

AGUA SUBTERRÁNEA: SITUACIONES Y RELACIONES JURÍDICAS

Martín Orozco Muñoz
Abogado del Estado (exc.)

RESUMEN

El agua subterránea se transforma de bien inmueble (agua-recurso), mientras permanece en el acuífero, a bien mueble (agua-producto), cuando es extraída. Sobre el agua-recurso —de carácter demanial o *res nullius*— sólo opera un derecho real de aprovechamiento a extraerla y a apropiarse de ella; sobre el agua-producto, una vez extraída, opera un derecho de propiedad. En los casos de cotitularidad, el derecho real de aprovechamiento corresponde a los comuneros o herederos, no a la persona jurídica, y son éstos los titulares del agua extraída, ya en *pro indiviso*, ya como derechos exclusivos sobre los volúmenes resultantes del adulamiento, operando tal atribución como contenido de un derecho real inmobiliario del partícipe sobre el caudal, no como rendimiento por la participación en el capital de entidades jurídicas. Tanto el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso como el agua-producto extraída pueden ser objeto de tráfico jurídico patrimonial, a título oneroso o gratuito, y a título transmisión de la titularidad o de mera cesión temporal.

PALABRAS CLAVE: agua subterránea, derechos reales, aprovechamiento, comunidad de bienes.

ABSTRACT

«Ground water as water resource, legal frame». The author reviews the legal frame related to water, water as a natural resource and water as a product and the rights the private persons are entitled over it.

KEYWORDS: water-resource, water-product, exclusive rights over water.



Nuestro Código Civil incluye a las aguas dentro del régimen de las «propiedades especiales», expresión que sirve de rúbrica al Título IV de su Libro II. Ello es así porque el agua o las aguas conforman un bien especial por naturaleza; su singularidad física, unida a su necesidad vital, trascienden a lo jurídico, de ahí que hablemos de instituciones jurídicas dotadas de especialidad y de ahí, igualmente, su declaración demanial por la Ley de Aguas de 1985.

Junto a la especialidad por el objeto, el Libro II del Código Civil también contempla una segunda especialidad del dominio y derechos reales, atendiendo a razones subjetivas, en referencia a las situaciones de cotitularidad (Título III, «de la comunidad de bienes»).

Ambas singularidades (objetiva y subjetiva) convergen circunstancialmente en las relaciones jurídicas sobre aguas cuando el derecho de aprovechamiento se ostenta en régimen de cotitularidad, situación ésta característica de los aprovechamientos sobre aguas subterráneas en Canarias¹.

Ante tales situaciones especiales, la función reguladora del legislador y la calificadora del operador jurídico se torna compleja, ya que se mueve en una constante opción o alternativa entre la aplicación de instituciones o categorías jurídicas generales, ideadas o concebidas para situaciones comunes, o la creación *ad hoc* de categorías jurídicas singulares, allí donde la aplicación de la categoría o institución general resulte imposible o forzada; y a dicha complejidad se une la distorsión ocasionada por una imprecisa terminología utilizada por el uso, que en ocasiones contamina al propio legislador e interfiere en una correcta denominación de la realidad jurídica, esto es, de las instituciones jurídicas.

El presente trabajo pretende abordar la calificación jurídica (I) del agua subterránea (como objeto de derechos), (II) de las situaciones jurídicas subjetivas que sobre ella se proyectan (derecho de aprovechamiento y derecho de propiedad), (III) de las posiciones de cotitularidad que recaen sobre dichas situaciones jurídicas subjetivas y (IV) de los negocios jurídicos de disposición sobre las situaciones jurídicas subjetivas y sobre el agua que constituye su objeto.

¹ Autores como Sánchez Jordán mantienen la existencia de un «Derecho especial de aguas canario, que encuentra su origen remoto en la evolución inmediatamente posterior a los repartimientos de tierras y aguas que siguen a la conquista de las islas, se consolida por vía consuetudinaria, recibe reconocimiento legal en 1956, se contempla en el EA de Canarias y en la LOTRACA, es reconocido en la DA 3.ª LAg estatal y culmina, por fin, con la LAg 1990» (Sánchez Jordán, M.E., «La titularidad (y el aprovechamiento) de las aguas en Canarias», en Bercovitz, R. y Martínez Simancas, J. (dir.), *Derechos Civiles de España*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 4052).



I. EL AGUA SUBTERRÁNEA COMO OBJETO DE DERECHOS

A) LOS ESTADOS JURÍDICOS DEL AGUA. TRANSFORMACIÓN DEL AGUA-RECURSO-INMUEBLE EN AGUA-PRODUCTO-MUEBLE

El principio físico de que la materia se transforma no se ajeno al Derecho, que tiene que acudir a las ficciones jurídicas para su comprensión y calificación. El agua subterránea en estado natural (a la que llamaremos agua-recurso) no tiene la misma naturaleza jurídica que el agua una vez extraída a la superficie y apropiada para un determinado uso privativo (a la que llamaremos agua-producto), aun cuando su composición sea la misma y aun cuando ésta provenga de aquélla, operándose una especie de transubstanciación donde se distinguen tres fases con trascendencia jurídica —el agua no hallada, el agua hallada aún no extraída y el agua extraída²—.

1. Agua aún no hallada (*agua-recurso desconocida e inapropiable*)

El agua que se encuentra en estado natural, anterior a su hallazgo y a su apropiación privativa por el hombre, es un bien inmueble y ajeno a toda propiedad privada:

- a) Se trata de un bien inmueble por así declararlo legalmente el art. 334.8 Cc (que incluye entre los bienes inmuebles a «las aguas vivas o estancadas»³; pero aun de no existir tal declaración específica, su naturaleza inmobiliaria es consustancial a su integración en el suelo (las aguas superficiales) o en el subsuelo o acuífero (las aguas subterráneas), y viene dada por su adherencia o unión al suelo o a la tierra (arts. 334.1 Cc y 2, art. 10 TRLA)⁴ o al «yacimiento»

² Para esta clasificación seguimos el planteamiento ya clásico de Nieto, que distingue entre «aguas no alumbradas», «aguas alumbradas y no extraídas» y «aguas subterráneas alumbradas y extraídas» (Nieto, A., «Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico», en Nieto, A. (dir.), *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario-II*, Cabildo Insular de Tenerife, S/C Tenerife, 1968, pp. 80-90); aunque acuñamos la terminología de Pérez Pérez, que distingue entre aguas no halladas, halladas no extraídas y extraídas (Pérez Pérez, E., «La figura del consorcio aplicada a la gestión de las aguas subterráneas», en RCDI, núm. 556, mayo-junio 1983, pp. 637-641), ya que el término «alumbrada» debe circunscribirse al agua extraída y no al agua meramente hallada, en consonancia con el Diccionario de la RAE, que acuña como acepción del verbo *alumbrar* la de «registrar, descubrir las aguas subterráneas y *sacarlas a la superficie*» (la cursiva es nuestra).

³ Un planteamiento contrario mantiene Nieto, para quien el supuesto del art. 334.8 Cc no comprende las aguas subterráneas, «puesto que éstas no son ni vivas ni estancadas, sino que en la Ley de aguas se encuentran rigurosamente separadas de ellas, ocupando un capítulo aparte, el IV» (Nieto, A., «Hacia una teoría consorcial de las comunidades de aguas canarias», en Nieto, A. (dir.), *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario-III*, Cabildo Insular de Tenerife, S/C de Tenerife, 1969, p. 232).

⁴ Señala Pérez Pérez que «el agua subterránea, mientras es subterránea, mientras permanece bajo la tierra, debe ser considerada como bien inmueble» (núms. 1, interpretado ampliamente, y 2 del



subterráneo (art. 334.8 Cc). El carácter inmueble dimana, por tanto, de su proyección sobre la tierra pero no deja de ser una ficción jurídica, ya que el agua que corre y fluye es, por esencia, movable⁵.

- b) Las aguas en estado natural constituyen, por otra parte, bienes excluidos de la propiedad privada, ya por ser considerados bienes demaniales (art. 2a) TRLA), ya por tratarse de *res nullius* (como acontecía con las aguas subterráneas, antes de ser alumbradas, según la legislación anterior a la LA 1985 —v. gr. arts. 417 a 419 Cc—). Respecto a las aguas subterráneas aún no halladas, parte de la doctrina las llega a excluir, incluso, del concepto de bienes (*res*) por entender que «no se sabe si existen, no se conocen, por lo que no son *res* en sentido jurídico» y porque «si no son *res* no pueden ser *res nullius*»⁶. Nosotros, por el contrario, consideramos que, aun desconociéndose su existencia, si ésta se da, estamos ante bienes, aunque exista incertidumbre sobre su presencia, si bien no deja de tratarse de una cuestión meramente dogmática.

2. Agua hallada pero no extraída (agua-recurso aprovechable)

Una vez hallada, esto es, realizados los trabajos de perforación en el subsuelo que permiten acceder al acuífero donde el agua se encuentra, el agua mantiene los mismos caracteres de bien inmueble y de *res nullius* o demanial, según proceda, con la única matización de que mientras que el agua aún no hallada es inapropiable, el agua ya hallada es susceptible de un derecho real de aprovechamiento, que comprende la extracción o elevación a la superficie y el derecho a la apropiación del agua así extraída.

artículo 334 del Código Civil)» (Pérez Pérez, E., «Gestión comunitaria de acuíferos subterráneos», en Reyes López, M.J. (coord.), *Comunidad de Bienes*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, p. 1115).

⁵ «Tiene la propiedad de las aguas corrientes, por su especial naturaleza, un carácter especial. Se les considera inmueble por una ficción legal; mas, nada tan movable como ellas» (Orozco Batista, A., *Los alumbramientos de aguas en Canarias*, Santa Cruz de Tenerife, 1926, p. 83).

⁶ Navarro, A.R. y Gómez, J.A., en Albaladejo, M. y Díez Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, Madrid, tomo v, vol. 2.º [recuperado de <https://app.vlex.com/>]. Asimismo, para Nieto, «las aguas subterráneas antes de ser alumbradas [interpretados como halladas] no son bienes, y por tanto, no puede hablarse de muebles ni de inmuebles» (Nieto, A., *op. cit.*, III, p. 232).



3. Agua extraída (agua-producto)

En el último estadio, constituido por la extracción o alumbramiento⁷ del agua a la superficie —afloramiento—, el agua muta su naturaleza jurídica y su titularidad: pasa a ser bien mueble (agua-producto) y se convierte en objeto de un derecho de propiedad privada:

- a) Es bien mueble en cuanto que deja de formar parte natural o integrante de un terreno o de su subsuelo, pudiendo ser desplazada y dispuesta de un punto a otro (art. 335 Cc), condición predicable del agua desde que es depositada artificialmente, o de cualquier otra forma, es apropiada o dispuesta⁸, y aunque sea inmueble el depósito o conducto artificial en el que dicha agua se deposite o por la que discurra⁹.
- b) Es objeto de propiedad privada, en cuanto bien mueble separado (agua-producto) del inmueble constituido por el recurso natural (agua-recurso), derivándose tal derecho de propiedad de un previo derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso, que es el que faculta a su titular a extraer o desviar, del agua-recurso, volúmenes determinados de agua y a hacer suya el agua así extraída, derivada, captada, o aflorada procedente del manantial o del acuífero; no puede ser, al efecto, más explícito el art. 22 LA 1879:

Cuando se buscare el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos, por socavones o por galerías, el que las hallare e hiciese surgir a la superficie del terreno será dueño de ellas a perpetuidad.

- c) Al despejar la cuestión de la naturaleza mobiliaria y propiedad privada del agua-producto que bebemos o con la que regamos, nos queda por resolver la cuestión de si la misma es calificable jurídicamente como fruto¹⁰ del

⁷ A los efectos del presente trabajo, utilizamos el concepto de agua «alumbrada» como el agua efectivamente extraída a la superficie, en consonancia con el art. 418 Cc o el art. 5 Ley 27 diciembre 1956. El Diccionario de la RAE también parte, según vimos, de dicha significación al conceptualizar el alumbrar como sacar las aguas subterráneas a la superficie.

⁸ «No es inmueble el agua de un estanque que se forme accidentalmente, ni la encerrada en un aljibe o en una cañería» (Biondi, B., *Los bienes*. Bosch, Barcelona, 2003, p. 112).

⁹ «Otra cuestión es ver si el aljibe, el canal, la cañería, como *pertenencias* son inmuebles: pueden ser tales, pero el agua encerrada en el aljibe o que discurra por la cañería es mueble» (Biondi, B., *op. cit.*, p. 113). Aun cuando el art. 408, último párrafo, Cc señala que forman parte integrante de la heredad, a la que vayan destinada las aguas, el agua que pase por la acequia o acueducto, hay que interpretar que tal calificación como «parte integrante» no se hace en sede de distinción entre bien mueble o inmueble sino a los efectos de atribuir los derechos sobre el agua y sus conducciones en favor del predio dominante, en los casos de servidumbre de acueducto.

¹⁰ Entre otros, Pérez Pérez, E., *op. cit.*, p. 1116. Dentro de la categorización del agua como fruto, para Guimerá Peraza, el agua adulada constituye un «fruto desprendido», un «fruto de la tierra en que nace, de la cual se separa», equiparándola a los plátanos o tomates cosechados (Guimerá Peraza, M., *Régimen jurídico de las aguas en Canarias*, Instituto de Estudios Canarios, La Laguna, 1960,



agua-recurso de la que en su día fue extraída, si es parte integrante (*pars*) de la misma¹¹, o si se trata de un bien completamente distinto del agua-recurso¹². En nuestra opinión, cabe concebir al agua extraída como parte integrante o *pars* del agua-recurso o manantial de la que fluye, dada su identidad material, al igual que acontece con las minas; si bien, como veremos, en cuanto a su régimen jurídico existe una evidente asimilación a los frutos, lo que no implica su confusión con éstos.

B) ACTO Y MOMENTO DE LA TRANSFORMACIÓN: LA *SEPARATIO* Y *PERCEPTIO* DEL AGUA-PRODUCTO

La transformación de la naturaleza jurídica del agua-recurso en agua-producto, o, lo que es lo mismo, en nuestro caso, de bien inmueble en bien mueble, se opera a través de un hecho jurídico concreto, constituido por la separación (*separatio*), y que opera, tratándose de aguas, a través de las actuaciones de derivación, extracción o captación del agua-producto respecto del manantial o masa de agua subterránea existente en el acuífero.

Dicho efecto transformador, anudado a la separación, no es exclusivo del agua, ya que lo encontramos con frecuencia en nuestro ordenamiento jurídico en materia de frutos, en alusión a los «árboles, plantas y frutos pendientes», que son bienes inmuebles «mientras estuvieren unidos a la tierra» (art. 334.2 Cc), pasando luego a mueble (art. 451.2 Cc), o los minerales, que son inmuebles «mientras su materia permanece unida al yacimiento» (art. 334.8 Cc). Señala al respecto Delgado Echeverría que es la separación la que produce «la constitución del fruto en cosa independiente, disociándose de la cosa-madre y dejando con ello de ser parte

pp. 77-78). Por su parte, Nieto defiende igualmente la condición de fruto, pero no de la tierra sino del caudal, cuando éste sea renovable: «El agua-mueble será *pars* del caudal cuando se trate de una bolsa incomunicada, que no se autoalimente y que por tanto se agote con el consumo. En cambio, el agua-mueble será un fruto —natural o industrial (art. 355 Cc)— cuando su individualización resulte de un caudal que se autoalimente, y que por tanto no se extinga con el consumo ordinario y racional», señalando más adelante que mientras el «caput aquae» es un bien inmueble, el agua alumbrada es un bien mueble, «un fruto del caput» (Nieto, A, *op. cit.*, III, p. 235).

¹¹ Es la tesis de González Pérez, quien al clasificar los derechos reales administrativos contempla el derecho de aprovechamiento de aguas dentro de los *derechos que implican consumo de la cosa*, por entender que «el caudal de agua concedido no es un fruto o producto de la corriente, sino una parte integrante de la misma, que se consume» (González Pérez, J., *Los derechos reales administrativos*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 44-45).

¹² Nos encontramos ante el clásico dilema de aplicar institutos generales o crear una figura específica *ad hoc*. Esta segunda es la postura de Biondi, para quien «la naturaleza del agua es muy particular y no sirven esquemas comunes. La facultad de uso implica atribución de la facultad de derivar el agua, y por tanto apropiársela, sin que la masa de agua resulte idealmente disminuida, y sin que el agua derivada se pueda considerar ni como fruto ni como parte del todo. El agua es una entidad distinta del manantial, que es siempre agua» (*op. cit.*, p. 326).



integrante de la misma»¹³; o, en palabras de López Vilas, es la separación la que «pone término a esa unión con la *res frugífera*, pasando a constituir tales bienes la consideración y categoría de productos efectivos y autónomos»¹⁴.

La realización de tal acto o hecho de derivación, extracción, captación o cualquier otro hecho similar a la separación tiene no sólo el efecto de transformar la naturaleza del bien sino, asimismo, su titularidad, ya que la separación del agua-producto respecto del agua-recurso lleva anudada la atribución de la propiedad de ésta última, mediante su percepción (*perceptio*)¹⁵; al igual que acontece con la percepción de los frutos naturales por quien no es propietario (poseedor de buena fe, usufructuario) de la cosa frugífera (art. 451.2 y 471 Cc), cabe afirmar, con Miquel González¹⁶, que se unifican, en un solo acto, la separación y la percepción: «La independización del fruto de la cosa madre es determinante del momento de la adquisición de la propiedad»¹⁷, criterio que, en relación con las aguas subterráneas, expresó Nieto, al afirmar que «las aguas sólo son apropiadas desde el momento de su extracción o diferenciación de la masa líquida que las alimenta»¹⁸.

C) TÍTULO JURÍDICO DE LA TRANSFORMACIÓN Y ADQUISICIÓN: EL DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO

La realización de la actividad material de separación del agua-producto respecto del agua-recurso y la adquisición de la propiedad sobre aquélla, una vez separada o derivada de ésta, tiene como título jurídico un derecho real de aprovechamiento sobre el agua-recurso (ya sea ésta demanial o *res nullius*), que es el que faculta a realizar tal separación (mediante la extracción o afloramiento) y a apropiarse del agua separada o derivada. De la naturaleza y contenido de tal derecho nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

¹³ Delgado Echeverría, J., «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», en *Anuarios de Derecho Civil*, 1975, p. 583.

¹⁴ López Vilas, R., en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código Civil*, Madrid, 1991, tomo I, p. 1005.

¹⁵ Vid. D'Ors, J.A., *Derecho Privado Romano*, Eunsa, Navarra, 2010, pp. 234-235.

¹⁶ Miquel González, J.M., en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código Civil*. Madrid, 1991, tomo I, p. 1217.

¹⁷ Matiza Delgado Echeverría que en el Derecho Romano «el poseedor de buena fe adquiriría los frutos por *separatio*, pero no así el usufructuario o arrendatario, que sólo los hacían suyos por la *perceptio*, es decir, la aprehensión material de los mismos. En nuestro Derecho —continúa el autor—, la norma citada del artículo 451 Cc identifica separación y percepción con alcance, en principio, a todas las hipótesis de percepción de frutos: así el enfiteuta o el usufructuario» (*op. cit.*, p. 584).

¹⁸ Nieto, A., *op. cit.*, tomo II, p. 85, nota 1.



II. LOS DERECHOS SUBJETIVOS SOBRE EL AGUA

Determinada la naturaleza jurídica del agua y su transformación jurídica, procede analizar el tipo de situación jurídica subjetiva de poder que sobre la misma se proyecta, pudiendo hablarse de dos situaciones jurídicas subjetivas de poder distintas (ambas bajo la modalidad de derechos subjetivos¹⁹), y que se proyectan, respectivamente, sobre los dos estados mencionados del agua; distinguimos, por tanto, un derecho real de aprovechamiento sobre el agua-recurso y un derecho de propiedad sobre el agua-producto.

A) DERECHO REAL INMOBILIARIO DE APROVECHAMIENTO SOBRE EL AGUA-RECURSO-INMUEBLE

1. *Proyección sobre el agua-recurso*

A los efectos de analizar las situaciones jurídicas subjetivas sobre el agua subterránea nos interesa analizar las fases del agua hallada y del agua extraída. Por el contrario, respecto al agua-recurso aún no hallada no cabe concebir ninguna suerte de situación jurídica subjetiva, ya que la misma no es susceptible de apropiación. Nos movemos en el consabido ámbito de los *res communes omnium*, respecto de los cuales el ordenamiento puede optar por calificarlos como *res nullius* o como integrantes del demanio público, pero sobre el que no cabe concebir una relación de dominio *stricto sensu*, al no ser susceptible de posesión ni apropiación (art. 333 Cc). Lo que el ordenamiento sí contempla son derechos o facultades para su investigación (art. 417 Cc, 74.1 TRLA y 75 LACan) y, en su caso, para su hallazgo (art. 22 LA 1879, 74.3 TRLA, 75 y 77, DT3.^a y 4.^a LACan), pero será sólo a partir de dicho hallazgo cuando el agua comience a ser un bien jurídicamente apropiable, nunca antes.

Una vez hallada, esto es, localizada en su existencia, el ordenamiento concede un derecho de aprovechamiento sobre la misma, concretado en el derecho a extraer (alumbrar) dicha agua y a hacerla propia (arts. 418 Cc, 59 a 61 y DT1.^a a 4.^a TRLA y 79 y DT3.^a y 4.^a LACan). Sobre dicha agua-recurso hallada no opera, por tanto, un derecho de propiedad, concebido en los términos clásicos del art. 348 Cc, siendo, al efecto, sintomático que tanto el Código Civil como la legislación especial de aguas apelen constantemente al concepto de «aprovechamiento» o «derecho de aprovechamiento» de las mismas, ya sean públicas o privadas²⁰ (arts. 409 a 416 Cc).

¹⁹ Seguimos la concepción de derecho subjetivo de De Castro y Bravo, para quien el derecho subjetivo es «una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona (como miembro activo de la comunidad jurídica) y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa» (De Castro y Bravo, F., *Derecho Civil de España*, F. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, tomo I, p. 610).

²⁰ Sin embargo, en la acepción del Diccionario de la RAE el término *aprovechamiento* se circunscribe a las aguas públicas: «Derecho por ley, concesión o prescripción de utilizar para usos comunes o privativos aguas de dominio público».



arts. 12, 54, 60, 63, 75, 88, DDTT 1 a 4.º, 6.ª, 10.ª TRLA, Título v, arts. 73 y 79 y DDTT 2.ª a 4.ª LACan, DT2.ª LPHN), apelación ésta que constatamos, igualmente, en todos aquellos sectores del ordenamiento donde se quiere modular o matizar el contenido clásico del derecho propiedad, atendiendo a la propia singularidad del objeto²¹ —como acontece con las legislaciones sobre minas (aprovechamiento minero: arts. 1, 2 LM) o sobre montes (aprovechamiento forestal: art. 36 LMon) o como acontece con la propiedad urbanística (que gira en torno al concepto central del aprovechamiento urbanístico (v.gr. art. 65.1 TRLS, art. 4 RD 1093/1997, 4 julio)—.

2. Diferencia con el derecho de propiedad

La cuestión nominal de identificar a un derecho real como de «aprovechamiento» y como «propiedad» sobre el agua-recurso no es baladí, ya que refleja una distinción relevante entre ambos.

Cuando el derecho de aprovechamiento dimana de una concesión administrativa sobre el agua-recurso es evidente que no nos encontramos ante un derecho de propiedad sino, simplemente, ante una concesión demanial, esto es, ante un derecho real administrativo sobre bien demanial.

Pero aun en los supuestos en que el derecho de aprovechamiento se proyecte sobre aguas subterráneas no demaniales (v. gr. art. 22 y 23 LA 1879), tampoco podemos considerar que nos hallemos ante un dominio o derecho de propiedad, en sentido estricto, de su titular sobre el agua-recurso, ya que las facultades que el art. 348 Cc reconoce a todo propietario y que identifican el dominio se encuentran esencialmente limitadas y desdibujadas en el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso, excediendo, además, tales limitaciones de una mera delimitación por la función social de la propiedad *ex* art. 33 CE. Tales limitaciones son dos, en esencia:

- a) limitación temporal, que circunscribe el aprovechamiento a un periodo de tiempo determinado para la captación y extracción del recurso (v. gr. art. 79.1 y DT1.ª a 3.ª, bis TRLA, art. 97 RDPHE, art. 79.1 y DT3.ª y 4.ª LACan); y
- b) limitación cuantitativa, que se concreta en restringir el caudal máximo susceptible de extracción, identificado como caudal aforado (v. gr. DT2.ª.3, 3.ª.3 y 3.ª, bis TRLA, art. 79.2 LACan).

Por ello, más que hablar de un derecho de propiedad sobre el recurso natural, o de un derecho de propiedad «especial» sobre el mismo, preferimos hablar de un *sui generis* derecho real de aprovechamiento, aun cuando éste sea de naturaleza privada.

²¹ «... caso de aceptarse, la propiedad del agua no puede ser idéntica a la propiedad de una cosa específica e individualizable, es algo que se desprende de la propia naturaleza física del agua, especialmente de la corriente: se trata de un elemento pasajero en constante renovación, que dificulta poder afirmar que se ostenta la propiedad de concretas moléculas» (Capilla Roncero, F., *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, tomo I, p. 1124).



La diferenciación entre el derecho de propiedad y el de aprovechamiento en su proyección sobre las aguas se plasma en la STC 227/1988, al señalar:

sin perjuicio de su calificación legal como aguas «de dominio privado», la legislación anterior a la nueva Ley de Aguas *no establecía sobre ellas un derecho de propiedad reconducible al régimen general definido en el art. 348 del Código Civil [...]*, y en los preceptos concordantes. La propiedad privada de determinadas aguas terrestres era ya en aquella legislación una «propiedad especial» (Título iv del Libro Segundo del Código Civil), sometida a límites estrictos en lo que atañe a las facultades del propietario. ...En consecuencia, según la legislación general derogada por la Ley de Aguas ahora impugnada, *el «dominio privado» sobre determinadas aguas superficiales se limitaba a una facultad de apropiación o de aprovechamiento privativo preferente, accesoria a la propiedad del predio en que nacen, de las aguas efectivamente utilizadas mientras discurren por sus cauces naturales en ese mismo predio, si bien este derecho o facultad cede ante los derechos consolidados por el tiempo de otros particulares sobre las aguas que el dueño de aquel predio no haya aprovechado o cuyo aprovechamiento interrumpa.*

Por lo que se refiere a las *aguas subterráneas*, *...una cosa es la propiedad de las aguas ya alumbradas (art. 418 del Código Civil) y otra el derecho o facultad de alumbrar aguas subterráneas.* Este último, igualmente accesorio a la propiedad del predio en cuyo subsuelo se hallen las aguas, es también un *derecho estrictamente limitado y condicionado* a que no se distraigan o aparten «aguas públicas o privadas de su corriente natural» (art. 23 de la Ley de Aguas de 1879), a cuyo efecto la Ley fijaba una serie de garantías y condiciones —régimen de distancias, autorizaciones, suspensiones—, que ha sido completado en sentido limitativo por una prolija legislación posterior [la cursiva es nuestra].



3. Características del derecho real de aprovechamiento

Las características de tal derecho de aprovechamiento sobre las aguas halladas son las siguientes:

- a) *Derecho real inmobiliario.* Se trata, en primer lugar, de un derecho real inmobiliario, en cuanto se proyecta sobre un bien inmueble (el agua del acuífero o agua-recurso), y como tal derecho real inmobiliario ostenta la naturaleza de bien inmueble (art. 334.10 Cc).
- b) *Derecho real público o privado.* En función de la naturaleza de las aguas objeto de aprovechamiento y del título que otorga el derecho a su apropiación, cabe diferenciar entre:
 - i) *Derecho de aprovechamiento administrativo.* Nos encontramos ante un derecho de aprovechamiento de naturaleza administrativa cuando el aprovechamiento se proyecta sobre un bien demanial, siendo irrelevante al efecto que el título de otorgamiento sea concesional (art. 52.1 TRLA, arts. 73.2 LACan y 67 y ss. RDPHC, 64 RH), autorizatorio (art. 73.3, *in fine*, LACan) o legal (art. 54 TRLA, art. 73.3 LACan). Dentro de

la clasificación de derechos reales nos hallamos ante un derecho real administrativo²², limitado, de aprovechamiento privativo de un bien demanial (art. 52 TRLA), englobable en la categoría de *iura in re aliena*.

- ii) *Derecho de aprovechamiento privado*²³. Existirá un derecho de aprovechamiento de naturaleza privada cuando el recurso hidráulico no tiene la condición de público, por ser *res nullius* (donde estarían encuadrados los aprovechamientos sobre aguas subterráneas contemplados en el art. 417 y 418 Cc y 22 LA 1879, amparados actualmente en la DT3.^a TRLA y DT3.^a LACan).
- c) *Derecho inscribible en el Registro de la Propiedad*. El Registro de la Propiedad inscribe derechos reales inmobiliarios y, como tal, el derecho real de aprovechamiento sobre aguas halladas es inscribible (art. 2.1 y 2 LH), haciendo referencia al mismo los arts. 64 a 66 RH, aunque con redacción imprecisa. El art. 64 RH contempla la inscripción del derecho concesional de aprovechamiento sobre aguas públicas, reconociendo así su naturaleza de derecho real inmobiliario, remitiéndose al art. 31 RH, donde se regula la inscripción de «concesiones administrativas que afecten o recaigan sobre bienes inmuebles». El art. 66 RH, por su parte, regula con carácter general la inscripción de derechos sobre aguas privadas (superficiales o subterráneas) y contempla, en su párrafo cuarto, la inscripción de derechos sobre aguas subterráneas, derechos que se concretan, en su proyección inmobiliaria, en el derecho de aprovechamiento sobre el agua hallada, si bien el Reglamento no utiliza aquí el término de aprovechamiento (que reserva para las aguas públicas —art. 64 RH—), sino que habla de «aguas privadas» o «aguas de dominio privado», en alusión implícita, entendemos, al derecho de aprovechamiento sobre las mismas, y en consonancia con la terminología sustantiva de los arts. 408 y 424 Cc.
- d) *Contenido: facultades de separatio y perceptio del agua*. En cuanto a su contenido, el derecho de aprovechamiento sobre el agua subterránea radica en las facultades de separar y de apropiarse del agua separada.
- i) La facultad de separar (*separatio*) consiste en extraer, derivar, desviar o captar el agua que permanecía en el acuífero, lo que implica su separación física

²² Define González Pérez tales derechos como «los derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público» (*op. cit.*, p. 29).

²³ Aunque parezca un juego de palabras, procede diferenciar los conceptos de derecho de aprovechamiento privado, derecho de aprovechamiento privativo y titularidad privada del derecho de aprovechamiento: el primero hace referencia a la naturaleza no demanial (ya privada, ya como *res nullius*) del recurso objeto del mismo, ya que si fuera demanial nos hallaríamos ante un derecho de aprovechamiento administrativo; el segundo hace referencia al carácter excluyente o no del aprovechamiento frente a otros posibles usos y aprovechamientos del mismo recurso (arts. 50 a 52 TRLA); y el tercero hace referencia, simplemente, a la naturaleza pública o privada de la persona o entidad que ostenta la titularidad del derecho de aprovechamiento, que puede ser una entidad tanto pública como privada (art. 73.1 LACan).



(y consecuente mutación de la naturaleza inmobiliaria a mobiliaria) y facilita su posterior apropiabilidad o disfrute privativo.

- ii) La facultad de apropiarse (*perceptio*) es la facultad de hacer suya el agua efectivamente separada, captada o aflorada del acuífero (arts. 22 y 23 LA 1879) —a menos que el aprovechamiento se reduzca al mero uso, no consuntivo, de dicha agua (como puede acontecer en el ámbito demanial, según establece el art. 52.1 TRLA)—.

B) DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL AGUA-PRODUCTO-MUEBLE

El derecho de aprovechamiento sobre el agua subterránea o agua-recurso contiene, como elemento esencial, la facultad de apropiarse del agua extraída y tal facultad da lugar, en su ejercicio, a la adquisición del derecho del dominio sobre el agua así extraída (agua-producto): el titular del derecho real de aprovechamiento sobre el agua-recurso pasa a ser propietario del agua-producto, con el conjunto de facultades que identifican el derecho de propiedad, como son la facultad de goce, disposición y defensa (art. 348 Cc), y salvando siempre la función social (art. 33 CE).

La relación entre derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso y derecho de propiedad sobre el agua-producto es la misma que existe entre un derecho de usufructo sobre bien inmueble y el derecho de propiedad sobre sus frutos²⁴: el usufructuario tiene el derecho a percibir tales frutos (contenido del derecho de usufructo —art. 467 Cc—), y en ejercicio de tal derecho los adquiere y pasa a ostentar la propiedad sobre los mismos (art. 471 Cc): usufructo sobre el inmueble y propiedad sobre los frutos son, por tanto, situaciones jurídicas distintas, de la misma forma —y en paralelo— que lo son el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso y el derecho de propiedad sobre el agua-producto.

Este derecho de propiedad sobre el agua-producto se ostenta, además, con independencia de la naturaleza demanial o *res nullius* del agua-recurso del que aquélla se haya obtenido: el derecho de aprovechamiento consuntivo puede ser administrativo o privado pero dará lugar siempre a la adquisición de un derecho de propiedad sobre el agua captada o extraída, con lo que ésta deja de ser demanial.

Procede, pues, diferenciar claramente ambos conceptos (derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso y el derecho de propiedad sobre el agua producto), distinción que hacemos con arreglo a los siguientes criterios:

²⁴ Realizamos dicha equiparación a efectos conceptuales pero sin que ello suponga identificar el agua-producto como un fruto, *stricto sensu*, ya que, como hemos indicado, el agua extraída no es fruto sino parte integrante de la masa o caudal de agua del acuífero, al igual que el mineral no es fruto sino parte integrante de la mina.



- a) *Por su objeto*: el derecho de aprovechamiento se proyecta sobre el agua-recurso, mientras que el derecho de propiedad se proyecta sobre el agua-producto (una vez derivada, extraída o, de cualquier forma, separada del agua-recurso).
- b) *Por su contenido*, el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso comprende la facultad de extraer un determinado volumen del acuífero y de adquirir la propiedad del agua así extraída; el derecho de propiedad que surge sobre dicha agua, una vez adquirida, comprende las facultades de uso (*ius utendi*), disfrute (*ius fruendi*), y disposición (*ius disponendi*) del agua extraída, comprensiva tanto de su transmisión a terceros como de su uso consuntivo —*ius abutendi*— (art. 52.1 TRLA, 36.2 LACan), con las limitaciones legales que en cada caso resulten aplicables.
- c) *Por el título o hecho adquisitivo*: el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso se constituye por acto jurídico concesional, autorizador o por la realización del supuesto de hecho previsto en la Ley; el derecho de propiedad sobre el agua-producto no forma parte, como vimos, del derecho de aprovechamiento ni, por tanto, surge con la constitución de aquél, sino con ocasión de su ejercicio²⁵: una vez ejercido el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso, y operada la *separatio* y la *perceptio* (que se instrumentan en unidad de acto), surge el derecho de propiedad sobre el agua producto, de la misma forma que el usufructuario se convierte en propietario de los frutos (art. 471 Cc) una vez ejercido el derecho de usufructo (con su facultad de disfrute) sobre la cosa-madre (v. gr. art. 467 Cc)²⁶.

Esta adquisición del derecho de propiedad sobre el agua, una vez extraída, nos reafirma en nuestra idea de que sobre el agua-recurso no existe ningún derecho de propiedad por el titular del derecho de aprovechamiento, ya que si así fuera tendríamos que hablar de un único derecho de propiedad que se proyecta, sin solución de continuidad, sobre el agua-recurso y sobre los productos de la misma, ostentando el propietario de aquélla el derecho sobre ésta, ya por considerar que se trata del mismo bien (antes unido al manantial y ahora separado), ya por considerar que el agua producto es un mero fruto del agua-recurso, ostentando el propietario de ésta el derecho a aquélla en función de la mal llamada accesión discreta del art. 354 Cc. Sin embargo, como afirmó la STC 227/1988, «una cosa es la propiedad de las aguas ya

²⁵ En relación con el art. 23 LA 1879, señala Orozco Batista que el derecho del propietario del terreno lo es a alumbrar y apropiarse de las aguas existentes debajo de la superficie de su finca, enfatizando que dicho precepto «habla de apropiarse, de hacer suyo lo que antes no lo era. La Ley —sigue el autor citado— otorga al dueño de la tierra ese derecho, mas si no lo ejercita con su trabajo, jamás será dueño de las aguas que bajo su finca crucen» (Orozco Batista, A., *Los alumbramientos de aguas en Canarias*, Santa Cruz de Tenerife, 1926, p. 85).

²⁶ Afirma, al efecto, López Vilas que «a tenor de la regulación contenida en nuestro CC, separados o alzados de la res frugífera los frutos correspondientes, la titularidad de los mismos pasará a quien ostente el “ius fruendi” (poseedor, usufructuario, arrendatario, propietario...), configurándose y valorándose esa “separación” o “alzamiento” como si fuera la *perceptio* romana o toma de posesión» (*op. cit.*, p. 1005).



alumbradas y otra el derecho o facultad de alumbrar aguas subterráneas», pudiendo afirmarse que el derecho de propiedad sobre aquéllas sólo nace cuando se produce su separación de la masa o manantial de agua ubicado en el acuífero, esto es, a partir de su captación o extracción; opera en el mismo sentido el derecho del poseedor de buena fe o del usufructuario a hacer suya la propiedad de los frutos naturales del inmueble, cuando tales frutos se separan del mismo (arts. 452.2, 471 Cc), ya que con anterioridad a dicha separación los frutos, como el inmueble en el que se integran, mantienen la titularidad del propietario no poseedor o del nudo propietario, ostentando el poseedor o usufructuario un mero derecho de aprovechamiento sobre el inmueble, que les permite hacer suyos los frutos que dicho inmueble produzca²⁷.

III. TITULARIDAD DE LAS SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS SOBRE EL AGUA. ANÁLISIS DE LA COTITULARIDAD (COMUNIDAD DE BIENES)

A) EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO EN RÉGIMEN DE COTITULARIDAD

El titular de un derecho real de aprovechamiento de aguas subterráneas es la persona física o jurídica a la que el correspondiente título —administrativo o legal— atribuya tal derecho real.

Cuando el derecho de aprovechamiento pertenece a varios se produce una situación de cotitularidad, que nuestro ordenamiento anuda *ex lege* a la comunidad de bienes, ya que, según dispone el art. 392 Cc, «hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece pro indiviso a varias personas»; cabe afirmar, por tanto, con Miquel González, que la comunidad de bienes es «un efecto legal automático que deriva de la cotitularidad» y que, por tanto, «no cabe que dos personas sean cotitulares de un mismo derecho pro indiviso y no estén en comunidad» y, al mismo tiempo, «no cabe que dos personas sin ser cotitulares del mismo derecho estén en comunidad»²⁸.

Tratándose del derecho real de aprovechamiento de aguas, la cotitularidad se traduce en que cada comunero es cotitular de un único derecho, indiviso, de aprovechamiento. Ahora bien, a la hora de hacer compatible la pluralidad de sujetos

²⁷ Los frutos separados —afirma Maluquer de Motes Bernet— «se contemplan como una cosa independiente y que se obtienen siempre por medio de su percepción, o sea, por medio de un acto propio de apoderamiento. Esta situación se produce cuando la cosa no la posee el propietario, y se corresponde siempre a toda situación donde existe un poseedor legítimo que no es propietario», como acontece con el usufructuario, quien «necesita un acto de separación, a diferencia del propietario, al que se le atribuyen los frutos automáticamente. Acto de separación que viene legitimado por un título, que es el de usufructo (...). La percepción es, pues, el mecanismo de adquisición, y constituye el título de adquisición (...) en favor de quien no es propietario» (*op. cit.*, p. 1264).

²⁸ Miquel González, J.M., en Albaladejo, M. y Díez Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid., Edersa, tomo v, vol. 2.º, recuperado de <https://app.vlex.com/>.

con la unidad del derecho que se ostenta, el sistema jurídico realiza una división ideal del mencionado derecho indiviso, distribuyéndolo en diferentes «partes» (art. 399 Cc) o «cuotas» (art. 393 Cc), que representan la porción ideal, en datos matemáticos (art. 54.1 RH), atribuida a cada titular sobre tal derecho.

Dicha división ideal por cuotas tiene un doble cometido práctico: por un lado, permite cuantificar el interés de cada comunero sobre el derecho único detentado en cotitularidad, presumiéndose que dicho interés es igual mientras no se haya previsto lo contrario (art. 393 Cc); por otro lado, permite diferenciar la situación jurídica subjetiva de cada comunero a fin de dotarla de cierta autonomía en el tráfico jurídico, lo que permite la cesión o disposición (art. 399 Cc) de su respectiva parte o cuota.

Partiendo de la indicada relación entre la parte y el todo de un único derecho de aprovechamiento, cabe dar un paso más en nuestro proceso de calificación y afirmar:

- que la cuota parte de cada comunero representa la titularidad²⁹ de cada uno de ellos sobre el derecho único de aprovechamiento sobre el agua, extremo que se manifiesta en el art. 112.3 LACan, al señalar que en la transmisión de participaciones de comunidades de aguas se produce «la adquisición de la cuota proporcional en la condición de concesionario», lo que explica claramente que en la comunidad cada uno de los partícipes es cotitular del derecho real de aprovechamiento sobre el recurso; y
- que la naturaleza de tales cuotas (en cuanto partes ideales de un todo) es la misma que la del todo (derecho de aprovechamiento) de la que forman parte. Por tanto, si el derecho real de aprovechamiento es un derecho real inmobiliario, cada una de sus cuotas partes presentan idéntica naturaleza inmobiliaria, extremo que queda plasmado en los arts. 54.1, 68 RH y, especialmente, en el art. 66 RH, que recoge y desarrolla lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 1956, y que con ocasión de la regulación de las inscripciones de aprovechamientos de aguas en favor de heredades, heredamientos y otras comunidades señala que

cada copartícipe o comunero podrá inscribir a su nombre como finca independiente o, en su caso, en el folio de la finca que disfrute del riego, la cuota o cuotas que le correspondan en el agua y demás bienes afectos a la misma con referencia a la inscripción principal.

Sin embargo, deberá abrirse siempre folio especial cuando se inscriban las sucesivas transmisiones de cuotas o la constitución de derechos reales sobre las mismas.

²⁹ Se acuña el concepto de titularidad que ofrece De Castro, que lo define como «la cualidad jurídica que le confiere a una persona el estar en una relación jurídica, en cuanto determinante de las facultades que por ella se le atribuyen» (De Castro y Bravo, F. *op. cit.*, tomo I, p. 630).



B) DIVISIÓN E INDIVISIÓN DEL AGUA. SU TRASCENDENCIA SOBRE EL RÉGIMEN DE COTITULARIDAD EN EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO Y DE PROPIEDAD SOBRE EL AGUA

1. *Indivisión del agua antes y durante el proceso de extracción*

Al concebir una situación de cotitularidad sobre un derecho real de aprovechamiento procede analizar si el objeto de tal derecho es o no indiviso.

Señalamos en su momento que el derecho de aprovechamiento se proyecta sobre el agua subterránea hallada y se concreta en la facultad de extraer, derivar, desviar o captar el agua del acuífero —lo que implica su separación física (*separatio*) del resto de la masa de agua que permanece en el acuífero—, y en la facultad de apropiarse (*perceptio*) del agua efectivamente separada, captada o aflorada (art. 22 LA 1879), facultad ésta cuyo ejercicio efectivo dará lugar a la adquisición del derecho de propiedad sobre el agua efectivamente separada y apropiada.

Pues bien, consideramos que el ejercicio de tales facultades se proyecta sobre un bien indiviso *de facto* (aunque no indivisible), como es el agua cuando permanece en el acuífero o durante su proceso de extracción desde el acuífero hasta la superficie, conformando una masa o gruesa unitaria donde no se distinguen partes físicas o separadas, constituyendo, por tanto, dicha gruesa del agua el objeto sobre el que los comuneros ostentan, en régimen de cotitularidad en *pro indiviso*, un único derecho de aprovechamiento.

2. *División del agua extraída y sus efectos: de la cotitularidad en pro indiviso de un único derecho de propiedad sobre la gruesa a la pluralidad de derechos de propiedad exclusivos sobre volúmenes concretos resultantes de la división*

Una vez extraída y percibida el agua, en ejercicio del derecho real de aprovechamiento, los titulares de tal derecho de aprovechamiento adquieren, según expusimos anteriormente, su propiedad, y sobre ello debemos preguntarnos qué tipo de propiedad adquieren los comuneros, pudiendo darse dos alternativas: I) un derecho único de propiedad, en régimen de cotitularidad en *pro indiviso*, sobre el conjunto de la gruesa de agua extraída o alumbrada, o II) tantos derechos de propiedad como comuneros, proyectados —tales derechos— sobre las distintas partes medibles (volumen de agua) en que se divida el caudal extraído.

La concurrencia de una u otra situación dependerá exclusivamente de si se ha producido o no la división (*divisio*) o adulamiento del caudal o gruesa de agua extraída entre los distintos comuneros: antes de tal división existirá una situación de cotitularidad del dominio sobre la masa de agua indivisa extraída, en su conjunto; después de la división, cada cotitular del derecho de aprovechamiento ostentará un derecho exclusivo de propiedad sobre el volumen de agua asignado en la división (en proporción a su respectiva cuota de participación en el derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso).

Consecuentemente, si la *perceptio* y la *separatio* transforman el agua de bien inmueble (agua-recurso) en bien mueble (agua-producto) y conllevan la atribución de



la propiedad de ésta al titular del derecho real de aprovechamiento sobre aquélla, la *divisio*, con la denominación de adulamamiento³⁰, es el acto que implica, en situaciones de cotitularidad, el pase de una situación de cotitularidad, en *pro indiviso*, sobre la gruesa de agua extraída, a un derecho de propiedad exclusivo de cada partícipe sobre un volumen³¹ concreto de dicha agua. Así lo expresa Guimerá Peraza, quien define el adulamamiento como «un reparto del agua común de la gruesa entre los partícipes, a quienes pertenece por avas partes indivisas (...), atribuyendo a cada uno el dominio de su porción»³², lo que determina que, tras el adulamamiento, existirá una «propiedad, singular y exclusiva, de cada heredero o comunero sobre la porción concreta de agua que se le adjudique, en el tiempo y forma que se le haya repartido»³³.

C) PERSONALIDAD JURÍDICA *VERSUS* COTITULARIDAD

1. *La aparente contradicción*

El régimen de cotitularidad expuesto en los apartados anteriores exige abordar la cuestión de la personalidad jurídica de los heredamientos y comunidades de aguas, atribuida en la Ley de 27 de diciembre de 1956, de Heredamientos de Aguas del Archipiélago Canario. No se trata aquí de mediar ni añadir argumento alguno a la cuestión de la naturaleza jurídica de tales comunidades³⁴, sino de resolver la contradicción que supondría atribuir a los partícipes, en régimen de cotitularidad o comunidad, los derechos subjetivos sobre el agua, y atribuir esos mismos derechos

³⁰ No existe entrada en el *Diccionario de la lengua española* de este término, pese a su evidente utilización en Canarias para hacer referencia al acto de división o reparto de las aguas. Para Guimerá Peraza, el término *adulamamiento* indica «distribución o reparto entre los herederos de la totalidad de la gruesa de las aguas» (Guimerá Peraza, M., *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 68). Por su parte, señala Granero Martín que «derivado del vocablo árabe «daula» (rotación o turno de riego), aparece la palabra «dula» usada en las Islas Canarias para designar la medida de agua, y siendo «adulamamiento» el proceso por el que la gruesa de cada canal es dividida en partes, a las que se les asigna un valor en «suertes de tierra» a las que riega» (Granero Martín, F., *Agua y territorio. Arquitectura y paisaje*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2003, p. 74).

³¹ Como unidades de medida tradicionales cita Guimerá Peraza las de *pipas* (en Tenerife y La Palma), a razón de 480 o 500 litros; *azada* o *hazada* (en Gran Canaria), a razón de 10 litros por segundo, en 12 horas, o a razón de 8 litros por segundo, en 12 horas; *cuarta* o *surco* (también en Gran Canaria), que representan la cuarta y octava parte de una azada (*Régimen Jurídico*, p. 71 y ss.).

³² *Ibid.*, p. 78.

³³ Guimerá Peraza, M., *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 67.

³⁴ Sobre la cuestión *vid.*, entre otros, Nieto, A., «Las comunidades de aguas canarias en 1956», en Nieto, A. (dir.), *Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario*, III, Santa Cruz de Tenerife, 1969; Guimerá Peraza, M., «Pérez Serrano y la Ley de Aguas de 1956», en *Tres estudios sobre aguas canarias*, Aula de Cultura de Tenerife, S/C de Tenerife, 1970; Clavijo Hernández, F. y Núñez Pérez, G., «La imposición sobre el agua: aplicación en Canarias», en *El agua en Canarias-Factor polémico*, Ministerio de Industria y Energía, S/C de Tenerife, 1981; García Padrón, M., *Temas de actualidad sobre las comunidades de aguas canarias*, Confederación Española de Cajas de Ahorros, S/C de Tenerife, 1982; Sánchez Jordán, M.E., *op. cit.*, pp. 4039-4042; Pérez Pérez, E., *Las cotitularidades sobre bienes inmuebles*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 283-291.



a una persona jurídica, distinta de los miembros que la integran (art. 7.1 Ley 1956), en régimen, por tanto, de titularidad única o exclusiva.

La Ley 1956 no resuelve tal contradicción, sino que la introduce, toda vez que al mismo tiempo que se atribuye a cada partícipe una cuota parte indivisa sobre el agua (art. 5.1, *in fine*, Ley 1956) y se habla de «participaciones y fracciones en que se divide» el caudal de agua (art. 5.1 Ley 1956), se menciona como bienes integrantes del «patrimonio de la agrupación» a las «fuentes y manantiales mientras no se alumbren y dividan» (art. 5.2 Ley 1956).

Para salvar tal contradicción de la Ley 1956 entiendo que debemos partir de la diferenciación esencial entre el derecho (aprovechamiento, dominio) y su objeto (agua-recurso, agua-producto), llevándonos a las consideraciones que seguidamente exponemos.

2. Titularidad de los derechos sobre el agua en el régimen de comunidad

a) Agua-recurso hallada aún no extraída

En cuanto al derecho de aprovechamiento —que, recordemos, tiene por objeto el agua hallada aún no extraída—, ni el legislador de 1956 ni el legislador actual en materia de aguas han pretendido, en absoluto, alterar el régimen de cotitularidad cuando concurra una comunidad de aguas, y atribuyen expresamente a cada partícipe el derecho a su cuota parte sobre tal derecho, nunca a la comunidad-persona jurídica.

Son concluyentes, al respecto, los arts. 5.1 Ley 1956 y 66.5 RH, preceptos ambos que sólo pueden referirse a tal derecho de aprovechamiento del partícipe, ya que se trata, en ambos casos, de preceptos que regulan la inscripción registral —que es de derechos, no de objetos— y en ambos se hace referencia a la cuota que les corresponda, a los partícipes, en el «agua», término éste que sólo puede remitir al agua hallada no extraída —sobre la que se proyecta el derecho de aprovechamiento— porque es la única que es inmueble y, por tanto, amparable por una inscripción en el Registro de la Propiedad —que sólo publica derechos sobre bienes inmuebles—. Tal criterio se confirma en el art. 112 LACan, al señalar que «en la transmisión de participaciones de comunidades u otras personas jurídicas se produce la adquisición de la cuota proporcional en la condición de concesionario»: en caso de comunidad, por tanto, el derecho de aprovechamiento pertenece, en *pro indiviso*, a cada comunero, nunca a la comunidad como persona jurídica.

Dicha ausencia de pretensión de alteración del régimen de cotitularidad en el derecho de aprovechamiento se evidencia, igualmente, en el Preámbulo de la Ley 1956, que justifica la atribución de la personalidad jurídica a las comunidades no como instrumento para una hipotética alteración del régimen de titularidad del partícipe, en favor de la comunidad, de los derechos sobre el agua, sino como mero instrumento para agilizar la gestión *ad extra* y *ad intra* de dicha comunidad.

En consecuencia, si el derecho real de aprovechamiento, cuando se ostenta en régimen de comunidad, pertenece, en *pro indiviso*, a los partícipes —nunca a la comunidad-persona jurídica— y tal derecho de aprovechamiento —según expusimos también al inicio del presente trabajo— se proyecta sobre el agua-recurso,



de naturaleza inmobiliaria y que es *res nullius* o es demanial, pero nunca objeto de propiedad privada, llegamos a la conclusión de que la comunidad-persona jurídica no puede ser dueña del agua aún no extraída (no alumbrada, en la terminología de la Ley 1956) ni dividida, ya que dicha agua o no es de nadie o, en su caso, es demanial, y sobre la misma sólo existe un derecho real de aprovechamiento cuyos titulares, según la misma Ley, son los partícipes, no la comunidad.

En consecuencia, la mención de tales fuentes y manantiales no alumbrados como integrantes del patrimonio de la comunidad-persona jurídica es, en nuestra opinión, un claro error del legislador (*verba legis non sunt lex*), ya que sería absurdo imaginar que con una Ley especial que pretende, simplemente, regular el régimen de cotitularidad de los derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas en Canarias, se pretendiera alterar el régimen jurídico sustantivo de titularidad de las aguas subterráneas (siempre demanial o como *res nullius*) contenido en el Código Civil y en la legislación especial, y considerar que cuando estemos ante una comunidad de aguas, y por este solo hecho, el agua deja de ser demanial o *res nullius* y pasa a ser propiedad de dicha comunidad; obviamente, tal conclusión no se sostiene, ya que ni responde a la finalidad de la Ley ni sería razonable que el régimen de sustantivo del agua subterránea estuviera condicionado a la forma jurídica adoptada por quien la aprovecha.

b) Agua extraída y dividida

No cabe la menor duda de que la voluntad del legislador es conferir, en todo caso, a los partícipes los derechos sobre el agua una vez «alumbrada y dividida» —al ser dichos partícipes los titulares de las «participaciones y fracciones» del derecho real de aprovechamiento (arts. 5.1 Ley 1956 y 6.5 RH y actual art. 112 LACan)—, planteamiento que se confirma en el art. 7.2 Ley 1956 al afirmar que cada miembro «dispondrá libremente de sus aguas», en clara referencia, en nuestra opinión, al agua adjudicada a cada uno tras el aduamamiento de la gruesa de agua.

c) Agua extraída pero no dividida

Si el agua no extraída aún no es de nadie o es demanial y el agua extraída y dividida es de los partícipes, en régimen de dominio exclusivo sobre el respectivo volumen adjudicado a cada uno, ¿a quién pertenece el agua ya extraída (alumbrada) pero no dividida?

Podría entenderse, en una interpretación literal, que dicha agua pertenece a la comunidad-persona jurídica en la medida en que el art. 5.2 de la Ley 1956 atribuye a su patrimonio la propiedad de las fuentes y manantiales «mientras no se alumbren y dividan», pudiendo interpretarse, en hipótesis, que hasta tanto se realicen ambas actuaciones (alumbramiento y división) el agua es patrimonio de la comunidad; planteamiento que, además, ya no tendría la objeción antes expuesta sobre el agua no extraída (por ser demanial o de nadie), ya que ahora estamos en el



caso de un agua ya extraída —aunque aún no dividida—, la cual sí es susceptible de ser objeto de propiedad privada.

Esta primera tesis interpretativa queda, sin embargo, descartada si acudimos a una interpretación lógica, contextual y finalista del art. 5.2 Ley 1956, para llegar a la conclusión de que el agua ya extraída pero no dividida es también, al igual que el agua extraída y dividida, propiedad de los partícipes. Los argumentos en que sustentamos nuestro planteamiento son los siguientes:

- i) Consideramos, en primer lugar, que toda vez que los partícipes, según hemos visto, son los cotitulares del derecho de aprovechamiento (arts. 5.1 Ley 1956 y 6.5 RH y actual art. 112 LACan), y es tal derecho el que los faculta a hacer suya el agua alumbrada, sólo pueden ser los mismos partícipes (nunca la comunidad-persona jurídica) los propietarios del agua extraída, dándose únicamente la singularidad, en el caso de indivisión del agua, de que tal derecho de propiedad se ostentará en régimen de *pro indiviso*, hasta que se produzca la efectiva división o adulamiento, y, a partir de ese momento, cada uno de ellos ostentará un derecho de propiedad exclusivo sobre el respectivo volumen de agua adjudicado (art. 7.2 Ley 1956).
- ii) Siguiendo el mismo planteamiento, si los partícipes son propietarios del agua extraída y dividida y dicha atribución surge como consecuencia precisamente del acto de división, resulta evidente que, antes de la división, el agua no puede ser propiedad de la comunidad-persona jurídica, ya que la división no es un acto de transferencia del dominio entre sujetos distintos, sino de transformación de un derecho sobre una cuota parte indivisa en un derecho exclusivo sobre un bien concreto (art. 1068 Cc), lo que significa que el partícipe era propietario del agua extraída antes y después de su división: antes de la división era cotitular de un derecho de propiedad sobre el caudal indiviso y, tras la división, es titular exclusivo del volumen de agua que le asigne el adulamiento, teniendo éste, por tanto, un efecto meramente determinativo o especificativo³⁵ de un derecho preexistente del partícipe y un efecto meramente subrogatorio (art. 450 Cc) en el objeto de tal derecho, nunca traslativo del dominio entre sujetos distintos.
- iii) Finalmente, carece de sentido que el art. 5 Ley 1956 pretenda regular el régimen de titularidad sobre el agua extraída no dividida y atribuírselo, además, a la comunidad-persona jurídica, ya que nos encontramos ante un precepto cuyo objeto específico es regular los aspectos registrales del agua y las co-

³⁵ «Mediante la partición el anterior derecho de cuota, concurrente con otros cualitativamente iguales, sobre una cosa común, se transforma en titularidad individual, generalmente exclusiva, sobre una parte de la cosa. Antes, el partícipe tenía un derecho compartido, limitado, difuso e inconcreto sobre un objeto más amplio; ahora lo tiene exclusivo, absoluto y concreto sobre una parte física de ese objeto que le pertenecerá sólo a él» (Lacruz Berdejo, J.L., Sancho Rebullida, F.A., Luna Serrano, A., Delgado Echeverría, J., Rivero Hernández, F. y Rams Albesa, J., *Elementos de Derecho Civil*, III-2.º, Dykinson, Madrid, 1999, p. 387).

munidades, a los que es ajeno el régimen de agua ya extraída, ya que ésta es, por naturaleza, bien mueble, y el Registro de la Propiedad sólo publica derechos sobre las «aguas privadas» (sic) en cuanto «tengan la consideración de bienes inmuebles» (art. 66.1 RH).

El planteamiento que exponemos, que excluye todo derecho de la comunidad-persona jurídica sobre las aguas extraídas y pendientes de división, se refleja en las SSTSJ Canarias (Sala de lo Contencioso en S/C de Tenerife) núm. 460/2007, 29 noviembre y núm. 207/2008, 5 de junio, que en razonamiento *obiter dicta* afirman:

Si las aguas alumbradas o «gruesa» no constituyen un condominio situado temporalmente bajo la Comunidad hasta su reparto, puesto que tales aguas no son indivisibles, sino que su división o distribución constituye el objeto o la finalidad última de las Comunidades, ni son tampoco de uso público, manifiesto es que si lo único que puede entenderse indivisible y de uso común es lo que la técnica jurídica denomina «caput aquae» o vulgarmente «boca de galería o de pozo», haciéndose eco de ello el art. 5, apartado segundo de la Ley de 27 de diciembre de 1956, es en ese lugar y momento *cuando verdaderamente se alumbran las aguas y pasan éstas a ser propiedad de los comuneros bien de manera directa, si las toman en dicha «boca», o bien a través de una transitoria etapa de comunidad incidental, si no se distribuyen o se dividen de inmediato*, caso este último en que lejos de atribuirse la titularidad de la «gruesa» a la Comunidad de Aguas, lo único que tiene ésta es una «titularidad puente», de puro tránsito hacia la final y definitiva titularidad de los comuneros, que son los que ostentan la exclusiva y libre disponibilidad de las aguas, estando aquella titularidad incidental limitada al conjunto de las facultades gestoras o administradoras, atribuidas por los comuneros a la Comunidad, al objeto de que ésta pueda cumplir su sabida finalidad del mejor aprovechamiento, por y para aquéllos, del caudal acuífero, lo cual implica que a la persona jurídica, nacida de un contrato asociativo de tipo consorcial que crean los agrupados, le confieren éstos la facultad de administración o gestión de las aguas alumbradas mientras permanezcan en tal comunidad, a la consabida finalidad del mejor aprovechamiento de las mismas, sin perjuicio de que la referida persona jurídica, para el debido cumplimiento de este fin, sea titular de su propio peculio, constituido por los bienes instrumentales del caso (art. 5, apartado tercero de la Ley de 1956) y sobre los que ostenta las connaturales facultades dispositivas, *bien entendido que las aguas alumbradas no forman parte del referido peculio.*

3. *Ni las cuotas indivisas son «acciones o participaciones» ni el agua dividida es «rendimiento» de éstas o aquéllas*

a) «Acciones» de aguas versus acciones y participaciones societarias

Una vez resuelta la cuestión de la titularidad, por los partícipes, de los derechos de aprovechamiento (sobre el agua no extraída) y de propiedad (sobre el agua extraída), cabe concluir que nada, absolutamente nada, tiene que ver la cuota parte indivisa de tales derechos reales, atribuida al partícipe, con las acciones o participaciones representativas del capital de entidades jurídicas, confusión a la que ha contribuido la práctica consuetudinaria del tráfico de dichas cuotas partes, ya



que, como señala Guimerá Peraza, es frecuente que las mismas no se inscriban en el Registro de la Propiedad y para su acreditación y tráfico se representen a través de documentos que reciben vulgarmente el nombre de «acciones», y que son objeto de tráfico a través de la intermediación, incluso, de «bolsas» de aguas³⁶. A dicha confusión terminológica no es ajeno el legislador, que de forma imprecisa llega a calificar como «rendimiento» al agua percibida por comuneros o partícipes³⁷, lo que podría dar a entender que el agua es el rendimiento, en especie, que la comunidad-persona jurídica reparte entre sus partícipes o «accionistas». Nada de esto es exacto ni es real y responde, en nuestra opinión, a una indebida calificación jurídica de las instituciones.

En efecto, aunque la comunidad pueda hacer representar las cuotas partes indivisas de cada comunero en un determinado documento, y a éste se le denomine «acción», dicho documento nada tiene que ver con una acción o participación societaria. Y para hallar la diferencia debemos centrarnos en la esencia y no en el mero nombre, esto es, en la naturaleza y contenido del derecho que, respectivamente, representan las mal llamadas «acciones de aguas» y las acciones y participaciones societarias:

- Las mal llamadas «acciones» de aguas no son otra cosa que una cuota parte indivisa en el derecho real inmobiliario de aprovechamiento que pertenece a los propios partícipes o comuneros en *pro indiviso*. Las acciones y participaciones societarias representan, por el contrario, partes alícuotas del capital social de una entidad jurídica distinta de los socios y partícipes (arts. 23,d) y 90 TRLSC).
- Las mal llamadas «acciones» de aguas representan, por tanto, auténticos *derechos reales inmobiliarios*, mientras que las acciones y participaciones societarias sólo confieren, en su contenido patrimonial, *derechos de crédito* del socio o partícipe (art. 91 TRLSC): el derecho a participar en el reparto de las ganancias y el derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación (art. 93,a) TRLSC).
- En la sociedad, las acciones constituyen valores mobiliarios (art. 92.1 TRLSC); en la comunidad sobre un derecho real de aprovechamiento de aguas, las cuotas partes tienen naturaleza del derecho sobre el que se proyectan, siendo éstos de naturaleza real (art. 334.10, in fine, Cc).

b) El agua no es rendimiento ni ganancia social

Sobre las anteriores premisas, nada tiene que ver la percepción del agua por el comunero con los rendimientos que recibe el socio en una sociedad mercantil en concepto de dividendo o ganancia social: el agua que percibe un comunero por su

³⁶ Guimerá Peraza, M., *op. cit.*, pp. 104-105.

³⁷ DA3.^a 2 Ley 19/1994, 6 julio: «... en ningún caso se considerará *rendimiento* sujeto al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o al Impuesto sobre Sociedades, el *agua percibida por los comuneros o partícipes* que sea destinada al riego de sus explotaciones agrícolas».

cuota es el resultado de la división de la gruesa y se le atribuye a cada comunero en subrogación real de la cuota parte que ostentaba sobre dicha gruesa extraída, antes de la división o adulamiento: el partícipe recibe, por tanto, el agua como titular de un derecho real (dominio) sobre la misma. Por el contrario, en las acciones y participaciones, los rendimientos que perciben los socios conforman el objeto de un derecho de crédito (no real) del socio frente a la sociedad a participar en las ganancias obtenidas por dicha sociedad (no por el socio).

Tal diferenciación se contempla expresamente en las ya citadas SSTSJ Canarias (Sala de lo Contencioso en S/C Tenerife) núm. 460/2007, 29 noviembre, y núm. 207/2008, 5 junio, al señalar:

Los rendimientos repartidos a los comuneros, a la vista de lo anterior, no parece deben considerarse como rendimientos del capital mobiliario, esto es, rendimientos producidos por sus participaciones en la comunidad de aguas, y ello porque la titularidad de la participación no tiene carácter obligacional de «derecho de acceso al agua», sino un carácter real de «derecho de disposición del agua», viniendo esto apoyado porque si el partícipe puede inscribir «el agua» y la «cuota» (art. 5 de la Ley de 1956) y sólo acceden al Registro los derechos reales, es un derecho real, sin que el hecho de que se inscriba también la gruesa impida la inscripción simultánea de la cuota de cada partícipe, ni tampoco la consideración de que al ser el caudal de agua un bien inmueble objeto de inmatriculación, sus rendimientos no pueden serlo de capital mobiliario, aun cuando el título jurídico del aprovechamiento se identifique con una «participación» en una entidad de tipo asociativo.

Lo anterior no empece a que si la comunidad-persona jurídica realiza cualquier tipo de actividad económica, los partícipes puedan ostentar un derecho a participar, en proporción a su interés en la comunidad, en los rendimientos obtenidos por ello, pero no puede encuadrarse entre tales rendimientos el agua percibida, ya que dicha agua no pertenece a la comunidad sino a los partícipes.

Sólo cabría concebir unos rendimientos vinculados con el agua cuando sea la propia comunidad-persona jurídica la que ostente, por sí misma, la titularidad del agua extraída (v. gr. por compra a sus partícipes o por ostentar, la propia comunidad-persona jurídica, cuotas partes indivisas en los derechos de aprovechamiento y propiedad sobre el agua) y a través de su venta, se obtengan rendimientos que puedan ser distribuidos entre los comuneros³⁸, pero tampoco aquí nos encontramos ante

³⁸ Ésta es la calificación que ofrecen Clavijo Hernández y Núñez Pérez, para quienes el agua «puede ser conceptuada como una “renta en especie” que es obtenida por la entidad (titular dominical de la misma con anterioridad a su reparto) y luego distribuida entre los socios (titulares dominicales de la porción de agua que les corresponda con arreglo al montante de su participación: número de “acciones” en que esté dividido el caudal global»; señalando seguidamente que si el Heredamiento-Comunidad realiza la comercialización del caudal «el agua no es ya directamente repartida en concepto de ganancia, sino que lo es el producto monetario obtenido por la comercialización de la misma» (Clavijo Hernández, F. y Núñez Pérez, G., «La imposición sobre el agua: aplicación en Canarias», en *El agua en Canarias-Factor polémico*, Ministerio de Industria y Energía, S/C de Tenerife, 1981, p. 39).



el agua propiedad de los partícipes sino ante un rendimiento derivado de la venta, por la comunidad-persona jurídica, de bienes propios de ésta. A dicho rendimiento parece referirse la SAN 25 febrero de 2009 —a la que se remiten otras posteriores—:

... conforme a la legislación canaria de aplicación al caso, básicamente su ley de heredamientos de aguas de Canarias de fecha 27 de diciembre de 1956, vigente conforme a la Disposición Adicional 3.^a de la ley 19/1994, lo cierto es que las comunidades de bienes en ella reguladas, a diferencia de lo que hemos visto en el fundamento jurídico anterior, cuentan con personalidad jurídica (art. 1, Exposición de Motivos y STS de 31.1.1980 de la Sala 1.^a, o STS de 23.5.1997, Sala III, Sección 4.^a), por lo que el ejercicio de la actividad económica ha de atribuirse a la comunidad, y en virtud de ello los rendimientos obtenidos por dichas comunidades por la captación y venta de agua no constituyen actividad empresarial de los socios, sino rendimientos de capital mobiliario de los comuneros por participación en fondos propios (art. 37.1 de la ley 18/1991 de 6 de junio), con independencia de la inclusión en la tarifa del IAE o en el Impuesto General Indirecto Canario de dichas actividades o del hecho de que los comuneros puedan disponer de sus cuotas y recibir unos concretos volúmenes de agua, o de las facultades relativas al secuestro cuyo alcance extrapola el actor a la presente cuestión debatida en autos.

Cuestión distinta sería que el agua que la comunidad vende a terceros sea el agua propia de los comuneros, en cuyo caso, el producto de dicha venta no correspondería a cada comunero en calidad de mero rendimiento por los beneficios de la comunidad, sino como precio por la venta de un bien propio. Admitir lo contrario, esto es, que la comunidad perciba como propio el precio por la venta del agua perteneciente a los comuneros y que éstos se limiten a participar en el rendimiento de dicha venta supondría aceptar un enriquecimiento injustificado en la propia comunidad, por la retribución percibida por la venta de un bien ajeno (por todas, STS (Sala Civil) 226/2010, 23 abril).

Resumiendo las consideraciones efectuadas en los tres apartados anteriores del presente trabajo, el objeto, situación jurídica y régimen de cotitularidad aplicables al agua subterránea quedarían esquematizados en el siguiente cuadro:

OBJETO		NAT. JURÍDICA	DERECHO SUBJETIVO	COTITULARIDAD POR COMUNEROS
ESTADO DEL AGUA				
<i>Agua no hallada</i> (agua-recurso)		Bien inmueble	(Inapropiable)	
<i>Agua hallada no extraída</i> (agua-recurso)		Bien inmueble	Derecho de aprovechamiento	Cuota indivisa
<i>Agua extraída*</i> (agua-producto)	No dividida	Bien mueble	Derecho propiedad	Cuota indivisa
	Dividida**	Bien mueble	Derecho propiedad	Derecho exclusivo

* Con la extracción se opera la *separatio* (que convierte el agua-recurso-inmueble en agua-producto-mueble) y la *perceptio*, que implica la adquisición del derecho de propiedad sobre el agua-producto.

** Con la *divisio*, el derecho único de propiedad ostentado en *pro indiviso* sobre la gruesa de agua se transforma en distintos derechos exclusivos sobre volúmenes concretos del agua-producto-mueble resultantes de la división.



IV. TRAFICO JURÍDICO SOBRE DERECHOS, CUOTAS Y AGUAS

En el tráfico jurídico afectante al agua debemos distinguir los negocios jurídicos sobre los derechos reales que recaen sobre el agua y el tráfico jurídico sobre el agua, en sí misma considerada.

1. DISPOSICIÓN SOBRE LOS DERECHOS O CUOTA PARTE INDIVISA DEL DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO

El titular del derecho de aprovechamiento ostenta, en primer lugar, un derecho a disponer de su derecho a favor de terceros, tal como se contempla en los arts. 62 y 67 TRLA y arts. 112 y DT3.^a.2,g) LACan.

Al mismo tiempo, de tratarse de un derecho de aprovechamiento en régimen de cotitularidad, cada uno de los comuneros tiene derecho a disponer de su respectiva cuota parte en el derecho de aprovechamiento de aguas, facultad que viene prevista, con carácter general, en el art. 399 Cc, y, con carácter especial, en el art. 66 RH, al señalar que deberá abrirse folio especial cuando se inscriban «las sucesivas transmisiones de cuotas o la constitución de derechos reales sobre las mismas», dando así por admitida la transmisibilidad de las cuotas, que queda igualmente avalada por la exclusión del retracto de comuneros contenida en el art. 8, último párrafo, de la Ley 1956, y por la expresa referencia a la transmisión de participaciones en comunidades, señalada en el art. 112 LACan, y al ejercicio de los actos de comercio sobre los derechos inscritos, mencionado en la DT3.^a.2,g) LACan.

En todos estos tipos de negocios habrá que tener en cuenta dos factores:

- que el objeto del contrato será un bien inmueble, por tener esta condición el derecho de aprovechamiento;
- que la transmisión o cesión de una cuota del derecho de aprovechamiento supone, para el adquirente o cesionario, la asunción de la misma posición que ostenta el transmitente o cedente, tanto en sus derechos como en sus obligaciones (v. gr. art. 67.3 TRLA respecto de las concesiones). Consecuentemente, el adquirente o cesionario ostentará el derecho a apropiarse del agua alumbrada pero deberá, igualmente, contribuir a los gastos inherentes a la comunidad, a menos que otra cosa se disponga en el contrato de cesión.

En relación con los negocios de disposición sobre el derecho de aprovechamiento diferenciamos la cesión temporal y la transmisión de la titularidad:

- a) La cesión temporal faculta al cesionario a aprovechar las aguas afloradas durante la vigencia del contrato, diferenciándose así de la figura de la transmisión definitiva, donde el titular, exclusivo o copartícipe, transmite definitivamente su derecho o cuota parte en el derecho de aprovechamiento a favor de un tercero. Tal cesión temporal, cuando se haga a título oneroso, dará lugar, para el cedente, a un rendimiento de capital inmobiliario (renta o precio





obtenido por la cesión temporal del derecho), al ser de naturaleza inmobiliaria el derecho de aprovechamiento y sus cuotas partes indivisas, recibiendo en las islas la denominación de «arrendamiento de acciones o participaciones»³⁹ o «arrendamiento de aguas», terminología ciertamente inadecuada e inexacta, porque nos introduce, de un lado, en la cuestión de si cabe el arrendamiento de derechos y porque su objeto sería, en cualquier caso, el derecho real de aprovechamiento pero nunca una «acción o participación» —que no existe como tal, ni siquiera en los casos de cotitularidad—, no cabiendo, tampoco, hablar de «arrendamiento de aguas», ya que lo que se cede es un derecho, no un bien, y, en todo caso, el agua a percibir en ejercicio del derecho de aprovechamiento no podría ser objeto de un contrato de arrendamiento, por tratarse de un bien consumible (art. 1545 Cc)⁴⁰, salvo que se tratara de una cesión para uso no consuntivo de la misma.

Cabría cuestionar si tal cesión temporal del derecho o de la cuota parte indivisa supone, en definitiva, una cesión temporal de un derecho de crédito (art. 1526 y ss., Cc), por el que el cedente cede al cesionario el derecho a percibir y a apropiarse, frente a la comunidad, del agua alumbrada y dividida durante cierto tiempo. Tal hipotética calificación queda descartada desde el mismo instante en que el partícipe-cedente no es titular de ningún derecho de crédito frente a la comunidad de aguas, quien tampoco resulta deudora frente al mismo. El agua, como venimos exponiendo, no es un rendimiento o beneficio que la comunidad, cual sociedad, abone a sus socios o partícipes; la percepción del agua es, por el contrario, el contenido de un derecho real de aprovechamiento de cada partícipe, que comprende el derecho a apropiarse del agua y, como tal, inscribible en el Registro de la Propiedad. Nos hallamos claramente ante la distinción entre derecho de crédito (como sería el derecho al dividendo de un socio en una entidad mercantil) y el derecho real, al que pertenece, sin duda, la cuota de participación del comunero en el derecho real de aprovechamiento. En esta misma línea, procede aclarar que cuando la comunidad adula o divide el caudal aflorado entre los comuneros no está actuando como deudor de ninguna obligación, sino como mero administrador o gestor de un bien extraído en común y que procede dividir entre los copartícipes.

- b) La transmisión de la titularidad consiste en la transmisión, *inter vivos* o *mortis causa*, a título gratuito u oneroso, del derecho de aprovechamiento o de su cuota parte indivisa, en caso de comunidad de aguas. El negocio más habitual

³⁹ Afirma Sánchez Jordán que, a través del denominado «arrendamiento de participaciones», «lo que se hace es ceder el goce de un bien —la acción— susceptible de proporcionar al arrendatario una utilidad durante el período de duración del contrato, que se concreta en la facultad de aprovechar el agua que corresponde esa acción» (Sánchez Jordán, E., *op. cit.*, p. 4047).

⁴⁰ En tal sentido, señala Sánchez Jordán, con invocación del art. 1545 Cc, que «el agua no podría ser, nunca, objeto de un contrato de arrendamiento» (Sánchez Jordán, E., *op. cit.*, p. 4047).

es el de compraventa, también mal llamado, en los casos de comunidades de agua, de venta de «acciones o participaciones»⁴¹.

2. DISPOSICIÓN SOBRE EL AGUA

Una vez dividida, entre los comuneros, el agua extraída, y una vez adquirido, por tanto, por cada uno de ellos, el derecho de propiedad exclusiva sobre el respectivo volumen de agua, cada comunero ostenta el derecho de usar y disponer de la misma en las condiciones que estime pertinentes y sean admitidas por el ordenamiento jurídico o, en su caso, en el título concesional, actuando en tal caso como titular del dominio sobre dicha agua (art. 348 Cc). En relación con las comunidades de aguas se expresa tal facultad dispositiva en el art. 7, párrafo segundo, de la Ley 1956, al señalar que «cada miembro (...) dispondrá libremente de sus aguas, aunque sujetándose a las reglas que por órgano estatutario competente se adopten para mejor aprovechamiento del caudal».

En este ámbito, el objeto del negocio jurídico no es ya el derecho de aprovechamiento ni la cuota parte indivisa sobre el mismo, que permanece bajo la misma titularidad, sino el agua concreta objeto de apropiación, sobre la cual el titular del aprovechamiento, convertido en propietario, dispone a favor de terceros, *inter vivos* o *mortis causa* y a título oneroso o gratuito.

En cuanto al tipo de negocio jurídico cabe señalar que procederá, por regla general, la enajenación mediante compraventa o donación y sólo excepcionalmente la cesión de uso y disfrute, siempre que quepa tal uso no consuntivo (art. 52 TRLA), ya que, en caso contrario, no cabría hablar de contrato de arrendamiento (art. 1545 Cc) —en la cesión onerosa— ni de comodato (art. 1740.1 Cc) —en la cesión de uso gratuita—.

Tratándose de enajenación onerosa mediante compraventa, existen una serie de factores especiales que exigen un análisis específico de la operación, pero que, ya adelantamos, no distorsionan la calificación del contrato sino que, simplemente, lo dotan de cierta especialidad, básicamente respecto la propia singularidad de su objeto:

- a) Agua como objeto determinado o genérico. La compraventa de agua puede proyectarse sobre el agua como un objeto específico —art. 1166 Cc— (× volumen de agua que se encuentra almacenada en determinado lugar) o como objeto indeterminado o genérico —art. 1167 Cc— (× volumen de agua de determinada calidad).

⁴¹ Sostiene Guimerá Peraza, en relación con la enajenación de cuotas partes en las comunidades y heredamientos, que «si se trata de la enajenación de la porción privativa, de la participación de agua ya adulada (...), estaremos ante una compraventa típica, con transmisión de dominio a perpetuidad. Por ella, el adquirente pasa a ser heredero, si ya no lo era antes» (Guimerá Peraza, M., *op. cit.*, p. 80).



- b) Contrato de suministro. El contrato de compraventa de agua es subsumible, en múltiples ocasiones, en la modalidad de compraventa mediante suministro, obligándose el vendedor a entregar al comprador un volumen de agua, determinado o determinable, durante un determinado periodo de tiempo, obligándose, a su vez, el comprador o suministrado, a abonar un precio unitario por el volumen de agua realmente percibido.
- c) El agua como cosa futura. En muchas ocasiones, la compraventa o suministro de agua se perfecciona entre vendedor y comprador cuando aún el primero no dispone realmente del agua que se vende, ya que se trata de un agua que aflorará en el futuro y que, por tanto, no puede entenderse que exista —en cuanto bien disponible y apropiable— al tiempo de la perfección de la venta o suministro. Tal circunstancia no afecta, en absoluto, a la existencia y validez del contrato, pues cabe perfectamente, en nuestro ordenamiento jurídico, la venta de cosa futura (art. 1271.1 Cc).
- d) El agua como bien no propio del vendedor al tiempo de la perfección del contrato. Tampoco afecta a la existencia y validez del contrato el hecho de que el agua que el vendedor vende aún no sea propia del mismo —ya que mientras permanece en el acuífero no puede considerarse como propia sino como *res nullius* o, en su caso, demanial—. Y no la afecta porque en nuestro ordenamiento cabe perfectamente la venta de cosa ajena o no propia, condicionada, en su efectividad, a que entre el momento de la perfección y el de la consumación el bien sea adquirido por el vendedor y pueda ser entregado al comprador (entre otras, SSTs 5 mayo 1983, 28 noviembre 1986, 29 julio 1999).
- e) Compraventa sobre un volumen inicialmente indeterminado, aunque determinable. Otra circunstancia especial de la compraventa que analizamos radica en el hecho de que pueda no concretarse un volumen cerrado de agua durante la vigencia del contrato de suministro, como acontece cuando éste está condicionado al volumen real que le corresponda al partícipe durante un determinado periodo de tiempo, volumen que dependerá, obviamente, del caudal realmente extraído en cada momento. Esta eventualidad tampoco enerva la existencia de una compraventa, ya que el objeto de todo contrato requiere una determinación inicial en cuanto a su especie —en este caso, el agua y, a lo sumo, de determinadas condiciones de calidad— (art. 1273, *ab initio* Cc), pero no requiere una determinación, *a priori*, de la cantidad, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes (art. 1273, *in fine*, Cc).
- f) Diferencia entre el contrato de suministro del agua que corresponda al partícipe durante un determinado periodo de tiempo y la cesión temporal del derecho real de aprovechamiento. Cabe abordar, sucintamente, la diferenciación entre el contrato de compraventa o suministro de agua en el que un partícipe se obliga a entregar al comprador la totalidad del agua que le corresponda durante un determinado periodo de tiempo en una determinada galería o pozo y la cesión temporal del derecho de aprovechamiento sobre esa misma galería o pozo. Una y otra operación tienen en común que el comprador o cesionario, según proceda, adquiere el derecho a la totalidad del agua



que al partícipe le sea adjudicada durante el periodo de tiempo fijado en el respectivo contrato; pero difieren, entre otros extremos:

- por su contenido: el comprador se limita a adquirir el agua mediante precio, mientras que el cesionario se subroga temporalmente en los derechos y obligaciones del titular del derecho de aprovechamiento o partícipe (art. 67.3 TRLA), de lo que debe darse conocimiento a la Administración, cuando proceda, y a la comunidad de aguas, cuando el objeto de la cesión sea una cuota parte indivisa de un derecho de aprovechamiento en régimen de cotitularidad;
- por la naturaleza de la contraprestación: en la compraventa de agua el vendedor recibe un precio o contraprestación por la enajenación del agua; en el caso de cesión temporal del derecho de aprovechamiento o de su cuota parte, la contraprestación que recibe el cedente, cuando se trata de una cesión onerosa, será un rendimiento de capital inmobiliario por la cesión temporal de un derecho real inmobiliario.

V. CONCLUSIONES

1. El agua en su estado natural (agua-recurso) es un bien inmueble, de naturaleza demanial o, en su caso, *res nullius*. Una vez extraída, el agua-recurso se convierte en agua-producto y, con ello, se transforma jurídicamente en bien mueble.
2. Sobre el agua-recurso-inmueble, ya sea demanial ya sea *res nullius*, opera un derecho real inmobiliario de aprovechamiento, que faculta a su titular a extraer o derivar el agua (*separatio*) y a apropiarse del agua así extraída (*perceptio*). Tal derecho real de aprovechamiento puede ser de naturaleza administrativa (cuando el agua-recurso es demanial) o privada (cuando el agua-recurso es *res nullius*), y se diferencia del derecho de propiedad porque se encuentra limitado temporal (periodo de extracción) y cuantitativamente (volumen de extracción).
3. El agua-producto-mueble, una vez extraída y apropiada, pasa a ser objeto de un derecho de propiedad por el titular del previo derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso-inmueble de la que aquélla ha sido derivada o separada.
4. En los casos de cotitularidad (heredamiento, comunidad de aguas) del derecho de aprovechamiento sobre el agua-recurso-inmueble, tal derecho de aprovechamiento corresponde, en *pro indiviso*, a los partícipes o herederos, no a la comunidad o heredamiento, en cuanto persona jurídica.
5. Una vez extraída el agua-producto-mueble, dichos partícipes serán cotitulares, en *pro indiviso*, del derecho de propiedad sobre la gruesa indivisa, o de un derecho de propiedad exclusivo sobre un volumen concreto de agua, una vez producida la división o adulamiento (*divisio*) de dicha gruesa.
6. El derecho del partícipe al agua-producto-mueble extraída no constituye ninguna suerte de rendimiento de capital mobiliario por su participación en la co-



munidad, sino que deriva del derecho real inmobiliario de aprovechamiento que corresponde a cada partícipe sobre el agua-recurso-inmueble, que es el que le faculta a apropiarse de una cuota parte indivisa o de un volumen concreto del agua-producto-mueble, una vez extraída.

7. Los partícipes pueden disponer, gratuita u onerosamente, de su cuota parte indivisa sobre su derecho real de aprovechamiento, pudiendo hacerlo mediante transmisión de su titularidad o mediante la cesión de uso (mal llamada arrendamiento de acciones); en los casos de cesión temporal onerosa, la contraprestación tiene naturaleza de rendimiento de capital inmobiliario, por ser, a su vez, inmobiliario el derecho que se cede en contraprestación.
8. Los partícipes pueden disponer, así mismo, del agua-producto-mueble ya apropiada, a título de compraventa o donación. Si la cesión se proyectara sobre el uso temporal, sólo cabrá la misma cuando se trate de un uso no consuntivo, en cuyo caso operará mediante contrato de arrendamiento, si la cesión es onerosa, o de comodato, si la cesión es gratuita.

RECIBIDO: febrero 2016; ACEPTADO: mayo 2017

