

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias comentadas

La inclusión en el Catálogo de aguas privadas solo es admisible por decisión judicial. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo 1320/2022, de 29 de marzo

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH

Profesor emérito de Derecho administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

La sentencia, partiendo de la existencia del aprovechamiento de aguas subterráneas con anterioridad a la Ley de 1985, confirma la de instancia, calificando la acción ejercitada como mero declarativa y no constitutiva ni de condena. Tras un detallado examen del régimen transitorio de la citada Ley, desestima los motivos de casación y declara la obligación de la Confederación Hidrográfica de inscribir la titularidad del aprovechamiento en el Catálogo de aguas privadas. El comentario concluye con unas reflexiones sobre la pertinencia de calificar estas aguas como privadas.

PALABRAS CLAVE

Aguas privadas, régimen transitorio, catálogo, acción declarativa.

Inclusion in the Catalog of private waters is only admissible by judicial decision. Remarks on Supreme Court decision 1320/2022, of March 29th

ABSTRACT

The sentence, on the basis of the existence of the use of groundwater prior to the 1985 Water Act, confirms the lower court's decision, classifying the action brought as merely declaratory and neither constitutive nor condemnatory. After a detailed examination of the transitional regime of the aforementioned Law, it declares the obligation of the Water Administration to register the ownership of the exploitation in the Catalogue of private waters. The analysis concludes with some reflections on the pertinence of classifying these waters as private waters.

KEYWORDS

Private waters, transitional provisions, catalogue, declarative action.

SUMARIO: 1. Resumen de la sentencia.–2. El dominio público de las aguas subterráneas y el régimen transitorio de la Ley de Aguas.–3. La inclusión en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas.–4. Valoración de la sentencia.–5. ¿Hay todavía aguas subterráneas privadas?–Bibliografía.

1. RESUMEN DE LA SENTENCIA

La STS 1320/2022, de 29 de marzo, de la Sala Primera (ponente Juan María Díaz Fraile, ECLI: ES: TS:2022:1320), desestima el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado, en representación de la Confederación Hidrográfica del Duero, contra sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de la misma ciudad, que estimó íntegramente la demanda interpuesta por un particular, declarando su titularidad de un aprovechamiento de aguas privadas destinadas al riego, con un caudal de 67,50 l/s y el volumen de 394.740 m³/año, así como la obligación de la Confedera-

ción de inscribir en el Catálogo de aguas privadas la citada titularidad en todos sus términos y extensión.

El recurso de casación se fundaba en tres motivos:

1.º Infracción de la doctrina contenida en diversas sentencias del TS, que afirman el carácter meramente declarativo de las acciones reales en que su titular ejerce la simple facultad de reconocimiento de un derecho preexistente. La sentencia declara inadmisibile el motivo porque «el recurso de casación, conforme al artículo 477 LEC, ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de litigio. Y como ha venido insistiendo esta sala, es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación». En este caso, «no se alega la infracción de unas concretas normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, sino la doctrina jurisprudencial que, a juicio de la recurrente, resultaba contradicha en la sentencia recurrida», lo que «no es requisito suficiente para justificar el acceso al recurso de casación» (FD 3.º).

2.º Infracción del artículo 1963 CC, por no haber transcurrido 5 años. En el desarrollo del motivo se insiste en el carácter constitutivo de la acción ejercitada y la prescripción de la acción por el transcurso del plazo de treinta años que establece el citado artículo para el ejercicio de las acciones reales sobre bienes inmuebles; y se justifica el interés casacional porque, desde el vencimiento del plazo de los treinta años de la prescripción a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 (lo que tuvo lugar el 1 de enero de 2016), no habían transcurrido más de cinco años (FD 4.º).

3.º Infracción del mismo artículo 1963, por existir un segundo interés casacional fundado en el supuesto excepcional admitido por la Sala consistente en la necesidad de fijar doctrina o jurisprudencia sobre esta cuestión.

Los motivos 2.º y 3.º se examinan conjuntamente y son desestimados tras un extenso análisis del régimen transitorio de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (LA). En síntesis:

a) Tanto el Juzgado como la Audiencia han considerado probado que el sondeo para la extracción de aguas subterráneas ya existía antes de la entrada en vigor de la LA, con sus concretas características de profundidad, diámetro y caudal, extensión del área regada y la titularidad dominical del demandante y de sus causahabientes sobre la parcela, que se remonta a una fecha también anterior a la entrada en vigor de la LA. También ha quedado probado que el aprovechamiento de aguas ha continuado en explotación hasta la actualidad.

b) El marco normativo aplicable está constituido por las Disposiciones transitorias de la LA. La Transitoria Cuarta (y el art. 195 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, RDPH) imponen a los titulares de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior, que hubieren optado por la segunda de las alternativas previstas en las dos disposiciones transitorias anteriores (esto es, mantener la titularidad en la misma forma que hasta ahora), el deber de declarar la existencia del aprovechamiento ante el Organismo de cuenca, para su inclusión en el Catálogo de aguas privadas. La Ley prevé la posibilidad de sancionar con multas coercitivas la infracción de este deber (FD 5).

c) La disposición transitoria segunda de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional (LPHN), impone un cierre del Catálogo para las solicitudes que se realicen transcurridos los tres primeros meses de su vigencia, «salvo en virtud de resolución judicial». Esta salvedad ha sido interpretada por la Sala Tercera del TS en el sentido de que «la Administración hidráulica no debe reconocer aprovechamiento alguno de aguas privadas, a efectos de su inclusión en el Catálogo de Aguas, si se solicita transcurridos los tres meses de la entrada en vigor de la Ley 10/2001, sino cuando previamente hubiese sido reconocido como tal en resolución judicial firme, o, dicho de otro modo, que, una vez transcurridos los tres meses de la vigencia de esa Ley 10/2001, sólo la Jurisdicción es competente para reconocer un aprovechamiento de aguas privadas y, una vez que sea firme la decisión judicial, podrá tener acceso al catálogo de aguas privadas de la cuenca» (STS, Sala Tercera, secc. 5.^a, de 1 de junio de 2010, recurso de casación 2745/2006, ponente Jesús Ernesto Peces Morate). La Sala Primera comparte plenamente esta interpretación y así lo manifiesta en el FD 5 de la sentencia que comentamos.

d) La acción para el reconocimiento judicial de los derechos de aprovechamiento de aguas de dominio privado preexistentes a la LA es una acción declarativa, no constitutiva ni de condena. El hecho de que en la demanda se solicite el reconocimiento del derecho conforme a unas concretas características de caudal, destino de las aguas, zonas regables, etc, no supone, como parece entender la recurrente, que el derecho se pretenda constituir *ex novo*, sino el cumplimiento de la carga de alegar y probar la medida y contenido concreto del derecho cuyo reconocimiento se pretende. La identificación del bien al que se refiere la acción es requisito común para todas las referidas a la defensa de los derechos reales sobre bienes inmuebles. Con la acción ejercitada se

trata, por tanto, de evitar la incertidumbre sobre la existencia y el alcance concreto del citado derecho de aprovechamiento de aguas privadas, y así evitar el temor fundado de perjuicios futuros por la imposición de multas o la adjudicación de concesiones a terceros sobre esos recursos hidráulicos, con lesión de los derechos del titular (FD 6.6 y 6.8).

e) Tampoco puede prosperar la tesis de la recurrente de que la acción ejercitada es de condena porque en la demanda se solicita la declaración de la obligación de la Confederación Hidrográfica del Duero de inscribir la titularidad del demandante sobre el aprovechamiento de aguas en el Catálogo de Aguas Privadas. Esa inscripción no constituye una «prestación» que se imponga por la fuerza o *imperium* de una declaración de condena de la sentencia, sino una actuación obligada por parte de la Administración hidráulica una vez tiene conocimiento de la existencia y características del aprovechamiento (FD 6.9).

f) Las acciones mero declarativas son imprescriptibles. En este caso, el derecho del demandante al aprovechamiento de las aguas privadas es un derecho de dominio o propiedad especial no sujeto a límite temporal. Por ello, el demandante, como titular que no ha dejado de serlo, está legitimado para reclamar la declaración judicial de su derecho. A ello no puede oponerse un criterio de interpretación restrictiva, invocado por la recurrente, pues justamente el criterio aplicable en materia de prescripción es el contrario. Según doctrina de la Sala «en cuanto se manifieste el *animus conservandi* debe entenderse queda correlativamente interrumpido el *tempus prescriptionis*». En el caso, el *animus conservandi* queda acreditado por la posesión y explotación continuada del aprovechamiento (FD 6.11).

g) En consecuencia, se confirma la sentencia impugnada al calificar como mero declarativa la acción ejercitada en esta litis, lo que conduce a la desestimación de los motivos segundo y tercero del recurso.

En resumen, la argumentación de la sentencia se centra en el régimen transitorio de la LA y, en particular, en las consecuencias de una de las dos opciones que en él se ofrecen a los anteriores propietarios de aguas privadas: seguir como «hasta ahora», pero con obligación de declarar su aprovechamiento para su inclusión en el catálogo de aguas privadas.

Para la mejor comprensión del supuesto y la argumentación de la sentencia, conviene situar en su contexto el marco normativo aplicable y su interpretación por la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

2. EL DOMINIO PÚBLICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS Y EL RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY DE AGUAS¹

La necesidad de revisar el régimen de las aguas subterráneas era un clamor en los años anteriores a la promulgación de la Ley de 1985. La gestión de esas aguas era un caos, porque dependía de las extracciones de cada propietario, sin visión de conjunto del acuífero de procedencia y, por tanto, con el riesgo de mermar otros aprovechamientos (de aguas públicas o privadas) en explotación. La Ley de 1985 incluyó en el dominio público las aguas subterráneas renovables «con independencia del tiempo de renovación», así como los acuíferos subterráneos «a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos» (art. 2.º). Se declaraba así de dominio público el conjunto de las aguas que forman parte del ciclo hidrológico, en todas sus fases.

Sin embargo, el régimen transitorio de la Ley respetaba los derechos sobre aguas privadas de manantiales y arroyos (Transitoria 2.ª) y las «procedentes de pozos o galerías en explotación» (Transitoria 3.ª), adquiridos conforme a la legislación anterior, si bien «congelando» su contenido, de modo que «el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley». Por otra parte, a los aprovechamientos de aguas privadas «les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad, y en general, las relativas a limitaciones de uso del dominio público hidráulico» (apartados 3 y 4 de las citadas Transitorias).

Los titulares de esos derechos de aprovechamiento adquiridos al amparo de la legislación anterior podían optar entre mantener el derecho «en la misma forma que hasta ahora» o transformarlo en un derecho «de aprovechamiento temporal de aguas privadas» (por un plazo de 50 años) y posterior paso al régimen concesional (aguas públicas). Ambas disposiciones transitorias puntualizaban que «el carácter opcional de la alternativa que se regula en este apartado excluye cualquier obligación compensatoria de la Administración en favor de quien la ejercite como consecuencia de la transformación del derecho».

¹ Sobre los antecedentes legales y la jurisprudencia constitucional, véase ALONSO COLOMER, 1990, pp. 126-130 y MENÉNDEZ REXACH, 2016, pp. 25 ss.

La consecuencia de una u otra opción era que, en el primer caso, los titulares de aprovechamientos de aguas privadas no podrían acogerse a la protección administrativa del Registro de aguas y en el segundo, sí. Obviamente, el legislador pretendía fomentar la segunda opción, que conllevaba la transformación de las aguas privadas en públicas, tras el mencionado período de aprovechamiento temporal de aguas privadas.

En la práctica se pudo comprobar que la protección del Registro de aguas no era estímulo suficiente para que los afectados se inclinaran por esa opción. En su inmensa mayoría se acogieron a la primera, para quedarse como estaban, quizá confiando en que el TC anularía el régimen transitorio, como vaticinaban los detractores de la LA y, en particular, de la declaración de dominio público de las aguas subterráneas. Pero no lo hizo². Al contrario, respal-

² Los motivos de impugnación del régimen transitorio fueron, en síntesis, la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad, el de seguridad jurídica, la prohibición de irretroactividad y la garantía expropiatoria del artículo 33.3 CE. El TC rechazó la imputación de arbitrariedad, argumentando que el legislador puede optar entre diferentes posibilidades de configuración de una determinada materia o sector, por lo que no es suficiente la mera discrepancia política sobre la opción adoptada para tacharla de arbitraria. No hay en la Constitución una garantía de que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes: «Antes bien, el artículo 132.2, al tiempo que excluye directamente la titularidad privada de algunos géneros de bienes, permite al legislador declarar la demanialidad de otros. Conforme a esta previsión constitucional, la opción de incluir las aguas continentales en el dominio público es legítima en todo caso» (STC 227/1998, FJ 7).

En cuanto a la supuesta ilegitimidad del trato discriminatorio de los titulares de aguas privadas que optasen por mantener esa condición, la sentencia recuerda que «no toda desigualdad de trato legal es discriminatoria, sino sólo aquella que, afectando a situaciones sustancialmente iguales desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de una justificación objetiva y razonable». En el caso, «es enteramente razonable que la Administración no tenga la carga de suministrar una protección específica a derechos que ella misma no ha otorgado, que no han sido previamente acreditados ante la misma y que, en última instancia, afectan a bienes ajenos a su titularidad» (FJ 8).

Frente al reproche de que la demanialización de las aguas continentales suponía la infracción de la prohibición de irretroactividad y del principio de seguridad jurídica, el TC argumentó que «la invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibles petrificación del ordenamiento jurídico» (FJ 9) y, en la misma línea que el principio de seguridad jurídica «no ampara la necesidad de preservar indefinidamente el régimen jurídico que se establece en un momento histórico dado en relación con derechos o situaciones determinadas» (FJ 10).

La garantía expropiatoria constitucional se consideró infringida por la limitación permanente del caudal aprovechable, que, como se ha indicado en el texto, no podría ser incrementado sino en virtud de concesión administrativa y, por tanto, pasando al régimen demanial. Esta tesis también fue rechazada, pero obligó al Tribunal a abordar la cuestión clave de la distinción entre la delimitación del derecho de propiedad (que debe respetar su contenido esencial y que no es indemnizable) y su privación, que debe respetar las garantías del artículo 33.3 CE. La sentencia consideró que el reproche hubiera podido tener fundamento si se hubiera privado a los propietarios de su facultad de alumbrar las aguas subterráneas. Pero no era ese el caso, pues la Ley respetaba los derechos de propiedad preexistentes con el contenido que tuvieran en ese momento, es decir, «congelándolos», con la consecuencia de que cualquier ampliación del volumen utilizable supondría el paso al régimen demanial. Esa congelación sólo afectaba a expectativas y, por ello, no era indemnizable. Al hilo de la argumentación, la sentencia afirma el carácter de *res nullius* de las aguas subterráneas no alumbradas conforme a la legislación anterior (FJ 11).

dó la validez de la declaración general de dominio público de las aguas superficiales y subterráneas que forman parte del ciclo hidrológico, así como de la alternativa abierta a los propietarios de aguas privadas por el régimen transitorio. Los que se acogiesen al régimen de aprovechamiento temporal de aguas privadas podrían inscribir su derecho en el Registro de aguas. Los que optasen por seguir como estaban, tendrían que declarar su aprovechamiento para su inclusión en el Catálogo de aguas privadas. En general, no lo hicieron. Algún autor entendió que esa era una tercera posibilidad³, pero sería una situación de hecho, no de derecho, puesto que la declaración del aprovechamiento para su inclusión en el Catálogo era una obligación legal.

Como recuerda la sentencia objeto de este comentario (FD 5.3), el alcance de la expresión «mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora», fue delimitado por el TC en su sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, en el sentido de que «se respetan íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material con que hasta la fecha de su entrada en vigor se han venido disfrutando, aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir, en la medida en que forman parte del patrimonio de su titular». Ello sin perjuicio del respeto a «las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico» (apartado 4 de las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a).

A continuación, la sentencia que comentamos puntualiza, siguiendo al TC, que «en el régimen legal derogado, previo a la Ley de Aguas de 1985, el derecho de los dueños de los predios no se extendía a las aguas no alumbradas que, según la doctrina dominante, se calificaban como *res nullius*, razón por la cual la STC 227/1988 consideró que, desde el punto de vista del respeto al mandato del artículo 33.3 de la Constitución, no existía obstáculo jurídico para que la Ley de 1985 considerase con carácter general esas aguas todavía no alumbradas en la fecha de entrada en vigor de esta, como bienes de dominio público hidráulico. Además, el respeto a los dere-

Finalmente, «tampoco existe expropiación forzosa por el hecho de que la concesión que haya de obtenerse en caso de incremento de los caudales totales utilizados o de modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento se extienda obligatoriamente a la totalidad de la explotación, incluyendo así los caudales aprovechados en virtud de la titularidad privada del predio donde las aguas nacen o se alumbran», porque «la decisión de incrementar el aprovechamiento o de modificar las condiciones corresponde libremente al interesado, lo que por sí sola excluye su carácter expropiatorio.

³ MORELL OCAÑA, 2001, p. 27: «Cabe otra hipótesis: la de la existencia de aguas de propiedad privada que, manteniéndose el propietario en esta condición, no declare su existencia al organismo de cuenca, a los efectos de que se produzca la inscripción en el Catálogo».

chos adquiridos se hacía dentro del límite y con «el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material», que ya tuviese consolidado. Es decir, la Ley de 1985 respetó los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos o, como afirmó la reiterada STC 227/1988, «congelándolos» en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión». Congelación del alcance material de los derechos consolidados con anterioridad que no implica una expropiación parcial de los mismos, pues, «con ello solo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores que eventualmente podían obtenerse».

En el plano práctico, como ya se ha dicho, la consecuencia de la opción por mantener la titularidad del aprovechamiento en la misma forma que hasta ahora era la obligación de declararlo para su inclusión en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca⁴.

3. LA INCLUSIÓN EN EL CATÁLOGO DE LOS APROVECHAMIENTOS AGUAS PRIVADAS

La Disposición Transitoria Cuarta, apartado 2, de la LA, en su redacción originaria, establecía que:

«Todos los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta Ley, se declararán por sus titulares legítimos ante el Organismo de cuenca, en los plazos que se determine reglamentariamente.

El Organismo de cuenca, previo conocimiento de sus características y aforo, los incluirá en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca.»

El Reglamento de Dominio Público Hidráulico (RDPH)⁵, en su redacción originaria, estableció un plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor de la LA, para efectuar esa declaración, que debía realizarse «por escrito, acompañando el título que acredite su derecho al aprovechamiento, y haciendo constar sus características y destino de las aguas» (art. 195.2). El Texto Refundido

⁴ La Ley de Aguas lo denomina así, mientras que el RDPH lo denomina *Catálogo de Aguas Privadas* (art. 195 del texto originario y arts. 196, 196 bis y 197 del texto vigente).

⁵ Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (BOE de 30 de abril de 1986). En la actualidad, las inscripciones en el Catálogo se regulan en el artículo 196 y su cancelación en el artículo 196 bis.

de la Ley de Aguas de 2001 (TRLA)⁶, que derogó la Ley de 1985, no modificó esa regulación.

Transcurrido el plazo de tres años, se pudo comprobar el incumplimiento sistemático de la obligación de declarar el aprovechamiento para su inclusión en el catálogo. Este dato, unido al de que casi ningún propietario optó por la conversión de su derecho en un aprovechamiento temporal de aguas privadas para su posterior paso al régimen concesional, generó una situación de gran incertidumbre en cuanto a los volúmenes y caudales de agua realmente utilizados en virtud de derechos de propiedad adquiridos antes de la LA. Era manifiesto que el transcurso de ese plazo, aunque supusiera el incumplimiento de una obligación administrativa, no afectaba ni a la existencia del derecho ni a la posibilidad de ejercitarlo. Pero no se tenía constancia de su contenido ni, por tanto, de la cuantía de los volúmenes comprometidos.

La Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional (LPHN), se propuso poner fin a esta situación mediante el «cierre» del catálogo, en los siguientes términos (Disposición transitoria segunda. Cierre del período de inscripción para los titulares de aprovechamientos de aguas privadas):

1. Se otorga a los titulares de aprovechamientos de aguas privadas afectados por lo regulado en la disposición transitoria cuarta de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, un plazo improrrogable de tres meses contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley para solicitar su inclusión en el catálogo de aguas de la cuenca.

2. Transcurrido este plazo sin haberse cumplimentado esta obligación no se reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas si no es en virtud de resolución judicial firme.

En consecuencia, la Administración ya no puede reconocer la existencia de aprovechamientos de aguas privadas para su inclusión en el catálogo, salvo en virtud de resolución judicial. A este respecto, la Sala 3.^a ha establecido una clara doctrina, que la Sala 1.^a afirma compartir en la sentencia que comentamos (FD 5.6): una vez transcurridos los tres meses de la vigencia de esa Ley 10/2001, sólo la Jurisdicción es competente para reconocer un aprovechamiento de aguas privadas y, una vez que sea firme la decisión judicial, podrá tener acceso al catálogo.

La aprobación del Texto Refundido de la Ley de Aguas unos días después de la LPHN⁷, suscitó la duda de si aquél habría derogado el cierre del catálogo establecido en esta, puesto que mante-

⁶ Aprobado por RD Legislativo 1/2001, de 20 de julio (BOE de 24 de julio de 2001).

⁷ La LPHN se publicó en el BOE de 6 de julio de 2001 y el TRLA el 24 del mismo mes.

nía en sus propios términos la Transitoria 4.^a de la Ley de 1985. Como se recordará, esta Transitoria se remitía al plazo señalado en el desarrollo reglamentario (3 años, según el art. 195.2 RDPH). La Sala 3.^a, tras algunas vacilaciones, afirmó la primacía de la LPHN sobre el TRLA y la consiguiente imposibilidad de incluir aprovechamientos en el Catálogo, salvo en virtud de resolución judicial⁸. Aquí no podemos entrar en este interesante conflicto de normas, pero sí dejar constancia de la confusión existente en la práctica y de la doctrina legal que se ha impuesto.

Tras las vicisitudes legislativas, los interesados asumieron, por fin, que era preferible declarar su aprovechamiento para su inclusión en el catálogo. Pero, tras su cierre por la LPHN, las Confederaciones ya no podían admitir directamente las solicitudes, aunque en ocasiones lo hicieron⁹. Solo el juez civil puede reconocer derechos de aprovechamiento sobre aguas privadas anteriores a la Ley de 1985.

La STS 3765/2020, de 10 de noviembre (Sala 3.^a)¹⁰, explica el significado del cierre del Catálogo en los términos que ya conocemos y que hace suyos la sentencia de la Sala 1.^a objeto de este comentario: la anotación del aprovechamiento en el Catálogo, a partir de la LPHN, solo puede hacerse en virtud de resolución judicial. En el supuesto de la sentencia, la Confederación Hidrográfica desestimó por extemporánea la solicitud formulada por el interesado al haber transcurrido el plazo establecido en la Transitoria Segunda de la LPHN. Los interesados acudieron al Juzgado de 1.^a Instancia con objeto de que se declarase su derecho a seguir utilizando las aguas subterráneas que venían aprovechando. Así lo hizo el Juzgado y, en virtud de la sentencia, el presidente de la Confederación ordenó la anotación del aprovechamiento en el catálogo. Contra esa resolución interpuso un tercero recurso contencioso-administrativo ante el TSJ, que lo estimó, anulando la resolución. La Abogacía del Estado recurrió en casación y el TS estimó el recurso, confirmando la resolución de la Confederación que dispuso la inclusión en el catálogo: «la mencionada resolución

⁸ Así, la STS 3709/2014, de 19 de septiembre (recurso 1238/2012, ponente María del Pilar Teso Gamella), que se remite a otras, afirma rotundamente que, tras el cierre del catálogo por la LPHN, la Administración no puede acceder a las solicitudes de inclusión. Misma doctrina en la STS 2309/2014, de 6 de junio (recurso 1620/2012, de la misma ponente). Por el contrario, sorprendentemente, la STS 5268/2013, de 25 de octubre de 2013 (recurso 303/2010, ponente Ramón Trillo Torres), declara el derecho de la reclamante a que se inscriba el aprovechamiento en el Catálogo de Aguas Privadas. Esto no se entiende, puesto que el catálogo estaba cerrado, según la doctrina mayoritaria de la propia Sala 3.^a

⁹ La STS 2314/2013, de 21 de mayo (recurso 5994/2011, ponente Segundo Menéndez Pérez), desestima el recurso interpuesto contra una resolución de la Confederación incluyendo (¡en 2008!) un aprovechamiento en el Catálogo de Aguas Privadas.

¹⁰ Recurso de casación 8123/2019, ponente Wenceslao Olea Godoy.

denegatoria era legal porque el Organismo de Cuenca ya no tenía potestades para reconocer la existencia del derecho, lo cual no excluía que debiera proceder a su inscripción cuando le fuera aportada una resolución judicial firme que sí lo reconociera, por ser esta ya la única vía admisible» (FD 3.º).

La sentencia explica con gran claridad el significado del cierre del catálogo impuesto por la LPHN (FD 2):

No quiere decirse que la Ley del Plan Hidrológico modificara, respecto de estos aprovechamientos, su régimen o su mera existencia, lo que hace la Ley de 2001, como afirma en su Disposición Transitoria Segunda, es el «cierre del periodo de inscripción»; esto es, tratar de poner orden en la confusión que había generado la redacción originaria, y el Texto Refundido, de la Ley de Aguas. Como ya se dijo antes, en estas se partía de la idea de que eran los propios titulares de tales aguas privadas los más interesados en que sus aprovechamientos accedieran, bien al Registro, bien al Catálogo; sin que fuera pensable que no se optara por una u otra opción, porque el aprovechamiento, como mero hecho jurídico sin título habilitante no puede ser una situación deseable. Y no se olvide que, en aquellas Leyes, dichos derechos quedaron originariamente circunscritos al plazo de tres años, es decir, que si bien el «cierre» se hace en 2001 el Legislador lo previó para 1988.

Obviamente el Legislador de 2001, pese a esa intención, no podía desconocer lo que ya se había declarado en la Ley de 1985, que estos titulares, aunque no anotaran o inscribieran su aprovechamiento, podrían seguir disponiendo de él; lo que se hace en la Ley del Plan Hidrológico es no solo exigir la anotación en el catálogo; sino que, además, condiciona los trámites para ello.

La sentencia argumenta que «el ejercicio del derecho al aprovechamiento de las aguas privadas que reconoce la sentencia, entre otras condiciones para su legítimo ejercicio, está sujeto a la anotación en el Catálogo, en el que deben estar incluidos todos los aprovechamientos de esas aguas privadas» (FD 3). Conviene recordar que la inclusión en el Catálogo era una obligación impuesta por la LA (Transitoria 4.^a) a quienes optasen por «mantener su titularidad en la misma forma que hasta ahora», lo mismo que se exigía la inscripción en el Registro de Aguas a quienes optasen por el aprovechamiento temporal de aguas privadas. La STS 3765/2020 explica que el Legislador «partía de la idea de que eran los propios titulares de tales aguas privadas los más interesados en que sus aprovechamientos accedieran, bien al Registro, bien al Catálogo; sin que fuera pensable que no se optara por una u otra opción, porque el aprovechamiento, como mero hecho jurídico sin título habilitante no puede ser una situación deseable». Pero eso fue precisamente lo que ocurrió: la obligación de

inclusión en el Catálogo fue sistemáticamente incumplida. De ahí el cierre impuesto por la LPHN.

En esta situación, la Administración hidráulica, que no puede reconocer la existencia de estos derechos, tampoco podrá sancionar por el incumplimiento de la obligación de declararlos. Se lo impide el cierre del catálogo. Como se recordará, la Transitoria 4.^a de la LA preveía la imposición de multas coercitivas por incumplimiento de la mencionada obligación de declarar. Esta calificación de multas coercitivas fue un error terminológico de la LA, que no se ha corregido en el Texto Refundido vigente. Las multas coercitivas no son sanciones, sino uno de los medios de ejecución forzosa de los actos administrativos, independiente de las sanciones que puedan imponerse¹¹. En este caso, no hay acto alguno, sino el incumplimiento de una obligación formal establecida por la LA. No se trata de multas coercitivas, sino de multas, sin más, por la comisión de una infracción. La remisión al artículo 117 de la propia LA lo pone de relieve.

Este dato de la posible imposición de multas es utilizado por la sentencia que comentamos para justificar el interés legítimo del ejercicio de la acción mero declarativa por el reclamante de la inclusión en el Catálogo (FD 6.4):

Por otra parte, ese interés legítimo se justifica también en la necesidad de eludir el régimen sancionador de las multas coercitivas que impuso la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas de 1985 para los casos de omisión de la inscripción en el Catálogo, como expusimos supra. Con la acción ejercitada se trata, por tanto, de evitar la incertidumbre sobre la existencia y el alcance concreto del citado derecho de aprovechamiento de aguas privadas, y así evitar el temor fundado de perjuicios futuros por la imposición de multas o la adjudicación de concesiones a terceros sobre esos recursos hidráulicos, con lesión de los derechos del titular.

A mi juicio, el argumento tiene escasa consistencia, puesto que en la fecha de ejercicio de la acción (19 de junio de 2017), el catálogo estaba cerrado y, por tanto, la Administración ya no podía imponer multas coercitivas. Si no se puede cumplir una obligación, es obvio que no se podrá sancionar por su incumplimiento, sin perjuicio de otras consecuencias legales¹². El argumento decisivo es el que esgrime la propia sentencia como principal: «cegada la vía

¹¹ Artículo 100.1.c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. El artículo 103.2 aclara que «la multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas».

¹² En la misma línea, se señaló que la LPHN sustituyó sin más las multas coercitivas «por la nada desdeñable carga de tener que acudir a un proceso civil» (CANTERO MARTÍNEZ, 2002, p. 256).

administrativa del reconocimiento del derecho a los aprovechamientos de aguas privadas preexistentes a la Ley de Aguas de 1985, resulta necesario a fin de obtener dicho reconocimiento obtener una resolución judicial, lo que exige el ejercicio de la correspondiente acción» (FD 6.4).

El cierre del catálogo por la LPHN no deja más opción a quienes no hayan incluido en él el aprovechamiento de que se consideren titulares que la de acudir a la jurisdicción civil en ejercicio de una acción declarativa de su derecho. Esto es, precisamente, lo que ocurrió en el supuesto de la sentencia comentada. Solo el citado orden jurisdiccional está facultado para hacer esas declaraciones de propiedad. El contencioso-administrativo únicamente puede reconocer situaciones de hecho, pero no declarar la propiedad.

Por lo demás, quienes tengan ya declarados sus aprovechamientos en el Catálogo pueden, desde finales de 2012, solicitar en cualquier momento la inscripción en el Registro de Aguas de la cuenca, para lo que instarán el otorgamiento de la correspondiente concesión, que se tramitará sin competencia de proyectos¹³. El término de la concesión será el 31 de diciembre de 2035, teniendo preferencia en ese momento el concesionario para obtener una nueva. Por esta vía, el legislador intenta de nuevo estimular el paso de estas aguas privadas al régimen concesional, que es el objetivo perseguido desde 1985.

4. VALORACIÓN DE LA SENTENCIA

La sentencia es plenamente correcta, en mi opinión, en cuanto a la cuestión de fondo: la obligación de la Administración hidráulica de incluir el aprovechamiento en el catálogo una vez acreditada su existencia en sede judicial (civil). A este respecto, es importante subrayar el diferente alcance de la competencia de este orden jurisdiccional y el contencioso-administrativo. El primero declara (o rechaza) la titularidad privada del aprovechamiento, mientras que el segundo solo puede pronunciarse sobre situaciones de hecho, sin reconocer derechos. La jurisprudencia de la Sala 3.^a es muy clara al respecto. Según ella, lo que se incluye en el catálogo

¹³ El artículo 1.16 de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, introdujo una nueva Disposición transitoria décima, con el rótulo «Transformación de derechos privados en concesionales». El preámbulo explica que «esta Ley incorpora medidas que incentivan, como mecanismo potestativo, la transformación de los derechos de aprovechamiento privados de aguas a derechos concesionales, con el objetivo, entre otros, de facilitar y mejorar la gestión de episodios meteorológicos e hidrológicos desfavorables».

de aguas privadas no son derechos, sino situaciones de hecho, cuya existencia es obligado probar.

La STS de 9 de junio de 2004, a la que se remite, entre otras, la 209/2019¹⁴, considera que la interpretación que se debe hacer de lo establecido en la Transitoria cuarta de la LA y el artículo 195.2 RDPH, a pesar de la mención que en este se hace al título que acredite su derecho al aprovechamiento, «no es otra que la necesidad de justificar la posesión del aprovechamiento de que se trata, sus características y aforo, lo que requiere acreditar el destino de las aguas y la superficie regable, puesto que se trata de que la Administración conozca la existencia del aprovechamiento en cuestión, sus características y aforo». Concluye que «lo que la Administración hace constar en el Catálogo no son derechos sino situaciones de hecho, y ello justifica, según lo declarado por el Tribunal Constitucional en la mentada sentencia, que no se otorgue a los aprovechamientos incluidos obligatoriamente en el Catálogo la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro».

De ahí la importancia de la prueba. Lo subraya la propia STS 209/2019¹⁵. En la misma línea, la STS 517/2015¹⁶, remitiéndose a otras, insiste en que «las normas citadas hacen imprescindible acreditar el hecho del aprovechamiento con sus características y destino de las aguas». A mi juicio, esta doctrina debe matizarse en el sentido de que, cuando la inclusión en el catálogo se realiza por decisión judicial –y ya nos consta que esta es desde 2001 la única posibilidad legal, porque el catálogo está cerrado– no se trata solo de hechos sino de derechos reconocidos por el único orden jurisdiccional competente para ello: el civil.

La sentencia que comentamos da por supuesto el derecho al aprovechamiento, basándose en los hechos declarados probados por la sentencia del Juzgado y la Audiencia Provincial¹⁷. Hay que suponer, por ello, que el material probatorio aportado era suficiente.

¹⁴ De 24 de enero de 2019 (recurso 2776/2015, ponente Cesar Tolosa Tribiño, FD 9).

¹⁵ FD 9: «Aunque es cierto que el régimen jurídico del Catálogo al que se refiere esa Disposición Transitoria –que se mantiene en términos muy similares en la Disposición Transitoria Cuarta del actual Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, es diferente al del Registro de Aguas (Disposiciones Transitoria Segunda y Tercera de esos textos legislativos), ello no supone que la inclusión del respectivo aprovechamiento de aguas privadas en el Catálogo, de sus “características y aforo”, esté exenta de prueba, pues es necesaria esa acreditación y la misma debe ser llevada a cabo por la entidad solicitante».

¹⁶ De 5 de febrero de 2015 (recurso: 345/2013, ponente Ramón Trillo Torres). Véase también la STS 6429/2012, de 27 de septiembre (recurso 3232/2009, ponente Jorge Rodríguez-Zapata Pérez), FD 5, que se remite a otra de 5 de abril de 2011 (casación 1508/2007).

¹⁷ «Tanto el juzgado como la Audiencia han estimado probado que el sondeo para la extracción de aguas subterráneas ya existía antes de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, que se ubica en la parcela 101 del polígono 2 del término municipal de Carpio, sus concretas características de profundidad, diámetro y caudal, así como la concreta exten-

Para concluir este análisis jurisprudencial, no podemos soslayar una cuestión que planea sobre el significado de estos aprovechamientos incluidos en el Catálogo. ¿Su objeto son aguas «privadas», como resulta literalmente de su denominación o se trata de derechos «privados» de aprovechamiento sobre aguas de dominio público?

5. ¿HAY TODAVÍA AGUAS SUBTERRÁNEAS PRIVADAS?

La citada STS 3765/2020, de la Sala 3.^a, tras explicar el significado del cierre del catálogo, en los términos antes reseñados (*supra* 3), afirma rotundamente que, desde la entrada en vigor de la LA, no hay aguas subterráneas privadas. Según la sentencia (cursiva no original):

Tras la entrada en vigor de la Ley del Plan Hidrológico esas potestades iniciales de la Ley de Aguas quedan palmariamente condicionadas a su acceso al Catálogo, porque no pueden existir sin ese reconocimiento que comporta dicha anotación. Es decir, la norma solo es admisible si se concluye que esa inclusión es el que legitima estos aprovechamientos de aguas privadas. No podrán existir más aguas privadas –*denominación errónea porque, como después se verá, ni estas son aguas privadas ni cabe después de la Ley de 1985 aguas privadas alguna, todas son públicas*–, tras la Ley de 2001, que las que estén incluidas en el Catálogo, con el añadido de que esa inclusión, transcurrido ese plazo de tres meses, solo podrá realizarse si existe una « resolución judicial firme.» (FD 2.º).

La frase en cursiva no es un desliz ni un *obiter dictum* sino el presupuesto de toda la argumentación. En efecto,

(...) desde la Ley de 1985 son públicas no solo las aguas subterráneas no incluidas en los aprovechamientos existentes sino también las incluidas en estos, de ahí que no exista un derecho con la amplitud que se quiere sostener por la defensa del originario recurrente.

(...) Pero el error de base del que se parte es considerar que el reconocimiento que se hace por la sentencia civil comporte que las aguas del mismo siguen siendo aguas privadas, como lo eran bajo la vigencia de la normativa existente antes de la entrada en vigor de la Ley de 1985. No es cierto. Desde la mencionada Ley todas las aguas, también las subterráneas –*las superficiales lo han sido siempre*– son públicas, sin excepción alguna, como se declaraba ya en el artículo 2 de aquella Ley. Y lo que se reconoce a los anteriores titulares de derechos de aprovechamientos de esas aguas subterrá-

sión del área regada con las aguas procedentes de dicho aprovechamiento, y la titularidad dominical sobre la indicada parcela del demandante y de sus causahabientes, que se remonta a una fecha también anterior a la entrada en vigor de la citada Ley de Aguas de 1985. También ha quedado probado que el citado aprovechamiento de aguas ha continuado en explotación desde su origen hasta la actualidad» (FD 5.1).

neas es, en palabras de la Disposición Transitoria Segunda de aquella Ley, *mantener la «titularidad», no del agua, sino de «sus derechos» de aprovechamiento, pero, insistimos, sobre aguas públicas*, es decir, sobre aguas ajenas a los particulares, a los propietarios de los fondos desde los que se ubica el aprovechamiento. El acuífero de donde se extrae el agua que legitima el derecho reconocido es ya, todo él, público y, por tanto, el derecho es a utilizar ese dominio público, no a patrimonializarlo (FD 3)¹⁸.

En resumen, *desde la Ley de 1985, todas las aguas son públicas, también aquellas a la que tienen derechos los titulares de aprovechamientos anteriores a la Ley, por lo que todas, también estas, están sujetas al régimen de utilización previsto legalmente*, que comporta la constancia de tales aprovechamientos y esa constancia es, en el régimen legal, la inclusión, cuando menos, en el Catálogo, por lo que el acceso a él de tales aprovechamiento es obligado, de tal forma que si no los instan los titulares, el Organismo de Cuenca puede y debe practicar de oficio su anotación¹⁹.

La STS 784/2021, de 2 junio, también de la Sala 3.^a (casación 2335/2020, ponente Wenceslao Olea Godoy), reitera que «ya desde la Ley de Aguas de 1985, todas las aguas continentales son de dominio público, a diferencia de las denominadas aguas privadas que regían en el régimen anterior (art. 408 CC). El carácter público de las aguas se declara paladinamente en el artículo 2 del TRLA (...) sin perjuicio del régimen de aprovechamiento, que es una cuestión diferente de la titularidad» (FD 2.^o)²⁰.

Así, pues, según el TS, desde la entrada en vigor de la Ley 1985 las aguas subterráneas son públicas, «sin excepción alguna»²¹. Esta

¹⁸ En apoyo de esta tesis se citan varios párrafos de la STC 227/1988, de 29 de noviembre. Entre ellos, el siguiente (FJ 12): «La Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos o, como aducen los recurrentes, “congelándolos” en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión. Pero esta congelación del sustrato material de los derechos consolidados con anterioridad no implica en modo alguno una expropiación parcial de los mismos, pues con ello solo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores (...) En definitiva, lo que se excluye en adelante es la posibilidad de apropiación patrimonial de incrementos eventuales de los caudales utilizados sin que medie un título concesional. Ahora bien, desde el momento en que todas las aguas superficiales y subterráneas renovables se transforman *ex lege* en aguas de dominio público, es lícito que, aun partiendo del estricto respeto a los derechos ya existentes, los incrementos sobre los caudales apropiados solo puedan obtenerse mediante concesión administrativa».

¹⁹ En mi opinión, esta última afirmación hay que entenderla referida a los supuestos de reconocimiento judicial del derecho, aunque el titular no inste la inclusión en el Catálogo. No significa que el Organismo de cuenca pueda incluir «de oficio» aprovechamientos, sin previa resolución judicial.

²⁰ La sentencia considera que también son públicas las aguas pluviales.

²¹ Una posible excepción serían las aguas subterráneas «fósiles» o no renovables, que es un supuesto absolutamente marginal. Sobre el tema, véase ALEGRE ÁVILA, 1993, p. 169, que considera estas aguas bienes patrimoniales del Estado.

doctrina legal es novedosa, porque en sentencias anteriores la Sala 3.^a seguía afirmando la existencia aguas privadas²². A mi juicio, aunque, a primera vista, pueda sorprender, es plenamente correcta. En los mismos términos se ha pronunciado en ocasiones la jurisdicción civil²³. La Ley de Aguas de 1985 incluyó en el dominio público las aguas subterráneas renovables, pero respetó los derechos de aprovechamiento adquiridos con anterioridad, ofreciendo a sus titulares la alternativa a que hemos hecho repetida referencia. En la práctica, o Registro o Catálogo.

La declaración de dominio público aplicada a unas aguas que hasta entonces se consideraban *res nullius* y de las que se apropiaba el alumbrador, implicó la atribución al Estado de la competencia para regular el aprovechamiento y explotación por los particulares de esas aguas²⁴. Ya no era facultad del propietario del suelo, como había dispuesto la Ley de Aguas de 1879 (art. 19) y el Código Civil (art. 417). Se respetaron los derechos de aprovechamiento adquiridos al amparo de la legislación anterior, pero «congelados» en cuanto a su contenido y sujetos al régimen general de utilización de las aguas públicas, en una situación análoga, aunque más favorable, a la de «fuera de ordenación» de la legislación urbanística²⁵.

En otras palabras, conforme al régimen transitorio de la LA, lo que es «privado» es el derecho de aprovechamiento no el agua subterránea, que pasó a ser de dominio público por decisión del Legislador, respaldada por el TC. De ahí que sea equívoca la denominación

²² Así, la STS, Sala 3.^a, de 16 de marzo de 2012 (casación 103/2009, ponente Mariano de Oro-Pulido López): (...) la naturaleza privada de las aguas alumbradas que arrastra, en los términos que acabamos de exponer, de la antigüedad del pozo y del aprovechamiento anteriores a la Ley de Aguas de 1985» (FD 9.^o).

²³ Así, la SAP de Valladolid 67/2019 de 5 febrero (apelación 373/2018): «La ley de Aguas de 1985, en su artículo 2, en el que regula el dominio público hidráulico del estado, incluye en él, apartado d) los acuíferos subterráneos a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. Catalogación como públicas, que obedece a la consideración del agua como un recurso unitario, no pudiendo distinguir entre aguas superficiales y subterráneas, pues unas y otras se encuentran íntimamente relacionadas, presentan una idéntica naturaleza y función estando subordinadas al interés general. Todo ello lleva a la inclusión en el dominio público de las aguas subterráneas, desapareciendo el derecho de apropiarse de ellas, que reconocía la Ley de 1879 a quien las alumbrase (...). La Disposición Derogatoria Primera de la Ley de Aguas de 2 de agosto de 1.985, señala que quedan derogados los artículos 407 a 425 CC en cuanto se opongan a lo establecido en la propia Ley, cuyo Preámbulo, como se ha señalado, se refiere a una sola calificación jurídica del agua como bien de dominio público estatal.» (FD 2.^o). En contraste, la SAP de Ciudad Real 47/2017 de 13 febrero (apelación 394/2016) sigue en la línea tradicional de las aguas privadas: «(...) la declaración de dominio público de las aguas se hace «con las salvedades expresamente previstas en esta ley» (artículo 2), y entre dichas salvedades debe considerarse incluida la relativa a las aguas continentales, superficiales y subterráneas renovables, que seguirán siendo de dominio privado si tenían ya esa condición con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, en los términos de las disposiciones transitorias segunda y tercera» (FD 2.^o).

²⁴ GALLEGO ANABITARTE, 1986, p. 418.

²⁵ GALLEGO ANABITARTE, 1986, pp. 411-412.

legal de Catálogo de aguas *privadas*. Lo eran antes de la LA. Tras la declaración de dominio público efectuada por ella, son derechos de aprovechamiento adquiridos en virtud de títulos de derecho privado (derechos reales), distintos de la concesión legal (los 7.000 m³ del art. 54.2 TRLA) o administrativa. Su carácter transitorio o a extinguir se refleja en el régimen de utilización, que es inmutable por estar «congelado». En cuanto se quiera alterar, hay que pasar al régimen concesional. Cambia la naturaleza del derecho, no la del agua, que es siempre pública.

La STC 227/1988 respaldó la «congelación» del volumen o caudal utilizado. Según ella, el régimen transitorio de la LA «significa que se respetan íntegramente, con el mismo grado de utilidad o aprovechamiento material con que hasta la fecha de su entrada en vigor se han venido disfrutando, aquellos derechos o facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir, en la medida en que forman parte del patrimonio de su titular» (FJ 12).

Son, pues, derechos de contenido patrimonial, que forman parte de un concepto amplio de propiedad, como es el que figura en el artículo 33 CE. Su objeto son aguas públicas, pero el título jurídico para su aprovechamiento es de derecho privado, en virtud del régimen transitorio de la LA, que regula situaciones a extinguir, pero sin fecha límite. Esta configuración del derecho no impide considerar que el alumbrador se «apropia» del agua (pública) extraída y la utiliza *uti dominus*, lo mismo que el titular de una concesión minera se apropia de los recursos extraídos. Precisamente, la declaración como dominio público de los recursos minerales tiene el mismo significado que la de las aguas subterráneas (reserva al Estado del control de la explotación)²⁶. Si, en general, las concesiones demaniales atribuyen a su titular, durante su plazo de vigencia, «los derechos y obligaciones del propietario» (art. 97.2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003), con mayor razón serán asimilables a la propiedad unos derechos de aprovechamiento vinculados a la propiedad de la tierra, pero eso no significa que el agua sea *privada*.

En resumen, desde 1985 son de dominio público todas las aguas que forman parte del ciclo hidrológico, incluidas la subterráneas renovables. No obstante, sobre esas aguas públicas subsisten derechos privados de aprovechamiento adquiridos con anterioridad a la Ley de Aguas. Para poder ejercitarse legalmente, esos derechos tienen que estar incluidos en el Catálogo de aguas privadas. Desde su cierre por la LPHN, la anotación solo puede hacerse en virtud de sentencia del orden jurisdiccional civil. Ambas Salas,

²⁶ GALLEGO ANABITARTE, 1986, p. 399.

la 1.^a y la 3.^a están plenamente de acuerdo al respecto, lo que garantiza la unidad de doctrina. Así lo pone de relieve la sentencia comentada, que refleja un conocimiento sobresaliente de la jurisprudencia contencioso-administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel: «Naturaleza y régimen jurídico de las aguas subterráneas no renovables», *Revista de Administración Pública*, 1993, núm. 130, pp. 155-169.
- ALONSO COLOMER, Francisco: «El derecho transitorio desde la perspectiva del Legislador», en *Ley de aguas: análisis de la Jurisprudencia constitucional*, (coordinado por Armando Salvador), INAP, Madrid, 1990, pp. 119-131.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa: «El régimen transitorio de la ley de aguas y los aprovechamientos preexistentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, 2002, núm. 159, pp. 221-256.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia: *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de aguas)*, Marcial Pons, Madrid, 1990.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo; MENÉNDEZ REXACH, Ángel, y DIAZ LEMA, José Manuel: *El Derecho de Aguas en España*, 2 tomos, MOPU, Madrid, 1986.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «La génesis de la Ley de Aguas de 1985: problemas y objetivos», en *Treinta años de la Ley de Aguas de 1985*, (dirigido por Antonio Embid Irujo), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 15-55.
- MORELL OCAÑA, Luis: «Las titularidades de aguas privadas», *Revista de Administración Pública*, 2001, núm. 154, pp. 7-45.
- MOREU BALLONGA, José Luis: *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Universidad de Zaragoza, 1990.