geological reality, on which to form the bases for a future legal regulation of these waters. The starting point is the legal analysis of the exploitation of a water-bearing source, in its four elements: the perimeter, the water, the rock and the borings.

The second part makes a synthesis of the "principles" of the present legislation, distinguishing what is accessory, the attribution of the waters to the person who brings them to the surface, the content of the ownership of the subterranean waters and that of their utilization, and goes on in the third part to examine the "questions as to a new regulation". The writer considers that the doctrinal attitudes adopted in this respect may be improved if the essential characteristics of such waters are taken into account, in accordance with the previous analysis. He maintains that their appropriation cannot be justified by a criterion of access (from vertical extension of the ownership of the soil) nor by a criterion of occupation (for it is understood, not very certainly, that they are "res nullius"), and still less can it be maintained that the intended appropriation has an absolute or unlimited character. This means invalidating nearly all the present legislation with regard to subterranean waters and having to analyse (from the point of view of present knowledge) the interests which meet in their utilization, in order to try to shape, through the protection of those that are legitimate, a more rational regulation of these waters.

The author studies the repercussion of the social interest, of the common interest of the owners of the lands included in the perimeter of the same water-bearing source and the particular interest of these in the regulation of the investigation, planning, putting in exploitation and "limited and reasonable" utilization of the subterranean waters.