



RÉGIMEN JURÍDICO y FISCAL de las AGUAS del SUBSUELO

IVÁN RUEDA DEL VALLE

50
años
Universidad
Anáhuac



FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD ANÁHUAC

RECTOR

P. Jesús Quirce Andrés, L.C.

VICERRECTORA ACADÉMICA

Mtra. Sonia Barnetche Frías

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO

Mtro. Ricardo Sodi Cuellar

DIRECTOR DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES

JURÍDICAS DE LA FACULTAD DE DERECHO

Dr. José Antonio Núñez Ochoa

DIRECTORA DE COMUNICACIÓN INSTITUCIONAL

Dra. Mariela Ezpeleta Maicas

COORDINADORA DE PUBLICACIONES ACADÉMICAS

Mtra. Alma E. Cázares Ruiz

RÉGIMEN JURÍDICO Y FISCAL
DE LAS AGUAS DEL SUBSUELO
ASPECTOS DE NUESTRA LEGISLACIÓN
QUE INCIDEN EN LA EMPRESA

Iván Rueda del Valle



Rueda del Valle, Iván

Régimen jurídico y fiscal de las aguas del subsuelo : aspectos de nuestra legislación que inciden en la empresa. – México : Universidad Anáhuac México Norte, 2014
248 pp.; 23 x 17 cm.

Rústica

ISBN: 978-607-7652-40-3

Bibliografía: 247-248

1. Agua – Legislación – México. 2. Agua – Legislación – España. 3. Aguas subterráneas – Legislación – México. 4. Aguas subterráneas – Legislación – España.

LC: KGF3310

Dewey: 346.04691

Revisión técnica:

Dr. José Antonio Núñez Ochoa

Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Anáhuac México Norte

Primera edición digital, 2014

ISBN: 978-607-7652-40-3

La presente edición de la obra

*Régimen jurídico y fiscal de las aguas del subsuelo:
aspectos de nuestra legislación que inciden en la empresa*

le pertenece al editor mediante licencia exclusiva.

El editor autoriza el acceso a la totalidad de la obra para su consulta, reproducción, almacenamiento digital en cualquier dispositivo e impresión para uso personal y privado y sin fines de lucro.

Ninguna parte de la presente obra podrá ser alterada o modificada ni formar parte de nuevas obras, compilaciones o colecciones. Queda prohibida su difusión y comunicación pública en plataforma digital alguna distinta a la cual se encuentra almacenada, sin permiso previo del editor.

Derechos reservados:

© 2014, Investigaciones y Estudios Superiores SC

Universidad Anáhuac México Norte

Av. Universidad Anáhuac 46, Col. Lomas Anáhuac

Huixquilucan, Estado de México, C.P. 52786

Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana.

Registro núm. 3407

Presentación

La Universidad Anáhuac me ofreció la oportunidad de formar parte del Tribunal que juzgó el trabajo presentado por el maestro Iván Rueda para alcanzar el grado de doctor en Derecho y que ahora ve la luz con esta publicación que me honro en presentar a los lectores. Vaya, pues, por delante, mi agradecimiento a la Universidad y al autor de la obra que me hacen ahora el encargo de redactar estas páginas y que atiendo con especial agrado.

Ambos hechos me han permitido examinar con detenimiento este trabajo de investigación sobre el régimen administrativo y fiscal de las aguas subterráneas para aprender sobre un tema escasamente estudiado al que se vienen a realizar aportaciones de interés en una materia cuya importancia no es necesario subrayar ahora.

Antes de adentrarme en el contenido del trabajo creo que es obligado decir algo sobre el autor, Iván Rueda, con quien he compartido tantos momentos de trabajo y discusión como de amigables pláticas, siempre en torno a una buena mesa. Y lo hago porque entiendo que el trabajo que ahora les presento es un claro exponente de quien ha dedicado su esfuerzo y sacrificado muchas horas para su realización.

Me referiré por tanto a tres rasgos que caracterizan tanto al autor como a la obra.

Indudablemente el primero de ellos es la claridad con que se han expuesto las ideas y la correcta sistematización de los temas abordados. Ambas cualidades son la expresión de la evidente vocación docente del autor. Quienes nos dedicamos a enseñar, sabemos que ningún conocimiento puede transmitirse hasta que no está claramente formulado en nuestro pensamiento. Hay que pensar con claridad y orden sobre un tema antes de comunicárselo a otros. El lector encontrará un texto de fácil comprensión y un orden en la exposición que siempre son de agradecer.

Será la segunda cualidad del autor, su clara formación jurídica; lo que se traduce en un trabajo en el que, entre los muchos aspectos desde los que puede abordarse el problema del agua, la perspectiva jurídica es el asunto principal y su objeto material de estudio. No se despreciarán otras perspectivas —sociales, económicas, medioambientales— pero siempre serán tratadas como el marco de referencia en el que se nos presentan los intereses en juego que han de ser satisfechos por el régimen jurídico cuyo análisis deja, entonces, de ser formalista para adquirir un componente de crítica y de valoración necesarios.

Trascender la mera descripción del hecho jurídico —la norma, la sentencia, etc.—, para valorarlo con sentido crítico, sólo es posible cuando el autor tiene una madurez en su formación y un conocimiento del problema que le permiten emitir juicios y valoraciones personales sobre los materiales jurídicos que se estudian.

A ello, debe añadirse otra cualidad del autor —la tercera, que también se refleja en la obra— que es su visión sistémica —sistemática, quiero decir— del Derecho. Iván Rueda necesita intelectualmente de la coherencia interna en las respuestas jurídicas a los distintos problemas que ahora se estudian. De ahí su posición crítica con la evolución legislativa y jurisprudencial seguida en México, mientras que se mantiene invariable un texto constitucional —el artículo 27— que, desde los postulados afirmados por el autor, no admite avanzar en aquella dirección. Así, su crítica a la cambiante regulación del tema de la titularidad —de privada a pública— de las aguas subterráneas y a la cambiante jurisprudencia sobre la fiscalidad de su aprovechamiento —la exigibilidad de tasas o derechos al contribuyente—, son las mejores expresiones del sentido crítico del autor y de la coherencia con que elabora sus propuestas y soluciones.

Debe resaltarse finalmente su condición de trabajador incansable. Iván Rueda es de los que considera que el esfuerzo es la mejor forma de alcanzar un objetivo. Así, su estudio no ha escatimado trabajo; no ha eludido abordar materias distintas y complejas (administrativas, constitucionales, tributarias), ni adentrarse en un ordenamiento jurídico enteramente nuevo para él, como es el español, y en una materia, como es la del reparto competencial entre distintos niveles de gobierno, del que puede decirse que hemos hecho, en España, un verdadero laberinto.

Pero, señalado lo anterior, debo ya introducirles en la obra, advirtiéndoles que no es mi propósito el de resumir sus contenidos, sino el de destacar las líneas maestras del trabajo realizado.

En primer término debe resaltarse el acierto de unir en un mismo estudio la perspectiva del ordenamiento administrativo y del Derecho fiscal. Ambos aspectos, en esta materia, son indisolubles en la medida en que el régimen fiscal de las aguas queda comprometido en función del régimen de su titularidad, de la forma en que se conceden sus aprovechamientos, etc. Así, diremos que, de entre las muchas posibilidades de que disponía el legislador para intervenir en materia de aguas subterráneas —es decir, de hacer presente el “interés público” en esta cuestión— eligió finalmente, tanto en México como en España, la declaración de la titularidad pública sobre las mismas, y, en consonancia con ello, organiza un régimen fiscal de cánones, tasas o derechos, impuestos, etc., que vienen a ser también otra forma de concretar la necesaria presencia pública en la administración del agua. En este caso, la de hacer contribuir por su aprovechamiento, consumo, contaminación, etc.

Realmente, ambas formas de intervención de los poderes públicos en la materia son fundamentales, están vinculadas y son complementarias.

Me parece asimismo acertado el estudio de Derecho comparado que hace nuestro autor. En ocasiones, suele ocurrir en tesis doctorales leídas en programas inter-universitarios, la re-

ferencia a dos ordenamientos jurídicos no para de ser una mera yuxtaposición de leyes. No es el caso. En la materia que se analiza en este libro, existe una evidente similitud entre los ordenamientos de México y España. Ambos han evolucionado en forma similar y han permitido al autor establecer de manera constante puentes entre ambas orillas. Con ello se enriquecerá la perspectiva del lector al abrirse a otras instituciones, formas de gestión del agua, etc.

Advertiré, en cuanto al tratamiento del derecho español, que la obra afronta el complejo tema del reparto competencial sobre el agua que nuestras leyes, empezando por la Constitución de 1978, han trazado. El lector debe comprender que la materia del agua es, en el derecho español, un tema sobre el que recaban para sí competencias tanto la Unión Europea, como el propio Estado, nuestras Comunidades Autónomas y también los municipios. La concreción del ámbito de cada uno de estos poderes es siempre una fuente de conflictos y de trabajo para el jurista.

Necesariamente ello debe ser así, pues el agua es una materia que está presente en otras muchas. Por ejemplo: el urbanismo, el medioambiente, la política industrial, la agricultura, etc., son cuestiones que se relacionan inevitablemente con el agua. No es posible diseñar ninguna de las anteriores políticas, sin relacionarla con el agua. Por ello, todos los niveles de gobierno y decisión, entre los que se reparten competencias sobre las anteriores materias, han de tener alguna competencia sobre el agua. Y ello es así si consideramos que, jurídicamente, la competencia no es otra cosa que el reconocimiento legislativo de la presencia de un interés propio sobre una materia. De ahí que todos los poderes públicos tengan reconocido algún margen de decisión sobre el uso o aprovechamiento del agua.

En tal sentido, el desafío de los Estados descentralizados, como es México, no es otro que el de crear instituciones y organismos capaces de actuar como coordinadores de todos los intereses –competencias– en concurrencia y de representarlos en su justa medida. La experiencia española puede ser de interés, pero no debe ser entendida como un instrumento modélico. Nuestra Constitución y los Estatutos de Autonomía por los que se rigen las Comunidades Autónomas, están llenos de problemas de no fácil solución. Por todo ello, el autor se muestra especialmente cauteloso en la parte de su obra destinada a la exposición de la experiencia española. Es consciente de haberse aproximado a una materia de enorme complejidad aun cuando lo haya hecho tras el estudio de la excelente bibliografía producida por nuestros más destacados especialistas. Le agradecemos también la honestidad científica con que reconoce las limitaciones a que se ha enfrentado en su trabajo.

Creemos necesario, antes de cerrar esta presentación, hacer una última referencia a la sensibilidad que se refleja en este libro hacia los aspectos sociales y humanos del agua. La obra nos recuerda datos y cifras sobre los millones de seres humanos cuyo principal problema es, y será, acceder al consumo de un recurso natural tan necesario como el agua. Sabemos que no son pocas las constituciones políticas que incluyen el derecho al agua –de calidad– como uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos; que son muchas las declaraciones internacionales que ya lo consideran como parte de los derechos humanos. Que, en un

futuro no lejano —en algunos casos ya es presente—, nos enfrentaremos a conflictos armados que tendrán como causa el acceso a este recurso natural. La obra también toma en consideración esta importante vertiente del tema, pero lo hace sin caer en las proclamas ecologistas, simplemente reconociendo la existencia del problema y la necesidad de que, especialmente los juristas, incluyamos esta perspectiva en nuestras preocupaciones y estudios para aportar también nuestro conocimiento y capacidades en su deseable solución.

En fin, sólo me resta en esta sencilla presentación a la obra, felicitar al autor por el trabajo bien realizado, y a la Universidad Anáhuac porque ha incorporado a su cuadro de profesores a un nuevo doctor que acredita su buen hacer en el campo del Derecho y su capacidad para enseñarlo con convicción a los alumnos, agradeciéndole especialmente el haberme encargado este cometido que, espero, sea de utilidad a quienes se aproximen a la lectura de este estudio que con rigor y acierto se nos ofrece a todos.

Antonio Cayón Galiardo
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
de la Universidad Complutense de Madrid

Índice

PRESENTACIÓN	5
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. MARCO CONSTITUCIONAL EN MÉXICO	15
Antecedentes históricos del párrafo quinto del artículo 27 constitucional en materia de aguas del subsuelo	15
Artículo 27 constitucional (párrafos relativos vigentes)	19
Otros preceptos de la Constitución que pueden relacionarse con la materia de aguas del subsuelo	41
CAPÍTULO II. MARCO ADMINISTRATIVO DE LAS AGUAS DEL SUBSUELO EN MÉXICO	45
Tendencias internacionales en materia de aguas del subsuelo	45
Ley de Aguas Nacionales	49
Principios más importantes contenidos en materia de aguas nacionales en dicha Ley	49
Aspectos más importantes a considerar para empresas que extraen aguas del subsuelo	58
Administración gubernamental de las aguas del subsuelo	58
Títulos de concesión	64
Prórrogas de los títulos de concesión	70
Caducidad de volúmenes concesionados	71
Transmisión de derechos y bancos del agua	77
Otros aspectos a considerar por parte de las empresas	81
Registro Público de Derechos de Agua	86

CAPÍTULO III. RÉGIMEN FISCAL DE LAS AGUAS DEL SUBSUELO EN MÉXICO	89
Antecedentes	89
Régimen actual	94
Derecho por uso o aprovechamiento de bienes del dominio público de la Nación como cuerpos receptores de las descargas de aguas residuales	120
 CAPÍTULO IV. RÉGIMEN DE PROPIEDAD Y COMPETENCIAL DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS EN ESPAÑA	 125
Antecedentes históricos	125
Ley de Aguas de 13 de junio de 1879	125
Código Civil de 24 de julio de 1889	127
Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas	130
Marco constitucional	141
Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas	163
 CAPÍTULO V. COMENTARIOS RESPECTO AL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS EN ESPAÑA	 175
Principios rectores en materia de aguas	175
Administración gubernamental del recurso	177
Planeación hidrológica	181
Concesiones administrativas	185
Caducidad	187
Transmisión de los aprovechamientos y cesión de derechos	188
Centros de intercambio de derechos	190
Autorización para investigación de aguas subterráneas	191
Registro de aguas	191
Principios generales sobre vertidos	192
Otros aspectos de interés en el ámbito administrativo	193
 CAPÍTULO VI. PANORAMA DEL RÉGIMEN FISCAL DE LAS AGUAS EN ESPAÑA	 197

Principios generales en materia fiscal respecto al agua	197
Cánones previstos en el Texto Refundido de la Ley de Aguas	199
Canon de utilización de los bienes del dominio público hidráulico	199
Canon de control de vertidos	202
Canon de regulación y tarifa de utilización del agua	205
Otros gravámenes estatales	209
Tributos autonómicos y locales	212
Consideraciones finales respecto al régimen fiscal de las aguas en España	218
 CAPÍTULO VII. COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE MÉXICO Y ESPAÑA EN MATERIA DE AGUAS	 225
 RESUMEN GENERAL	 237
 BIBLIOGRAFÍA	 247

Introducción

En lo personal, desde el inicio del ejercicio de mi carrera profesional, siempre he estado vinculado con los aspectos del agua y la empresa en mi país (México), principalmente con los aspectos de las aguas del subsuelo extraídas mediante pozos.

Mi país, en el año de 2006, organizó el “IV Foro Mundial del Agua”. Para reflejar la gran problemática del agua a nivel mundial en nuestros días, como introducción a dicho foro, se manejaban los siguientes datos: únicamente 2.5 por ciento del agua del planeta es dulce y tres cuartas partes de esta agua está congelada en los polos; este recurso está mal distribuido en el orbe, pues muchos países como Canadá o Brasil cuentan con mucha agua y otros con casi nada, como los que integran el continente africano; en la última década 280 mil personas han muerto por sequías en el mundo y 5 millones mueren anualmente por enfermedades relacionadas con el agua; por todos los aspectos de la globalización y modernidad subirá en los años venideros el consumo de agua en el mundo, pero se calcula que en 2025 sólo mil millones de personas tendrán agua suficiente de las 8 mil millones que se calcula habitarán en ese tiempo el planeta; por consiguiente en el mundo se están dando guerras o conflictos por el agua, esto es, en los últimos 50 años han existido 831 “acontecimientos de tensión por el agua”, 21 de los cuales terminaron con intervenciones militares, sobre todo en Asia occidental; consecuentemente la Unesco ha establecido un centro internacional para la prevención de conflictos bélicos relacionados con el agua; ante los problemas del agua muchos gobiernos del mundo han abierto este renglón a la iniciativa privada; otros se oponen a que el agua sea suministrada por dicha iniciativa privada y sostienen que el agua debe ser un derecho fundamental de los habitantes de un Estado contra las corrientes neoliberales y de privatización del recurso. El siglo XIX se caracterizó por la centralización del recurso en muchos países; hoy la tendencia es la descentralización basada en un principio de acercar la competencia del agua al ciudadano; sobre todo a partir de 1980 se habla de desestatización, descentralización, desregulación, democratización, liberalización y privatización del recurso, y por último también cabe señalar que muchos países han suspendido la construcción de presas por los demostrados daños a los sistemas ecológicos que causan.

Todos estos graves problemas del agua desde luego me inquietan tanto a nivel profesional como personal. Si bien estimo que tengo una buena visualización de los problemas del agua en mi país, principalmente de las referidas aguas del subsuelo, el haber estudiado el doctorado en Derecho de la Empresa en la Universidad Anáhuac México Norte, en convenio con la Universidad Complutense de Madrid, me permitió estudiar también el propio tema de las aguas subterráneas en España –a invitación de esta universidad ibérica– donde asimismo he encontrado una muy importante y grave problemática al respecto.

Por consiguiente, en este trabajo se estudiará el régimen de propiedad de las aguas del subsuelo en México; su regulación secundaria, ello incluso acorde con las tendencias mundiales que rigen en la materia; los aspectos que más deben observar o cuidar las empresas en México en este renglón, así como el régimen fiscal de tales aguas en este país, también desde una perspectiva más bien empresarial. Respecto a España, de igual forma se analiza el régimen de propiedad de las aguas subterráneas, su marco competencial, su regulación secundaria y se intenta dar un panorama general del régimen fiscal de las aguas en aquel país, desde luego con la absoluta reserva que se debe tener cuando un abogado escribe respecto a legislación extranjera, en este caso la española. Consecuentemente debe resultar claro que el presente trabajo no pretende ser una obra en sí para España respecto a los temas españoles, pues le faltaría mucho para ello, siendo que existen libros en aquel país que abordan con mucha más profundidad los temas aquí tratados. Sin embargo, si he estimado pertinente publicar lo que he escrito sobre España, es porque considero que todo lo plasmado puede resultar de sumo interés para México, aun cuando hubiese alguna inadvertencia de mi parte respecto a la legislación española acorde con tal reserva. También se aborda la colaboración reciente entre México y España en esta materia a nivel internacional: México organizó en 2006 el referido “IV Foro Mundial del Agua” y España una muy importante exposición en esta materia en Zaragoza en 2008. Como puede advertirse, es posible que este trabajo sea un primer intento de estudio de Derecho comparado entre México y España respecto a aguas del subsuelo o subterráneas, esperando que el mismo pueda resultar de utilidad para mi país.

Dr. Iván Rueda del Valle

Capítulo I.

Marco constitucional en México

Antecedentes históricos del párrafo quinto del artículo 27 constitucional en materia de aguas del subsuelo

Partiendo de la Independencia de México, las Constituciones de 1824 y 1836, al igual que las Bases Orgánicas de 1843, no establecían régimen alguno en lo referente a los recursos acuíferos disponibles del país. Apenas si garantizaban en abstracto el derecho de propiedad, pero no concretamente en esta materia, lo cual evidentemente se explica por las circunstancias políticas y sociales de una nación recién liberada.

Es del conocimiento también que en 1850 hubo un Plan Agrario, proclamado en el Estado de México por un General Zavala (así mencionado en la fuente histórica consultada), en el que se proponía lo siguiente: “Art. 3º.- Se dan libres las tierras y aguas a los hijos del país, pues a éstos les pertenecen por derecho”.¹ Fuese o no fundada y viable tal propuesta, es evidente que la misma no prosperó, puesto que tampoco la Constitución de 1857 se ocupó de lo relativo a la propiedad y uso de las aguas. No obstante lo anterior, he querido citar este ejemplo, como otros a los que aludiré en este trabajo, para denotar que en el siglo xix y realmente hasta pasada la mitad del siglo xx, en México y en otros muchos países la tendencia era considerar la propiedad de diversas aguas (por ejemplo las de manantiales o las extraídas mediante pozos) como un derecho accesorio al de la propiedad de la tierra donde se hallaban.

Por otra parte, si bien es cierto que en 1908 se reformó la fracción XXII del artículo 72 de dicha Constitución de 1857, anunciando la expedición de leyes sobre aguas, esa reforma, como otras emprendidas durante el porfiriato, según lo analiza Felipe Tena Ramírez, no tuvo más objeto que el de privar de ciertas facultades a los Estados en favor de la Federación.² Dicho artículo quedó redactado de la siguiente manera:

Art. 72.- El Congreso tiene facultad:

[...]

¹ XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, *Derechos del Pueblo Mexicano (México a través de sus Constituciones)*, t. 14, México, 1967, p. 588

² Cfr. Felipe TENA RAMÍREZ, *Leyes Fundamentales de México (1808-1978)*, México, Porrúa, 1978, p. 682.

XXII.- Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación y sobre postas y correos; para definir y determinar cuáles son las aguas de jurisdicción federal y expedir leyes sobre el uso y aprovechamiento de las mismas.³

Al triunfo de la Revolución, que estalló en 1910, se promulgó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente desde 1917 hasta la fecha, aunque con múltiples reformas. En ella se regularon cuestiones prioritarias, tales como el reparto de tierras a los campesinos, las garantías sociales de la clase trabajadora (en lo que México fue vanguardia en ese entonces en el mundo), cuestiones relativas a la explotación de minas, petróleo y otros recursos naturales, etc.; y también se estableció un régimen de propiedad y aprovechamiento de las aguas, en los términos del párrafo quinto del artículo 27, cuyo texto original fue el siguiente:

Son también propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional; las de las lagunas y esteros de las playas; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; la de los ríos principales o arroyos afluentes desde el punto en que brota la primera agua permanente hasta su desembocadura, ya sea que corran al mar o que crucen dos o más Estados; las de las corrientes intermitentes que atraviesen dos o más Estados en su rama principal; las aguas de los ríos, arroyos o barrancos, cuando sirvan de límite al territorio nacional o al de los Estados; las aguas que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la ley. **Cualquier otra corriente de agua no incluida en la enumeración anterior, se considerará como parte integrante de la propiedad privada que atraviese; pero el aprovechamiento de las aguas, cuando su curso pase de una finca a otra, se considerará como de utilidad pública y quedará sujeta a las disposiciones que dicten los Estados.**⁴ (Las negrillas están puestas por el autor.)

Como puede apreciarse, en dicho párrafo se distinguieron las aguas propiedad de la Nación de las de la propiedad privada, y de éstas se derivaron las de utilidad pública para sujetarlas a los poderes estatales, pero evidentemente se trataba de aguas corrientes y disponibles en la superficie territorial, mas no de aguas del subsuelo o subterráneas, ya que ninguno de los proyectos considerados y discutidos por los Constituyentes de Querétaro en las correlativas sesiones 61ª y 66ª aludía a estas aguas.

Esta omisión quedó subsanada 26 años después mediante una cuarta reforma al mismo párrafo quinto del artículo 27 constitucional. En efecto, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en sesión ordinaria celebrada el 29 de septiembre de 1943, atendió a la lectura de una iniciativa del Ejecutivo Federal, misma que, en lo conducente, establecía lo siguiente:

En uso de la facultad que me concede la fracción I del artículo 71 de la Constitución General de la República, por el honorable conducto de ustedes me permito elevar a la aprobación del H. Congreso de la Unión, la presente iniciativa de reformas al artículo 27 constitucional, fundándome en las siguientes consideraciones:

³ *Ibid.*, p. 716.

⁴ XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, *op. cit.*, p. 699.

Primera.- Que las facultades del Poder Público fijadas en la Constitución, a medida que se desenvuelve la vida económica del país, **exige establecer nuevas normas o limitaciones a la propiedad privada, especialmente de los elementos naturales que, de acuerdo con el principio general que informa el artículo 27 constitucional, son originariamente propiedad de la Nación.** El objeto de esta ampliación de facultades es facilitar el aprovechamiento de las riquezas naturales y hacer posible la construcción de obras que, como las presas de captación y sistemas de riego inherentes, siguen siendo programa básico del Gobierno.

Segunda.- Que al amparo del párrafo 5º del artículo 27 constitucional se expidieron la Ley de Aguas de Propiedad Nacional y su reglamento, habiéndose observado, en la práctica, que los principios que informan sus preceptos, si bien es cierto que han facilitado el desarrollo del programa oficial en materia de aguas y obras hidráulicas, también lo es que la experiencia de su aplicación ha demostrado que contienen omisiones que dificultan el mejor aprovechamiento de ese importante renglón de la riqueza nacional, en menoscabo del desarrollo de la agricultura y de la industria.

[...]

Sexta.- **Que la utilización cada vez mayor y más frecuente de las aguas del subsuelo para el abastecimiento de las poblaciones, abrevadero de ganados, usos industriales o para el cultivo agrícola, reclama que se establezcan bases legales que permitan reglamentar y controlar su aprovechamiento, sin menoscabar la iniciativa privada y aceptando como norma general que el dueño de un predio puede alumbrar y apropiarse libremente de las aguas subterráneas en su propio terreno, salvo los casos en que medie el interés público, tales como:**

- a) Cuando una colectividad utiliza el mismo manto acuífero o corrientes subterráneas.
- b) Cuando el aprovechamiento de las aguas del subsuelo deba combinarse con el de aguas superficiales mediante un sistema de obras hidráulicas.
- c) Cuando la composición de las aguas del subsuelo perjudique la calidad agrícola de las tierras.
- d) Cuando el abatimiento del manto freático produzca asentamientos perjudiciales para las construcciones.
- e) Cuando lesione aprovechamientos ya existentes, principalmente si se trata de usos públicos y domésticos o de usos urgentes de otra índole.
- f) **Cuando substraiga aguas de propiedad nacional.**

Séptima.- Que por las razones anteriores, es necesario modificar el párrafo 5º del artículo 27 constitucional atribuyendo el carácter de propiedad nacional a las aguas permanentes, intermitentes y torrenciales de los manantiales y corrientes, que directa o indirectamente afluyan, de manera natural, a las corrientes, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; **y que, asimismo, es necesario dar el carácter de nacionales a las aguas subterráneas, abarcando, en el propio precepto, las bases legales que mejoren la legislación reglamentaria, y faciliten la conservación y desarrollo de los recursos hidráulicos del país.**

Por lo expuesto, me permito proponer el siguiente proyecto de decreto:

Artículo Único.- Se reforma el párrafo 5º del artículo 27 constitucional, en los siguientes términos:

Son también propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional; la de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el

mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas, en toda su extensión o en parte de ella, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas estén cruzados por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas. **Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno; pero, cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional.** Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran, o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.⁵ (Las negrillas están puestas por el autor.)

Dicha iniciativa fue dictaminada aprobatoriamente por las respectivas comisiones de la Cámara de Diputados y de la de Senadores de la República, prácticamente sin observación alguna, reiterando en lo general que, en efecto, se hacía indispensable establecer nuevas normas a la propiedad privada de los elementos naturales que por principio constitucional son propiedad de la Nación; asimismo se hizo hincapié en los dictámenes respectivos de la necesidad de hacer más claro el texto del párrafo quinto del artículo 27 constitucional para facilitar el mejor aprovechamiento de las aguas nacionales, y en que también se hacía indispensable la definición legal de la propiedad que a la Nación le corresponde en materia hidráulica. Así, en las sesiones ordinarias de dichas cámaras celebradas sucesivamente el 15 de octubre y el 10 de noviembre de 1943, sus dictámenes fueron leídos y, con dispensa de trámites, aprobados sin discusión por unanimidad de votos.

Una vez que los Poderes Legislativos de los Estados de la República aprobaron a su vez dicha iniciativa, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en sesión ordinaria de 26 de diciembre de 1944, declaró reformado dicho párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución, para quedar redactado como ya se transcribió en tal iniciativa presidencial; y en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de abril de 1945 se publicó dicha reforma, en vigor hasta la fecha en lo que corresponde a las aguas del subsuelo.

La última reforma que sufrió el párrafo quinto del artículo 27 constitucional fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de enero de 1960 (su texto vigente se transcribirá en el apartado siguiente), pero, se insiste, tratándose específicamente de lo relativo al régimen de las aguas del subsuelo, subsiste en sus términos el texto de la reforma aludida en párrafos anteriores.

⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 727.

Artículo 27 constitucional (párrafos relativos vigentes)

A efecto de hacer un análisis integral del régimen de propiedad de las aguas del subsuelo en México, paso a transcribir los párrafos del artículo 27 constitucional en vigor, que estimo estrictamente pueden tener relación con dicho tema:

Art. 27.- La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.

Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización.

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana. En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para ordenar los asentamientos humanos y establecer adecuadas provisiones, usos, reservas y destinos de tierras, aguas y bosques, a efecto de ejecutar obras públicas y de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; para preservar y restaurar el equilibrio ecológico; para el fraccionamiento de los latifundios; para disponer, en los términos de la ley reglamentaria, la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades; para el desarrollo de la pequeña propiedad rural; para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural, y para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad.

Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales o sustancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional.

Son propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional; las aguas marinas interiores; las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar; las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; la de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino; las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional, y las que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fija la ley. **Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno; pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aún establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional. Cualesquiera otras aguas no incluidas en la enumeración anterior, se considerarán como parte integrante de la propiedad de los terrenos por los que corran o en los que se encuentren sus depósitos, pero si se localizaren en dos**

o más predios, el aprovechamiento de estas aguas se considerará de utilidad pública, y quedará sujeto a las disposiciones que dicten los Estados.

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones, otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y substancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radioactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la Ley Reglamentaria respectiva. Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.

[...]

La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

I.- Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

[...] (Las negrillas están puestas por el autor.)

Acorde con dicho artículo, la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional corresponde “originariamente” a la Nación, la cual puede transmitir el “dominio” de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada, que es lo que en mi opinión acontece tratándose de las aguas del subsuelo cuando son alumbradas mediante pozos por los dueños de los terrenos en los que yacen, ello acorde con el párrafo quinto de dicho artículo, sobre lo que se abundará más adelante.

Las expropiaciones sólo pueden hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. Asimismo, el Estado tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, entre otros motivos, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar su conservación, o bien, para lograr el desarrollo equilibrado del país.

El párrafo quinto de dicho artículo primeramente establece cuales son las aguas de propiedad nacional, siendo en términos generales las siguientes: los mares territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho internacional; las aguas marinas interiores; las lagunas y esteros que se comuniquen con el mar; los lagos interiores que estén ligados a corrientes

constantes; los ríos y sus afluentes directos o indirectos; las corrientes constantes o intermitentes cuando el cauce de ellas sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República; los lagos, lagunas o esteros cuyas zonas estén cruzadas por líneas divisorias de dos o más entidades federativas o entre la República y un país vecino; los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas o zonas de lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional; ciertas corrientes interiores, y las que se extraigan de las minas. Como puede verse realmente se trata de aguas del mar o que tengan relación o que se comuniquen con el mismo; ríos y sus afluentes; aguas ligadas a “corrientes” constantes, intermitentes o interiores, y aquellas que tengan relación con los límites de los Estados o del territorio nacional, supuestos en los que en principio no se encuentran las aguas del subsuelo.

Respecto a estas últimas aguas en una segunda parte dicho párrafo quinto del artículo 27 constitucional dispone que “las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y apropiarse por el dueño del terreno; pero cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su extracción y utilización y aun establecer zonas vedadas, al igual que para las demás aguas de propiedad nacional”. Desde luego la redacción de dicho artículo aparentemente es contradictoria, pues por una parte establece que dichas aguas pueden alumbrarse libremente y “apropriarse por los dueños de los terrenos”; y por otra que cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo podrá reglamentar su extracción y utilización y aun establecer zonas de veda “al igual que para las demás aguas de propiedad nacional”. Esto es, por una parte dicho párrafo les da esencialmente un carácter de propiedad privada a tales aguas (cuando los dueños de los terrenos las alumbran), pero posteriormente, se insiste, aparentemente en forma contradictoria, pareciese que las mantuviese como aguas de propiedad nacional.

En mi opinión, la interpretación que se debe dar a lo anterior es la siguiente: como se ha visto, conforme al párrafo primero del artículo 27 constitucional en comento, la propiedad “originaria” de todas las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional corresponde a la Nación; sin embargo, acorde con dicho párrafo quinto, ese atributo cesa para el Estado cuando en la especie las aguas del subsuelo son alumbradas mediante pozos por los dueños de los terrenos donde yacen, pues en este caso dichas aguas pasan a formar parte de un régimen de propiedad privada de los mismos, accesorio al de propiedad de sus tierras, aunque el Estado pueda desde luego, cuando así lo exija el interés público, reglamentar y limitar su extracción (límite que podría tener cualquier tipo de propiedad privada). Considero que, incluso gramaticalmente, ésta y no otra es la interpretación que se le debe dar a dicho artículo respecto al régimen de propiedad de las referidas aguas del subsuelo.

Puede decirse que desde la misma iniciativa de reforma al párrafo quinto del artículo 27 constitucional que culminó con su publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el

21 de abril de 1945 y a la que se hizo referencia en el apartado anterior de este trabajo, se presentaba esta aparente contradicción, pues por un lado en la Consideración Sexta de dicha iniciativa se señalaba que la utilización cada vez mayor y más frecuente de las aguas del subsuelo reclamaba que se establecieran bases legales que permitieran reglamentar y controlar su aprovechamiento, sin menoscabar la iniciativa privada y aceptando como norma general que el dueño de un predio podía alumbrar y “apropiarse” libremente de las aguas subterráneas en su propio terreno, salvo los casos en que mediara el interés público, tales como... “f) Cuando substraiga aguas de propiedad nacional”. Lo anterior no podía dejar dudas respecto al régimen de propiedad privada de dichas aguas cuando eran extraídas por los dueños de los terrenos, al distinguirlas claramente en dicho apartado f) de las aguas de propiedad nacional. Pero, por otro lado, en la Consideración Séptima de dicha iniciativa se señalaba que asimismo “era necesario dar el carácter de nacionales a las aguas subterráneas”, abarcando en el propio precepto las bases legales que mejoraran la legislación reglamentaria y facilitaran la conservación del desarrollo de los recursos hidráulicos del país. No obstante lo anterior, insisto, si bien todas las tierras y aguas son en origen del Estado, ese atributo cesa para el mismo cuando las aguas del subsuelo son alumbradas por los dueños de los terrenos donde yacen, pues en ese caso, por disposición constitucional expresa, dichas aguas forman parte de un régimen de propiedad privada de los mismos. Considero que no puede admitirse una interpretación en contrario, “mucho menos en el sentido de que dichas aguas subterráneas son en todo momento propiedad de la Nación”.

En otras palabras, no se da esa aparente contradicción, pues desde luego en origen las aguas del subsuelo son de propiedad nacional (como todas las aguas comprendidas dentro del territorio del Estado mexicano), pero por disposición expresa constitucional, el Estado ha cedido las mismas a los dueños de los terrenos que las alumbran, siendo o pasando a formar parte de un régimen de propiedad privada de los mismos.

Lo que es más, si se hace un análisis completo de la referida iniciativa de reforma al párrafo quinto del artículo 27 constitucional que culminó con la aludida publicación de 1945 (en este trabajo sólo se transcribieron las consideraciones de dicha iniciativa que tienen estricta relación con las aguas del subsuelo en estudio), se puede concluir que la misma realmente lo que pretendía era establecer más limitaciones a la propiedad privada de ciertas aguas para la construcción de presas, impulso a programas de riego y fomento de aprovechamientos hidroeléctricos; y no tanto para crear una plena afectación de las aguas del subsuelo en favor de la Nación (aunque sí para que se dieran bases para mejorar su regulación, facilitar su conservación y el desarrollo de los recursos hidráulicos del país), pues se reitera, prevaleció la prerrogativa de que los dueños de los terrenos en principio podían alumbrar libremente tales aguas del subsuelo y apropiarse de ellas, desde luego sin dejar de señalar que en lo personal estimo que en esos años realmente no se vislumbraban los grandes problemas que afronta hoy en día nuestro país y la humanidad en general en materia de agua. Empero, vuelvo a reiterar, en esta hipótesis de que sean los dueños de los terrenos

los que alumbren las aguas del subsuelo, acorde con el artículo 27 constitucional en estudio, esas aguas se encuadran dentro de un régimen de propiedad privada. O dicho con mayor claridad, en mi opinión, acorde con todo lo anterior, tales aguas del subsuelo son de propiedad privada de los dueños de los terrenos donde yacen, como un derecho accesorio al de su tierra.

Está suficientemente explorado en qué radica el derecho de propiedad, siendo que para Rafael Rojina Villegas es el poder que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible a un sujeto pasivo universal por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto.⁶ Por su parte, Ignacio Burgoa sostiene que, como derecho subjetivo civil, la propiedad engendra para su titular las tres facultades fundamentales de uso, disfrute y disposición de la cosa, y que la disposición es la que distingue al derecho de propiedad sobre cualquier otro derecho respecto a algún bien; y aborda también a mi parecer una cuestión sumamente relevante en lo que se refiere al artículo 27 constitucional, explicando que no debe entenderse por propiedad originaria de la Nación un derecho subjetivo civil que la faculta para usar, disfrutar y disponer de las tierras y aguas comprendidas en el ámbito nacional, sino que en sentido estricto esa propiedad originaria entraña un dominio eminente en cuya virtud el Estado ejerce imperio, autoridad y soberanía dentro de sus fronteras.⁷ Villers, citado por el propio Burgoa, señala que la propiedad originaria se traduce básicamente en la facultad que el Estado se reserva para legislar en materia de tierras y de aguas.⁸

En síntesis, de acuerdo con lo anterior, ese concepto de propiedad originaria se refiere más bien a un poder de imperio, autoridad o soberanía que el Estado ejerce dentro de su ámbito territorial, traducándose en la facultad para legislar en materia de tierras y aguas. Ahora bien, de esa propiedad originaria o más bien de carácter político se deriva la propiedad meramente civil sobre las tierras y aguas por parte de los particulares, siendo que en mi opinión, insisto, las aguas del subsuelo son de propiedad privada de los dueños de los terrenos donde se encuentran conforme a la Constitución.

Estimo que corrobora mi opinión respecto a dicho régimen de propiedad privada de las aguas del subsuelo, el texto de los artículos 830, 838 y 933 del Código Civil Federal, ordenamiento cuya redacción data de 1928 (aunque, como es sabido, este ordenamiento legal antes se llamaba Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, cambiando su denominación según publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo de 2000). El texto de estos artículos, que se mantienen vigentes en dicho ordenamiento legal, es el siguiente:

⁶ Cfr. Rafael ROJINA VILLEGAS, *Compendio de Derecho civil*, t. II, México, Porrúa, 1984, p. 58.

⁷ Cfr. Ignacio BURGOA, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1981, pp. 455 y 456.

⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 457.

CÓDIGO CIVIL FEDERAL

Art. 830.- **El propietario de una cosa puede gozar y disponer de ella con las limitaciones y modalidades que fijen las leyes.**

Art. 838.- **No pertenecen al dueño de un predio** los minerales o sustancias mencionadas en el párrafo cuarto del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **ni las aguas que el párrafo quinto del mismo artículo dispone que sean de propiedad de la Nación.**

Art. 933.- **El dueño del predio en que exista una fuente natural o que haya perforado un pozo brotante, hecho obras de captación de aguas subterráneas** o construido aljibes o presas para captar las aguas fluviales, **tiene derecho a disponer de esas aguas; pero si éstas pasan de una finca a otra, su aprovechamiento se considerará de utilidad pública y quedará sujeto a las disposiciones especiales que sobre el particular se dicten.**

El dominio del dueño de un predio sobre las aguas de que trata este artículo, no perjudica los derechos que legítimamente hayan podido adquirir a su aprovechamiento los de los predios inferiores. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Acorde con dichos artículos, el propietario de una cosa puede gozar y “disponer” de ella con las limitaciones y modalidades que dicten las leyes. Asimismo, no pertenecen al dueño de un predio las aguas que expresamente el párrafo quinto del artículo 27 constitucional disponga que sean de propiedad nacional. Por su parte, el dueño de un predio que haya perforado un pozo brotante o hecho obras de captación de aguas subterráneas, tiene derecho a “disponer” de esas aguas, siendo que, como se ha visto, acorde con la doctrina y con el artículo 830 antes transcrito, “la disposición” es el elemento primordial que distingue al derecho de propiedad. Luego entonces, acorde también con estos preceptos, debe resultar indubitable que, conforme a nuestro derecho positivo, las aguas del subsuelo son de propiedad privada de los dueños de los terrenos donde se encuentran. Incluso en los referidos artículos se habla del “dominio” de los dueños de los terrenos sobre tales aguas. Desde luego no sobra hacer referencia a que, también de conformidad con tales artículos, si las aguas pasan de una finca a otra su aprovechamiento se considerará de utilidad pública y quedará sujeto a las disposiciones que sobre el particular se dicten.

También confirmo mi opinión respecto al régimen de propiedad privada de las aguas del subsuelo en estudio, con el texto de una ley llamada Ley Reglamentaria del Párrafo Quinto del Artículo 27 Constitucional en Materia de Aguas del Subsuelo de 30 de diciembre de 1947 y con otra del mismo nombre de 29 de diciembre de 1956, mismas que desde luego ya están derogadas, pero que fueron emitidas con posterioridad a la reforma antes estudiada de dicho párrafo quinto que culminó con su publicación en 1945. Estas dos leyes acataban el espíritu de dicha reforma constitucional, que en materia de aguas del subsuelo, como sabemos, se mantiene vigente. A continuación paso a transcribir y analizar los preceptos conducentes de estas dos leyes referidas.

LEY REGLAMENTARIA DEL PÁRRAFO QUINTO DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE AGUAS DEL SUBSUELO DE 30 DE DICIEMBRE DE 1947

ARTÍCULO 1º.- **Es libre el alumbramiento y apropiación por los dueños de la superficie, de las aguas del subsuelo, excepto cuando dicho alumbramiento afecte al interés público o a los aprovechamientos existentes.**

ARTÍCULO 2º.- En los casos de excepción a que se refiere el artículo anterior, el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Recursos Hidráulicos, podrá reglamentar la extracción y aprovechamiento de las aguas del subsuelo y establecer zonas vedadas a su alumbramiento, **como si se tratara de aguas de propiedad nacional.**

ARTÍCULO 9º.- Cuando la explotación de los aprovechamientos de agua del subsuelo existentes resulte perjudicial al interés público, o a dichos aprovechamientos, sea porque se pongan en peligro de agotamiento los mantos acuíferos, porque se impida o reduzca considerablemente la explotación de otros aprovechamientos, porque el uso de las aguas del subsuelo perjudique la fertilidad de las tierras, o cuando por otras causas así lo exija el interés público, la Secretaría de Recursos Hidráulicos, oyendo a los interesados, propondrá al Ejecutivo la reglamentación que estime más adecuada para que la explotación se haga de manera de evitar tales perjuicios.

ARTÍCULO 10.- En los casos previstos en el artículo anterior el Ejecutivo, tomando en cuenta los informes de dicha Secretaría y las sugerencias y alegaciones de los interesados, expedirá la reglamentación correspondiente, limitándola a la zona o región estrictamente necesaria.

ARTÍCULO 11.- Publicada la reglamentación en el *Diario Oficial de la Federación*, **los dueños de las aguas del subsuelo alumbradas dentro de la zona o región respectiva estarán obligados a sujetarse a ella en la extracción y uso de dichas aguas.**

ARTÍCULO 13.- La Secretaría de Recursos Hidráulicos podrá impedir que se efectúen obras de alumbramiento de las aguas del subsuelo, o suspender las iniciadas, **cundo mediante ellas se extraigan, desvíen o de otro modo perjudiquen las aguas de los manantiales, corrientes o depósitos de propiedad nacional.** Si las obras hubiesen sido ya construidas, podrá ordenar su demolición o modificación de manera que no se causen dichos perjuicios. (Las negrillas están puestas por el autor.)

De acuerdo con dichos artículos de esta Ley de 1947, era libre el alumbramiento y “apropiación” de las aguas del subsuelo por los dueños de la superficie, excepto cuando dicho alumbramiento afectara el interés público o a los aprovechamientos existentes. En estos casos de excepción, el Ejecutivo Federal podía reglamentar la extracción o aprovechamiento de dichas aguas o establecer zonas vedadas a su alumbramiento, se dice, “como si se tratara de aguas de propiedad nacional”. A mi parecer, lo anterior venía a aclarar la aparente contradicción en que incurre el párrafo quinto del artículo 27 constitucional y a la que se hizo referencia anteriormente, cuando, por una parte, dispone que las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas mediante obras artificiales y “apropiarse” por el dueño del terreno; y por otra, que cuando lo exija el interés público o se afecten otros aprovechamientos, el Ejecutivo Federal podrá reglamentar su utilización y extracción y aún establecer zonas vedadas “al igual

que para las demás aguas de propiedad nacional”. Es decir, al señalar el artículo 2º antes transcrito “como si se tratara de aguas de propiedad nacional”, ello, se insiste, en mi opinión, vino a aclarar tal supuesta contradicción, dejándose patente el espíritu de que las aguas del subsuelo no son de propiedad nacional, sino de los dueños de la superficie, lo que quedaba plenamente corroborado con el artículo 11 también antes transcrito que habla o daba el calificativo de “dueños” de dichas aguas, incluso para las que se extrajeran en zonas reglamentadas. Por su parte, el artículo 13 antes transcrito, de igual forma corroboraba el régimen de propiedad privada de tales aguas del subsuelo, al establecer que se podía impedir que se efectuaran obras de alumbramiento de las mismas cuando mediante ellas se extrajeran o desviarán “depósitos de propiedad nacional”.

En síntesis, dichos artículos antes transcritos corroborarían el carácter, en todo momento, de propiedad privada de las aguas del subsuelo por parte de los dueños de los terrenos. El hecho de que dichas aguas estuvieran sujetas a las modalidades que dictara el interés público, concretamente a una reglamentación o incluso al establecimiento de vedas (modalidades de interés público a las que, como se ha apuntado anteriormente, todo tipo de propiedad puede quedar sujeta), de ninguna forma les quitaba su carácter de propiedad privada a las mismas.

LEY REGLAMENTARIA DEL PÁRRAFO QUINTO DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE AGUAS DEL SUBSUELO DE 29 DE DICIEMBRE DE 1956

ARTÍCULO 1º.- Son objeto de esta ley las aguas del subsuelo en cualquier estado físico en que se encuentren.

ARTÍCULO 2º.- **Es libre el alumbramiento y apropiación por los dueños de la superficie, de las aguas del subsuelo, excepto cuando dicho alumbramiento afecte el interés público o a los aprovechamientos existentes.**

ARTÍCULO 3º.- En los casos de excepción a que se refiere el artículo anterior, el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Recursos Hidráulicos, podrá reglamentar la extracción y aprovechamiento de las aguas del subsuelo y establecer zonas vedadas a su alumbramiento, **como si se tratara de aguas de propiedad nacional.**

ARTÍCULO 4º.- Además de los casos que la Secretaría de Recursos Hidráulicos determine, afectan el interés público:

- a) El alumbramiento de agua que al aflorar se convierta en vapor o de agua que tenga una temperatura superior a 80° centígrados.
- b) El aprovechamiento de agua que al aflorar se convierta en vapor o de agua que tenga una temperatura superior a 80° centígrados, proveniente del subsuelo aunque brote naturalmente.

ARTÍCULO 5º.- Se requiere concesión o permisos en los términos y con los derechos y obligaciones que señalan la Ley de Aguas de Propiedad Nacional, esta ley y demás disposiciones aplicables, para que cualquier

persona pueda alumbrar o aprovechar aguas del subsuelo y ejecutar obras tendientes a cualquiera de estos fines, en los casos que se afecte el interés público y que se señalan en los incisos a) y b) del artículo 4º.

ARTÍCULO 10.- En lo casos en que a juicio de dicha Secretaría de conformidad con los estudios de los recursos hidráulicos de cada zona o región y tomando en cuenta las obras de alumbramiento existentes y las posibilidades de explotación máxima de las aguas del subsuelo, el alumbramiento resulte perjudicial para el interés público o para los aprovechamientos existentes, la misma Secretaría propondrá al Ejecutivo el establecimiento de la veda correspondiente.

ARTÍCULO 11.- En los casos previstos en el artículo anterior, si el Ejecutivo lo estima necesario, decretará la veda en el alumbramiento de las aguas del subsuelo, limitándola a la zona o región que se considere estrictamente necesaria.

ARTÍCULO 12.- A partir de la publicación en el Diario Oficial de la Federación del decreto que establezca una veda, **nadie podrá efectuar obras de alumbramiento de las aguas del subsuelo en la zona vedada sin previo permiso escrito del Ejecutivo**, expedido por conducto de la Secretaría de Recursos Hidráulicos, excepto cuando se trate de pozos de agua para usos domésticos.

ARTÍCULO 13.- Cuando la explotación de los aprovechamientos de agua del subsuelo existentes resulte perjudicial al interés público, o a dichos aprovechamientos, sea porque se pongan en peligro de agotamiento los mantos acuíferos, porque se impida o reduzca considerablemente la explotación de otros aprovechamientos, porque el uso de las aguas del subsuelo perjudique la fertilidad de las tierras, o cuando por otras causas así lo exija el interés público, la Secretaría de Recursos Hidráulicos, oyendo a los interesados, propondrá al Ejecutivo la reglamentación que estime más adecuada para que la explotación se haga de manera de evitar tales perjuicios.

ARTÍCULO 14.- En los casos previstos en el artículo anterior, el Ejecutivo expedirá la reglamentación correspondiente, limitándola a la zona o región estrictamente necesaria.

ARTÍCULO 15.- Publicada la reglamentación en el Diario Oficial de la Federación, **los dueños de las aguas del subsuelo alumbradas dentro de la zona o región respectiva, estarán obligados a sujetarse a ella en la extracción y uso de dichas aguas.**

ARTÍCULO 21.- La Secretaría de Recursos Hidráulicos podrá impedir que se efectúen obras y suspender las iniciadas, así como ordenar la destrucción de las ejecutadas, cuando tales obras se hagan fuera de los casos permitidos por esta ley o en forma distinta de la autorizada, o cuando las aguas se extraigan, desvíen o de otro modo se usen o se disponga de ellas con perjuicio de las aguas de manantiales, mantos, corrientes **o depósitos de propiedad nacional**. En caso de que no se cumpla con la orden de destrucción de las obras de que se trata, dentro del plazo que al efecto se señale, la Secretaría podrá ejecutar tal destrucción a costa de la persona o personas que debieron hacerla y turnará el caso a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para que ésta proceda al cobro respectivo en la vía económico coactiva. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Como se puede observar, el texto de los artículos 2º, 3º y 15 de esta Ley corresponden al texto de los artículos 1º, 2º y 11 de la Ley anterior de 1947, y se mantuvo en términos idénticos su redacción. Estos artículos (fundamentales para mi investigación y opinión respecto al tema abordado en este apartado) en síntesis, y como ya se dijo al estudiar la referida Ley anterior de 1947, establecían claramente que era libre el alumbramiento y “apropiación” de las aguas del subsuelo por los dueños de la superficie; que en los casos en que se afectara el interés público se podía reglamentar la extracción y aprovechamiento de dichas aguas y aún es-

tablecerse zonas de veda “como si se tratara de aguas de propiedad nacional”; y que publicadas las reglamentaciones correspondientes “los dueños de las aguas del subsuelo” alumbradas dentro de la zona o región respectiva debían sujetarse a dichas reglamentaciones. Esto es, de esta Ley de 1956 también puede claramente desprenderse que las aguas del subsuelo son de propiedad privada de los dueños de los terrenos donde yacen y que este es el espíritu del párrafo quinto del artículo 27 constitucional.

También acorde con esta última Ley en comento, se estimó que primordialmente afectaba el interés público el alumbramiento o aprovechamiento de agua que al aflorar se convirtiera en vapor o de agua que al aflorar tuviera una temperatura superior a 80° centígrados, casos para los cuales, de conformidad con el artículo 5° del propio ordenamiento legal, se requería de concesión o del permiso correspondiente.

Asimismo, con base en estudios de cada zona o región, a las posibilidades de explotación máxima de las aguas del subsuelo y cuando el alumbramiento resultara perjudicial para el interés público, se podía decretar la veda correspondiente limitándola a la zona o región que se considerara estrictamente necesaria. A partir de la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del Decreto de veda respectivo, nadie podía efectuar obras de alumbramiento de las aguas del subsuelo en la zona vedada sin previo “permiso” escrito expedido por la Secretaría de Recursos Hidráulicos, excepto cuando se tratara de pozos domésticos, para los cuales, entiendo, seguiría siendo absolutamente libre el alumbramiento de dichas aguas. El hecho de que se requiriera para la extracción de las aguas del subsuelo en zonas de veda un “permiso” previo (y no una “concesión”), también en mi opinión confirma el régimen de propiedad privada de tales aguas.

Independientemente de la posibilidad del decretamiento de vedas conforme al párrafo anterior, se mantuvo en esta Ley también la hipótesis de que cuando la explotación de los aprovechamientos de las aguas del subsuelo asimismo resultara perjudicial para el interés público, el Ejecutivo, previa garantía de audiencia a los interesados, podía expedir la reglamentación correspondiente, limitándola de igual forma a la zona o región estrictamente necesaria; y que, como ya se aludió, publicada tal reglamentación “los dueños de las aguas del subsuelo” alumbradas dentro de la zona o región respectiva debían sujetarse a la misma.

Si bien el artículo 21 de esta Ley tuvo cambios respecto al artículo 13 de la Ley anterior, se mantuvo vigente que la Secretaría de Recursos Hidráulicos podía impedir que se efectuaran obras para el alumbramiento de las aguas del subsuelo o que se suspendieran las ya iniciadas, entre otros supuestos, cuando las aguas se extrajeran con perjuicio de depósitos de propiedad nacional, lo que, como se dijo respecto a la Ley de 1947, también en mi opinión corroboraba el régimen de propiedad privada de las aguas subterráneas, desde luego sujeto a las modalidades que dictara el interés público, como cualquier tipo de propiedad privada, reiterando que de conformidad con dichos artículos de esta Ley de 1956, tampoco puede quedar duda respecto a tal régimen de propiedad privada de las aguas del subsuelo en estudio.

Desde luego hay quienes no compartirían mi criterio respecto al régimen de propiedad privada de las aguas del subsuelo, entre quienes podría citar a Urbano Farías, quien en su libro titulado *Derecho Mexicano de Aguas Nacionales* sostiene lo contrario. Empero, antes de entrar a las reflexiones de dicho autor sobre el particular, quiero hacer mención que quien escribe este trabajo reconoce en dicho texto la única obra jurídica seria y profunda que se ha escrito hasta este momento en México sobre la materia de aguas en forma integral, pugnando principalmente por la autonomía de esta nueva rama del derecho (“Derecho de aguas”).

Dicho autor, en su referida obra, primeramente reflexiona respecto a que las tierras y las aguas tienen un tratamiento diferente que deriva de su propia naturaleza jurídica, siendo que las primeras son propiedad privada y por excepción pública, mientras que las segundas son propiedad pública y excepcionalmente pueden entrar al dominio de los particulares. Que en todo caso este dominio o apropiación es muy especial o *sui generis*, por la naturaleza cambiante, dinámica y fugitiva que tienen las aguas, que las hacen propiamente inaprehensibles, lo que se traduce más bien en un derecho de explotación, uso o aprovechamiento y no de propiedad en el sentido tradicional del concepto. Bajo estas reflexiones continúa sosteniendo dicho autor que en las zonas de libre alumbramiento las aguas nacionales del subsuelo pueden “aprovecharse libremente” por el dueño del terreno y que este es el sentido del artículo 27 constitucional, dentro de una interpretación sistemática que evita la inconsistencia que se desprende de una lectura literal y superficial. Que realmente no se está en presencia de propiedad privada de aguas sino de aprovechamientos particulares de aguas y que las redacciones poco afortunadas de la Constitución deben interpretarse en tal sentido. Asimismo sostiene que esta zona gris o de frontera respecto a las aguas del subsuelo, se resolvió con la reforma de 1943 a dicho artículo 27 constitucional, en la cual en su opinión se precisó que tales aguas son nacionales, independientemente de que se permita el libre alumbramiento en ciertas zonas del país.⁹

No dejan de ser sumamente interesantes las consideraciones de dicho autor. Sin embargo, acorde con todo lo antes expuesto y fundado en este trabajo (principalmente del análisis integral de dicha reforma constitucional que culminó en 1945, del Código Civil Federal y de las Leyes Reglamentarias sobre la materia en particular de 1947 y 1956), lo que de ninguna manera podría estimarse como una lectura superficial al respecto, mi opinión es clara acerca del régimen de propiedad privada que en todo momento tienen las aguas del subsuelo, como un derecho accesorio del derecho de propiedad de la tierra donde yacen, siendo que el propio autor en su referida obra también categóricamente sostiene que el quinto párrafo y la fracción I del artículo 27 constitucional no dejan lugar a duda de que puede haber, por excepción, agua susceptible de apropiación por los particulares,¹⁰ como en mi opinión, reitero, es el caso de las aguas del subsuelo en estudio.

⁹ Cfr. Urbano FARÍAS, *Derecho Mexicano de Aguas Nacionales*, México, Porrúa, 1993, pp. 42, 46 y 48.

¹⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 45.

El primer ordenamiento ya más moderno en México en materia de aguas, fue la Ley Federal de Aguas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de enero de 1972, misma que derogó toda la legislación secundaria anterior en materia de aguas. De la lectura de dicho ordenamiento legal puede inferirse que para su elaboración se siguieron corrientes actuales respecto a la unidad del ciclo hidrológico, que consideran al agua como un recurso unitario subordinado al interés público y que forma parte en todo momento del dominio público del Estado.

Estrictamente relacionado con el régimen de propiedad de las aguas del subsuelo en estudio, los artículos 1º, 5º, 7º y 9º de dicha Ley establecían lo siguiente:

LEY FEDERAL DE AGUAS DE 11 DE ENERO DE 1972

Art. 1º.- A fin de realizar una distribución equitativa de los recursos hidráulicos y cuidar de su conservación, **la presente ley reglamenta las disposiciones, en materia de aguas, de los párrafos quinto y sexto del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y tiene por objeto regular la explotación, uso y aprovechamiento de las aguas propiedad de la Nación, incluidas aquéllas del subsuelo libremente alumbradas mediante obras artificiales, para que se reglamente su extracción, utilización y veda, conforme lo exija el interés público.**

Art. 5º.- **Son aguas de propiedad de la Nación:**

- I.- Las de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional;
- II.- Las aguas marinas interiores;
- III.- Las de las lagunas y esteros que se comuniquen permanente o intermitentemente con el mar;
- IV.- Las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes;
- V.- Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, desde el punto del cauce en que se inicien las primeras aguas permanentes, intermitentes o torrenciales, hasta su desembocadura en el mar, lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional;
- VI.- Las de las corrientes constantes o intermitentes y sus afluentes directos o indirectos, cuando el cauce de aquéllas, en toda su extensión o en parte de ellas, sirva de límite al territorio nacional o a dos entidades federativas, o cuando pase de una entidad federativa a otra o cruce la línea divisoria de la República;
- VII.- Las de los lagos, lagunas o esteros cuyos vasos, zonas o riberas, estén cruzados por línea divisoria de dos o más entidades o entre la República y un país vecino, o cuando el límite de las riberas sirva de lindero entre dos entidades federativas o a la República con un país vecino;
- VIII.- Las de los manantiales que broten en las playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de los lagos, lagunas o esteros de propiedad nacional;
- IX.- Las que se extraigan de las minas;
- X.- Las que correspondan a la Nación en virtud de tratados internacionales; y
- XI.- **Las aguas del subsuelo.**

Art. 7º.- **Se declara de interés público el control de la extracción y utilización de las aguas del subsuelo, inclusive de las libremente alumbradas, conforme lo dispongan los reglamentos que al efecto dicte el Ejecutivo Federal y las normas relativas a zonas vedadas.**

Art. 9º.- **El dominio de la Nación sobre los bienes a que se refieren los artículos 5º, 6º, 7º y 8º, es inalienable e imprescriptible.** (Las negrillas están puestas por el autor.)

En relación con el tema específico abordado, puede decirse que esta Ley Federal de Aguas de 1972 era ostensiblemente tendenciosa, y planteaba serios problemas para esclarecer el régimen de propiedad de las aguas del subsuelo, ante todo porque, desde su artículo 1º, pretendía incluir dentro de las aguas de propiedad nacional aquéllas del subsuelo libremente alumbradas mediante obras artificiales “pero sin referirse en concreto a la hipótesis constitucional de que sea el dueño del terreno quien las alumbré”. Por su parte, el artículo 5º de esta propia Ley fue estrictamente enumerando las aguas que conforme al párrafo quinto del artículo 27 constitucional corresponden a la Nación. Empero, cabe señalar que en esa enumeración se omitió una hipótesis que prevé dicho párrafo quinto de considerar también como aguas nacionales a los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes interiores en la extensión que fije la Ley. También en tal enumeración de dicho artículo 5º se introduce como una nueva causal para considerar aguas nacionales a las que correspondan a la Nación en virtud de tratados internacionales; y el propio artículo 5º, en su fracción XI, estableció lisa y llanamente que eran de propiedad de la Nación las aguas del subsuelo, “sin tampoco hacer la salvedad o referirse en concreto a la hipótesis constitucional de cuando es el dueño del terreno quien las alumbró”. Luego entonces, resulta evidente que si la intención de esa Ley era, como parece, considerar de propiedad nacional a todas las aguas del subsuelo, mutilando en la especie el texto del párrafo quinto del artículo 27 constitucional, en mi opinión dicha Ley y, en lo específico, los artículos transcritos resultaban a todas luces inconstitucionales.

Desde luego uno puede coincidir con el antes referido principio o tendencia actual de la unidad del ciclo hidrológico que, como se ha dicho, entre otras cuestiones, consiste en considerar al agua como un recurso unitario subordinado al interés público y que forma parte del dominio público del Estado. En otras palabras, las corrientes actuales estiman que el agua continental es un recurso unitario que se renueva a través del ciclo hidrológico, y en tal virtud las aguas deben considerarse en todo momento bienes del dominio público y no como propiedad privada.

Empero, para introducir este principio en la legislación secundaria en México, primero se debió haber reformado la Constitución en tal sentido, pues como se ha venido sosteniendo en este apartado, conforme al párrafo quinto del artículo 27 constitucional las aguas del subsuelo son en estricto derecho de propiedad privada cuando las alumbran los dueños de los terrenos, y por consiguiente cualquier ley secundaria que establezca lo contrario u omita lo anterior, en mi opinión debe estimarse inconstitucional.

Ahora bien, hasta donde es de mi conocimiento, realmente la publicación de esta Ley Federal de Aguas de 1972 no provocó reacciones en sí por parte de los particulares o importantes litigios al respecto. Realmente la controversia de si las aguas del subsuelo eran de propiedad privada o de propiedad nacional derivó básicamente a partir de 1982, cuando la Federación, como se tratará con mayor profundidad más adelante, empezó a intentar cobrar unos derechos fiscales que estableció por el uso o aprovechamiento de dichas aguas. Como se sabe, estas contribuciones denominadas en México derechos (en otros países se les conoce como tasas), acor-

de con los artículos 2º, fracción IV, del Código Fiscal de la Federación y 1º de la Ley Federal de Derechos, son las contribuciones establecidas en ley por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación (que sería en todo caso la hipótesis que nos ocupa), así como por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público.

Esto es, cuando algunos particulares, principalmente empresas, empezaron a recibir el cobro de dichos derechos, empezaron a impugnar las resoluciones respectivas estimándolas improcedentes, porque las aguas del subsuelo no podían estimarse como bienes del dominio público de la Nación, sino que eran bienes de propiedad privada, acorde con el artículo 27 constitucional.

Lo anterior provocó interesantes litigios, muchos de los cuales en principio fueron resolviéndose favorablemente a los intereses de los particulares en primera instancia por diversas Salas Regionales del Tribunal Fiscal de la Federación (Tribunal que en el año de 2001 cambió su nombre por el de Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa). A continuación paso a citar y a transcribir en lo conducente dos ejemplos de estos casos fallados en primera instancia por Salas Regionales del entonces Tribunal Fiscal de la Federación:

- a) De la sentencia dictada por la Sala Regional Norte Centro del Tribunal Fiscal de la Federación el 19 de noviembre de 1985 en el juicio 306/84.

TERCERO.- Esta Sala estima fundados los conceptos de anulación hechos valer por la actora, tomando en consideración que los representantes de las autoridades demandadas no contestaron la demanda legalmente notificada, al actualizarse la presunción que establece el artículo 212 del Código Fiscal de la Federación, consistente en que se tendrán por ciertos los hechos que el actor imputa de manera precisa al demandado, y en el caso a estudio, encontramos que la demandante expresamente señala que la hoy Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos, le otorgó permiso para alumbramiento de aguas en el pozo para fines industriales, con No. de Registro Nacional 10-5-288-(50), en el predio propiedad de la empresa, ubicado en el Municipio de Durango, Durango; asimismo, que el 14 de enero de 1976, la Dirección General de Aprovechamientos Hidráulicos autorizó la reposición del pozo con registro nacional antes mencionado, a Bebidas Purificadas de Durango, S. A., para el alumbramiento de aguas del subsuelo, cumpliendo en todo con las condiciones y requisitos establecidos por las autoridades; igualmente, que las aguas que extrae del subsuelo del predio de su propiedad, son de su dominio exclusivo y no del dominio público de la Nación, de conformidad con los artículos 772 y 993 del Código Civil para el Distrito Federal y en los términos del artículo 27 constitucional.

Por lo anterior, al tratarse en el caso de aguas del subsuelo, alumbradas mediante obras artificiales por el dueño del terreno, el mismo puede apropiarse libremente de ellas, cumpliendo con los requisitos de control que establece la Ley Federal de Aguas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1972, en sus artículos 1º, 7º, 23 y 107; razón por la cual, es claro que en la especie procede anular la resolución impugnada, en atención a que no se acreditó en autos el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación, en los términos de la Ley Federal de Derechos, y en tal virtud se le aplicó indebidamente los artículos 226, 227, fracción I, y 230 de la Ley Federal de Derechos. (Las negrillas están puestas por el autor.)

- b) De la sentencia dictada por la Sala Regional del Centro del Tribunal Fiscal de la Federación el 20 de agosto de 1987 en el juicio 676/85.

TERCERO.- La enjuiciante en el único concepto de anulación que hace valer en su demanda, entre otros aduce que en las resoluciones impugnadas en las que se le pretende considerar a su representada como causante de las contribuciones o derechos establecidos en los artículos 226, 227, fracción II y 230 de la Ley Federal de Derechos, se apoyan en hechos que no se realizaron o que se apreciaron en forma equivocada por la Oficina Federal de Hacienda, pues la Embotelladora que representa no se ha estado aprovechando al usar el líquido que extrae de los pozos ubicados en el inmueble que ocupa, de aguas nacionales, sino de aguas sujetas al régimen de propiedad privada, porque en ese carácter le pertenecen como propietaria del propio inmueble; ya que los pozos de donde extrae el líquido que utiliza para fines industriales, fueron perforados por la empresa que representa en el inmueble de su propiedad, y se apropió legítimamente de las aguas correspondientes en los términos del artículo 27, párrafo quinto de la Constitución General de la República.

[...]

A juicio de esta Sala el concepto de anulación a estudio resulta fundado y suficiente para declarar la nulidad de las resoluciones impugnadas, ya que analizando las constancias que obran en autos, particularmente las resoluciones combatidas, se desprende que efectivamente la autoridad demandada pretende que la ahora enjuiciante está obligada al pago de los impuestos por el aprovechamiento de aguas nacionales.

En principio, lo importante a dilucidar en el presente juicio, es si la ahora enjuiciante es sujeto de los derechos de uso o aprovechamiento de aguas nacionales, y por lo tanto, si está obligada a presentar las declaraciones por tal concepto.

Por lo que, conviene aclarar quiénes son sujetos de los derechos que nos ocupan, por lo cual se hace necesario el análisis del artículo 226 de la Ley Federal de Derechos; y así tenemos que dicho precepto establece: Están obligados al pago de los derechos sobre aguas, las personas físicas y las morales que habitual u ocasionalmente usen o aprovechen aguas nacionales fuera de los distritos de riego señalados en la sección anterior.

De la transcripción anterior, se aprecia que están obligadas al pago de derechos que nos ocupan, las personas físicas y morales que usen o aprovechen aguas nacionales; por lo que se hace necesario el análisis del artículo 27 en su primero y quinto párrafos de la Constitución, mismo que a continuación se realizará el análisis.

[...]

De lo anterior, **se deduce que las aguas que utiliza la ahora enjuiciante, en ninguna forma pueden considerarse como aguas nacionales, ya que las mismas no reúnen los requisitos señalados por el mencionado artículo 27 Constitucional;** y en consecuencia, la demandada aplica indebidamente los artículos 226, 227, fracción II y 230 de la Ley Federal de Derechos, toda vez que dichos preceptos tienen por objeto gravar el uso o aprovechamiento de aguas nacionales, **por lo tanto y al no ser nacionales las aguas aprovechadas por la ahora enjuiciante, debe decirse que los requerimientos que se combaten para presentar las declaraciones, resultan ilegales, puesto que la enjuiciante no es sujeto de tal obligación.**

A mayor abundamiento, y como ha quedado demostrado, que las aguas del subsuelo alumbradas mediante obras artificiales por el propietario del terreno bajo el cual yacen, no son del dominio público de la Nación, conforme a lo dispuesto por el artículo 27 constitucional, debe concluirse que la autoridad demandada aplica indebidamente los preceptos legales antes mencionados.- Son de aplicación al caso la tesis jurisprudencial No. 1162, visible en la página 634 de la obra "Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes 1974-1975", Actualización IV Administrativa de Mayo Ediciones, misma que transcribe la enjuiciante a fojas 7 de su escrito de demanda. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Como puede verse en los ejemplos antes citados, las Salas Regionales de dicho Tribunal, basándose estricta y únicamente en el texto del artículo 27 constitucional, declararon improcedentes los cobros de los aludidos derechos fiscales intentados a través de las resoluciones impugnadas en esos juicios, bajo los argumentos torales, en el primer caso, de que al tratarse de las aguas del subsuelo alumbradas mediante obras artificiales por el dueño del terreno, el mismo podía apropiarse libremente de dichas aguas cumpliendo los requisitos de control correspondientes, siendo que no se acreditaba el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público de la Nación; y, en el segundo caso, de que las aguas del subsuelo que usaba la em-

presa en ninguna forma podían considerarse como aguas nacionales ya que las mismas no reunían los requisitos señalados por el artículo 27 constitucional, y que a mayor abundamiento, las aguas del subsuelo alumbradas mediante obras artificiales por el propietario del terreno bajo el cual yacen no son del dominio público de la Nación.

Todos esos litigios entablados contra el cobro de los referidos derechos fiscales llegaron en su fase final a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Antes de ver el veredicto final de nuestro máximo Tribunal al respecto, vale la pena señalar que la propia Suprema Corte tenía sentadas previamente las siguientes tesis de jurisprudencia, tesis en las que incluso se apoyaron diversas Salas del Tribunal Fiscal de la Federación para emitir sus fallos de primera instancia:

AGUAS NACIONALES.- Son propiedad de la nación las aguas de los ríos principales o arroyos, afluentes con sus cauces, lechos o riberas, en la extensión que fija la ley, desde el punto en que brota la primera agua permanente, hasta su desembocadura, ya sea que corran al mar, o que crucen dos o más Estados. **Del contexto del artículo 27 constitucional, se ve que son aguas nacionales las corrientes que no sufren interrupción, es decir, que son perennes o permanentes, y las intermitentes, en su rama principal, cuando atraviesen dos o más Estados. Son aguas de propiedad privada, las que no reúnan las condiciones que las leyes fijan para considerarlas propiedad de la Nación, y sobre las cuales los ribereños han acreditado sus derechos.**¹¹

AGUAS NACIONALES.- Como el artículo 27 constitucional, en el párrafo relativo, establece los requisitos que se necesitan para considerar cuáles aguas son las nacionales, es indudable que sólo tienen este carácter las que llenen tales requisitos de excepción, pues las demás son de propiedad particular.¹²

AGUAS NACIONALES.- No basta para que tengan ese carácter el que formen parte de un sistema hidrográfico, de propiedad nacional, sino que es preciso que estén comprendidas en alguno de los casos que especifica el artículo 27 de la Constitución. Así, los manantiales que nacen en un terreno de propiedad privada o los pozos artesianos, aunque sus aguas discurran por un río principal que desemboque en el mar, o cruce dos o más Estados, no pueden considerarse nacionales, pues la propiedad de estas aguas se regula por las disposiciones de las leyes civiles, y sólo el aprovechamiento de ellas, cuando su cauce pase de una finca a otra, queda sujeto, según el mismo artículo 27, a las disposiciones que dicten los Estados.¹³ (Las negrillas están puestas por el autor.)

Conforme a estas tesis de jurisprudencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación había reconocido que sólo tienen el carácter de aguas nacionales las que llenan los requisitos señalados por el artículo 27 constitucional; y que las aguas de los manantiales y las extraídas de pozos no tenían ese carácter, puesto que se regulaban por las leyes civiles.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver en definitiva los antes referidos litigios, se apartó de sus criterios vertidos en estas últimas tesis citadas y declaró finalmente que las aguas del subsuelo son propiedad de la Nación. Sobre el particular quiero

¹¹ Poder Judicial de la Federación, *Jurisprudencia, Tesis de Ejecutorias 1917-1985*, 9ª parte, México, Mayo Ediciones, 1985, pp. 156 y 157.

¹² *Ibid.*, p. 155.

¹³ *Ibid.*, p. 161.

transcribir en lo conducente la ejecutoria plenaria que recayó en el amparo en revisión 4082/83 promovido por la empresa Bebidas Mundiales, S. A., cabiendo señalar que muchos de los preceptos citados en esta resolución ya no los transcribo por estar transcritos antes en este trabajo:

QUINTO.- Los agravios relativos a la inconstitucionalidad de la Ley Federal de Aguas, son igualmente infundados.

En efecto, el párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución Federal, en relación con las aguas del subsuelo establece lo siguiente:

[...]

Por su parte los artículos 1º, 5º, fracción XI, 7º y 9º de la Ley Federal de Aguas son del tenor literal siguiente:

[...]

De la lectura de los anteriores preceptos legales se aprecia que la Ley Federal de Aguas señala que las aguas del subsuelo son propiedad de la Nación, determinación que resulta constitucional porque es falso que el párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución Federal establezca que esas aguas son propiedad privada; ya que lo contrario deriva de la exposición de motivos relativa a la reforma del referido párrafo quinto, de veintiséis de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, la que no tuvo otra finalidad que precisar el carácter de nacionales de las aguas del subsuelo; pues no puede concluirse de diversa manera al examinar el contenido de esa exposición de motivos, que en lo conducente dice:

“...Las facultades del poder público fijadas en la constitución, a medida que se desenvuelve la vida económica del país, exige establecer nuevas normas o limitaciones a la propiedad privada, especialmente de los elementos naturales que, de acuerdo con el principio general que informa el artículo 27 constitucional, son originariamente propiedad de la Nación. El objeto de esa ampliación de facultades es facilitar el aprovechamiento de las riquezas naturales... **la utilización cada vez mayor y más frecuente de las aguas del subsuelo para el abastecimiento de las poblaciones, abrevadero de ganado, usos industriales o para el cultivo agrícola, reclama que se establezcan bases legales que permitan reglamentar y controlar su aprovechamiento...** por las razones anteriores, es necesario modificar el párrafo quinto del artículo 27 constitucional atribuyendo el carácter de propiedad nacional a las aguas subterráneas, abarcando, en el propio precepto, las bases legales que mejoren la conservación y desarrollo de los recursos hidráulicos del país.”

[...]

Por lo anterior no pueden estimarse contrarios a la Constitución los artículos 1º, 5º, 7º y 9º de la Ley Federal de Aguas.

Tampoco puede estimarse inconstitucional el artículo 9º de la Ley impugnada, que declara que el dominio de la Nación sobre las aguas del subsuelo es inalienable e imprescriptible, ya que su inconstitucionalidad se hace derivar de la que a su vez se estima adolece la fracción XI, del artículo 5º de dicha ley, que considera nacionales las aguas del subsuelo, pues ya se vio dicho precepto sí está apegado a la Constitución.

Es irrelevante que el *a quo* en la parte considerativa de la sentencia haya omitido referirse a las documentales e inspección judicial ofrecidas como pruebas por la empresa quejosa, puesto que tal omisión no le causa perjuicio alguno a la recurrente; contrariamente a lo que aduce tales medios de prueba sólo acreditan la propiedad del terreno a que alude en la demanda, la existencia de varios pozos localizados en dicho terreno con sistemas para tratamiento de aguas, así como el hecho de que la recurrente tiene registrados ante la Secretaría de Agricultura y Recursos Hidráulicos los referidos pozos, pero de ninguna manera demuestra que las aguas del subsuelo sean propiedad de la quejosa.

SEXTO.- Las agravios aducidos en relación con la inconstitucionalidad de los artículos 226, 227, 228, 229, 230 y 231 de la Ley Federal de Derechos, son jurídicamente ineficaces para modificar o revocar la resolución que se revisa.

[...]

Ahora bien, los artículos transcritos no pueden estimarse inconstitucionales ya que, en primer lugar, como ya se dijo al analizar diversos preceptos de la Ley Federal de Aguas es inexacto que las aguas del subsuelo sean propiedad privada del dueño del terreno en que se realice su alumbramiento, pues el artículo 27, párrafo quinto de la Constitución Federal considera como nacionales también a dichas aguas y, en segundo lugar, el Congreso de la Unión está facultado para imponer contribuciones sobre aprovechamiento y explotación de los recursos naturales, entre los que se encuentran las aguas del subsuelo, conforme a lo dispuesto por el artículo 73, fracción XXIX, apartado 2º constitucional.

Por tanto, la circunstancia de que los preceptos combatidos consideren nacionales las aguas subterráneas e impongan gravámenes por su uso o aprovechamiento no puede estimarse contrario a la Constitución. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Esta ejecutoria fue la quinta que se dictó en el mismo sentido, no interrumpida por otra en contrario, por lo que conforme al artículo 192 de la Ley de Amparo los criterios contenidos en la misma sentaron jurisprudencia definida, misma que quedó plasmada en las dos siguientes tesis:

AGUAS DEL SUBSUELO. SON PROPIEDAD DE LA NACIÓN. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1o., 5o., 7o. Y 9o. DE LA LEY FEDERAL DE AGUAS. Es inexacto que el párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución Federal establezca que las aguas del subsuelo sean propiedad privada, ya que lo contrario se deduce del contenido de la exposición de motivos de la reforma al referido párrafo de 26 de diciembre de 1944, la que en lo conducente dice: "... Las facultades del poder público fijadas en la Constitución, a medida que se desenvuelve la vida económica del país, exigen establecer nuevas normas o limitaciones a la propiedad privada, especialmente de los elementos naturales que, de acuerdo con el principio general que informa el artículo 27 constitucional, son originariamente propiedad de la nación. El objeto de esa ampliación de facultades es facilitar el aprovechamiento de las riquezas naturales... la utilización cada vez mayor y más frecuente de las aguas del subsuelo para el abastecimiento de las poblaciones, abrevadero de ganado, usos industriales o para el cultivo agrícola, reclama que se establezcan bases legales que permitan reglamentar y controlar su aprovechamiento... por las razones anteriores, es necesario modificar el párrafo quinto del artículo 27 constitucional atribuyendo el carácter de propiedad nacional a las aguas subterráneas abarcando, en el propio precepto, las bases legales que mejoren la conservación y desarrollo de los recursos hidráulicos del país". De lo anterior deriva que son constitucionales los artículos 1o., 5o., 7o. y 9o. de la Ley Federal de Aguas en cuanto establecen que las aguas del subsuelo son propiedad de la nación, pues no fue otra sino esa la finalidad de la reforma al citado precepto constitucional.

Amparo en revisión 3721/80. Industrias IEM, S. A. de C. V. 17 de noviembre de 1981. Unanimidad de diecisiete votos.

Amparo en revisión 793/77. Silicatos y Derivados, S. A. 13 de abril de 1982. Unanimidad de dieciocho votos.

Amparo en revisión 3616/85. Novacryl, S. A. y otras. 24 de junio de 1986. Unanimidad de veinte votos.

Amparo en revisión 4050/83. Compañía Topo Chico, S. A. 23 de septiembre de 1986. Unanimidad de veinte votos.

Amparo en revisión 4082/83. Bebidas Mundiales, S. A. 9 de diciembre de 1986. Unanimidad de veintiún votos.¹⁴ (Las negrillas están puestas por el autor.)

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación* 205-216, primera parte, p. 152.

DERECHOS POR EL USO O APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS DEL SUBSUELO. FACULTADES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA DECRETARLOS. Como de conformidad con el párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución Federal las aguas del subsuelo son propiedad de la Nación debe estimarse que el Congreso de la Unión tiene facultades para imponer contribuciones sobre el uso o aprovechamiento de los mismos, pues del contenido del artículo 73, fracción XXIX, apartado 2o. de la propia Carta Magna deriva que dicho Congreso se encuentra facultado para imponer contribuciones sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales, entre los que se encuentran, desde luego, las aguas del subsuelo.

Amparo en revisión 3721/80. Industrias IEM, S. A. de C. V. y otra. 17 de noviembre de 1981. Unanimidad de diecisiete votos.

Amparo en revisión 793/77. Silicatos y Derivados, S. A. 13 de abril de 1982. Unanimidad de dieciocho votos.

Amparo en revisión 3616/85. Novacryl, S. A. y otras. 24 de junio de 1986. Unanimidad de veinte votos.

Amparo en revisión 4050/83. Compañía Topo Chico, S. A. 23 de septiembre de 1986. Unanimidad de veinte votos.

Amparo en revisión 4082/83. Bebidas Mundiales, S. A. 9 de diciembre de 1986. Unanimidad de veintiún votos.¹⁵ (Las negrillas están puestas por el autor.)

Sobre todo esto último, cabe comentar que tanto en la ejecutoria pronunciada en el amparo en revisión 4082/83, como en la primera de las jurisprudencias antes transcritas, al invocarse la exposición de motivos de la reforma al párrafo quinto del artículo 27 constitucional de 26 de diciembre de 1944 (que se estudió anteriormente y que culminó con la publicación respectiva el 21 de abril de 1945), “se cortó o se mutiló con puntos suspensivos” la parte de dicha exposición de motivos que decía: “sin menoscabar la iniciativa privada y aceptando como norma general que el dueño de un predio puede alumbrar y apropiarse de las aguas subterráneas en su propio terreno, salvo en los casos en que medie el interés público”, parte medular y específica en dicha iniciativa conforme a la cual, en mi opinión, debió concluirse que el espíritu del artículo 27 constitucional es que, cuando las aguas del subsuelo son alumbradas mediante pozos por los dueños de los terrenos, dichas aguas son de propiedad privada de los mismos.

No me parece jurídicamente correcto que un tribunal al emitir sus fallos “corte con puntos suspensivos” partes medulares de los textos que invoca y sólo deje las que pueden inclinar la balanza para un determinado sentido; por lo que a mi parecer este fallo no fue emitido con estricto apego a derecho, quedando así determinado el régimen de dominio público de las aguas del subsuelo en México.

Insisto en que no estoy en contra de los referidos principios o corrientes sobre la unidad del ciclo hidrológico, pero si el objetivo era llevar las aguas del subsuelo a un régimen de dominio

¹⁵ *Ibid.*, p. 159.

público por parte del Estado, primeramente se debió reformar la Constitución al respecto, siendo que dicho régimen quedó finalmente avalado por nuestro máximo tribunal, desde mi punto de vista, a través de un fallo sumamente censurable por las razones antes apuntadas.

Por otra parte, el párrafo sexto del artículo 27 constitucional dispone que en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores de dicho artículo, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible; y que la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesión otorgada por el Ejecutivo Federal. Desde mi punto de vista, lo anterior debe entenderse constreñido a los recursos que, conforme a los párrafos cuarto y quinto del artículo 27 constitucional en estudio, son expresamente bienes del dominio público de la Nación. Ahora bien, si en mi opinión, que he venido externando, las aguas del subsuelo alumbradas mediante obras artificiales por los dueños de los terrenos donde yacen, no son del dominio público del Estado, sino de propiedad privada, en estricto derecho las mismas no serían inalienables ni imprescriptibles, ni tampoco en estricto derecho se debería requerir de títulos de concesión para la explotación o aprovechamiento de las mismas, pues es de explorado derecho que las concesiones son actos administrativos por medio de los cuales el Estado encomienda a los particulares la prestación de servicios públicos o la explotación o aprovechamiento de bienes del dominio público del Estado, pudiéndose precisar asimismo que acorde con el artículo 16 de la Ley General de Bienes Nacionales, las concesiones no crean derechos reales, sino que otorgan simplemente a los particulares frente a la administración, el derecho a realizar dichos usos, aprovechamientos o explotaciones. Estimo que de alguna forma corrobora mi anterior opinión, el que, según he visto a lo largo de mi experiencia profesional, antes las empresas contaban con “permisos” para la extracción de aguas del subsuelo y no con concesiones en sí.

Sin embargo, toda vez que conforme a las jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación antes estudiadas nuestro máximo Tribunal declaró que las aguas del subsuelo son en cualquier supuesto de propiedad nacional y también la legislación secundaria establece que para la explotación de dichas aguas se requiere de un título de concesión, desde luego hoy en día en México, por regla general, los particulares y las empresas requieren de sus títulos de concesión para usar o aprovechar tales aguas del subsuelo.

Por su parte, la fracción I del párrafo noveno del propio artículo 27 constitucional establece que sólo los mexicanos por nacimiento o naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones para la explotación de minas o aguas. Y agrega que el Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a tales bienes, so pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los mismos (esto en México se conoce como la “Cláusula Calvo” en honor a un Ministro de Relaciones Exteriores de tal

apellido). Finaliza señalando dicha fracción que en una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

Acorde con dichos párrafos sexto y noveno, fracción I del artículo 27 constitucional en comento, queda claro que los mexicanos por nacimiento o naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para obtener concesiones para el uso o aprovechamiento de aguas nacionales. Sobre el particular, desde luego para Urbano Farías esto no es limitativo, pues acorde con la referida fracción I los extranjeros, ya sean personas físicas o morales (salvo sociedades para dicho autor), también pueden obtener concesiones para tal efecto siempre y cuando hagan la referida renuncia conocida como la “Cláusula Calvo” en nuestro país. Me llama la atención que para dicho autor en los términos de los párrafos en estudio, las sociedades extranjeras en ningún caso puedan obtener concesiones para la explotación de aguas superficiales o del subsuelo.¹⁶

Sobre esto último me parece sumamente estricta la interpretación de dicho autor, pues dentro del término *extranjeros* a que se refiere dicha fracción I, en mi opinión pueden encuadrarse también sociedades extranjeras. Es decir, una sociedad extranjera en México sí puede ser sujeto para obtener una concesión para el uso o aprovechamiento de aguas nacionales, siempre y cuando convenga ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacional respecto a la misma y en no invocar al respecto la protección de su gobierno.

Sobre el particular ni la Ley General de Bienes Nacionales ni la Ley de Aguas Nacionales establecen limitación alguna.

Tampoco autores de la talla de Ignacio Burgoa o Juventino V. Castro hacen alguna salvedad en el sentido de que genéricamente una sociedad extranjera no pueda ser titular de una concesión para la explotación de aguas, siendo que el segundo de dichos autores sobre los párrafos en comento señala que la referida fracción I prohíbe a los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas en una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas; que esto es una incapacidad absoluta, no purgable como lo dispuesto en la propia fracción respecto a extranjeros que sí pueden adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones, u obtener concesiones de explotación de minas o de aguas, fuera de las zonas anteriormente mencionadas, siempre y cuando los propios extranjeros se comprometan a no invocar la protección de sus gobiernos en lo que respecta a sus derechos puestos en entredicho, y que sólo pueden ser discutidos ante las propias autoridades competentes de nuestro país.¹⁷

Asimismo, conforme al artículo 10-A de la Ley de Inversión Extranjera, los extranjeros que pretendan obtener concesiones para la exploración y explotación de minas y aguas en

¹⁶ Cfr. Urbano FARÍAS, *op. cit.*, p. 54.

¹⁷ Cfr. Juventino V. CASTRO, *Garantías y Amparo*, México, Porrúa, 1986, p. 205.

territorio nacional, deberán presentar previamente ante la Secretaría de Relaciones Exteriores un escrito en el que convengan lo dispuesto en dicha fracción I del artículo 27 constitucional, para obtener posteriormente el permiso correspondiente de dicha dependencia. Incluso, de acuerdo con el propio artículo 10-A de esta Ley, cuando se pretenda obtener una concesión para este tipo de explotaciones sobre minas y aguas en México, el permiso se entenderá otorgado si no se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la negativa de dicha Secretaría dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la solicitud respectiva. Además, acorde con el mismo artículo, la propia Secretaría de Relaciones Exteriores podrá determinar mediante acuerdos generales que se publiquen en el *Diario Oficial de la Federación*, supuestos en los que los extranjeros, para obtener tales derechos, sólo deberán presentar ante tal autoridad un escrito en el que convengan lo dispuesto en la multirreferida fracción I del artículo 27 constitucional, sin requerir en esos casos del permiso correspondiente de tal Secretaría de Estado. Si se hace una interpretación armónica de dicho artículo 10-A con el 2º de la misma Ley (que define lo que se entiende por inversión extranjera o inversionista extranjero), a mi parecer no debe caber duda alguna de que una sociedad extranjera sí puede obtener concesiones para la explotación de aguas nacionales en México.

Lo que es más, de un amparo directo muy viejo número 7154/39 que dio lugar a una tesis aislada de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuya voz es “AGUAS, OPOSICIÓN A LAS SOLICITUDES DE CONCESIÓN DE”,¹⁸ se infiere que en aquel entonces la legislación secundaria (concretamente la Ley Orgánica de la Fracción I del artículo 27 constitucional de 21 de enero de 1926 ya derogada) sancionaba con nulidad de pleno derecho a las concesiones obtenidas por compañías extranjeras cuando no convenían o no hacían la aludida renuncia a la protección de sus gobiernos, lo que también corrobora plenamente mi opinión de que una sociedad o compañía extranjera sí puede ser sujeto de una concesión para la explotación de aguas nacionales en nuestro país, desde luego mientras cumpla con los requisitos legales.

Para finalizar con lo anterior, no sobra señalar que de conformidad con el referido artículo 10-A de la Ley de Inversión Extranjera, en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de mayo de 1998, se publicó un Acuerdo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, conforme al cual los nacionales de aquellos países con los que México sostiene relaciones diplomáticas pueden beneficiarse de lo dispuesto en el último párrafo de dicho artículo, por lo que únicamente deben presentar ante tal Secretaría un escrito en el que convengan lo dispuesto por la fracción I del artículo 27 constitucional, con el objeto de obtener concesiones para la exploración y explotación de minas y aguas en el territorio nacional.

¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación LXVII*, p. 999.

Otros preceptos de la Constitución que pueden relacionarse con la materia de aguas del subsuelo

Para muchos analistas y juristas es sumamente criticable que el artículo 2º de la Constitución mexicana les dé marcada autonomía a las comunidades o pueblos indígenas del país, así como prerrogativas muy particulares y específicas a los mismos, como dividiendo a la Nación en dos tipos de sociedades: la de la población en general y la de dichas comunidades o pueblos indígenas. Independientemente de esa cuestión política, relacionado con el tema en estudio en este trabajo, la fracción VI de dicho artículo 2º establece un derecho de dichas comunidades indígenas al uso y disfrute “preferente” de los recursos naturales de los lugares que habitan u ocupan las mismas. Y la fracción IX del propio numeral, establece que se debe consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo, así como que se deben incorporar las recomendaciones y propuestas que dichos pueblos realicen al respecto.

El artículo 4º de la propia Constitución establece, entre otras cuestiones, que toda persona tiene derecho a la protección de la salud; que toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar; que toda familia tiene derecho a disfrutar de una vivienda digna y decorosa; y que los niños tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Incluso, conforme a una reforma a dicho artículo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de abril de 2009, ahora también toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que preste el Estado en esa materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. Acorde con lo anterior, cabe la reflexión de que en México todo niño tendría derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud y educación; que toda familia tendría derecho a una vivienda digna y decorosa; y que toda persona tendría derecho a un medio ambiente adecuado y a la protección a la salud, así como a la cultura, pero previamente no se nos garantiza a los individuos un derecho al agua potable para cubrir nuestras necesidades básicas, lo que a mi parecer de ninguna manera puede estimarse estrictamente implícito en lo anterior. Incluso, cabe también comentar que ante las marcadas corrientes privatizadoras del agua en el mundo, en muchos países, en contrapeso, se debate si se debe otorgar como una garantía individual o derecho fundamental el que el Estado deba garantizar a todo individuo el acceso al agua potable segura y de calidad, sobre lo que se harán otros comentarios posteriormente en este trabajo.

También podría relacionarse con el tema tratado el artículo 25 constitucional, el cual dispone que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable. Que el Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional. Y que bajo criterios de equidad social y productividad, se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolas a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

Asimismo puede relacionarse con este tema el artículo 26 de la Constitución mexicana, mismo que establece que el Estado organizará un sistema de planeación democrática y que habrá un Plan Nacional de Desarrollo.

Por su parte, el artículo 28 constitucional prohíbe genéricamente concentraciones y acaparamientos. Asimismo establece que el Estado podrá, en casos de interés general, concesionar la explotación, uso o aprovechamiento de bienes del dominio público, salvo excepciones que las leyes prevengan; y que las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la utilización social de dichos bienes y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público. Sobre este artículo, de igual forma cabe señalar que el mismo tampoco establece limitaciones para que una sociedad extranjera pueda obtener una concesión para la explotación de aguas nacionales, punto sobre el que se abundó anteriormente. Y respecto a acaparamientos o fenómenos de concentración, la Ley General de Bienes Nacionales, en su artículo 17, fracción II, establece que el Ejecutivo Federal podrá negar una concesión si con la misma se crea un acaparamiento contrario a dicho interés social.

El artículo 73, fracción XVII de la Constitución establece que el Congreso tiene facultad para expedir leyes sobre el uso o aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal. Consecuentemente, si acorde con el artículo 124 de la propia Constitución en México rige un régimen de facultades expresas, conforme al cual las facultades que no están expresamente concedidas a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados, toda vez que dicho artículo 73, fracción XVII reserva al Congreso Federal la facultad para expedir leyes sobre el uso o aprovechamiento de aguas de jurisdicción federal, resulta indubitante que ni los estados ni el Distrito Federal pueden expedir leyes en tal materia.

Para finalizar este apartado, el artículo 73, fracción XXIX, apartado 2º de la misma Constitución mexicana, establece que el propio Congreso de la Unión tiene facultades para establecer contribuciones sobre el aprovechamiento y explotación de los recursos naturales comprendidos en los párrafos cuarto y quinto del artículo 27 de la misma Ley fundamental. Si bien el Congreso Federal tiene asimismo estas facultades exclusivas para instaurar contribuciones sobre el aprovechamiento y explotación de tales recursos naturales comprendidos en los párrafos cuarto y quinto del artículo 27 constitucional, recursos dentro de los cuales se encuentran las aguas del subsuelo, el establecimiento de esos gravámenes debe hacerse adecuadamente y dentro de un marco legal. Esto es, como se comentó anteriormente, de conformidad con los artículos 2º, fracción IV del Código Fiscal de la Federación y 1º de la Ley Federal de Derechos, los derechos fiscales en México (tasas en otros países) en uno de sus aspectos pueden establecerse por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación. Ahora bien, como en mi opinión, conforme al referido artículo 27 constitucional, las aguas del subsuelo son de propiedad privada de los dueños de los terrenos donde yacen y no del dominio público de la Nación, como lo he externado, gravar a tales aguas con derechos fiscales resulta improcedente. Si bien es

cierto que, como ya se expuso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación finalmente sentó jurisprudencia en el sentido de que dichas aguas del subsuelo no son de propiedad privada, sino nacionales y consecuentemente los derechos fiscales que gravan su uso o aprovechamiento constitucionales, el tema lo saco ahora a colación porque en una diversa jurisprudencia la propia Suprema Corte señaló que toda vez que de conformidad con el precepto constitucional en comento la Federación puede gravar los recursos naturales previstos en el aludido párrafo quinto del artículo 27 constitucional, entre ellos las aguas del subsuelo, resultaba para ella “irrelevante” si los artículos relativos de la Ley Federal de Derechos establecían “un derecho o un impuesto” por gravar tales aguas. Dicho criterio no me parece ajustado a derecho, pues la facultad de gravar esos recursos naturales debe hacerse dentro de un marco legal a través de la contribución adecuada al supuesto que se pretende gravar. Es decir, “no puede resultar irrelevante” si se establece un tipo de contribución u otra, sino que debe ser la contribución que se adecue a dicha hipótesis que se pretende gravar. Dicha jurisprudencia es la siguiente:

AGUAS DEL SUBSUELO ALUMBRADAS POR OBRAS ARTIFICIALES. NO SON INCONSTITUCIONALES LOS ARTÍCULOS 226 Y 227 DE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS, AL ESTABLECER UN DERECHO POR SU USO O APROVECHAMIENTO.

Está prevista de manera expresa en el artículo 73, fracción XXIX, apartado segundo, de la Constitución General, la facultad de la Federación para imponer contribuciones sobre el aprovechamiento de los recursos naturales enumerados en el párrafo 5º. del artículo 27 constitucional, entre ellos, las aguas del subsuelo alumbradas artificialmente y ejercida claramente en la Ley Federal de Derechos, **por lo que resulta irrelevante que los artículos 226 y 227 de la misma establezcan un “derecho” o un “impuesto”**, ya que lo cierto es que la facultad exclusiva de imponer una “contribución” (que es voz genérica) está expresamente prevista en el citado artículo constitucional. Además, **es irrelevante el concepto que en la doctrina se haya dado tradicionalmente a la noción de “derecho”**, pues lo que realmente importa es que en el texto constitucional se encuentra prevista la posibilidad de que la Federación imponga la contribución relativa y “contribución” es la voz genérica de cualquier clase de tributo o gravamen y engloba tanto impuestos como derechos.¹⁹ (Las negrillas están puestas por el autor.)

¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, primera parte, enero-junio de 1989, p. 222.

Capítulo II.

Marco administrativo de las aguas del subsuelo en México

Tendencias internacionales en materia de aguas del subsuelo

En lo personal estimo que como un primer antecedente de tendencias contemporáneas en materia de aguas del subsuelo, debe citarse a la Carta del Agua de la Comunidad Económica Europea, aprobada por el Consejo de Europa en Estrasburgo en mayo de 1968, y de la que da cuenta Urbano Farías señalando que, entre otros importantes documentos, dicha Carta fue tomada en cuenta al elaborarse la Ley de Aguas Nacionales en México.¹ Dicha Carta contiene 12 principios medulares, que son los siguientes:

1. Sin agua no hay vida posible; es un bien preciado, indispensable a toda actividad humana.
2. Los recursos en agua dulce no son inagotables; es indispensable preservarlos, controlarlos, y si es posible acrecentarlos.
3. Alterar la calidad del agua es perjudicar la vida del hombre y de los otros seres vivos que de ella dependen.
4. La calidad del agua debe ser preservada de acuerdo con normas adaptadas a los diversos usos previstos, y satisfacer especialmente las exigencias sanitarias.
5. Cuando las aguas, después de utilizadas, se reintegran a la naturaleza, no deberán comprometer el uso ulterior, público o privado, que de ésta se haga.
6. El mantenimiento de la cobertura vegetal adecuada, preferentemente forestal, es esencial para la conservación de los recursos hídricos.
7. Los recursos hídricos deben inventariarse.
8. Para una adecuada administración del agua es preciso que las autoridades competentes establezcan el correspondiente plan.
9. La protección de las aguas implica un importante esfuerzo, tanto en la investigación científica, como en la preparación de especialistas y en la información del público.
10. El agua es un patrimonio común cuyo valor debe ser reconocido por todos; cada uno tiene el deber de utilizarla con cuidado y no desperdiciarla.
11. La administración de los recursos hidráulicos debiera encuadrarse más bien en el marco de las cuencas naturales que en el de las fronteras administrativas y políticas.
12. El agua no tiene fronteras: es un recurso común que necesita de la cooperación internacional.²

Como se observa, la Carta del Agua de la Comunidad Económica Europea tiene primeramente principios muy elementales, como que sin agua no hay vida posible y que dicho re-

¹ Cfr. Urbano FARÍAS, *op. cit.*, p. 31.

² *Ibid*, pp. 31 y 32.

curso es indispensable para toda actividad humana, o que los recursos en agua dulce no son inagotables y que es necesario preservarlos y controlarlos. También contiene principios de cierta ética como es el que el agua es un patrimonio común cuyo valor debe ser reconocido por todos, y que cada uno tiene el deber de utilizarla con cuidado y no desperdiciarla. Principios más técnicos son los que señalan que los recursos hídricos deben inventariarse y que debe haber planes para una adecuada administración del recurso. También debe destacarse que este documento habla de que debe haber importantes esfuerzos en la investigación y en la preparación de especialistas sobre el tema. Llama también la atención que esta Carta, desde 1968, ya recomienda que la administración de los recursos hídricos debía hacerse a través de las cuencas naturales y no conforme a fronteras administrativas o políticas. Y por último, llama también la atención que este documento señalara que el agua no tiene fronteras y que es un recurso común que necesita de la cooperación internacional.

El propio Urbano Farías también da cuenta de que para la elaboración de la Ley de Aguas Nacionales en México se partió en mucho de las ideas del prestigiado jurista italiano Stéfano Burchi, principalmente de una ponencia de dicho jurista titulada “Recopilación de las Principales Evoluciones y Tendencias a Nivel Internacional en Derecho y Administración de Aguas”, presentada en el seminario efectuado en el Ministerio de Obras Públicas en la República de Chile, en Santiago, el 25 de marzo de 1991.³ Entiendo que, basado en dicho documento, Urbano Farías señala que para él las principales tendencias actuales en materia de aguas del subsuelo son las siguientes:⁴

- a) Las aguas se consideran como bienes públicos y no como propiedad privada.

Sobre este punto, señala que no sólo está en declive la categoría jurídica de las aguas privadas sino que también se está abandonando la opinión de que las aguas de propiedad pública pasan al dominio de lo privado una vez que han sido concedidas por el Estado a los sujetos individuales, ello incluso en países donde los valores de la propiedad privada están más arraigados, como en Estados Unidos.⁵

Respecto al propio Estados Unidos, cita el mismo Urbano Farías que después de revisar su legislación, William Goldfarb ha dicho que cuando el agua se encuentra en un cuerpo de agua natural es tan importante para la sociedad que no puede ser objeto de adquisición por particulares;⁶ y que David H. Getches, también después de analizar la legislación estatal y federal de aquel país, llega a la conclusión de que el agua es legal e históricamente un recurso público y que permanece como tal aunque se reconozcan derechos de apropiación para su uso benéfico, derechos que son incompletos y que están sujetos a las necesidades del interés público.⁷ También refiriéndose a Estados Unidos, el propio Urbano Farías da cuenta de que aún en Colorado, que es el único Estado árido del oeste de dicho país, donde no existe un permiso previo de la autoridad administrativa, los usuarios recurren a la Corte o a la autoridad judicial solicitando un título o adjudicación, para cuyo otorgamiento dicha autoridad realiza funciones similares a las que implica el otorgamiento de un permiso; y que la Suprema Corte de dicho Estado, incluso, ha

³ Cfr. *Ibid.*, p. 28.

⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 29.

⁵ Cfr. *Idem.*

⁶ Cfr. *Idem.*

⁷ Cfr. *Idem.*

destacado la necesidad de tener presente el interés público en la asignación y distribución del agua, para lo cual ha precisado que “Nuestra Constitución garantiza el derecho a la apropiación no el derecho a la especulación. El derecho para la apropiación es para usar, no sólo para obtener utilidades”,⁸ ideas estas últimas, que llaman a la reflexión y que me parece muy importante citar.

- b) La planeación hidráulica para la administración de las aguas tiene cada vez un papel más estratégico y presente.
- c) Los derechos sobre agua tienden a vincularse a la tierra, esto es, explica Urbano Farías, se vincula tierra y agua por los efectos nocivos que pueden tener las aguas sobre los suelos y el impacto perjudicial del uso de la tierra sobre la disponibilidad y calidad de las aguas.
- d) La posibilidad de crear un mercado de derechos de agua, que debe estar siempre sujeto a las normas de interés público y social.
- e) La prevención y control de la contaminación del agua que tiene cada vez un papel más importante en la legislación y administración de las aguas, no sólo superficiales sino también de las subterráneas, cuestión que cito, aunque la contaminación no es en sí el objeto del presente trabajo (empero, se harán algunos comentarios al respecto).
- f) La concepción de una administración descentralizada de aguas tomando en cuenta las regiones y sobre todo las cuencas hidrológicas.

Desde luego me parece muy importante tomar como punto de partida estas tendencias modernas de las que da cuenta Urbano Farías. Sin embargo, y repitiendo algunas, así como pretendiendo darles una jerarquía, yo en lo personal estimo que pueden señalarse como tendencias modernas las siguientes, que desde luego en principio están previstas en nuestra Ley de Aguas Nacionales (como se dará cuenta posteriormente en forma más puntual), mismas que he intentado retomar principalmente de los documentos que se han elaborado de los distintos foros mundiales del agua y de otros textos de derecho comparado:

- Estimar a las aguas como un recurso de seguridad nacional en cada país.
- Estimar a las aguas como bienes públicos desvinculándolas de todo régimen de propiedad privada.
- Administrar las aguas a través de cuencas hidrológicas.
- Hacer una gestión integrada de las aguas.
- Descentralizar la administración de las aguas dándole intervención a los distintos órdenes de gobierno, e incluso a los usuarios para opinar respecto a la toma de decisiones sobre dicho recurso; o sea, acercar la administración de las aguas a los sectores directamente involucrados. En otras palabras, las tendencias indican que se debe dar intervención a los terceros y a la sociedad en la corresponsabilidad de la gestión integrada del agua.
- Los gobiernos deben hacer una planeación hidráulica.
- Se debe procurar el uso eficiente del agua, su reúso y recirculación.

⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 30.

- La posibilidad de crear mercados del agua donde se transmitan los derechos concedidos a los particulares.
- Crear una cultura del agua para la población, así como introducirla en los distintos planes educativos.
- Prevenir y dar bases para la solución sobre conflictos de agua.
- Debe procurarse la solidaridad en materia del agua.
- Desde luego prevenir la contaminación de las aguas, aunque, como ya se ha dicho, éste en principio no es el tema del presente trabajo.
- En materia fiscal se debe partir de principios como “el agua paga el agua” o “quien contamina paga”, así como el de recuperación de costes.

Tendencias más modernas señalan que también se debe producir agua dulce de la desalación del mar, y captarla de la niebla y de la lluvia, cuestiones en las que México no ha puesto realmente énfasis.

Empero, tengo conocimiento de que en una reforma a la Ley de Aguas del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 1º de octubre de 2008, ya se han introducido cuestiones para la cosecha de agua de lluvia en esta ciudad capital. Así, en dicha reforma se señala que las nuevas construcciones o edificaciones en el Distrito Federal deberán contar con redes separadas de agua potable, de agua residual tratada y cosecha de agua de lluvia, debiéndose utilizar esta última en todos aquellos usos que no requieran agua potable, y que asimismo deberán contar con la instalación de sistemas alternativos de uso de agua pluvial. También acorde con dicha reforma en el Distrito Federal se debe regular, promover, organizar e incentivar la cosecha de agua de lluvia, su potabilización para el consumo humano y su uso directo en actividades rurales, urbanas, comerciales, industriales y de cualquier otro uso. También se establece el derecho de los habitantes de esta ciudad a cosechar agua de lluvia individual o colectivamente, y a ser reconocidos como cosechadores de agua de lluvia para la inscripción correspondiente en el Padrón de Cosechadores de Agua de Lluvia del Distrito Federal. De igual forma, acorde con esa reforma, la cosecha de agua de lluvia en esta entidad debe ser considerada política prioritaria y, por lo tanto, promovida, organizada e incentivada en congruencia con la regulación de la gestión integral de los hídricos y la prestación de los servicios públicos de agua potable, drenaje y alcantarillado, así como el tratamiento y reúso de aguas residuales. Acorde con la propia reforma se creará un subprograma de cosecha de agua de lluvia para los hogares del Distrito Federal y un subprograma de cosecha de agua de lluvia para todas las nuevas edificaciones, instalaciones, equipamientos, viviendas y obras públicas de la entidad. Por último, se creará un fondo general de apoyo a la cosecha de agua de lluvia mismo que será administrado y operado por el Sistema de Aguas de la Ciudad de México.

Para finalizar, también es importante comentar que en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de agosto de 2009 se publicaron unas Normas Oficiales Mexicanas relativas a recargas artificiales de acuíferos, que es otra tendencia mundial.

Ley de Aguas Nacionales

Principios más importantes contenidos en materia de aguas nacionales en dicha Ley

En este apartado quiero dejar plasmados los principios contenidos en la Ley de Aguas Nacionales (LAN), que en mi concepto son los más importantes que se vinculan con el tema específico tratado en este trabajo, y que desde luego muchos de ellos cobran origen en las tendencias señaladas en el apartado anterior. Dichos principios serían los siguientes:

- a) Objeto de la Ley. Acorde con el artículo 1º de dicha Ley, la misma es reglamentaria del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y tiene por objeto regular la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad y calidad para lograr su desarrollo integral sustentable. Sobre este aspecto de la sustentabilidad, según introducción al Programa Nacional Hídrico 2007-2012, por desarrollo humano sustentable se ha entendido que los mexicanos tengamos una vida digna sin comprometer el patrimonio de las generaciones futuras, en este caso, los recursos hídricos.⁹
- b) Recurso de seguridad nacional. Acorde con dicha Ley se declara de utilidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos, superficiales y del subsuelo, a partir de las cuencas hidrológicas en el territorio nacional, como prioridad y asunto de seguridad nacional. También acorde con dicho ordenamiento legal el agua es un bien del dominio público federal, vital, vulnerable y finito, con valor social, económico y ambiental, cuya preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad es tarea fundamental del Estado y de la sociedad, así como prioridad y asunto de dicha seguridad nacional. También la Ley dispone que la conservación, preservación, protección y restauración del agua en cantidad y calidad es asunto de tal seguridad nacional, y, por tanto, debe evitarse el aprovechamiento no sustentable y los efectos ecológicos adversos (Arts. 7, fracción I, y 14 bis 5, fracciones I y IX LAN).

De alguna forma, relacionado con lo anterior, en el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 se señala que de todos los recursos naturales el agua es el más importante para mantener la calidad de vida de la población y, en general, para todas las actividades económicas del país.¹⁰ En el propio Programa Nacional Hídrico se señala que el agua en México es considerada como un elemento estratégico y de seguridad nacional, ya que dada su condición de escasez, de su adecuado manejo y aprovecha-

⁹ Cfr. *Comisión Federal de Mejora Regulatoria*. Recuperado el 24 de octubre de 2008, disponible en: www.cofemermir.gob.mxuploadtest/13771.59.59.1Programa%20Nacional%20Hidrico%202007%202012%2012%,p.I.

¹⁰ Cfr. *Ibid.*, p. I.

miento depende en buena medida el bienestar social, el desarrollo y la conservación del medio ambiente.¹¹

- c) Regulación por el Estado. Desde luego los recursos hídricos deben estar regulados por los gobiernos y en ese tenor la Ley de Aguas Nacionales dispone que los usos del agua en las cuencas hidrológicas, incluyendo los acuíferos y los trasvases entre cuencas, deben ser regulados por el Estado (art. 14 bis 5, fracción VI, LAN.)
- d) Descentralización en la administración de los recursos hídricos. La Ley en comento dispone que el Ejecutivo Federal favorecerá la descentralización de la gestión de los recursos hídricos conforme al marco jurídico vigente. También dispone que se declara de interés público la descentralización y mejoramiento de la gestión de los recursos hídricos por cuenca hidrológica, a través de Organismos de Cuenca de índole gubernamental y de Consejos de Cuenca de composición mixta, con participación de los tres órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal), de los usuarios del agua y de las organizaciones de la sociedad en la toma de decisiones y asunción de compromisos. La propia Ley de Aguas Nacionales de igual forma dispone que la gestión de los recursos hídricos se llevará a cabo en forma descentralizada e integrada, privilegiando la acción directa y las decisiones por parte de los actores locales por cuenca hidrológica; así como que los Estados, Distrito Federal, Municipios, Consejos de Cuenca, organizaciones de usuarios y de la sociedad, Organismos de Cuenca y la Comisión Nacional del Agua, son elementos básicos en la descentralización de la gestión de dichos recursos hídricos. Por último, tal ordenamiento legal al respecto señala que los gobiernos de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios conforme a su marco normativo, necesidades y prioridades, podrán realizar programas hídricos en su ámbito territorial y coordinarse con el Organismo de Cuenca correspondiente para su elaboración e instrumentación, para contribuir con la descentralización de la gestión de tales recursos hídricos (art. 5, fracción III, 7 bis, fracción II, 14 bis 5, fracciones III y IV y 15 bis, último párrafo, LAN).
- e) Manejo o administración de los recursos hídricos por cuencas hidrológicas. Al respecto la Ley de Aguas Nacionales señala primeramente que compete al Ejecutivo Federal reglamentar por cuenca hidrológica y acuífero, el control de la extracción, así como la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales del subsuelo, inclusive las que hayan sido libremente alumbradas, y las superficiales; así como expedir los decretos para el establecimiento, modificación o supresión de zonas reglamentadas que requieran un manejo específico para garantizar la sustentabilidad hidrológica o cuando se comprometa la sustentabilidad de los ecosistemas vitales en áreas determinadas en acuíferos, cuencas o regiones hidrológicas. Sigue señalando que se declara de utilidad pública la gestión integrada de los recursos hídricos, super-

¹¹ Cfr. *Ibid.*, p. 51.

ficiales y del subsuelo, a partir de las cuencas hidrológicas, incluso, como ya se ha dicho, como prioridad y asunto de seguridad nacional. De igual forma declara de interés público la cuenca, conjuntamente con los acuíferos, como la unidad territorial básica para la gestión integrada de los recursos hídricos. Y señala que la gestión integrada de los recursos hídricos por cuenca hidrológica es la base de la política hídrica nacional (arts. 6, fracción I, 7, fracción I, 7 bis, fracción I y 14 bis 5, fracción II, LAN).

Al respecto el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 señala que se ha decidido manejar el agua por cuencas y no por límites políticos, ya que la cuenca es una unidad geográfica natural que puede abarcar varios Estados, en la que el agua de lluvia se precipita, infiltra o escurre hasta su posterior desembocadura al mar o a alguna cuenca interior.¹² El propio Programa Hídrico señala que se deben buscar los usos de mayor conveniencia en cada cuenca, optimizando su aplicación y ampliando la visión hacia las actividades industriales y de servicios.¹³ Por último, este propio documento señala que dada la forma en la que el ciclo del agua se presenta en la naturaleza, se recomienda que el manejo del vital líquido se realice por cuencas hidrológicas, así como que en las mismas se requiere considerar en forma integrada tanto a las aguas superficiales como a las subterráneas.¹⁴

- f) Gestión integrada de los recursos hídricos. Al respecto, la Ley de Aguas Nacionales primeramente establece que se declara de interés público el mejoramiento permanente del conocimiento sobre la ocurrencia del agua en el ciclo hidrológico, en su explotación, uso o aprovechamiento y en su conservación en el territorio nacional; en los conceptos y parámetros fundamentales para alcanzar la gestión integrada de los recursos hídricos, así como la realización periódica de inventarios de usos y de usuarios, cuerpos de agua, infraestructura hidráulica y equipamiento diverso necesario para la propia gestión integrada de los recursos hídricos. También dispone que la Comisión Nacional del Agua tiene como atribución promover en el ámbito nacional el uso eficiente del agua y su conservación en todas las fases del ciclo hidrológico, e impulsar el desarrollo de una cultura del agua que considere a este elemento como recurso vital, escaso y de alto valor económico, social y ambiental, y que contribuya a lograr tal gestión integrada de los recursos hídricos. Asimismo sobre este principio, dicho ordenamiento legal dispone que los Consejos de Cuenca tendrán a su cargo contribuir a la gestión integrada de los recursos hídricos en las cuencas hidrológicas respectivas, contribuir a reestablecer o mantener el equilibrio entre disponibilidad y aprovechamiento de los recursos hídricos, considerando los diversos usos y usuarios, y favorecer el desarrollo sustentable en relación con el agua y su gestión. Para finalizar con este

¹² Cfr. *Ibid.*, p. 17.

¹³ Cfr. *Ibid.*, p. 152.

¹⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 166.

principio, el propio ordenamiento legal en comento también señala que la gestión integrada de los recursos hídricos por cuenca hidrológica, se sustenta en el uso múltiple y sustentable de las aguas y la interrelación que existe entre los recursos hídricos con el aire, suelo, flora, fauna, otros recursos naturales, la biodiversidad y los ecosistemas que son vitales para el agua (arts. 7 bis, fracción IV, 9, fracción XXVI, 13 bis 3, fracción I y 14 bis 5, fracción X, LAN).

g) Planificación hídrica. Acorde con el artículo 15 de la Ley de Aguas Nacionales la planificación hídrica es de carácter obligatorio para la gestión integrada de los recursos hídricos, la conservación de los recursos naturales, ecosistemas vitales y el medio ambiente. La formulación, implantación y evaluación de la planificación y programación hídrica comprenderá, entre las cuestiones más importantes y en resumen, las siguientes:

- El Programa Nacional Hídrico, aprobado por el Ejecutivo Federal, cuya formulación será responsabilidad de la Comisión Nacional del Agua, mismo que se debe actualizar y mejorar periódicamente.
- Programas hídricos para cada una de las cuencas hidrológicas o grupos de cuencas, en que se constituyan Organismos de Cuenca y operen Consejos de Cuenca.
- Subprogramas específicos, regionales, de cuencas hidrológicas, acuíferos, estatales y sectoriales que permitan atender problemas de escasez o contaminación del agua, ordenar el manejo de cuencas y acuíferos, o corregir la sobreexplotación de aguas superficiales o subterráneas.
- Programas especiales o de emergencia.
- Una clasificación de los cuerpos de agua de acuerdo con los usos a que se destinen y a la elaboración de balances hídricos en cantidad y calidad, por cuencas, regiones hidrológicas y acuíferos, de acuerdo con la capacidad de carga de los mismos.

h) Inventario de aguas nacionales. La Comisión Nacional del Agua debe mantener actualizado y hacer público periódicamente el inventario de las aguas nacionales, de sus bienes públicos inherentes y de la infraestructura hidráulica federal, así como clasificar las aguas de acuerdo con los usos, y elaborar balances en cantidad y calidad del agua por regiones hidrológicas y cuencas hidrológicas (art. 9, fracción XLV, LAN).

i) Uso eficiente, reúso y recirculación del agua. Sobre el particular, el ordenamiento legal que se está comentando primeramente señala como atribución de la Comisión Nacional del Agua el promover en el ámbito nacional el uso eficiente del agua y su conservación en todas las fases del ciclo hidrológico. También establece que los Consejos de Cuenca tendrán a su cargo impulsar el uso eficiente y sustentable del agua, y en forma específica impulsar el reúso y recirculación de dicho recurso. Igualmente se señala en la Ley de Aguas Nacionales que el aprovechamiento del agua debe realizarse con eficiencia y debe promoverse su reúso y recirculación, así como que los conce-

sionarios deberán cumplir con los requisitos de uso eficiente del agua y realizar su reúso en los términos de las normas oficiales mexicanas o de las condiciones particulares que al efecto se emitan (arts. 9, fracción XXVI, 13 bis 3, fracción XVII, 14 bis 5, fracción XII y 29, fracción X, LAN).

Sobre el punto específico, el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 señala que es necesario incrementar el reúso del agua con el fin de reducir los volúmenes de extracción de las diferentes fuentes de abastecimiento para también consecuentemente reducir la presión sobre ellas.¹⁵

- j) Participación de los usuarios y de la sociedad. Sobre este aspecto, la Ley de Aguas Nacionales primeramente prevé como atribución de los Organismos de Cuenca, acreditar, promover y apoyar la organización de los usuarios para mejorar la explotación, uso o aprovechamiento del agua, y la conservación y control de su calidad, e impulsar la participación de dichos usuarios a nivel estatal, regional, de cuenca hidrológica o de acuífero. También le da a la Comisión Nacional del Agua, en su ámbito federal, prácticamente esas mismas atribuciones. La propia Ley dispone que dicha Comisión Nacional del Agua, conjuntamente con los gobiernos de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, los Organismos de Cuenca, los Consejos de Cuenca y el Consejo Consultivo del Agua, promoverá y facilitará la participación de la sociedad en la planeación, toma de decisiones, ejecución, evaluación y vigilancia de la política nacional hídrica; así como que se brindarán apoyos para que las organizaciones ciudadanas no gubernamentales con objetivos, intereses o actividades específicas en materia de recursos hídricos y su gestión integrada, participen en el seno de los Consejos de Cuenca, al igual que en comisiones y comités de cuenca y comités técnicos de aguas subterráneas. De igual forma se facilitará la participación de los colegios de profesionales, grupos académicos especializados y otras organizaciones de la sociedad, cuya participación enriquezca la planificación hídrica y la gestión de los recursos hídricos. Para los efectos anteriores, el propio ordenamiento legal dispone que la Comisión Nacional del Agua, a través de los Organismos de Cuenca y con apoyo en los Consejos de Cuenca, convocará en el ámbito del sistema de planeación democrática a las organizaciones locales, regionales o sectoriales de usuarios del agua, ejidos y comunidades, instituciones educativas, organizaciones ciudadanas o no gubernamentales, y personas interesadas, para consultar sus opiniones y propuestas respecto a la planeación, problemas prioritarios y estratégicos del agua y su gestión, así como para evaluar las fuentes de abastecimiento en el ámbito del desarrollo sustentable; y que se proveerán los espacios y mecanismos para que los usuarios y la sociedad puedan participar en los procesos de toma de decisiones en materia del agua y su gestión, asumir compromisos explícitos resultantes de dichas decisiones, y asumir responsabilidades directas en la instrumentación, realiza-

¹⁵ Cfr. *Ibid.*, p. III.

ción, seguimiento y evaluación de medidas específicas para contribuir en la solución de la problemática hídrica y en el mejoramiento de la gestión de los recursos hídricos. También dicha Ley establece, como instrumento básico de la política hídrica nacional, la participación de las organizaciones de la sociedad y de los usuarios, y su corresponsabilidad en el desarrollo de actividades específicas (arts. 12 bis 6, fracción XII, 14, 14 bis, fracciones I y III y 14 bis 6, fracción V, LAN).

Por su parte, el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 al respecto señala que el manejo del agua debe realizarse por cuencas hidrológicas y que la participación organizada de los usuarios es fundamental para lograr los objetivos de dicho Programa, entre ellos, para la identificación y priorización de las problemáticas a resolver.¹⁶ Que los usuarios finalmente retroalimentan las políticas y estrategias regionales y nacionales.¹⁷ Una cuestión que me parece demagógica pero que no se debe omitir comentar, es que dicho Programa también establece que se debe lograr que los grupos más vulnerables, como pueden ser las mujeres, los indígenas y los adultos mayores, estén debidamente representados en los Consejos de Cuenca y sus órganos auxiliares;¹⁸ y que debe haber planes de cuenca consensados con los usuarios, considerando sus aspectos étnicos, sociales, económicos y ambientales.¹⁹

- k) Protección, conservación y restauración de los recursos hídricos. Sobre este aspecto la Ley de Aguas Nacionales establece que se declara de utilidad pública la protección, mejoramiento, conservación y restauración de las cuencas hidrológicas, acuíferos, cauces, vasos y demás depósitos de agua de propiedad nacional, zonas de captación de fuentes de abastecimiento, zonas federales, así como la infiltración natural o artificial de aguas para reabastecer mantos acuíferos acorde con las normas oficiales mexicanas, y la derivación de agua de una cuenca o región hidrológica hacia otras (arts. 7, fracción II y 14 bis 5, fracción IX, LAN).

Relacionado con lo anterior, el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 señala primeramente que se procurará que los acuíferos estén en equilibrio y que la calidad del agua sea adecuada.²⁰ También señala que de los 653 acuíferos que existen en el país, 104 están sobreexplotados y que de ellos se extrae el 60 por ciento de las aguas subterráneas que se emplean, haciendo el comparativo de que en 1975 sólo 32 acuíferos estaban sobreexplotados.²¹ Y también sobre el particular, dicho Programa Nacional Hídrico señala que para preservar los acuíferos y ríos del país, será necesario reglamentar el uso y distribución de sus aguas a partir de su disponibilidad y consideran-

¹⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 17.

¹⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 51.

¹⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 92 y 99.

¹⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 167.

²⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 51.

²¹ Cfr. *Ibid.*, p. 52.

do como premisas básicas la prelación de usos, el empleo eficiente del agua extraída, la reducción paulatina de las extracciones, el incremento progresivo de la recarga para el caso de los acuíferos y la necesidad de mantener caudales mínimos que deben fluir por los ríos para garantizar la supervivencia de la flora y la fauna de cada región.²²

- l) Restablecimiento del equilibrio hidrológico. Muy estrechamente relacionado con lo señalado en el inciso anterior, la Ley de Aguas Nacionales también dispone que se declara de utilidad pública el restablecimiento del equilibrio hidrológico de las aguas nacionales superficiales o del subsuelo, incluidas las limitaciones de extracción en zonas reglamentadas, las vedas, las reservas y el cambio en el uso del agua para destinarlo al uso doméstico y al público urbano, así como la recarga artificial de acuíferos y la disposición de agua al suelo y subsuelo (art. 7, fracción IV, LAN).
- m) Restablecimiento del equilibrio de ecosistemas. El ordenamiento legal en comento de igual forma dispone que se declara de utilidad pública el restablecimiento del equilibrio de los ecosistemas vitales vinculados con el agua (art. 7, fracción V, LAN).
- n) Zonas de veda, zonas reglamentadas, zonas de desastre, declaratorias de reserva, sequías extraordinarias y situaciones de emergencia. Sobre estos aspectos la Ley de Aguas Nacionales empieza señalando que compete al Ejecutivo Federal expedir los decretos para el establecimiento, modificación o supresión de zonas de veda de aguas nacionales. Sigue señalando que compete a la Comisión Nacional del Agua proponer al titular del Poder Ejecutivo Federal, la expedición de decretos para el establecimiento, modificación o extinción de zonas de veda y zonas reglamentadas para la extracción y distribución de aguas nacionales y para su explotación, uso o aprovechamiento, así como declaratorias de reserva de las propias aguas y zonas de desastre. Continúa señalando que el Ejecutivo Federal, previos los estudios técnicos que al efecto se elaboren y publiquen, y considerando los programas Nacional Hídrico y por cuenca hidrológica, así como las necesidades del ordenamiento territorial nacional, regional y local, podrá decretar el establecimiento de zonas reglamentadas, zonas de veda o declarar la reserva de aguas; y que adicionalmente también podrá declarar como zonas de desastre aquellas cuencas hidrológicas o regiones hidrológicas que por sus circunstancias naturales o causadas por el hombre presenten o puedan presentar riesgos irreversibles a algún ecosistema. Dicho ordenamiento legal también señala que en los casos de sequías extraordinarias, sobreexplotación grave de acuíferos o condiciones de necesidad o urgencia por causa de fuerza mayor, el propio Ejecutivo adoptará medidas necesarias para controlar la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, mismas que se establecerán al emitir el decreto correspondiente para el establecimiento de zonas reglamentadas. Por último, dicha Ley de igual forma establece que el mismo Poder Ejecutivo podrá expedir decretos para el establecimiento de zo-

²² Cfr. *Ibid.*, p. 58.

nas de veda, en casos de sobreexplotación de aguas nacionales, ya sean superficiales o del subsuelo, sequía o de escasez extrema, o situaciones de emergencia o de urgencia motivadas por la contaminación de las aguas o por situaciones derivadas de la explotación, uso o aprovechamiento de las mismas (arts. 6, fracción II, 9, fracción XLII, 38, 39 y 39 bis, LAN).

- o) Principios fiscales. Sobre este aspecto dicha Ley primeramente dispone que el agua proporciona servicios ambientales que deben reconocerse, cuantificarse y pagarse en los términos de ley. De igual forma señala que la gestión del agua debe generar recursos económicos y financieros necesarios para realizar sus tareas inherentes, bajo el principio de “el agua paga el agua”, y que los usuarios del vital líquido deben pagar por su explotación, uso o aprovechamiento bajo el principio de “usuario-pagador”, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Federal de Derechos, aspectos tributarios estos últimos sobre los que se profundizará en el capítulo siguiente, cuando se aborden en lo específico los derechos fiscales que se pagan por la extracción de las aguas del subsuelo en México. Por último, la Ley de Aguas Nacionales también señala que las personas físicas o morales que contaminen los recursos hídricos son responsables de restaurar su calidad y que se aplicará el principio de que “quien contamina, paga”, también conforme a las leyes de la materia (art. 14 bis 5, fracciones XI, XV, XVI y XVII, LAN).
- p) Preferencia del uso doméstico y uso público urbano. Acorde con el ordenamiento legal en comento, el uso doméstico y el uso público urbano tendrán preferencia en relación con cualquier otro uso que se le dé al vital líquido (art. 14 bis 5, fracción XXII, LAN).
- q) Cultura del agua y educación. Sobre estos puntos el ordenamiento legal comentado primeramente señala como atribución de la Comisión Nacional del Agua, impulsar el desarrollo de una cultura del agua que considere a este elemento como un recurso vital, escaso y de alto valor económico, social y ambiental, y que contribuya a lograr la gestión integrada de los recursos hídricos en el país. De igual forma dispone que la participación informada y responsable de la sociedad, es la base para la mejor gestión de los recursos hídricos y particularmente para su conservación, y que por tanto, es esencial la educación ambiental, especialmente en la materia del agua. Sigue señalando que la Comisión Nacional del Agua, con el concurso de los Organismos de Cuenca, deberá promover entre la población, autoridades y medios de comunicación, dicha cultura del agua acorde con la realidad del país y sus regiones hidrológicas, para lo cual asimismo deberá coordinarse con las autoridades educativas en los órdenes federal y estatal, para incorporar en los programas de estudio de todos los niveles educativos los conceptos de cultura del agua y, en particular, sobre la disponibilidad del recurso, su valor económico, social y ambiental, su uso eficiente, las necesidades y ventajas del tratamiento y reúso de las aguas residuales, así como la conservación del agua y su entorno. Que de igual forma se deberán instrumentar

campañas permanentes de difusión sobre la cultura del agua, informar a la población sobre la escasez del líquido, los costos de proveerlo y su referido valor económico, social y ambiental, al igual que fortalecer la cultura del pago por los servicios de agua, alcantarillado y tratamiento. Que asimismo se deberá proporcionar información sobre efectos adversos de la contaminación, así como la necesidad de tratar y reusar aguas residuales. El ordenamiento legal en comento también dispone que la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, la referida Comisión Nacional del Agua y los Organismos de Cuenca, deberán promover el mejoramiento de la cultura del agua con apoyo en las instancias correspondientes del Ejecutivo Federal, con el propósito de utilizar medios masivos de comunicación para su difusión en los términos dispuestos por la Ley Federal de Radio y Televisión; y que esos propios entes gubernamentales deberán promover que en los programas dirigidos a la población infantil, tales medios masivos de comunicación difundan y fomenten la cultura del agua, la conservación conjuntamente con el uso racional de los recursos naturales, así como la protección de sistemas vitales y del medio ambiente, ello también en los términos dispuestos por la citada Ley Federal de Radio y Televisión (arts. 9, fracción XXVI, 14 bis 5, fracciones XX y XXI, 84 bis, 84 bis 1 y 84 bis 2, LAN).

- r) Realización de estudios y evaluación necesaria para ampliar y profundizar el conocimiento de la ocurrencia del agua en el ciclo hidrológico. La Ley de Aguas Nacionales en estudio establece que tratándose de un asunto de seguridad nacional y conforme a lo dispuesto en la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, la Comisión Nacional del Agua será responsable, con el concurso de los Organismos de Cuenca y con el apoyo que considere necesario de los gobiernos de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, así como de asociaciones de usuarios y de particulares, de realizar periódica, sistemática y prioritariamente los estudios y evaluaciones necesarios para ampliar y profundizar el conocimiento acerca de la ocurrencia del agua en el ciclo hidrológico, con el propósito de mejorar la información y los análisis sobre los recursos hídricos, su comportamiento, sus fuentes diversas superficiales y del subsuelo, su potencial y limitaciones, así como las formas para su mejor gestión (art. 19 bis, LAN)

Pese a lo anterior, en el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 se señala que desde hace más de 20 años no se ha incrementado la plantilla de centros de investigación y desarrollo tecnológico en la materia hidráulica en nuestro país, y que se carece de un diagnóstico completo y confiable que permita determinar con mayor claridad cuáles son las áreas de conocimiento y las tecnologías particulares en las que se debería centrar la investigación sobre todos estos tópicos.²³

²³ Cfr. *Ibid.*, p. 155.

- s) Solución de conflictos en materia de agua. La Ley de Aguas Nacionales también declara de interés público la prevención, conciliación, arbitraje, mitigación y solución de conflictos en materia del agua y su gestión (art. 7 bis, fracción VI, LAN).

Como ya se ha comentado, tanto a nivel nacional como internacional en muy diversos países se están creando serios conflictos por el agua. En el caso de México, el referido Programa Nacional Hídrico 2007-2012 señala que la poca disponibilidad de agua en el país ha ocasionado una creciente competencia por dicho recurso que se ha traducido en conflictos en diferentes zonas del territorio nacional y que empieza a limitar el bienestar social y el desarrollo económico.²⁴ Desde luego, por ello creo que es muy importante que nuestra legislación en materia de aguas prevea mecanismos de solución de conflictos, como el arbitraje, prácticamente desconocido en nuestro país en esta materia.

- t) Solidaridad. Acorde con las tendencias mundiales sobre hidrosolidaridad, la Ley de Aguas Nacionales señala que el Ejecutivo Federal fomentará la solidaridad en materia de agua entre los Estados, Distrito Federal, Municipios, entre usuarios y entre organizaciones de la sociedad, en las distintas porciones de las cuencas, subcuencas y microcuencas, con el concurso de los Consejos y Organismos de Cuenca (art. 14 bis 5, fracción VIII, LAN).

Para finalizar, sobre este aspecto, el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 señala que se requiere impulsar una nueva cultura basada en la corresponsabilidad, el sentido comunitario y la solidaridad hídrica;²⁵ y que es importante instrumentar los mecanismos e incentivos que permitan a los usuarios con mejores posibilidades técnicas y económicas en esta materia, apoyar a los menos favorecidos.²⁶

Aspectos más importantes a considerar para empresas que extraen aguas del subsuelo

Administración gubernamental de las aguas del subsuelo

Primeramente, considero importante dar un panorama general de cómo se prevé que se administren gubernamentalmente las aguas del subsuelo en México, sobre todo a partir de la reforma que sufrió la Ley de Aguas Nacionales, reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de abril de 2004, para lo cual estimo conveniente hablar de la Comisión Nacional del Agua y su naturaleza jurídica, de los Organismos de Cuenca y de los Consejos de Cuenca principalmente.

²⁴ Cfr. Comisión Federal de Mejora Regulatoria, p. 12.

²⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 98.

²⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 167.

a) Comisión Nacional del Agua (CNA)

En el artículo 9º, fracciones I, II, XXIX y XXXVII de la Ley de Aguas Nacionales en estudio, primeramente se señala que dicha Comisión Nacional del Agua es un órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales. También se señala que es un órgano superior con carácter técnico, normativo y consultivo de la Federación en materia de gestión integrada de los recursos hídricos. Asimismo se establece que dicha Comisión funge como autoridad en materia de cantidad y calidad de las aguas y su gestión, y que es la encargada de formular la política hídrica nacional para proponerla al titular del Ejecutivo Federal. En su referido carácter de órgano administrativo desconcentrado, actúa con autonomía técnica, administrativa, presupuestal y ejecutiva en el mantenimiento de los recursos que se le destinen y de los bienes que tiene encargados, y también con autonomía de gestión para el cabal cumplimiento de sus objetivos.

Asimismo, la Comisión Nacional del Agua ejerce atribuciones fiscales en materia de administración, determinación, liquidación, cobro, recaudación y fiscalización de las contribuciones y aprovechamientos correspondientes a aguas nacionales.

La Ley en comento también señala que la Comisión Nacional del Agua se organiza en dos modalidades:

- A nivel nacional.
- A nivel regional hidrológico-administrativo, a través de sus Organismos de Cuenca.

b) Organismos de Cuenca

Respecto a estos Organismos de Cuenca, con base en los artículos 12 bis, 12 bis 1, 12 bis 2, 12 bis 4 y 12 bis 6 de la Ley de Aguas Nacionales en comento, se puede señalar principalmente lo siguiente:

Que en el ámbito de las cuencas hidrológicas, regiones hidrológicas y regiones hidrológico-administrativas, el ejercicio de la autoridad en esta materia y la gestión integrada de los recursos hídricos, incluyendo la administración de las aguas nacionales y sus bienes públicos inherentes, la Comisión Nacional del Agua las realizará a través de estos Organismos de Cuenca “de índole gubernamental”, y se apoyará en Consejos de Cuenca de integración mixta, excepto tratándose de la programación, estudio, construcción, operación, conservación y mantenimiento de obras hidráulicas federales (cuestiones que puede realizar directamente la Comisión Nacional del Agua o a través de contratos o concesiones con terceros), casos que correspondan o afecten a dos o más regiones hidrológico-administrativas, o que repercutan en tratados y acuerdos internacionales en cuencas transfronterizas, así como en los demás casos que disponga el Ejecutivo Federal o se establezca la actuación reservada y directa de dicha Comisión Nacional del Agua.

Estos Organismos de Cuenca, en las regiones hidrológico-administrativas, son unidades técnicas, administrativas y jurídicas especializadas, con carácter autónomo “pero adscritas directamente al titular de la Comisión Nacional del Agua”. La Ley en comento también señala que tendrán el perfil de unidades regionales especializadas para cumplir con sus objetivos y que funcionarán armónicamente con los Consejos de Cuenca en la consecución de la gestión integrada de los recursos hídricos en las cuencas y regiones hidrológicas. También se señala que por su carácter especializado y atribuciones específicas, dichos organismos actuarán con autonomía ejecutiva, técnica y administrativa, incluso en el agrupamiento de varias cuencas.

Cada Organismo de Cuenca contará con un Consejo Consultivo que estará integrado por representantes designados por los titulares de las secretarías de Hacienda y Crédito Público; de Desarrollo Social; de Energía; de Economía; de Medio Ambiente y Recursos Naturales; de Salud; de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación; de la Comisión Nacional Forestal, así como de la propia Comisión Nacional del Agua, quien lo presidirá. Asimismo, el Consejo Técnico, según lo dispone la propia Ley en estudio, contará con un representante designado por el titular del Poder Ejecutivo Estatal por cada uno de los Estados comprendidos en el ámbito de competencia territorial del Organismo de Cuenca, así como del Distrito Federal cuando ello corresponda. Por cada Estado comprendido en el ámbito territorial referido, el Consejo Consultivo también contará con un representante de las Presidencias Municipales correspondientes, para lo cual cada Estado se encargará de gestionar la determinación respectiva, cabiendo señalar que todos estos representantes participarán “con voz y voto” en las decisiones del Consejo Consultivo correspondiente.

Además, el Consejo Consultivo contará con un representante designado de entre los representantes de los usuarios ante el o los Consejos de Cuenca existentes en la región hidrológico-administrativa respectiva. Este representante de los usuarios participará “con voz pero sin voto” y contará con un suplente.

En mi opinión, me parece francamente excesivo el número de representantes en los referidos Consejos Consultivos y de tan variadas dependencias, resultando también en todo caso cuestionable que el representante de los usuarios únicamente pueda participar “con voz pero sin voto” en tales Consejos, lo que va en contra de las tendencias mundiales de acercar realmente a la sociedad a la toma de decisiones en materia de agua, aunque realmente yo no esté muy de acuerdo con tal tendencia, como comentaré un poco más adelante.

Asimismo, los Consejos Consultivos, cuando así lo consideren conveniente, podrán además invitar a sus sesiones a otras dependencias y entidades de las administraciones públicas federal y estatal, y a representantes de los Municipios, de los usuarios y de la sociedad organizada, los cuales podrán intervenir también “con voz, pero sin voto” en tales sesiones.

Como facultades más importantes de los Organismos de Cuenca podríamos citar que los mismos deben realizar la administración y custodia de las aguas nacionales y sus

bienes públicos inherentes en su circunscripción; formular y proponer a la Comisión Nacional del Agua la política hídrica regional, así como el o los programas hídricos por cuenca hidrológica o por acuífero, actualizarlos y vigilar su cumplimiento; acreditar, promover y apoyar la organización de los usuarios para la mejor explotación, uso o aprovechamiento del agua y la conservación y control de su calidad, e impulsar la participación de éstos a nivel estatal, regional, de cuenca hidrológica o de acuífero en los términos de ley; expedir los títulos de concesión, asignación o permisos de descarga respectivos; reconocer derechos y operar el Registro Público de Derechos de Agua en su ámbito geográfico de acción; conciliar y fungir como arbitro en la prevención, mitigación y solución de conflictos relacionados con el agua y su gestión; bajo la coordinación y supervisión de la Comisión Nacional del Agua, participar en lo conducente en las atribuciones fiscales conferidas a dicha Comisión; proponer al Director General de la propia Comisión Nacional del Agua los proyectos de reglamentos para la extracción y distribución de aguas nacionales y su explotación, uso o aprovechamiento, decretos de zonas de veda, de zonas reglamentadas y declaratorias de reserva de aguas nacionales; mantener actualizado y hacer público periódicamente el inventario de las aguas nacionales, de sus bienes públicos inherentes y de la infraestructura hidráulica federal, la clasificación de las aguas de acuerdo con sus usos y la elaboración de balances hidrológicos por regiones hidrológicas y cuencas hidrológicas por cantidad y calidad de las aguas; resolver de manera expedita las solicitudes de prórroga de las concesiones o permisos correspondientes, y regular la transmisión de derechos de agua, siendo que sobre muchos de estos puntos se abundará más adelante en este trabajo.

Desde hace ya varios años para todo lo concerniente al manejo y administración de las aguas nacionales, se ha dividido a México en 13 regiones hidrológico-administrativas, que son las siguientes:

- I. Península de Baja California
- II. Noroeste
- III. Pacífico Norte
- IV. Balsas
- V. Pacífico Sur
- VI. Río Bravo
- VII. Cuencas Centrales del Norte
- VIII. Lerma-Santiago-Pacífico
- IX. Golfo Norte
- X. Golfo Centro
- XI. Frontera Sur
- XII. Península de Yucatán
- XIII. Aguas del Valle de México

Dichas regiones estaban a cargo de Gerencias Regionales de la Comisión Nacional del Agua. Conforme a los artículos 6º y Tercero Transitorio del Reglamento Interior de dicha Comisión Nacional del Agua, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2006, acorde con la nueva administración de las aguas estipulada por la aludida reforma de 29 de abril de 2004 a la Ley de Aguas Nacionales, en esencia dichas Gerencias Regionales pasaron a ser los actuales Organismos de Cuenca, mismos que incluso llevan el propio nombre de las referidas regiones hidrológico-administrativas.

Asimismo, mediante el Acuerdo por el que se determina la circunscripción territorial de los Organismos de Cuenca de la Comisión Nacional del Agua, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de diciembre de 2007, se establece la sede y la circunscripción territorial en donde ejercerán sus atribuciones dichos organismos, precisándose los Estados y Municipios en los que cada uno de los mismos ejercerá tales atribuciones.

c) Consejos de Cuenca

De conformidad con los artículos 3, fracción XV, 13, 13 bis y 13 bis 1 de la Ley de Aguas Nacionales, podemos citar como características más importantes de estos Consejos de Cuenca las siguientes:

La Comisión Nacional del Agua, previo acuerdo de su Consejo Técnico, establecerá estos Consejos de Cuenca. Dichos Consejos de Cuenca están definidos como órganos colegiados de integración mixta, que serán instancia de coordinación y concertación, apoyo, consulta y asesoría entre la Comisión Nacional del Agua, incluyendo el Organismo de Cuenca que corresponda, y las dependencias y entidades de las instancias federal, estatal o municipal, y los representantes de los usuarios de agua y de las organizaciones de la sociedad de la respectiva cuenca hidrológica o región hidrológica.

Estos Consejos de Cuenca “no están subordinados a la Comisión Nacional del Agua ni a los Organismos de Cuenca respectivos”.

Cada Consejo de Cuenca contará con un Presidente, un Secretario Técnico y Vocales, “con voz y voto”, que representen a los tres órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal), usuarios del agua y organizaciones de la sociedad. Dichos consejos se establecerán por cada cuenca hidrológica o grupo de cuencas hidrológicas que determine la Comisión Nacional del Agua, y deberán contar al menos con cuatro órganos para su funcionamiento, a saber, una Asamblea General de Usuarios (que tiene como función primordial discutir las estrategias, prioridades, políticas, líneas de acción y criterios para ser considerados para la planeación de corto, mediano o largo plazo en la cuenca hidrológica correspondiente), un Comité Directivo, una Comisión de Operación y Vigilancia y una Gerencia Operativa.

Como funciones primordiales de los Consejos de Cuenca podemos citar las de contribuir a la gestión integrada de los recursos hídricos en la cuenca o cuencas hidrológicas respectivas; contribuir a reestablecer o mantener el equilibrio entre disponibilidad y aprove-

chamamiento de los recursos hídricos, considerando los diversos usos y usuarios, así como favorecer el desarrollo sustentable con el agua y su gestión; concertar las prioridades del uso del agua; desarrollar y revisar el proyecto del Programa Hídrico de la cuenca respectiva; conocer oportuna y fidedignamente la información y documentación referente a la disponibilidad en cantidad y calidad del agua en su ámbito de acción; impulsar el uso eficiente y sustentable del agua; y en forma específica, impulsar el reúso y recirculación de las aguas.

Cabe también señalar que acorde con la Ley en comento y para el ejercicio de sus funciones, estos Consejos de Cuenca se auxiliarán de las comisiones de cuenca (cuyo ámbito de acción comúnmente es a nivel de subcuenca o grupo de subcuencas correspondientes a una cuenca hidrológica en particular), de los comités de cuenca (cuyo ámbito de acción regularmente corresponde a nivel de microcuenca o grupo de microcuencas de una subcuenca específica) y de los comités técnicos de aguas del subsuelo o subterráneas (que desarrollan sus actividades en relación con un acuífero o grupo de acuíferos determinados). Al igual que los Consejos de Cuenca, las comisiones de cuenca, los comités de cuenca y los comités técnicos de aguas del subsuelo o subterráneas son órganos colegiados de integración mixta y “no están subordinados a la Comisión Nacional del Agua ni a los Organismos de Cuenca”.

Como se puede observar, y acorde con la reforma a la Ley de Aguas Nacionales publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de abril de 2004, se va a procurar una descentralización en la administración de las aguas nacionales. Más que una descentralización, yo he opinado en diversos foros que pareciera que se pretende “atomizar” dicha administración a través de Organismos de Cuenca, Consejos de Cuenca, comisiones de cuenca, comités de cuenca y comités técnicos de aguas del subsuelo o subterráneas. En lo personal no comparto la idea de la forma en que se pretende descentralizar tal administración de las aguas nacionales acorde con dicha reforma del 29 de abril de 2004. Incluso, toda vez que se trata de bienes del dominio público de la Federación, estimo que desde un punto de vista estrictamente constitucional, resulta muy debatible si las autoridades estatales y municipales pueden tener competencia en esta materia, competencia que mucho menos pueden tener los representantes de usuarios y de otras organizaciones sociales, aunque las tendencias internacionales nos quieran llevar a ello, todo lo cual, insisto, puede resultar sumamente debatible desde un punto de vista estrictamente jurídico y constitucional.

En el proyecto de dicha reforma, incluso se hablaba de “parlamentos del agua”, lo que representan figuras realmente desconocidas en nuestro ámbito jurídico-administrativo. Estimo que no se puede experimentar así con tan importante recurso natural, cuya crisis se puede desencadenar en los próximos años. Cabe señalar que en el IV Foro Mundial del Agua, organizado por México, la Maestra Julia Carabias Lillo, actuando en el mismo como coordinadora del Programa de Agua, Medio Ambiente y Sociedad de la Universidad

nal, entre otros, el régimen de concesiones, asignaciones y permisos referentes a los derechos por la explotación, uso o aprovechamiento del agua.

No obstante lo anterior, cabe mencionar que el artículo 18 del propio ordenamiento legal que nos ocupa, establece que las aguas nacionales del subsuelo podrán ser libremente alumbradas mediante obras artificiales, “sin contar con concesión”, excepto cuando el Ejecutivo Federal establezca zonas reglamentadas, de veda o de reserva. Esto es, pareciera que el principio general tratándose de aguas del subsuelo, fuera el que cualquier persona física o moral puede alumbrarlas libremente, mientras no estén establecidas dichas zonas reglamentadas, de veda o de reserva sobre ellas. Lo anterior pareciese confirmarse por las fracciones I y III del artículo 42 de la misma Ley, que señalan que para la explotación, uso o aprovechamiento de dichas aguas en las zonas reglamentadas o de veda decretadas por el Ejecutivo Federal, incluso las que hubieran sido libremente alumbradas, se requerirá de la concesión respectiva y de los permisos para las obras de perforación, reposición o relocalización de pozos, siendo que, *a contrario sensu*, mientras las zonas no sean reglamentadas o de veda, no se requerirán dichas concesiones o permisos.

Relacionado con lo expuesto en el párrafo anterior, el artículo 97 de la propia Ley de Aguas Nacionales establece que los usuarios de las mismas podrán realizar, por sí o por terceros, cualesquiera obras de infraestructura hidráulica que requieran para su explotación, uso o aprovechamiento; y el 98 reitera que en los casos de perforación de pozos en las zonas reglamentadas o de veda, se requerirá del permiso correspondiente. Por su parte, el artículo 119, fracción IX de la misma Ley en estudio, tipifica como falta el ejecutar para sí o para un tercero obras para alumbrar, extraer o disponer de las aguas del subsuelo en zonas reglamentadas, de veda o de reserva, sin el permiso respectivo. Y también cabe señalar que el artículo 29 bis 4, fracción V establece que las concesiones podrán revocarse cuando se ejecuten obras para alumbrar, extraer o disponer de dichas aguas del subsuelo en zonas reglamentadas, de veda o reservadas, sin tales permisos, todo lo cual de igual forma pareciese confirmar lo vertido en el párrafo anterior en el sentido de que, mientras no sean zonas reglamentadas, de veda o de reserva, no se requieren concesiones ni permisos para la explotación de las aguas del subsuelo y perforación de pozos.

Empero, el artículo 82 de la multirreferida Ley de Aguas Nacionales, de alguna forma contradictoriamente con lo señalado en los numerales antes citados, establece que la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales en actividades industriales, de acuacultura, turismo y “otras actividades productivas”, se podrá realizar por personas físicas o morales “previa concesión respectiva” otorgada en los términos de dicha Ley y sus reglamentos.

Luego entonces, queda la duda de si una empresa que está situada en una zona de libre alumbramiento (es decir, no vedada, reglamentada o de reserva), puede perforar sus pozos sin los permisos respectivos y sin solicitar un título de concesión. Así las cosas, dadas las serias contingencias que pueden surgir por explotar un pozo que se calificara como clandestino, se aconsejaría a una entidad productiva, ubicada en una zona de libre alumbramiento,

hacer la consulta formal (por escrito) respectiva, antes de la perforación, respecto a la necesidad o no de dichos permisos y título.

Tratándose de dichos pozos clandestinos o que se explotan sin la concesión correspondiente, ello da lugar a una multa que va entre 5 001 a 20 000 salarios mínimos vigentes en el Distrito Federal, y desde luego a la clausura de los pozos, según los disponen los artículos 119, fracción VIII, 120, fracción III y 122, primer párrafo y fracción II de la Ley de Aguas Nacionales.

Por otro lado, para poder obtener un título de concesión para extraer aguas del subsuelo, se debe presentar una solicitud de conformidad con el artículo 21 de la Ley de Aguas Nacionales. Como las cuestiones más importantes que se deben mencionar en dicha solicitud, además de datos generales del solicitante, se pueden señalar las siguientes:

- El punto de extracción de las aguas.
- El volumen de extracción y consumo requeridos.
- El uso inicial que se le dará al agua.
- El punto de descarga de las aguas residuales con las condiciones de cantidad y calidad.
- El proyecto de las obras a realizar o las características de las obras existentes para la extracción y aprovechamiento del agua, así como las respectivas para su descarga, incluyendo tratamiento de las aguas residuales y los procesos y medidas para el reúso del agua, en su caso.
- El costo económico y ambiental de las obras proyectadas conforme a lo dispuesto en la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.
- La duración de la concesión que se solicita, misma que no puede ser menor de cinco años ni mayor de 30 años. Desde luego se recomendaría solicitarla por el mayor tiempo posible.
- Conjuntamente con esta solicitud asimismo se debe solicitar el permiso de descarga de aguas residuales y el permiso para la realización de las obras que se requieran para la explotación o aprovechamiento del agua, y para el tratamiento y descarga de las aguas residuales respectivas.
- La aceptación plena del solicitante sobre su obligación de pagar regularmente y en su totalidad las contribuciones que se deriven por la expedición del título respectivo y que pudieran emanar de la extracción, consumo y descarga de las aguas concesionadas, así como de los servicios ambientales que correspondan.

A dicha solicitud, para obtener un título de concesión para la extracción de aguas del subsuelo, principalmente se le deben adjuntar los siguientes documentos, ello de conformidad con el artículo 21 bis de la Ley en comento:

- Los que acrediten la propiedad o posesión del inmueble en el que se localizará la extracción de las aguas.

- La manifestación de impacto ambiental, cuando así se requiera de conformidad con la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.
- El proyecto de las obras a realizar o las características de las ya existentes para la extracción, aprovechamiento y descarga del agua.
- La memoria técnica con los planos correspondientes que contengan la descripción y características de las obras a realizar para dicha explotación, uso o aprovechamiento del agua, así como para la disposición y tratamiento de las aguas residuales resultantes, y las demás medidas para prevenir la contaminación de los cuerpos receptores.
- La documentación técnica que soporte la solicitud en los términos del volumen de consumo requerido, el uso inicial que se le dará al agua y las condiciones de cantidad y calidad de la descarga de las aguas residuales.
- Un croquis que indique la ubicación del predio, con los puntos de referencia que permitan su localización y la del sitio donde se realizará la extracción de las aguas, así como los puntos donde se efectuará la descarga.

Sobre el acreditamiento de la propiedad o posesión del inmueble en el que se localizará la extracción de las aguas, cabe comentar lo siguiente: muchos grupos empresariales, por determinadas estrategias de negocios, tienen sus empresas inmobiliarias y sus empresas productoras. Las primeras son las propietarias de los inmuebles y, en muchas ocasiones, de los activos que se encuentran en ellos, mismas que les rentan dichos inmuebles e instalaciones a las segundas. Hace varios años, fue criterio de la Comisión Nacional del Agua, que el otorgamiento de las concesiones se debía hacer al propietario de los inmuebles, como se ha referido en otras partes de este trabajo, de alguna forma como un derecho accesorio al de propiedad de la tierra. Así las cosas, los títulos de concesión quedaban expedidos a favor de la empresa inmobiliaria del grupo (propietaria del inmueble), pero la que realmente extraía el agua y pagaba los derechos de extracción era la empresa productora. Eso llevó a muy serios problemas y litigios, pues la Comisión Nacional del Agua pretendió caducar los volúmenes concesionados porque la concesionaria (la empresa inmobiliaria) no los estaba usando; y pretendió sancionar a las empresas productoras con todo rigor, por extraer aguas del subsuelo sin contar en lo particular con un título de concesión. Luego entonces, es muy importante que si un grupo empresarial opera de esa manera y desea obtener un título de concesión, visualice esta situación. En lo personal opino que actualmente en los términos del artículo 21 bis en comentario, puede solicitar la concesión el propietario o el poseedor del inmueble. Consecuentemente creo que no debe haber problema para que la empresa productora arrendataria obtenga la concesión a su nombre, sea la que explote el agua y pague los derechos por dicha explotación para hacerlos deducibles para efectos del Impuesto sobre la Renta.

La opinión vertida en el párrafo anterior, también puede cobrar sustento en el artículo 791 del Código Civil Federal que establece que “cuando en virtud de un acto jurídico el pro-

pietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro una posesión derivada”. También resulta, en todo caso importante, lo dispuesto por el artículo 802 del mismo ordenamiento legal, el cual establece que “la posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él”, como lo serían en este caso los pozos.

En conclusión sobre este punto, creo que es más transparente que sea la empresa productora (arrendataria) del grupo la que obtenga el o los títulos de concesión para la explotación de las aguas, en lo que insisto, en mi opinión no debe haber problema acorde con los artículos antes referidos, pero desde luego sería importante antes acercarse al Organismo de Cuenca respectivo, para confirmar el criterio sostenido en cada caso particular.

Tratándose de particulares, actualmente en principio estos títulos de concesión para la extracción de aguas del subsuelo deben expedirse por los Organismos de Cuenca, bien sea por sus Directores Generales o particularmente por las Direcciones de Administración del Agua de cada organismo, ello de conformidad con los artículos 12 bis 2, fracción V, 12 bis 6, fracción XIII y 20 de la Ley de Aguas Nacionales, y 68, fracción I, 73, fracción XI y 76, fracción III, del Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua.

Los Organismos de Cuenca deben contestar este tipo de solicitudes para la obtención de una concesión para extraer aguas del subsuelo en un término de 60 días hábiles desde la fecha de presentación de la solicitud y estando debidamente integrado el expediente respectivo. Se debe notificar personalmente a los promoventes la resolución sobre las solicitudes correspondientes. En caso de que la autoridad omita dar a conocer al promovente su respuesta, se considerará que ha resuelto negar la solicitud; es decir, actualmente opera la figura de la negativa ficta tratándose de este tipo de solicitudes, pudiendo los particulares, ante tal situación, interponer los medios de defensa a su alcance. Lo anterior, independientemente de que la falta de resolución a este tipo de solicitudes puede implicar responsabilidades para los servidores públicos a quienes compete la resolución, todo ello de conformidad con los artículos 22 y 24 de la Ley de Aguas Nacionales.

Sobre lo comentado en el párrafo anterior, estimo que también es importante apuntar que de conformidad con el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, cuando la solicitud de concesión o los documentos adjuntos tuvieran deficiencias o se requiriera mayor información, la autoridad lo hará saber al interesado para que dentro de un término de 30 días hábiles improrrogables subsane las deficiencias o proporcione la información adicional requerida. En caso de no hacerlo dentro de dicho plazo, se tendrá por no presentada la solicitud. Ahora bien, presentada la solicitud, si la autoridad dentro de los 20 días hábiles siguientes no requiere a los interesados para que subsanen las deficiencias que existieren, se considera integrado el expediente para efectos de su resolución.

Por otra parte, para el otorgamiento de una concesión de tal tipo, la autoridad debe tomar en cuenta principalmente la disponibilidad media anual del agua, que se revisará al menos cada tres años, así como los derechos de explotación, uso o aprovechamiento del agua inscritos en el Registro Público de Derechos de Agua. De igual forma, el Consejo de Cuenca en coordinación con el Organismo de Cuenca respectivo, propondrá a la Comisión Nacional del Agua el orden de prelación de los usos del agua para su aprobación, mismo que se aplicará en situaciones normales. El uso doméstico y el uso público urbano siempre serán preferentes sobre cualquier otro uso. Es muy importante también señalar que estos títulos de concesión no garantizan la existencia o invariabilidad de los volúmenes que amparan. Esto es, ante sequías u otros fenómenos, se podrán tomar en consideración los volúmenes aprovechables en las fuentes señaladas en tales títulos, conforme lo dispongan los reglamentos respectivos. También cabe mencionar que la autoridad podrá reservar para concesionar ciertas aguas por medio de concurso, cuando se prevea la concurrencia de varios interesados. Cuando no se reserven aguas para concurso, se podrá otorgar la concesión a quien lo solicite en primer lugar, esto es, de alguna forma rige un principio de “primero en tiempo, primero en derecho”. Ahora bien, si distintos solicitantes concurren simultáneamente, la autoridad podrá proceder a seleccionar la solicitud que ofrezca los mejores términos y condiciones que garanticen el uso racional, el reúso y la restauración del recurso hídrico. Para todos estos efectos, la Comisión Nacional del Agua debe publicar dentro de los primeros tres meses de cada tres años, la disponibilidad de las aguas nacionales por cuenca hidrológica, región hidrológica o localidad, que podrá ser consultada en las oficinas del Registro Público de Derechos de Agua y a través del Sistema Nacional de Información sobre cantidad, calidad, usos y conservación del agua, obligación en la que ha habido un incumplimiento casi pleno, con las distintas consecuencias legales que ello puede entrañar. Todo esto está previsto en el propio artículo 22 de la Ley de Aguas Nacionales en estudio.

Como ya ha quedado referido, el término de la concesión no será menor a cinco ni mayor de 30 años, ello de acuerdo con la prelación del uso específico de que se trate, las prioridades de desarrollo, el beneficio social y el capital invertido o por invertir en forma comparable en el aprovechamiento respectivo. Una vez otorgado el título de concesión, el concesionario tendrá derecho de explotar, usar o aprovechar el agua durante el término de la concesión, cabiendo también señalar que la vigencia del título inicia a partir del día siguiente a aquél en que se le notifique formalmente al concesionario, todo ello de conformidad con los artículos 24 y 25 de la Ley en comento.

Para finalizar este apartado, estimo también pertinente comentar que la autoridad puede declarar la nulidad de una concesión de este tipo cuando se haya proporcionado información falsa para la obtención del título respectivo o cuando en la expedición del mismo haya mediado error o dolo atribuible al concesionario; o bien, cuando el proceso de tramitación e intitulación se demuestre que ha estado viciado con intervención del concesionario o por interpósita

persona. Asimismo el concesionario puede ser sancionado por no cumplir con las obligaciones consignadas en el título de concesión otorgado, todo ello según lo disponen los artículos 29 bis 3, fracción V y 119, fracción XV de la multirreferida Ley de Aguas Nacionales.

Prórrogas de los títulos de concesión

De conformidad con el artículo 24 de la Ley de Aguas Nacionales, las concesiones de este tipo para extraer aguas del subsuelo podrán ser objeto de prórroga hasta por igual término y características del título vigente por el que se hubieren otorgado, siempre y cuando los titulares no incurrieren en las causales de terminación previstas en la misma Ley y exista principalmente disponibilidad de agua. También para decidir sobre el otorgamiento de una prórroga, se deberá considerar la recuperación total de las inversiones que haya efectuado el concesionario.

Acorde con el mismo artículo, las solicitudes de prórroga deben presentarse dentro de los últimos cinco años previos al término de la vigencia del título, cuando menos seis meses antes de su vencimiento. Al respecto se recomendaría solicitar dichas prórrogas lo antes posible dentro de tal plazo, pues como se vio en el apartado anterior, de alguna manera rige un principio de “primero en tiempo, primero en derecho” en esta materia hídrica.

La falta de presentación de la solicitud correspondiente dentro del referido plazo, se considera como renuncia al derecho de solicitar la prórroga según lo dispone el propio artículo 24 en comento.

Cabe señalar que el artículo 28, fracción VII, de la misma Ley de Aguas Nacionales, asimismo reconoce como derecho de los concesionarios el de solicitar y, en su caso, obtener prórroga de los títulos que les hubiesen sido expedidos, hasta por igual término de vigencia y bajo las condiciones del título vigente, remitiéndose para tales efectos al artículo 24 antes referido.

En la Ley en estudio existe una laguna sobre si otorgada una prórroga se tendría derecho a otras respecto al mismo título de concesión, lo que en mi opinión no queda garantizado para los concesionarios, sobre todo si se atiende a la redacción estricta del referido artículo 24 de la Ley de Aguas Nacionales que se ha venido comentando. Conforme al texto vigente de dicho artículo, pareciera que solamente se puede prorrogar una concesión por una ocasión, en los mismos términos del título original, se reitera, principalmente si subsiste disponibilidad de agua. Empero, un fundamento legal para que un título de concesión pudiese prorrogarse más veces, lo encontramos en el artículo 50 del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, que establece que al término del plazo de la concesión o, en su caso, “de la última prórroga”, las obras e instalaciones adheridas de manera permanente a bienes nacionales que se hayan utilizado para el aprovechamiento de las aguas, deberán revertir a la Federación. De esa expresión “de la última prórroga”, cabría sostener que un título de concesión de este tipo puede prorrogarse más veces, en lo que no debería haber problema sobre todo si existiera disponibilidad de agua y las condiciones de extracción no variaran. No obstante ello, dada la reforma que sufrió la Ley de Aguas Nacionales el 29 de abril de 2004 y toda vez que su

Reglamento no se ha actualizado, queda a debate la aplicación de diversos preceptos de dicho Reglamento. Incluso, algunos Organismos de Cuenca recientemente han emitido resoluciones en el sentido de que sólo procede una prórroga, lo que a mi parecer no tiene una lógica jurídica si las condiciones de extracción no cambian.

Por otra parte, si bien los artículos 9, fracción XLVIII y 12 bis 6, fracción XXX de la misma Ley de Aguas Nacionales en estudio hablan de cierta prontitud para la resolución de este tipo de solicitudes de prórroga, tanto de la Comisión Nacional del Agua como de los Organismos de Cuenca en el ámbito de su competencia, lo cierto es que el mismo artículo 24 del propio ordenamiento legal da el mismo plazo de 60 días hábiles a dichas autoridades para resolver tales solicitudes. Igualmente, si la autoridad no contesta en dicho plazo, opera la figura de la negativa ficta, es decir, se entiende que se resolvió negar lo solicitado, pudiendo los particulares interponer los medios de defensa correspondientes contra dicha resolución presuntamente negativa, ello independientemente de la responsabilidad en que asimismo pudieran incurrir los funcionarios competentes por su falta de respuesta.

Por último, tratándose de empresas, en principio son también los Organismos de Cuenca los que deben resolver estas solicitudes de prórroga a través de sus Directores Generales y más específicamente a través de las Direcciones de Administración del Agua de cada organismo, ello de conformidad con los artículos 68, fracción I, 73, fracción XI y 76, fracción IV del Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua.

Caducidad de volúmenes concesionados

En forma general, esta figura está creada para que cuando los particulares no utilicen los volúmenes de agua que les fueron concesionados, el Gobierno Federal los pueda recuperar para otorgárselos a otros usuarios.

Sobre el particular, el texto original de la Ley de Aguas Nacionales (artículo 27, fracción III) establecía como causal de terminación de este tipo de concesiones, la caducidad declarada por la Comisión Nacional del Agua, cuando se dejara de explotar, usar o aprovechar las aguas nacionales durante tres años consecutivos. Como puede verse, el término fijado para la caducidad era de tres años, y además entiendo que esta figura operaría cuando se dejara de utilizar una concesión en forma “total” durante dicho término, es decir, se trataba de una causal de “terminación” de las concesiones. Desde luego, la redacción del precepto era francamente imprecisa, pues ni siquiera señalaba a partir de cuándo se computaría dicho término (incluso en esa época ni siquiera se señalaba en la Ley la fecha en que los títulos de concesión empezaban a surtir sus efectos o iniciaban su vigencia).

Por otra parte, en el artículo 47 del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, se introdujo que para efectos de dicha figura de la caducidad, cuando durante tres años consecutivos se utilizara solamente una parte del volumen del agua, caducaría la concesión sobre el que no hubiere sido aprovechado; y que antes de los tres años, los titulares podrían disponer o trans-

mitir los excedentes de agua que tuvieran, ello en los términos de la Ley. Es decir, dicho artículo estableció la figura de la “caducidad parcial” de volúmenes, en mi opinión en forma ilegal, pues dicha figura no estaba prevista en aquel entonces en la Ley, siendo de explorado derecho que en México los Reglamentos no pueden ir ni en contra ni más allá del texto legal. También este artículo era impreciso, pues tampoco señalaba a partir de cuándo se computaría dicha caducidad, ni cómo o con base en qué se calcularían los volúmenes no utilizados por los particulares, lo que les daba argumentos defensivos a éstos.

Dicho artículo 47 reglamentario sufrió una importante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de diciembre de 1997, quedando redactado de la siguiente manera:

ARTÍCULO 47.- Para efectos de la fracción III del artículo 27 de la “Ley”, cuando durante tres años consecutivos se utilice solamente una parte del volumen de agua, caducará la concesión o asignación respecto al volumen que no hubiere sido aprovechado.

Antes del vencimiento del plazo de tres años, los titulares podrán disponer o transmitir en los términos de la “Ley” y del presente “Reglamento”, en forma temporal o definitiva, parcial o total, los volúmenes de agua no utilizados que resulten.

La caducidad no operará en los supuestos siguientes:

Por mandamiento judicial o por resolución administrativa, siempre y cuando no hayan sido emitidos por causa imputable al propio usuario en los términos de la “Ley” y del presente “Reglamento”, que impidan al concesionario o asignatario disponer temporalmente de los volúmenes de agua concesionados o asignados;

Por caso fortuito o fuerza mayor que impida al concesionario o asignatario el uso total o parcial del volumen de agua concesionado o asignado;

Cuando el concesionario o asignatario haya realizado obras de infraestructura tendientes a usar de manera más eficiente el agua, que le permitan utilizar en sus procesos sólo una parte del volumen de agua concesionado o asignado;

Cuando el concesionario o asignatario cuente con una capacidad instalada suficiente para disponer de la totalidad del volumen autorizado y no lo esté aprovechando porque lo reserve para sus programas de crecimiento o expansión, y

Cuando el concesionario o asignatario requiera más de tres años para contar con la infraestructura e instalaciones para llevar a cabo el aprovechamiento de los volúmenes de agua, siempre y cuando esté programada su utilización.

El concesionario o asignatario que tenga reservados volúmenes de agua para efecto de su aprovechamiento a futuro, deberá presentar a “La Comisión” el programa de crecimiento o expansión que tenga planeado.

El concesionario o asignatario que se encuentre en alguno de los supuestos previstos en este artículo, deberá dar aviso a “La Comisión” dentro de los treinta días hábiles siguientes a que se surta el supuesto respectivo, a fin de que ésta proceda a comprobar la existencia del supuesto y emita la constancia respectiva.

En caso de que “La Comisión” no emita respuesta dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la fecha en que se presentó el aviso, se tendrán por acreditados los supuestos. (Las negrillas están puestas por el autor).

Acorde con dicho artículo, se mantuvo la figura de la caducidad parcial de volúmenes y el plazo de tres años para tal efecto. Asimismo en este artículo se estableció que antes del vencimiento de dicho plazo de tres años, los titulares de las concesiones podrían disponer o transmitir en forma temporal o definitiva, parcial o total, los volúmenes de agua que no utilizaran. Esto es, a efecto de evitar la referida figura de la caducidad en su contra, se permitió

a los concesionarios transmitir sus volúmenes excedentes temporalmente en forma parcial o total; o bien, definitivamente, también en forma parcial o total.

Asimismo, dicho artículo estableció otros supuestos o causales para que no operara tal figura. Entre los que más podían utilizar las empresas, se encontraba el previsto en la fracción III de dicho numeral, consistente en que el concesionario hubiera realizado obras de infraestructura para usar de manera más eficiente el agua, que le permitieran utilizar en sus procesos sólo una parte del volumen de agua concesionado. Prácticamente todas las empresas realizan obras de infraestructura para ahorrar agua, por lo que podían ubicarse fácilmente en tal supuesto; o bien las empresas grandes que cuentan con plantas de tratamiento, también podían ubicarse sin mayores problemas en el mismo, desde luego acreditando o probando ello. Otra hipótesis en la que podían ubicarse las empresas con cierta facilidad, era la prevista en la fracción IV del propio numeral, relativa a cuando el concesionario contara con una capacidad instalada suficiente para disponer de la totalidad del volumen autorizado y tuviera programas de crecimiento o expansión para tal efecto, debiendo presentar a la Comisión Nacional del Agua su programa de crecimiento o expansión.

Acorde con el propio artículo, cuando un concesionario se ubicara en alguno de los supuestos previstos en el mismo para que no operara la caducidad, debía dar aviso a la Comisión Nacional del Agua dentro de los 30 días hábiles siguientes a que se surtiera el supuesto respectivo. En caso de que la Comisión no emitiera su respuesta dentro de los 60 días hábiles siguientes a la fecha de presentación del aviso, operaría la figura de la afirmativa ficta, es decir, se tendrían por acreditados los supuestos respectivos.

Ahora bien, de acuerdo con la referida reforma que sufrió la Ley de Aguas Nacionales publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de abril de 2004, se derogó el artículo 27 de dicha Ley en cuya fracción III estaba prevista tal figura de la caducidad, pasando la misma al artículo 29 bis 3, fracción VI, del propio ordenamiento legal, precepto que en lo conducente es del tenor literal siguiente:

ARTÍCULO 29 bis 3. La concesión o asignación para la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales sólo podrá extinguirse por:

[...]

Caducidad parcial o total declarada por “la Autoridad del Agua” cuando se deje parcial o totalmente de explotar, usar o aprovechar aguas nacionales durante dos años consecutivos, sin mediar causa justificada explícita en la presente Ley y sus reglamentos.

Esta declaración se tomará considerando en forma conjunta el pago de derechos que realice el usuario en los términos de la Ley Federal de Derechos y la determinación presuntiva de los volúmenes aprovechados.

No se aplicará la extinción por caducidad parcial o total, cuando:

1. La falta de uso total o parcial del volumen de agua concesionada o asignada, obedezca a caso fortuito o fuerza mayor;
2. Se haya emitido mandamiento judicial o resolución administrativa que impidan al concesionario o asignatario disponer temporalmente de los volúmenes de agua concesionados o asignados, siempre

y cuando éstos no hayan sido emitidos por causa imputable al propio usuario en los términos de las disposiciones aplicables;

3. **El concesionario o asignatario pague una cuota de garantía de no caducidad, proporcional y acorde con las disposiciones que se establezcan, antes de dos años consecutivos sin explotar, usar o aprovechar aguas nacionales hasta por el total del volumen concesionado o asignado con el propósito de no perder sus derechos, y en términos de los reglamentos de esta Ley. En todos los casos, “la Autoridad del Agua” verificará la aplicación puntual de las disposiciones en materia de transmisión de derechos y su regulación;**
4. **Porque ceda o transmita sus derechos temporalmente a “la Autoridad del Agua” en circunstancias especiales.**
Este es el único caso permitido de transmisión temporal y se refiere a la cesión de los derechos a “la Autoridad del Agua” para que atienda sequías extraordinarias, sobreexplotación grave de acuíferos o estados similares de necesidad o urgencia;
5. **El concesionario o asignatario haya realizado inversiones tendientes a elevar la eficiencia en el uso del agua, por lo que sólo utilice una parte del volumen de agua concesionado o asignado;**
6. El concesionario o asignatario esté realizando las inversiones que correspondan, o ejecutando las obras autorizadas para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, siempre que se encuentre dentro del plazo otorgado al efecto.

El concesionario o asignatario que se encuentre en alguno de los supuestos previstos en este Artículo, deberá presentar escrito fundamentado a “la Autoridad del Agua” dentro de los quince días hábiles siguientes a aquel en que se surta el supuesto respectivo.

A dicho escrito deberá acompañar las pruebas que acrediten que se encuentra dentro del supuesto de suspensión que invoque.

El concesionario o asignatario presentará escrito a “la Autoridad del Agua” dentro de los quince días siguientes a aquel en que cesen los supuestos a que se refieren los incisos 1, 5 y 6 del presente Artículo.

Con independencia de la aplicación de las sanciones que procedan, la falta de presentación del escrito a que se refiere el párrafo anterior dará lugar a que no se tenga por suspendido el plazo para la caducidad y se compute el mismo en la forma prevista a que se refiere la fracción VI de este Artículo, salvo que el concesionario o asignatario acredite que los supuestos cesaron antes del plazo de dos años.

No operará la caducidad si antes del vencimiento del plazo de dos años, el titular de la concesión o asignación, transmite de manera total y definitiva sus derechos conforme a las disponibilidades de agua y así lo acredite ante “la Autoridad del Agua”, además de pagar la cuota de garantía mencionada en el numeral 3 de la fracción VI del presente Artículo. En tal caso prevalecerá el período de concesión asentado en el título original. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Este artículo establece como forma de “extinción” de las concesiones dicha figura de la caducidad. Aquí ya se reconoce en la Ley la caducidad parcial o total de los volúmenes concesionados, reduciéndose el término de tres a dos años para que opere tal figura.

También se señala que para tales efectos se tomará en cuenta en forma conjunta el pago de derechos que realice el usuario en los términos de la Ley Federal de Derechos y la determinación presuntiva de los volúmenes aprovechados. Si bien ya se da cierta pauta de que en principio lo que se va a tomar en cuenta para declarar la caducidad de los volúmenes no utilizados son las declaraciones fiscales de los derechos que se tienen que pagar por el uso o aprovechamiento de las aguas del subsuelo, tal precepto, en mi opinión, sigue dejando muchas dudas o sigue siendo sumamente impreciso acerca de cómo se haría tal cálculo, por ejemplo, respecto a los periodos a considerar, es decir, a partir de qué fechas se empezaría a computar la caducidad, si sería por años naturales completos o no, si el cálculo podría hacerse a partir

de un determinado trimestre tomando en cuenta que los derechos fiscales aludidos se declaran trimestralmente aunque hay que presentar una declaración anual. Tampoco se señala una fórmula para determinar los volúmenes a caducar, es decir, si se sacaría un promedio del consumo de los últimos tres años o de qué forma se haría. Lo de la determinación presuntiva de los volúmenes aprovechados también resulta impreciso, todo lo cual realmente deja en un estado de inseguridad jurídica a los concesionarios, aunque consecuentemente dichas imprecisiones les pueden dar argumentos defensivos a los mismos si se les quisiera aplicar tal figura jurídica.

El precepto en comento también prevé supuestos para que no opere la referida figura jurídica. Como se ha dicho, prácticamente todas las empresas realizan obras o inversiones para ahorrar agua y las más grandes generalmente cuentan con su planta de tratamiento, por lo que se ubican en la actual causal de no caducidad prevista en el punto 5 de dicha fracción VI, relativa a cuando el concesionario haya realizado inversiones tendientes a elevar la eficiencia en el uso del agua y por lo tanto sólo utilice una parte del volumen de agua concesionado. En caso de que la autoridad emitiera la declaratoria favorable en tal sentido, en mi opinión la misma debería ser ya permanente (ello porque el concesionario en su momento acreditó haber realizado inversiones para hacer un uso más eficiente del agua); sin embargo, en algunos Organismos de Cuenca se sostiene que dicha declaratoria debe refrendarse, por así llamarlo, cada dos años, por lo que se aconsejaría a una empresa que se encontrara en tal supuesto, consultar en el Organismo de Cuenca que le corresponda sobre su criterio al respecto. La anterior en mi opinión es la causal de no caducidad que más invocan las empresas, pues se vuelve a reiterar, casi todas han hecho alguna inversión para ahorrar agua.

El punto 3 de dicha fracción VI establece como causal de no caducidad el que el concesionario pague una “cuota de garantía” antes de dos años consecutivos sin explotar, usar o aprovechar las aguas nacionales, hasta por el total del volumen concesionado, ello con el propósito de no perder sus derechos. Resulta inverosímil que desde el 29 de abril de 2004 en que se introdujo este supuesto en la Ley de Aguas Nacionales, a la fecha, no se haya regulado y establecido dicha cuota de garantía. Han existido proyectos al respecto, unos paradójicamente muy complicados para una cuestión que en todo caso debería resultar elemental. Un problema que se ha tenido es determinar la naturaleza jurídica de dicha cuota de garantía. En los proyectos se le ha querido dar el carácter de aprovechamientos (figura jurídica prevista en el artículo 3º del Código Fiscal de la Federación), lo que puede resultar debatible. El caso es que muchas empresas que no han hecho inversiones para ahorrar agua y no pueden ubicarse en alguno de los demás supuestos de no caducidad previstos en tal fracción VI del artículo 29 bis 3 en estudio, han invocado en sus solicitudes de no caducidad dicha cuota de garantía; es decir, se han comprometido al pago de la misma conocedoras de que dicha cuota no se ha establecido pero que es un derecho que consagra la Ley, mismo que en mi opinión se les debe respetar. Incluso, *ad cautelam*, junto con alguna otra causal de no caducidad en que se pudiera encuadrar una empresa (inclusive la de inversiones para el ahorro del agua), podría asimismo aludirse a la referida cuota de garantía.

Por otra parte, como puede verse en el punto 4 de dicha fracción VI, se limitó la transmisión temporal de los volúmenes para efectos de evitar su caducidad. Es decir, en dicho punto 4 se señala que no aplicará la caducidad cuando los concesionarios cedan o transmitan sus derechos temporalmente a la autoridad en circunstancias especiales; y que éste será el único caso en que se permita la transmisión temporal de volúmenes, ello a efecto de que la autoridad atienda sequías extraordinarias, sobreexplotación grave de acuíferos o estados similares de necesidad o urgencia. En otras palabras, dicho punto 4 prohíbe cesiones temporales de volúmenes entre particulares o empresas a efecto de evitar su caducidad, lo que desde mi punto de vista no tiene realmente alguna justificación.

Acorde con la propia fracción VI en comento, cuando el concesionario se encuentre en alguno de los supuestos previstos para evitar la caducidad, deberá presentar escrito dentro de los 15 días hábiles siguientes a aquel en que se surte el supuesto respectivo, acompañando las pruebas correspondientes. Quedaría la duda de si aún operaría la figura de la afirmativa ficta prevista en el artículo 47 del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, en caso de que la autoridad no emitiera resolución a estas solicitudes dentro de los 60 días hábiles siguientes a su presentación, en lo que para mí no hay incompatibilidad para la procedencia de dicha figura de la afirmativa ficta.

El dispositivo legal en comento también establece que no operará la caducidad si antes del vencimiento del plazo de dos años el concesionario transmite de manera total y definitiva sus derechos, y así lo acredita ante la autoridad, además de pagar la referida cuota de garantía. En tal caso prevalecerá el periodo de la concesión asentado en el título original.

Desde hace varios años, la Comisión Nacional del Agua ha instaurado un sinnúmero de procedimientos para declarar la caducidad de volúmenes a los concesionarios. Varias empresas se han conformado con perder los mismos; otras, más conscientes de que terreno sin agua no vale, de que una empresa sin agua perderá valor en los próximos años o, bien, por sus planes de crecimiento o visualizando por ejemplo posibilidades de maquila a futuro en este mundo global, los han defendido en muchas ocasiones con éxito.

Para evitar dichos procedimientos y, en su caso, la declaratoria de caducidad de volúmenes, es muy importante que las empresas tengan presente tal figura y presenten sus solicitudes de no caducidad en los términos previstos en dicho artículo 29 bis 3, fracción VI de la Ley de Aguas Nacionales, respecto al cual se ha intentado comentar las situaciones más comunes.

No obstante, también para evitar la aplicación de dicha figura, empresas que tengan volúmenes excedentes y que realmente estimen que no los van a utilizar a futuro, deben valorar en cederlos (venderlos) en un mercado a mi parecer absurdo, pero legal, que se ha creado en esta materia según se expondrá en el apartado siguiente.

Para finalizar, cabe comentar que de conformidad con los artículos 68, fracción I, 73, fracción XI y 76, fracción IV, del Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua, actualmente todas estas cuestiones sobre instancias de no caducidad asimismo se tramitan

ante los Organismos de Cuenca, y también específicamente en sus Direcciones de Administración del Agua.

Transmisión de derechos y bancos del agua

Genéricamente esta figura de la transmisión de derechos está creada para que cuando los concesionarios tengan volúmenes excedentes concesionados y no los vayan a utilizar a futuro, puedan transmitir sus derechos de extracción a otros particulares.

Asimismo, primeramente los artículos 9, fracción LII y 12 bis 6, fracción XXXII, de la Ley de Aguas Nacionales, establecen la facultad tanto de la Comisión Nacional del Agua como de los Organismos de Cuenca en el ámbito de su competencia, para regular dichas transmisiones de derechos de agua. Por su parte, el artículo 28, fracción IV, de la misma Ley, establece como derecho de los concesionarios el de transmitir los derechos de los títulos que tengan, ajustándose desde luego a la Ley. Ahora bien, de conformidad con los artículos 33 y 34 de la propia Ley de Aguas Nacionales en comento, pueden transmitirse los títulos que estén legalmente vigentes y asentados en el Registro Público de Derechos de Agua. Asimismo, como de alguna forma ya se visualizó, actualmente dichas transmisiones entre particulares deben ser siempre definitivas, sea por la totalidad de los volúmenes o por parte de los mismos (cesiones totales o parciales). En el caso de cambio de titular de la concesión, cuando no se modifiquen las características del título, procederá la transmisión mediante una “solicitud” por escrito, presentada ante la autoridad, la que emitirá un “acuerdo” de aceptación o no, y entiendo, en caso de aceptación, ordenará la inscripción correspondiente en el Registro Público de Derechos de Agua. En caso de que se puedan afectar derechos de terceros o se puedan alterar o modificar las condiciones hidrológicas o ambientales de las respectivas cuencas o acuíferos, se requerirá “autorización” previa de la autoridad, la que podrá otorgarla, negarla o instruir los términos o condiciones bajo las cuales se otorgará la autorización solicitada. Básicamente se pueden autorizar las transmisiones de los títulos que se encuentren dentro de una misma cuenca o acuífero, siempre y cuando también no se afecte el funcionamiento de los sistemas hidrológicos y se respete la capacidad de carga de los mismos.

Pese a que debiera ser una cuestión de oficio, en los términos del propio artículo 34, en los casos de autorización de estas transmisiones, se debe presentar una solicitud de inscripción en el Registro Público de Derechos de Agua dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de autorización. Asimismo, en cualquier supuesto, el adquirente de los derechos quedará obligado a formular un aviso y a acreditar ante la autoridad, dentro de los 15 días siguientes al aviso de transmisión o a la autorización que se otorgue, que efectivamente se encuentra usando el volumen de agua, materia de la transmisión conforme al uso de la concesión respectiva.

Acorde con el artículo 35 de la Ley en comento, en principio la transmisión de estos derechos para explotar, usar o aprovechar aguas del subsuelo en zonas de veda o reglamentadas, se

debe convenir conjuntamente con la transmisión de la propiedad de los terrenos respectivos (una vez más tierra y agua juntas, o bien, el agua como accesorio de la tierra), reiterando dicho precepto que actualmente estas transmisiones deben ser definitivas, sean totales o parciales. En un origen, la Comisión Nacional del Agua era categórica en respetar dicho principio de que se tenían que transmitir estos derechos de agua junto con los terrenos. Sin embargo, el actual párrafo segundo de dicho artículo da más flexibilidad al respecto previendo la posibilidad de que estas transmisiones puedan realizarse por separado, posibilidad que también prevé el artículo 72 del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, por lo que, hasta donde es de mi conocimiento, actualmente las autoridades sí están autorizando estas transmisiones por separado tanto en zonas de veda como de libre alumbramiento, o sea, sí están autorizando sólo la transmisión de los derechos de agua sin necesidad de transmitir la propiedad de los terrenos. No sobra señalar que un primer antecedente de esto se encuentra en un Acuerdo del Director General de la Comisión Nacional del Agua, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de febrero de 1998, cuyo punto o artículo PRIMERO textualmente señalaba que “Se autoriza en todas las zonas de veda o reglamentadas la transmisión de derechos que amparen los títulos de concesión o asignación debidamente inscritos en el Registro Público de Derechos de Agua, sin la transmisión de la propiedad de la tierra, siempre y cuando se efectúen dentro del mismo acuífero de que trate, no se afecten los derechos de terceros y exista previo acreditamiento del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento”.

Lo señalado en el párrafo anterior también es muy importante considerarlo por los grupos empresariales que tienen su empresa inmobiliaria (dueña de los terrenos) y su empresa productora (arrendataria de los mismos), de acuerdo con lo expuesto en el apartado de Títulos de Concesión de este capítulo, siendo que en mi opinión, según lo externado en dicho apartado, es sumamente recomendable que la empresa productora sea la titular de las concesiones de este tipo para usar o aprovechar las aguas del subsuelo, pues son dichas empresas productoras las que realmente utilizan el agua y pagan los derechos fiscales por tal concepto, máxime cuando, según se ha visto, el concesionario no tiene porque ser forzosamente el propietario de los terrenos.

También en los términos de dicho artículo 35, una vez efectuada la transmisión de derechos, la autoridad expedirá a favor del adquirente el título de concesión que proceda.

Asimismo, acorde con el artículo 36 de la Ley en estudio, cuando se transmita la titularidad de una concesión, el adquirente se subrogará en los derechos y obligaciones de la misma.

Por otra parte, serán nulas y no producirán ningún efecto las transmisiones de este tipo que se efectúen en contravención a lo dispuesto en la Ley. Asimismo, son causales de revocación de las concesiones, transmitir los derechos de los títulos sin el permiso de la autoridad o en contravención a lo dispuesto por la propia Ley; o bien, infringir disposiciones sobre transmisión de derechos, todo ello de conformidad con los artículos 37 y 29 bis 4, fracciones XI y XII de la Ley de Aguas Nacionales en comento.

También cabe señalar que en una transmisión total de estos derechos, se debe destruir o cegar el pozo del que se cedieron los volúmenes; y se debe ajustar la capacidad de los equipos de bombeo en caso de una transmisión parcial. El no hacerlo resulta sancionable por la autoridad, según lo dispone el artículo 119, fracción XIX de la Ley de Aguas Nacionales.

Para dichos efectos de una transmisión, es muy importante que las partes celebren un contrato de transmisión o cesión de derechos. En muchos casos la autoridad solicita que dicho contrato se celebre ante Notario o Corredor Público. Sin embargo, en mi opinión, ello no es realmente necesario si se atiende al texto estricto del artículo 68 del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales. Eso sí, en todo caso la solicitud de autorización de la transmisión la deben firmar conjuntamente el cesionario y el adquirente de los derechos.

De igual forma, cabe comentar que si uno lee el Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales sobre el tópico, el espíritu era que este tipo de transmisiones fueran realmente sencillas; por ejemplo, se habla en muchas ocasiones de simples avisos de las mismas al Registro Público de Derechos de Agua o de la no necesidad de sustituir los títulos respectivos, bastando las inscripciones correspondientes en el propio Registro y las anotaciones de dichas inscripciones en los títulos. Sin embargo, acorde con el texto actual de la Ley, en todos los casos se debe presentar una solicitud para la aceptación o para la autorización de las transmisiones por parte de la autoridad, según sea el caso. Asimismo, actualmente, según mi experiencia, prácticamente en todos los casos se reponen los títulos de los cedentes con los volúmenes restantes después de efectuada una transmisión y se emiten nuevos títulos a los cesionarios. Por todo ello se recomendaría antes de efectuar una transmisión de este tipo, consultar sobre la misma al Organismo de Cuenca respectivo, los que también a veces exigen cierto clausulado para los contratos de transmisión o cesión correspondientes, siendo en principio dichos organismos los encargados de ventilar todas estas cuestiones de conformidad con los artículos 73, fracción XI y 76, fracción VI del Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua.

Asimismo, hoy en día en las zonas de veda prácticamente no se están emitiendo nuevos títulos de concesión, si no es a través de una transmisión de derechos de esta naturaleza.

Ahora bien, lo cierto es que este tipo de transmisiones han generado corrupción y aparición de intermediarios que en muchas ocasiones cometen fraudes con los títulos de concesión expedidos por la Comisión Nacional del Agua. En otras palabras se ha creado un cierto “mercado negro” donde se comercian estos derechos sin una verdadera regulación.

Relacionado con lo anterior, el artículo 37 bis de la Ley de Aguas Nacionales en estudio, dispone que la Comisión Nacional del Agua podrá establecer definitiva o temporalmente instancias en las que se gestionen operaciones reguladas de transmisión de derechos que se denominarán “Bancos del Agua”, cuyas funciones serán determinadas en los reglamentos respectivos.

Sin haberse emitido dicha reglamentación, ya empezó a operar el primer “Banco del Agua” en nuestro país, eligiéndose para ello, principalmente por las características hidroló-

gicas de esa zona en la que existe una gran escasez de agua, las instalaciones del Organismo de Cuenca Cuencas Centrales del Norte (ello en la comarca lagunera, que comprende los estados de Coahuila y Durango).

A decir de las autoridades, con la creación de dicho banco del agua se fomentará la transparencia y se otorgará seguridad y certeza jurídica a los usuarios de las aguas nacionales que realizan la transmisión de sus derechos. Que asimismo se busca orientar, de manera efectiva, a los interesados acerca de la transmisión de estos derechos, verificando que se cumpla con la normatividad. Que con ello se pretende acercar y facilitar la información necesaria sobre la oferta y la demanda de derechos de agua que permita brindar una mejor asesoría y orientación a los particulares. Que de esta manera la Comisión Nacional del Agua se convierte en vínculo único entre quienes cuentan con derechos y quienes adquieren el recurso para realizar sus actividades, transformándose la Comisión en un asesor especializado que promueve la igualdad y transparencia para la obtención del recurso. También, a decir de las autoridades, dicho banco proporcionará asesoría en los trámites y en la revisión de la documentación requerida, y emitirá dictámenes de factibilidad para la realización de las transmisiones, eficientando el término de resolución de los trámites. Que con todo ello se está promoviendo así la creación de un mercado regulado de derechos.²⁹

Han existido también declaraciones de que estos bancos sean mecanismos para “vender” o “arrendar” derechos de uso de agua de una manera regulada para evitar la especulación; y que estas operaciones se realizarán a través de una página de internet en la cual aparecerán ofertantes y solicitantes de volúmenes, todo ello en un proceso regulado por la Comisión Nacional del Agua. Como puede verse, con la creación de estos bancos la Comisión Nacional del Agua intentará combatir dicho “mercado negro” que se ha creado en esta materia, el cual, en mi opinión, no puede calificarse de ilegal, pues la Ley de Aguas Nacionales ha dado base para ello al permitir las cesiones de estos derechos sin una regulación adecuada.

Incluso a mí en lo personal me quedaría la duda sobre la constitucionalidad respecto al establecimiento de un mercado de esta naturaleza. Es decir, como se vio en el capítulo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sentó jurisprudencia en el sentido de que las aguas del subsuelo son en cualquier supuesto bienes del dominio público de la Nación. Acorde con el párrafo sexto del artículo 27 constitucional, en este caso entonces el dominio de la Nación sería “inalienable” e imprescriptible, siendo que la explotación, uso o aprovechamiento de tal recurso por parte de los particulares, sólo puede realizarse mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes. Así las cosas, si las aguas del subsuelo son bienes de dominio público de la Nación y si dichos bienes son “inalienables” ¿se puede entonces crear un mercado donde los particulares tengan permitido transmitir o vender los derechos sobre los volúmenes de aguas del subsuelo que tienen como excedente en sus concesiones? A mi parecer no, desde un punto

²⁹ Cf. Comisión Nacional del Agua. Recuperado el 12 de febrero de 2009, disponible en: www.conagua.gob.mx.

de vista estrictamente constitucional. Es decir, para mí todo este tipo de transmisiones y mercado del agua que se ha creado resulta violatorio de nuestra Constitución Política Federal, concretamente de dicho artículo 27.

También en mi opinión, México copió de otras legislaciones estas figuras de los mercados y bancos del agua, sin que realmente hubiera existido una razón o justificación para ello, como quizás en otro país sí pudo haber existido por su régimen jurídico sobre las aguas del subsuelo.

Cuestiones que se derivan de dicha transmisión de derechos, como la caducidad de volúmenes, han implicado serios actos de molestia en contra de los particulares y una muy fuerte carga de trabajo para las autoridades, todo lo cual se pudo o se podría evitar si a tales particulares se les otorgaran sus concesiones conforme a los volúmenes que realmente fueran a utilizar, quizá con un cierto margen razonable excedente, para que, por ejemplo, en una determinada producción mayor no estuvieran en supuestos de infracción a la Ley. Asimismo, si en un momento dado los concesionarios tuvieran planes de crecimiento probados, que se les pudieran autorizar mayores volúmenes que efectivamente fueran a utilizar, siempre y cuando desde luego hubiera disponibilidad de agua; y volúmenes, todos ellos, que en mi opinión, no tendrían que estar en un mercado de agua.

Es decir, pese a ser una tendencia mundial, en mi opinión era y es innecesario dicho mercado del agua en México. Realmente nunca he encontrado una razón de peso para que pueda operar un mercado de este tipo en nuestro país. Por el contrario, como de alguna forma ya lo he externado, pienso que el Gobierno Federal, a nivel central, debe mantener el pleno control de dichas aguas y de sus concesiones, y no propiciar un mercado de esta naturaleza entre particulares, el cual hasta la fecha, como se ha visto, ha propiciado corrupción, intermediarismo, fraudes, en fin, una operación irregular.

Relacionado con lo anterior y para finalizar, no quiero dejar de volver a referirme a una cita que hace Urbano Farías de la Suprema Corte de Colorado (Estados Unidos de Norteamérica), que ha destacado la necesidad de tener presente el interés público en la asignación y distribución del agua, para lo cual ha señalado que “nuestra Constitución garantiza el derecho a la apropiación no el derecho a la especulación. El derecho para la apropiación es para usar, no solamente para obtener utilidades”.³⁰

Otros aspectos a considerar por parte de las empresas

En este apartado comentaré otros aspectos que estimo deben tener presentes las empresas tratándose de la explotación de las aguas del subsuelo:

- a) **Cambio de uso del agua.** Acorde con el artículo 25 de la Ley de Aguas Nacionales, los concesionarios, cuando no se altere el uso consuntivo establecido en los títulos co-

³⁰ Cfr. Urbano FARÍAS, *op. cit.*, p. 30.

respondientes, podrán cambiar total o parcialmente el uso del agua concesionada, siempre que dicha variación sea definitiva y se “avise” oportunamente a las autoridades para efectos de actualizar o modificar los permisos de descarga respectivos y actualizar en lo conducente el Registro Público de Derechos de Agua. En caso contrario, es decir, cuando se altere el uso consuntivo, se requerirá de “autorización” previa de la autoridad. La autorización también será necesaria cuando se modifique el punto de extracción, el sitio de descarga o el volumen o calidad de las aguas residuales. Por su parte el artículo 43 del Reglamento de dicha Ley dispone que para que los concesionarios cambien el uso del agua en forma total o parcial, sin modificar el volumen de consumo de agua concesionado, ni el punto de extracción, ni el sitio de descarga, ni el volumen y la calidad de las aguas residuales, bastará que dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha en que lo hayan hecho, presenten “aviso” a la autoridad. Dicho aviso debe efectuarse bajo protesta de decir verdad. En caso de falsedad se procederá a la suspensión o revocación del título. Asimismo el cambio de uso debe inscribirse de oficio en el Registro Público de Derechos de Agua. De igual forma, el artículo 29 bis 4, fracción XIV, de la Ley también prevé como causal de revocación de la concesión el dar uso a las aguas distinto al autorizado, sin “permiso” de la autoridad. Aun cuando en ciertos casos para darle un uso distinto al agua concesionada se necesita dar un simple “aviso” a las autoridades, estimo que si una empresa va a usar agua a futuro para usos distintos, vale la pena consultar previamente al Organismo de Cuenca respectivo, para corroborar si en el caso específico se requiere de simple aviso o autorización.

- b) **Proporcionar agua a terceros.** En mi opinión, un concesionario no puede proporcionar o suministrar el agua concesionada a otras empresas o a terceras personas. Empero, cabe señalar que el artículo 23 bis de la Ley de Aguas Nacionales establece que sin mediar la transmisión definitiva de derechos o la modificación de las condiciones del título respectivo, cuando el titular de una concesión pretenda proporcionar a terceros en forma “provisional” el uso total o parte de las aguas concesionadas, sólo podrá realizarlo con el aviso previo a la autoridad. Asimismo, el artículo 29 bis 4, fracción XV, de la propia Ley, establece como causal de revocación de las concesiones proporcionar a terceros en forma “provisional” el uso total o parcial de las aguas concesionadas, sin mediar dicho aviso a la autoridad.
- c) **Prohibición a disponer del agua en volúmenes mayores a los autorizados.** Acorde con el artículo 23 de la Ley de Aguas Nacionales en comento, en ningún caso podrá el titular de una concesión disponer del agua en volúmenes mayores a los autorizados por la autoridad en el título de concesión respectivo. Asimismo, en el artículo 119, fracción III, de dicho ordenamiento legal, se tipifica como falta el explotar, usar o aprovechar aguas nacionales en volúmenes mayores a los autorizados en los títulos respectivos o en las inscripciones realizadas en el Registro Público de

Derechos de Agua. Dicha falta puede sancionarse con una multa de entre 5 001 a 20 000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y adicionalmente la autoridad impondrá la clausura temporal o definitiva, parcial o total, del pozo respectivo, todo esto último de conformidad con los artículos 120 y 122 de la misma Ley. De igual forma el artículo 29 bis 4, fracción I, de la propia Ley en estudio, establece como causal de revocación de las concesiones disponer del agua en volúmenes mayores a una quinta parte que los autorizados, cuando por la misma causa el beneficiario haya sido suspendido de su derecho con anterioridad. Como puede verse, extraer volúmenes mayores a los autorizados da lugar a fuertes multas y clausura de los pozos; solamente al final se da un cierto margen de una quinta parte del volumen autorizado, pero únicamente para que no proceda la revocación del título, margen que desde luego en mi opinión no aplica o no limita la imposición de las multas y clausuras respectivas.

- d) **Instalación de medidores y otros dispositivos, aviso de sus descomposturas y registros cronológicos.** Los concesionarios tienen la obligación de instalar, dentro de los 45 días siguientes a la recepción de sus títulos de concesión, los medidores de agua respectivos; de conservar y mantener en buen estado dichos medidores; y de dar aviso inmediato por escrito a las autoridades en caso de que esos y demás dispositivos de medición dejen de funcionar, debiendo asimismo el concesionario reparar o, en su caso, reemplazar tales dispositivos dentro del plazo de 30 días naturales. Dichas obligaciones se encuentran previstas en el artículo 29, fracciones II, III y XIII de la Ley de Aguas Nacionales.

Por su parte, el artículo 119, fracciones VII y XXII de la misma Ley, tipifica como faltas no instalar, no conservar, no reparar o no sustituir los dispositivos necesarios para el registro o medición de la cantidad y calidad de las aguas; modificar o alterar las instalaciones y equipos para medir los volúmenes de agua explotados sin el permiso correspondiente por parte de la autoridad; así como dejar de llevar y presentar los registros cronológicos de las lecturas respectivas. Estas faltas también pueden dar lugar a las multas más altas de entre 5 001 a 20 000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal y a la clausura de los pozos respectivos, ello de conformidad con los artículos 120 y 122 de la propia Ley de Aguas Nacionales.

- e) **No desperdicio del agua.** El artículo 119, fracción XVIII, de la misma Ley de Aguas Nacionales en estudio, de igual forma tipifica como falta desperdiciar el agua en contravención a lo dispuesto por la propia Ley y sus Reglamentos. En este caso la multa es más baja y podría ir de entre 1 501 a 5 000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.
- f) **Permitir inspecciones.** El artículo 29, fracción VIII, de la Ley de Aguas Nacionales, señala como obligación de los concesionarios el permitir al personal de las au-

toridades competentes, incluida la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la inspección de las obras hidráulicas para explotar, usar o aprovechar las aguas nacionales, incluyendo la perforación y alumbramiento de las aguas del subsuelo; permitir la lectura y verificación del funcionamiento y precisión de los medidores, así como las demás actividades que se requieran para comprobar el cumplimiento de las disposiciones legales respectivas, de los títulos de concesión y permisos de descarga.

Por su parte el artículo 119 de la propia Ley en su fracción X, tipifica como falta el impedir u obstaculizar las visitas, inspecciones, reconocimientos, verificaciones y fiscalizaciones que realicen las autoridades en los términos de Ley; y en su fracción XI asimismo se tipifica como falta el no entregar los datos requeridos por las autoridades (incluida la referida Procuraduría Federal de Protección al Ambiente), para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales o de los títulos de concesión o permisos de descargas respectivos. En este segundo caso, que a mi parecer podría resultar menos grave que el primero, o al menos igual, además de multa procede la clausura de los aprovechamientos o pozos respectivos. Por último, también cabe comentar que de conformidad con el artículo 29 bis 2, fracción III, de la multirreferida Ley de Aguas Nacionales en comento, en un momento dado podría también haber la suspensión de las concesiones en estos casos.

- g) **Dilución del agua en descargas.** El artículo 29 bis 4, fracción IV, de la Ley de Aguas Nacionales en estudio, establece como causal de revocación de las concesiones y de los permisos de descarga respectivos, utilizar la dilución para cumplir con las Normas Oficiales Mexicanas en materia ecológica o con las condiciones particulares de descarga. Asimismo, el artículo 119, fracción XII, de la misma Ley, tipifica como falta usar volúmenes de agua mayores que los que generen las descargas de aguas residuales para diluir y así tratar de cumplir con dichas Normas Oficiales Mexicanas o con tales condiciones particulares de descarga, práctica en la que lamentablemente han incurrido diversas empresas. Lo anterior desde luego da lugar a la multa máxima de entre 5 001 a 20 000 días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal y a la clausura de los pozos respectivos, además de las primeras aludidas revocaciones.
- h) **Otras infracciones en materia de descargas.** Si bien como se ha dicho este trabajo está enfocado al aspecto de la extracción de las aguas del subsuelo y no en sí a sus descargas, estimo que no está por demás señalar las faltas más importantes que en mi opinión se contienen en la Ley de Aguas Nacionales en estudio en materia de dichas descargas, mismas que se vinculan directamente con nuestro tema según se comentará un poco más adelante.

Así, el artículo 119, fracciones I, XIV y XXI de dicha Ley, tipifica como faltas en tal materia descargar en forma permanente, intermitente o fortuita aguas residuales en contravención a lo dispuesto en la propia Ley, en cuerpos receptores que sean bienes nacionales, incluyendo aguas marinas, así como cuando se infiltren en terre-

nos que sean bienes nacionales o en otros terrenos cuando puedan contaminar el subsuelo o los acuíferos; arrojar o depositar cualquier contaminante en contravención a las disposiciones legales, en ríos, cauces, vasos, lagos, lagunas, esteros, aguas marinas o demás depósitos o corrientes de agua, o bien infiltrar materiales y sustancias que contaminen las aguas del subsuelo; y no informar a las autoridades de cualquier cambio en los procesos, cuando con ello se ocasionen modificaciones en las características o en los volúmenes de aguas residuales que hubieren servido para expedir el permiso de descarga correspondiente.

Asimismo, el artículo 29 bis 4, fracciones III y X de la propia Ley en comento, establece como causales de revocación de las concesiones y permisos de descarga respectivos, descargar en forma permanente o intermitente aguas residuales en contravención a lo dispuesto en la propia Ley, en cuerpos receptores que sean bienes nacionales, incluyendo también aguas marinas, así como cuando se infiltren en terrenos que sean bienes nacionales o en otros terrenos cuando puedan contaminar el subsuelo o los acuíferos, sin perjuicio de las sanciones que fijen las disposiciones sanitarias y de equilibrio ecológico y protección al ambiente; y realizar descargas de aguas residuales que contengan materiales o residuos peligrosos, que ocasionen o puedan ocasionar daños a la salud, recursos naturales, fauna, flora o ecosistemas.

Como se ve, estas últimas causales, aun cuando se refieren en sí a aspectos de descargas, pueden también dar lugar a la revocación de los títulos de concesión para extraer el agua, según redacción de dicho artículo 29 bis 4. De esta manera, algunas de las faltas en materia de descargas, antes comentadas, pueden dar lugar a la clausura de los pozos de conformidad con el artículo 122 de la propia Ley de Aguas Nacionales, lo que las vincula directamente con nuestro tema de la extracción del agua, motivo por el cual también estimé importante citar lo anterior.

- i) **Reglamentación no expedida.** Acorde con el artículo Tercero Transitorio de la referida reforma a la Ley de Aguas Nacionales publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de abril de 2004, se estableció un plazo de 12 meses para la expedición de los Reglamentos respectivos. Resulta censurable que a más de cinco años de dicha reforma, no se haya emitido más acerca de tal reglamentación, por ejemplo: para la extracción y para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales de los acuíferos correspondientes; la reglamentación para publicar cada tres años la disponibilidad de las aguas nacionales por cuenca hidrológica, región hidrológica o localidad; otra que regule aspectos sobre sequías y otros fenómenos naturales; para regular las transmisiones de derechos; una más para concesionar ciertas aguas por medio de concurso; la reglamentación para determinar las funciones de los “bancos del agua”; para proporcionar a terceros en forma provisional agua, y la reglamentación para establecer la cuota de garantía a efecto de evitar la caducidad de volúmenes no utilizados, principalmente, algo de lo cual ya se había abordado anteriormente en este trabajo, y

reglamentaciones a las que aluden los artículos 18, 22, 28, 29 bis 3, 33, 34 y 37 bis de la Ley de Aguas Nacionales. Lo anterior también puede tomarse en cuenta por las empresas para diversos efectos.

Registro Público de Derechos de Agua

Acorde con el artículo 30 de la Ley de Aguas Nacionales en estudio, la Comisión Nacional del Agua en el ámbito nacional y los Organismos de Cuenca en el ámbito de regiones hidrológico-administrativas, llevarán el Registro Público de Derechos de Agua.

En dicho Registro, en lo que más les puede interesar a las empresas, debe inscribirse lo siguiente:

- a) Los títulos de concesión.
- b) Permisos de descarga.
- c) Las prórrogas concedidas en relación con dichas concesiones y permisos.
- d) Las modificaciones y rectificaciones en las características de los títulos y actos registrados.
- e) La transmisión de los títulos de concesión.
- f) La suspensión, revocación o terminación de los títulos, y las referencias que se requieran de los actos y contratos relativos a la transmisión de su titularidad.
- g) Los estudios de disponibilidad del agua.
- h) Las zonas reglamentadas, de veda y declaratorias de reserva de aguas nacionales.

Acorde con el propio artículo, la Comisión Nacional del Agua dispondrá lo necesario para que opere el Registro Público de Derechos de Agua, como se ha dicho, por región hidrológico-administrativa en los Organismos de Cuenca, y con base en los registros de éstos integrará el Registro Público de Derechos de Agua en el ámbito nacional.

También el propio numeral dispone que los actos que efectúen las autoridades se inscribirán de oficio; y que los relativos a las transmisiones totales o parciales de los títulos, así como los cambios que se efectúen en sus características o titularidad, se inscribirán a petición de parte interesada, por orden de presentación. Como ya se vio en el apartado correspondiente, la transmisión de dichos títulos debe inscribirse en un término de 15 días hábiles.

Acorde con el artículo 30 bis de la propia Ley de Aguas Nacionales, el Registro Público de Derechos de Agua es competente para expedir las certificaciones y constancias que le sean solicitadas, así como para atender y resolver las consultas que en materia registral se presenten.

Asimismo, acorde con el artículo 31 del ordenamiento legal en comento, las constancias de inscripción de los títulos en el Registro Público de Derechos de Agua constituyen medios de prueba de su existencia, titularidad y del estado que guardan. Dicho numeral tam-

bién dispone que la inscripción será condición para que la transmisión de los títulos surta sus efectos legales ante terceros y ante las autoridades.

De igual forma, dicho artículo 31 dispone que toda persona podrá consultar el Registro Público de Derechos de Agua y solicitar a su costa certificaciones de las inscripciones y documentos que dieron lugar a las mismas. Incluso tal numeral dispone que las solicitudes de inscripción, constancias, certificaciones, consultas y otros servicios registrales, podrán efectuarse por transmisión facsimilar o por correo electrónico, siempre que el interesado o su representante legal así lo solicite.

Por su parte, el artículo 32 de la multirreferida Ley de Aguas Nacionales dispone que en el Registro Público de Derechos de Agua se llevará igualmente el registro nacional permanente, por cuencas, regiones hidrológicas, Estados, Distrito Federal y Municipios de las obras de alumbramiento y de los brotes de agua del subsuelo, para conocer el comportamiento de los acuíferos y, en su caso, regular su explotación, uso o aprovechamiento.

Acorde con los artículos 25 de la propia Ley de Aguas Nacionales y 43 de su Reglamento, también se debe inscribir en dicho Registro el cambio de uso del agua, mismo que de conformidad con el último numeral citado, debe hacerlo de oficio la autoridad.

Por último, el artículo 119, fracción XVI, de la Ley en estudio, tipifica como falta no solicitar el concesionario la inscripción en el Registro Público de Derechos de Agua en los términos previstos por la Ley y sus Reglamentos, aunque, se insiste, muchas de estas inscripciones debe realizarlas la autoridad de oficio.

Capítulo III.

Régimen fiscal de las aguas del subsuelo en México

Antecedentes

Primeramente puede decirse que hasta 1982 las aguas de pozo eran gravadas por algunos Estados de la República a nivel municipal, con cuotas muy bajas. Básicamente a partir de dicho año de 1982, en la medida en que los temas del agua cobraron mayor interés a nivel mundial, la Federación empezó a gravar dichas aguas del subsuelo en la Ley Federal de Derechos, encontrando, porque no decirlo, un muy importante renglón de recaudación fiscal.

Como se ha señalado anteriormente, el cobro de estos derechos fiscales (tasas) provocó inicialmente importantes litigios porque estas contribuciones, en uno de sus aspectos, se pueden establecer por el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público de la Nación, siendo que para diversos causantes, acorde con el párrafo quinto del artículo 27 constitucional, las aguas del subsuelo no eran bienes de dicho dominio público sino de propiedad privada de los dueños de los terrenos, y por ende, para esos causantes tales derechos resultaban inconstitucionales, criterio con el cual en estricto derecho en lo personal coincido como lo he manifestado. Sin embargo, se reitera, como ya se analizó, finalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver estos litigios sentó jurisprudencia definida en el sentido de que las aguas del subsuelo son de propiedad nacional y tales derechos fiscales constitucionales.

Superado o recordado lo anterior, cabe mencionar que en el primer sistema que se creó para gravar las aguas del subsuelo en la referida Ley Federal de Derechos, se establecieron cuatro zonas de disponibilidad del líquido con cuotas fijas por metro cúbico extraído para cada una de ellas (la zona 1 tenía la mayor cuota y decreciendo la zona 4 la menor). Asimismo para los acuíferos sobreexplotados se estableció que tales derechos fiscales se pagarían a razón del 75% por metro cúbico de la cuota de agua potable que se aplicara en el Sistema de Agua Potable del Municipio donde se realizara la extracción; y también se estableció una cuota fija por metro cúbico mucho más elevada para el Distrito Federal y los estados de Guanajuato, Hidalgo, México, Morelos, Puebla y Querétaro, entidades que suponen mayores problemas de agua en sus acuíferos.

Posteriormente desapareció dicha cuota fija para el Distrito Federal y los referidos Estados de la República, estableciéndose únicamente cuatro zonas de disponibilidad para el

cobro del citado gravamen. Entiendo que la zona 1 correspondía a zonas de alta veda, la 2 a zonas de veda, la 3 a zonas donde existe agua, pero ya con ciertos problemas de disponibilidad, y la zona 4 a localidades donde existe suficiente líquido. En las zonas de la 2 a la 4 se mantuvieron cuotas fijas por metro cúbico extraído (en la zona 2 obviamente la cuota era más elevada y así decreciendo a la zona 4); y en la zona 1 se estableció como sistema general de pago cobrar por metro cúbico de agua de pozo el ya referido 75% de la cuota de agua potable que se aplicara en el Sistema de Agua Potable del Municipio donde se realizaba la extracción.

Este sistema de cobro de la zona 1 también creó serios problemas que condujeron a diversos litigios, pues grupos de particulares, también principalmente empresas, consideraban que con dicho sistema se violaban sus garantías de proporcionalidad tributaria, legalidad y seguridad jurídica, al remitirse el cobro de las aguas de pozo a un porcentaje de las cuotas de agua potable municipales. La Comisión Nacional del Agua en esencia asimilaba el costo del agua de pozo al del agua potable y le quitaba al primero 25% (como se ha señalado se pagaba por metro cúbico de agua de pozo el 75% de la cuota municipal por metro cúbico de agua potable), reconociendo en ese 25% el costo de energía eléctrica que genera la utilización de pozos.

Sin embargo, dichos grupos de contribuyentes no estimaban procedente lo anterior, pues sostenían en esos litigios que se trataba de dos tipos de derechos fiscales distintos: los primeros, por usar o aprovechar un bien del dominio público de la Federación (las aguas del subsuelo); y los segundos, por la prestación de un servicio público municipal (los del agua potable). Esto es, para dichos contribuyentes no existía ninguna relación para gravar las aguas de pozo con base en las cuotas municipales de agua potable, por la distinta naturaleza de ese tipo de derechos fiscales, y además porque el servicio de agua potable tiene sus muy diversos y propios costos que no tienen nada que ver con la extracción de aguas del subsuelo (como lo son, por ejemplo, los costos de abastecimiento del agua, su potabilización, la distribución del líquido, el mantenimiento de las redes de distribución, etc.). En mi opinión, coincido en que dicha remisión para el cobro de las aguas de pozo a las cuotas locales de agua potable resultaba violatoria de las garantías referidas, pues incluso el cobro de las aguas del subsuelo se podía ver afectado o alterado en un momento dado por la ineficiencia de algún Sistema de Agua Potable Municipal, todo lo cual realmente no tiene relación.

Empero, sobre el particular el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin abordar o analizar en forma completa tal problemática, sostuvo que ese tipo de remisiones no resultan inconstitucionales, sentando la siguiente jurisprudencia:

AGUAS NACIONALES. EL ARTÍCULO 227, FRACCIÓN II, DE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS NO VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD TRIBUTARIA AL REMITIR A UNA LEY LOCAL PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CUOTA POR SU USO O APROVECHAMIENTO. Es inexacto que el artículo 227, fracción II, de la Ley Federal de Derechos sea inconstitucional porque establezca que el derecho por el uso o aprovechamiento de aguas nacionales se pague conforme a las cuotas vigentes en el Distrito

Federal cuando sean extraídas dentro de los límites de la cuenca o Valle de México, pues si bien es verdad que de acuerdo con el principio de legalidad en materia tributaria contenido en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los elementos del tributo deben estar previstos en la ley para que el contribuyente tenga la certeza y seguridad jurídica en cuanto a su pago, **también lo es que no existe ningún impedimento constitucional para que el legislador fije la cuota o tarifa de un gravamen remitiendo a las que se establezcan en otra ley, porque al hacerlo así, adopta o integra esos elementos, sin que por ello se demerite la certeza y seguridad jurídica de los mismos, que es el fin perseguido por el citado principio.**¹ (Las negrillas están puestas por el autor.)

Pese a que no se estimó inconstitucional ese sistema de cobro de remitir los derechos de las aguas de pozo a las cuotas municipales de agua potable, lo cierto es que dicho sistema resultó muy complicado en la práctica para aplicarlo y lograr una adecuada recaudación al respecto, ello principalmente por las siguientes razones:

- a) No en todos los Estados de la República están debidamente legisladas o establecidas las tarifas del agua potable municipales. En estos casos se tenía que acudir a la tarifa del municipio más cercano que tuviera una tarifa debidamente legislada, lo que era difícil de determinar y lo que incluso provocaba que a veces se tuviera que aplicar la tarifa de un municipio de otro Estado de la República lejano al lugar de la extracción, perdiéndose entonces la asimilación entre el costo del agua de pozo con el del agua potable en la localidad respectiva.
- b) En algunos municipios de la República existe una sola tarifa para el agua potable, en otros dos (uso doméstico y otros usos) y en otros existe una clasificación más detallada (uso doméstico, agrícola, comercial, industrial, hotelero, etc.). Lo anterior implicaba diversas interpretaciones de cuál era la tarifa a aplicar para el pago de los derechos de las aguas de pozo, si la más general o las específicas. Acabó imponiéndose el criterio de las específicas en la ley, aunque ello me hace recordar al menos el caso del Municipio en el que se encuentra el centro turístico de Cancún, en el estado de Quintana Roo, que tenía establecidas en su clasificación tarifas de agua potable distintas para hoteles afiliados a la agrupación local de hoteles (más bajas) y para hoteles no afiliados a la misma (más altas), lo cual denota claramente lo inequitativo que podía resultar tal sistema en muchos casos.
- c) En algunas tarifas de agua potable está incluido el drenaje y en otras no. Lo anterior también provocaba diversas interpretaciones respecto a si en la cuota de agua potable a aplicar para el pago de los derechos federales de agua de pozo, debía o no considerarse el porcentaje que de la misma correspondía al drenaje, cuando éste estaba determinado. Si no estaba determinado el problema era más complejo, aunque la legislación también acabó previendo que en estos casos donde la cuota de agua potable incluía el drenaje, debía tomarse la totalidad de dicha cuota para el pago de las

¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, primera parte, enero a junio de 1988, p. 129.

aguas de pozo, lo que en mi opinión tampoco era apegado a derecho, ni a garantías tributarias, pues el drenaje municipal como tal no tiene que ver con un valor asignado por la extracción de las aguas del subsuelo.

- d) La mayoría de los Municipios tienen tarifas progresivas para el cobro del agua potable, es decir, a mayor consumo más cuota se paga. Empero, algunos estados de la República a ciertos niveles importantes de consumo (como por ejemplo fue el caso de Querétaro), bajaban la cuota de agua potable para uso industrial (base de cálculo para el derecho federal de aguas de pozo) a cambio de que las empresas les dieran también un pago por la extracción de dichas aguas del subsuelo.

Ante tales problemas que implicaba este sistema de cobro, que complicaba en demasía las funciones de recaudación de la Comisión Nacional del Agua, tal sistema se abandonó en 1996. A partir de este año se crearon en la Ley Federal de Derechos nueve zonas de disponibilidad con cuotas fijas por metro cúbico extraído para el cobro del citado gravamen (que es el régimen actual), zonas que en mi concepto no tienen ninguna justificación técnico-jurídica, como se profundizará en el apartado siguiente.

Sin embargo, antes de entrar al estudio de dicho régimen actual, no quiero dejar de hacer alusión a algunos antecedentes a los que se refiere Urbano Farías en esta materia. Para dicho autor, principalmente en la década de los años ochentas, la falta de claridad de las disposiciones legales y el descuido en la actualización de las tarifas en este renglón, ocasionó una escasa recaudación. Asimismo para él en dicha década no existió una política hidráulica congruente y coordinada. Fue a partir de la creación de la Comisión Nacional del Agua cuando, para tal autor, se estableció el principio de que los recursos del agua se deben destinar al agua, lo que permitiría que el precio de dicho recurso natural reflejara su verdadero costo, creándose asimismo un sistema financiero hidráulico que se sustenta en gran medida en la recaudación de ingresos fiscales provenientes del agua, lo cual reduce la dependencia de recursos presupuestales y crediticios, permitiendo teóricamente avanzar en un esquema de financiamiento sano.²

También conforme a dicho autor, en 1989 se da a todos los ingresos por derechos federales en materia de agua un destino específico a la Comisión Nacional del Agua y se autoriza a ésta para recaudarlos directamente a través de bancos, así como a recibir declaraciones fiscales en la materia. También para el propio autor, en este año se establecen disposiciones especiales para proteger los acuíferos sobreexplotados mediante el cobro de derechos más altos.³

Siguiendo en mi opinión con los aspectos más relevantes de la cronología de Urbano Farías, en 1990, para que la Federación no estuviera recaudando contra la recaudación municipal, para tal autor se consideró conveniente avanzar en un sistema compartible y armónico entre las distintas instancias de gobierno, y para ello se empezó a ampliar, para una mayor

² Cfr. Urbano FARÍAS, *op. cit.*, pp. 249 y 250.

³ Cfr. *Ibid.*, p. 251.

generalización, el sistema de recaudación previsto en aquel entonces para la zona de disponibilidad 1, es decir, calcular y cobrar como cuota federal 75% de la cuota que se cobrara en los Municipios respectivos, y así, en lugar de competir entre cuotas federales y municipales, la prioridad sería incrementar la cuota municipal y de ahí depender la federal.⁴ Desde luego, como se infiere de lo expuesto anteriormente en este apartado, en lo personal nunca pude compartir o entender esta supuesta coordinación, o el que se quisiera intentar hacer estos sistemas compatibles, pues como lo he expresado, se trata de dos cuestiones en esencia distintas: unos son derechos por la prestación de “un servicio público” municipal que es el caso de los derechos de agua potable; y los derechos que nos ocupan, son derechos por “el uso o aprovechamiento de un bien del dominio público” de la Federación (las aguas del subsuelo), cada uno con su especial problemática y los primeros con sus particulares costos que no tienen relación ni debían incidir en los segundos. La anterior política también denotaba que se querían introducir en la zona 1 a muchos Municipios que realmente no tenían un problema de escasa disponibilidad del agua, lo que sin lugar a dudas daba lugar a tratos inequitativos.

Según el propio autor, en el mismo año de 1990, toda vez que los derechos que nos ocupan sólo se habían incrementado con base en los porcentajes generales acordados para todos los derechos en la Ley Federal de Derechos, lo que en su concepto ocasionó rezagos importantes y el que el precio del agua dejara de reflejar su verdadero costo, esto es, dados muchos años de rezago, se diseñó una estrategia de tres etapas de incremento: el más fuerte y general para 1990; otro importante pero selectivo para 1991; y ajustes en los años siguientes a fin de que tales derechos no perdieran su actualidad nuevamente.⁵

Otro antecedente del que da cuenta Urbano Farías y que me parece sumamente importante, es que en el año de 1992 se da el carácter de autoridad fiscal recaudadora y administradora de los derechos federales en materia de agua a la Comisión Nacional del Agua, con facultades de devolución, autorizar pagos en parcialidades, fijar criterios y contestar consultas; también con facultades de fiscalización, incluyendo auditorías; de determinación, de liquidación y notificación de créditos fiscales, así como para la imposición de multas.⁶

Para finalizar la cronología del mencionado autor, insisto, en lo que a mi parecer es lo más importante, él mismo nos refiere que en el año de 1993 se contempló como innovación el cobro por los servicios que prestara el Registro Público de Derechos de Agua, de nueva creación en esa época, sobre todo por la inscripción de los títulos de concesión otorgados a los particulares y por la transmisión de los mismos.⁷

Una vez narrados estos antecedentes, paso a analizar y a hacer comentarios sobre el régimen actual de los derechos federales por el uso o aprovechamiento de las aguas del subsuelo.

⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 252.

⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 253.

⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 254.

⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 258.

Régimen actual

Como ya se anunció en el apartado anterior, ante los problemas que implicaba cobrar los derechos federales por la extracción de aguas del subsuelo remitiéndose en gran medida a las tarifas municipales de agua potable, a partir de 1996 se abandonó tal sistema creándose en la Ley Federal de Derechos, concretamente en sus artículos 223, apartado A, y 231, nueve zonas de disponibilidad con cuotas fijas por metro cúbico extraído para el cobro de dichos derechos federales, zonas que realmente no tienen ninguna justificación técnico-jurídica. Las referidas cuotas iban decreciendo en ese año de 1996 de \$6.0000 por metro cúbico extraído en la zona 1 a \$0.4713 por metro cúbico en la zona 9 (actualmente van de \$18.2894 por metro cúbico en la zona 1 a \$1.4354 por metro cúbico en la zona 9).

Realmente en estas nueve zonas de disponibilidad se encuadraron los diversos municipios de la República mexicana conforme a lo que venían pagando en el sistema anterior, ello para no bajar la recaudación del citado gravamen. Es decir, esta reforma fue más recaudatoria que técnica, pues incluso el Programa Hidráulico 1995-2000 vigente en esa época sólo se refería a las antes aludidas cuatro zonas de disponibilidad, clasificándolas en escasa, baja, media y alta;⁸ y, lo que es más, la Ley de Aguas Nacionales sólo hace alusión a zonas de veda y zonas de libre alumbramiento. Incluso, cabría señalar que en el Programa Nacional Hidráulico 2001-2006 se hacía alusión a diversos estudios que se seguían practicando en materia de disponibilidad de las aguas del subsuelo, siendo que en el mismo sólo se hablaba de acuíferos y acuíferos sobreexplotados.⁹ Por su parte, en el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 se señala que es necesario que el país cuente con planes de ordenamiento territorial que consideren la disponibilidad del agua como un elemento clave para su desarrollo; que se debe impulsar la exploración geohidrológica; y que el conocimiento de los volúmenes aprovechados por los usuarios, en conjunto con la disponibilidad de aguas superficiales y subterráneas, debe ser la base de revisión, modificación y establecimiento de reglamentos, vedas y reservas de aguas nacionales, lo que contribuirá a darle sustentabilidad a dicho recurso.¹⁰ De lo anterior puede claramente inferirse que en nuestro país de 1996 a la fecha, realmente no existen estudios completos respecto a la verdadera disponibilidad de las aguas del subsuelo, mucho menos que sustenten las aludidas nueve zonas creadas en la Ley Federal de Derechos para el cobro del gravamen en estudio (cabe señalar que en los Diarios Oficiales de 31 de enero de 2003, 13 de agosto de 2007, 3 de enero de

⁸ Cfr. Programa Hidráulico 1995-2000, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 1996, p. 59.

⁹ Cfr. Programa Nacional Hidráulico 2001-2006, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de febrero de 2002, p. 21.

¹⁰ Cfr. Comisión Federal de Mejora Regulatoria. Recuperado el 24 de octubre de 2008, disponible en: www.cofemermir.gob.mx/uploadtest/13771.59.59.1Programa%20Nacional%20Hidrico%202007%202012%20.pdf pp. 52, 53, 54 y 58.

2008 y 28 de agosto de 2009 hay publicados estudios de disponibilidad de acuíferos, pero, se insiste, no son estudios completos).

Abundando sobre el particular, Municipios que se encuentran en zonas de veda están clasificados en las zonas con menores cuotas fiscales dentro de las referidas nueve zonas de disponibilidad; y viceversa, Municipios donde existe plena disponibilidad de agua se encuentran clasificados en las zonas con mayores cuotas fiscales, todo lo cual, se reitera, no tiene un sustento técnico-jurídico. Incluso Municipios que se encuentran ubicados en un mismo acuífero pagan cuotas diferentes; y es más, se da el caso de ciudades compuestas de varios municipios donde en ellos también se pagan cuotas distintas como, por ejemplo, es el caso de la ciudad de Guadalajara en el Estado de Jalisco, cuya mancha urbana actualmente abarca siete Municipios, los cuales se encuentran indistintamente clasificados en las zonas de disponibilidad 2, 4, 5, 6 y 7 de la Ley Federal de Derechos, con su muy marcada variación tarifaria, lo que a mi parecer no puede tener lógica alguna.

Este nuevo sistema de cobro también provocó un número importante de amparos, ya que los contribuyentes de dicho gravamen sintieron transgredidas nuevamente sus garantías de proporcionalidad y equidad tributarias, pues, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos anteriores, causantes iguales reciben tratos fiscales desiguales, además de que, se reitera, las nueve zonas no tienen ninguna justificación de carácter legal. En otras palabras, causantes que explotan aguas del subsuelo en similares condiciones reciben un trato fiscal completamente distinto.

En este sistema también vinieron prevaleciendo exenciones parciales en las cuotas para cierto tipo de empresas como, por ejemplo, las mineras, azucareras y papeleras, exenciones que tampoco tienen una justificación legal y que en consecuencia asimismo resultaban violatorias de la garantía de equidad tributaria prevista en el artículo 31, fracción IV, constitucional, así como del artículo 28 de nuestra propia Ley Suprema. Al respecto, llamaba particularmente la atención una exención dada a las empresas papeleras, pero sólo a las ubicadas en las zonas de disponibilidad 7, 8 y 9, del 80% de las cuotas. Estas empresas, además de tributar en las zonas de menor impacto fiscal, se insiste, tenían esta prerrogativa, lo que las colocaba en una posición privilegiada, en mi opinión en clara violación a los últimos preceptos constitucionales citados, cabiendo señalar que en la especie compañías papeleras de otras zonas de disponibilidad que no gozaban de dicha exención, sí obtuvieron algunos amparos. Para 2010 desaparecieron este tipo de exenciones parciales para ciertos giros, lo que me parece acertado según lo antes expuesto.

Más genéricamente, este sistema de igual forma provoca una competencia en condiciones de desigualdad entre empresas de un mismo giro, pues a veces tales empresas ubicadas en una misma región y que compiten por el mismo mercado, pagan por las aguas del subsuelo (importante materia prima) cuotas muy diversas, lo que asimismo viola el referido artículo 28 de la Constitución, en la que uno de sus espíritus es que los mexicanos podamos concurrir a los mercados en condiciones de igualdad (garantía de libre concu-

rencia), lo que se ve vulnerado, se insiste, por una clasificación de zonas de disponibilidad injustificada.

No obstante lo anterior, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación también validó este nuevo sistema de cobro de las nueve zonas de disponibilidad y al respecto emitió las siguientes jurisprudencias:

AGUAS NACIONALES. EL APARTADO A DEL ARTÍCULO 223 DE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS QUE ESTABLECE LOS CAUSADOS POR EL USO O APROVECHAMIENTO DE AQUELLAS, RESPETA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL 1o. DE ENERO DE 1996). El apartado A del artículo 223 de la Ley Federal de Derechos, establece que por el uso o aprovechamiento de aguas nacionales provenientes de fuentes superficiales o extraídas del subsuelo, a excepción de las del mar, se pagará un derecho cuya cuota varía según la cantidad de líquido utilizado y la zona de disponibilidad en que se efectúe su extracción. La diversificación de estas cuotas cumple con el principio de proporcionalidad tributaria, puesto que el legislador las establece en relación directa con el grado de aprovechamiento o uso del bien, con el beneficio obtenido por el gobernado y con la zona de disponibilidad de la que se deduce el valor de dicho bien, tomando en cuenta su abundancia o escasez, el demérito que sufre con su uso y la importancia que el mismo representa para el desarrollo de la nación.¹¹

AGUAS NACIONALES. EL APARTADO A DEL ARTÍCULO 223 DE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS QUE ESTABLECE DIVERSAS CUOTAS POR EL USO O APROVECHAMIENTO DE AQUELLAS, RESPETA EL PRINCIPIO DE EQUITAD TRIBUTARIA (LEGISLACIÓN VIGENTE A PARTIR DEL PRIMERO DE ENERO DE 1996). El apartado A del artículo 223 de la Ley Federal de Derechos, establece que por el uso o aprovechamiento de aguas nacionales provenientes de fuentes superficiales o extraídas del subsuelo, a excepción de las del mar, se pagará un derecho sobre agua cuya cuota varía según la zona de disponibilidad en que se efectúe su extracción. Ahora bien, tratándose del uso o aprovechamiento referido no puede sostenerse que todos los contribuyentes que realicen el hecho generador se ubican en situación de igualdad, lo que exigiría que aquel bien existiera en idénticas condiciones en todo el territorio nacional y que su uso y aprovechamiento tuviera las mismas consecuencias; por lo que debe estimarse que al establecer el legislador cuotas diferenciales atendiendo a la zona de disponibilidad en que se efectúa la extracción del agua, respeta el principio de equidad tributaria, ya que dicho tratamiento se justifica, objetivamente, por ser un hecho notorio que en algunos lugares existe abundancia de agua mientras que en otros escasea, que en unos es de fácil obtención mientras que en otros se requiere de grandes inversiones para utilizarla y que en determinadas regiones su uso no produce daño alguno en tanto que en otras se dan consecuencias perjudiciales a corto o largo plazo, sin que sea óbice a lo anterior, el que no se haya considerado, para establecer las respectivas zonas de disponibilidad, el criterio adoptado en la Ley de Aguas Nacionales de dividir el país en zonas de veda o de reserva y zonas de libre alumbramiento, pues debe observarse que una recta interpretación del artículo 31, fracción IV, constitucional, no implica que toda legislación del país se unifique en cierto sentido, sino que sea el legislador quien decida el contenido de sus normas siempre que al hacerlo se desempeñe dentro de los cauces o límites fijados en la Norma Fundamental.¹²

Obviamente en lo personal coincido con las anteriores jurisprudencias, en que desde luego las aguas del subsuelo no existen en las mismas condiciones en toda la República mexicana, y en que en esta materia debe haber cuotas mayores en las zonas donde el líquido es

¹¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo VI, octubre de 1997, p. 171.

¹² *Ibid.*, p. 138.

escaso, o bien, en las que su extracción provoca daños o deterioros; pero ello debe sustentarse en una clasificación de zonas de disponibilidad objetiva y técnica, y no meramente recaudatoria como la que es materia de estudio. Asimismo, contrariamente a lo que se sostiene en la última jurisprudencia transcrita, yo considero que la legislación en un país sí debe tener una unidad de criterios, por lo que si la ley especial (Ley de Aguas Nacionales) sólo divide al país tratándose de aguas del subsuelo en dos zonas: de veda y de libre alumbramiento, la ley fiscal en principio no debería hacer una diversa zonificación para gravar dicho recurso natural, máxime si dicha clasificación no tiene un soporte técnico como se ha venido sosteniendo.

Sin embargo, como se ha visto, nuestro máximo Tribunal también justificó este sistema de cobro de las aguas del subsuelo, que es el que actualmente nos rige con mínimas variantes. Lo que es más, las referidas jurisprudencias de la Corte dan pauta a que pudiera haber más zonas de disponibilidad sin una justificación realmente objetiva.

Aunque no se señala expresamente en estas dos últimas jurisprudencias analizadas, mucho de justificar en la Suprema Corte de Justicia de la Nación este sistema de cobro, se basó en fines extrafiscales, sobre todo por los daños que provoca la extracción de aguas del subsuelo en la Cuenca del Valle de México.

Relacionado con todo lo anterior, no quiero dejar de comentar que en uno de estos amparos (en el amparo en revisión 1776/96 promovido por la empresa PURIFICADORA DE AGUA LOS REYES, S. A. DE C. V.), los señores Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Génaro David Góngora Pimentel y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, emitieron un voto de minoría, en el que dichos Ministros dejaron plasmada su inconformidad contra tal sistema de cobro, por considerarlo inconstitucional, contra el voto de la mayoría. Por estimarlo de sumo interés, paso a transcribir dicho voto de minoría y a comentarlo:

PRIMERO.- Se aceptan todos los resultandos y considerandos Primero a Sexto de la ejecutoria objetada. Igualmente, se acepta el resolutivo primero de la misma.

SEGUNDO.- Contrariamente, no se comparten el considerando Séptimo y el resolutivo Segundo de la ejecutoria referida, toda vez que son el resultado de un análisis inexacto de los “**fines extrafiscales**” de los tributos respecto a las garantías de proporcionalidad y equidad tributarias que se contienen en la fracción IV del artículo 31 de la Constitución Federal.

Efectivamente, basta una simple confrontación jurídica entre los conceptos de violación de la quejosa y las consideraciones centrales del proyecto, para observar la inexactitud del criterio de la mayoría. Al efecto, dice el segundo concepto de violación, apartado f) de la quejosa:

El nuevo esquema general de derechos sobre el uso o aprovechamiento de aguas nacionales que entró en vigor el 1º de enero del año en curso (1996), además de que carece de motivación legal y razón elemental jurídica, es absolutamente conculcatorio de la garantía de proporcionalidad tributaria debido a la discordancia tarifaria que puede alcanzar variantes espectaculares según el lugar de residencia de los contribuyentes, del todo impropias si se considera que el agua es un solo bien en toda la República y a que la fijación de las cuotas es advertiblemente caprichosa, como también **es violatoria de la garantía**

de igualdad fiscal al darse un tratamiento drásticamente desigual a quienes se encuentran en una misma situación jurídica... (foja 37 de la ejecutoria).

Por su parte, la ejecutoria contesta el concepto de violación anterior señalando lo siguiente:

El argumento formulado en el sentido de que no se justifica la variedad de tarifas porque se trata del mismo bien del dominio público, que consiste en las aguas del subsuelo, también es infundado.

Ciertamente el bien objeto del derecho en todas las tarifas previstas en el artículo reclamado, es el uso o aprovechamiento del agua del subsuelo, pero también es cierto que en algunos lugares existe abundancia de agua, mientras que en otros escasea, que en unos su uso y aprovechamiento no produce ningún daño, mientras que en otros se dan consecuencias perjudiciales a corto o largo plazo; que por ejemplo en la cuenca del Valle de México el alumbramiento de aguas subterráneas afecta gravemente el subsuelo de esa zona, ocasionando su hundimiento, a lo que se suma el exceso de población que exige con preferencia un alto suministro del vital líquido.

Tales circunstancias que constituyen hechos notorios y que no necesitan ser probados de conformidad con el artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles (sic), aplicado supletoriamente a la Ley de Amparo, obligan a **racionalizar la extracción del agua del subsuelo en dichas zonas, lo que contra el parecer de la quejosa constituye un fin extrafiscal que se intenta conseguir mediante el trato diferencial que establece el aludido precepto al contemplar distintas tarifas.**

Por lo tanto, aunque se trate del mismo bien del dominio público, es inobjetable que se justifica un trato fiscal diferente según sea la zona de donde se extrae" (fojas 59 y 60 de la ejecutoria).

Del análisis de las transcripciones anteriores, es evidente que el criterio de la mayoría estima infundado el concepto de violación de la quejosa, considerando que los preceptos reclamados no violan las garantías de proporcionalidad y equidad tributarias, ya que el tributo en cuestión persigue un **fin extrafiscal** que se apoya en un hecho notorio, consistente en la racionalización de la extracción del agua del subsuelo en una zona de escasez, como lo es la cuenca del Valle de México, de ahí que resulte justificado que el precepto reclamado establezca una diferencia de cuotas –no de tarifas como erróneamente dice la ejecutoria–, pues con dicha racionalización se evita afectar esa zona, así como el hundimiento de la Ciudad de México.

Planteada en estos términos la controversia, los suscritos consideramos que es inexacto el criterio de la mayoría, **pues los fines extrafiscales, cualquiera que éstos sean, no pueden servir de pretexto para dejar de observar las garantías que en materia tributaria establece en favor de los particulares el artículo 31, fracción IV, Constitucional.**

En efecto, son múltiples las razones jurídicas que justifican que los fines extrafiscales no pueden aplicarse al margen de las garantías constitucionales tributarias. Sin embargo, dichas razones no fueron siquiera mencionadas por la mayoría.

Entre las razones que omitieron estudiarse, y que hubieran permitido a la mayoría emitir una ejecutoria congruente con el reclamo de la quejosa, podemos destacar las siguientes:

- a) En nuestro país, los tributos con fines extrafiscales no tienen apoyo constitucional, ya que no existe en la Constitución Federal ningún artículo que de forma expresa ampare el uso del tributo para fines extrafiscales.**

Así es, en un Estado libre y democrático de Derecho (artículos 14, 16, 39, 40 y 133 constitucionales), se exige que cualquier acción del Estado encuentre respaldo en un determinado precepto constitucional. No obstante ello, y por increíble que parezca, la Constitucional Federal no contiene norma alguna que sirva de fundamento expreso para la aplicación de tributos con fines extrafiscales (que más bien deberían llamarse tributos con efectos extrafiscales, como lo ha puesto de relieve la doctrina tributaria más reciente, ya que si un "tributo" no tiene como fin –así sea éste secundario o mínimo– conseguir un ingreso fiscal en favor de la Hacienda Pública, simplemente no es un tributo, es decir, una cantidad de dinero impuesta y percibida por un ente público con objeto de financiar el gasto público. Por tanto, los tributos con fines extrafiscales jurídicamente "puros", no existen).

Ante ello, no extraña a esta minoría que la quejosa esté sorprendida, pues señala (foja 29 de la ejecutoria) que **“no es posible admitir que en un Estado de Derecho se establezcan obligaciones a cargo de la ciudadanía, sobre todo de corte fiscal, sin mayores razones o análisis jurídico de fondo, puesto que tal tipo de proceder se confunde con la arbitrariedad”**.

Lo cierto es que nuestro texto constitucional, en su artículo 31, fracción IV, sólo fija el principio contributivo y, por tanto, rector del reparto de las cargas públicas, al establecer la obligación de **contribuir para los gastos públicos de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes**, sin que exista alguna otra norma constitucional que expresamente imponga excepciones a dicho principio.

De esta forma, la consideración del tributo como recurso de la Hacienda Pública implica que el interés jurídico protegido por las normas tributarias es un interés jurídico específico, de naturaleza financiera, representado en este ámbito por la realización del crédito fiscal de acuerdo con las exigencias del principio contributivo. Ello supone, es evidente, que toda norma que reconoce un fin extrafiscal actúa, en principio, contra dicho interés, en cuanto merma (positiva o negativamente) los recursos tributarios.

Es más, la prueba de que no existe fundamento constitucional alguno para el establecimiento de “tributos con fines extrafiscales”, lo es el hecho de que la exposición de motivos de los actos reclamados no establece –como lo alegó oportunamente la quejosa– que la diferencia de cuotas que se contienen en la tarifa contenida en el precepto reclamado, sea la medida apropiada para conseguir el fin extrafiscal que fundamenta la ejecutoria de la mayoría, o sea, la racionalidad en la extracción del agua del subsuelo en la cuenca del Valle de México, que evite dañar dicha zona de escasez así como el hundimiento de la Ciudad de México.

De hecho, la propia ejecutoria no se preocupó por expresar el fundamento constitucional para el establecimiento de tributos con fines extrafiscales (si es que lo hay), así como tampoco en atender la ausencia de justificación en la exposición de motivos de las normas reclamadas que hicieran al menos presumir que la intención del legislador tributario, al establecer distintas cuotas a la extracción del agua del subsuelo, perseguía el fin extrafiscal mencionado.

- b) Los “tributos extrafiscales” son, ante todo, tributos, y como tales, deben también responder a las exigencias constitucionales que sujetan a los tributos en general. Por esta razón, deben respetar los principios constitucionales de proporcionalidad y equidad tributarias.

Así lo ha establecido este Tribunal Pleno en la tesis jurisprudencial 18/91, visible en el Semanario Judicial de la Federación, octava época, tomo VII-Junio, página 52, que dice:

CONTRIBUCIONES. FINES EXTRAFISCALES. Además del propósito recaudatorio que para sufragar el gasto público de la Federación, estados y municipios tienen las contribuciones, éstas pueden servir accesoriamente como instrumentos eficaces de la política financiera, económica y social que el Estado tenga interés en impulsar, orientando, encauzando, alentando o desalentando ciertas actividades o usos sociales, según sean considerados útiles o no, para el desarrollo armónico del país, mientras no se violen los principios constitucionales rectores de los tributos.

Se trata, como se ve, sólo de una interpretación gratuita que lleva a cabo el Tribunal Pleno, pues no existe una consignación absolutamente clara y expresa de la función extrafiscal en la Constitución Federal. A pesar de ello, dicho Tribunal ha fijado una regla muy clara: si bien el legislador puede apoyarse en otros principios y valores constitucionales para gravar o eximir una manifestación de riqueza susceptible de imposición, **en modo alguno dichos objetivos (extrafiscales) podrían legitimar el gravamen sobre una riqueza situada fuera de los límites imponibles, o con violación al principio de equidad tributaria, ya que –como en el caso– dicho gravamen sería arbitrario e injusto.**

La rotundidad con la que se pronuncia el Tribunal Pleno sobre el tema, es fruto de su concepción acerca de la función del sistema tributario, basada en la consideración de éste como instrumento de intervención del Estado en la economía. Consecuentemente, la extrafiscalidad deja de concebirse como

algo ajeno o marginal al fenómeno tributario; vendría a configurarse como <<un modo de ser del fenómeno impositivo en la época contemporánea>>, encaminado a hacer realidad de forma directa los fines constitucionales, en el marco de las exigencias de los principios de justicia material, establecidos en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Federal.

En síntesis, el Tribunal Pleno defiende la legitimidad constitucional de la utilización extrafiscal de los tributos, pero sin que ello signifique que éstos puedan desconocer o contradecir los principios tributarios.

Ello significa que nuestra Constitución no ofrece respaldo suficiente a la sustitución de los principios de justicia tributaria por otros criterios que no sean los de proporcionalidad y equidad tributarias. Por tanto, la imposición o desgravación del tributo sólo puede ser justa en cuanto no suponga una vulneración de los principios constitucionales tributarios.

En este sentido, el “tributo con fines extrafiscales” (financieros, económicos o sociales) no puede ser llevado hasta el punto de crear peligros económicos o violar principios jurídicos. Permitir tratamientos discriminatorios de capacidades económicas formalmente iguales, en nombre del interés colectivo (o hidráulico como en el caso), no significa atribuir al legislador un poder ilimitado; exigir primero los requisitos constitucionales de proporcionalidad y equidad, para calificarlos luego en sentido social (o hidráulico), conduce a un absurdo jurídico: quitar con una mano lo que se ha dado con la otra.

En el caso, la quejosa, en su segundo concepto de violación (fojas 31 y 35 de la ejecutoria que se objeta), alega lo siguiente:

La referida zonificación fiscal es absolutamente inexplicable si se toma en cuenta que los artículos del 38 al 43 de la Ley de Aguas Nacionales, completamente coincidentes con los artículos del 108 al 111 de la Ley Federal de Aguas que le antecedió, sólo contemplan la existencia de zonas de veda y de zonas de libre alumbramiento. En las primeras se limita a los particulares su derecho a la extracción de aguas del subsuelo y se les fijan condiciones y modalidades al respecto, todo ello por razones de política hidráulica (aprovechamiento racional, sobreexplotación de acuíferos, escasez transitoria), en tanto que en las segundas no existen regulaciones sobre el particular o, si las hay, son mínimas.

Suponiendo, pero sin conceder, que sí hubiera justificación para el establecimiento de las cuotas diferenciales que se comentan, éstas no podrían ser más que dos: una para **zonas de libre alumbramiento y otras para zonas de veda** por elementales razones de equidad fiscal e igualdad de trato a particulares. Sin embargo, como ya se ha expresado, ahora se encuentran en vigor **nueve cuotas distintas** en toda la República por el uso o aprovechamiento del mismo bien, que esencialmente es el mismo en toda la Federación.

Entonces, el motivo de inconformidad de la quejosa se reduce a esto: **¿Si legalmente los usuarios del agua se dividen sólo en dos categorías, por qué la ley reclamada los divide en nueve?**

La desigualdad es más evidente si se considera que las cuotas tributarias que se establecen en el artículo 223 reclamado, no son –como deberían ser– iguales para todos los contribuyentes que están radicados en zonas de libre alumbramiento, ya que según se desprende de la simple lectura del artículo 231 también reclamado, han quedado comprendidos arbitrariamente en las “zonas de disponibilidad” 1 a 9 que establece el artículo 223 citado. Esto lleva a que contribuyentes formalmente iguales, reciban un trato fiscal distinto, tanto como lo son las cuotas tributarias que van de \$6.00 a \$0.41 por M3.

A la inversa, contribuyentes usuarios ubicados por la normativa de la materia en zonas de veda (por ejemplo, Toluca, Estado de México y Puebla, Puebla), deberían quedar ubicados en la zona de disponibilidad número 1, y pagar como la quejosa una cuota de \$6.00 por M3. Sin embargo, el artículo 231 reclamado los ubica en “zonas de disponibilidad” 2, 6 y 7 y, por tanto, pagan cuotas menores de \$4.80, \$2.35 o \$1.54 por M3.

Lo peor viene cuando observamos municipios que, por igualdad de razones hidrológicas, han quedado comprendidos en un mismo Decreto de veda, reciben indebidamente por los preceptos reclamados un tratamiento fiscal distinto, ya que quedan arbitrariamente comprendidos en algunas

de las nueve “zonas de disponibilidad” que establece el artículo 223 reclamado, como si la Ley Federal de Derechos fuera la norma adecuada para establecer una división geográfica e hidrológica distinta a la que se deriva de la normativa de la materia que, a pesar de obrar en autos, fue pasada por alto por la mayoría.

Por tanto, es indebido que la ejecutoria haya estimado que (fojas 61 y 62):

Tampoco se demostró que las aludidas tarifas fueran inequitativas, pues para ello se tendría que haber acreditado que todos los contribuyentes que extraen en las diversas zonas de disponibilidad que contempla el precepto relacionado, se encuentran en idéntica situación; es decir que existe la misma abundancia o escasez de agua, el mismo problema de sobrepoblación etc., lo que no ocurrió, pues el hecho de que la determinación de las zonas de disponibilidad para efectos fiscales no coincida con la clasificación que determina el Ejecutivo Federal como zonas de veda y de libre alumbramiento sólo demuestra que se tomaron en cuenta diversos factores, pues es evidente que podrá haber zonas de libre alumbramiento donde exista mayor o menor escasez de agua; mayor o menor sobrepoblación etc., por lo que esa sola circunstancia no demuestra violación al principio de equidad tributaria.

En consecuencia, al existir en los artículos 223, apartado A y 231 de la Ley Federal de Derechos reclamados, una evidente violación al principio de equidad tributaria, el criterio de la mayoría, sin ni siquiera haber transcrito –mucho menos examinado–, en la ejecutoria, el artículo 231 referido, debió haber considerado fundados los agravios de la quejosa y, por tanto, haber otorgado el amparo solicitado.

Lo anterior demuestra que la utilización extrafiscal del tributo puede significar una reestructuración indirecta del hecho imponible que lo genera. Además, el legislador fiscal, al determinar las consecuencias económicas de ciertas actividades privadas, puede influenciarlas de modo decisivo –facilitarlas, impedir las o desviarlas– aunque sigan siendo para las leyes que las regulan formalmente iguales. Puede, en definitiva, reformar de hecho ciertos sectores o actividades económicos, alterando –por vía de hecho– las normas materiales que los regulan.

De esta forma, los tributos extrafiscales, sobre todo los que fijan una excesiva imposición, pueden indebidamente establecer a cierta actividad económica límites o frenos que no derivan de su regulación material. Por ello, el criterio de la mayoría debió fijar una limitación a la utilización extrafiscal de los tributos, a efecto de respetar no sólo los límites concernientes específicamente a la potestad tributaria (principios constitucionales tributarios), sino también aquellos que se contienen en las normas que regulan determinada actividad económica, pues de otra manera se hace irrisoria la libertad de iniciativa económica y la propiedad privada.

- c) A pesar de que, según quedó demostrado anteriormente, el criterio de la mayoría debió haber sido otro, a continuación se examinan, de forma particular, otras consideraciones de la ejecutoria que se controvierte, contenidas en la foja 61 de la misma. Dice la ejecutoria:

Por otra parte, **el hecho de que la tarifa mayor sea considerablemente más alta que la inferior, no significa que el derecho necesariamente sea desproporcionado,** puesto que como ya se señaló la autoridad legislativa puede atender a **finés extrafiscales como son la abundancia del agua, la necesidad de racionalizar su uso o la de evitar el agotamiento de los mantos acuíferos, etc.,** lo que varía considerablemente de una zona a otra, dando lugar a la diferencia en el monto de las tarifas (sic), sin que por ello se pueda considerar infringido el principio de proporcionalidad, tributario o tomando en cuenta que el interés general y nacional está por encima del particular, **de modo que en estos casos no necesariamente debe existir correspondencia entre el costo que para el Estado representa el permitir el uso o aprovechamiento del agua del subsuelo y la cuota que paga el particular.”**

Si se examina con cuidado el párrafo anterior, se observará la confusión que existe en la mayoría, entre lo que es un derecho **por recibir servicios que presta el Estado en sus funciones de derecho público,** y lo que son los derechos por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la Nación.

Los primeros –por pura lógica se desprende–, requieren de una actividad concreta de la Administración, llamada servicio público. El importe de este tipo de derechos, según lo ha dicho esta Suprema Corte, precisa de una correspondencia entre el costo del servicio y la capacidad económica del sujeto.

En cambio, los segundos atienden al valor o precio que fija discrecionalmente el legislador del bien del dominio público de la Nación de que se trate, de manera que según el grado de uso o aprovechamiento que el particular haga de dicho bien, será la medida de su importe. En el caso, será el número de metros cúbicos de agua extraída la base gravable sobre la que debe recaer la cuota o valor correspondiente, a fin de obtener el importe del tributo en cuestión.

Sin embargo, la ejecutoria de la mayoría mezcla ambos tipos de derechos, justificando –intentando justificar mejor dicho– que el derecho reclamado no es desproporcional porque **“no necesariamente debe existir correspondencia entre el costo que para el Estado representa el permitir el uso o aprovechamiento del agua del subsuelo y la cuota que paga el particular”**.

Si se observa bien la consideración anterior, resulta que la mayoría examinó la proporcionalidad del tributo reclamado a través del **“costo que para el Estado representa el permitir el uso o aprovechamiento del agua del subsuelo y la cuota que paga el particular”**, ¡como si de derechos por la prestación de un servicio público se tratara!, y no por el precio fijado para el grado de uso o aprovechamiento del bien de dominio público de la Nación. En el caso en examen, la extracción del agua del subsuelo no requiere de ningún servicio público del Estado, por lo que tampoco el importe del derecho debe atender al **“costo que para el Estado representa el permitir el uso o aprovechamiento del agua del subsuelo”**, sino sólo –repetimos– al precio fijado legalmente para cada metro cúbico de agua extraída.

Lo anterior significa, en consecuencia, que la ejecutoria de la mayoría resolvió la desproporcionalidad que alegó la quejosa con base en un criterio totalmente inapropiado para ello, pues la naturaleza del derecho en cuestión exigía estudiar, respecto a su proporcionalidad, si el importe o cuota establecida en los preceptos reclamados respetaban o no la capacidad económica del sujeto, sin acudir al “costo que para el estado representa el permitir el uso o aprovechamiento del agua del subsuelo”, ya que este criterio es totalmente ajeno al derecho que se impugnó.

d) Con independencia de lo anterior, la ejecutoria insiste en su inexacto planteamiento respecto a la proporcionalidad del tributo. Dice así:

Por lo tanto una tarifa aplicable para determinada zona puede superar **en mucho** a la que se aplica en otra zona, sin que ello sea violatorio del principio de proporcionalidad, puesto que en la determinación de tales tarifas son múltiples los factores que se deben tomar en cuenta.

Resulta sumamente difícil de comprender el párrafo recién transcrito, toda vez que el afirmar que la **“tarifa aplicable para determinada zona puede superar en mucho a la que se aplica en otra zona”**, constituye una expresión que genera sólo inseguridad en los contribuyentes, pues ese “en mucho” puede llegar a cualquier tipo de cuota. A 100%, a 1,000%, a 10,000%, o cualquier otra.

Tal expresión, en opinión de esta minoría, olvida que el único criterio válido en materia tributaria es el de la capacidad económica del sujeto, y no el de la cantidad. Por tanto, el establecer que las cuotas de una categoría pueden superar “en mucho” a las de otras, es abrir la puerta para que la potestad tributaria del Estado establezca cualquier tributo y lo aumente a placer.

Por otro lado, tampoco genera seguridad y certeza jurídicas el justificar que una tarifa pueda superar “en mucho” a otra, si se considera que “en la determinación de tales tarifas son múltiples los factores que se deben tomar en cuenta”, pues esta última expresión, vacía también de contenido, no dice prácticamente nada. En efecto, esos “múltiples factores” pueden ser cualquier cosa, sin que se conozca con seguridad cuáles son. Desde luego, tampoco la ejecutoria nos ahorró el esfuerzo de estar adivinando cuáles serían esos “múltiples factores”.

Quizá la mayoría, sin que las haya transcrito en su ejecutoria, pretendió fundamentar la proporcionalidad del tributo reclamado acudiendo a las tesis visibles, respectivamente, en el Apéndice de 1995, Octava Época, Segunda Sala, Tomo I, Tesis 166, página 168 y Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tribunal Pleno, Tomo 205-216, Primera Parte, página 166, que dicen:

“IMPUESTOS, INCREMENTO EN MÁS DE CIENTO POR CIENTO A LOS, NO LOS CONVIERTE EN DESPROPORCIONADOS E INEQUITATIVOS.- La circunstancia de que el impuesto sea superior al cien por ciento de la cantidad designada en años anteriores, no demuestra que se esté en presencia de un impuesto desproporcionado e inequitativo, ya que un tributo puede superar, **en mucho**, a las cantidades cubiertas en ocasiones anteriores por determinados conceptos, sin que se incurra por ese sólo hecho, en violación del artículo 31, fracción IV, de la Constitución”.

“IMPUESTOS, EL AUMENTO CONSIDERABLE EN EL MONTO DE LOS, NO DEMUESTRA NECESARIAMENTE QUE SEAN DESPROPORCIONADOS E INEQUITATIVOS.- Si bien es cierto que de conformidad con lo establecido por el artículo 31, fracción IV, de la Constitución, las contribuciones deben reunir los requisitos de proporcionalidad y equidad, sin embargo, no se puede estimar que el aumento considerable en el monto de un impuesto demuestre que se esté en presencia de un impuesto desproporcionado e inequitativo, **pues en la determinación del mismo son múltiples los factores que se deben tener en cuenta, como la capacidad contributiva, las necesidades colectivas que deben satisfacerse, la redistribución de la riqueza, etcétera**, por lo que el que un impuesto sea elevado, incluso considerablemente, de un año a otro, no significa, necesariamente, que se incurra en violación al artículo 31, fracción IV, de la Constitución.”

Como puede observarse, existe en efecto una palpable semejanza entre las consideraciones de la mayoría y las jurisprudencias anteriores. La expresión **“en mucho”** la tomó la mayoría de la primera tesis transcrita. En cambio, la expresión **“en la determinación de un impuesto son múltiples los factores que se deben tomar en cuenta”**, la tomó de la segunda tesis.

Sea como fuere, el criterio de la mayoría da a entender que la seguridad jurídica es inexistente en materia tributaria. Esta minoría se resiste a creerlo. Los tributos no deben entregarse a la libre disposición de la voluntad del legislador, pues los preceptos establecidos por el Constituyente, como los artículos 14, 16 y 31, fracción IV, señalan objetivos, consagran limitaciones y fijan reglas que conforman un estatuto para que sean los fines constitucionalmente consagrados –y no la libre voluntad del legislador– quienes dominen las formas de legislación.

Por ello, no es en las expresiones **“en mucho”** o en los **“múltiples factores”**, sino en el esquema constitucional donde se produce la previsibilidad de la actuación estatal que asegura a los ciudadanos la paz y el clima de confianza que instauran las situaciones psicológicas necesarias para el trabajo y el desarrollo de todos. Sin duda, la mayoría debió rechazar estos criterios, cambiándolos por la certeza de la duda tributaria, pues no debe olvidarse que es en el campo tributario donde el legislador se ve tentado con mayor frecuencia a realizar bruscas alteraciones e innovaciones, sorprendiendo al ciudadano. La mayoría debió cambiar, entonces, ese **“en mucho”** y los **“múltiples factores”**, que sólo dan lugar a la sorpresa, por la previsibilidad y la seguridad jurídicas. A nadie debe sorprender el tributo, pues la sorpresa es arma de los ladrones y no del legislador.

- e) Finalmente, la ejecutoria tampoco atendió el apartado g) del segundo concepto de violación de la quejosa, relativo a que la falta de igualdad fiscal también deriva de las exenciones (sic) que se otorgan a empresas mineras (25% de las cuotas), azucareras (50% de las cuotas) y papeleras (80% de las cuotas), pues tales exenciones resultan injustificadas en virtud de que dichas empresas son de las que más consumo de agua realizan y, sin embargo, son tratadas por la ley reclamada con privilegio. Además, si el fin extrafiscal es el de gravar más a quien extraiga más agua del subsuelo en zonas de veda o de poca o escasa disponibilidad, entonces aquellas empresas no deberían gozar de una reducción en la cuota del derecho por extracción de agua, sino ser gravadas igual que la recurrente.

En relación con lo anterior, esta minoría considera que le asiste razón a la quejosa, toda vez que las empresas mineras, azucareras y de papel y celulosa, consumen en sus procesos industriales altas cantidades de agua, situándose en el hecho imponible que genera el derecho controvertido,

debiendo entonces quedar sujetas al pago del mismo, sin que se justifique el beneficio fiscal que el precepto transitorio establece, mucho menos si se considera que las tarifas establecidas en el artículo 223 reclamado, persiguen, en opinión de la mayoría, un fin extrafiscal, consistente en la racionalización del consumo de agua en una zona de veda o escasa disponibilidad, a efecto de evitar la escasez y el hundimiento de la Ciudad de México.

El fin extrafiscal referido no resulta ser para esta minoría un argumento válido para considerar que, en el caso, no existe violación a la garantía de equidad tributaria, pues si el fin extrafiscal es racionalizar el consumo de agua y evitar el hundimiento de la Ciudad de México, la ejecutoria debió percatarse de que las reducciones en la cuota que establecen las fracciones III, IV y V del artículo 231 reclamado, para la industria minera (25%), para los ingenios azucareros (50%) y para las industrias de la celulosa y el papel (80%), no persiguen en todos los casos el fin extrafiscal referido, ya que la reducción en la cuota es para tales industrias en lo general, es decir, con independencia del lugar en que se ubiquen. En cambio, el fin extrafiscal que en opinión de la mayoría persiguen los preceptos reclamados, sólo puede conseguirse en la cuenca del Valle de México, pues lo que se trata es racionalizar el agua y evitar el hundimiento de esta zona.

Consecuentemente, el criterio de la mayoría es inexacto y contradictorio, toda vez que, por un lado, justifica la constitucionalidad de los preceptos reclamados en un particular fin extrafiscal y, por el otro, permite la exención de empresas que van en contra de dicho fin, al consumir grandes cantidades de agua. Al contrario, las empresas beneficiadas con ese régimen fiscal preferente deberían ser gravadas con las cuotas máximas, sobre todo si se ubican –como la quejosa– en la cuenca del Valle de México. Al no hacerlo así, queda desdibujado el fin extrafiscal que fundamenta la ejecutoria que se controvierte, para encubrir un fin meramente recaudatorio y arbitrario que debió rechazarse, ya que de otra manera se producirán las siguientes consecuencias indeseables:

Primera.- La ejecutoria de la mayoría constituye una generosa autorización para el establecimiento de tributos con fines extrafiscales, aun sean éstos decididamente perniciosos o extravagantes.

Segunda.- Criterios como el de la ejecutoria, quiebran la relación constitucionalmente exigida entre imposición y garantías constitucionales tributarias, a pesar de que existe jurisprudencia que está llamada a evitar tal quiebra.

Tercera.- La ejecutoria desfigura la naturaleza jurídica del tributo y la esencia contributiva de éste, lo que quiere decir que los “tributos con fines extrafiscales” no son ciertamente tributos, pues en ellos no rigen los principios constitucionales tributarios.

Cuarta.- Por tanto, si el derecho reclamado no es un tributo, entonces no queda más remedio que equiparlo a una técnica de freno o disuasión, de carácter recaudatorio y excesiva, asimilada a una “multa” sin infracción previa.

Sin embargo, creemos que no es conveniente utilizar el nombre de derecho, y todo el ropaje jurídico que esta denominación comporta, para penalizar un simple consumo de agua, pues, desde luego, el tributo no es el cauce jurídico para conseguirlo, ya que éste responde a otras necesidades y a otros objetivos distintos de los estrictamente sancionatorios.

TERCERO.- Por las razones anteriores, esta minoría disiente de la ejecutoria pronunciada por el Tribunal pleno en el Amparo en Revisión 1776/96, promovido por Purificadora de Agua Los Reyes, S. A. de C. V., ya que debió haberse declarado la inconstitucionalidad de los preceptos reclamados y, en consecuencia, otorgado el amparo a la quejosa.”¹³ (Muchas de las negrillas están puestas por el autor, otras corresponden al texto original consultado).

¹³ *Revista Lex*, 3ª época, año III, núm. 26, México, Editora Laguna, agosto de 1997, pp. 5-10.

Como se ha referido anteriormente y se desprende de este voto de minoría, el criterio de la mayoría del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se basó en una cuestión muy local como es la problemática de la Cuenca del Valle de México o el hundimiento de la Ciudad de México, para, por cuestiones de índole extrafiscal, declarar la constitucionalidad del sistema de cobro en estudio para toda la República mexicana, lo cual a mi parecer tampoco es acertado, pues la problemática de dicha región es muy específica o particular, por la zona de lagos sobre la que desde hace siglos se asentó nuestra ahora ciudad capital.

Categorica es la aseveración en dicho voto de minoría de que los fines extrafiscales, cualquiera que esos sean, no pueden servir de pretexto para dejar de observar las garantías tributarias previstas en el artículo 31, fracción IV, constitucional; y que dichos fines extrafiscales no pueden ser llevados hasta el extremo de crear peligros económicos, permitiendo tratos discriminatorios de sujetos formalmente iguales, como en muchos supuestos en este régimen fiscal acontece.

Dicho voto de minoría es lógico al cuestionarse que si la Ley de Aguas Nacionales divide a los usuarios de aguas del subsuelo sólo en dos categorías o zonas, por qué la Ley Federal de Derechos los divide en nueve, advirtiendo que este último ordenamiento no es el adecuado para hacer una división geográfica o hidrológica en la materia. Asimismo en dicho voto de minoría se visualiza que los contribuyentes de estos derechos fiscales han quedado arbitrariamente clasificados en las referidas nueve zonas de disponibilidad.

De igual forma, en tal voto de minoría se le da la razón a la empresa quejosa de ese juicio, en el sentido de que resultaban injustificadas las exenciones parciales previstas en aquel momento para las empresas mineras, azucareras o papeleras, por ser dichas empresas de las que más agua consumen, lo que se contrapone con el supuesto fin extrafiscal de gravar más al que extraiga más agua. En otras palabras, para los Ministros que emitieron el voto de minoría en comento, el criterio de la mayoría fue contradictorio: pues por un lado se justificaba la constitucionalidad de los preceptos reclamados en el referido fin extrafiscal; y por otro permitían la exención de empresas que iban en contra de tal fin, al ser de las grandes consumidoras de agua, contradicción que también a mi parecer resulta patente.

Abundando sobre este aspecto de los fines extrafiscales, en dicho voto de minoría los Ministros que lo emitieron señalan que los tributos con tales fines no tienen apoyo constitucional, o sea, que no hay una norma en nuestra Constitución que los sustente. En lo personal coincidí con lo anterior y si, como se ha dicho anteriormente en este trabajo, acorde con el artículo 124 de nuestra Constitución Política Federal, vivimos en un régimen de facultades expresas, conforme al cual las autoridades únicamente pueden hacer lo que expresamente tienen permitido, al no haber un precepto constitucional que permita tales tributos con fines extrafiscales, los mismos en estricto derecho deben estimarse inconstitucionales.

Sin embargo, en el año de 1991 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó lo contrario, o sea, estimó constitucionales a dichos tributos con fines extrafiscales, acorde con la tesis jurisprudencial citada en el referido voto de minoría cuya voz es “CON-

TRIBUCIONES. FINES EXTRAFISCALES”. Según puede leerse en la misma, en dicha tesis nuestro máximo Tribunal estimó que además del propósito recaudatorio que para sufragar el gasto público tienen las contribuciones, éstas pueden servir accesoriamente como instrumentos eficaces de la política financiera, económica y social que el Estado tenga interés en impulsar, orientando, encausando, alentando o desalentando ciertas actividades o usos sociales según sean considerados útiles o no para el desarrollo del país, mientras no se violen los principios constitucionales rectores de los tributos. Es decir, para nuestro máximo Tribunal sí puede haber impuestos o contribuciones con fines extrafiscales, pero en todo momento las mismas deben respetar las garantías tributarias, lo que en el sistema fiscal de las aguas del subsuelo en estudio no se da, pues ante dicha clasificación arbitraria en las referidas nueve zonas de disponibilidad, como se ha dicho, se trata en forma desigual a usuarios de las aguas de pozo que las extraen en condiciones de igualdad, e incluso, se trata igual a contribuyentes desiguales, lo que indubitadamente resulta violatorio de la garantía de equidad tributaria.

No deja de ser sugestivo el tema de los impuestos o contribuciones con fines extrafiscales. Por ejemplo, que a través del establecimiento de impuestos a las bebidas alcohólicas se pueda combatir el alcoholismo; que a través de establecer gravámenes a los cigarros se pueda combatir el tabaquismo; que se puedan establecer gravámenes a la comida conocida como “chatarra” para combatir la obesidad, o bien, por citar otro ejemplo, que pueda haber contribuciones cuyo objetivo realmente no sea recaudar sino combatir la contaminación en pro de la ecología. Sin embargo, insisto, al no haber una norma en nuestra Constitución que permita expresamente este tipo de tributos con fines extrafiscales, conforme a nuestro régimen de facultades expresas en estricto derecho tales gravámenes resultan en mi opinión inconstitucionales.

Este tema de los impuestos con fines extrafiscales ha estado en boga en los últimos años en la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y, por qué no decirlo, tributos claramente inconstitucionales han sido declarados constitucionales por supuestos fines extrafiscales inferidos por nuestro máximo Tribunal, como lo fue el régimen fiscal de las aguas del subsuelo en estudio.

Incluso, recientemente, esto es en el año de 2007, a través de una jurisprudencia cuya voz es “FINES EXTRAFISCALES. LAS FACULTADES DEL ESTADO EN MATERIA DE RECTORÍA ECONÓMICA Y DESARROLLO NACIONAL CONSTITUYEN UNO DE SUS FUNDAMENTOS”,¹⁴ la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación le ha querido encontrar (de alguna forma obstinadamente) un supuesto fundamento constitucional a esa clase de tributos en el artículo 25 de nuestra Constitución Política Federal, artículo antes referido en este trabajo y que es rector de las facultades del Estado enunciadas en la propia voz. En las atribuciones que le da dicho precepto al Estado de planear, coordinar

¹⁴ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, marzo de 2007, p. 79.

y orientar la actividad económica, y de llevar a cabo la regulación y fomento de actividades que demanda el interés general, en dicha jurisprudencia la Primera Sala de nuestro máximo Tribunal ha señalado que dicho artículo 25 constitucional constituye uno de los fundamentos de los fines extrafiscales (no sé qué otro pueda haber), lo que en mi opinión constituye una interpretación francamente excesiva de dicho artículo sobre el tema en particular. Debe recordarse que nuestra Constitución data del año de 1917 y que fue promulgada dentro de un movimiento revolucionario, en la que el Poder Constituyente estaba preocupado por otras cuestiones mucho más relevantes como, por ejemplo, las garantías sociales de la clase trabajadora y campesina, y que desde luego sinceramente no creo que haya pasado por su mente sentar principios sobre impuestos con fines extrafiscales en el aludido precepto, por lo que a mi parecer, insisto, quererle encontrar un fundamento a este tipo de contribuciones en tal artículo es francamente excesivo o exagerado.

Sobre el propio tema de los impuestos con fines extrafiscales, una jurisprudencia de la misma Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que data de 2005 y que me parece mucho más relevante comentar, es la que lleva por voz “FINES EXTRAFISCALES. CORRESPONDE AL ÓRGANO LEGISLATIVO JUSTIFICARLOS EXPRESAMENTE EN EL PROCESO DE CREACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES.”¹⁵ En dicha jurisprudencia la Primera Sala de nuestro máximo Tribunal ha sentado el criterio de que ineludiblemente debe ser el órgano legislativo el que justifique expresamente, en la exposición de motivos, en los dictámenes o en la misma ley, los fines extrafiscales que persiguen las contribuciones con su imposición; y que tendrá que ser el legislador quien en este supuesto refleje su voluntad en el proceso de creación de la contribución, en virtud de que en un problema de constitucionalidad de leyes debe atenderse sustancialmente a las justificaciones expresadas por el propio órgano encargado de crearlas y no a las posibles ideas que haya tenido o a las posibles finalidades u objetivos que se haya propuesto alcanzar. Esto es, acorde con dicha jurisprudencia, en esencia los tribunales o jueces no pueden “inferir” o “suponer” los fines extrafiscales de un tributo, sino que los mismos deben quedar plasmados en algún momento del proceso legislativo (en la exposición de motivos, en los dictámenes correspondientes o en la propia ley). Como se desprende del voto de minoría en comento, en la exposición de motivos del régimen fiscal de las aguas del subsuelo en estudio, no se señaló que el supuesto fin extrafiscal fuera la racionalización de la extracción del agua en la Cuenca del Valle de México o por el hundimiento de la Ciudad de México, siendo que al no haber quedado señalado dicho supuesto fin extrafiscal en ese proceso legislativo, si hubiera existido esta última jurisprudencia comentada cuando se fallaron en definitiva los amparos sobre tal tema, posiblemente una suerte distinta hubieran corrido los mismos, aunque también cabe advertir que en una tesis aislada P.XXXIII/2007 el Pleno de nuestra Suprema Corte se apartó de este criterio señalando que es incuestionable que el juzgador sí puede sostener que un precepto

¹⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, mayo de 2005, p. 157.

establece fines extrafiscales aunque sobre el particular no se haya hecho pronunciamiento alguno en la exposición de motivos o en el proceso legislativo.

También dicho voto de minoría es correcto en aseverar que el fallo de la mayoría examinó la proporcionalidad de los derechos en estudio en forma equivocada, como si se tratara de derechos por servicios públicos y no por el uso o aprovechamiento de un bien del dominio público, aludiendo a un supuesto “costo” que para el Estado representa el permitir el uso o aprovechamiento de las aguas del subsuelo. Sobre este aspecto de la garantía de proporcionalidad en materia de derechos estimo que vale la pena hacer las siguientes reflexiones.

Tratándose de derechos por servicios públicos que presta el Estado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido varias tesis en el sentido de que la aludida garantía de proporcionalidad tributaria es distinta respecto de los principios que sobre el particular rigen en materia de impuestos.¹⁶ Es decir, tratándose de impuestos la garantía de proporcionalidad se vincula con la capacidad económica de los sujetos pasivos, o sea, coloquialmente hablando, deben pagar más los contribuyentes que más tienen que los que menos tienen o deben pagar más los contribuyentes que más ganan que los que menos ingresos perciben. En cambio, tratándose de tales derechos por servicios públicos, en dichas tesis nuestro máximo Tribunal ha sostenido que la garantía de proporcionalidad radica medularmente en que debe existir una estrecha relación o un equilibrio razonable entre el costo que para el Estado representa otorgar el servicio público respectivo y la cuota del derecho que se cobra por el mismo; y que la garantía de equidad tratándose de este mismo tipo de derechos, radica en que deben pagar cuotas iguales quienes reciben servicios análogos.

Sin embargo, los anteriores principios de proporcionalidad y equidad tratándose de este tipo de derechos por servicios públicos, incluso reconocidos ampliamente por la doctrina, en mi opinión se han empezado a poner en “riesgo” por dos tesis de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación que paso a comentar.

La primera de ellas lleva por voz “AGUA, DERECHOS POR PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LA TARIFA DE LA LEY DE INGRESOS DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA PARA 1993, PARA USO COMERCIAL, INDUSTRIAL Y GUBERNAMENTAL MEDIDO PARA LA CIUDAD DE MEXICALI, NO VIOLA LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD POR CONTENER CUOTAS DIVERSAS APLICABLES A LAS DISTINTAS CANTIDADES DE METROS CÚBICOS CONSUMIDOS”,¹⁷ en la que se sostiene que tratándose de derechos por el servicio de suministro de agua, los mismos pueden también establecerse atendiendo a los beneficios re-

¹⁶ Por ejemplo, pueden consultarse las tesis cuyas voces son “DERECHOS FISCALES. LA PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD DE ESTOS ESTÁ REGIDA POR UN SISTEMA DISTINTO DEL DE LOS IMPUESTOS.”, en *Semanario Judicial de la Federación* 169-174, segunda parte, p. 62 y “DERECHOS FISCALES. SUBSISTE LA CORRELACIÓN ENTRE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO Y EL MONTO DE LA CUOTA.”, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, primera parte, enero a junio de 1989, p. 77.

¹⁷ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, junio de 1995, p. 30.

cibidos por los usuarios, sus posibilidades económicas y sociales, y, además, a razones de orden extrafiscal, entre ellas, la necesidad de racionalizar el consumo de agua. Lo anterior, para Virgilio César Valdés Portales, significa darle a estos derechos por el servicio de agua potable un tratamiento de impuestos.¹⁸ En lo personal, anteriormente he externado o coincidido en que si la Constitución no permite expresamente contribuciones con fines extrafiscales, las mismas son inconstitucionales. Empero, partiendo de que nuestro máximo Tribunal ha sostenido que los tributos sí pueden tener dichos fines, yo en todo caso puedo coincidir en que en el servicio de agua potable se dé el fin extrafiscal de racionalizar su consumo, ello para que no se desperdicie el vital líquido, estando completamente de acuerdo en que pague más el que más use el agua que el que menos la consuma, ello a través de tarifas progresivas. Pero de ninguna manera estoy de acuerdo en que los derechos por el servicio de agua potable (ni ningún otro) se puedan tasar en función de las posibilidades económicas de los contribuyentes, o sea, por ejemplo, por colonias según clases sociales, pues según se ha visto y es de explorado derecho, establecer gravámenes dependiendo de la capacidad económica de los causantes es absolutamente procedente tratándose de impuestos, mas no de derechos, lo que daría base a que personas que recibieran servicios iguales pagaran cuotas diferentes. De igual forma tampoco estoy de acuerdo en que los derechos por el servicio de agua potable (ni tampoco ningún otro) puedan asimismo establecerse con base en los beneficios recibidos por los usuarios. Es decir, por ejemplo, si una empresa utiliza agua potable o cualquier otra materia para su operación o procesos productivos, si de tales procesos obtiene utilidades, dichas utilidades justamente se gravan a través del Impuesto sobre la Renta, cuyo objeto es precisamente ese, gravar las utilidades o los ingresos de las personas físicas o morales. En otras palabras, en mi opinión, no es a través de derechos la vía para gravar las utilidades o los beneficios económicos que perciben los usuarios, pues exagerando, entonces este tipo de contribuciones serían realmente unos subimpuestos sobre la renta disfrazados de derechos fiscales. Cabría señalar que incluso prácticamente ninguna actividad industrial en la actualidad utiliza agua potable, sino más bien aguas de pozo.

La segunda de dichas tesis, que en mi opinión pone en peligro los principios tradicionales en materia de derechos por servicios públicos, lleva por voz “DERECHOS POR SERVICIO DE AGUA POTABLE. PARA EXAMINAR SI CUMPLEN CON LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD, DEBE ATENDERSE AL OBJETO REAL DEL SERVICIO PRESTADO POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CONSIDERANDO SU COSTO Y OTROS ELEMENTOS QUE INCIDEN EN SU CONTINUIDAD”.¹⁹ En dicha tesis, tomando primeramente como base los criterios

¹⁸ Virgilio César VALDÉS PORTALES, trabajo titulado “Tratamiento Actual por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la Contribución de los Derechos Fiscales”, en *Revista Lex*, 3ª época, año IV, núm. 31, México, Editora Laguna, enero de 1998, p. 21.

¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, enero de 1998, p. 5.

sentados en la tesis comentada en el párrafo anterior, el propio Pleno de nuestro máximo Tribunal señala que tratándose de los derechos por el servicio de agua potable, se ha tomado en consideración para juzgar sobre los principios constitucionales de proporcionalidad y equidad no la simple correlación entre el costo del servicio y el monto de la cuota, sino también los beneficios obtenidos por los usuarios, las posibilidades económicas de éstos y otras razones de tipo extrafiscal; que en consecuencia ese alto Tribunal ha sentado criterios distintos para derechos por servicios de naturaleza diversa, atendiendo al objeto real del servicio prestado por el ente público, que trasciende tanto a sus costos como a otros elementos que inciden en la continuidad y permanencia de su prestación; que tratándose de derechos causados por servicios, el objeto real de la actividad pública se traduce, generalmente, en la realización de actividades que exigen de la administración pública un esfuerzo uniforme, a través del cual puede satisfacer todas las necesidades que se presenten sin un aumento apreciable del costo del servicio; pero que la prestación del servicio de agua potable requiere de una compleja conjunción de actos materiales de alto costo a fin de lograr la captación, conducción, saneamiento y distribución del agua que, además, no está ilimitadamente a disposición de la administración pública, pues el agotamiento de las fuentes, la alteración de las capas freáticas, los cambios climáticos y el gasto exagerado, abusivo o irresponsable de los usuarios, repercuten en la prestación del servicio, porque ante la escasez del líquido, es necesario renovar los gastos para descubrir, captar y allegar más agua, todo lo cual justifica, cuando son razonables, cuotas diferentes y tarifas progresivas. Si bien se habla al final de dicha tesis de tarifas razonables, en mi opinión en la misma se deja “al vacío” en qué pueden radicar estrictamente los principios de proporcionalidad y equidad tratándose de derechos por el servicio de agua potable, o bien, no se dan en tal tesis criterios realmente definidos al respecto. Pareciera que en dicha tesis se hizo una síntesis de la problemática que representa prestar el servicio de agua potable para justificar el sistema tributario al respecto en el Distrito Federal, mas, insisto, en la misma se deja realmente “al vacío” en qué radican las garantías de proporcionalidad y equidad tratándose de dicha contribución, tesis que en un momento dado podría aplicarse tratándose de algún otro servicio cuya prestación pudiera resultar compleja, lo que me parece delicado ante la indefinición de conceptos como “otros elementos que inciden en su continuidad”.

Estas dos últimas tesis que han venido a romper los criterios tradicionales que se tenían sobre proporcionalidad y equidad en materia de derechos por servicios públicos, como se ha visto, se refieren particularmente a derechos por el servicio de agua potable. Quiero entender y ojalá así sea, porque jurídicamente estoy convencido de ello, que acorde con la segunda de tales tesis, mientras los servicios que preste la administración pública sean uniformes, deberá prevalecer el criterio de que la cuota debe tener relación con el costo del servicio y de que, por consiguiente, deben pagar cuotas iguales quienes reciben servicios iguales. Pero indubitavelmente el hecho de que en la primera tesis antes analizada se haya señalado que tratándose de derechos de agua potable las tarifas pueden atender a la

capacidad económica de los contribuyentes y al beneficio recibido por los mismos; y que en la segunda de tales tesis se señale que puede haber criterios distintos para derechos por servicios de naturaleza diversa, atendiendo al objeto real del servicio y a otros elementos que incidan en el costo, en la continuidad y en la permanencia del propio servicio, todo ello, vuelvo a reiterar, indudablemente rompe o pone en riesgo los criterios anteriormente definidos sobre dichas garantías tributarias respecto a esta contribución, criterios ampliamente reconocidos por la doctrina tanto nacional como extranjera.

Tratando ahora el otro tipo de derechos, es decir, los derechos por el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público (como el que particularmente nos ocupa, o sea, por el uso o aprovechamiento de las aguas del subsuelo a las que la Suprema Corte les ha dado tal carácter), en el voto de minoría en comentario primeramente se dice que este tipo de derechos atienden al valor o precio que fija discrecionalmente el legislador del bien del dominio público de la Nación de que se trate, y que según el grado de uso o de aprovechamiento que los particulares hagan de dicho bien, será la medida de su importe. En mi opinión, en esto debe radicar esencialmente la garantía de proporcionalidad en esta clase de derechos, esto es, en un valor justo o adecuado que fije discrecionalmente el órgano legislativo para el bien del dominio público respectivo.

Pero posteriormente en dicho voto de minoría se dice que la naturaleza del derecho en cuestión exigía estudiar respecto a su proporcionalidad si el importe o cuota establecida respetaban o no la capacidad económica del sujeto. En esto no coincido con dicho voto de minoría, pues establecer contribuciones con base en la capacidad económica de los causantes es correcto tratándose de impuestos, mas en mi opinión no tratándose de ningún tipo de derechos, ni por servicios públicos ni por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público.

Ahora bien, tratándose genéricamente de derechos por el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público del Estado, existe una tesis de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que se ha querido delimitar las garantías de proporcionalidad y equidad respecto a los mismos. Por ser los derechos que nos ocupan de este tipo, estimo conveniente transcribir dicha tesis:

DERECHOS POR USO O APROVECHAMIENTO DE BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO DE LA NACIÓN. ELEMENTOS PARA DETERMINAR SU PROPORCIONALIDAD Y EQUIDAD.

Tratándose de derechos fiscales por el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público de la Nación, a que se refieren los artículos 2o., fracción IV, del Código Fiscal de la Federación y 1o., párrafo primero, de la Ley Federal de Derechos, **el principio tributario de proporcionalidad no puede apreciarse, como en los impuestos, tomando en cuenta la capacidad contributiva del obligado, pues las actividades de usar o aprovechar dichos bienes no reflejan por sí solas y de modo patente, disponibilidad económica; de ahí que el citado principio constitucional se haga derivar, partiendo del acto de permisión del Estado, del grado de aprovechamiento de los bienes de dominio público, medido en unidades de consumo o de utilización de acuerdo con la naturaleza del bien, así como del beneficio aproximado obtenido por el usuario y, en su caso, de la valoración de su mayor o menor disponibilidad o su reparación o**

reconstrucción, si se produce un deterioro. Por su parte, el principio de equidad tributaria se cumple, por regla general, cuando las tasas aplicables son fijas e iguales para los gobernados que usan, explotan o aprovechan en similar grado el mismo bien de dominio público, al traducirse en un beneficio uniforme para ellos; o variables, si el grado de utilización del mismo bien es diferente.²⁰ (Las negrillas están puestas por el autor.)

Respecto a dicha tesis cabe comentar lo siguiente:

- a) Acorde con la misma, el principio de proporcionalidad en este tipo de derechos tampoco puede apreciarse de acuerdo con la capacidad económica de los contribuyentes, pues la actividad de usar o aprovechar los bienes del dominio público del Estado no refleja en sí misma disponibilidad económica, criterio que a mí me parece correcto, contrariamente a lo sostenido en el voto de minoría antes referido. Luego entonces, debe concluirse que establecer contribuciones de acuerdo con la capacidad económica de los contribuyentes es procedente tratándose sólo de impuestos, pero nunca de derechos, sean éstos por servicios públicos o por el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público.
- b) Para la Segunda Sala de nuestro máximo Tribunal, el principio de proporcionalidad en este caso se hace derivar, partiendo del acto de permisión del Estado, del grado de aprovechamiento de dichos bienes del dominio público, medido en unidades de consumo o de utilización de acuerdo con la naturaleza del bien.
- c) Que el referido principio de proporcionalidad también se hace derivar del beneficio aproximado obtenido por los usuarios. Como lo manifesté tratándose de los derechos por servicios públicos, en este caso tampoco estoy de acuerdo en que la garantía de proporcionalidad se vincule con los beneficios obtenidos por las personas físicas o morales, pues si un contribuyente utiliza asimismo un bien del dominio público para sus actividades y de las mismas percibe beneficios, rendimientos o utilidades, los mismos están gravados con el Impuesto sobre la Renta cuyo objeto es ese, sin que los derechos fiscales puedan convertirse en subimpuestos sobre la renta disfrazados de derechos, como ya lo dije anteriormente. Estimo que lo anterior de igual forma implica confundir un derecho con un impuesto.
- d) Acorde con tal tesis, también el principio de proporcionalidad queda vinculado, en su caso, con la valoración de la mayor o menor disponibilidad del recurso de que se trate o con su reparación o reconstrucción si se produce un deterioro.
- e) A mi parecer, realmente analizando el statu quo o problemática del bien del dominio público respectivo, como desde luego puede ser su disponibilidad o deterioro, el legislador debe discrecionalmente darle un valor justo y adecuado a dicho bien y gravarlo según su grado de consumo o utilización, en lo que yo en lo personal

²⁰ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIII, febrero de 2006, p. 844.

estimo debe radicar la garantía de proporcionalidad en este tipo de derechos fiscales por el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público del Estado.

- f) Para finalizar con esta tesis, respecto a la garantía de equidad en este tipo de derechos, estimo que es correcta la apreciación de que, por regla general, dicha garantía se cumple cuando las tasas aplicables son fijas e iguales para los contribuyentes que usan, explotan o aprovechan en similar grado el mismo bien del dominio público; y que deben ser variables, si el grado de utilización es diferente, siendo que en lo personal suprimiría lo del beneficio uniforme por las razones antes apuntadas.

Acorde con todo lo anterior, como se ha venido diciendo, el régimen actual de los derechos federales por el uso o aprovechamiento de las aguas del subsuelo en mi opinión resulta inconstitucional, principalmente porque ante una subjetiva y arbitraria clasificación de los Municipios de la República mexicana en las multirreferidas nueve zonas de disponibilidad, no se trata igual a contribuyentes que explotan o aprovechan dicho recurso natural en condiciones de igualdad, opinión que encuentra sustento en el voto de minoría antes referido y también en la tesis recientemente transcrita, pese a lo que falló en su momento nuestro máximo Tribunal al respecto.

Por otro lado, como ya se ha señalado, las empresas o particulares por regla general para explotar las aguas del subsuelo en México requieren de un título de concesión. En los títulos de concesión correspondientes se les autoriza extraer un determinado volumen de metros cúbicos al año. Si las empresas o particulares no utilizan el total del volumen autorizado, la Comisión Nacional del Agua, como ya también se ha dicho, puede declarar la caducidad de dicho volumen no utilizado.

Asimismo, los concesionarios de las citadas aguas del subsuelo, cuando no van a utilizar el total del volumen autorizado, tienen la posibilidad de ceder (vender) a terceros sus derechos de explotación respecto a los volúmenes de agua excedentes que calculan no utilizarán, con lo cual se ha creado un mercado del agua en nuestro país o “bancos del agua”, cuestión sobre la que ya también se abundó anteriormente.

Respecto a lo recordado en los dos párrafos anteriores y con el supuesto propósito de incentivar dicho mercado del agua, así como también para supuestamente evitar acaparamientos del líquido, en el año de 1998 la Ley Federal de Derechos, en un cambio medular, estableció que estos derechos fiscales por la extracción de aguas del subsuelo se pagarían por el total del volumen autorizado en los títulos de concesión respectivos. Tales derechos siempre se han pagado trimestralmente, además de tener que presentarse una declaración anual por parte de los contribuyentes de los mismos. Así, en el referido año de 1998 se estableció que en las declaraciones trimestrales se pagarían las cuotas establecidas para las antes referidas nueve zonas de disponibilidad por los volúmenes utilizados por los concesionarios en tales trimestres, y en la declaración anual se pagaría 10% de dichas cuotas por los volúmenes no utilizados por los causantes en el año.

Como se ha visto, en los términos de los artículos 2º, fracción IV, del Código Fiscal de la Federación y 1º de la Ley Federal de Derechos, esta clase de derechos fiscales se pagan por usar o aprovechar un bien del dominio público de la Nación. Es decir, “jurídicamente no puede haber en nuestro ámbito un derecho por no usar o no aprovechar un bien del dominio público del Estado”. Este es el único caso en el que tengo conocimiento de que se haya intentado introducir en nuestra legislación fiscal un derecho por el no uso o el no aprovechamiento de un bien del dominio público, esto es, por no usar o no aprovechar el total de los volúmenes concesionados a los particulares, lo cual en mi concepto realmente implicaba una aberración jurídica.

Lo anterior también provocó un número importante de amparos. En este aspecto y como era previsible, la Suprema Corte de Justicia de la Nación sí se pronunció en favor de los particulares concediendo sus amparos, estableciéndose además la siguiente jurisprudencia:

AGUAS NACIONALES. EL ARTÍCULO 222 DE LA LEY FEDERAL DE DERECHOS VIGENTE EN MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO, EN CUANTO ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE SU PAGO SOBRE EL VOLUMEN DE AGUA CONCESIONADA QUE NO ES EXPLOTADA, USADA O APROVECHADA, VIOLA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD TRIBUTARIA, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL. Los derechos por uso de bienes del dominio público de la nación constituyen una especie del género contribuciones que tienen su causa en un acto de permisión del Estado por el cual los particulares utilizan o aprovechan los referidos bienes, obteniendo así un beneficio específico, concreto e individualizado que justifica el pago del tributo. El cumplimiento del principio tributario de proporcionalidad tratándose de este tipo de derechos requiere, por tanto, del establecimiento de cuotas vinculadas con el aprovechamiento por los usuarios de esos bienes, medido según unidades de consumo o utilización conforme a la naturaleza de tales bienes y **al beneficio obtenido**. El artículo 222 de la Ley Federal de Derechos, reformado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y siete, en vigor durante mil novecientos noventa y ocho, establece la obligación de pago del derecho sobre agua por la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales sobre el volumen total consignado en el título de asignación, concesión, autorización o permiso otorgado por el Gobierno Federal, conforme a la zona de disponibilidad de agua en que se efectúe la extracción, autorizando a aplicar por el volumen de agua no explotada, utilizada o aprovechada, las cuotas previstas en el artículo 223 de la ley citada, que correspondan a las zonas de disponibilidad donde se ubique el aprovechamiento, reducidas en un 90%, siempre y cuando cuenten con medidor que contabilice el volumen de agua realmente explotada, usada o aprovechada. **Así, el artículo 222 mencionado resulta violatorio del principio de proporcionalidad tributaria al obligar a pagar el derecho sobre el volumen de agua no explotada, utilizada o aprovechada, pues ello se traduce en el pago del derecho sobre el uso de aguas nacionales, sin que se produzca el hecho que debe generar el derecho y que justifica su pago, como lo es la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas referidas que reporte un beneficio concreto e individualizado al gobernado, es decir, se establece una carga tributaria que no se justifica al no producirse el hecho que debe generarla, a saber, la explotación, uso o aprovechamiento de un bien del dominio público y, asimismo, al no existir este hecho no es posible fijar cuotas para el pago del derecho, pues éstas deben relacionarse con el aprovechamiento real que del bien hace el particular, con el beneficio que debe obtener y con la naturaleza del bien utilizado, lo que en el caso no acontece en la medida que no hay explotación, uso o aprovechamiento de ningún bien del dominio público de la nación.**²¹ (Las negrillas están puestas por el autor.)

²¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, septiembre de 2000, p. 5.

Como se puede observar, nuestro máximo Tribunal declaró inconstitucional este sistema de cobro, por estimarlo violatorio de la garantía de proporcionalidad tributaria, en esencia porque se obligaba a pagar a los particulares un derecho sin que se produjera el hecho que debía generar su pago (o sea justamente la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas del subsuelo).

De esta jurisprudencia también se desprende que para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las cuotas en esta clase de derechos por el uso o aprovechamiento de un bien del dominio público del Estado, deben fijarse, entre otros aspectos, considerando el beneficio obtenido por los particulares por dicho uso, en lo que en lo personal no coincido, por las razones que ya expuse anteriormente.

El referido absurdo sistema de querer cobrar también por los volúmenes autorizados no utilizados quedó sin efectos para el año siguiente, es decir para 1999, dejándose el cobro en las referidas nueve zonas de disponibilidad con cuotas fijas por metro cúbico extraído en cada una de ellas sólo para los volúmenes realmente usados o explotados por los particulares, sistema que como se ha dicho prevalece y con el que en lo personal no estoy de acuerdo por todas las razones expuestas a lo largo de este apartado, pues indubitadamente en mi opinión tal sistema provoca tratos inequitativos y fomenta una competencia desleal.

Incluso cabe comentar que tratándose de ciertas explotaciones para agua potable, acuicultura, balnearios y centros recreativos, además de que dichos usos gozan de cuotas preferentes, se paga por los mismos la misma cuota en las zonas de disponibilidad de la 1 a la 6, ello de conformidad con el apartado B del artículo 223 de la Ley Federal de Derechos, por lo que realmente para el pago de estos usos existen cuatro tarifas o zonas y no nueve; para la generación hidroeléctrica existe una sola cuota para cualquier zona de conformidad con el propio precepto, lo cual es un argumento más para demostrar lo injustificable de las nueve zonas de disponibilidad para gravar a los demás contribuyentes.

Afortunadamente, respecto a esta contribución han ido desapareciendo paulatinamente las antes referidas injustificadas exenciones, y básica y genéricamente las exenciones que hoy en día prevalecen son las siguientes: para personas físicas dedicadas a actividades agrícolas o pecuarias para satisfacer sus necesidades domésticas y de abrevadero; para aguas que broten o aparezcan en el laboreo de las minas o que provengan del desagüe de éstas, salvo las que se utilicen en la explotación, beneficio o aprovechamiento de las mismas para uso industrial o de servicios; para usos agropecuarios con excepción de las utilizadas en la agroindustria; para las aguas que utilicen instituciones educativas con reconocimiento de validez oficial de estudios, diferentes a la conservación y mantenimiento de zonas de ornato o deportivas; para aguas interiores salobres, cumpliendo con ciertas especificaciones y requisitos; otras específicas relativas a ciertos núcleos de población con un número determinado de habitantes; y aguas que regresen a su fuente original o que sean vertidas en cualquier otro sitio previamente autorizado por la Comisión Nacional del Agua, siempre que tengan un certificado de calidad del agua que cumpla con estrictos parámetros establecidos por la ley.

Acorde con el artículo 225 de la Ley Federal de Derechos, para efectos del pago de esta contribución, es importante que los contribuyentes tengan instalados sus medidores, mismos que deben tener los sellos oficiales respectivos. También es importante que los contribuyentes lleven el registro de sus lecturas correspondientes. Respecto a esta cuestión de los medidores, cabe mencionar que acorde con el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 se va a procurar la implantación de sistemas modernos de medición y transmisión de datos a distancia para la información de volúmenes extraídos por los principales concesionarios.²²

Como se narró en los antecedentes de estos derechos, actualmente y básicamente a partir de 1992, de conformidad con los artículos 192-E y 230-A de la Ley Federal de Derechos, la Comisión Nacional del Agua tiene las siguientes facultades respecto a tal contribución, como autoridad recaudadora y administradora de la misma:

- a) Devolver y compensar pagos.
- b) Autorizar su pago a plazos, ya sea en parcialidades o diferido.
- c) Proporcionar asistencia gratuita a los contribuyentes.
- d) Contestar consultas sobre situaciones individuales, reales y concretas.
- e) Dar a conocer sus criterios de aplicación.
- f) Requerir la presentación de declaraciones a los contribuyentes.
- g) Comprobar el cumplimiento de sus obligaciones, incluyendo la práctica de visitas domiciliarias y el requerimiento de información tanto a los propios contribuyentes como a responsables solidarios o a terceros relacionados.
- h) Determinar las contribuciones omitidas y sus accesorios.
- i) Imponer y condonar multas.
- j) Notificar los créditos fiscales determinados.

Otros principios en materia fiscal o respecto a esta contribución, contenidos en la Ley de Aguas Nacionales y a los que estimo vale la pena hacer alusión, son los siguientes:

- a) La gestión del agua debe generar recursos económicos y financieros necesarios para realizar sus tareas inherentes, bajo el principio de que “el agua paga el agua”, lo que, como ya se señaló en el anterior apartado referente a los antecedentes de estos derechos, conlleva una tendencia de que las cuestiones del agua en materia federal no dependan de otros recursos presupuestales o crediticios, sino que las contribuciones que se cobren al respecto sean suficientes para cubrir los gastos de los servicios y obras que se realizan en materia de infraestructura hidráulica federal (artículo 14 bis 5, fracción XV, LAN).

²² Comisión Federal de Mejora Regulatoria. Recuperado el 24 de octubre de 2008, disponible en: www.cofemermir.gob.mx/uploadtest/13771.59.59.1Programa%20Nacional%20Hidrico%202007%202012%20.pdf, p. 128.

- b) Los usuarios del agua deben pagar por su explotación, uso o aprovechamiento bajo el principio de “usuario-pagador” de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Federal de Derechos (artículo 14 bis 5, fracción XVI, LAN). Empero, cabe señalar que la Ley Federal de Derechos ya no hace una mayor referencia específica a este principio.
- c) Las personas físicas o morales que hagan un uso eficiente y limpio del agua se harán acreedoras a incentivos económicos, incluyendo los de carácter fiscal, que establezcan las leyes en la materia (artículo 14 bis 5, fracción XVIII, LAN). Un ejemplo de ello puede ser la antes referida exención de la que pueden ser objeto los contribuyentes de estos derechos, cuando, bajo parámetros muy estrictos de calidad, retornan las aguas a su fuente original.
- d) Fortalecer la cultura del pago por el servicio del agua (artículo 84 bis, fracción III, LAN).

Relacionado con esto último, en el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 se señala que una de las fuentes de financiamiento del sector hidráulico, su proyección a futuro y la sustentabilidad del recurso, la constituyen las contribuciones que se recaudan por concepto de derechos federales por el uso, aprovechamiento o explotación de las aguas nacionales y por las descargas de aguas residuales a los bienes públicos inherentes, razón por la cual se ha tornado de alta importancia la implantación y desarrollo de una “cultura contributiva” en la conciencia social que consolide en el ciudadano el valor económico, político y social que tiene el recurso hídrico como elemento estratégico para el desarrollo de la Nación; y que el marco legal de los derechos federales del agua debe ser acorde con la demanda social, y que por esto es necesario consolidar una cultura de pago en la población de sus obligaciones fiscales en la materia, haciendo conciencia de que el agua es un bien estratégico y de seguridad nacional, que se agota, y que su cuidado debe tender a la conservación y perdurabilidad para las generaciones futuras en cantidad y calidad.²³

También en el propio Programa Nacional Hídrico 2007-2012 se señala que con el propósito de recuperar los costos de suministro de los servicios de agua y saneamiento, es necesario implantar sistemas tarifarios de cobro adecuados, que incluso puedan permitir otorgar subsidios a los habitantes con recursos económicos insuficientes.²⁴

Por otra parte, el artículo 29, fracción IV, de la Ley de Aguas Nacionales establece que los concesionarios deberán pagar puntualmente los derechos fiscales que se deriven de las extracciones, consumo y descargas volumétricas que realicen en relación con la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales que les hayan sido concesionadas; y que dichos concesionarios quedarán en conocimiento de que este incumplimiento por más de un ejercicio fiscal será motivo suficiente para la suspensión y, en caso de reincidencia, la revocación

²³ Cfr. *Ibid.*, pp. 127 y 128.

²⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 168.

de la concesión respectiva. Relacionado con esto, el artículo 29 bis 2, fracción I, de la misma Ley, establece que se suspenderá la concesión cuando el usufructuario del título no cubra los pagos que conforme a la ley deba efectuar por dicha explotación, uso o aprovechamiento de las aguas o por los servicios de suministro de las mismas, hasta que regularice tal situación. Y la fracción II de este último numeral también establece como causal de suspensión de la concesión, cuando el usufructuario del título no cubra los créditos fiscales que sean a su cargo durante un lapso mayor a un año fiscal con motivo de tal explotación, uso o aprovechamiento de las aguas, hasta que regularice su situación. Sobre el particular, desde luego el problema estribaría en determinar si la suspensión de la concesión se puede decretar sólo por el incumplimiento del pago de tales derechos por más de un ejercicio o año fiscal, o si la suspensión puede darse por tal incumplimiento por un periodo menor, pues al parecer esta es la intención de la fracción I de dicho artículo 29 bis 2, o la misma puede dar lugar a esa interpretación. Sin embargo, en la forma en que está redactada la fracción IV del artículo 29 en comento, en lo personal estimo que para que se pueda decretar una suspensión de este tipo, estrictamente sí debe tratarse del incumplimiento por más de un ejercicio fiscal respecto al pago de la contribución que nos ocupa, además de lo infortunado del término “usufructuario del título” que utiliza dicho artículo 29 bis 2, que puede dar lugar a confusiones.

Por su parte, el artículo 29 bis 4, fracción VI, de la propia Ley de Aguas Nacionales establece como causal de revocación de la concesión, dejar de pagar oportunamente o en forma completa las contribuciones respectivas, cuando por esa misma causa el beneficiario haya sido suspendido en su derecho con anterioridad, aun cuando se trate de distinto ejercicio fiscal.

Me parece muy importante destacar que acorde con el artículo 9, fracción XXVII, de la misma Ley de Aguas Nacionales, la Comisión Nacional del Agua debe realizar periódicamente, en el ámbito nacional, los estudios sobre valoración económica y financiera del agua por fuente de suministro, localidad y tipo de uso; y que de conformidad con el artículo 12 bis 6, fracción XVIII, del propio ordenamiento legal, los Organismos de Cuenca deben realizar también periódicamente dichos estudios en su ámbito local, para apoyar el diseño de las tarifas de cuenca y derechos de agua, incluyendo lo relativo a la extracción del agua, descarga de aguas residuales y servicios ambientales, así como para difundir tales resultados en la región hidrológica correspondiente, ello para mejorar el conocimiento de los precios y costos del vital líquido, y para fortalecer la referida cultura de su pago.

Estrechamente relacionado con lo señalado en el párrafo anterior, de conformidad con el artículo 9, fracción XXVIII, de la propia Ley de Aguas Nacionales, la Comisión Nacional del Agua debe estudiar, con el concurso de los Consejos de Cuenca y Organismos de Cuenca, los montos recomendables para el cobro de los derechos de agua y tarifas de cuenca, incluyendo el cobro por la extracción de aguas nacionales, para ponerlos a consideración de las autoridades correspondientes; y de conformidad con la fracción XIX del artículo 12 bis 6 de la misma multirreferida Ley de Aguas Nacionales, los Organismos de Cuenca tienen atribu-

ciones para estudiar y proponer, con el concurso de los Consejos de Cuenca, dichos montos recomendables para el cobro de los derechos de agua y tarifas de cuenca.

Ojalá lo aludido en los dos párrafos anteriores no vaya a provocar a futuro un mayor “mosaico” de tarifas para el cobro de los derechos por la extracción de las aguas del subsuelo, que genere más tratos inequitativos que los ya dados a través de las referidas nueve zonas de disponibilidad. Además, estimo que en un mundo global un país no puede convertirse en un mosaico fiscal.

Por otra parte, de conformidad con el Programa Nacional Hídrico 2007-2012 la recaudación en los últimos años de estos derechos se ha mantenido constante a pesar de que los volúmenes utilizados son cada vez mayores. Prácticamente se recaudó lo mismo de 1994 a 2006, siendo que en este último año se recaudaron \$8,133 millones de pesos por el aludido concepto. Asimismo llama la atención que en dicho Programa Nacional Hídrico se tenga un valor “no determinado” respecto a una meta ideal de recaudación, aunque para el periodo 2007-2012 se pretenden recaudar \$58,000 millones de pesos por el propio concepto. También en dicho documento se señala que en 2006 hubo 2 949 visitas de inspección a usuarios del agua y que la meta para el periodo 2007-2012 es de 20 600 visitas de ese tipo. También llama la atención el poco número de auditorías fiscales emitidas a contribuyentes omisos o morosos con una meta para el periodo 2007-2012 de 100. Esto último habla de una poca presencia de la autoridad para el cobro del citado gravamen, que desde luego puede impactar en una baja recaudación o en mantener la misma en números constantes desde 1994 a esta fecha.²⁵

Para finalizar este apartado, en mi opinión para efectos del cobro de estos derechos fiscales por la extracción de las aguas del subsuelo, en todo caso se debe volver a un esquema de cuatro zonas de disponibilidad (escasa, baja, media y alta), pues es el único que realmente ha tenido una justificación técnica en el Programa Hidráulico 1995-2000. En dichas zonas se debe establecer una cuota adecuada por metro cúbico extraído, es decir, se debe dar un valor justo a dicho recurso natural. Asimismo en tales zonas se deben clasificar correctamente a los diversos municipios de la República mexicana conforme a su verdadera disponibilidad de agua. Si bien puede haber ciertas exenciones o cuotas preferentes, por ejemplo, para uso agrícola, uso público urbano o para la generación de energía eléctrica, como ocurre, no debe haber otros tratos preferentes para otras categorías de empresas. Las exenciones o las cuotas preferentes deben ser las mínimas posibles y sólo cuando exista una justificación social para ello. Sólo así pagarán cuotas iguales quienes extraen o aprovechan el agua en condiciones iguales, respetándose los principios de proporcionalidad y equidad tributarias establecidos en el artículo 31, fracción IV constitucional o, en otras palabras, sólo así se pueden respetar los principios más elementales de justicia fiscal en esta materia, así como la garantía de libre concurrencia a los mercados en condiciones de igualdad que se deriva del artículo 28 constitucional.

²⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 11, 132, 133 y 134.

Derecho por uso o aprovechamiento de bienes del dominio público de la Nación como cuerpos receptores de las descargas de aguas residuales

Si bien, como se ha dicho, este trabajo se enfoca realmente a la extracción de las aguas del subsuelo y no en sí a sus descargas, de cualquier forma estimo que tampoco está por demás dar un panorama de este derecho de descarga de aguas residuales a lechos federales, que incluso no sería exclusivo de las descargas de las aguas subterráneas.

Así, este derecho entró en vigor el 1º de octubre de 1991, según da cuenta Urbano Farías, aunque los contribuyentes (empresas, municipios, organismos operadores y otros) que para cumplir con la ley tenían en proceso de realización un programa constructivo o de ejecución de obras de control de calidad de sus descargas, no pagarían tal derecho hasta la conclusión de dichas obras, siempre y cuando no excedieran de dos años, lo que tenía por objeto evitar un doble costo injustificado, o sea, pagar el derecho y efectuar la inversión,²⁶ pues como se abundará más adelante, este derecho realmente tiene por objeto “gravar a los contribuyentes o empresas que no cumplan con los parámetros de ley en sus descargas”. Cabe asimismo señalar que dichos programas de realización de obras fueron motivo de muy diversas prórrogas.

En relación con lo anterior, el artículo 276 de la Ley Federal de Derechos establece que están obligados a pagar este derecho por el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público de la Nación como cuerpos receptores de las descargas de aguas residuales, las personas físicas o morales que descarguen en forma permanente, intermitente o fortuita aguas residuales en ríos, cuencas, cauces, vasos, aguas marinas y demás depósitos o corrientes de agua, así como los que descarguen aguas residuales en los suelos o las infiltren en terrenos que sean bienes nacionales o que puedan contaminar el subsuelo o los acuíferos.

Por su parte, el artículo 278 de la propia Ley Federal de Derechos dispone que por el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público de la Nación como cuerpos receptores de las descargas de aguas residuales, se causará tal derecho de acuerdo con el tipo del cuerpo receptor en donde se realice la descarga, conforme al volumen de agua descargada y los contaminantes vertidos, en lo que rebasen los límites máximos permisibles establecidos en la Ley. Es decir, como de alguna forma ya se señaló y es muy importante dejar en claro, este derecho únicamente lo van a pagar quienes respecto a sus descargas de agua “rebasen los límites máximos permisibles” y no quienes los respeten o se ubiquen dentro de ellos. Asimismo, este propio artículo también dispone que el pago de tal derecho no exime a los responsables de las descargas de aguas residuales de cumplir con los límites máximos permisibles establecidos en las Normas Oficiales Mexicanas o en las condiciones particulares de sus descargas, de conformidad con la Ley de Aguas Nacionales. Esto es, aun cuando se pague este derecho, las empresas o causantes seguirán obligados a cumplir con los límites máximos permisibles en sus descargas.

²⁶ Cfr. Urbano FARIAS, *op. cit.*, p. 271.

En términos de alguna forma similares, el artículo 278-C de la misma Ley Federal de Derechos dispone que para calcular el monto del derecho a pagar, se considerará, trimestralmente, el volumen de las aguas residuales descargadas, “las concentraciones de contaminantes que rebasen los límites máximos permisibles establecidos”, así como el tipo de cuerpo receptor donde se efectúen tales descargas, dando o señalando dicho precepto la fórmula respectiva para efectuar los pagos, misma que conduce a que pague más el que descarga aguas más contaminadas.

Otro artículo que me parece importante citar es el 279 del mismo ordenamiento legal, que dispone que los ingresos que se obtengan por este derecho se destinarán a la Comisión Nacional del Agua para la realización de los programas que al efecto establezca dicha Comisión, en una cantidad equivalente hasta por el monto cubierto en el ejercicio de que se trate, para la realización de obras y acciones de saneamiento y dotación de infraestructura para el tratamiento de aguas residuales. Asimismo que los contribuyentes de este derecho podrán solicitar a la propia Comisión Nacional del Agua autorización para realizar un programa de acciones en materia de saneamiento y tratamiento de aguas residuales, y que, en su caso, dicha Comisión les asignará recursos para su realización siempre que no excedan del monto cubierto por el contribuyente, siendo que dicho programa de acciones tendrá como fin mejorar la calidad de las aguas residuales, ya sea mediante cambios en los procesos productivos o para el control o tratamiento de las descargas, a fin de no rebasar los límites máximos permisibles establecidos en la Ley, y mantener o mejorar en todo momento la calidad de sus descargas de aguas residuales, que siempre es la finalidad primordial perseguida.

De igual forma, el artículo 282 de la misma Ley Federal de Derechos en comento dispone que no estarán obligados al pago de este derecho principalmente los contribuyentes cuyos contaminantes no rebasen los límites máximos permisibles establecidos por la Ley (lo que reitera que realmente los que pagarán este gravamen son quienes rebasen tales límites máximos permisibles); y quienes descarguen aguas residuales a redes de drenaje o alcantarillado que no sean bienes del dominio público de la Nación, es decir, las descargas a las redes de drenaje municipal o local no causan este derecho, sino en todo caso los derechos locales respectivos, aunque quedando claro que cuando los municipios u organismos operadores descarguen posteriormente tales aguas a los referidos lechos federales, entonces ellos causarán este gravamen. Otro caso interesante para no estar obligado al pago de tal derecho que prevé el propio artículo 282, es verter el agua residual a la fuente de donde originalmente se realizó su extracción, contando con un certificado expedido por la Comisión Nacional del Agua en el que se precise que no sufrió degradación en su calidad ni alteración en su temperatura, aunque desde luego esto es sumamente difícil de cumplir.

Por su parte, el artículo 282-C de la misma Ley Federal de Derechos establece que los contribuyentes que cuenten con planta de tratamiento de aguas residuales y aquellos que en sus procesos productivos hayan realizado acciones para mejorar la calidad de sus descargas y éstas sean de una calidad superior a la establecida en los límites máximos permisibles fijados

por la Ley, podrán gozar, en ciertos casos, de descuentos en el pago de los derechos por el uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, lo que habría que analizar casuísticamente y lo que muchas empresas no tienen contemplado.

Por último, el artículo 283 de la multirreferida Ley Federal de Derechos dispone que los usuarios calcularán este derecho por ejercicios fiscales y efectuarán pagos provisionales trimestrales, todo ello en forma muy similar a los derechos por la extracción de las aguas del subsuelo.

No obstante todo lo antes señalado, estimo que una magnífica explicación del origen, esencia y objetivo de este derecho, nos la da el propio Urbano Farías, de quien vale la pena retomar sus ideas que plasmo en los párrafos siguientes.

Entre las razones generales válidas que cita dicho autor que se tomaron en cuenta para establecer este derecho, puede citarse que los referidos cuerpos receptores, como bienes nacionales, requieren de distintos tipos de acciones gubernamentales, algunas muy costosas, para su descontaminación, tratamiento o saneamiento, con lo cual no contribuían quienes ocasionaban el daño; y que se requería subsanar el vacío que existía en materia económica y que motivaba que por la ausencia de un precio por descarga de agua residual no tratada, resultaba más económico a las empresas incumplir la obligación de tratar, o sea ser multadas, que realizar los gastos por el tratamiento que exige la Ley, con lo que se creó así un mecanismo de inducción económico más efectivo que la sanción por incumplimiento.²⁷

Como objetivos del derecho, el propio autor indica que es primeramente “el cumplimiento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente”, ordenamiento que obliga a tratar las aguas residuales. Que por ello el derecho está dirigido principalmente a la industria, gravándose las descargas permanentes, intermitentes o fortuitas “por arriba de las concentraciones de contaminantes permisibles conforme a la Ley”. Que quien cumpla con la Ley no pagará el derecho, y quien no cumpla, independientemente de que subsiste su obligación de tratar sus aguas residuales, en tanto cumple, tendrá que pagar tal derecho. Que de alguna manera el derecho se diseñó como instrumento de presión adicional para cumplir con las normas técnicas ecológicas y las condiciones particulares de descarga en la materia. Que el derecho, más que una finalidad recaudatoria, busca que se motive o incentive el establecimiento de plantas o sistemas de tratamiento de aguas residuales, lo que es un fin extrafiscal.²⁸

Para el propio Urbano Farías se parte de un principio incuestionable de quien contamina tiene la obligación moral, jurídica, social y solidaria de descontaminar;²⁹ y que el sistema fiscal vigente consiste en que pague más el que más contamina.³⁰

²⁷ Cfr. Urbano FARÍAS, *op. cit.*, pp. 265 y 268.

²⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 265.

²⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 267.

³⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 268.

Explica el propio autor que la base fiscal se calcula en función del volumen y, por equidad, del cálculo de dos parámetros fiscales, o sea, que para efectos del pago del derecho se debe medir la demanda química de oxígeno (DQO) y los sólidos suspendidos totales (SST); y que estos parámetros se utilizan por ser los más simples, los más fáciles de medir, los más baratos para calcular, los que están más al acceso de los contribuyentes en su comprensión y por ser propios de tratamientos primarios y no de los sofisticados y costosos. Que una vez hecho el cálculo del DQO y SST, la Ley permite restar los parámetros que sobre los mismos aparezcan expresamente en las normas técnicas ecológicas o en las condiciones particulares de descarga, con el objeto de que sólo se grave “por el excedente de la norma permisible de la descarga”.³¹

Dicho autor concluye señalando que “finalmente el éxito del derecho federal sobre descarga de aguas en bienes nacionales, se logrará más de su no recaudación que de su cobro”.³²

Como lo he dicho, me parecía muy importante introducir las anteriores consideraciones de Urbano Farías, pues son esenciales para entender esta contribución, además de que, insisto, están expuestas en forma magistral y con absoluta claridad. Quizá en lo que no coincido con dicho autor, es que en la práctica sí es complicado el cálculo de tal gravamen y el mismo sí implica importantes costos para las empresas por los estudios de laboratorio que deben efectuarse, aunque desde luego es primordial la protección del medio ambiente.

Obviamente hay opositores al gravamen, quienes principalmente sostienen que ningún hecho ilícito, por mínimo que sea (en este caso lo ilícito sería excederse de los parámetros contaminantes de descarga permitidos por la Ley), puede ser susceptible de gravarse, posición radical pero muy atendible pese a los fines que persigue dicha contribución y que han quedado antes expuestos.

Para finalizar este apartado, quizá vale la pena comentar que, como se ha dicho, las descargas en sí a las redes de drenaje municipales o locales no pagan este derecho. Empero, algunas entidades como el Distrito Federal, gravan las descargas de las aguas de pozo a sus redes de drenaje. Insisto, por ejemplo, en el Distrito Federal, en los niveles más altos de consumo, se llega a pagar por cada metro cúbico de agua de pozo descargado a su red de drenaje la exorbitante cantidad de \$53.70, más el pago a la Federación por la extracción del vital líquido de \$18.2894 por metro cúbico (como se ve incluso se paga mucho más por la descarga que por la extracción del agua, lo que a mi parecer no tiene lógica jurídica). Lo que es más, si una empresa en el Distrito Federal utilizara agua potable en sus procesos productivos (lo cual evidentemente no sería justificable por solidaridad social), también en el nivel más alto de consumo, pagaría tanto por el agua potable como por su descarga \$63.00 por metro cúbico. En cambio al utilizar agua de pozo paga \$18.2894 por metro cúbico extraído y \$53.70 por cada metro cúbico descargado (total \$71.98 por metro cúbico), con lo cual,

³¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 269 y 270.

³² Cfr. *Ibid.*, p. 271.

por qué no decirlo, entidades como ésta tienen establecido en el fondo un gravamen indirecto a las aguas del subsuelo.

Capítulo IV.

Régimen de propiedad y competencial de las aguas subterráneas en España

Antecedentes históricos

Ley de Aguas de 13 de junio de 1879

Esta Ley fue redactada en 1866, y estuvo vigente hasta el año de 1986¹ (técnicamente hasta el 31 de diciembre de 1985).

Para muchos especialistas en la materia, como Esperanza Alcaín Martínez, esta centenaria Ley fue modelo en su género y en su tiempo.²

Asimismo, para José Antonio Fayas Janer, hasta la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, las aguas subterráneas tuvieron la consideración de bien de dominio privado, ligado a la propiedad del terreno bajo cuya superficie se hallaban; y que, en consecuencia, el uso privativo de tales aguas resultaba de la simple apropiación que pudiera producirse mediante su alumbramiento.³

Así las cosas, el artículo 18 de esta Ley de 13 de junio de 1879 establecía que las aguas obtenidas mediante pozo ordinario pertenecían al dueño del predio en plena propiedad.

El artículo 19 de dicho ordenamiento establecía que los dueños de los predios podían abrir libremente pozos ordinarios para elevar aguas dentro de sus fincas, aunque con ello resultasen menguadas las aguas de sus vecinos, con la única limitación de que debía guardarse distancia de 2 metros entre pozo y pozo dentro de las poblaciones y de 15 metros en el campo entre la nueva excavación y los pozos, estanques, fuentes y acequias permanentes de los vecinos.

¹ Cfr. Manuel ALBACETE CARREIRA, “Aguas Subterráneas y Método Científico”, en *Derecho de Aguas*, España, Instituto Euromediterráneo del Agua, 2006, p. 325.

² Cfr. Esperanza ALCAÍN MARTÍNEZ, “Incidencia de la Declaración de Dominio Público Hidráulico en el Régimen Jurídico de las Aguas Subterráneas en España. Especial Referencia al Régimen de los Derechos Adquiridos antes de la Ley de Aguas de 1985”, en *Derecho de Aguas*, España, Instituto Euromediterráneo del Agua, 2006, p. 247.

³ Cfr. José Antonio FAYAS JANER, *La Gestión de las Aguas Subterráneas*. Recuperado el 28 de marzo: http://hispagua.cedex.es/documentacion/revistas/op/51/op51_1.htm, p. 3.

El artículo 20 señalaba que eran pozos ordinarios los que se abrían con el exclusivo objeto de atender el uso doméstico o necesidades ordinarias de la vida, y en los que no se empleaban aparatos para la extracción del agua más que el hombre como motor.

Para el propio José Antonio Fayas Janer, para estos pozos ordinarios la situación quedaba clara: sacar agua subterránea con cuerda y pozal, en tierra de propia pertenencia, gozaba de total libertad con tal de no acercarse demasiado al pozo, estanque, fuente o acequia del vecino; e incluso se admitía que el vecino pudiera quedarse algo menguado en el agua que mediante algún pozo similar, se supone, pudiera tener, pues se trataba realmente, en ambos casos, de poca agua esencialmente para usos domésticos.⁴

Se trataba de otro tipo de pozos cuando los usos eran distintos al doméstico o para las necesidades ordinarias de la vida, o cuando se empleaba otro motor que no fuera el hombre para la extracción de las aguas subterráneas.

Para este tipo de aprovechamientos, entiendo, de mayor importancia, el artículo 23 de la Ley en comento establecía que el dueño de cualquier terreno podía alumbrar y apropiarse plenamente, por medio de pozos artesianos y por socavones o galerías, las aguas que existían debajo de la superficie de su finca, con tal de que no se distrajeran o se apartaran aguas públicas o privadas de su corriente natural. Asimismo, dicha Ley en su artículo 24 establecía que estos alumbramientos no podían ejecutarse a menos distancia de 40 metros de edificios ajenos, de un ferrocarril o de una carretera, ni a menos de 100 metros de otro alumbramiento o fuente, río, canal, acequia o abrevadero público sin la licencia correspondiente de los dueños. Es decir, por tratarse de pozos de mayor importancia que los ordinarios, la Ley simplemente tomaba más precauciones respecto a las distancias a respetar frente a terceros.

Como puede verse, dicha Ley de Aguas de 1879 consagró claramente el dominio privado de las aguas subterráneas y, en consecuencia, como lo sostiene el propio José Antonio Fayas Janer, la administración hidráulica no ejerció sobre ellas prácticamente ninguna intervención administrativa en sus procesos de alumbramiento ni en la gestión de las mismas, que quedó por tanto esencialmente en manos de la libre actuación de los particulares, excepto con algunas salvedades en ciertas regiones de España (Andalucía, Baleares, Canarias y Tarragona) en las que, mediante disposiciones reglamentarias posteriores, se establecieron regímenes especiales que regularon la intervención de la administración hidráulica en las autorizaciones de los alumbramientos y en la explotación de dichas aguas subterráneas, motivado todo ello por la sobreexplotación de los acuíferos.⁵

Para concluir, respecto a esta Ley Manuel Beltrán Jiménez y coautores hacen esta interesante reflexión: “La normativa reguladora del derecho de agua anterior a la Ley 29/85, esto es Leyes de Aguas de 1866 y 1879 permitieron la existencia de un doble régimen jurídico: trato administrativizado de las aguas superficiales, al declarar públicas a las aguas de

⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 4.

⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 5 y 6.

los grandes ríos y arroyos y a las de los grandes lagos; y trato privatístico, al declararlas de propiedad privada a las aguas que quedaban en el interior de las fincas privadas (pozos ordinarios y artesianos) y también, siempre dentro de las fincas privadas, manantiales naturales o pequeños arroyos, pequeñas lagunas y aguas pluviales que formaban corriente en ramblas o torrenteras”.⁶

Código Civil de 24 de julio de 1889

El Código Civil de España fue uno de los más tardíos en aparecer en Europa debido a las tensiones socio-políticas, religiosas y territoriales que se presentaron en dicho país durante el siglo XIX. Principalmente las turbulencias políticas de la época impidieron que la aspiración codificadora tuviera grandes resultados hasta la época moderna, fracasando diversos proyectos al respecto. Dado tales fracasos se optó por la publicación de leyes especiales, que no admitían más demora, como la Ley Hipotecaria de 1861, la Ley de Matrimonio Civil y del Registro Civil de 1870 y la Ley de Aguas de 1879 antes comentada.

En este Código Civil, aún en vigor con diversas reformas, encontramos varias disposiciones relativas al agua y específicamente a las aguas subterráneas. Respecto al régimen de dominio de las aguas en el Título IV de dicho Código denominado “De algunas propiedades especiales”, Capítulo I “De las aguas”, Sección 1ª “Del dominio de las aguas”, se ubican los artículos 407 y 408 que disponen:

407. Son de dominio público:

- 1º Los ríos y sus cauces naturales.
- 2º Las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales, y estos mismos cauces.
- 3º Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio público.
- 4º Los lagos y lagunas formados por la naturaleza en terrenos públicos y sus álveos.
- 5º Las aguas pluviales que discurran por barrancos o ramblas, cuyo cauce sea también del dominio público.
- 6º Las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos.**
- 7º Las aguas halladas en la zona de trabajos de obras públicas, aunque se ejecuten por concesionario.
- 8º Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en predios de particulares, del Estado, de la provincia o de los pueblos, desde que salgan de dichos predios.
- 9º Los sobrantes de las fuentes, cloacas y establecimientos públicos. (Las negrillas están puestas por el autor.)

408. Son de dominio privado:

- 1º Las aguas continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos.
- 2º Los lagos y lagunas y sus álveos, formados por la naturaleza en dichos predios.
- 3º **Las aguas subterráneas que se hallen en éstos.**
- 4º Las aguas pluviales que en los mismos caigan, mientras no traspasen sus linderos.
- 5º Los cauces de aguas corrientes, continuas o discontinuas, formados por aguas pluviales, y los de los arroyos que atraviesen fincas que no sean de dominio público.

⁶ Manuel BELTRÁN JIMÉNEZ; Juan Ignacio RUIZ MARTÍNEZ; Esther BELTRÁN BUENO y José ALARCÓN ROS, “La Pervivencia de los Aprovechamientos Privados de Aguas Subterráneas tras la Reforma de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas”, en *Derecho de Aguas*, España, Instituto Euromediterráneo del Agua, 2006, p. 284.

En toda acequia o acueducto, el agua, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas. Los dueños de los predios, por los cuales o por cuyos linderos pase el acueducto, no podrán alegar dominio sobre él, ni derecho al aprovechamiento de su cauce o márgenes, a no fundarse en títulos de propiedad expresivos del derecho o dominio que reclamen. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Específicamente centrados en nuestro tema, dichos artículos categóricamente disponen que son de dominio público las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos y que son de dominio privado las aguas subterráneas que se hallen en predios de dominio privado. Es decir, con un criterio absolutamente liberal⁷ propio de esa época, para dicho Código Civil las aguas subterráneas que se hallaren en predios de dominio privado, debían considerarse de propiedad privada.

Por otra parte, en la Sección 2ª “Del aprovechamiento de las aguas públicas” de dicho Capítulo I del Título IV del Código Civil, encontramos los artículos 409, 410 y 411 que disponen:

409. El aprovechamiento de las aguas públicas se adquiere:

1º Por concesión administrativa.

2º Por prescripción de veinte años.

Los límites de los derechos y obligaciones de estos aprovechamientos serán los que resulten, en el primer caso, de los términos de la concesión, y en el segundo, del modo y forma en que se haya usado las aguas.

410. Toda concesión de aprovechamiento de aguas se entiende sin perjuicio de tercero.

411. El derecho al aprovechamiento de aguas públicas se extingue por la caducidad de la concesión y por el no uso durante veinte años. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Conforme a estos artículos el “aprovechamiento” de aguas públicas se adquiere esencialmente por concesión administrativa, o bien, por prescripción de veinte años. Sobre el particular, el Tribunal Supremo ha sostenido que “la concesión administrativa, si efectivamente determina derecho de aprovechamiento de las aguas, no produce posesión a título de dueño de ellas (STS, Sala 1ª, 30-1-1980)”,⁸ criterio con el que desde luego se coincide, cabiendo señalar asimismo que la adquisición por prescripción ya no opera como quedará relacionado posteriormente.

También conforme a dichos artículos toda concesión de aprovechamiento de aguas se entiende sin perjuicio de tercero; y asimismo cabe destacar que dicho Código Civil estableciera un término de extinción del derecho para el aprovechamiento de las aguas públicas por su no uso, que se fijó de 20 años.

⁷ Así lo califica Esperanza ALCAÍN MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 265.

⁸ Cfr. José Luis GIL IBAÑEZ y Fernando DE MATEO MENÉNDEZ, *Legislación sobre Aguas*, España, Colex, 2003, p. 569.

En la Sección 4ª “De las aguas subterráneas” del propio Capítulo I del Título IV del Código Civil, se ubican los artículos 417, 418 y 419 que establecen lo siguiente:

417. Sólo el propietario de un predio u otra persona con su licencia puede investigar en él aguas subterráneas.

La investigación de aguas subterráneas en terrenos de dominio público sólo puede hacerse con licencia administrativa.

418. Las aguas alumbradas conforme a la Ley especial de Aguas pertenecen al que las alumbró.

419. Si el dueño de aguas alumbradas las dejare abandonadas a su curso natural, serán de dominio público.”
(Las negrillas están puestas por el autor.)

Conforme a dichos artículos sólo el propietario de un predio u otra persona con su licencia puede investigar en él aguas subterráneas. Tratándose de la investigación de aguas subterráneas en terrenos del dominio público sólo puede hacerse con la licencia administrativa correspondiente. Asimismo, de acuerdo con tales artículos las aguas alumbradas conforme a la Ley especial de aguas pertenecen al que las alumbró; y si el dueño de dichas aguas alumbradas las deja abandonadas a su curso natural, pasarán entonces al dominio público.

Con base en todos estos preceptos del Código Civil y los de la Ley de Aguas de 1879 antes estudiados, no debe caber la menor duda de que las aguas de pozo alumbradas por los dueños de los terrenos donde yacían eran de propiedad privada de los mismos. Lo que creó ciertos problemas al respecto fue la figura del investigador de las aguas, como lo refiere Esperanza Alcaín Martínez quien señala que “[...] el régimen jurídico de las aguas subterráneas quedaba recogido en los artículos 417, 418 y 419 del Código Civil, en donde concurrían dos tipos de intereses. Por un lado, el del investigador de las aguas, por otro, el del dueño del terreno, cuya superficie o subsuelo hay que perforar para extraer el agua. Esta situación se complica al confundirse, por la doctrina y la jurisprudencia, los términos investigación, alumbramiento y aprovechamiento”.⁹

Para finalizar con los artículos del Código Civil, el artículo 423 del mismo dispone lo siguiente:

423. La propiedad y uso de las aguas pertenecientes a corporaciones o particulares están sujetos a la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública.

Acorde con dicho artículo, la propiedad y uso de las aguas privadas estará sujeta a la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública, modalidad a la que está sujeta cualquier tipo de propiedad.

Para el tema específico en estudio y para concluir este apartado, estimo que lo más importante del Código Civil es que, como ya se ha dicho, acorde con el mismo son de dominio público las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos y son de dominio privado di-

⁹ Esperanza ALCAÍN MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 248 y 249.

chas aguas cuando se encuentran en predios de dominio privado. Asimismo el dueño de dichas aguas es quien las alumbraba en sus predios, lo que resultaba indubitable.

Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas

Esta Ley fue publicada en el Boletín Oficial del Estado número 189 de 8 de agosto de 1985

Dadas las importantes consideraciones que se contienen en el preámbulo de dicha Ley, es-timo necesario transcribir el mismo:

PREÁMBULO

El agua es un recurso natural escaso, indispensable para la vida y para el ejercicio de la inmensa mayoría de las actividades económicas; es irremplazable, no ampliable por la mera voluntad del hombre, irregular en su forma de presentarse en el tiempo y en el espacio, fácilmente vulnerable y susceptible de usos sucesivos.

Asimismo el agua constituye un recurso unitario, que se renueva a través del ciclo hidrológico y que conserva, a efectos prácticos, una magnitud casi constante dentro de cada una de las cuencas hidrográficas del país.

Consideradas, pues, como recurso, no cabe distinguir entre aguas superficiales y subterráneas. Unas y otras se encuentran íntimamente relacionadas, presentan una identidad de naturaleza y función y, en su conjunto, deben estar subordinadas al interés general y puestas al servicio de la nación. Se trata de un recurso que debe estar disponible no sólo en la cantidad necesaria, sino también con la calidad precisa, en función de las directrices de la planificación económica, de acuerdo con las previsiones de la ordenación territorial y en la forma que la propia dinámica social demanda.

Esta disponibilidad debe lograrse sin degradar el medio ambiente en general, y el recurso en particular, minimizando los costes socio-económicos y con una equitativa asignación de las cargas generadas por el proceso, lo que exige una previa planificación hidrológica y la existencia de unas instituciones adecuadas para la eficaz administración del recurso en el nuevo Estado de las Autonomías.

Todas estas peculiaridades, indiscutibles desde el punto de vista científico y recogidas en su doctrina por organismos e instancias internacionales, implican la necesidad de que los instrumentos jurídicos regulen, actualizadas, las instituciones necesarias, sobre la base de la imprescindible planificación hidrológica **y el reconocimiento, para el recurso, de una sola calificación jurídica, como bien de dominio público estatal, a fin de garantizar en todo caso su tratamiento unitario, cualquiera que sea su origen inmediato, superficial o subterráneo. Este planteamiento impone, por tanto, como novedad la inclusión en el dominio público de las aguas subterráneas, desapareciendo el derecho a apropiárselas que concedía la Ley de 1879 a quien las alumbrase. Esta declaración no afecta necesariamente a los derechos adquiridos sobre las aguas subterráneas, alumbradas al amparo de la legislación que se deroga, dado el planteamiento opcional de integración en el nuevo sistema que la Ley establece.**

Por otra parte, la vigente Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879, modelo en su género y en su tiempo, no puede dar respuesta a los requerimientos que suscitan la nueva organización territorial del estado, nacida de la Constitución de 1978, las profundas transformaciones experimentadas por la sociedad, los adelantos tecnológicos, la presión de la demanda y la creciente conciencia ecológica y de mejora de la calidad de vida. Buena prueba de ello es la fronda legislativa que ha sido promulgada hasta la fecha, con variado rango normativo, en un intento, a veces infructuoso, de acomodarse a las cambiantes circunstancias socio-económicas, culturales, políticas, geográficas e, incluso, de supervivencia, como en los casos puntuales de sobreexplotación o grave contaminación de acuíferos.

Se hace, pues, imprescindible una nueva legislación en la materia, que aproveche al máximo los indudables aciertos de la legislación precedente y contemple tradicionales instituciones para regulación de los derechos de los regantes, de las que es ejemplo el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana, pero que tenga muy en cuenta las transformaciones señaladas, y, de manera especial, la nueva configuración autonómica del Estado, para que el ejercicio de las competencias de las distintas Administraciones se

produzca en el obligado marco de colaboración, de forma que se logre una utilización racional y una protección adecuada del recurso. (Las negrillas están puestas por el autor.)

De dicho importante preámbulo desde luego caben destacar las siguientes consideraciones para efectos del presente trabajo:

- a) Acorde con el mismo, el agua es un recurso natural escaso, indispensable para la vida y para el ejercicio de la inmensa mayoría de las actividades económicas. Dicho recurso es irremplazable, no ampliable por la voluntad del hombre, irregular en la forma de presentarse, fácilmente vulnerable y susceptible de usos sucesivos.
- b) El agua constituye un recurso unitario que se renueva a través del ciclo hidrológico.
- c) Trascendente es la consideración de que como recurso no cabe distinguir entre las aguas superficiales y subterráneas (como lo hacía la Ley de 1879 antes estudiada), pues unas y otras se encuentran íntimamente relacionadas, presentan una identidad de naturaleza y función, y de que en su conjunto deben estar subordinadas al interés general y puestas al servicio de la Nación. Asimismo de que se trata de un recurso que debe estar disponible no sólo en cantidad necesaria sino también con la calidad precisa en función de las directrices de la planificación económica y en la forma en que la dinámica social demanda.
- d) Que la disponibilidad del agua debe lograrse sin degradar el medio ambiente en lo general y el recurso en lo particular.
- e) Que debe haber una planificación hidrológica y la existencia de instituciones adecuadas para la eficaz administración del recurso en el nuevo Estado de autonomías.
- f) Que la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 (a la que este preámbulo también le reconoce haber sido modelo en su género y en su tiempo) ya no podía dar respuesta a los requerimientos que suscitaban la nueva organización territorial del Estado nacida de la Constitución de 1978, a las profundas transformaciones experimentadas por la sociedad, a los adelantos tecnológicos, a las presiones de la demanda y a la creciente conciencia ecológica y de mejora de la calidad de vida.
- g) Que, por consiguiente, se hacía imprescindible una nueva legislación en la materia en la que se aprovecharan al máximo los indudables aciertos de la legislación precedente, tomándose en cuenta de manera especial la nueva configuración autonómica del Estado, procurándose asimismo que las competencias de las distintas administraciones se llevaran a cabo en el obligado marco de colaboración, de forma que se lograse una utilización racional y la protección adecuada del recurso.
- h) Específicamente, en el tema que estamos abordando y también con base en lo anterior, se señaló la necesidad de reconocer al recurso “una sola clasificación jurídica como bien del dominio público estatal”, con el fin de garantizar en todo caso su tratamiento “unitario”, cualquiera que fuese su origen inmediato, superficial o subterráneo. Que este planteamiento imponía como novedad “la inclusión en el dominio público

de las aguas subterráneas”, desapareciendo el derecho de apropiárselas que concedía la Ley de 1879 a quien las alumbrase. Pero que esta declaración no afectaría necesariamente los derechos adquiridos sobre las aguas subterráneas alumbradas al amparo de la legislación que se derogaba, dado el planteamiento opcional de integración en el nuevo sistema que esta Ley establecía.

Una vez visto el preámbulo de dicha Ley, su artículo 1º establecía lo siguiente:

Artículo 1

1. Es objeto de esta Ley la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias delimitadas en el artículo 149 de la Constitución.
2. **Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.**
3. **Corresponde al Estado, en todo caso y en los términos que se establecen en esta Ley, la planificación hidrológica a la que deberá someterse toda actuación sobre el dominio público hidráulico.**
4. Las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Conforme a dicho artículo 1º, específicamente respecto al tema que nos ocupa, las aguas continentales superficiales y las subterráneas renovables, estimando a ambas integradas en el ciclo hidrológico, constituirían ya un recurso “unitario”, subordinado al interés general, “que formaría parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico”. Asimismo le correspondería al Estado la planificación hidrológica a la que debía someterse toda la actuación sobre dicho dominio público hidráulico.

El artículo 2º de dicha Ley, en su texto original, establecía lo siguiente:

Artículo 2

Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley:

- a) **Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación.**
- b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.
- c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos.
- d) **Los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos.** (Las negrillas están puestas por el autor.)

Conforme a dicho artículo 2º, en nuestra materia, constituirían el dominio público hidráulico del Estado las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables, con independencia de su tiempo de renovación, así como los acuíferos subterráneos para los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos.

En relación con los dos anteriores artículos, en síntesis, resulta claro que tanto las aguas continentales superficiales como las subterráneas renovables, fueron consideradas como un recurso unitario y declaradas del dominio público estatal como dominio público hidráulico.

Por su parte el artículo 13 de dicha Ley establecía lo siguiente:

Artículo 13

El ejercicio de las funciones del Estado, en materia de aguas, se someterá a los siguientes principios:

- 1.º **Unidad de gestión, tratamiento integral**, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios.
- 2.º **Respeto de la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico.**
- 3.º Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y **protección del medio ambiente** y la restauración de la naturaleza. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Como se puede observar dicho artículo establecía los principios a los que se someterían las funciones del Estado en esta materia de aguas, siendo los más importantes para los fines de este trabajo los siguientes: unidad de gestión, tratamiento integral, respeto de la unidad de la cuenca hidrográfica y del ciclo hidrológico, así como la protección del medio ambiente.

El artículo 14 de dicha Ley daba el concepto de cuenca hidrográfica para efectos de la misma en los siguientes términos:

Artículo 14

A los efectos de la presente Ley, se entiende por cuenca hidrográfica el territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único. **La cuenca hidrográfica, como unidad de gestión del recurso, se considera indivisible.** (Las negrillas están puestas por el autor.)

Independientemente de la definición técnica de la cuenca hidrográfica, se significa de este artículo, acorde con los principios previamente dados por la Ley, que la misma, como unidad de gestión del recurso, se consideraría indivisible.

El artículo 15 de dicha Ley establecía lo siguiente:

Artículo 15

En relación con el dominio público hidráulico y en el marco de las competencias que le son atribuidas por la Constitución, el Estado ejercerá, especialmente, las funciones siguientes:

- a) **La planificación hidrológica** y la realización de los planes estatales de infraestructuras hidráulicas o cualquier otro estatal que forme parte de aquéllas.

- b) La adopción de las medidas precisas para el cumplimiento de los acuerdos y convenios internacionales en materia de aguas.
- c) **El otorgamiento de concesiones referentes al dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma.**
- d) El otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico, así como la tutela de éste, en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma. La tramitación de las mismas podrá, no obstante, ser encomendada a las Comunidades Autónomas. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Conforme a dicho artículo, dentro del marco de las competencias constitucionales, el Estado ejercería especialmente, para lo que interesa a este trabajo, la función de la planificación hidrológica y la del otorgamiento de las concesiones referentes al dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas que excedieran del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma.

Por su parte el artículo 50 de dicha Ley disponía lo siguiente:

Artículo 50

1. **El derecho al uso privativo, sea o no consuntivo, del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa.**
2. **No podrá adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico.**
(Las negrillas están puestas por el autor.)

Conforme a dicho artículo el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico se adquiriría por disposición legal o por concesión administrativa, aclarándose asimismo que no podía adquirirse por prescripción como lo permitía en otros términos el Código Civil antes estudiado.

Relacionado con lo anterior, cabe señalar que el artículo 48 de dicha Ley establecía que todos podían, sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispusieran las leyes y reglamentos, usar las aguas superficiales, mientras discurrieran por sus cauces naturales, para beber, bañarse y para otros usos domésticos, así como para abreviar el ganado. Asimismo el artículo 52 de este ordenamiento establecía primeramente que el propietario de una finca podía aprovechar las aguas pluviales que discurrieran por ella y las estancadas, dentro de sus linderos; así como que, en las condiciones que reglamentariamente se establecieran, se podían utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas cuando el volumen total anual no sobrepasara los 7,000 metros cúbicos, artículo 52 que cito como ejemplos de derechos privativos del dominio público hidráulico por disposición legal, aclarando que en todos estos casos existían ciertas limitaciones.

Como se anunció en el preámbulo de esta Ley, al establecerse en ella que las aguas subterráneas serían del dominio público y no privadas como lo establecía la anterior Ley de 1879, para no afectar derechos adquiridos conforme a dicha Ley anterior, se estableció un sistema opcional de integración para las aguas. Todo el sistema opcional quedó regulado

en las disposiciones transitorias Primera, Segunda, Tercera y Cuarta de dicha Ley de 1985 en comento, preceptos que establecían lo siguiente:

Primera

1. Quienes, conforme a la normativa que se deroga, fueran **titulares de aprovechamientos de aguas públicas** en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada, así como de autorizaciones de ocupación o utilización del dominio público estatal, seguirán disfrutando de sus derechos, de acuerdo con el contenido de sus títulos administrativos y lo que la propia Ley establece, durante un plazo máximo de setenta y cinco años a partir de la entrada en vigor de la misma, de no fijarse en su título otro menor.
2. Podrán legalizarse, mediante inscripción en el Registro de Aguas, aquellos aprovechamientos de aguas definidas como públicas según la normativa anterior, si sus titulares acreditaran por acta de notoriedad, de conformidad con los requisitos de la legislación notarial e hipotecaria y en el plazo de tres años, contados a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, el derecho a la utilización del recurso en los mismos términos en que se hubiera venido disfrutando el aprovechamiento durante veinte años. Las actas de notoriedad, que se tramiten durante el citado periodo de tres años gozarán de la exención total en el pago del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y de Actos Jurídicos Documentados, así como los de cualquier tasa, canon y arbitrio que en otro caso hubieran de abonar. El derecho a la utilización del recurso se prolongará por un plazo de setenta y cinco años, contados desde la entrada en vigor de esta Ley, sin perjuicio de que la Administración ajuste el caudal del aprovechamiento a las necesidades reales.
3. Los actuales titulares de aprovechamientos de aguas, por cualquier otro concepto distinto de los anteriores, conservarán el derecho a la utilización del recurso de acuerdo con lo que se establece en las disposiciones siguientes.

Segunda

1. En el plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, los titulares de algún derecho conforme a la legislación que se deroga, **sobre aguas privadas procedentes de manantiales** que vinieran utilizándose en todo o en parte, podrán acreditar el mismo, así como el régimen de utilización del recurso, ante el Organismo de Cuenca, para su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas. Dicho régimen será respetado por un plazo máximo de cincuenta años. Quienes, al término de dicho plazo, se encontraran utilizando los caudales, en virtud de título legítimo, tendrán derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente Ley.

El carácter opcional de la alternativa que se regula en este apartado excluye cualquier obligación compensatoria para la Administración hacia quien la ejerce, como consecuencia de la transformación del derecho.

2. Transcurrido el plazo de tres años previsto en el apartado 1, sin que los interesados hubiesen acreditado sus derechos, aquéllos mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa, que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas.
3. En cualquiera de los supuestos anteriores, 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.
4. En todo caso, a los aprovechamientos de aguas a que se refiere esta disposición transitoria 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 del uso del dominio público hidráulico.

Tercera

1. Quienes, conforme a la legislación que se deroga, fueran titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías en explotación, podrán acreditar en el plazo de tres años,

a partir de la entrada en vigor de la Ley y ante el Organismo de Cuenca correspondiente, para su inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas, tanto su derecho a la utilización del recurso como la no afección, en su caso, a otros aprovechamientos legales preexistentes. La Administración respetará el régimen de explotación de los caudales realmente utilizados, por un plazo de cincuenta años. Quienes, al término de dicho plazo, se encuentren utilizando los caudales en virtud de título legítimo, tendrán derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa, de conformidad con lo previsto en la presente Ley.

El carácter opcional de la alternativa que se regula en este apartado excluye cualquier obligación compensatoria de la Administración en favor de quien la ejerce, como consecuencia de la transformación del derecho.

2. Transcurrido el plazo de tres años previsto en el apartado 1 de esta disposición, será de aplicación lo establecido en el apartado 2 de la Disposición Transitoria Segunda.
3. En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, según lo establecido en la presente Ley.
4. En todo caso, a los aprovechamientos de aguas privadas a que se refiere esta disposición transitoria, 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 las limitaciones del uso del dominio público hidráulico.

Cuarta

1. Los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta Ley se podrán inscribir en el Registro de Aguas a petición de sus titulares legítimos, y a los efectos previstos en las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera.
2. 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 determinen 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.

3. Los titulares de aprovechamientos de aguas continentales de cualquier clase, que no los hubieren inscrito en el Registro de Aguas o incluido en el Catálogo de cuenca, podrán ser objeto de multas coercitivas en la forma y cuantía que resulten de la aplicación de los criterios determinados en el artículo 109 de la presente Ley. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Como puede verse, la disposición transitoria Primera de esta Ley se refería a titulares de aprovechamientos de aguas públicas, y la Segunda a aguas privadas procedentes de manantiales, aguas que no son el objeto de este trabajo. Por consiguiente, me abocaré al análisis de la disposición transitoria Tercera referente a nuestras aguas de pozo y a la Cuarta que tiene también relación con ello, aunque como puede asimismo leerse, las disposiciones transitorias Segunda (referente a aguas de manantiales) y Tercera (referente a aguas de pozo y también a galerías en explotación) son en esencia iguales.

Así, conforme a dicha disposición transitoria Tercera debía estarse a lo siguiente:

- a) Quienes conforme a la legislación que se derogaba (la Ley de 1879), eran titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de pozo o galerías en explotación, po-

dían acreditar en un plazo de tres años contado a partir de la entrada en vigor de esta Ley, ante el Organismo de Cuenca correspondiente, para su inscripción en el Registro de Aguas como “aprovechamiento temporal de aguas privadas”, tanto su “derecho a la utilización del recurso” como la no afección, en su caso, a otros aprovechamientos legales preexistentes.

- b) En estos casos la Administración respetaría el régimen de explotación de los caudales realmente utilizados por un plazo de 50 años.
- c) Quienes al término de dicho plazo de 50 años se encontraran utilizando los caudales en virtud de título legítimo, tendrían derecho preferente para la obtención de la concesión administrativa respectiva.
- d) El carácter opcional de esta alternativa excluiría cualquier obligación compensatoria de la Administración a favor de quien la ejercitara, como consecuencia de la transmisión del derecho. Sobre el particular, para un sector de la doctrina, cabía inferir que el gobierno no quiso expropiar con tal carácter las aguas subterráneas para evitarse tener que pagar indemnizaciones al respecto de conformidad con el artículo 33 de la Constitución Española, precepto que se referirá más adelante en este trabajo. Lo anterior puede resultar cuestionable si se considera que el régimen transitorio en comento de alguna manera se creó “artificialmente” para evitar dichas indemnizaciones, lo que también hace debatible si tal régimen transitorio en sí no resulta violatorio de dicho artículo 33 constitucional.
- e) Transcurrido el referido término de tres años sería de aplicación lo establecido en el apartado 2 de la disposición transitoria Segunda, o sea, transcurrido dicho plazo, sin que los interesados hubiesen acreditado o inscrito sus derechos en los términos expuestos, mantendrían su titularidad en la misma forma que hasta ese momento, pero no podrían gozar de la protección administrativa que se derivaba de la inscripción en el Registro de Aguas.
- f) En cualquiera de los supuestos anteriores el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirían la oportuna concesión que amparara la totalidad de la explotación.
- g) En todo caso a los aprovechamientos de aguas privadas a que se refería esta disposición transitoria les serían aplicables las normas que regularan la sobreexplotación de los 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.

De acuerdo con todo lo anterior, en síntesis, deduzco que conforme a esta disposición transitoria realmente se invitó a los titulares de pozos a efecto de que en un plazo de tres años inscribieran los mismos en el Registro de Aguas como aprovechamientos temporales de aguas privadas, aceptando intrínsecamente que las aguas subterráneas pasarían a ser del

dominio público del Estado. A cambio se les permitiría seguir utilizando los caudales que aprovechaban por 50 años más y al término de dicho plazo podrían obtener en forma preferente la concesión respectiva, lo que posiblemente ya lo haría otra generación de usuarios. Más técnicamente, como se verá más adelante, estos particulares cambiaron su régimen de propiedad privada de dichas aguas por un “derecho administrativo” de aprovechamiento temporal de las mismas por un plazo de 50 años, más el derecho preferente de obtener la concesión respectiva vencido dicho plazo. Quienes no ejercieran esta opción mantendrían su titularidad como hasta entonces, pero sin gozar de la protección administrativa derivada de la inscripción en el Registro de Aguas, protección que acorde con el artículo 72 de la propia Ley podía entenderse como solicitar la intervención del Organismo de Cuenca competente para la defensa de esos derechos, para inscripciones registrales como medio de prueba de la existencia y situación de los aprovechamientos y para certificaciones al respecto.

Se comentó mucho acerca de las ventajas y desventajas que cada una de estas alternativas ofrecían. Para diversos autores, básicamente la diferencia estribaba en que si se mantenían los derechos como hasta entonces, el derecho sería a perpetuidad, pero sin gozar de la protección administrativa derivada de la inscripción en el Registro de Aguas (esta privación a gozar de la protección del Registro podía entenderse porque la Administración no puede proteger derechos que ella no ha otorgado, ni que han sido acreditados ante la misma y porque se trata de bienes ajenos a su titularidad). Si se optaba por el aprovechamiento temporal de aguas privadas, ello de alguna forma podía tener un riesgo de que los derechos de explotación fueran sólo por 50 años más (pues no existía realmente una garantía para la concesión posterior), pero se tendría toda la protección administrativa derivada de tal Registro. Por consiguiente, para otros autores ello ponía entre “la espada y la pared” a los particulares con pozos.

De acuerdo con la disposición transitoria Cuarta de esta Ley, antes transcrita, cabe comentar lo siguiente:

- a) Los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior se podrían inscribir en el Registro de Aguas a petición de sus titulares legítimos para los efectos previstos en las disposiciones transitorias Segunda y Tercera antes referidas.
- b) También todos los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta Ley, se declararían por sus titulares legítimos ante el Organismo de Cuenca correspondiente, en los plazos que se determinaran reglamentariamente.
- c) El Organismo de Cuenca (previo conocimiento de las características y aforo de dichos aprovechamientos) los incluiría en el “Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca”.

- d) Los titulares de aprovechamientos de aguas continentales de cualquier clase que no los hubieran inscrito en el Registro de Aguas o incluido en el Catálogo de la cuenca, podrían ser objeto de multas coercitivas.

Considero que esta disposición transitoria Cuarta resultaba de alguna forma contradictoria con las disposiciones transitorias que la precedían, en lo particular también con la Tercera, creando confusión e incertidumbre respecto a la aplicación de las mismas. Sin embargo, el criterio más general, que también se referirá más adelante, es que esta disposición resultaba en esencia aplicable para quienes no aceptaran el cambio de régimen de propiedad de las aguas subterráneas de privadas a públicas y se mantuvieran conforme al régimen anterior, siendo que la declaración obligatoria de sus aprovechamientos ante el Organismo de Cuenca a que se refería el punto 2 de esta disposición, sólo tendría una función “fiscalizadora” para que la Administración conociera todas las aguas que continuarían bajo un régimen de propiedad privada, naciendo así un “Catálogo de aguas privadas” como un instrumento de información adicional para el control de los recursos hidráulicos y, en su caso, la puesta en práctica de medidas de protección de los acuíferos, sin que dicha inclusión influyera en el régimen de propiedad de tales aguas. No obstante ello, como de igual forma se abundará más adelante, que muchos autores coinciden en que este sistema de transición realmente resultó sumamente complicado y confuso en su aplicación.

Por otra parte, conforme a su disposición final Tercera esta Ley entró en vigor el día 1º de enero de 1986; y conforme a su disposición derogatoria quedaron derogadas, entre otras disposiciones, la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y los artículos 407 a 425 del Código Civil de 24 de julio de 1889, estos últimos en cuanto se opusieran a lo establecido en esta Ley. Desde luego también quedaron derogadas, acorde con dicha disposición derogatoria, las demás disposiciones de carácter general que se opusieran a lo establecido en esta propia Ley.

No debe dejarse de señalar que esta Ley fue modificada por la Ley 46/1999 de 13 de diciembre, habiéndose hecho la publicación respectiva en el Boletín Oficial del Estado núm. 298 de 14 de diciembre de 1999.

Acorde con la exposición de motivos de dicha reforma, los cambios que se dieron a través de la misma fueron por las razones y tuvieron los objetivos siguientes:

- Pese a los logros de la Ley de Aguas de 1985, su aplicación práctica había permitido constatar la existencia de diversos problemas en la gestión del agua a nivel nacional, así como la ausencia en ella de instrumentos eficaces para afrontar las nuevas demandas en relación con dicho recurso tanto en cantidad (dado que su consumo se estaba incrementando “exponencialmente”) como en calidad, lo que creaba la evidente necesidad de profundizar y perfeccionar los mecanismos de protección previstos en dicha Ley.
- Que la experiencia de la “intensísima sequía” padecida por España a principios de los años noventa, imponía la búsqueda de soluciones alternativas que permitieran incre-

mentar la producción de agua mediante la utilización de nuevas tecnologías, lo que debía llevar a otorgar “rango legal al régimen jurídico de los procedimientos de desalación o de reutilización”.

- Asimismo se debía potenciar la eficiencia en el empleo del agua, para lo que era necesario la flexibilización del régimen concesional prevaleciente, “introduciéndose un nuevo contrato de cesión de derechos al uso del agua” que permitiría optimizar socialmente los usos de dicho recurso.
- Como política de ahorro del propio recurso, se estableció “la obligación general de medir los consumos de agua mediante sistemas homologados de control” o por medio de la fijación administrativa de consumos de referencia para regadíos.
- Que las mayores exigencias que imponían tanto la normativa europea como la propia sensibilidad de la sociedad española para garantizar el buen estado ecológico del dominio público hidráulico, eran conducentes para el establecimiento de una regulación mucho más estricta de las autorizaciones de vertido y una regulación de los caudales ecológicos.
- Ante las lagunas prevalecientes al respecto, “se regularía la obra hidráulica” como modalidad singular y específica de la obra pública, a fin de equipararla a otro tipo de obras que ya gozaban de regulación específica como las de carreteras, puertos y ferrocarriles.
- Con la citada reforma también se apoyaría a las comunidades de usuarios a fin de fomentar la participación y responsabilidad de los diferentes protagonistas en la gestión del agua; y de igual forma se pretendió aumentar el carácter participativo de las confederaciones hidrográficas.

Desde luego nada de lo anterior afectó en esencia el régimen de dominio público de las aguas subterráneas decretado en la Ley de Aguas de 1985, no obstante ello estimé pertinente hacer referencia a estas modificaciones.

También cabe señalar, respecto a las aguas procedentes de la desalación de agua de mar que, a través del añadido del apartado e) dado mediante estas modificaciones al artículo 2º de la Ley en comento, estas aguas asimismo quedaron comprendidas dentro del dominio público hidráulico del Estado, una vez que, fuera de la planta de producción, se incorporaran a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores de dicho artículo 2º, mismo que fue transcrito con anterioridad.

De esta Ley 46/1999 de modificaciones a la Ley de Aguas de 1985 también llamó mi atención la disposición adicional Primera, correspondiente a medidas complementarias derivadas “del periodo de sequía comprendido entre 1992 y 1995”, precepto conforme al cual se harían ciertas indemnizaciones en materia de cuotas y recargos devengados de las tarifas de utilización de las aguas a diversos titulares de explotaciones agrarias, precepto que desde luego “alerta” de las sequías que ha padecido España y de sus consecuencias al respecto.

Marco constitucional

El artículo 33 de la Constitución Española garantiza y delimita el derecho de propiedad en los siguientes términos:

Artículo 33

1. **Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.**
2. **La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.**
3. **Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.**
(Las negrillas están puestas por el autor.)

Como se aprecia, el anterior artículo reconoce el derecho a la propiedad privada. Empero, la función social de este derecho delimitará su contenido. Asimismo, el artículo prevé que nadie puede ser privado de sus bienes y derechos, sino por causa justificada de utilidad pública o interés social y mediante la correspondiente indemnización. Como ya se comentó en el apartado anterior, el régimen transitorio de las aguas subterráneas previsto en la disposición transitoria Tercera de la Ley de Aguas de 1985, al haber sido creado de alguna forma “artificialmente” para evitar estas indemnizaciones, podía chocar o estimarse violatorio del derecho de propiedad consagrado en este artículo.

Artículo 45

1. **Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.**
2. **Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente,** apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Este artículo reconoce el derecho de los españoles a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Sin embargo, para los fines de este trabajo, lo que resulta más importante de este artículo es la facultad o el deber que le da a los poderes públicos para velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida, y defender y restaurar el medio ambiente.

Artículo 128

1. **Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.**

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. **Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales**, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Acorde con este artículo toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuera su titularidad, está subordinada al interés general y mediante ley se podrá reservar al sector público recursos esenciales. Asimismo, el Tribunal constitucional ha sostenido que este artículo permite a los poderes públicos delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, según se pasa a transcribir:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La libertad de empresa ha de ser en todo caso compatible con el principio declarado en el apartado 1 del artículo 128 y con las habilitaciones específicas que al legislador confieren tanto el apartado 2 de este mismo artículo como el apartado 1 del artículo 131 (STC 37/1981, de 16-11), de esta manera, el artículo 128.1 CE, en cuanto subordina toda la riqueza de país, <<en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad>>, al interés general, **permite a los poderes públicos, de acuerdo con las leyes, delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes (SSTC 37/1987, de 26-3, y 170/1989, de 19-10)**. En una de sus aplicaciones, este precepto supone que no pueden sustraerse a la riqueza del país recursos económicos que el Estado considere de interés general, aduciendo otras finalidades, como la protección del medio ambiente (SSTC 64/1982, de 4-11 y 170/1989, de 19-10).¹⁰ (Las negrillas están puestas por el autor.)

Artículo 132

1. **La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.**
2. **Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.**
3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Acorde con este artículo la ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público, los cuales serán inalienables, imprescriptibles e inembargables. Específicamente en el apartado 2 de este artículo se señala que son bienes del dominio público estatal “los que determine la ley” y, “en todo caso”, haciéndose subsecuentemente una breve lista o enumeración al respecto. Es decir, acorde o desglosando dicho apartado 2, son bienes del dominio público del Estado “en todo caso”:

- a) La zona marítimo-terrestre.
- b) Las playas.

¹⁰ Cfr. José Luis GIL IBÁÑEZ y Fernando DE MATEO MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 22.

- c) El mar territorial.
- d) Los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

Sin embargo, esa lista o enumeración no está limitada, pues serán bienes del dominio público estatal “los que se determinen en ley” acorde con el propio apartado 2. Desde luego saltan a la vista ciertas interrogantes como ¿puede tratarse de cualquier bien?, ¿qué pasaría si esa determinación se opusiera o afectara derechos o principios de propiedad privada?, ¿qué pasaría si se afectaran derechos adquiridos?, interrogantes que se irán resolviendo posteriormente conforme a nuestro tema en lo particular.

Artículo 148

1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

- 1.^a Organización de sus instituciones de autogobierno.
- 2.^a Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones Locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local.
- 3.^a Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.
- 4.^a Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio.
- 5.^a Los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable.
- 6.^a Los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales.
- 7.^a La agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía.
- 8.^a Los montes y aprovechamientos forestales.
- 9.^a **La gestión en materia de protección del medio ambiente.**
- 10.^a **Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.**
- 11.^a La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial.
- 12.^a Ferias interiores.
- 13.^a El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional.
- 14.^a La artesanía.
- 15.^a Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma.
- 16.^a Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.
- 17.^a El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma.
- 18.^a Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.
- 19.^a Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio.
- 20.^a Asistencia social.
- 21.^a Sanidad e higiene.
- 22.^a La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.

2. Transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Acorde con este artículo y específicamente para los fines del presente trabajo, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencia en las siguientes materias:

- a) La gestión en materia de protección del medio ambiente.
- b) Explotación de los aprovechamientos hidráulicos de interés de la Comunidad Autónoma.
- c) Aguas minerales y termales.

Desde luego, cabe considerar que una cosa es la titularidad de los bienes o su régimen de propiedad y otra poder tener competencia sobre los mismos, a la que se refiere este artículo.

Asimismo, conforme a este artículo las Comunidades Autónomas pueden asumir expresamente competencia sobre las aguas minerales y termales; no se habla específicamente de las aguas subterráneas, pero en mi opinión las mismas pueden encuadrar en la competencia que también pueden asumir las Comunidades Autónomas sobre la explotación de los aprovechamientos hidráulicos de su interés.

Acorde con el apartado 2 de este artículo, transcurridos cinco años a partir de que entrara en vigor la Constitución Española y mediante la reforma a sus respectivos Estatutos, las Comunidades Autónomas podían ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149 que se pasa a transcribir y a comentar.

Artículo 149

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

- 1.^a La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.
- 2.^a Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.
- 3.^a Relaciones internacionales.
- 4.^a Defensa y Fuerzas Armadas.
- 5.^a Administración de Justicia.
- 6.^a Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.
- 7.^a Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.
- 8.^a Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.
En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.
- 9.^a Legislación sobre propiedad intelectual e industrial.
- 10.^a Régimen aduanero y arancelario; comercio exterior.
- 11.^a Sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación de crédito, banca y seguros.

- 12.^a Legislación sobre pesas y medidas, determinación de la hora oficial.
 - 13.^a **Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.**
 - 14.^a Hacienda general y Deuda del Estado.
 - 15.^a Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.
 - 16.^a Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.
 - 17.^a Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.
 - 18.^a Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; **legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas** y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.
 - 19.^a Pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas.
 - 20.^a Marina mercante y abanderamiento de buques; iluminación de costas y señales marítimas; puertos de interés general; aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves.
 - 21.^a Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación.
 - 22.^a **La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma**, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.
 - 23.^a **Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.** La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.
 - 24.^a Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.
 - 25.^a Bases de régimen minero y energético.
 - 26.^a Régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos.
 - 27.^a Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas.
 - 28.^a Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.
 - 29.^a Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.
 - 30.^a Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.
 - 31.^a Estadística para fines estatales.
 - 32.^a Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum.
2. Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas.
 3. **Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas**

prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Este artículo enumera las materias en las que el Estado tiene competencia exclusiva. Reitero, como lo señalé respecto al artículo anterior, que una cosa es la competencia o tener competencia en una materia y otra el régimen de propiedad o la titularidad de los bienes. Conforme a este artículo, para los objetivos del presente trabajo, el Estado tiene competencia exclusiva sobre:

- a) La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma. Por consiguiente, conforme al texto expreso de este artículo, el Estado realmente sólo tiene facultades exclusivas para regular los recursos o aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una de las Comunidades Autónomas.
- b) Legislación básica sobre protección al medio ambiente, sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas dentro de sus facultades puedan establecer normas adicionales de protección.

Asimismo, el apartado 3 de este artículo da las siguientes reglas:

- a) Las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución corresponderán a las Comunidades Autónomas, de conformidad con sus respectivos Estatutos.
- b) La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.
- c) El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.

Basta con leer el artículo 148, apartado 1, materia 10.^a, y apartado 2 y el artículo 149, apartado 1, materia 22.^a, y apartado 3, para percatarse del sistema tan complejo que puede derivarse en materia de competencias de recursos y aprovechamientos hidráulicos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque desde luego, en mi opinión, deben aceptarse como premisas o reglas generales que las Comunidades Autónomas tienen competencia en materia de explotación de aprovechamientos hidráulicos de su interés y que el Estado en principio sólo puede regular de manera exclusiva los recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma.

Incluso, genéricamente, no sólo por lo que concierne al agua, el Tribunal Constitucional ha sostenido que dichos artículos 148 y 149 de la Constitución Española establecen un complejo o delicado sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en el que pueden presentarse diversos “entrecruzamientos”. A continuación se presentan ejemplos de tesis de dicho Tribunal al respecto:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La competencia exclusiva del Estado es sólo el contenido competencial concreto que en ningún caso puede ser asumido por las Comunidades Autónomas, no la delimitación negativa de las competencias que a éstas corresponden (STC 84/1982, de 23-12). La Constitución distingue entre distintos niveles del interés general, en función de los cuales han de atribuirse las respectivas competencias (artículos 150.3, 155.1 y 137, entre otros). En concreto, la consecución del interés general de la Nación, en cuanto tal, y de los de carácter supracomunitario, queda confiada a los órganos generales del Estado, lo que se traduce en la atribución al mismo de una serie de competencias entre las cuales se encuentran las del artículo 149.1 CE y, por otra parte, el interés general propio de cada Comunidad se refleja asimismo en la asunción de una serie de competencias en su respectivo Estatuto. **La técnica utilizada por la Constitución es compleja, dada la coincidencia sobre una misma materia de intereses generales de diverso alcance, y dado que en un mismo objetivo es susceptible –generalmente– de ser situado en diversos campos. De aquí que para solucionar las cuestiones que puedan plantearse hay que partir del contenido inherente a cada competencia y sólo si, aún aplicando este criterio, se sigue produciendo un entrecruzamiento, habrá de determinar la competencia que debe prevalecer (STC 42/1981, de 22-12). El artículo 149.1 CE utiliza para delimitar el ámbito reservado en exclusiva a la competencia estatal diversas técnicas, cuya compleja tipología no es del caso analizar en detalle.** Sobresale, sin embargo, la diferencia, que aquí sí es pertinente, entre la reserva de toda la materia (v.gr.: Relaciones Internacionales, Defensa y Fuerzas Armadas, Administración de Justicia, Hacienda General y Deuda del Estado, etc.) y la reserva de potestades concretas (sea la legislación básica o toda la legislación sobre determinadas materias). En el primer caso la reserva estatal impide no ya que una Comunidad Autónoma pueda asumir competencias sobre la materia reservada, sino también que pueda orientar su autogobierno en razón de una política propia acerca de ella, aunque pueda participar en la determinación de tal política en virtud de la representación específica que las distintas Comunidades tienen en el Senado. Cuando, por el contrario, la reserva estatal es sólo de ciertas potestades correspondiendo otras a las Comunidades Autónomas que deseen asumirlas, éstas, en el ejercicio de su autonomía, pueden orientar su acción de gobierno en función de una política propia sobre esa materia, aunque en tal acción de gobierno no puedan hacer uso sino de aquellas competencias que específicamente les están atribuidas (STC 35/1982, de 14-6).¹¹ (Las negrillas están puestas por el autor.)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los artículos 148 y 149 CE, y los preceptos estatutarios de asunción de competencias que los concretan en relación con cada Comunidad Autónoma, establecen un delicado sistema de distribución competencial, cuya equilibrada aplicación se hace especialmente difícil en los supuestos en que las competencias legislativas autonómicas entran en concurrencia con las que al Estado corresponden para definir el marco básico dentro del cual deben aquéllas ejercitarse, pues la atribución al Estado de estas competencias deja el sistema abierto en el sentido de que aun careciendo las normas básicas estatales de efectos atributivos de competencias que puedan alterar el sistema constitucional y estatutario, tiene por objeto delimitar, con alcance general, el espacio normativo al que las Comunidades Autónomas deben circunscribirse cuando ejercitan en defensa de sus intereses peculiares las competencias propias que tengan en relación con la materia que resulte delimitada por dichas normas básicas. **Esta concurrencia de competencias normativas hace que el sistema sólo quede cerrado mediante la producción por el Estado de la ordenación que defina, en cada materia en la que se ocasione dicha concurrencia, los contornos básicos delimitadores de las competencias autonómicas, que quedan así configuradas**

¹¹ Cfr. José Luis GIL IBÁÑEZ y Fernando DE MATEO MENÉNDEZ, *op.cit.*, p. 22.

por remisión al espacio que deja la positividad básica estatal (STC 69/1988, de 19-4).¹² (Las negrillas están puestas por el autor.)

Respecto a la segunda de las tesis acabadas de transcribir, llama la atención la última consideración que hace el Tribunal en el sentido de que “esta concurrencia de competencias normativas hace que el sistema sólo quede cerrado mediante la producción por el Estado de la ordenación que defina, en cada materia en la que se ocasione dicha concurrencia, los contornos básicos delimitadores de las competencias autonómicas, que quedan así configuradas por remisión al espacio que deja la positividad básica estatal”, interpretación que me parece muy pro Estado y sumamente extensiva a lo que disponen genéricamente dichos artículos 148 y 149 de la Constitución, siendo que acorde con ella sería entonces el Estado el que a través de una ordenación secundaria delimitaría en muchas ocasiones la competencia de las Comunidades Autónomas en aspectos concurrentes.

Regresando específicamente a la competencia que en materia de aguas establecen dichos artículos 148 y 149 constitucionales, de acuerdo con lo que he estudiado, indudablemente la sentencia más importante que ha emitido el Tribunal Constitucional en materia de aguas es la STC 227/1988, de 29-11. De tal sentencia paso a transcribir los siguientes párrafos, que estimo de suma importancia para este trabajo, en los que queda reflejada la gran problemática de competencias que puede derivarse en dicha materia hidráulica entre el Estado y las Comunidades Autónomas; y en los que asimismo se abordan otros temas de gran transcendencia para la propia materia, como el régimen de propiedad de las aguas continentales y el de la constitucionalidad de la cuenca hidrográfica, que España, al igual que otros países del mundo como una tendencia internacional, ha adoptado como base para la administración de las aguas:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

[...]

Todas estas determinaciones legales afectan al régimen jurídico de las que el Código Civil (art. 408) denomina aguas de dominio privado, en concreto a las aguas procedentes de manantiales o, como dice el Código, a las «continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos» (art. 408.1), y a las aguas privadas procedentes de pozos o galerías en explotación o, según, la letra del Código Civil, a las «aguas subterráneas que se hallen» en predios de naturaleza privada (art. 408.3). Pero es necesario advertir que, 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 –al que los Senadores recurrentes hacen referencia en sus alegaciones–, 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. Así, el derecho del propietario de un predio sobre las aguas que nacen en éste –derecho accesorio, pues, a la propiedad fundiaria– se extiende a su «uso y aprovechamiento» mientras las aguas discurran por él (art. 412 del Código Civil y art. 5 de la Ley de Aguas de 1879), y alcanza sólo a las aguas efectivamente utilizadas, pues las no aprovechadas y sobrantes «entran en la condición de públicas», según los mismos

¹² Cfr. *Ibid.*, p. 26.

preceptos legales que acaban de citarse, «sin que puedan ser en manera alguna desviadas del curso por donde primitivamente se alejaban» [...]

Por lo que se refiere a las aguas subterráneas, la Ley de 1879 atribuía al dueño de un predio «en plena propiedad» las que en él hubiere obtenido por medio de pozos ordinarios (arts. 18 y 21), y al que las hallare e hiciere surgir a la superficie del terreno por medio de pozos artesianos, socavones o galerías le reconoce el carácter de dueño de las mismas «a perpetuidad» (art. 22). Pero 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 Constitución sanciona una garantía de la propiedad y de los bienes y derechos patrimoniales de los particulares (art. 33). Pero esta garantía no es absoluta, ya que el art. 128.1 establece que «toda la riqueza del país en sus distintas formas está subordinada al interés general», y, por lo que aquí interesa, el art. 45.2 impone a los poderes públicos el deber de velar «por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva». De una interpretación sistemática de estos preceptos no cabe derivar la tesis de que toda medida de ordenación legal de los recursos naturales y, en especial, de un recurso tan vital y escaso como el agua, deba atender prioritariamente al criterio de evitar cualquier sacrificio no imprescindible de los derechos e intereses patrimoniales de carácter individual. **Más en concreto, la Constitución no garantiza que la propiedad privada haya de extenderse a todo tipo de bienes. Antes bien, el art. 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.**

Es cierto que aquella potestad del legislador no puede, sin infringir la Constitución, ejercerse desproporcionadamente, con sacrificio excesivo e innecesario de los derechos patrimoniales de los particulares, pero también lo es que, por lo que se refiere a los recursos hidráulicos, la Ley de Aguas no impone tal sacrificio excesivo, si se tiene en cuenta, por un lado, que la mayor parte de dichos recursos son ya del dominio público, conforme una tradición ininterrumpida de nuestro Derecho histórico, y por otro, que la propia Ley 29/1985 permite, aunque con ciertas limitaciones dirigidas en su conjunto a la realización de los objetivos que los recurrentes parecen compartir o al menos no combaten, que los titulares de derechos sobre aguas privadas mantengan su titularidad «en la misma forma que hasta ahora». Si a ello se añade que a todos los aprovechamientos de aguas, sean públicas o privadas, han de aplicarse en el futuro las normas relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico (apartado 4 de las Disposiciones transitorias segunda y tercera), **no es posible aceptar que la opción del legislador favorable a la demanialización de las aguas continentales, pero respetuoso al tiempo de la voluntaria conservación de los derechos privados preexistentes, haya de entenderse inconstitucional por desproporcionada.** [...]

[...] pues lo que se imputa en tal sentido a la Ley de Aguas, en concreto al apartado segundo de las Disposiciones transitorias segunda y tercera, es la ilegitimidad del trato desigual que se dispensa a quienes opten por mantener la titularidad de sus derechos de naturaleza privada, al negarles la protección administrativa que depara la inscripción en el Registro de Aguas. Sin embargo, según reiterada doctrina de este Tribunal, 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 presente caso no concurren estas circunstancias, ya que no es igual, por referencia a la protección administrativa del Registro de Aguas, la situación en que se encuentran aquellos propietarios que la de quienes hayan optado, previa acreditación de sus derechos, por transformarlos en los derechos que la Ley denomina de «aprovechamiento temporal de aguas privadas». [...] **Es, sin embargo, 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.

Pues bien, las Disposiciones transitorias segunda y tercera equiparan a las concesiones los «derechos de aprovechamiento temporal de aguas privadas» que regulan, en lo que se refiere a la protección administrativa registral. Ello se explica tanto porque tales aguas, cualquiera que sea su calificación en el periodo transitorio, están abocadas a convertirse en aguas de dominio público por el mero transcurso del tiempo, como por la circunstancia de que los derechos privados preexistentes han tenido que ser debidamente acreditados ante la Administración a los fines de su transformación e inscripción en el Registro de Aguas. Muy distinta es, a tales efectos, la situación de quienes optan por mantener la titularidad de sus derechos privados en la misma forma que hasta ahora, pues, al recaer tales derechos sobre aguas que ni son de titularidad pública ni están llamadas a serlo por ministerio de la Ley al final de un periodo de transición, no es una situación jurídica que, por esencia y menos por aplicación del principio de igualdad, corresponda necesariamente defender a la Administración. Por otra parte, a estos titulares no se les exige acreditar sus derechos ante aquella, por lo que mal podría la Administración intervenir para la protección de derechos que ni tiene ni está obligada a tener por acreditados. Por lo tanto no hay infracción alguna del principio de igualdad ante la Ley, ya que se comparan situaciones que no son iguales ni requieren un mismo trato jurídico. Lo que no impide, como queda dicho, que todo titular de derechos e intereses legítimos pueda impetrar la tutela judicial de los mismos, reconocida por igual en la propia Constitución (art. 24.1), así como acceder, en su caso, a la protección reforzada que dispensan otros instrumentos registrales.

[...] **En efecto, no hay retroactividad cuando una Ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado**, pues, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones –SSTC 42/1986, de 10 de abril (RTC 1986\42) y 99/1987, de 11 de junio–, una norma es retroactiva, a los efectos del art. 9.3 de la Constitución, cuando incide sobre «relaciones consagradas» y «afecta a situaciones agotadas» y «lo que se prohíbe en el art. 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad». **La Ley 29/1985 procede a dar una nueva regulación de los derechos individuales sobre las aguas continentales, pero no altera los efectos jurídicos de los derechos que la legislación anterior reconocía mientras estuvo en vigor. Cosa distinta es que el nuevo régimen legal no reconozca ya, en adelante, algunos de aquellos derechos o que los regule de manera más restrictiva.**

Sucede aquí que los recurrentes parecen confundir el principio de irretroactividad establecido en el art. 9.3 de la Constitución con el respeto a los derechos que han sido adquiridos al amparo de la legislación que la Ley recurrida viene a derogar. **Pero también hemos señalado en anteriores ocasiones que la Constitución no emplea la expresión derechos adquiridos, que no es posible equiparar el concepto de derecho individual que utiliza el art. 9.3 con el ius quaesitum (STC 27/1981, de 20 de julio) y, en definitiva, que la «invocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisile petrificación del ordenamiento jurídico» –SSTC 27/1981, 6/1983, de 4 de febrero, RTC 1983\6 y 99/1987, de 11 de junio, entre otras–. Sin quebrantar el principio de irretroactividad sancionado en el art. 9.3 del texto constitucional, el legislador puede variar, en sentido restrictivo y con eficacia ex nunc, el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución.**

[...]

Distintas son las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho que, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, constituyen una configuración ex novo modificativa de la situación normativa anterior. **Estas medidas legales, aunque impliquen una reforma restrictiva de aquellos derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no están prohibidas por la Constitución ni dan lugar por sí solas a una compensación indemnizatoria. Muy al contrario, al establecer con carácter general una nueva configuración**

legal de los derechos patrimoniales, el legislador no sólo puede, sino que debe tener en cuenta las exigencias del interés general.

[...]

[...] En efecto, a diferencia del derecho de propiedad privada, no sujeto por esencia a límite temporal alguno conforme a su configuración jurídica general, es ajeno al contenido esencial de los derechos individuales sobre bienes de dominio público, garantizado indirectamente por la Constitución a través de la garantía expropiatoria, su condición de derechos a perpetuidad o por plazo superior al máximo que determine la ley. Antes bien, debe entenderse que los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad no son compatibles, en el plano de la efectividad no puramente formal de las normas jurídicas, con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público que el art. 132.1 de la Constitución consagra, pues el significado y el alcance de estos principios no puede quedar reducido a la finalidad de preservar en manos de los poderes públicos la nuda titularidad sobre los bienes demaniales, sino que se extienden en sentido sustantivo a asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute, cuya incongruencia con la cesión ilimitada en el tiempo del dominio útil o aprovechamiento privativo resulta patente. **Por ello, la limitación temporal de tales aprovechamientos privativos no es una privación de derechos, sino nueva regulación de los mismos que no incide en su contenido esencial.**

[...]

El enjuiciamiento de esta pretensión requiere algunas precisiones previas. En primer lugar, como ya se ha señalado, la Ley 29/1985 no produce efecto expropiatorio alguno sobre los caudales de aguas continentales ya apropiados por particulares en el momento de su entrada en vigor, pues de lo contrario debería haber previsto la correspondiente indemnización al ser tales aguas de la propiedad de los dueños de los predios donde se hallan los manantiales de los que brotan, en el caso de las superficiales, o de quienes las hayan alumbrado, en el caso de las subterráneas, todo ello dentro de los límites que imponía la legislación derogada. Por el contrario, esta legislación no disponía la propiedad de aquéllos sobre las aguas aún no alumbradas, que habían de considerarse, por tanto, según la opinión dominante en la doctrina de los autores, como res nullius. De ahí que no exista obstáculo jurídico alguno para que la nueva Ley califique en general a estas últimas como bienes de dominio público.

El nuevo régimen legal afecta sólo, por lo que ahora interesa, a los derechos que sobre las aguas superficiales y subterráneas reconocía la legislación anterior en tanto que accesorios al derecho de propiedad privada sobre los terrenos en donde surgen o se extraen a la superficie, derechos que no eran de aprovechamiento, extracción o disposición ilimitada, sino estrictamente condicionados en su alcance por razones de interés general y en atención a los derechos preferentes de terceros, como ya dijimos anteriormente.

[...]

[...] 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 sólo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos de caudales superiores que eventualmente podían obtenerse en razón, por un lado, de la titularidad del derecho de propiedad inmobiliaria, pero también, y en necesaria concurrencia con ello, del carácter de res nullius que las aguas no afloradas o alumbradas tenían según la legislación anterior y de la inexistencia o preferencia de derechos de terceros. 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 sólo puedan obtenerse mediante concesión administrativa.

[...]

Esta operación previa, como vienen a reconocer todas las partes, se revela especialmente ardua. Para llevarla íntegramente a cabo, es necesario partir, ante todo, de las específicas referencias constitucionales a la materia «aguas» que se contienen en los arts. 148.1.10.^a y 149.1.22.^a de la Constitución. Según el primero de estos preceptos, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias sobre

«los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma» respectiva; de conformidad con el segundo, el Estado tiene competencia exclusiva sobre «la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma». **Ambos preceptos no son coincidentes, ni desde el punto de vista de la materia que definen, ni en atención al criterio que utilizan para deslindar las competencias estatales y autonómicas sobre la misma, que, en el primer caso, es el interés de la Comunidad Autónoma, y en el segundo, el territorio por el que las aguas discurren.** A esta inicial dificultad viene a sumarse la que comporta desentrañar el significado preciso de la expresión «legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos», que se contiene en el citado art. 149.1.22.^a de la Constitución. **En cualquier caso, son los Estatutos de Autonomía los que, de acuerdo con aquellas previsiones constitucionales, determinan las competencias asumidas por cada Comunidad Autónoma. Será preciso, por tanto, acudir a las normas estatutarias para conocer el concreto sistema de delimitación competencial que se ha producido en cada caso, pues no todos los Estatutos utilizan las mismas fórmulas conceptuales para definir las competencias de la Comunidad Autónoma respectiva en materia de aguas.**

En relación con la aludida diversidad de formulaciones estatutarias, debe señalarse también, como observación preliminar, que las Comunidades Autónomas que se han constituido por el procedimiento del artículo 143 de la Constitución (salvo en el caso de que se haya ampliado su ámbito competencial por la vía del art. 150 de la Constitución) no pueden haber asumido competencias sino en el marco de lo dispuesto en el art. 148.1, en tanto que las comunidades que han accedido a la autonomía por el procedimiento previsto en el art. 151 o disposición transitoria segunda de la Constitución han podido incluir en sus Estatutos cualesquiera competencias no reservadas al Estado por el art. 149.1 (art. 149.3 de la Constitución). Dicho está con ello que, en materia de aguas terrestres, las competencias de las primeras, cualesquiera que sean las expresiones con que se plasmen en los Estatutos, no pueden exceder del ámbito material acotado por el art. 148.1.10.^a de la Constitución, a cuya luz deben ser interpretadas y aplicadas; en tanto que el límite material de las competencias asumidas por las segundas viene constituido por las que el art. 149.1.22.^a reserva en exclusiva al Estado, siendo preciso determinar, dentro de este límite, cuáles han asumido efectivamente y cuáles no.

[...]

Hecha esta salvedad, y dirigiendo de nuevo la atención al modelo constitucional de distribución competencial en materia de aguas terrestres, debe tenerse en cuenta también, en la completa definición de dicho modelo, que los recursos hídricos no sólo son un bien respecto del que es preciso establecer el régimen jurídico de dominio, gestión y aprovechamiento en sentido estricto, sino que constituyen además el soporte físico de una pluralidad de actividades, públicas o privadas, en relación con las cuales la Constitución y los Estatutos de Autonomía atribuyen competencias tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas: Concesiones administrativas, protección del medio ambiente, vertidos industriales o contaminantes, ordenación del territorio, obras públicas, régimen energético, pesca fluvial, entre otros. Como admiten las partes, la incidencia de éstos y otros artículos competenciales debe ser tenida asimismo en cuenta para la resolución de los presentes recursos de inconstitucionalidad.

[...] Pero además, en el desempeño de la tarea interpretativa de las normas competenciales establecidas en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, y por imperativo del criterio de unidad de la Constitución, que exige dotar de la mayor fuerza normativa a cada uno de sus preceptos, este Tribunal ha de tener en cuenta también el conjunto de los principios constitucionales de orden material que atañen, directa o indirectamente, a la ordenación y gestión de recursos naturales de tanta importancia como son los recursos hidráulicos, principios que, a modo de síntesis, se condensan en el mandato constitucional que obliga a todos los poderes públicos a velar por la «utilización racional de todos los recursos naturales» (art. 45.2 de la Constitución). Por ello, entre las diversas interpretaciones posibles de las reglas de distribución de competencias, este Tribunal sólo puede respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir dicho mandato y alcanzar los objetivos de protección y mejora de la calidad de vida y defensa y restauración del medio ambiente a los que aquél está inseparablemente vinculado.

[...]

En primer lugar, del art. 149.1.22.^a de la Constitución no se infiere expresamente que el legislador pueda incluir en el dominio público del Estado únicamente las aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma, y tampoco se establece en ese precepto y en ningún otro de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía que a las Comunidades Autónomas corresponda la potestad de demanializar o, en su caso, de ser titulares de las aguas continentales que discurren íntegramente por su territorio. A esta primera constatación, fundada en el tenor literal del art. 149.1.22.^a y de los que con el mismo concuerdan, hay que añadir que tampoco es manifiesto que la potestad de demanializar y la titularidad de los bienes de dominio público constituyan una atribución implícita o inherente a las competencias que las Comunidades Autónomas han asumido sobre los aprovechamientos hidráulicos, según el indicado criterio territorial. **Muy al contrario, en un plano de reflexión más general, puede afirmarse que, con base en el texto de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, las normas que distribuyen competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre bienes de dominio público no prejuzgan necesariamente que la titularidad de los mismos corresponda a éste o a aquéllas.**

[...] De donde se sigue que son, en principio, separables la propiedad pública de un bien y el ejercicio de competencias públicas que lo utilizan como soporte natural. En otros términos, no puede compartirse sin más la afirmación de que, en todo caso, la potestad de afectar un bien al dominio público y la titularidad del mismo sean anejas a las competencias, incluso legislativas, que atañen a la utilización del mismo.

[...]

La Constitución se refiere expresamente a los bienes de dominio público en los dos primeros apartados del art. 132. Este precepto reserva a la ley la regulación de su régimen jurídico, sobre la base de algunos principios que ella misma establece (apartado 1), y dispone que «son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental» (apartado 2). Ciertamente, este art. 132.2 no es en sí mismo una norma de distribución de competencias, ni traza nítidamente la frontera entre un dominio público estatal y otro autonómico. **Lo que establece, junto a la asignación directa y expresa de algunas categorías genéricas de bienes al dominio público estatal, es una reserva de ley —obviamente de ley del Estado— para determinar qué otros bienes han de formar parte de ese mismo dominio público adscrito a la titularidad estatal. Pero eso no significa, como es evidente, que corresponda en exclusiva al Estado la incorporación de cualquier bien al dominio público, ni que todo bien que se integre en el demanio deba considerarse, por esta misma razón, de la titularidad del Estado.**

Ello no obstante, el art. 132.2 de la Constitución ofrece una clara pauta interpretativa para determinar los tipos de bienes que el legislador estatal corresponde en todo caso demanializar, si así lo estima oportuno en atención a los intereses generales, incluyéndolos en el dominio público estatal. Dicha pauta se deduce de una lectura sistemática del conjunto del precepto, y se confirma, en la línea de la interpretación unitaria de la Constitución a que hemos hecho referencia con anterioridad, si se tiene en cuenta, por un lado, el significado y alcance de la institución del dominio público y, por otro, los preceptos constitucionales relativos a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que guardan directa relación con el régimen jurídico de la titularidad de los bienes.

En efecto, no es casual, como lo demuestran también los antecedentes parlamentarios, que la Constitución haya incorporado directamente al dominio público estatal en el art. 132.2 determinados tipos de bienes que, como la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial, etc., constituyen categorías o géneros enteros definidos por sus características físicas o naturales homogéneas. La Constitución ha dispuesto así que algunos de los tipos de bienes que doctrinalmente se han definido como pertenecientes al demanio «natural» formen parte del dominio público del Estado. Sin embargo, con un criterio flexible, no ha pretendido agotar la lista o enumeración de los géneros de bienes que, asimismo, en virtud de sus caracteres naturales, pueden integrarse en el demanio estatal («en todo caso», reza el art. 132.2), pero sí ha querido explícitamente reservar a la ley, y precisamente a la ley estatal, la potestad de completar esa enumeración. Así se desprende, por lo demás, del inciso inicial de este art. 132.2: «Son de dominio público estatal los que determine la ley ...». Tanto el verbo utilizado —«son», en vez de la expresión «pueden ser»—, como la misma reserva

absoluta de ley indican a las claras que la Constitución se está refiriendo no a bienes específicos o singularmente identificados, que pueden ser o no de dominio público en virtud de una afectación singular, sino a tipos o categorías genéricas de bienes definidos según sus características naturales homogéneas. [...] En cambio, cuando se trata de categorías completas de bienes formados por la naturaleza, a semejanza de los que en el propio precepto constitucional se declaran de dominio público, el art. 132.2 exige la demanialización por ley y sólo por ley del Estado. Al tiempo, y por lo que aquí interesa, viene a señalar que, en tales supuestos, los bienes demanializados se integran necesariamente en el dominio público estatal.

El significado de la institución jurídica del dominio público refuerza esta interpretación. En efecto, la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico iure privato. El bien de dominio público es así ante todo res extra commercium, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: Típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del Código Civil), garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares.

[...] En cambio, a la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio, es decir, en la determinación del llamado dominio público natural, subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el art. 45 de la Constitución, o bien a la defensa y utilización racional de la “riqueza del país”, en cuanto que subordinada al interés general (art. 128.1 de la Constitución). [...] **Por el contrario, tratándose del «demanio natural», es lógico que la potestad de demanializar se reserve al Estado en exclusiva y que los géneros naturales de bienes que unitariamente lo integran se incluyan, asimismo, como unidad indivisible en el dominio público estatal. Esta afirmación resulta más evidente aún por referencia a un recurso esencial como el agua, dado el carácter de recurso unitario e integrante de un mismo ciclo (hidrológico) que indudablemente tiene y que la propia Ley de Aguas impugnada le reconoce.** Todo ello sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas sobre la gestión y aprovechamiento de los recursos hidráulicos, en virtud de la Constitución y de sus respectivos Estatutos de Autonomía, competencias a las que, por los motivos señalados, no es inherente la potestad de afectación y la titularidad del bien sobre el que recaen.

Pero es que, además, las normas constitucionales relativas a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que inciden directamente sobre el régimen jurídico de la titularidad de los bienes conducen a la misma conclusión. **Si la técnica jurídica del dominio público supone ante todo la segregación de determinados bienes del tráfico jurídico privado,** es obvio que la inclusión en el mismo de categorías enteras de bienes, definidas por sus elementos naturales, constituye una línea divisoria, de alcance general, respecto de la clasificación de los bienes en susceptibles o no de ser objeto del derecho de propiedad privada. [...] En consecuencia, aquella forma de afectación general al dominio público mediante ley de todo un género de bienes definidos por sus características naturales compete en exclusiva al Estado, y ello tanto porque se debe entender incluida en el concepto material de legislación civil, a que se refiere el art. 149.1.8.^a de la Constitución, como porque atañe a las condiciones básicas o posiciones jurídicas fundamentales de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, respecto de los que el Estado debe garantizar la igualdad sustancial, mediante su propia regulación, de acuerdo con el art. 149.1.1.^a de la Constitución. Por estricto que sea el alcance de este último precepto, es fácil advertir que la igualdad sustancial de todos los españoles en el ejercicio del derecho constitucional de propiedad quedaría quebrantada si la zona marítimo-terrestre, las playas, las aguas continentales u otros tipos de bienes naturales semejantes pudieran ser o no objeto de apropiación privada en las distintas zonas del territorio del Estado. De ahí que sólo el legislador estatal pueda disponer, como condición básica que garantice la igualdad sustancial, la determinación de las categorías de bienes naturales que quedan excluidas del tráfico privado. [...]

El conjunto de razones expuestas permite concluir que corresponde al legislador estatal en exclusiva la potestad para excluir genéricamente del tráfico jurídico privado las aguas continentales, consideradas como un género de bienes naturales o un recurso natural unitario, y para integrarlas en el dominio público del Estado. Por tanto, no es inconstitucional el art. 1.2 de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, como tampoco lo son los preceptos que se impugnan por estricta conexión con aquél.

15. La titularidad estatal del dominio público hidráulico no predetermina, como se ha dicho, las competencias que el Estado y las Comunidades Autónomas tienen atribuidas en relación con el mismo. Si es cierto, como alega el Letrado del Estado, que del art. 149.1.22.^a de la Constitución no se deriva la titularidad dominical autonómica sobre las aguas que, en virtud de ese precepto, los recurrentes califican de intracomunitarias, pues ello responde a una concepción patrimonialista del dominio público que no se desprende del texto constitucional ni de los Estatutos de Autonomía, también lo es que no cabe servirse de esa misma concepción para sostener, sin más, que al Estado corresponden una serie de potestades exclusivas sobre las aguas públicas en concepto de dueño de las mismas. [...]

[...]

[...] **Así lo pone de manifiesto la experiencia internacional sobre la materia. No es ocioso recordar a este respecto los principios que se incluyen en la Carta Europea del Agua, aprobada en el año de 1967 (punto 12) y, en concreto, que «la administración de los recursos hidráulicos debiera encuadrarse más bien en el marco de las cuencas naturales que en el de las fronteras administrativas y políticas» (punto 11). La experiencia de gestión de estos recursos en nuestro país, articulada en torno a la unidad de cada cuenca, desde que se adoptó una concepción global de la política hidráulica, conduce a la misma conclusión.**

De todo ello cabe deducir que, cuando la Constitución utiliza la expresión «aguas que discurran», no toma en consideración necesariamente las corrientes o cursos aislados, ni menos aún obliga a compartimentar las competencias sobre los diferentes tramos de un mismo curso fluvial. Antes bien, es lícito y razonable entender, como así lo hace la Ley impugnada, que, para delimitar las competencias exclusivas del Estado, la norma constitucional permite referirse al conjunto integrado de las aguas de cada cuenca que, a través de corrientes principales y subalternas traspasan los confines del territorio de una Comunidad Autónoma. A ello no se opone el hecho de que la Constitución y los Estatutos de Autonomía no hayan sancionado explícitamente el concepto estructural de la cuenca hidrográfica, pues en ningún caso podría atribuirse a esta omisión el sentido de que sus redactores lo han querido excluir implícitamente, lo que no se desprende, antes al contrario, de los antecedentes parlamentarios. Aún más, la virtual totalidad de los Estatutos de Autonomía, y entre ellos el del País Vasco (art. 10.11), atribuyen a las Comunidades Autónomas competencias sobre las aguas que discurran «íntegramente» por su territorio, lo que indica que se ha adoptado también una concepción integral de la gestión del recurso como la que proporciona el criterio de la cuenca hidrográfica, pues en otro caso el adverbio resultaría superfluo.

No es, por tanto, inconstitucional que la Ley de Aguas utilice como criterio territorial para el ejercicio de las competencias del Estado en materia de aguas continentales el de la cuenca hidrográfica que exceda de una Comunidad Autónoma. Ello no obstante, es claro también que no es este criterio territorial el único que debe tenerse en cuenta, pues, aparte el alcance jurídico de las competencias que corresponden al Estado y a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el art. 149.1.22.^a de la Constitución y concordantes de los Estatutos, éstas pueden asumir también competencias sobre «los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma», conforme al art. 148.1.10.^a de la Constitución y a sus respectivos Estatutos de Autonomía, criterio éste, el del interés comunitario, que no es necesariamente coincidente con el criterio territorial de la cuenca hidrográfica, y que debe ser concretado en cada caso.

[...]

A este respecto, es preciso tener en cuenta ante todo que la Ley de Aguas sólo regula el régimen de las aguas subterráneas renovables [art. 1.1, en conexión con los arts. 1.2 y 2 a)], es decir, de las aguas corrientes o fluyentes, y, por lo tanto, no prejuzga la titularidad de las competencias sobre

las aguas subterráneas no corrientes, fósiles o estancadas. Por lo que se refiere a las primeras —única cuestión que cabe abordar ahora—, no es posible ignorar que las aguas subterráneas renovables tienen una relación directa de conexión o comunicación recíproca con los cursos de aguas superficiales y que, en el caso de las llamadas aguas subálveas o en el de algunas corrientes que en ciertos tramos desaparecen de la superficie, forman parte inescindible de esos mismos cursos. En consecuencia, tales flujos o corrientes de aguas subterráneas, en la medida en que convergen en la red de cauces de una cuenca hidrográfica, según el concepto que proporciona el art. 14 de la Ley de Aguas, pertenecen a dicha cuenca y se integran así, a través de la misma, en el ciclo hidrológico.

Ahora bien, una vez admitida la constitucionalidad del criterio de la cuenca hidrográfica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 149.1.22.^a de la Constitución, no es dudoso que el mismo criterio territorial de delimitación de competencias puede aplicarse a las aguas subterráneas, siempre que se trate de aguas renovables integradas en la red de cauces confluyentes en una misma cuenca, y en tal sentido deben interpretarse las referencias a las aguas subterráneas que se contienen en los Estatutos de Autonomía, lo que viene a significar que las competencias de las Comunidades Autónomas, y en concreto las del País Vasco, no están condicionadas por el límite territorial específico que impone el art. 149.1.22.^a de la Constitución sólo en relación con los acuíferos o masas de aguas subterráneas no renovables que carecen de relación con el conjunto de la cuenca intercomunitaria.

[...]

La respuesta a esta cuestión no puede ser la misma para todas las Comunidades Autónomas, pues depende de lo que, en cada caso, disponga los Estatutos de Autonomía y las leyes orgánicas de transferencias aprobadas conforme a las previsiones del art. 150.2 de la Constitución.

[...]

[...] Por lo demás, si el Estado ha asumido la titularidad de las aguas continentales públicas, es lógico que haya de corresponderle también la potestad de protección del demanio hídrico, con el fin de asegurar la integridad de aquella titularidad sobre todos los bienes que lo componen, en aplicación y desarrollo de los principios establecidos en el art. 132.1 de la Constitución.

En consecuencia, por lo que se refiere a las aguas públicas superficiales y subterráneas renovables que discurran por cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente en sus respectivos territorios, las Comunidades de Galicia y el País Vasco tienen atribuida la competencia general sobre el régimen de utilización y aprovechamiento. De acuerdo con lo dispuesto en sus Estatutos de Autonomía, y como admite el Letrado del Estado, para el ejercicio de esta competencia no sólo les corresponden funciones de carácter ejecutivo o administrativo, sino también funciones legislativas. Ahora bien, dicha competencia autonómica general sobre el régimen de aprovechamiento de los citados recursos hidráulicos no puede enervar el ejercicio de las que, sobre esos mismos bienes, corresponden al Estado en virtud de específicas habilitaciones constitucionales. De modo singular, aquella genérica competencia autonómica sobre el aprovechamiento de los recursos hidráulicos no puede desconocer la competencia específica que el citado art. 149.1.18.^a de la Constitución atribuye al Estado sobre la legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas.

De tales premisas se desprende lógicamente que, en principio, no puedan estimarse inconstitucionales ni invasoras de competencias autonómicas las normas del Estado que determinan el régimen de protección de los bienes del dominio público hidráulico y establecen las reglas básicas del sistema concesional, aun cuando incidan, como es obvio, en el régimen de aprovechamiento de las aguas continentales sobre las que las Comunidades Autónomas extienden sus competencias en virtud del art. 149.1.22.^a de la Constitución y preceptos concordantes de los Estatutos de Autonomía.

Las consideraciones que preceden deben cerrarse con una última precisión, ya apuntada en fundamentos jurídicos anteriores. Consiste ésta en que sobre los recursos hidráulicos convergen diferentes actividades, que responden a finalidades distintas y se enmarcan en otras tantas políticas sectoriales, respecto de las cuales la Constitución y los Estatutos de Autonomía atribuyen competencias sea al Estado, sea a las Comunidades Autónomas. El sistema de distribución competencial en relación con las aguas continentales no se agota, por tanto, en los enunciados normativos de los arts. 148.1.10.^a y 149.1.22.^a de la Constitución y en los preceptos de los Estatutos de Autonomía específicamente referidos a los aprovechamiento hidráulicos, de la

misma manera que el régimen jurídico de las aguas no se reduce a la regulación de su propiedad, a la protección del demanio y a la utilización de los caudales en sentido estricto. Por ello, caso por caso, en atención a los distintos preceptos impugnados, será necesario tener en cuenta la posible concurrencia de otros títulos competenciales y resolver los problemas de entrecruzamiento o prevalencia de unos u otros.

[...]

[...] No es aceptable la tesis de que es a las Comunidades Autónomas recurrentes —o a algunas de ellas— a las que corresponde efectuar tal declaración sobre las aguas que discurran íntegramente por su territorio, pues, tratándose de categorías genéricas y unitarias de bienes naturales, dicha competencia corresponde en exclusiva al Estado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 132.2 en conexión con el art. 149.1.1.^a y 8.^a de la Constitución. Por ello, los preceptos del Título I que se impugnan por dicho motivo no son inconstitucionales.

[...]

No es posible desconocer, sin embargo, que el agua constituye un recurso de vital importancia, imprescindible además para la realización de múltiples actividades económicas. Por esta razón, la ordenación de los recursos hidráulicos, donde quiera que se hallen, no puede sustraerse a las competencias que el Estado ha de ejercer para establecer las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.13.^a de la Constitución. Esta competencia no atrae hacia el Estado toda la actividad planificadora, sino sólo la de fijación de las bases y la de coordinación de la planificación que recaiga sobre objetos o ámbitos ajenos a la competencia estatal, en cuanto que afecte de manera directa a la ordenación de la actividad económica. Ahora bien, la Ley impugnada no encomienda en exclusiva al Estado la planificación hidrológica. El art. 1.3 asigna al Estado dicha competencia de planificación “en los términos que se establecen en esta Ley”, reconociendo explícitamente a las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias sobre el dominio público hidráulico en cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente en su territorio la potestad de elaborar sus propios planes hidrológicos [arts. 16.1 c), 38.6 y 39]. Por consiguiente, la competencia del Estado en materia de planificación hidrológica, enunciada en los arts. 1.3 y 15 a) de la Ley, debe entenderse que no menoscaba las que, según sus Estatutos, son propias de las Comunidades Autónomas para elaborar y revisar los planes hidrológicos de cuencas intracomunitarias a que la propia Ley se refiere. [...]

[...]

[...] Por ello, si hubiera de admitirse que cada Administración puede realizar las actividades de su competencia en régimen de estricta separación, la planificación hidrológica se haría imposible. De donde se sigue que en materia de política hidráulica se acentúa la necesidad de una específica coordinación entre las diferentes Administraciones interesadas; coordinación que, como hemos declarado en anterior ocasión, “persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema” y que, por lo mismo, “debe ser entendida como la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades [...] estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias” —STC 32/1983, de 28 de abril, y en el mismo sentido, SSTC 42/1983, de 20 de mayo; 11/1984, de 2 de febrero; 144/1985, de 25 de octubre, entre otras— [...]

[...]

De acuerdo con nuestras consideraciones anteriores, es necesario recordar aquí la distinción entre las Comunidades Autónomas que han asumido la competencia genérica sobre el régimen de los aprovechamientos hidráulicos en las aguas que discurran íntegramente por su territorio y aquellas otras que ostentan competencias en materia de aguas dentro de los límites establecidos por el art. 148.1.10.^a de la Constitución. En el primer caso, la regla general es que corresponde a las Comunidades Autónomas legislar los aprovechamientos de aguas públicas en las cuencas intracomunitarias, con las únicas salvedades que deriven de otros títulos competenciales del Estado, como son los referidos a la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas

y sobre el medio ambiente o a las bases del régimen minero y energético (art. 149.1.18.^a, 23.^a y 25.^a de la Constitución), entre otros. Con estas excepciones, procede declarar que, en estas Comunidades Autónomas y en relación con las cuencas intracomunitarias, la legislación del Estado sobre el aprovechamiento de las aguas públicas, sólo puede tener carácter supletorio del Derecho propio de las mismas. Por el contrario, en los demás casos, el Estado puede regular el uso y aprovechamiento de las aguas continentales, siempre que se salvaguarden las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de su interés, así como las demás que ostenten sobre materias conexas, cuando haya de darse prioridad a otros títulos competenciales.”¹³

(Las negrillas están puestas por el autor.)

De la anterior transcripción en lo conducente de la referida sentencia, se pueden derivar los siguientes criterios generales del Tribunal Constitucional, mismos a los que he intentado dar una secuencia para los fines de este trabajo:

- Que los artículos 148.1.10^a y 149.1.22^a de la Constitución, no son coincidentes ni desde el punto de vista de la materia que definen, ni en atención al criterio utilizado para deslindar las competencias estatales y autonómicas sobre la misma. En el caso del Estado, el criterio utilizado es el territorio por el que las aguas discurren y en el caso de las Comunidades Autónomas es el interés de las mismas.
- Que se debe acudir a las normas estatutarias para conocer el concreto sistema de delimitación competencial que se ha producido en cada caso, pues no todos los Estatutos de Autonomía utilizan las mismas fórmulas conceptuales para definir las competencias de las distintas Comunidades Autónomas en materia de aguas. Que asimismo se debe analizar el procedimiento que utilizó cada Comunidad Autónoma para constituirse acorde con diversos preceptos de la Constitución (143, 150, 151 y disposición transitoria Segunda), para determinar tal competencia asumida.
- Que el sistema de distribución competencial en relación con las aguas continentales no se agota en los enunciados normativos de los artículos 148.1.10^a y 149.1.22^a de la Constitución y en los preceptos de los Estatutos de Autonomía específicamente referidos a los aprovechamientos hidráulicos, sino que es necesario también tener en cuenta la posible concurrencia de otros títulos competenciales para resolver los problemas de entrecruzamiento o prevalencia de unos u otros. En otras palabras, concluyo, sólo casuísticamente se puede delimitar la competencia de cada una de las Comunidades Autónomas en materia de aguas.
- Que las normas que distribuyen competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre bienes del dominio público no prejuzgan necesariamente que la titularidad de los mismos pertenezca a éstas o a aquél; y que son en principio se-

¹³ <http://www.cma.gva.es/admon/normativa/legislacion/legis/002017000357.html>. Recuperado el 22 de junio de 2009.

parables la propiedad pública de un bien y el ejercicio de potestades públicas que lo utilizan como soporte natural.

- Que en el artículo 149.1.22ª de la Constitución no se infiere expresamente que el legislador pueda incluir en el dominio público del Estado únicamente las aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma; ni que tampoco se establezca en ningún otro precepto de la Constitución o de los Estatutos de Autonomía que a las Comunidades Autónomas corresponda la potestad de demanializar o, en su caso, de ser titulares de las aguas continentales que discurren por su territorio.
- Que el artículo 132.2 de la propia Constitución adopta un “criterio flexible” en el que no se ha pretendido agotar la lista o enumeración del género de bienes que pueden integrarse al dominio público estatal. Que desde luego dicho precepto sí ha querido explícitamente reservar a la ley, y concretamente a la ley estatal, la potestad de completar tal enumeración de bienes que pueden integrarse al dominio público.
- Que desde luego debe tratarse de bienes que por sus “características naturales” puedan integrarse a dicho dominio público. Es decir, entiendo, que no puede tratarse de cualquier bien, sino de bienes en esencia pertenecientes al demanio natural; esto es, categorías o géneros enteros de bienes que por sus características naturales homogéneas puedan definirse como pertenecientes a dicho demanio natural.
- Que el artículo 132.2 de la Constitución, al tiempo que excluye directamente la titularidad privada de algunos géneros de bienes, permite al legislador declarar la demanialidad de otros. Que conforme a esta previsión constitucional, la opción de incluir las aguas continentales en el dominio público es legítima en todo caso.
- En otras palabras, que el análisis de los preceptos constitucionales que regulan específicamente el dominio público y el de las normas constitucionales relativas a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que inciden directamente sobre el régimen jurídico de la titularidad de los bienes, “permiten concluir que corresponde al legislador estatal en exclusiva la potestad para excluir genéricamente del tráfico jurídico privado las aguas continentales, consideradas como un género de bienes naturales o un recurso natural unitario, y para integrarlas en ese sentido al dominio público del Estado”.
- Que no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado. Que la Ley de Aguas de 1985 procede a dar una nueva regulación de los derechos individuales sobre las aguas continentales, pero no altera los efectos jurídicos de los derechos que la legislación anterior reconocía mientras estuvo en vigor. Que cosa distinta es que el nuevo régimen legal no reconozca ya, en adelante, algunos de aquellos derechos o que los regule de manera más restrictiva. Que la Constitución no emplea la expresión de derechos adquiridos y que la in-

vocación del principio de irretroactividad no puede presentarse como una defensa de una inadmisibile petrificación del ordenamiento jurídico, sino que, por el contrario, el legislador debe tomar en cuenta las exigencias del interés general.

- Consecuentemente, también en dicha sentencia se declaró constitucional el régimen transitorio de las aguas subterráneas previsto en las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas de 1985 antes estudiado.
- Que técnicamente es claro que las aguas de una misma cuenca forman un conjunto integrado que debe ser gestionado de forma homogénea.
- Que no es inconstitucional que la Ley de Aguas utilice como criterio territorial para el ejercicio de las competencias del Estado en materia de aguas continentales, el de la cuenca hidrográfica que exceda de la Comunidad Autónoma. Sin embargo, que no es este criterio territorial el único que debe tomarse en cuenta, pues las Comunidades Autónomas pueden asumir también competencia sobre “los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de su interés”, criterio éste, el del interés comunitario, que no es necesariamente coincidente con el criterio territorial de la cuenca hidrográfica y que debe ser concretado en cada caso.
- Que una vez admitida la constitucionalidad del criterio de la cuenca hidrográfica, no es dudoso que el mismo criterio territorial de distribución de competencias pueda aplicarse a las aguas subterráneas, siempre que se trate de aguas renovables integradas en la red de cauces confluyentes en una misma cuenca.
- Que en la materia de política hidráulica se acentúa la necesidad de una específica coordinación entre las diferentes administraciones interesadas, que debe ser entendida como la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, evitando contradicciones o reduciendo disfunciones que, de subsistir, dificultarían la realidad del sistema creado.
- Para finalizar, no debe pasarse por alto la consideración vertida en dicha sentencia de que es preciso tener en cuenta que, respecto a las aguas subterráneas, la Ley de Aguas sólo regula el régimen de ese tipo de aguas cuando son renovables, es decir, de aguas corrientes o fluyentes, y que, por lo tanto, no prejuzga la titularidad de las competencias sobre las aguas subterráneas no corrientes, fósiles o estancadas. Que desde luego no es posible ignorar que las aguas subterráneas renovables tienen una relación directa de conexión o comunicación recíproca con los cursos de agua superficiales, y que en el caso de las llamadas aguas subálveas o en el de algunas corrientes que en ciertos tramos desaparecen de la superficie, forman parte inescindible de esos mismos cursos. Que en consecuencia, tales flujos o corrientes de aguas subterráneas, en la medida en que convergen en una red de cauces de una cuenca hidrográfica, perte-

necen a dicha cuenca y se integran así, a través de la misma, en el ciclo hidrológico. Empero, dichas consideraciones del referido Tribunal pueden crear una verdadera frontera respecto a aguas subterráneas que pudiesen estimarse estancadas.

Con un carácter más general, vinculado con el medio ambiente (materia 23ª del propio artículo 149.1 constitucional), estimo también relevante hacer referencia a las siguientes sentencias del propio Tribunal Constitucional:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El carácter complejo y polifacético que tienen las cuestiones relativas al medio ambiente determina precisamente que afecte a los más variados sectores del ordenamiento jurídico y provoca una correlativa complejidad en el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Por eso mismo, el medio ambiente da lugar a unas competencias, tanto estatales como autonómicas, con un carácter metafóricamente “transversal” por incidir en otras materias incluidas también, cada una a su manera, en el esquema constitucional de competencias en cuanto tales materias tienen como objeto los elementos integrantes del medio (las aguas, la atmósfera, la fauna y la flora, los minerales) o ciertas actividades humanas sobre ellos (agricultura, industria, minería, urbanismo, transportes) que a su vez generan agresiones al ambiente o riesgos potenciales para él (SSTC 102/1995, de 20-6, y 306/2000, de 12-12).¹⁴ (Las negrillas están puestas por el autor.)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Se establece, de acuerdo con la tendencia general actual, la necesidad de que el Estado fije las normas que impongan un encuadramiento de una política global en materia de medio ambiente, dado el alcance no ya nacional, sino internacional que tiene la regulación de esta materia, así como la exigencia de la “indispensable solidaridad colectiva” a que se refiere el artículo 45.2 CE. Pero se atribuye también a las Comunidades Autónomas una competencia propia no sólo de ejecución, sino de “desarrollo legislativo” de la legislación básica, y la de imponer “medidas adicionales de protección”; todo lo cual supone que dentro del marco de la política global del medio ambiente y de respeto al principio de solidaridad es constitucionalmente posible una diversidad de regulaciones (STC 64/1982, de 4-11).¹⁵ (Las negrillas están puestas por el autor.)

En estos criterios del Tribunal Constitucional queda nuevamente reflejada la gran problemática competencial que se presenta entre el Estado y las Comunidades Autónomas, vinculada ahora, como se ha dicho, al medio ambiente. El mismo Tribunal reconoce que estas cuestiones tienen un carácter “polifacético” que provoca una gran complejidad en el reparto de dichas competencias, mismas a las que el propio Tribunal llama metafóricamente “transversales” por todas las materias incluidas, entre ellas, la del agua, y por las diversas actividades de igual forma involucradas (agricultura, industria, minería, urbanismo, transporte, etcétera...). También el Tribunal Constitucional refleja la necesidad de normas que impongan un

¹⁴ Cfr. José Luis GIL IBÁÑEZ, y Fernando DE MATEO MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 35.

¹⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 35 y 36.

encuadramiento de una “política global” en materia de medio ambiente, dado el alcance internacional que tiene actualmente dicha materia. Dentro de esas políticas o regulaciones globales, en mi opinión desde luego deben quedar ya incluidas muchas cuestiones relativas al agua, por la gran importancia del tema y sobre todo si se considera el creciente número de conflictos que están surgiendo en el mundo entre distintos Estados en tal materia.

Respecto a todo lo antes referido en relación con dichos artículos 148 y 149 de la Constitución Española, en lo personal concluyo lo siguiente:

- En el año de 1978 en que se emite la nueva Constitución de España, en muchos países no se tenía una plena conciencia de los problemas del agua, cuyos temas específicos son más recientes. Posiblemente por lo anterior en dicha Constitución no se precisó un claro sistema de competencias al respecto entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ni realmente una estructura bien delimitada en esta materia. Si bien, como se ha dicho, para el tema específico que nos ocupa, pueden aceptarse como premisas generales que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en la explotación de los aprovechamientos hidráulicos de su interés y que el Estado tiene competencia exclusiva en la regulación de los recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma, tales artículos 148 y 149 “establecen un muy complejo y difuso sistema de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en otras y en esta materia de aguas, verdaderamente difícil de desentrañar”, en el que además influyen diversos factores como los procedimientos conforme a los cuales se han constituido las diversas Comunidades Autónomas y otros títulos competenciales. Realmente, como ya se ha dicho, sólo casuísticamente puede analizarse y delimitarse el sistema de competencias de cada Comunidad Autónoma en materia de aguas.
- Muy posiblemente influenciado por las tendencias mundiales en tal materia, el Tribunal Constitucional, en interpretaciones “muy forzadas” de dichos artículos desde mi perspectiva, ha estimado constitucional que se utilice como criterio territorial para el ejercicio de las competencias del Estado en esta propia materia, el de la cuenca hidrográfica; al igual que ha sostenido que corresponde al legislador estatal en exclusiva la potestad para excluir genéricamente del tráfico jurídico privado las aguas continentales (entre ellas las subterráneas renovables), para, como un recurso natural unitario, integrarlas al dominio público del Estado.

Por otra parte, respecto a las disposiciones transitorias de la Constitución, considero que hay que tener presentes la Segunda y la Sexta, relativas a los proyectos de Estatutos de Autonomía, pues según se ha visto, para determinar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia, también es necesario analizar los procedimientos conforme a los cuales se han constituido las diversas Comunidades Autónomas en España.

Para terminar con este apartado, conforme al punto 3 de la disposición derogatoria de la Constitución, quedaron derogadas cuantas disposiciones se opusieran a lo establecido por la misma, precepto que desde luego también debe tenerse presente, pues de igual forma podría incidir en la materia que nos ocupa.

Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas

Este Decreto, actualmente en vigor, fue publicado en el Boletín Oficial del Estado No. 176, de 24 de julio de 2001 y una corrección de errores del mismo fue publicada en el propio Boletín Oficial del Estado núm. 287 de 30 de noviembre de ese mismo año.

Este Decreto ha sufrido diversas modificaciones que son las siguientes: por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 313 el 31 de diciembre de 2001; por la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 157 el 2 de julio de 2002; por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 313 el 31 de diciembre de 2002; por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 313 el 31 de diciembre de 2003; por la Ley 11/2005, de 12 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 15 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 149 el 23 de junio de 2005; y por el Real Decreto-Ley 4/2007, de 13 de abril, publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 90 el 14 de abril de 2007.

Antes de su articulado en dicho Texto Refundido de la Ley de Aguas se establece que:

La disposición final segunda de la Ley 46/99, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/85, de 2 de agosto, de Aguas, en la redacción dada por la Ley 6/01, de 8 de mayo, de Evaluación de Impacto Ambiental, autoriza al Gobierno para que, en el plazo de dos años a partir de su entrada en vigor, dicte un Real Decreto Legislativo en el que se refunda y adapte la normativa legal existente en materia de aguas.

Para ello, se hace preciso incorporar las modificaciones que en el texto de la Ley de Aguas, se introducen por la propia Ley 46/99, antes citada y por la sentencia del Tribunal Constitucional 227/88, de 29 de noviembre, en la que se estiman parcialmente tanto los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Aguas, como el conflicto positivo de competencias planteado contra determinados preceptos del Reglamento del Dominio Público Hidráulico; por la disposición adicional 9.^a 2 de la Ley 42/94, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social que modifica los apartados 1.º, segundo párrafo y 2.º, del artículo 109 de la Ley de Aguas en materia de sanciones; por los artículos 2 y 3 de la Ley 9/96, de 15 de enero, en la que se adoptan medidas extraordinarias, excepcionales y urgentes en materia de abastecimientos hidráulicos como consecuencia de la persistencia de la sequía, modificando y ampliando respectivamente los artículos 63 y 109.2 de la Ley de Aguas; por los artículos 158, 173 y 174 de la Ley 13/96, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, relativos a la gestión directa de la construcción o explotación de

determinadas obras públicas, al régimen jurídico del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, así como a la modificación del artículo 21 de la Ley de Aguas, al que añade un nuevo apartado y, finalmente, por la Ley 11/99, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor, seguridad vial y en materia de aguas, que modifica y amplía respectivamente, los artículos 17 y 25 de la Ley de Aguas, relativos al Consejo Nacional del Agua y a la composición de la Junta de Gobierno de los Organismos de Cuenca.

Por otra parte, y a pesar de su rango legal, no se ha entendido adecuado incluir en el texto refundido, el Real Decreto-ley 11/95, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas. Esta norma constituye un complemento de lo dispuesto en la Ley de Aguas en relación con los vertidos, pero tiene, sin duda, otros objetivos y afecta a otros ámbitos legislativos diferentes, como ocurre con las aguas marítimas reguladas por la Ley de Costas. Por ello, sin perjuicio de su vigencia y aplicación, se entiende que su inclusión en el texto refundido de la Ley de Aguas ocasionaría importantes disfunciones desde el punto de vista de la técnica legislativa.

En consecuencia, se ha elaborado un texto refundido de la Ley de Aguas, que se incorpora a este Real Decreto Legislativo y que tiene por objeto, en cumplimiento del mandato legal, recoger las modificaciones que han quedado detalladas. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Como puede verse de lo antes transcrito, acorde con la disposición final Segunda de la Ley 46/1999 de 13 de diciembre, en la redacción dada por una diversa Ley 6/2001, de 8 de mayo, de Evaluación de Impacto Ambiental, se autorizó al Gobierno para dictar este Real Decreto Legislativo que tendría por objeto adaptar la normatividad legal existente en materia de aguas.

Para tal efecto, según también se puede ver en lo anteriormente transcrito de este ordenamiento jurídico, se hacía preciso incorporar, entre otras disposiciones, las modificaciones introducidas a la Ley de Aguas por la propia Ley 46/1999 y la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988 de 29 de noviembre, asimismo antes referida, lo que denota desde luego la importancia de dicha sentencia, importancia aludida con anterioridad.

Acorde con su disposición derogatoria Única de este ordenamiento legal, quedaron derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opusieran a dicho texto refundido y, en particular, entre otras, la Ley 29/1985 de Aguas y la Ley 46/1999 de 13 de diciembre, por la que se modificó dicha Ley 29/1985, excepto su disposición adicional Primera. Entrando al articulado de dicho Texto Refundido de la Ley de Aguas, los artículos 1º y 2º del mismo disponen:

Artículo 1. Objeto de la Ley.

1. **Es objeto de esta Ley la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias delimitadas en el artículo 149 de la Constitución.**
2. **Es también objeto de esta ley el establecimiento de las normas básicas de protección de las aguas continentales,** costeras y de transición, sin perjuicio de su calificación jurídica y de la legislación específica que les sea de aplicación.
3. **Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.**
4. **Corresponde al Estado,** en todo caso, y en los términos que se establecen en esta Ley, la **planificación hidrológica** a la que deberá someterse toda actuación sobre el dominio público hidráulico.

5. Las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en el apartado 2.

Artículo 2. Definición de dominio público hidráulico.

Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley:

- a) **Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación.**
- b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.
- c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos.
- d) Los **acuíferos**, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos.
- e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar.
(Las negrillas están puestas por el autor.)

Si bien estos artículos tienen ciertas variantes respecto al texto original de la Ley de Aguas de 1985 y sus reformas a través de la referida Ley 46/1999, para los aspectos torales de este trabajo en esencia no hay cambios, por lo que me remito a los comentarios dados con anterioridad respecto a tales artículos cuando se estudió la aludida Ley de Aguas de 1985, siendo lo más importante para los propios efectos de este trabajo, que acorde con estos preceptos es objeto de esta Ley la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias delimitadas en el artículo 149 de la Constitución; que actualmente es también objeto de esta Ley el establecimiento de las normas básicas de protección de las aguas continentales; que las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables (con independencia del tiempo de renovación), constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico; que corresponde al Estado la planeación hidrológica; y que también constituyen el dominio público hidráulico los acuíferos.

Por su parte, el artículo 14 de este ordenamiento legal dispone:

Artículo 14. Principios rectores de la gestión en materia de aguas.

El ejercicio de las funciones del Estado, en materia de aguas, se someterá a los siguientes principios:

- 1.º **Unidad de gestión, tratamiento integral**, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios.
- 2.º **Respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica**, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico.
- 3.º Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza (Las negrillas están puestas por el autor.)

Este artículo 14, cuyo texto corresponde al artículo 13 de la Ley de Aguas de 1985 y se mantiene en los mismos términos, establece los principios rectores de la gestión del agua,

siendo los más importantes, para efectos de este trabajo, el de unidad de gestión, tratamiento integral y el respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica.

Sobre el particular, el Tribunal Supremo ha sostenido que estos principios rectores tienen una validez general, que deben ser aplicados por todos los poderes públicos y que, incluso, son también de aplicación general en las cuencas intracomunitarias en las que la respectiva Comunidad haya asumido competencia sobre el dominio público hidráulico, según la siguiente sentencia:

TRIBUNAL SUPREMO

Por otra parte, de los principios enunciados, caben destacar dos: el de economía del agua y el del ciclo hidrológico; **y adelantamos ya que estos principios –y también los demás que enumera ese artículo– tienen validez general**, en el sentido de que responden a la naturaleza de las cosas, por lo que –el hecho de que la Ley los enumere con referencia a las competencias del Estado, **no significa que no tengan que ser aplicados por los restantes poderes públicos. Y es que estos principios son de aplicación general, incluso en las cuencas intracomunitarias en las que la respectiva Comunidad haya asumido la competencia sobre el dominio público hidráulico** (STS, Sala 3ª, 9-5-2001).¹⁶ (Las negrillas están puestas por el autor.)

El artículo 16 de este ordenamiento jurídico actualmente dispone:

Artículo 16. Definición de cuenca hidrográfica.

A los efectos de esta ley, se entiende por cuenca hidrográfica la **superficie** de terreno cuya escorrentía **superficial** fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta. La cuenca hidrográfica como unidad de gestión del recurso se considera indivisible. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Como se ve el texto de este artículo cambió (ello por reforma dada mediante la Ley 62/2003 de 30 de diciembre referida al inicio de este apartado). Antes este artículo definía a la cuenca hidrográfica como “...el territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único...” y ahora la define como “...la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta...”. En este cambio de alguna forma radical, a mí en lo personal me quedaría la duda en esta nueva definición “dónde puede quedar lo subterráneo”, pues el nuevo texto de este artículo habla de “superficie de terreno” y de sus escorrentías “superficiales”. Por otra parte, el artículo sigue diciendo que la cuenca hidrográfica como unidad de gestión del recurso se considera indivisible.

El artículo 17 de este ordenamiento jurídico dispone lo siguiente:

Artículo 17. Funciones del Estado en relación con el dominio público hidráulico.

¹⁶ Cfr. José Luis GIL IBÁÑEZ, y Fernando DE MATEO MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 50.

En relación con el dominio público hidráulico y en el marco de las competencias que le son atribuidas por la Constitución, el Estado ejercerá, especialmente, las funciones siguientes:

- a) **La planificación hidrológica** y la realización de los planes estatales de infraestructuras hidráulicas o cualquier otro estatal que forme parte de aquéllas.
- b) La adopción de las medidas precisas para el cumplimiento de los acuerdos y Convenios internacionales en materia de aguas.
- c) **El otorgamiento de concesiones referentes al dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma.**
- d) El otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico, así como la tutela de éste, en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial, de una sola Comunidad Autónoma. La tramitación de las mismas podrá, no obstante, ser encomendada a las Comunidades Autónomas. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Este artículo mantiene el mismo texto que el artículo 15 de la Ley de Aguas de 1985. Como se expuso cuando se comentó el mismo, para los efectos de este trabajo considero que lo más importante de este artículo es que el Estado ejercerá las funciones de la planificación hidrológica y del otorgamiento de concesiones referentes al dominio público hidráulico “en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma”.

El artículo 52 dispone:

Artículo 52. Formas de adquirir el derecho al uso privativo.

- 1. **El derecho al uso privativo, sea o no consuntivo, del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa.**
- 2. **No podrá adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico.** (Las negrillas están puestas por el autor.)

Conforme a dicho artículo el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico se adquiere actualmente por disposición legal o por concesión administrativa y, como se ha visto, ya no por prescripción. Este artículo mantiene el mismo texto que el artículo 50 de la Ley de Aguas de 1985.

Respecto a tal artículo pueden relacionarse los dos siguientes criterios del Tribunal Supremo:

TRIBUNAL SUPREMO

No es admisible la tesis mantenida por la Administración de que el único título para adquirir el derecho al aprovechamiento de aguas públicas fuera, antes, la prescripción y la concesión, y hoy sólo la concesión, **ya que, antes y ahora, la ley es fuente de derechos y obligaciones y, por tanto, título legítimo para adquirir derecho al uso privado de las aguas públicas** (STS, Sala 3ª, 20-1-1989).¹⁷ (Las negrillas están puestas por el autor.)

¹⁷ Cfr. José Luis GIL IBÁÑEZ, y Fernando DE MATEO MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 87.

TRIBUNAL SUPREMO

[...] En particular el régimen transitorio de la LA, pese a la regla general que impide pueda adquirirse por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico (artículo 50.2), **admite la continuidad en el disfrute de sus derechos de quienes fueran titulares de aprovechamientos de aguas públicas, por prescripción acreditada, con anterioridad a la vigencia de la Ley** (Disp. Trans. 1ª) (STS, Sala 1ª, 5-10-1998).¹⁸ (Las negrillas están puestas por el autor.)

Desde luego se comparte el criterio de la primera sentencia antes transcrita, pues es claro que el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico también podría adquirirse en ciertos casos por disposición legal y no sólo por concesión administrativa, de lo que se dieron ejemplos cuando se estudió la Ley de 1985 con base principalmente en su artículo 52, que ahora sería el 54 del texto refundido en comento, haciendo la salvedad de que el apartado 2 de este último artículo se refiere ya únicamente a predios con manantiales cuando el volumen total no sobrepase los 7 000 metros cúbicos, pero ya no hace referencia a ese mismo supuesto tratándose de aguas subterráneas. En el segundo criterio antes transcrito, tomando en consideración el régimen transitorio de la Ley de Aguas de 1985, el Tribunal Supremo corrobora la continuidad en el disfrute de sus derechos de quienes fueran titulares de aprovechamientos de aguas públicas, en el caso de prescripción acreditada con anterioridad a la vigencia de dicha Ley.

Por otra parte, las disposiciones transitorias Primera, Segunda, Tercera y Cuarta de la Ley de Aguas 29/1985 sufrieron algunas adecuaciones en este texto refundido de la Ley de Aguas, quedando redactadas de la siguiente manera:

Disposición transitoria primera. Titulares de derechos sobre aguas públicas derivados de la Ley de 13 de junio de 1879.

1. Quienes, conforme a la normativa anterior a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, **fueran titulares de aprovechamiento de aguas públicas** en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada, así como de autorizaciones de ocupación o utilización del dominio público estatal, seguirán disfrutando de sus derechos, de acuerdo con el contenido de sus títulos administrativos y lo que la propia Ley 29/1985 establece, durante un plazo máximo de setenta y cinco años a partir de la entrada en vigor de la misma, de no fijarse en su título otro menor.
2. Los aprovechamientos de aguas definidas como públicas según la normativa anterior a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, quedarán legalizados mediante inscripción en el Registro de Aguas, siempre que sus titulares hayan acreditado el derecho a la utilización del recurso de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera 2 de esa ley.

El derecho a la utilización del recurso se prolongará por un plazo de setenta y cinco años, contados desde la entrada en vigor de dicha Ley, sin perjuicio de que la Administración ajuste el caudal del aprovechamiento a las necesidades reales.

Disposición transitoria segunda. **Titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de manantiales**, derivados de la Ley de 13 de junio de 1879.

¹⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 88.

1. A los titulares de algún derecho conforme a la Ley de 13 de junio de 1879, **sobre aguas privadas procedentes de manantiales** que vinieran utilizándose en todo o en parte y hubieran obtenido su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas, les será respetado dicho régimen por un plazo máximo de cincuenta años, a contar desde el 1 de enero de 1986. Quienes, al término de dicho plazo, se encontraran utilizando los caudales, en virtud de título legítimo, tendrán derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa de conformidad con lo previsto en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.
2. Si los interesados no hubiesen acreditado sus derechos con arreglo a la disposición transitoria segunda 1, mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas.
3. En cualquiera de los supuestos anteriores, 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.
4. En todo caso, a los aprovechamientos de aguas a que se refiere esta disposición transitoria 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 del uso del dominio público hidráulico.

Disposición transitoria tercera. Titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías, derivados de la Ley de 13 de junio de 1879.

1. Los aprovechamientos temporales de aguas privadas procedentes de pozos o galerías, inscritos en el Registro de Aguas al amparo de la disposición transitoria tercera 1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, serán respetados por la Administración, durante un plazo de cincuenta años a contar desde el 1 de enero de 1986, en lo que se refiere al régimen de explotación de los caudales, y derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa de conformidad con lo previsto en la citada Ley.
2. Si los interesados no hubiesen acreditado sus derechos, de conformidad con la disposición transitoria tercera 1, mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas.
3. En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, según lo establecido en la presente Ley.
4. En todo caso, a los aprovechamientos de aguas privadas a que se refiere esta disposición transitoria, 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 las limitaciones del uso del dominio público hidráulico.

Disposición transitoria cuarta. Registro de los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la Ley de 1879.

1. Los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la Ley de 13 de junio de 1879 se podrán inscribir en el Registro de Aguas a petición de sus titulares legítimos y a los efectos previstos en las disposiciones transitorias segunda y tercera.
2. Todos los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, se declararán por sus titulares legítimos ante el Organismo de Cuenca, en los plazos que se determinen reglamentariamente.

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

3. Los titulares de aprovechamiento de aguas continentales de cualquier clase, que no los hubieren inscrito en el Registro de Aguas o incluido en el Catálogo de cuenca, podrán ser objeto de multas

coercitivas en la forma y cuantía que resulten de la aplicación de los criterios determinados en el artículo 117 de la presente Ley. (Las negrillas están puestas por el autor.)

Correlativamente, la disposición transitoria Primera es referente a titulares de derechos sobre aguas públicas derivados de la Ley de 13 de junio de 1879; la disposición transitoria Segunda se refiere a titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de manantiales derivados de la propia Ley de 13 de junio de 1879; y la Tercera a titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías derivados de la misma Ley de 1879. Por consiguiente, como lo hicimos con la Ley de 1985, nos abocaremos al estudio de dicha disposición transitoria Tercera y a la de la Cuarta, que se relaciona con la misma, por ser realmente la materia del presente trabajo, sin dejar de señalar que también las disposiciones transitorias Segunda y Tercera en comento guardan marcada similitud.

Así las cosas, conforme a la referida disposición transitoria Tercera:

- a) Los aprovechamientos temporales de aguas privadas procedentes de pozos o galerías, inscritos en el Registro de Aguas al amparo de la disposición transitoria Tercera, apartado 1, de la Ley de Aguas 29/1985 (disposición antes analizada en este trabajo), serán respetados por la Administración durante un plazo de 50 años contado a partir del 1º de enero de 1986, en lo que se refiere al régimen de explotación de los caudales y al derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa.
- b) Si los interesados no hubieran acreditado sus derechos de conformidad con dicha disposición transitoria Tercera, apartado 1, de la Ley 29/1985, mantendrán su titularidad en la misma forma como hasta ahora, pero no podrán gozar de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas, protección respecto a la cual ya se hicieron comentarios anteriormente en qué consistiría.
- c) En cualquiera de los supuestos anteriores el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación de acuerdo con esta Ley.
- d) Asimismo, a todos estos aprovechamientos les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en el caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico.

Conforme a la disposición transitoria Cuarta:

- a) Los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la Ley de 1879 se podrán inscribir en el Registro de Aguas a petición de sus titulares legítimos para los efectos previstos en las disposiciones transitorias Segunda y Tercera.

- b) Todos los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la Ley 29/1985, se declararán por sus titulares legítimos ante el Organismo de Cuenca correspondiente en los plazos que se determinen reglamentariamente. El Organismo de Cuenca, previo conocimiento de las características y aforo de dichos aprovechamientos, los incluirá en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca.
- c) Los titulares de aprovechamientos de aguas continentales de cualquier clase, que no los hubieran inscrito en el Registro de Aguas o incluido en el Catálogo de la cuenca, podrán ser objeto de multas coercitivas.

Respecto a dichas disposiciones transitorias Tercera y Cuarta, puede asimismo relacionarse y estimarse vigente el siguiente criterio del Tribunal Supremo:

TRIBUNAL SUPREMO

La LA, tras eliminar el derecho de apropiación de las aguas subterráneas reconocido por la anterior Ley de 1879 a favor de quien las alumbrase y para evitar lesionar los derechos adquiridos por los particulares al amparo de la legislación anterior, ha arbitrado un sistema transitorio que reconoce la propiedad privada de las aguas que lo eran conforme a la legislación anterior, al propio tiempo que favorece la transformación de aquel derecho privado en un derecho administrativo de aprovechamiento temporal de aguas privadas durante un plazo de 50 años, previa declaración de tales aguas ante el Organismo de Cuenca para su inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal, brindándole a partir de entonces la protección que otorga la inscripción en el Registro de Aguas, el cual, de acuerdo con el art. 72 de la Ley –actual art. 80 TRLA– se constituye en instrumento de prueba que legitima a sus titulares para interesar la intervención administrativa en defensa de sus derechos, en la medida en que éstos son de naturaleza pública y otorgados por la Administración. Con este propósito se redactaron las Disposiciones transitorias 2ª, 3ª y 4ª, estableciendo un plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor de la Ley (1 de enero de 1986), a fin de que los titulares de algún derecho sobre aguas puedan acreditarlo y obtener así la inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas y gozar de la protección administrativa que de ello se deriva. Más, como ningún titular de aguas privadas con arreglo a la legislación derogada por la Ley de 1985, estaba obligado a transformar su régimen de propiedad en un derecho administrativo sobre tales aguas, y además el mantenimiento de aquel régimen no es consecuencia de ninguna actuación positiva sino, muy al contrario, de no haber ejercitado la opción de convertir tales derechos privados en aprovechamientos temporales –lo que exige, según se ha dicho, la decisión de inscribir tales derechos en el Registro de Aguas– es evidente que hubo de arbitrase un sistema que permitiera a la Administración conocer todas las aguas que continuarán bajo un estricto régimen de propiedad privada. Tal sistema ha sido la creación de un Catálogo de Aguas Privadas, configurado como un instrumento administrativo que ofrece a la Administración una información indispensable para el control de los recursos hidráulicos y la puesta en práctica, en su caso, de medidas de protección de los acuíferos, tales como la declaración de sobreexplotación y salinización, y por ello la Disposición transitoria 4ª, en sus apartados segundo y tercero, establece 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 determinen reglamentariamente el cual previo conocimiento de sus características y aforo, los incluirá en el Catálogo de aprovechamiento de aguas privadas de la cuenca; y que los titulares

de aprovechamientos que no los hubiesen... incluido en el Catálogo podrán ser objeto de multas coercitivas... De ahí que pueda sostenerse que la declaración obligatoria de tales aprovechamientos sólo pretende una función fiscalizadora, y por tanto no afecta a la naturaleza dominical de las aguas por carecer de carácter constitutivo alguno, ya que el Catálogo, a diferencia del Registro de Propiedad, no es un registro con efectos civiles sino simplemente administrativos, sin efectos sustantivos sobre las titularidades privadas (SSTS, Sala 3ª, 2-4-2001 y 20-3-1992).¹⁹ (Las negrillas están puestas por el autor.)

Resumiendo el anterior criterio de dicho Tribunal, que sustenta o corrobora mucho de lo antes expuesto en este trabajo, puede decirse lo siguiente:

- a) Para dicho Tribunal la legislación de aguas en vigor desde luego eliminó el derecho de apropiación de las aguas subterráneas que reconocía la Ley de 1879 a favor de quien las alumbrase.
- b) Sin embargo, para evitar lesionar derechos adquiridos por los particulares al amparo de dicha Ley de 1879, se creó un sistema transitorio que reconoce la propiedad privada de dichas aguas al mismo tiempo que “favorece la transformación de aquel derecho privado en un derecho administrativo de aprovechamiento temporal de aguas privadas durante un plazo de 50 años”, previa declaración de las mismas ante el Organismo de Cuenca correspondiente para su inscripción en el Registro de Aguas con tal carácter.
- c) Tal inscripción debía hacerse durante un término de tres años a partir del 1º de enero de 1986, reconociéndose también, de ejercitarse tal opción, un derecho preferente para la posterior obtención de la concesión administrativa, transcurrido dicho plazo de 50 años. Sobre este último punto, no quiero dejar de comentar que para diversos autores este derecho preferente para la obtención de la concesión administrativa correspondiente, no es un derecho a la concesión en sí, sino un derecho llamado “a ser concesional”, que, como se dijo anteriormente, no le garantiza al particular plenamente la obtención de tal concesión.
- d) Respecto a quienes ejercieron esa opción, para el Tribunal Supremo queda claro que cambiaron su anterior régimen de propiedad privada de dichas aguas por un derecho administrativo de aprovechamiento temporal de las mismas, que desde luego goza de la protección administrativa que se deriva de la inscripción en el Registro de Aguas.
- e) Dicho Tribunal confirma que esto era una opción, pues ningún titular de aguas privadas con arreglo a la legislación derogada por la Ley de 1985 estaba obligado a transformar su régimen de propiedad en un derecho administrativo sobre las mismas. De no ejercitarse la referida opción los derechos sobre las aguas subterráneas se mantenían como hasta ese momento, aunque desde luego, en estos casos, no se tendrá de-

¹⁹ Cfr. *Ibid.*, pp. 165 y 166.

recho a la protección administrativa derivada de la inscripción en el Registro de Aguas, lo que puede encontrar su justificación, como ya también se dijo anteriormente, en que la Administración no puede proteger derechos que ella no ha otorgado, ni que han sido acreditados ante la misma, así como porque se trata de bienes ajenos a su titularidad, lo que daba lugar a ese trato desigual.

- f) Toda vez que no era obligatorio acogerse a la multirreferida opción, para dicho Tribunal hubo de arbitrar un sistema que permitiera a la Administración conocer todas las aguas que continuarían bajo un estricto régimen de propiedad privada, sistema que ha sido la creación de un Catálogo de aguas privadas, configurado, como se ha referido, como un instrumento administrativo que ofrece a la Administración una información indispensable para el control de los recursos hidráulicos y la puesta en práctica de medidas de protección a los acuíferos tales como, por ejemplo, la declaración de sobreexplotación o salinización de los mismos, sosteniendo el propio Tribunal que la declaración obligatoria de tales aprovechamientos sólo tiene “una función fiscalizadora” y por tanto no afecta el régimen de propiedad de las aguas por carecer de carácter constitutivo alguno, ya que dicho Catálogo, a diferencia del Registro de Propiedad, no es un registro con efectos civiles sino simplemente administrativos, sin efectos sustantivos sobre las titularidades privadas.

Por otro lado, desde luego es preciso referir que a través de la disposición transitoria Segunda de la Ley 10/2001, de 5 de julio, de Plan Hidrológico Nacional, se estableció el cierre del periodo de inscripción para los titulares de aprovechamientos de aguas privadas, otorgándose un plazo improrrogable de tres meses para solicitar su inclusión en el Catálogo de aguas privadas de la cuenca, contado a partir de la entrada en vigor de dicha Ley. Transcurrido el plazo sin haberse efectuado dicha inscripción, no se reconocería ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas, sino en virtud de resolución judicial firme. Por consiguiente, para diversos autores actualmente ya no es posible solicitar la inscripción de estos derechos sino en virtud de tales resoluciones judiciales firmes.

Todo este sistema creado para las aguas subterráneas ha sido sumamente confuso, lo que aunado a la falta de medios personales y técnicos de la Administración, al desconocimiento o desconfianza de los particulares por no existir reglas claras y a un sinnúmero de litigios que han surgido al respecto, ha venido a provocar un panorama sumamente nebuloso respecto a dichas aguas subterráneas en España, causado originalmente porque junto a su declaración de dominio público hidráulico dada a través de la Ley de 1985, “el legislador permitió que subsistieran formas de aprovechamientos privados de tales aguas”.

Se calcula que únicamente entre 10 y 20 por ciento de los propietarios de pozos los han inscrito en el Registro de Aguas como aprovechamientos temporales de aguas privadas. Correlativamente, más de 80 por ciento de los propietarios de pozos no han inscrito sus aprovechamientos en dicho Registro de Aguas, y por lo tanto conservarán indefinidamente la pro-

piedad privada de las mismas, “por lo que aunque la legislación de aguas a partir de 1985 parte de la base de que las aguas subterráneas son públicas, en la realidad tanto de hecho como jurídicamente la gran mayoría de dichas aguas alumbradas siguen siendo de dominio privado”, a lo que hay que añadir lo que muchos autores llaman la insumisión hidráulica, es decir, la perforación de nuevos pozos de modo ilegal sin previa autorización de investigación y sin solicitar la concesión administrativa respectiva, práctica que se da sobre todo en el sureste español. Estos pozos clandestinos pueden generar una gran sobreexplotación de los acuíferos, máxime cuando están fuera de control.

Relacionado con todo lo anterior, desde luego también siempre se ha hablado de la necesidad de elaborar un censo fiable de los aprovechamientos, que incluya toda la información técnica correspondiente. Sobre el particular varios autores dan cuenta de que diversos programas como el “Programa Actualización de Registros y Catálogos de Aprovechamientos” (ARYCA), puesto en marcha en 1995, realmente han fracasado, ello en principio por la ausencia de una labor previa de coordinación y homogeneización de los procedimientos entre las distintas Confederaciones, y además, como se ha dicho, por la falta de medios personales y materiales, lo que ha parecido indicar que realmente no ha existido una clara voluntad política de resolver esta situación.

Ante el inadecuado resultado del programa ARYCA, se procedió al lanzamiento del “Programa Actualización de Libros de Registro y Catálogo” (ALBERCA) en otoño de 2001, mismo que para diversos especialistas aporta una buena solución ya que uno de los aspectos que prevé es el de la revisión de todos los aprovechamientos inscritos en el anterior Registro, previo al traslado de sus asientos al Registro de Aguas del Organismo de Cuenca correspondiente, ello a través de los soportes informáticos adecuados.

Ya se evaluarán finalmente los resultados de este Programa, pero lo cierto es que también para diversos autores, dado todo lo antes expuesto y principalmente porque no se conoce cuántos aprovechamientos de aguas subterráneas realmente existen en España, la situación de dichas aguas la califican como “caótica” (así la califican expresamente Esperanza Alcaín Martínez y Manuel Beltrán Jiménez y coautores, de los que he retomado asimismo muchas de estas últimas ideas a través de sus trabajos citados).

Capítulo V.

Comentarios respecto al régimen administrativo de las aguas subterráneas en España

Independientemente del régimen de propiedad de las aguas subterráneas en España previsto, actualmente en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, lo que fue analizado en el capítulo anterior, en este capítulo haré un análisis y comentarios de otras cuestiones que estimo relevantes relacionadas con el régimen administrativo de tales aguas, contenidas en dicho Texto Refundido, lo que asimismo debe servir como un estudio de derecho comparado frente a México.

Principios rectores en materia de aguas

El artículo 14 de dicho Texto Refundido de la Ley de Aguas, precepto respecto al cual ya se hicieron algunos comentarios previamente, establece que el ejercicio de las funciones del Estado en materia de aguas, se someterá a los siguientes principios que paso a desglosar:

- Unidad de gestión
- Tratamiento integral.
- Economía del agua.
- Desconcentración.
- Descentralización.
- Coordinación.
- Eficacia.
- Participación de usuarios.
- Respeto a la unidad de cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico.
- Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza.

En mi opinión, también pueden estimarse como principios rectores en materia de aguas en España, los objetivos de protección establecidos en el artículo 92 del mismo ordenamiento,

que son los siguientes:

- Prevenir el deterioro, proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos, así como de los ecosistemas terrestres y humedales que dependan de modo directo de los acuáticos en relación con sus necesidades de agua.
- Promover el uso sostenible del agua, protegiendo los recursos hídricos disponibles y garantizando un suministro suficiente en buen estado.
- Proteger y mejorar el medio acuático, estableciendo medidas específicas para reducir progresivamente los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias prioritarias, así como para eliminar o suprimir de forma gradual los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias.
- Garantizar la reducción progresiva de la contaminación de las aguas subterráneas y evitar su contaminación adicional.
- Paliar los efectos de las inundaciones y sequías.
- Alcanzar los objetivos fijados en los tratados internacionales, en orden a prevenir y eliminar la contaminación del medio ambiente marino.
- Evitar cualquier acumulación de compuestos tóxicos o peligrosos en el subsuelo, o cualquier otra acumulación que pueda ser causa de degradación del dominio público hidráulico.
- Garantizar la asignación de las aguas de mejor calidad de las existentes en un área o región al abastecimiento de poblaciones.

Relacionado con lo anterior, también podrían señalarse los objetivos medioambientales previstos en el artículo 92 bis del propio ordenamiento, que específicamente en materia de aguas serían los siguientes:

a) Tratándose de aguas superficiales:

- Prevenir el deterioro del estado de las masas de dichas aguas.
- Proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua superficial con el objeto de alcanzar un buen estado de las mismas.
- Reducir progresivamente la contaminación procedente de sustancias prioritarias, y eliminar o suprimir gradualmente los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias.

b) Para las aguas subterráneas:

- Evitar o limitar la entrada de contaminantes en dichas aguas y evitar el deterioro del estado de todas las masas de agua subterránea.
- Proteger, mejorar y regenerar las masas de agua subterránea, y garantizar el equili-

brio entre la extracción y la recarga a fin de conseguir el buen estado de tales aguas subterráneas.

- Invertir las tendencias significativas y sostenidas en el aumento de la concentración de cualquier contaminante derivadas de la actividad humana, con el fin de reducir progresivamente la contaminación de las aguas subterráneas.

No debe dejarse de señalar que, acorde con la Disposición adicional undécima del propio ordenamiento, España en principio pretende alcanzar estos objetivos medioambientales en el año 2015, aunque puede haber prórrogas respecto a determinadas masas de agua, prórrogas que también en principio no podrán exceder del año 2027.

Administración gubernamental del recurso

A continuación haré un esbozo general de las autoridades encargadas de la administración de las aguas subterráneas en España, como se hizo en el caso de México, sin dejar primeramente de señalar que acorde con el artículo 17 del Texto Refundido de la Ley de Aguas en comento, en relación con el dominio público hidráulico y, dice el artículo, en el marco de las competencias que le son atribuidas por la Constitución, el Estado ejercerá especialmente las funciones siguientes:

- La planificación hidrológica y la realización de los planes estatales de infraestructuras hidráulicas o cualquier otro estatal que forme parte de aquéllas.
- La adopción de las medidas precisas para el cumplimiento de los acuerdos y convenios internacionales en materia de aguas.
- El otorgamiento de concesiones referentes al dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma.
- El otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico, así como la tutela de éste, en las cuencas hidrográficas que excedan también del ámbito territorial de una sola Comunidad Autónoma. Cabe señalar que la tramitación de estas autorizaciones podrá ser encomendada a las Comunidades Autónomas.

Ahora bien, acorde con el artículo 19 de dicho ordenamiento, en España primeramente existe un Consejo Nacional del Agua, como órgano consultivo superior en la materia, en el que, junto con la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas, estarán representados los entes locales a través de la asociación de ámbito estatal con mayor implantación, los Organismos de Cuenca, así como las organizaciones profesionales y económicas más representativas del ámbito nacional, relacionadas con los distintos usos del agua. Asimismo, acorde con el artículo 20 del propio ordenamiento, dicho Consejo

Nacional informará “preceptivamente” y principalmente el proyecto del Plan Hidrológico Nacional antes de su aprobación por el Gobierno para su remisión a las Cortes; los planes hidrológicos de cuenca antes de su aprobación por el Gobierno; al igual que los proyectos de las disposiciones de carácter general de aplicación en todo el territorio nacional relativas a la protección de las aguas y a la ordenación del dominio público hidráulico. Igualmente, emitirá informe sobre todas aquellas cuestiones relacionadas con el dominio público hidráulico que pudieran serle consultadas por el Gobierno o por los órganos ejecutivos superiores de las Comunidades Autónomas. Dicho Consejo también puede proponer a las administraciones y organismos públicos, las líneas de estudio e investigación para el desarrollo de las innovaciones técnicas en lo que se refiere a la obtención, empleo, conservación, recuperación, tratamiento integral y economía del agua.

Por otra parte, en las cuencas hidrográficas que excedan el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, se constituirán Organismos de Cuenca. Los Organismos de Cuenca con la denominación de Confederaciones Hidrográficas, son organismos autónomos adscritos a efectos administrativos al Ministerio de Medio Ambiente. Los Organismos de Cuenca dispondrán de autonomía para regir y administrar por sí los intereses que les sean confiados, y para ejercer, ante los tribunales, en principio todo género de acciones. Su ámbito territorial comprenderá una o varias cuencas hidrográficas indivisas, con la sola limitación derivada de las fronteras internacionales. Son funciones de los Organismos de Cuenca, principalmente, la elaboración del plan hidrológico de cuenca, así como su seguimiento y revisión; la administración y control del dominio público hidráulico; la administración y control de los aprovechamientos de interés general o que afecten a más de una Comunidad Autónoma; el otorgamiento de autorizaciones y concesiones referentes al dominio público hidráulico; la inspección y vigilancia del cumplimiento de las condiciones de dichas concesiones y autorizaciones; la realización de aforos, estudios de hidrología, información sobre crecidas y control sobre la calidad de las aguas; la definición de objetivos y programas de calidad de acuerdo con la planificación hidrológica; la prestación de toda clase de servicios técnicos relacionados con el cumplimiento de sus fines específicos, y, cuando les fuera solicitado, el asesoramiento a la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y demás entidades públicas o privadas, así como a los particulares, todo esto de conformidad con los artículos 21, 22, 23 y 24 del ordenamiento en comento.

Una cuestión que me parece sumamente novedosa es que de conformidad con el referido artículo 23 de este ordenamiento, en determinados casos los Organismos de Cuenca asimismo pueden adquirir por suscripción o compra, enajenar y, en general, realizar cualesquiera actos de administración respecto de títulos representativos de capital de sociedades estatales que se constituyan para la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica, o de empresas mercantiles que tengan por objeto social la gestión de contratos de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas, previa auto-

rización del Ministerio de Hacienda. Asimismo pueden conceder préstamos y en general otorgar crédito a determinadas entidades.

En los términos del artículo 25, los Organismos de Cuenca y las Comunidades Autónomas podrán establecer una mutua colaboración en el ejercicio de sus respectivas competencias, en especial mediante la incorporación de éstas a la Junta de Gobierno de dichos organismos. Asimismo, tales Organismos de Cuenca podrán celebrar convenios de colaboración con las Comunidades Autónomas, las administraciones locales y las comunidades de usuarios para el ejercicio de sus respectivas competencias.

Conforme al artículo 26 del mismo ordenamiento, son órganos de gobierno de los Organismos de Cuenca la Junta de Gobierno y el Presidente. Son órganos de gestión, en régimen de participación, la Asamblea de Usuarios, la Comisión de Desembalse, las Juntas de Explotación y las Juntas de Obras. Es órgano de participación y planificación el Consejo del Agua de la demarcación, y es órgano para la cooperación en relación con las obligaciones derivadas de esta Ley para la protección de las aguas, el Comité de Autoridades Competentes.

Respecto a la composición de la Junta de Gobierno de los Organismos de Cuenca, el artículo 27 de dicho ordenamiento dispone que la presidencia de la Junta corresponderá al Presidente del Organismo de Cuenca. La Administración General del Estado contará con una representación de cinco vocales, como mínimo, uno de cada uno de los Ministerios de Medio Ambiente; de Agricultura, Pesca y Alimentación; de Ciencia y Tecnología; de Sanidad y Consumo; y de Economía, y un representante de la Administración Tributaria del Estado, en el supuesto de que por convenio se encomiende a ésta la gestión y recaudación en la cuenca de las exacciones previstas en el propio ordenamiento. Por su parte, corresponderá a la representación de los usuarios, al menos un tercio del total de vocales y, en todo caso, un mínimo de tres, integrándose dicha representación en relación con sus respectivos intereses en el uso del agua. Las Comunidades Autónomas, conforme a ciertos procedimientos de incorporación, también pueden gozar de representación en dicha Junta. Por último, las provincias estarán representadas de acuerdo con el porcentaje de su territorio afectado por la cuenca hidrográfica.

Cabe también comentar que acorde con el artículo 31, la antes referida Asamblea de Usuarios se integra por todos aquellos usuarios que forman parte de las Juntas de Explotación, y tiene por finalidad coordinar la explotación de las obras hidráulicas y de los recursos del agua en toda la cuenca, sin menoscabo del régimen concesional y derechos de los usuarios.

De conformidad con el artículo 35 del propio ordenamiento, para fomentar la información, consulta pública y participación activa en la planificación hidrológica, se crea en las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias, el Consejo del Agua de la demarcación, también antes referido, ello como órgano de participación y planificación. Corresponde a dicho Consejo promover la información, consulta y participación pública en el proceso planificador, y elevar al gobierno a través del Ministerio de Medio Ambiente, el plan hidrológico de la cuenca y sus ulteriores revisiones. Asimismo, podrá informar las

cuestiones de interés general para la demarcación y las relativas a la protección de las aguas y a la mejor ordenación, explotación y tutela del dominio público hidráulico. A tales efectos se determinará la organización y procedimiento para hacer efectiva la participación pública. Acorde con el artículo 36, la composición de este Consejo del Agua se establecerá mediante real decreto, aprobado por el Consejo de Ministros. Cada Departamento ministerial relacionado con la gestión de las aguas y el uso de los recursos hidráulicos, estará representado por un número de vocales no superior a tres. Llama mi atención que cada servicio periférico de costas del Ministerio de Medio Ambiente cuyo territorio coincida total o parcialmente con el de la demarcación hidrográfica respectiva, tendrá también representación en el Consejo, así como las autoridades portuarias y capitanías marítimas. También tendrán representación las Comunidades Autónomas de la demarcación, las entidades locales cuyo territorio coincida asimismo total o parcialmente con el de la cuenca respectiva, los usuarios y las asociaciones y organizaciones de defensa de intereses ambientales, económicos y sociales relacionados con el agua.

Por su parte, el artículo 36 bis del mismo ordenamiento establece que para garantizar la adecuada cooperación en la aplicación de las normas de protección de las aguas, se crea en el caso de demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias el Comité de Autoridades Competentes, antes referido como órgano de cooperación. El Comité de Autoridades Competentes de la demarcación hidrográfica tendrá como función principal favorecer la cooperación en el ejercicio de las competencias relacionadas con la protección de las aguas que ostenten las distintas administraciones públicas en el seno de la respectiva demarcación hidrográfica. Me parece también importante comentar que dicho Comité asimismo debe proporcionar a la Unión Europea, a través del Ministerio de Medio Ambiente, la información relativa a la demarcación hidrográfica que se requiera, conforme a la normativa vigente. Tal Comité estará integrado por órganos de la Administración General del Estado con competencias sobre el aprovechamiento, protección y control de las aguas objeto de la Ley; órganos de las Comunidades Autónomas cuyo territorio forme parte total o parcialmente de la demarcación hidrográfica, con igual competencias, y con entes locales cuyo territorio coincida total o parcialmente con el de la demarcación hidrográfica respectiva.

Como puede verse, en España, perdonando la misma expresión que utilicé para el caso de mi país México, también se ha “atomizado” en forma muy compleja la administración del recurso, con la intervención de muy diversos entes, lo que puede traer desde mi perspectiva resultados inciertos en un momento dado, como en el caso de México, en el que, como se dijo anteriormente, no existe experiencia para una descentralización de tal tipo. Lo anterior independientemente del complejo marco competencial que se deriva al respecto de la Constitución Española, antes analizado.

Planeación hidrológica

Acorde con el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, la planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de la Ley, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales. La planificación se realizará mediante los planes hidrológicos de cuenca y el Plan Hidrológico Nacional. Me parece interesante comentar que, acorde con el propio artículo, los planes hidrológicos serán públicos y “vinculantes”, sin perjuicio de su actualización periódica y revisión justificada, y no crearán por sí solos derechos en favor de particulares o entidades, por lo que su modificación en principio no dará lugar a indemnización.

Por su parte el artículo 45 dispone que el Plan Hidrológico Nacional se aprobará por Ley y contendrá principalmente las medidas necesarias para la coordinación de los diferentes planes hidrológicos de cuenca; la solución para posibles alternativas que aquéllos ofrezcan, así como la previsión y las condiciones de las transferencias de recursos hídricos entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca. Corresponderá al Ministerio de Medio Ambiente la elaboración de dicho Plan Hidrológico Nacional conjuntamente con los Departamentos ministeriales relacionados con el uso de los recursos hidráulicos. La aprobación del Plan Hidrológico Nacional implicará la adaptación de los planes hidrológicos de cuenca a las previsiones de aquél.

Sobre este tópico, también me parece interesante comentar que, acorde con la Disposición transitoria quinta de dicho Texto Refundido, los Planes Hidrológicos de cuenca, aprobados antes de la promulgación del Plan Hidrológico Nacional, tendrán plena eficacia jurídica; y los titulares de concesiones administrativas otorgadas al amparo de dichos planes deberán ser indemnizados, de no haber dispuesto otra cosa en sus respectivos condicionados, por los perjuicios que en su caso les irroge la aplicación del Plan Hidrológico Nacional.

Sobre este mismo tópico, no quiero dejar de dar cuenta de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. Particularmente me parecen sumamente interesantes las siguientes ideas o consideraciones plasmadas en la exposición de motivos de dicha Ley, relativas a que constituyendo el agua un recurso natural, su disponibilidad debe ser objeto de una adecuada planificación que posibilite su uso racional en armonía con el medio ambiente. Que en un país como España, en el que el agua es un recurso escaso, marcado por graves desequilibrios hídricos debido a su irregular distribución, la adecuada planificación de la política hidráulica se impone como una necesidad que no puede permanecer ajena a esta realidad y como un instrumento de superación de la misma. Que precisamente porque el agua es símbolo de expresión de vida y de prosperidad, da lugar con frecuencia a situaciones polémicas en extremo, y por ello la decisión que se proponga para solucionar los desequi-

libros existentes nunca podrá ser inocua, siendo su trascendencia social y económica de primer orden y necesitada en todo caso de evaluación ambiental. Que por este motivo, en la elaboración del Plan Hidrológico Nacional aprobado por la Ley, han participado no sólo las diferentes Administraciones públicas sino también la sociedad civil a través de un amplio proceso de participación social iniciado con el desarrollo y aprobación de los Planes Hidrológicos de cuenca, la elaboración y discusión del Libro Blanco del Agua, y en las deliberaciones del Consejo Nacional del Agua. Que esta planificación no puede entenderse en nuestros días sin que el medio ambiente sea la principal referencia de su contenido.

Acorde con la propia exposición de motivos, el Plan Hidrológico Nacional no puede permanecer indiferente a la aprobación de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, patrón por el que deberán perfilarse las políticas hidráulicas de los Estados miembros en el siglo XXI. Que consecuentemente el Plan Hidrológico Nacional hace suyos los principios esenciales de dicha Directiva, prosiguiendo el camino ya iniciado por la reforma del artículo 38 de la Ley de Aguas, en virtud de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, al considerar como uno de sus objetivos “alcanzar el buen estado de las masas de agua”. También se habla en dicha exposición de motivos de que las referidas problemáticas exigen respuestas homogéneas a nivel nacional y que por ello tal Ley del Plan Hidrológico Nacional fija los elementos básicos de coordinación de los Planes Hidrológicos de cuenca.

En dicha exposición de motivos también se señala que, sin duda, el eje central de tal Ley lo constituye la regulación de las transferencias de recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos planes de cuenca, como solución por la que ha optado el legislador para procurar una satisfacción racional de las demandas en todo el territorio nacional. Que otro aspecto destacado en la Ley es el relevante papel que se atribuye tanto a las Comunidades Autónomas como a Corporaciones Locales en el modelo de gestión diseñado por la misma. Que el papel a jugar por los consumidores y usuarios del agua, también ha de resultar determinante, motivo por el que se fomenta particularmente las prácticas de ahorro y uso sostenible, así como las campañas de concienciación y sensibilización ciudadanas. Que no obstante y dado que la transferencia de recursos entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos constituye la solución última y más comprometida para resolver los déficits hídricos estructurales, el Plan Hidrológico Nacional sin renunciar a ellas, contempla otras medidas para la racionalización y optimización de los recursos hídricos. Que en ese sentido, el Plan fomenta la obtención de recursos alternativos como son los procedentes de la desalación de aguas de mar y salobres; de la reutilización y de la depuración de aguas residuales; de la canalización y escurrimiento del agua de lluvia, así como de la reposición artificial de aguas subterráneas.

También acorde con tal exposición de motivos, especial importancia cobra en el marco de dicha Ley la regulación del régimen económico-financiero de las transferencias. Que el mismo se rige por los principios de “recuperación de costes” en línea con lo establecido por la Directiva Marco de Aguas, así como el principio de solidaridad, promoviendo un desarro-

llo conjunto de las cuencas cedentes y receptoras, a través del establecimiento de un tributo ecológico que prevé una cuota destinada a compensar ambientalmente a la cuenca cedente. Que en consecuencia, el trasvase se configura en el marco de la ley, como un importante instrumento vertebrador del territorio, evitando que zonas con déficits estructurales de recursos hídricos vean estrangulado y amenazado su desarrollo económico y social por la incertidumbre del suministro de agua, y garantizando que las cuencas cedentes no vean hipotecado el suyo como consecuencia de lo mismo, recibiendo adicionalmente una compensación destinada a actuaciones medioambientales vinculadas con el servicio del agua. Finalmente se da cuenta de que este fue un dilatado proceso de planificación que se prolongó durante 15 años.

Así las cosas, los objetivos generales de dicha Ley son alcanzar el buen estado del dominio público hidráulico, y en particular de las “masas de agua”; gestionar la oferta del agua y satisfacer las demandas de aguas presentes y futuras a través de un aprovechamiento racional, sostenible, equilibrado y equitativo del agua, que permita al mismo tiempo garantizar la suficiencia y calidad del recurso para cada uso, y la protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles; lograr el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, en aras de conseguir la vertebración del territorio nacional, y reequilibrar las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad y economizando sus usos, en armonía con el medioambiente y los demás recursos naturales. Asimismo, para la consecución de estos objetivos, la propia Ley regula las medidas necesarias para la coordinación de los diferentes planes hidrológicos de cuenca; la solución para las alternativas que se proponen en dichos planes; la previsión y las condiciones de las transferencias de los recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca; las modificaciones que se prevean en la planificación del uso del recurso y que afecten a aprovechamientos existentes para el abastecimiento de poblaciones y regadíos; así como determinadas materias vinculadas a una eficaz planificación del recurso, todo ello según lo dispone el artículo 2º de dicha Ley 10/2001.

Otro artículo al que me parece interesante hacer específica referencia de dicha Ley 10/2001, es el 8º que prevé el régimen jurídico de los acuíferos compartidos, y conforme al cual la administración de dichos acuíferos compartidos corresponde a cada uno de los Organismos de Cuenca en su respectivo ámbito territorial. Sin perjuicio de esto, cada Organismo de Cuenca deberá notificar a los otros Organismos con los que comparta el acuífero, todas las resoluciones que adopte en relación con el mismo. Mediante acuerdo de las Juntas de Gobierno interesadas se podrá encomendar la gestión del acuífero a uno de los Organismos afectados y, en caso de discrepancia, resolverá el Ministerio de Medio Ambiente.

Como quedó asentado anteriormente, el eje central de dicha Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional, lo constituía la regulación de las transferencias de recursos hídricos entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca. Por consiguiente, también me parece importante hacer particular mención al artículo 12 de dicho ordenamiento legal, regulador ya concretamente de los principios generales de dichas transferen-

cias, y conforme al cual toda transferencia se basará en los principios de garantía de las demandas actuales y futuras de todos los usos y aprovechamientos de la cuenca cedente, incluidas las restricciones medioambientales, sin que pueda verse limitado el desarrollo de dicha cuenca amparándose en la previsión de transferencias; que se atenderá además a los principios de solidaridad, sostenibilidad, racionalidad económica y vertebración del territorio; y que tales transferencias deberán someterse igualmente al principio de recuperación de costes, de acuerdo con los principios de la Ley de Aguas y de la normativa comunitaria.

También me parece interesante hacer referencia al artículo 25 de la propia Ley 10/2001, relativo a reservas hidrológicas por motivos ambientales, conforme al cual el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Medio Ambiente, previo informe de las Comunidades Autónomas afectadas, además de las previsiones incluidas en los planes hidrológicos de cuenca, podrá reservar determinados ríos, tramos de ríos, acuíferos o masas de agua para su conservación en estado natural. Tal reserva podrá implicar la prohibición de otorgar autorizaciones o concesiones sobre el bien reservado. El establecimiento de estas reservas tiene por finalidad la protección y conservación de los bienes de dominio público hidráulico que, por sus especiales características o importancia hidrológica, merezcan una especial protección. Los planes hidrológicos de cuenca incorporarán las referidas reservas y las considerarán como limitaciones a introducir en los análisis de sus sistemas de explotación. En las cuencas intracomunitarias, corresponderá a la Comunidad Autónoma el establecimiento, en su caso, de las reservas hidrológicas que se estime oportuno.

Relacionado con el párrafo anterior, también puede señalarse que en los términos del artículo 92 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (aprobado mediante el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril), el Organismo de Cuenca respectivo, de acuerdo con las previsiones de los planes hidrológicos, deberá reservar para regadíos, pesca, aprovechamientos hidroeléctricos o para cualquier otro servicio del Estado o fin de utilidad pública, determinados tramos de corrientes, sectores de acuíferos subterráneos o la totalidad de algunos de ellos. Los caudales que deban ser reservados se inscribirán en el Registro de Aguas a nombre del Organismo de Cuenca. En su momento, las comunidades de usuarios, organismos públicos o particulares, podrán solicitar la concesión de tales recursos reservados, que otorgará el propio Organismo de Cuenca, previa apertura de un periodo de información pública. Otorgada una concesión, también se procederá a la inscripción de la misma en el Registro de Aguas a nombre del concesionario.

Mucho de lo anterior me parece sumamente novedoso para el caso de México. Para finalizar, como se ha visto, en el caso de España, el Plan Hidrológico Nacional se debe aprobar por Ley, mientras que en el caso de México no se requiere ese requisito, siendo que en este país el Programa Nacional Hídrico, cuya formulación es responsabilidad de la Comisión Nacional del Agua, debe ser simplemente aprobado por el Ejecutivo Federal, ello de conformidad con el antes referido artículo 15 de la Ley de Aguas Nacionales mexicana.

Concesiones administrativas

Por no estar en los supuestos de usos privativos por disposición legal de las aguas (que se refieren en esencia a ciertas aguas pluviales, a ciertas aguas estancadas y a ciertas aguas procedentes de manantiales cuando en este último caso el total anual no sobrepasa 7 000 metros cúbicos, lo que incluso ha sido referido anteriormente), se entiende que el uso privativo de las aguas subterráneas requiere una concesión administrativa, ello de conformidad con los artículos 52, 54 y 59 del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

No obstante lo anterior, para mí vale la pena recordar la consideración del Tribunal Constitucional vertida en la importante sentencia STC 227/1988, de 29 de noviembre, sentencia ampliamente analizada en el capítulo anterior, en el sentido de que la Ley de Aguas sólo regula el régimen de las aguas subterráneas renovables y que, por lo tanto, no prejuzga la titularidad de las competencias sobre las aguas subterráneas no corrientes, fósiles o estancadas.

También vale la pena recordar que el Estado tiene competencia para otorgar este tipo de concesiones en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola comunidad autónoma, ello acorde con el artículo 17 de dicho Texto Refundido, que son las concesiones que ahora nos ocupan. Empero, particularizando, en los términos del artículo 93 del ya antes referido Reglamento del Dominio Público Hidráulico, el otorgamiento de autorizaciones y concesiones referentes a dicho dominio público, será atribución específica del Organismo de Cuenca respectivo, salvo cuando se trate de obras y actuaciones de interés general del Estado, que corresponderán al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (esta última referencia al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo debe entenderse hecha al Ministerio de Medio Ambiente en virtud del Real Decreto 758/1996, del 5 de mayo, de Reestructuración de los Departamentos Ministeriales).

En este orden de ideas, de conformidad con el antes citado artículo 59 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos. Asimismo, toda concesión se otorgará según las previsiones de los planes hidrológicos, con carácter temporal y plazo no superior a 75 años (plazo mucho mayor al máximo previsto en la Ley mexicana de 30 años). El otorgamiento de las concesiones será discrecional, pero toda resolución será motivada y adoptada en función del interés público. Las concesiones serán susceptibles de revisión.

Asimismo, de conformidad con el artículo 60 del mismo ordenamiento, en las concesiones se observará, a efectos de su propio otorgamiento, el orden de preferencia que se establezca en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente, teniendo en cuenta las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno. De igual forma, toda

concesión estará sujeta a expropiación forzosa de conformidad con lo dispuesto en la legislación general sobre la materia, a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de cuenca. A falta de dicho orden de preferencia regirá con carácter general el siguiente:

- a)* Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal.
- b)* Regadíos y usos agrarios.
- c)* Usos industriales para producción de energía eléctrica.
- d)* Otros usos industriales.
- e)* Acuicultura.
- f)* Usos recreativos.
- g)* Navegación y transporte acuático.
- h)* Otros aprovechamientos.

El orden de prioridades que pudiera establecerse específicamente en los planes hidrológicos de cuenca, deberá respetar en todo caso la supremacía del uso y abastecimiento de población antes enlistado.

También cabe señalar que según lo dispone el artículo 61, el agua que se conceda quedará adscrita a los usos indicados en el título concesional, sin que pueda ser aplicada a otros distintos, ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos, con excepción del caso de contratos de cesión de derechos. No obstante, la Administración concedente podrá imponer la sustitución de la totalidad o de parte de los caudales concesionales por otros de distinto origen, con el fin de racionalizar el aprovechamiento del recurso. Asimismo, conforme al artículo 64, toda modificación de las características de una concesión requerirá previa autorización administrativa del órgano otorgante.

Del artículo 75 del mismo Texto Refundido de la Ley de Aguas, se desprende que el concesionario puede no ser propietario del terreno en el que se realice la captación, lo que hoy en día también acontece en el caso de México, según se expuso en el capítulo correspondiente. Sin embargo, relacionado con esto, para el caso de España, el artículo 99 del citado Reglamento del Dominio Público Hidráulico establece que cuando el destino de las aguas fuese el riego, el titular de la concesión deberá serlo también de las tierras a las que el agua vaya destinada, sin perjuicio de las concesiones otorgadas a las comunidades de usuarios y de lo que establece el artículo 100 siguiente, artículo en el que se señala que podrán otorgarse concesiones de agua para riego en régimen de servicio público a empresas o particulares, aunque no ostenten la titularidad de las tierras eventualmente beneficiarias del riego, siempre que el peticionario acredite previamente que cuenta con la conformidad de los titulares que reunieran la mitad de la superficie de dichas tierras.

Conforme al artículo 79 del Texto Refundido de la Ley de Aguas en estudio, el procedimiento ordinario de otorgamiento de las concesiones se ajustará a los principios de publicidad y tramitación en competencia, prefiriéndose, en igualdad de condiciones, aquellos que proyecten la más racional utilización del agua y una mejor protección de su entorno.

También es importante señalar que en los términos del artículo 56 de dicho ordenamiento, el Organismo de Cuenca competente, oído el Consejo del Agua, podrá declarar que los recursos hidráulicos subterráneos de una zona están sobreexplotados o en riesgo de estarlo. En estas zonas, el Organismo de Cuenca, de oficio o a propuesta de la comunidad de usuarios u órgano que la sustituya, aprobará en el plazo máximo de dos años desde la declaración, un plan de ordenación para la recuperación del acuífero o unidad hidrogeológica. Hasta la aprobación de dicho plan, el Organismo de Cuenca podrá establecer las limitaciones de extracción que sean necesarias como medida preventiva y cautelar. El referido plan ordenará el régimen de extracciones para lograr una explotación racional de los recursos y podrá establecer la sustitución de las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias, transformándose en su caso los títulos individuales con sus derechos inherentes, en uno colectivo que deberá ajustarse a lo dispuesto en el plan de ordenación. Podrá determinar también perímetros dentro de los cuales no será posible el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas subterráneas, a menos que los titulares de las preexistentes estén constituidos en comunidades de usuarios.

Relacionado con este tema, tampoco debe dejarse de señalar que en los términos del artículo 87 del multirreferido Texto Refundido de la Ley de Aguas, los usuarios de una misma unidad hidrogeológica o de un mismo acuífero estarán obligados, a requerimiento del Organismo de Cuenca, a constituir una comunidad de usuarios, correspondiendo a dicho Organismo, a instancia de parte o de oficio, determinar sus límites y establecer el sistema de utilización conjunta de las aguas. En los acuíferos declarados sobreexplotados o en riesgo de estarlo, será obligatoria la constitución de una comunidad de usuarios. Los Organismos de Cuenca podrán celebrar convenios con las comunidades de usuarios de aguas subterráneas, a efecto de establecer la colaboración de éstas en las funciones de control efectivo del régimen de explotación y respecto a los derechos sobre las aguas. En estos convenios podrá preverse, entre otras cosas, dicha sustitución de las captaciones de aguas subterráneas preexistentes por captaciones comunitarias, así como el apoyo económico y técnico del Organismo de Cuenca a la comunidad de usuarios respectiva para el cumplimiento de los términos del convenio, todo lo cual también me parece novedoso respecto a México.

Caducidad

Sobre este tema, primeramente el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley de Aguas dispone que el derecho al uso privativo de las aguas, se extingue, entre otras cuestiones, por

caducidad de la concesión; y que la declaración de la extinción de tal derecho al uso privativo del agua, requerirá la previa audiencia de los titulares del mismo, lo que también desde luego ocurre en el caso de México.

Más específicamente el artículo 66 de dicho ordenamiento establece que las concesiones podrán declararse caducas por incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales o plazos en ellas previstos; y que, asimismo, el derecho al uso privativo de las aguas podrá declararse caducado por la interrupción permanente de la explotación durante tres años consecutivos, siempre que aquélla sea imputable al titular.

Como puede verse, en España la figura de la caducidad opera por incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales o plazos previstos en las concesiones, al igual que por la interrupción permanente de la explotación del agua durante tres años consecutivos cuando ello sea imputable al titular de la concesión, a diferencia de México en el que actualmente son dos años para que opere dicha figura por dejar de utilizar el agua, según se vio anteriormente en este trabajo. Desde luego, en mi opinión, acorde con dicho artículo 66, en España tal supuesto de dejar de utilizar el agua en forma permanente durante tres años consecutivos, da lugar o se trataría de una caducidad total, sin que se prevea el supuesto que contempla actualmente la legislación mexicana de que también pueda declararse una caducidad parcial de volúmenes, lo que asimismo fue antes analizado en este trabajo. De igual manera, cabe comentar que en México antes la referida caducidad operaba también en tres años, al igual que en España, reiterándose que ahora son dos, aunque existen proyectos para llevarla nuevamente a los tres años.

Transmisión de los aprovechamientos y cesión de derechos

Primeramente, el artículo 63 del Texto Refundido de la Ley de Aguas en comento dispone que la transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público o la constitución de gravámenes sobre los mismos, requerirá autorización administrativa previa. Que en los demás casos sólo será necesario acreditar de modo fehaciente, en el plazo y forma que reglamentariamente se establezca, la transferencia o la constitución del gravamen.

Por otra parte, como se señaló anteriormente, una cuestión importante de la Ley 46/1999 de 13 de diciembre, fue la introducción del contrato de cesión de derechos en esta materia, pues según la exposición de motivos de dicha Ley, se debía potenciar la eficiencia en el empleo del agua y para ello era necesario la flexibilización del régimen concesional prevaleciente a través de la introducción de tal contrato, lo que asimismo permitiría optimizar socialmente los usos del recurso.

Dicho contrato de cesión de derechos se encuentra actualmente previsto en los artículos 67, 68 y 69 del Texto Refundido de la Ley de Aguas en estudio, artículos conforme a los cuales resumo y comento lo siguiente:

- Los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas podrán ceder con carácter “temporal” a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango, según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente y previa autorización administrativa, la totalidad o parte de los derechos de uso que les correspondan. Como puede verse, se trata de cesiones temporales (totales o parciales de los derechos correspondientes), contrariamente a lo que sucede en México, donde las cesiones de volúmenes son actualmente de carácter definitivo, como se vio anteriormente.
- Los concesionarios o titulares de derechos de usos privativos de carácter no consuntivo, no podrán ceder sus derechos para usos que no tengan tal consideración.
- Los adquirentes de los derechos dimanantes de la cesión se subrogarán en las obligaciones que correspondan al cedente ante el Organismo de Cuenca respecto al uso del agua.
- Los contratos de cesión deberán ser formalizados por escrito y puestos en conocimiento del Organismo de Cuenca y de las comunidades de usuarios a las que pertenezcan el cedente y el cesionario, ello mediante traslado de la copia del contrato y en el plazo de 15 días desde su firma.
- El Organismo de Cuenca podrá no autorizar la cesión de derechos de uso del agua mediante resolución motivada, si la misma afecta negativamente al régimen de explotación de los recursos en la cuenca, a los derechos de terceros, a los caudales medioambientales, al estado o conservación de los ecosistemas acuáticos o si se incumplen ciertos requisitos legales. También podrá ejercer un derecho de adquisición preferente del aprovechamiento de los caudales a ceder, rescatando tales caudales de todo uso privativo.
- Los Organismos de Cuenca asimismo inscribirán los contratos de cesión de derechos de uso del agua en el Registro de Aguas. Posteriormente podrán inscribirse, además, en el Registro de la Propiedad, en los folios abiertos a las concesiones administrativas afectadas.
- El volumen anual susceptible de cesión en ningún caso podrá superar al realmente utilizado por el cedente. Reglamentariamente se establecerán las normas para el cálculo de dicho volumen anual, sin que, desde luego, en ningún caso pueda cederse un caudal superior al concedido.
- Los caudales que sean objeto de cesión se computarán como de uso efectivo de la concesión a los efectos de evitar la posible caducidad del título concesional del cedente.
- La cesión de derechos de uso del agua podrá conllevar una compensación económica que se fijará de mutuo acuerdo entre los contratantes y deberá explicitarse en el contrato. Reglamentariamente podrá establecerse el importe máximo de dicha compensación. En México, si bien, como se vio, existe un mercado del agua permitido por la Ley donde los concesionarios venden y compran derechos sobre vo-

lúmenes de aguas concesionados, no existe obligación de asentar en los contratos de cesión correspondientes “las contraprestaciones pactadas”; por el contrario, las autoridades no permiten que queden asentadas dichas contraprestaciones en tales contratos, ello a efecto de otorgar las autorizaciones correspondientes.

Centros de intercambio de derechos

Acorde con el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de Aguas en comento, en determinadas situaciones se podrán constituir centros de intercambio de derechos de uso del agua mediante Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Medio Ambiente. En estos casos, los Organismos de Cuenca quedarán autorizados para realizar “ofertas públicas” de adquisición de derechos de uso del agua para posteriormente cederlos a otros usuarios mediante “el precio” que el propio Organismo oferte. La contabilidad y registro de las operaciones que se realicen al amparo de este precepto, se llevarán separadamente respecto al resto de actos en que puedan intervenir los Organismos de Cuenca. “Las adquisiciones” y “enajenaciones” del derecho al uso del agua que se realicen conforme a este artículo, deberán respetar los principios de publicidad y libre concurrencia, y se llevarán a cabo conforme al procedimiento y los criterios de selección que reglamentariamente se determinen.

Como puede verse, acorde con éste y el anterior apartado, en España también está creado un mercado respecto a derechos de agua, lo que al igual que en México me parecería debatible. Es decir, si finalmente las aguas subterráneas se declararon del dominio público del Estado por el Tribunal Constitucional español acorde con su estudiada sentencia 227/1988, y si acorde con el artículo 132 de la Constitución Española el régimen jurídico de los bienes del dominio público debe inspirarse en los principios de “inalienabilidad”, “imprescriptibilidad” e “inembargabilidad”, un mercado de esta naturaleza donde se pactan “compensaciones económicas” entre los particulares por tales cesiones de derechos de las aguas, donde se habla de “ofertas públicas”, “precios que ofertan” los Organismos de Cuenca y “adquisiciones y enajenaciones” ¿no es contrario a dicho artículo constitucional? A mi parecer sí lo es. Incluso, no debe perderse de vista una de las consideraciones de dicho Tribunal Constitucional vertida en tal sentencia, en el sentido de que correspondía al legislador estatal en exclusiva la potestad para “excluir genéricamente del tráfico privado” las aguas continentales y para integrarlas al dominio público del Estado.

Acorde con lo anterior, también a mi parecer, en todo caso este tipo de derechos sobre aguas debe estar excluido de todo tráfico privado. Es decir, desde otro ángulo, con dicho mercado las aguas están dentro de un tráfico privado, reiterando que en mi opinión, tanto en México como en España, este tipo de mercados sobre derechos de agua son realmente inconstitucionales, concretamente violatorios del “principio de inaliena-

bilidad” de los bienes del dominio público previsto en el artículo 27 de la Constitución mexicana y en el 132 de la española. En síntesis, si realmente las aguas del subsuelo o subterráneas se estiman bienes del dominio público, pienso que los derechos sobre las mismas no pueden estar en un mercado de la referida naturaleza, aunque ello sea otra tendencia mundial.

Autorización para investigación de aguas subterráneas

Me parece también importante comentar que acorde con el artículo 74 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, los Organismos de Cuenca podrán otorgar autorizaciones para investigación de aguas subterráneas, con el fin de determinar la existencia de caudales aprovechables, previo el trámite de competencia entre los proyectos de investigación concurrentes que pudieran presentarse. El plazo de la autorización no podrá exceder de dos años. Si la investigación resulta favorable, el interesado deberá, en un plazo de seis meses, formalizar la petición de concesión, misma que se tramitará sin competencia de proyectos. No sobra recordar que esta figura ha creado también problemas jurídicos y doctrinales.

Registro de aguas

Acorde con el artículo 80 del ordenamiento en comento, los Organismos de Cuenca llevarán un Registro de Aguas en el que se inscribirán de oficio las concesiones de agua, así como los cambios autorizados que se produzcan en su titularidad o en sus características. El Registro de Aguas tendrá carácter público, pudiendo interesarse del Organismo de Cuenca las oportunas certificaciones sobre su contenido. La inscripción registral será medio de prueba de la existencia y situación de la concesión. Los titulares de concesiones de aguas, inscritas en el Registro correspondiente, podrán interesar la intervención del Organismo de Cuenca competente en defensa de sus derechos, hipótesis esta última, que también debe resultar novedosa para el caso de México.

Por su parte, conforme al artículo 189 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, también son objeto del Registro de Aguas la inscripción de las resoluciones administrativas referentes a las concesiones y autorizaciones especiales; los aprovechamientos relativos a usos privativos por disposición legal, así como los aprovechamientos temporales de aguas privadas a que se refiere la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas, disposición anteriormente analizada en este trabajo. Asimismo, según lo dispone el artículo 195 del citado Reglamento y como de alguna forma ya se ha referido anteriormente en este propio trabajo, los Organismos de Cuenca llevarán también un catálogo de aguas privadas, que estará compuesto por un libro de inscripciones y los índices auxiliares, que se regirán por lo dispuesto para el Registro de Aguas en lo que resulte de aplicación.

Por último, también cabe señalar que de conformidad con el artículo 197 del propio Reglamento del Dominio Público Hidráulico, en el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo existirá un duplicado de los Registros de Aguas, Catálogos y Censos que, conforme a lo previsto en dicho Reglamento, se lleven en los Organismos de Cuenca o en los Servicios Hidráulicos de las Comunidades Autónomas (la referencia hecha al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo debe entenderse hecha al Ministerio de Medio Ambiente conforme al ya antes referido Real Decreto 758/1996, de 5 de mayo, de Reestructuración de los Departamentos Ministeriales).

Principios generales sobre vertidos

Si bien, como se ha venido reiterando, el objeto de este trabajo no es tratar en sí las descargas de las aguas, de cualquier forma, como se hizo en el caso de México, a continuación se presentan algunos principios rectores en España sobre tales vertidos.

Primeramente, conforme al artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, queda prohibida, con carácter general, toda actividad susceptible de provocar la contaminación o degradación del dominio público hidráulico y, primordialmente, acumular residuos sólidos, escombros o sustancias, cualquiera que sea su naturaleza y el lugar donde se depositen, que constituyan o puedan constituir un peligro de contaminación de las aguas o degradación de su entorno; así como efectuar acciones sobre el medio físico o biológico afecto al agua, que constituyan o puedan constituir una degradación del mismo.

Asimismo, conforme a los artículos 100 y 101 del propio ordenamiento, puede destacarse principalmente que queda prohibido, también con carácter general, el vertido directo o indirecto de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, salvo que se cuente con la previa autorización administrativa. La autorización de vertido tendrá como objeto la consecución de los objetivos medioambientales establecidos. Dichas autorizaciones se otorgarán teniendo en cuenta las mejores técnicas disponibles y de acuerdo con las normas de calidad ambiental y los límites de emisión fijados reglamentariamente. Se establecerán condiciones de vertido más rigurosas cuando el cumplimiento de los objetivos medioambientales así lo requiera. Cuando se otorgue una autorización o se modifiquen sus condiciones, podrán establecerse plazos y programas de reducción de la contaminación para la progresiva adecuación de las características de los vertidos a los límites que en ella se fijen. Las autorizaciones de vertido corresponderán a la Administración hidráulica competente, salvo en los casos de vertidos efectuados en cualquier punto de la red de alcantarillado o de colectores gestionados por las Administraciones autonómicas o locales, o por entidades dependientes de las mismas, en los que la autorización correspondiente provenga del órgano autonómico o local competente. Las autorizaciones de vertido tendrán un plazo máximo de vigencia de cinco años, renovables sucesivamente, siempre que cumplan las normas de calidad y objetivos ambientales exigibles en cada momento.

Por último, también me parece muy importante comentar que conforme al artículo 103 las autorizaciones administrativas sobre establecimiento, modificación o traslado de instalaciones e industrias que originen o puedan originar vertidos, se otorgarán condicionadas a la obtención de la correspondiente autorización de vertido. Asimismo, el gobierno podrá prohibir, en zonas concretas, aquellas actividades y procesos industriales cuyos efluentes, a pesar del tratamiento a que sean sometidos, puedan constituir riesgo de contaminación grave para las aguas, bien sea en su funcionamiento normal o en caso de situaciones excepcionales previsibles.

El lector también podrá encontrar otros principios en materia de vertidos o contaminación, en el apartado “Principios rectores en materia de aguas” del presente capítulo.

Otros aspectos de interés en el ámbito administrativo

Otros aspectos que me parecen de interés, contenidos en dicho Texto Refundido de la Ley de Aguas, son los siguientes:

- a) Derecho a la información. Acorde con el artículo 15 todas las personas físicas o jurídicas tienen derecho a acceder a la información en materia de aguas en los términos previstos en la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho a la información en materia de medio ambiente y, en particular, a la información sobre vertidos y calidad de las aguas.
- b) Bases para la desalación de agua marina o salobre. En el artículo 13 se sientan bases para ello, estableciéndose que la actividad de desalación de agua marina o salobre queda sometida al régimen general establecido en esta Ley para el uso privativo del dominio público hidráulico, sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones demaniales que sean precisas de acuerdo con la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, y las demás que procedan conforme a la legislación sectorial aplicable. En la forma que reglamentariamente se determine, se tramitarán en un solo expediente las autorizaciones y concesiones que deban otorgarse al respecto por dos o más órganos u organismos públicos de la Administración General del Estado, en el ámbito de las cuencas hidrográficas correspondientes. En el supuesto de que el uso no vaya a ser directo y exclusivo del concesionario, la Administración concedente aprobará los valores máximos y mínimos de las tarifas que habrán de incorporar las cuotas de amortización de las obras. Los concesionarios de la actividad de desalación que tengan inscritos sus derechos en el Registro de Aguas, podrán participar en las operaciones de los centros de intercambio de derechos de uso del agua.
- c) Protección de las aguas subterráneas frente a intrusiones de aguas salinas. De conformidad con el artículo 99 la protección de las aguas subterráneas frente a intrusiones de aguas salinas, de origen continental o marítimo, se realizará, entre otras acciones,

mediante la limitación de la explotación de los acuíferos afectados y, en su caso, la redistribución espacial de las captaciones existentes. Los criterios básicos para ello serán incluidos en los planes hidrológicos de cuenca, correspondiendo al Organismo de Cuenca competente la adopción de las medidas oportunas.

- d) Explotación temporal de depuradoras por el Organismo de Cuenca. Según lo dispone el artículo 107, el Organismo de Cuenca podrá hacerse cargo directa o indirectamente, por razones de interés general y con carácter temporal, de la explotación de las instalaciones de depuración de aguas residuales, cuando no fuera procedente la paralización de las actividades que producen el vertido y se derivasen graves inconvenientes del incumplimiento de las condiciones autorizadas. En este supuesto, el Organismo de Cuenca reclamará del titular de la autorización, incluso por vía de apremio, las cantidades necesarias para modificar o acondicionar las instalaciones en los términos previstos en la autorización, así como los gastos de explotación, mantenimiento y conservación de las instalaciones.
- e) Empresas de vertido. Conforme al artículo 108 podrán constituirse empresas de vertido para conducir, tratar y verter aguas residuales de terceros. Las autorizaciones de vertido que a su favor se otorguen, incluirán, además de las condiciones exigidas con carácter general, las de admisibilidad de los vertidos que van a ser tratados por la empresa, las tarifas máximas y el procedimiento de su actualización periódica, así como la obligación de constituir una fianza para responder de la continuidad y eficacia de los tratamientos.
- f) Ayudas del Estado para actividades que mejoren la calidad de las aguas. De conformidad con el artículo 110, se determinarán reglamentariamente la ayudas que podrán concederse a quienes procedan al desarrollo, implantación o modificación de tecnologías, procesos, instalaciones o equipos, así como a cambios en la explotación, que signifiquen una disminución en los usos y consumos de agua o bien una menor aportación en origen de cargas contaminantes a las aguas utilizadas. Asimismo, podrán concederse ayudas a quienes realicen plantaciones forestales, cuyo objetivo sea la protección de los recursos hidráulicos. Las ayudas se extenderán a quienes procedan a la potabilización y desalinización de aguas y a la depuración de aguas residuales, mediante procesos o métodos más adecuados; a la implantación de sistemas de reutilización de aguas residuales, o desarrollen actividades de investigación en estas materias.
- g) Indemnización por daños y perjuicios al dominio público hidráulico. Acorde con el artículo 118, con independencia de las sanciones que les sean impuestas, los infractores podrán ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, así como a reponer las cosas a su estado anterior. El órgano sancionador fijará ejecutoriamente las indemnizaciones que procedan.

- h)* Responsabilidad comunitaria. Dentro del marco de la comunidad europea en el que ahora vive España, esta figura está prevista en el artículo 121 bis, artículo que me parece relevante mencionar y conforme al cual las Administraciones públicas competentes en cada demarcación hidrográfica que incumplieran los objetivos ambientales fijados en la planificación hidrológica o el deber de informar sobre estas cuestiones, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. En el procedimiento de imputación de responsabilidad que se tramite se garantizará, en todo caso, la audiencia de la Administración afectada, pudiendo compensarse el importe que se determine con cargo a las transferencias financieras que la misma reciba.
- i)* Otras instituciones novedosas. Para finalizar este apartado, no quiero dejar de mencionar unas instituciones o figuras que asimismo me parecen novedosas, aunque desde luego se trata de cuestiones de mucha menor importancia en relación con todo lo antes mencionado. Así, primeramente, conforme al artículo 81, los usuarios individuales y las comunidades de usuarios podrán formar por convenio una junta central de usuarios con la finalidad de proteger sus derechos e intereses frente a terceros, y ordenar y vigilar el uso coordinado de sus propios aprovechamientos. Por su parte, el artículo 85 prevé la pervivencia de ciertas organizaciones tradicionales, artículo de acuerdo con el cual los aprovechamientos colectivos que hasta ahora hayan tenido un régimen consignado en ordenanzas debidamente aprobadas, continuarán sujetos a las mismas mientras los usuarios no decidan su modificación de acuerdo con ellas. Del mismo modo, ahí donde existan “jurados o tribunales de riego”, cualquiera que sea su denominación peculiar, continuarán con su organización tradicional. Por último, el artículo 94, relativo a la policía de aguas, establece que dicha policía de aguas y demás elementos del dominio público hidráulico, zonas de servidumbre y perímetros de protección, se ejercerá por la Administración hidráulica competente. Asimismo, que en las cuencas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, existirán comisarías de aguas de los Organismos de Cuenca, delimitando sus funciones. Llama la atención la redacción de este último artículo cuando señala que, en el ejercicio de su función, los Agentes Medioambientales destinados en las comisarías de aguas de los Organismos de Cuenca, tienen el carácter de autoridad pública y están facultados para “entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso” en los lugares sujetos a inspección, y a permanecer en los mismos, con respeto en todo caso a la inviolabilidad del domicilio. De igual forma, que al efectuar una visita de inspección, dichos Agentes Medioambientales deberán comunicar su presencia a la persona inspeccionada o su representante “a menos que consideren que dicha comunicación pueda perjudicar el éxito de sus funciones”. Igualmente, tales Agentes pueden tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados

en el establecimiento; realizar mediciones; obtener fotografías, videos y grabación de imágenes, y levantar croquis y planos, siempre que se notifique al empresario o a su representante. Tal artículo también establece que los Guardias Fluviales realizarán labores de apoyo y asistencia a los Agentes Medioambientales en el ejercicio de policía de aguas.

Capítulo VI.

Panorama del régimen fiscal de las aguas en España

En este capítulo presentaré un panorama general del régimen fiscal de las aguas en España, tanto a nivel estatal, como autonómico y local. Insisto, se trata de un panorama general que de igual forma puede resultar un estudio de derecho comparado frente a México, en el entendido de que en España existen importantes libros, como a los que se aludirá en este trabajo, que además detallan los antecedentes de cada tributo que mencionaré y analizo jurisprudencia al respecto, lo que desde luego sobrepasa el alcance de este propio trabajo.

Principios generales en materia fiscal respecto al agua

El artículo 111 bis del Texto Refundido de la Ley de Aguas, tomando como origen el artículo 9 de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Directiva a la que ya se ha hecho anterior referencia en otras partes del presente trabajo, sienta unos principios generales para gravar las aguas en España, siendo el más importante “el principio de recuperación de costes”, que se deriva de dicho artículo 9 de la aludida Directiva 2000/60/CE.

El artículo 111 bis establece principalmente que las Administraciones públicas competentes tendrán en cuenta el “principio de recuperación de los costes” de los servicios relacionados con la gestión de las aguas, incluyendo los costes “ambientales y del recurso” en función de las proyecciones a largo plazo de su oferta y demanda. Que dichas Administraciones establecerán los oportunos mecanismos compensatorios para “evitar la duplicidad en la recuperación de costes” de los servicios relacionados con la gestión del agua. Que la aplicación del principio de recuperación de los mencionados costes deberá hacerse de manera que “incentive el uso eficiente del agua” y, por tanto, contribuya a los objetivos medioambientales perseguidos. Que asimismo la aplicación del mencionado principio deberá realizarse con una contribución adecuada “de los diversos usos”, de acuerdo con “el principio del que contamina paga”, y considerando al menos los usos de abastecimiento, agricultura e industria, todo ello con aplicación de criterios de transparencia. Que a tal fin la Administración con competencias en materia de suministro de agua, establecerá las es-

estructuras tarifarias por “tramos de consumo”, con la finalidad de atender las necesidades básicas a un “precio asequible” y desincentivar los consumos excesivos. Y que para la aplicación del aludido principio de recuperación de costes, se tendrán en cuenta las consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio.

Señalan los autores José de Vicente García y Francisco Adame Martínez que la referida Directiva 2000/60/CE no impone ninguna medida concreta de carácter fiscal que obligue a los Estados miembros a la hora de su transposición. Pero que sí establece que los estados garantizarán después del año 2010 dos aspectos relevantes a saber: el primero, que la política de precios del agua incentive un uso eficiente de los recursos hídricos y objetivos ambientales; y el segundo es la contribución de los distintos usos del agua a la cobertura de los servicios relacionados con el agua (costes de los servicios, ambientales y del recurso).¹

Los autores agregan que la Directiva 2000/60/CE se complementa con la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre política de tarificación de uso sostenible de los recursos hídricos, COM (2000) 477 Final, de 26 de julio de 2000, en la que se incluyen unos criterios concretos de aplicación de los principios de tal Directiva, que para dichos autores serían los siguientes:

- Una tarificación adecuada del agua puede desempeñar un papel fundamental en el desarrollo de una política de aguas sostenible.
- Para desempeñar un papel eficaz en el refuerzo del uso sostenible de los recursos hídricos, la política de tarificación del agua debe basarse en la evaluación de los costes y beneficios del uso del agua, y tener en cuenta tanto los costes financieros que supone la prestación de servicios como los costes ambientales y de recursos. Que en general, la recuperación total de los costes financieros sólo se consigue en parte, mientras que los costes ambientales y de recursos apenas se tienen en cuenta.
- La política de tarificación más favorable para el medio ambiente se basará en los siguientes principios:
 1. Aplicación más firme del principio de recuperación de costes;
 2. Aplicación más amplia de estructuras de tarificación incentivadoras y el fomento de dispositivos de medición;
 3. Evaluación de los principales costes ambientales y, en la medida de lo posible, una internalización de dichos costes en los precios;
 4. Proceso transparente de desarrollo político con la participación de los usuarios/consumidores;
 5. Aplicación progresiva de la política de tarificación que integre mejor unos principios económicos y ambientales sólidos.²

Consecuentemente para los propios autores dicha política de tarificación del agua debe reflejar los siguientes tipos de costes:

¹ Cfr. JOSÉ DE VICENTE GARCÍA y FRANCISCO ADAME MARTÍNEZ, *Régimen Fiscal del Agua: Tributos Estatales, Autonómicos y Locales*, Granada, España, Comares, 2008, pp. 142 y 143.

² Cfr. *Ibid.*, p. 143.

- Costes de servicios (costes de prestación y administración de los servicios, costes operativos y de mantenimiento, costes de capital).
- Costes ambientales (costes del daño que el uso del agua supone al medio ambiente, a los ecosistemas y a los usuarios del medio ambiente. Citan por ejemplo la reducción de la calidad ecológica de los sistemas acuáticos o la salinización o deterioro de los suelos productivos).
- Costes de recursos (costes de oportunidad perdidos por otros usuarios por un agotamiento de recurso superior al índice natural de renovación o recuperación).³

Todo lo anterior, desde luego, me parece sumamente interesante, pero también sinceramente pienso que es difícil y que puede caer en criterios subjetivos, tasar dichos costes ambientales y de recursos. Incluso los citados autores dan cuenta de que otro autor, C. Vázquez Cobos, en “La Fiscalidad de las Aguas en España” (varios autores, *Tributación medioambiental: Teoría, práctica y propuestas*, Madrid, Civitas, 2004, p. 158), ha puesto de relieve que los referidos costes de recursos (o sea, el tercer tipo de costes) no está contemplado en la legislación nacional española.⁴

Para finalizar, también para los referidos autores José de Vicente García y Francisco Adame Martínez, la aludida comunicación incluso reconoce que no siempre será posible, en la práctica, cubrir los costes ambientales, habida cuenta del impacto específico en el lugar de extracción o de vertido; y que junto a lo anterior, de tal comunicación también se extrae que el precio del agua marcado por la tarifa, debe estar relacionado con la cantidad de agua que se utiliza o con la contaminación provocada, con el objetivo de que inciten claramente a los usuarios a utilizar mejor el agua y reducir la contaminación.⁵

Cánones previstos en el Texto Refundido de la Ley de Aguas

A continuación mencionaré y hablaré de los tributos establecidos a nivel estatal en materia de aguas en España, empezando por los cánones previstos en dicho Texto Refundido.

Canon de utilización de los bienes del dominio público hidráulico

Acorde con el artículo 112 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, este canon grava realmente la ocupación, utilización y aprovechamiento de los cauces de corrientes naturales (continuas o discontinuas), así como los lechos de lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos, que requieran concesión o autorización administrativa, con una tasa a favor del Organismo de Cuenca competente, destinada a la protección y mejora de dicho dominio público hidráulico. Acorde con el propio artículo los concesionarios de aguas estarán exentos del pago del canon por la ocupación o utilización de los terrenos de

³ Cfr. *Ibid.*, pp. 143 y 144.

⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 144.

⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 144.

dominio público necesarios para llevar a cabo la concesión. Asimismo, el devengo de dicha tasa se producirá con el otorgamiento inicial y el mantenimiento anual de la concesión o autorización, y será exigible en la cuantía que corresponda y en los plazos que se señalen en las condiciones de dicha concesión o autorización.

Son sujetos pasivos del canon los concesionarios o personas autorizadas o, en su caso, quienes se subroguen en lugar de aquéllos.

La base imponible de la exacción se determinará por el Organismo de Cuenca según los siguientes supuestos:

- a) En el caso de ocupación de terrenos del dominio público hidráulico, por el valor del terreno ocupado tomando como referencia el valor de mercado de los terrenos contiguos.
- b) En el caso de utilización del dominio público hidráulico, por el valor de dicha utilización o del beneficio obtenido con la misma.
- c) En el caso de aprovechamiento de bienes del dominio público hidráulico, por el valor de los materiales consumidos o la utilidad que reporte dicho aprovechamiento.

El tipo de gravamen anual será de 5 por ciento en los supuestos previstos en los incisos a) y b) anteriores y de 100 por ciento en el supuesto del inciso c), que se aplicarán sobre el valor de la base imponible resultante en cada caso. En el supuesto de cuencas intercomunitarias este canon será recaudado por el Organismo de Cuenca o bien por la Administración Tributaria del Estado, en virtud de convenio con aquél. El canon recaudado será puesto a disposición del Organismo de Cuenca correspondiente.

Para Joan Pagés I Galtés de este artículo se deduce que dicho canon tiene por objeto los beneficios que depara a determinado sujeto la ocupación o utilización de los cauces o lechos del dominio público hidráulico, incluyendo sus materiales, siempre que tal ocupación o utilización requiera obtener concesión o autorización del Organismo de Cuenca.⁶

Para dicho autor la naturaleza de este canon es la de un tributo, en tanto que provoca el nacimiento de una obligación, *ex lege* y no sancionadora, de pagar una suma de dinero para cubrir necesidades públicas como es la protección y mejora de la calidad de las aguas.⁷ Incluso menciona tal autor que dentro de la clasificación tripartita de los tributos en España (impuestos, tasas y contribuciones especiales), la doctrina lo califica de tasa, pues tradicionalmente la utilización del dominio público ha dado lugar a la exacción de este tipo de tributo.

Para el propio Joan Pagés I Galtés el hecho imponible de este canon consiste en la expedición del acto administrativo de concesión o autorización para la ocupación, la utilización

⁶ Cfr. Joan PAGÉS I GALTÉS, *Tributos sobre las Aguas (estatales, autonómicos y locales)*, Madrid, España, Marcial Pons, 2005, p. 38.

⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 38.

o el aprovechamiento de los bienes del dominio público hidráulico relativos a los cauces de corrientes naturales –continuas o discontinuas– y a los lechos de los lagos y lagunas y los embalses superficiales en cauces públicos que requieran tal concesión o autorización administrativa.⁸

Interesante es la consideración del propio autor en el sentido de que si se produce un aprovechamiento, utilización u ocupación del dominio público hidráulico, sin contar con la previa concesión o autorización administrativa, no se realizará el hecho imponible, y, por tanto, la ocupación sólo será susceptible de sanción.⁹

Para José de Vicente García y Francisco Adame Martínez este tributo se configura como una tasa, y es el único tributo existente en España relativo al uso del dominio público hidráulico. Para dichos autores grava el aprovechamiento del terreno que tiene la consideración de dominio público (cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas, lechos de lagos o embalses, etc.); y para los propios autores como el dominio público hidráulico es de titularidad estatal, la única Administración pública que puede gravar su uso es el Estado.¹⁰

Para estos mismos autores, el hecho imponible de este canon está constituido por la ocupación, utilización o aprovechamiento de los bienes del dominio público hidráulico que requiera autorización o concesión; y teniendo en cuenta la forma en que aparece definido tal hecho imponible, también para los propios autores se puede afirmar que esta figura “no grava la utilización privativa de las aguas continentales”, lo que asimismo para ellos podría dar juego a imponer una tasa por ese concepto, dando cuenta que así lo sugiere C. Vázquez Cobos en “La Fiscalidad de las Aguas en España” (pág. 172¹¹) trabajo al que se hizo una anterior referencia).

Respecto a lo acabado de mencionar, profundizan dichos autores en que, de hecho, no existe ningún gravamen sobre tal uso o aprovechamiento porque el artículo 61 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación legal del régimen legal de las tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público, que impone con carácter general una tasa sobre la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, excluye expresamente de su ámbito de aplicación la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público hidráulico y marítimo-terrestre, que siguen rigiéndose por lo establecido en la Ley de Aguas y en la Ley de Costas, respectivamente.¹²

Por último, tales autores, nos citan como ejemplos de supuestos en que se cobra este canon o tributo, la extracción de áridos de los cauces, la tala de bosques de ribera, autorizaciones para pruebas de esquí náutico o las autorizaciones para embarcaderos.¹³

⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 39.

⁹ Cfr. *Ibid.*, pp. 39 y 45.

¹⁰ Cfr. JOSÉ DE VICENTE GARCÍA, y FRANCISCO ADAME MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 9.

¹¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 9 y 10.

¹² Cfr. *Ibid.*, p. 10.

¹³ Cfr. *Idem*.

Canon de control de vertidos

Este canon está previsto en el artículo 113 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, precepto conforme al cual medularmente los vertidos al dominio público hidráulico estarán gravados con una tasa destinada al estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica. Serán sujetos pasivos del canon quienes lleven a cabo el vertido. El importe del canon será el producto del volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control de vertido. Este precio unitario se calculará multiplicando un precio básico por metro cúbico por un coeficiente de mayoración o minoración que se establecerá reglamentariamente en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, así como por la mayor calidad ambiental del medio físico en que se vierte. Dicho canon de control de vertidos se devengará el 31 de diciembre, coincidiendo el periodo impositivo con un año natural, excepto el ejercicio en que se produzca la autorización del vertido o su cese, en cuyo caso se calculará el canon proporcionalmente al número de días de vigencia de la autorización en relación con el total del año. Durante el primer trimestre de cada año natural deberá liquidarse el canon correspondiente al año anterior. En el supuesto de cuencas intercomunitarias este canon será recaudado por el Organismo de Cuenca o bien por la Administración Tributaria del Estado, en virtud de convenio con aquél. El canon recaudado será puesto a disposición del Organismo de Cuenca correspondiente por dicha Administración. Asimismo, en virtud de convenio, las Comunidades Autónomas podrán recaudar el canon en su ámbito territorial. En este supuesto, la Comunidad Autónoma pondrá a disposición del Organismo de Cuenca la cuantía que se estipule en el convenio, en atención a las funciones que en virtud del mismo se encomienden a la Comunidad Autónoma correspondiente.

Conforme a dicho artículo también es muy importante destacar que cuando se compruebe la existencia de un vertido cuyo responsable carezca de la autorización administrativa correspondiente, con independencia de la sanción que proceda, el Organismo de Cuenca liquidará el canon de control de vertidos por los ejercicios no prescritos, calculando su importe por procedimientos de estimación indirecta, conforme a lo que reglamentariamente se establezca.

Asimismo, conforme a tal artículo, el canon de control de vertidos será independiente de los cánones o tasas que puedan establecer las Comunidades Autónomas o corporaciones locales para financiar las obras de saneamiento y depuración. Cuando un sujeto pasivo de este canon de control de vertidos esté obligado a satisfacer algún otro tributo vinculado a la protección, mejora y control del medio receptor establecido por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias, el importe correspondiente a este tributo se podrá deducir o reducir del importe a satisfacer en concepto del canon de control de vertidos.

Sobre el particular, Joan Pagés I Galtés primeramente sostiene que probablemente sean los cánones de vertido los tributos estatales que presentan una mayor carga medioambien-

tal, inspirándose directamente en el principio comunitario de que “quien contamina paga”.¹⁴

El propio autor señala que el canon de control de vertido que se regulaba en el artículo 105 de la redacción original de la Ley de Aguas, tenía por objeto gravar los beneficios que a determinados sujetos deparaba la autorización del vertido; y que ahora, el nuevo canon de control de vertido que surgió de la reforma operada por la ya antes referida Ley 46/1999 y actualmente recogido en el artículo 113 del Texto Refundido de la Ley de Aguas en comento, tiene por objeto gravar los beneficios que a determinados sujetos depara el vertido, “esté o no autorizado”.¹⁵

Para el mismo autor, indudablemente también se trata de un tributo, en tanto que provoca el nacimiento de una obligación, ex lege y no sancionadora, de pagar una suma de dinero para cubrir necesidades públicas como son la protección y mejora de la calidad de las aguas, aunque para el propio autor el problema estriba en determinar su categoría tributaria concreta. Da cuenta de que para diversos sectores de la doctrina se trata de un impuesto, para otros de un precio público y para otros de una tasa. Dicho autor hace una muy interesante reflexión en el sentido de que respecto al nuevo canon existen argumentos para defender su naturaleza impositiva, ya que, como se ha visto, se devenga por el mero vertido, haya existido o no autorización administrativa. Luego entonces, para él surge esta inevitable cuestión: como las tasas, a diferencia de los impuestos, son tributos que se exigen mediante contraprestación ¿qué tipo de contraprestación existe cuando el tributo se devenga por la mera ocupación del dominio público, sin necesidad de que haya intervención administrativa alguna? Sin embargo, sobre este punto, al final dicho autor concluye que aun cuando existen argumentos para defender que se está ante un impuesto, deben primar los argumentos que caracterizan a tal canon como una tasa por ocupación.¹⁶

Respecto al hecho imponible, para el propio Joan Pagés I Galtés de la aludida reforma a la Ley de Aguas, operada mediante la Ley 46/1999 y actualmente contenida en este artículo 113 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, se vuelve a señalar, se deduce que los vertidos gravados por este nuevo canon ya no sólo son los autorizados; y, así, recogiendo lo que se desprende de dicho artículo, tal autor cita que el Reglamento establece que constituye el hecho imponible del canon la realización de vertidos al dominio público hidráulico (artículo 289.2 del Real Decreto 849/1986 en la redacción que le ha dado el Real Decreto 606/2003).¹⁷ Continúa señalando dicho autor que, según el Reglamento, el hecho imponible alcanza tanto a los vertidos susceptibles de autorización, como a los que no sean susceptibles de ello; y que de esta manera, se gravan todos los vertidos que se consideren como tales por la normativa de aguas (artículo 245.I del Real Decreto 849/1986 en la re-

¹⁴ Cfr. Joan PAGÉS I GALTÉS, *op. cit.*, p. 21.

¹⁵ Cfr. *Idem.*

¹⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 22, 23, 24 y 25.

¹⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 28.

dación que le ha dado el Real Decreto 606/2003), siendo indiferente que hayan sido autorizados o no, e incluso, aludiendo a otro autor, García Novoa, que estuviesen prohibidos.¹⁸

Para José de Vicente García y Francisco Adame Martínez, la Ley 46/1999 de reforma a la Ley de Aguas incluía dos novedades respecto a este canon: la referente al procedimiento de autorización de los vertidos y la relativa al tratamiento tributario de los mismos. Que en este segundo aspecto, corrigió algunas deficiencias de la prístina regulación de 1985, pero que sin embargo eliminó aspectos positivos de dicha regulación.¹⁹ Señalan que la entrada en vigor del canon de control de vertidos creado por dicha Ley 46/1999 sufrió sucesivos aplazamientos. Que inicialmente entraría en vigor el 1º de enero de 2001. Sin embargo, dichos autores dan detallada cuenta de que se vino postergando la entrada en vigor de este canon a través de diversos ordenamientos (subsistiendo entre tanto el canon de vertido previsto en el artículo 105 de la Ley 29/1985 de Aguas), para concluir que finalmente este nuevo canon entró en vigor el 7 de junio de 2003.²⁰

Para dichos autores sin duda el primer hecho significativo de la reforma es precisamente la fecha en que se lleva a cabo, 1999, esto es, 14 años después de la creación del canon, en un momento de expansión del Estado de autonomías, con más Comunidades Autónomas legislando en la materia, y con unos planes de saneamiento más desarrollados.²¹ Para los propios autores es relevante que la Ley ya califica al canon como tasa y que puede observarse que la definición del hecho imponible es mejorable. Esto es, para tales autores por una parte se afirma que el canon grava los vertidos al dominio público hidráulico (consecuentemente el hecho imponible sería el vertido en sí), pero por otra parte, el canon constituye una tasa destinada al estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica (aquí el hecho imponible sería la prestación de los servicios de control y saneamiento).²² Coinciden en que es el Reglamento reformado en 2003, el que en su artículo 289.2 precisa el hecho imponible del canon al señalar que el mismo lo constituye la realización de vertidos al dominio público hidráulico.²³

Para estos autores el canon de control de vertidos grava los vertidos sobre el terreno, en cuanto potencialmente contaminantes de las aguas, vertidos que en principio están sometidos a autorización conforme al artículo 102 del Texto Refundido de la Ley de Aguas; y que esto constituye precisamente el hecho imponible de dicho tributo, tal como lo establecía el artículo 105 de la antigua Ley de Aguas y ahora el 113 del Texto Refundido de la misma.²⁴

¹⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 28 y 29.

¹⁹ Cfr. JOSÉ DE VICENTE GARCÍA y FRANCISCO ADAME MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 95.

²⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 95 y 96.

²¹ Cfr. *Ibid.*, p. 97.

²² Cfr. *Idem.*

²³ Cfr. *Idem.*

²⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 98.

Por otra parte, los autores José de Vicente García y Francisco Adame Martínez también dan cuenta de que al igual que ocurrió con su predecesor (el canon de vertidos de la Ley de Aguas de 1985), en la aplicación del canon de control de vertidos el aspecto que sin duda viene generando más polémica es el de su cuantificación; y que un dato que avala ello es el número de reclamaciones y recursos que sobre el particular se vienen planteando ante los Tribunales Económico-Administrativos, así como ante los Tribunales de Justicia, dando relevante informe de ello.²⁵ También señalan que otro tema recurrente que se viene planteando en muchas reclamaciones de este tipo, es el del enriquecimiento injusto que se produce porque por el mismo concepto se gira a los industriales liquidaciones por parte de un vertido por el que también se cobra a los municipios; y que a este respecto, por ejemplo, el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía, viene admitiendo la procedencia de aminorar del volumen de vertido sobre el que se efectúa la liquidación, los suministros de agua a determinadas industrias, pero siempre en función de la forma en que se haya obtenido dicho volumen y en la prueba de que se haya efectuado la duplicidad denunciada.²⁶

Canon de regulación y tarifa de utilización del agua

Dicho canon y tal tarifa se encuentran previstos actualmente en el artículo 114 del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

El apartado 1 de dicho artículo dispone lo siguiente:

Los beneficiados por las obras de regulación de las aguas superficiales o subterráneas, financiadas total o parcialmente con cargo al Estado, satisfarán un canon de regulación destinado a compensar los costes de la inversión que soporte la Administración estatal y atender los gastos de explotación y conservación de tales obras.

El apartado 2 dispone lo siguiente:

Los beneficiados por otras obras hidráulicas específicas financiadas total o parcialmente a cargo del Estado, incluidas las de corrección del deterioro del dominio público hidráulico, derivado de su utilización, satisfarán por la disponibilidad o uso del agua una exacción denominada “tarifa de utilización del agua”, destinada a compensar los costes de inversión que soporte la Administración estatal y a atender a los gastos de explotación y conservación de tales obras.

Dicho precepto también señala que la cuantía de cada una de las exacciones se fijará, para cada ejercicio presupuestario, sumando el total previsto de gastos de funcionamiento y conservación de las obras realizadas, los gastos de administración del organismo gestor imputables a dichas obras, así como un porcentaje (4%) del valor de las inversiones realizadas por el Estado, debidamente actualizado, teniendo en cuenta la amortización técnica de las obras e instalaciones y la depreciación de la moneda, ello en la forma que reglamentariamente se

²⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 105 y 106.

²⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 117 y 118.

determine. También dispone que la distribución individual de dicho importe global, entre todos los beneficiados por las obras, se realizará con arreglo a criterios de racionalización del uso del agua, equidad en el reparto de las obligaciones y autofinanciación del servicio, asimismo en la forma que reglamentariamente se determine.

Continúa señalando el artículo que en el supuesto de cuencas intercomunitarias dichas exacciones serán gestionadas y recaudadas por el Organismo de Cuenca o bien por la Administración Tributaria del Estado, en virtud de convenio con aquél. El canon recaudado siempre será puesto a disposición del Organismo de Cuenca correspondiente. El organismo liquidador de los cánones y exacciones introducirá un factor corrector del importe a satisfacer, según el beneficiado por la obra hidráulica consume en cantidades superiores o inferiores a las dotaciones de referencia fijadas en los planes hidrológicos de cuenca o, en su caso, en la normativa que regule la respectiva planificación sectorial, en especial en materia de regadíos u otros usos agrarios. Este factor corrector, sobre ciertos parámetros señalados en tal artículo, se fijará conforme a normas que de igual forma se determinarán reglamentariamente.

Sobre este artículo, Joan Pagés I Galtés señala que en realidad se está ante dos tributos similares pero distintos. El canon de regulación tiene por objeto los especiales beneficios que producen las obras de regulación financiadas, total o parcialmente, a cargo del Estado. Por su parte, la tarifa de utilización del agua tiene por objeto los especiales beneficios derivados del aprovechamiento o disponibilidad del agua hecho posible por otras obras hidráulicas específicas financiadas, total o parcialmente, a cargo del propio Estado.²⁷ Para dicho autor se trata, en suma, de que el Estado financias ciertas obras hidráulicas que aun cuando benefician a toda la colectividad, son susceptibles de beneficiar especialmente a ciertos sujetos, de los que el Estado se resarce exigiéndoles el pago del canon o de la tarifa aludidos.²⁸

Para el propio autor, aunque la Ley no lo diga, está claro que tanto este canon como dicha tarifa son de igual forma auténticos tributos, pues de ellos deriva una obligación, asimismo ex lege y no sancionadora, de pagar una suma dineraria para cubrir necesidades públicas como son los costes de obras hidráulicas, y atender a los gastos de explotación y conservación de tales obras. Sin embargo, para tal autor, tampoco es fácil su encuadre, pues presentan notas características de las tasas y de las contribuciones especiales, señalando que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias se inclinan por encuadrarlos dentro de la categoría de contribuciones especiales, lo cual para él, si se atiende estrictamente a su hecho imponible, resulta perfectamente lógico, puesto que, aludiendo a otro autor, Herrera Molina, cabe entender que se está gravando la posibilidad de utilizar el servicio, no la prestación del servicio en sí misma, lo cual constituye la esencia de las contribuciones especiales según la doctrina alemana.²⁹

²⁷ Cfr. Joan PAGÉS I GALTÉS, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

²⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 12.

²⁹ Cfr. *Ibid.*, pp. 12 y 13

También para Joan Pagés I Galtés la cuantificación del canon y de la tarifa responden al esquema de los tributos de cupo y, por tanto, al de los tributos de cuota variable, pues la cuota tributaria variará de sujeto a sujeto dependiendo de la intensidad con que se realice el hecho imponible, es decir, dependiendo del beneficio especial obtenido por el sujeto pasivo con la actuación administrativa de regulación hidráulica legitimadora de la exacción del tributo.³⁰

El mismo autor da cuenta del esquema de derrama de dichos tributos, conforme al cual los importes globales se distribuirán entre todos los beneficiados por las obras.³¹

Para José de Vicente García y Francisco Adame Martínez el canon de regulación se aplica, según disponen los artículos 114.1 del Texto Refundido de la Ley de Aguas y 296 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, a los beneficiados por las obras de regulación de las aguas superficiales o subterráneas financiadas, total o parcialmente, a cargo del Estado, con el fin de compensar los costes de inversión que soporte la Administración estatal y atender a los gastos de explotación y conservación de tales obras. Señalan que la redacción original del artículo 106 de la Ley de Aguas no hablaba de obras “financiadas”, sino de obras “realizadas”, de manera que se puede afirmar que con la reforma de 1999 a la Ley de Aguas se ha producido una considerable ampliación del ámbito de aplicación de esta figura, ya que es posible que una Administración financie obras a las que se refiere este precepto, aunque no hayan sido ejecutadas por ella misma, al existir costes de inversión de la Administración que procede compensar. Así pues, para dichos autores, el canon de regulación tiene por objeto compensar los costes de la inversión que hace la Administración y los gastos de explotación y conservación de las obras de regulación. Por ejemplo, citan, se grava con este tributo a los beneficiados de pantanos o acuíferos.³²

Para los propios autores, por otra parte, de conformidad con lo previsto en el artículo 297 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, son objeto del canon de regulación “las mejoras producidas por la regulación de los caudales de agua sobre los regadíos, abastecimientos de poblaciones, aprovechamientos industriales o usos e instalaciones de cualquier tipo que utilicen los caudales que resulten beneficiados o mejorados por dichas obras hidráulicas de regulación”, añadiendo el artículo 298 de dicho Reglamento que la obligación de satisfacer este tributo “tendrá carácter periódico y anual y nace en el momento en que se produzca la mejora o beneficio de los usos o bienes afectados, bien sea directa o indirectamente, como se especifica en este Reglamento”. Así pues, para tales autores, el canon de regulación grava, por un lado, la realización a cargo del Estado de obras de regulación de aguas superficiales o subterráneas que benefician al sujeto pasivo, como sería por ejemplo la construcción de un

³⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 16 y 17.

³¹ Cfr. *Ibid.*, p. 17.

³² Cfr. JOSÉ DE VICENTE GARCÍA y FRANCISCO ADAME MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 23.

embalse; pero al mismo tiempo, dicha figura también grava los gastos de explotación y conservación del citado servicio.³³

Por su parte, también para José de Vicente García y Francisco Adame Martínez, la tarifa de utilización recae, al tenor de lo preceptuado por los artículos 114.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas y 296.2 del citado Reglamento, sobre los beneficiados por otras obras hidráulicas específicas realizadas, incluidas las de corrección del deterioro del dominio público hidráulico, derivado de su utilización, con la finalidad de compensar los costes de inversión que soporte la Administración y atender a los gastos de explotación y conservación de tales obras. Para dichos autores, la tarifa de utilización tiene la misma finalidad que el canon de regulación en relación con el resto de las obras hidráulicas, y así, por ejemplo, dan cuenta que se grava con tal tributo a los beneficiarios de las desaladoras, de obras hidráulicas específicas o plantas de potabilización.³⁴

Para los propios autores, en ambos casos, el hecho imponible consiste en ser beneficiado por las obras de regulación o por obras hidráulicas específicas. Sostienen que ello implica, dada la finalidad que tienen ambos tributos de financiar el coste de las infraestructuras hidráulicas, que habrá que calcular en cada ejercicio cuál ha sido el beneficio que se ha obtenido en particular por tales obras, ya que es esta circunstancia la que constituye el hecho imponible en sí.³⁵

Estos autores igualmente dan cuenta de que la naturaleza jurídica de estos tributos ha sido polémica en la doctrina y en la jurisprudencia española. Primeramente expresan que si nos atenemos estrictamente a la configuración de su hecho imponible, que es la realización de obras públicas de protección destinadas a regular el agua, obras que dan por tanto lugar a la obtención de un beneficio especial por los sujetos pasivos, no puede dudarse que estamos ante una contribución especial. Pero, en cambio, también señalan, si atendemos a algunas partidas que van a formar parte del coste total de las obras, en particular se refieren a los gastos de funcionamiento, de conservación y de administración, se observa que estas figuras se aproximan a las tasas, ya que se trata de partidas que van más allá de las meras cantidades relativas a la inversión. Respecto a este criterio citan a diversos autores como Arrieta Martínez de Pisón, Cors Meya y Vázquez García. Asimismo señalan que hay incluso autores que consideran que el canon de regulación es una figura mixta porque en una primera fase se aproxima a la contribución especial, pero posteriormente reúne los rasgos propios de una tasa parafiscal.³⁶

También dan cuenta de que se trata, además, de figuras clásicas, porque desde la primitiva Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, y más cerca en el tiempo por el Decreto de 4 de febrero de 1960, se vienen exigiendo en España contribuciones especiales para la financiación de ciertas obras hidráulicas.³⁷

³³ Cfr. *Ibid.*, pp. 23 y 24.

³⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 24.

³⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 24.

³⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 24 y 25.

³⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 25.

Para estos autores la jurisprudencia se ha pronunciado mayoritariamente a favor de calificar a estas figuras como tasas, aunque desde luego dan cuenta de que ese criterio no es unánime.³⁸

Para los propios autores, por lo que respecta al criterio de reparto del tributo entre los sujetos beneficiados por las obras, la Ley establece en el apartado 4 del artículo 114 que la distribución individual del importe global se realizará con arreglo a criterios de racionalización del uso del agua, equidad en el reparto de las obligaciones y autofinanciación del servicio, siguiéndose para ello las reglas previstas en los artículos 301 y 308 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico para el canon de regulación y la tarifa de utilización, respectivamente. Señalan que estas reglas son muy escuetas, ya que el texto reglamentario se limita a disponer que el reparto se realizará equitativamente en razón a la participación en los beneficios o mejoras producidas por las obras. Que ello quiere decir, que una vez fijado el importe a repartir, el primer paso será distribuir el mismo entre los diferentes usos (no usuarios) de la obra hidráulica. Que una vez asignada la cantidad a cada uso, el Reglamento añade que el valor unitario de aplicación individual a cada sujeto obligado vendrá dado en unidades de superficie cultivable, caudal, consumo de agua, energía o cualquier otro tipo de unidad adecuada al uso de que se trate. Que estos criterios de reparto serán fijados por el Ministerio de Medio Ambiente cuando así le corresponda, a propuesta del Organismo de Cuenca, oídos los órganos representativos de los usuarios o beneficiarios. Que en el caso de la tarifa de utilización, el artículo 308 añade que también podrá establecerse una tarifa binomia que contemple dos unidades de medida cuando el Organismo de cuenca lo considere oportuno. Y manifiestan que, normalmente, los criterios de reparto son: en el caso de usuarios agrícolas, las hectáreas (unidad de superficie cultivable), en el caso de uso industrial los kilovatios hora (energía) y en el caso de abastecimiento a poblaciones, los metros cúbicos (consumo de agua).³⁹

Para finalizar los autores José de Vicente García y Francisco Adame Martínez también dan cuenta de que la cuantificación de estos tributos ha generado asimismo multitud de problemas que han terminado en recursos ante los Tribunales de Justicia.⁴⁰

Otros gravámenes estatales

Como otros gravámenes o tributos en materia de aguas en España a nivel del Estado pueden citarse al canon de ocupación del dominio público marítimo-terrestre de la Ley de Costas y al diverso canon de vertidos de la propia Ley de Costas (ambos previstos en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas). El primero de dichos cánones grava en esen-

³⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 26 y 27.

³⁹ Cfr. *Ibid.*, pp. 50 y 51.

⁴⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 52.

cia toda ocupación o aprovechamiento del dominio público marítimo-terrestre estatal en virtud de una concesión o autorización, cualquiera que sea la Administración otorgante, sin perjuicio de los que sean exigibles por las propias Administraciones otorgantes. El segundo en esencia grava las autorizaciones que se obtengan por efectuar vertidos al mar en función de su carga contaminante, aunque para José de Vicente García y Francisco Adame Martínez parece que su hecho imponible no sólo está constituido por la actividad de la Administración por la que se concede la concesión de la autorización para realizar el vertido, sino también por la realización del propio servicio de mantenimiento de la calidad de la aguas del mar que pueden verse afectadas por la realización del vertido contaminante.⁴¹

También a nivel del Estado pueden referirse gravámenes en materia de trasvases. Sobre el particular, como se vio anteriormente al referirnos a la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional, el eje central de dicha Ley lo constituía la regulación de transferencias de recursos hidráulicos entre ámbitos territoriales de distintos planes de cuenca, como una solución por la que se optó para procurar una satisfacción racional de las demandas de agua en todo el territorio nacional español.

Ante ese contexto, para Joan Pagés I Galtés toda transferencia de recursos hídricos de un territorio emisor a otro territorio receptor será un trasvase de agua, y a tales efectos dará igual el medio empleado para llevar a cabo semejante transferencia. Normalmente, nos indica, será mediante cañerías, aunque nada impide que pueda verificarse utilizando otros sistemas como vehículos terrestres e incluso vehículos para navegación marítima o aérea.⁴²

Para dicho autor el trasvase supone una agresión al territorio emisor que tan sólo puede estar justificada cuando se den determinadas condiciones. Citando el propio autor a otros autores, Mac Donnell y Howe, dichas condiciones pueden sintetizarse en tres: la primera, el trasvase ha de ser la alternativa de menor coste para suministrar la misma cantidad de agua a los usuarios; la segunda, los beneficios han de superar todos los costes relacionados con el trasvase, incluyendo costes económicos, sociales y ambientales causados en la cuenca de la que sale el agua; y la tercera, nadie puede quedar en peor situación después del trasvase.⁴³ Sobre el particular, el lector de este trabajo también puede acudir al apartado “Planeación hidrológica” del capítulo V del mismo, en el que también se hace referencia a este tipo de cuestiones sobre trasvases, repito, cuando se estudió la referida Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional.

De acuerdo con las ideas anteriores, para el propio Joan Pagés I Galtés uno de los condicionantes de la viabilidad de un trasvase es el que plantean sus costes financieros. Que aquí se debe valorar si para la financiación del trasvase es factible seguir el modelo tradi-

⁴¹ Cfr. *Ibid.*, p. 124.

⁴² Cfr. Joan PAGÉS I GALTÉS, *op.cit.*, p. 54.

⁴³ Cfr. *Ibid.*, p. 55.

cional de financiación de la obra pública en general y de la hidráulica en particular, consistente en que el coste del trasvase y su mantenimiento recaiga en los sujetos especialmente beneficiados por el mismo; o bien, si se debe seguir un modelo de financiación alternativo.⁴⁴

Para el propio autor, circunscribiéndose a los trasvases de recursos hídricos más importantes verificados en el Estado español, se observa que se tiende a seguir el citado sistema tradicional,⁴⁵ dándonos como ejemplo de ellos, además de hacer un interesante análisis de los mismos, los siguientes:

- a) Las tarifas de conducción, de peaje y de distribución de los caudales del acueducto Tajo-Segura contenidas en los artículos 7, 10 y 11 de la Ley 52/1980, de 16 de octubre. A este respecto también me parece relevante la cita que hace el propio autor de que primeramente, a través de la Ley 21/1971, de 19 de junio, se reguló el aprovechamiento conjunto de los ríos Tajo y Segura; y, posteriormente, a través de la referida Ley 52/1980 se aprobó el régimen económico del acueducto Tajo-Segura.⁴⁶
- b) Tarifas para la mejora del aprovechamiento del trasvase Tajo-Segura relativo al abastecimiento del Guadiana, contenidas en el artículo 5 del Real Decreto-ley 8/1995, de 4 de agosto, de medidas urgentes de mejora del aprovechamiento del trasvase Tajo-Segura. Sobre el particular también me parece interesante la nota que hace el mismo autor de que mediante dicho Real Decreto-ley 8/1995 se autoriza la derivación de recursos del acueducto Tajo-Segura a la cuenca alta del río Guadiana; y se establece una reserva hidráulica para asignar al abastecimiento de los núcleos de población inmediatos al trazado de dicho acueducto Tajo-Segura, en las cuencas de los ríos Guadiana y Júcar.⁴⁷
- c) Canon del trasvase Guadiario-Guadalete contenido en el artículo 2 de la Ley 17/1995, de 1º de junio. De igual forma me parece sumamente interesante la cita que al respecto hace dicho autor, en el sentido de que a través de esta Ley 17/1995 se autoriza la transferencia mediante un túnel de trasvase de volúmenes de agua de la cuenca del río Guadiario a la cuenca del río Guadalete con destino al abastecimiento urbano e industrial de determinadas poblaciones, así como a todas las instalaciones militares y estratégicas asentadas en la zona.⁴⁸
- d) Canon de derivación del agua del delta del Ebro contenido en el artículo 3 de la Ley 18/1991. Al respecto, también me parece interesante la cita del propio autor en el

⁴⁴ Cfr. *Idem*.

⁴⁵ Cfr. *Idem*.

⁴⁶ Cfr. *Idem*.

⁴⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 59.

⁴⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 60.

sentido de que conforme al artículo 1º de dicha Ley 18/1991, modificado por la disposición adicional 2ª de la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional, se ejecutará un plan de obras de acondicionamiento y mejora de la infraestructura hidráulica del delta del Ebro, a fin de lograr una mayor eficacia en la distribución del agua y su aprovechamiento agrícola, recuperando las pérdidas que en la actividad se producen en dicha zona. Que en este marco se prevé que podrá destinarse al abastecimiento urbano e industrial de los municipios de las provincias de Tarragona y Barcelona un caudal equivalente al recuperado, con el límite máximo de cuatro metros cúbicos por segundo, previa concesión administrativa.⁴⁹

Por otra parte, el mismo Joan Pagés I Galtés, a nivel del propio Estado, también da cuenta de un canon por vertidos nocivos a la riqueza piscícola, previsto en el artículo 6º de la Ley de 20 de febrero de 1942, de fomento y conservación de la pesca fluvial. Cita que acorde con el artículo 1º de dicha Ley, la misma rige y regula en España el derecho de pesca y tiene por objeto la conservación, el fomento y el aprovechamiento de los peces y otros seres útiles que, de modo permanente o transitorio, habitan todas las aguas continentales, públicas o privadas. También señala que de acuerdo con otro autor, Delgado Piqueras, es fácil observar que esta Ley padece una notable obsolescencia en muchos aspectos; pero siguiendo a otro autor, Toledo, señala que el referido canon, que está establecido en ciertos casos como una indemnización por los daños y perjuicios al objeto de tal Ley, debe estimarse aún no derogado.⁵⁰

Para finalizar con los gravámenes estatales en materia de aguas en España, el propio Joan Pagés I Galtés da cuenta del canon de ocupación de los saltos a pie de presa previsto en el artículo 133 del Real Decreto 849/1986, del dominio público hidráulico, canon también muy debatible y que en todo caso tiene que ver con concursos y licitaciones en materia hidroeléctrica.⁵¹

Tributos autonómicos y locales

Los tributos sobre saneamiento de aguas son los tributos autonómicos más importantes en esta materia. José de Vicente García y Francisco Adame Martínez dan cuenta de que la justificación de la existencia de estos tributos autonómicos se encuentra en el Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales Urbanas 1995-2005, que exige que las Comunidades Autónomas garanticen la calidad de la depuración y del vertido de dichas aguas urbanas. Que con tal finalidad, dicho Plan fomenta que estas Administraciones introduzcan cánones específicos que preferentemente cubran los costes de establecimiento y explotación

⁴⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 61.

⁵⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 65 y 66.

⁵¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 66 y 67.

de las infraestructuras necesarias para aplicar la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas.⁵²

Los anteriores autores también dan cuenta de que en el apartado 2 del referido Plan se señala que, de acuerdo con los criterios comunitarios relativos a la prevención, debe concederse una atención preferente a la disminución de la carga contaminante, en lo particular de origen industrial, lo que implica fortalecer las tareas de control y de vigilancia, así como la incentivación de cambios en los procesos productivos. Que sólo si se avanza en esta dirección, se conseguirá un tratamiento adecuado de las aguas residuales en las infraestructuras de saneamiento y se podrán obtener resultados satisfactorios en materia de reutilización de las aguas residuales, en el ámbito de los planes hidrológicos como elemento básico de una política hidráulica que favorezca el uso racional del agua.⁵³

Para los propios autores tiene particular interés el apartado 3 del Plan, ya que en él se insta a las Comunidades Autónomas a establecer un canon de saneamiento. En unas partes de una transcripción que hacen sobre el particular, se señala que “el ahorro de agua, y sobre todo, la descontaminación, se verán incentivados por el establecimiento en todo el territorio nacional de una figura de canon de saneamiento, entendiendo como tal una figura impositiva que grava la contaminación producida en el agua que se vierte”, y que “en particular la implantación generalizada de la mencionada figura de canon por parte de las Comunidades Autónomas será condición imprescindible para la aplicación de las ayudas estatales [...]”.⁵⁴

Después de analizar otras cuestiones de dicho Plan, para los referidos autores, las Comunidades Autónomas tenían que establecer un canon de saneamiento que permitiría mejorar la financiación del establecimiento de los sistemas de explotación de las infraestructuras necesarias, además de incentivar el ahorro y la descontaminación; y que dicho tributo habría que diseñarlo de forma que se cubran al menos los costes de mantenimiento y explotación de las instalaciones que se construyan en desarrollo del Plan.⁵⁵

Los propios José de Vicente García y Francisco Adame Martínez asimismo dan cuenta de que según se indica en el Informe del Ministerio de Economía y Hacienda que lleva por título “Problemática del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común regulado en la Ley Orgánica 8/1980 y en la Ley 21/2001”, que aparece publicado en la página web de dicho Ministerio, las Comunidades Autónomas han creado hasta el momento 50 impuestos propios. Y que dentro del conjunto de dichos impuestos, el bloque más numeroso e importante desde el punto de vista recaudatorio está constituido precisamente por los tributos sobre agua.⁵⁶

⁵² Cfr. José de Vicente García, y Francisco Adame Martínez, *op. cit.*, p. 139.

⁵³ Cfr. *Ibid.*, p. 140.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 140.

⁵⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 141.

⁵⁶ José de Vicente García y Francisco Adame Martínez, *op. cit.*, p. 146.

Así las cosas, los mismos autores refieren que en la actualidad tienen figuras tributarias comparables a cánones de saneamiento, ordenadas alfabéticamente, las Comunidades Autónomas de Aragón, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco y Principado de Asturias.⁵⁷ Comentan que dentro de las Comunidades Autónomas de régimen común, Madrid fue la primera en crear un tributo propio relacionado con el saneamiento de aguas en 1984; y que el último tributo sobre saneamiento creado hasta la fecha, es el canon del agua del País Vasco en 2006.⁵⁸

Dichos autores también comentan que todos estos cánones autonómicos tienen una clara naturaleza finalista, porque su recaudación se destina íntegramente a cubrir los costes de la construcción, mantenimiento y explotación de las instalaciones de depuración y saneamiento.⁵⁹

Empero, el hecho imponible de muchos de estos cánones, palabras más palabras menos, está constituido por el vertido de aguas residuales manifestado a través “del consumo real o potencial de aguas de cualquier procedencia”, por la contaminación que puedan producir; lo que desde luego invita a pensar que lo que se pretende gravar por muchas Comunidades Autónomas a través de estos cánones, “más que la realización de los vertidos, es el consumo del agua en sí”.

Incluso, para diversos autores, haciendo una comparación con el canon estatal de vertidos, estos cánones autonómicos suelen tener tarifas superiores a dicho canon estatal.

Por otra parte, se pueden citar como otros tributos autonómicos el canon de mejora de Andalucía, el impuesto también en Andalucía sobre vertidos a las aguas litorales y el impuesto de vertidos al mar de la región de Murcia.

A nivel municipal o local, también en relación con el tema del agua, en España se cobran tributos por el abastecimiento de agua potable, por el saneamiento, por el servicio de alcantarillado y por el tratamiento de aguas residuales. Al respecto, los propios José de Vicente García y Francisco Adame Martínez señalan que de conformidad con la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se reconoce a los entes locales una competencia genérica en relación con el suministro de agua. Dicha actividad constituye uno de los servicios de prestación obligatoria de todos los municipios, al igual que se configura como una de las actividades o servicios esenciales reservados a favor de dichos entes locales.⁶⁰

Sobre dicho servicio de suministro o abastecimiento de agua, los propios autores hacen una muy concreta y adecuada cita en el sentido de que el municipio, en virtud de esa

⁵⁷ Cfr. *Idem*.

⁵⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 149 y 161.

⁵⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 147.

⁶⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 308.

titularidad y con fundamento en el artículo 86.3 de dicha Ley 7/1985, puede proceder a la prestación de tal servicio en “régimen de monopolio” mediante la formalización de un expediente respectivo; es decir, que queda legitimado para ejercer la iniciativa para la realización efectiva del abastecimiento del agua “con la exclusión de cualquier otro operador”, ya sea una administración pública o un particular.⁶¹

Entiendo que en España también existe un importante debate de si debe o puede en un momento dado prestar dicho servicio de abastecimiento de agua la iniciativa privada. Sobre el particular M. Álvarez Fernández, citado por José de Vicente García y Francisco Adame Martínez, señala que las notas que caracterizan dicho servicio, como es la obligatoriedad del mismo, su condición de monopolio natural y su reserva a favor del ente local, hacen que resulte extraño la existencia de un suministro privado.⁶² No obstante ello, los propios José de Vicente García y Francisco Adame Martínez consideran que siempre que por el Ayuntamiento no se haya asumido el servicio público de abastecimiento en los términos y con arreglo al procedimiento establecido en el referido artículo 86.3 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y 97.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local (Real Decreto Legislativo 781/1986), cabe la prestación de dicho servicio a los usuarios del Municipio por un operador privado, al amparo del concepto operativo amplio de servicio público, de la misma forma que la Ley de Aguas admite la titularidad privada de la actividad de producción industrial de agua, calificada por dicha Ley como servicio público. Que en estos casos se trata, más que de un servicio concurrente y autónomo prestado por sujetos particulares, y alternativo al prestado por la entidad municipal (o supramunicipal, en su caso), de supuestos de abastecimiento o para cubrir el servicio en lugares aislados (viviendas individuales o urbanizaciones), y en tanto las redes municipales no puedan llegar a los mismos. Y que esta figura de sujetos privados como prestadores del servicio va a influir en la naturaleza jurídica de las contraprestaciones correspondientes.⁶³

Para Joan Pagés I Galtés esto es lo que la doctrina denomina “suministro privado de aguas”, lo cual para él desde luego es una anomalía, pero que puede darse en la práctica básicamente en los mismos supuestos de núcleos de viviendas aislados, o incluso viviendas individuales aisladas, y urbanizaciones privadas no recepcionadas, cuya respectiva red de abastecimiento no esté conectada a la red municipal. Dicho autor continúa señalando que en este caso puede aceptarse que no estamos en presencia de un auténtico servicio público y ni tan siquiera de una actividad administrativa, tratándose de una actividad privada ajena al sector público, por lo que la titularidad privada de la tarifa en principio no debe plantear duda alguna. Pero, sigue sosteniendo dicho autor, cáigase en la cuenta de que si la Ley establece la obligatoriedad de prestar cierto servicio, es porque advierte en él un claro interés públi-

⁶¹ Cfr. *Ibid.*, p. 309.

⁶² Cfr. *Ibid.*, p. 313.

⁶³ Cfr. *Idem.*

co. Que una vez que la Ley impone a determinada Administración la obligación de prestar cierto servicio, ni el ciudadano tiene la culpa de que aquélla, por la razón que sea, incumpla su obligación; ni, en todo caso, el servicio pierde su interés público. Asimismo, que es precisamente dicho interés público del servicio obligatorio el que provoca que el gasto derivado de su mantenimiento atienda a un fin público, lo que a su vez determina que la tarifa destinada a cubrir semejante gasto presente parejo interés público. Y sobre esta línea de pensamiento concluye que las tarifas que cobran los entes privados al respecto (que harían en consecuencia una función sustitutiva de los entes públicos para atender dicha necesidad colectiva), en el supuesto de que no fueran auténticos ingresos públicos, no serían tasas, pero sí tendrían la consideración de tasas a efecto de su establecimiento y regulación.⁶⁴ Complicado también es entonces determinar la naturaleza jurídica de las tarifas que cobran dichos entes privados cuando prestan tal servicio de suministro de agua.

Sobre el mismo tópico de si operadores privados pueden prestar dicho servicio, me parecen sumamente interesantes las siguientes reflexiones de Juan Sánchez García y Juan F. Cañete Mata, hechas en la presentación del libro de José de Vicente García y Francisco Adame Martínez tantas veces citado en este trabajo:

El agua no puede estar expuesta a las leyes del mercado como ocurre con otros recursos naturales. De ahí la importancia de la gestión pública y de calidad del servicio de abastecimiento de agua que se convierte en la forma de gestión que ofrece garantías para que se gestione con criterios de interés público. La obligación de un gobierno municipal es reclamar una mejor financiación para los Ayuntamientos a fin de evitar, entre otras cosas, la tendencia a justificar la privatización de la gestión del agua por la necesidad de conseguir recursos económicos para cuadrar los presupuestos municipales. Si la gestión del agua se privatiza, cualquier tendencia en la disminución del consumo chocaría con los intereses de la empresa, que dependen más de la facturación.⁶⁵

Si bien el objetivo de este trabajo no lo constituye dicho servicio de abastecimiento de agua potable, de alguna forma adentrados en el tema, vale también la pena comentar que en varias partes de España este servicio se está prestando mediante “fórmulas asociativas supramunicipales”. Sobre el particular, José de Vicente García y Francisco Adame Martínez agregan que la complejidad técnica, las repercusiones económicas e incluso las necesidades físico-geográficas que el desarrollo de dicho servicio de abastecimiento de agua implica, son circunstancias que provocan en muchas ocasiones la incapacidad del ente local para proceder por sí solo a la prestación eficaz de tal servicio. Que en estos supuestos, el ente local deberá recurrir a instancias administrativas superiores o a la creación de nuevos entes locales de dimensión superior. Que esta idea ha sido la que ha inspirado algunas normas reguladoras del abastecimiento, en las que se pone de relieve la necesidad de acudir a nuevos ámbitos geográficos pa-

⁶⁴ Cfr. Joan PAGÉS I GALTÉS, *op. cit.*, pp. 189 y 190.

⁶⁵ JOSÉ DE VICENTE GARCÍA Y FRANCISCO ADAME MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. XIX y XX.

ra alcanzar un aprovechamiento racional y coordinado de los recursos hidráulicos.⁶⁶ Así, dichos autores dan también cuenta de que la Ley Madrileña 17/1984 aconseja “un tratamiento supramunicipal de los problemas generados por el abastecimiento y saneamiento”; e igualmente, la Ley Asturiana 1/1984 señala que “se ha hecho preciso la búsqueda de espacios geográficos más amplios que el municipal”.

Dichos autores continúan señalando que estas organizaciones supramunicipales van a responder así a una finalidad de colaboración con los entes locales para la prestación de los servicios a su cargo, y de ahí su proliferación, ya que en la mayoría de los casos los municipios carecen en la práctica de capacidad funcional para ello. Que la propia Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local reseña un elenco de posibles entes asociativos, entre los que se mencionan las comarcas, las áreas metropolitanas, los consorcios y las mancomunidades. Que asimismo la Ley de Aguas promueve expresamente la constitución de este tipo de entidades, supeditando el otorgamiento de concesiones para el abastecimiento de agua a varias poblaciones, al hecho de que las corporaciones locales se hayan constituido en tales mancomunidades, consorcios u otras entidades semejantes. Que las mancomunidades de municipios y los consorcios son las fórmulas organizativas de carácter supramunicipal más utilizadas para la prestación del abastecimiento de agua.⁶⁷

José de Vicente García y Francisco Adame Martínez señalan que de conformidad con el artículo 44 de la misma Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, se atribuye a los Municipios el derecho a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y servicios determinados de su competencia. Que bajo este contexto se explica la existencia de multitud de mancomunidades cuyo fin único es el abastecimiento del agua a municipios integrados por ellas, o también junto a este fin prestar otros servicios de competencia municipal, especialmente el saneamiento (que ha sido otra labor tradicionalmente encomendada a los municipios). Que este es el origen, por ejemplo, de la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental, ubicada en Marbella (Málaga), que fue creada por Real Decreto 497/1972, de 24 de febrero.⁶⁸ Que asimismo las mancomunidades podrán gestionar dicho servicio de abastecimiento de agua recurriendo a cualquiera de los modos de gestión señalados en el artículo 85 de las varias veces referida Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Como ejemplo de estas formas de gestión hacen importante alusión a la empresa pública Aguas y Saneamiento de la Costa del Sol, S. A. (ACOSOL), creada por la Mancomunidad de Municipios de la Costa del Sol Occidental-Marbella (Málaga), cuyos estatutos fueron aprobados el 14 de diciembre de 1993, teniendo por objeto precisamente la gestión de los servicios de abastecimiento de agua y saneamiento de los municipios mancomunados. Señalan que realmente esta empre-

⁶⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 314.

⁶⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 314.

⁶⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 315 y 316.

sa va a desempeñar todas las actividades relativas al ciclo integral del agua, desde la captación y tratamiento de los recursos tanto superficiales como subterráneos, o la distribución en alta o en baja de las aguas, hasta el mantenimiento de redes, contadores y demás instalaciones hidráulicas a su cargo, así como la formalización de los contratos de suministro con los usuarios, emisión de facturas o recibos, notificaciones a abonados, gestión de cobro, vigilancia de consumos y construcción y mantenimiento de las obras de infraestructura necesarias.⁶⁹

Para finalizar este apartado, no quiero dejar de mencionar ciertos principios rectores que aplican en España en materia de agua potable:

- a) Precio asequible para los consumos domésticos de tipo familiar y no suntuarios.
- b) No discriminación entre usuarios en la prestación del servicio y en las cuotas.
- c) La recaudación por tasa no puede superar el coste del servicio.

Consideraciones finales respecto al régimen fiscal de las aguas en España

Como ya se ha mencionado, España tiene otro muy complicado mosaico en materia de tributos sobre agua a sus tres niveles: estatal, autonómico y local; lo que también provoca serios problemas sobre la compatibilidad o incompatibilidad de los mismos. Incluso las leyes correspondientes tienen reglas o capitulados sobre dichos aspectos de compatibilidad, pero tales problemas muchas veces son asimismo materia de controversias que se plantean ante los tribunales competentes.

Toda esa gran problemática, en mi opinión, la reseñan y resumen en forma muy clara los referidos autores José de Vicente García y Francisco Adame Martínez en la introducción de su libro *Régimen Fiscal del Agua: Tributos Estatales, Autonómicos y Locales*, muchas veces citado en este trabajo, y del índice retomo varias ideas de dichos autores a fin de ir cerrando el panorama general que he pretendido dar en este trabajo sobre el régimen fiscal de las aguas en aquel país.

Así, para dichos autores, la utilización de instrumentos económicos y fiscales para la protección del medio ambiente se ha generalizado en los países de la Unión Europea en las dos últimas décadas. Dentro de los tributos ambientales creados en España por los tres niveles de gobierno que gozan de poder tributario (Estado, Comunidades Autónomas y Ayuntamientos), el grupo más importante está constituido por los que gravan el agua. Que ello se debe a la necesidad de obtener recursos para financiar las inversiones que todas las Administraciones públicas deben realizar, cada una en el marco de sus respectivas competencias, para poder utilizar este recurso natural tan escaso.⁷⁰

⁶⁹ *Cfr. Ibid.*, pp. 315 y 316.

⁷⁰ *Cfr. Ibid.*, p. 1.

Empero, estos autores reconocen que no ha existido en España coordinación entre esos niveles de gobierno a la hora de establecer los tributos sobre el agua. Que cuando se crearon las Comunidades Autónomas el Estado no contaba con ningún tributo específico sobre el vertido y saneamiento de aguas residuales, ni tampoco sobre el consumo de agua. Que se trataba de uno de los pocos espacios fiscales que estaban vacantes para ser ocupados por las administraciones autonómicas en ejercicio de su poder tributario. Que esta circunstancia fue aprovechada por dichas Comunidades Autónomas “que sabían que el vertido de agua manifestado a través del consumo era una materia imponible que podía proporcionarles un volumen importante de recaudación, y que así ha sido”. Que a la vista del panorama suscitado como consecuencia de la creación masiva de estos tributos por parte de las Comunidades Autónomas (tan sólo no cuentan con un tributo de este tipo tres de ellas), los responsables políticos a nivel estatal se han venido planteando la posibilidad de ocupar esta materia estableciendo algún tributo sobre el mismo hecho imponible gravado por las Comunidades Autónomas.⁷¹

Continúan señalando que el ejercicio del poder tributario por parte de las Comunidades Autónomas se ha producido de una forma desordenada y a menudo no haciendo uso de una técnica legislativa todo lo depurada que cabría esperar. Que así, la mayoría de las figuras que se han creado se han denominado “cánones”, lo cual resulta llamativo porque en el ordenamiento jurídico español no existe ninguna categoría tributaria que responda a esa denominación. Que en efecto, en la línea de lo dispuesto en el artículo 26 de la antigua Ley General Tributaria, el artículo 2.2 de la vigente Ley 58/2003, de 17 de diciembre, dispone que los tributos “cualquiera que sea su denominación, se clasifican en tasas, contribuciones especiales e impuestos”. Que por tanto, ni antes ni ahora la Ley General Tributaria contempla el “canon” como cuarta categoría tributaria. A la vista de lo anterior, dichos autores se cuestionan ¿cómo es posible que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas hayan llamado “cánones” a los tributos que han establecido sobre distintos aspectos del ciclo hídrico cuando el “canon” no existe como categoría tributaria independiente? Señalando que se les ocurre pensar que tanto el legislador estatal como sobre todo los legisladores autonómicos, quizás han querido al utilizar el término “canon” eludir su responsabilidad fiscal y en última instancia el coste electoral que se deriva del establecimiento de impuestos, tasas o contribuciones especiales. Es decir, que la palabra “canon” parece tener connotaciones menos negativas que las tres anteriores. Que por otra parte, se debe hacer notar que los “cánones” existentes se solapan y concurren entre sí, generándose el inevitable conflicto al que hace comparsa la indeseable doble imposición. Que tal es el grado de complejidad, que tanto la Ley estatal de aguas como las distintas leyes autonómicas, contienen preceptos que fijan las reglas de “compatibilidad” entre las figuras tributarias establecidas por el Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales. De igual forma, que en el ámbito de los tributos locales también se advierte cierto desorden sobre todo en relación con las figuras que gravan el abastecimiento de

⁷¹ Cfr. *Ibid.*, p. 2.

agua. Es decir, que en algunos casos nos encontramos con tasas pero en otros se ha recurrido al establecimiento de precios públicos, algo que resulta asimismo criticable para ellos.⁷²

José de Vicente García y Francisco Adame Martínez también señalan que la referida disparidad de figuras tributarias y Administraciones públicas competentes, ha determinado que la cantidad a pagar por los usuarios por el agua sea muy diferente según los usos y según los respectivos ámbitos territoriales. Que incluso en el Libro Blanco del Agua, elaborado por el Ministerio de Medio Ambiente en 2000, ya se puso de manifiesto esta disparidad en el caso de abastecimientos domésticos. Que en él se advertía, por ejemplo, que el precio por metro cúbico de agua consumida, incluyendo los costes de distribución, podía llegar a oscilar entre 0.53 euros por metro cúbico en Castilla y León y 2.44 euros en Canarias. Que pese al tiempo transcurrido esta disparidad se sigue manteniendo.⁷³

Y agregan que la complejidad a la que se ha aludido se advierte a poco que se investiga sobre el tema, no sólo en el ámbito tributario, sino en general en toda la normativa en materia de aguas. Que junto a la abundante legislación estatal existente en la materia, se encuentra, como consecuencia del proceso de descentralización, la legislación dictada por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus respectivas competencias. Que tal es el grado de complejidad, que incluso hay ya una Comunidad Autónoma, como es Cataluña, que se ha visto obligada a dictar un “texto refundido” en materia de aguas, lo que es privilegiado exponente del frenético ritmo de los acontecimientos.⁷⁴

Insisto, estimo que las anteriores consideraciones de José de Vicente García y Francisco Adame Martínez pueden tomarse como un claro resumen de la compleja problemática española en materia de aguas, principalmente en el ámbito fiscal.

Considero que al menos el esquema general en México es más sencillo. Es decir, como se ha visto, la Federación grava a través de derechos (tasas) la extracción de las aguas del subsuelo como un bien del dominio público del Estado. Asimismo a nivel federal existe el “Derecho por el uso o aprovechamiento de bienes del dominio público de la Nación como cuerpos receptores de las descargas de aguas residuales” (también antes estudiado en este trabajo), cuando se hacen descargas, por ejemplo, a ríos federales, aguas marinas, infiltraciones a terrenos nacionales, etc. De igual forma a nivel federal se cobran algunas contribuciones de mejoras (contribuciones especiales) cuando la Federación realiza ciertas obras públicas en materia de aguas, por ejemplo las presas, lo anterior con fundamento en una ley llamada “Ley de Contribución de Mejoras por Obras Públicas Federales de Infraestructura Hidráulica”, y cabe señalar que la Federación únicamente tiene establecidas contribuciones de mejoras cuando se trata justamente de obras en materia de aguas. Por otra parte, acorde con las fracciones III y IV del artículo 115 de la Constitución mexicana, los Municipios tienen a su

⁷² Cfr. *Ibid.*, p. 3.

⁷³ Cfr. *Ibid.*, pp. 3 y 4.

⁷⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 4.

cargo, entre otros, los servicios públicos de agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales, y recaudan las contribuciones establecidas con tal motivo. Desde luego muchas de las leyes locales que regulan lo anterior tienen su especial problemática, pero insisto, como esquema general en materia de aguas me parece más sencillo el mexicano que el español.

Por otra parte, en relación con España, no quiero dejar de hacer referencia a algunas consideraciones que hace Joan Pagés I Galtés respecto al Impuesto al Valor Agregado (IVA) en materia de agua. Señala dicho autor que precisamente por ser el agua un bien de consumo, resulta afectada por el IVA hasta el punto de que este impuesto incide sobre tributos que se encuadran decididamente en el ciclo completo del agua. Que de tal manera la entrega de bienes y prestación de servicios, relacionados con la distribución de agua, son susceptibles de estar gravados por dicho impuesto, tanto si son realizados por particulares, como si son realizados por entes públicos, incluso cuando la prestación tenga naturaleza tributaria. Sin embargo, dicho autor da cuenta de que según una resolución de la Dirección General de Tributos publicada en el Boletín Oficial del Estado el 25 de agosto de 1987, no están sujetas al IVA las operaciones cuya contraprestación se instrumente mediante el canon de ocupación, el canon de vertido y el canon de regulación de tarifas de utilización del agua regulados en la Ley 29/1985, de Aguas, ello por diversas cuestiones técnicas que explica el autor, siendo que en su concepto las novedades que los nuevos cánones presentan en relación con dichos predecesores inmediatos parecen insuficientes para que se adopte otro criterio distinto (estos nuevos cánones son desde luego el de utilización de los bienes del dominio público hidráulico, el de control de vertidos y el de regulación y tarifa de utilización del agua previstos en los artículos 112, 113 y 114 del Texto Refundido de la Ley de Aguas y que fueron comentados anteriormente en este trabajo). Que cuestión diferente es la de los cánones y tarifas derivados de los trasvases de recursos hídricos, pues en la medida que se considere que se trata de tasas por la prestación de servicios relacionados con la distribución de agua potable, sí deberán sujetarse al IVA.⁷⁵ Asimismo el propio autor da clara cuenta de que de acuerdo con el artículo 7.8 de la LIVA, las tarifas por el servicio de suministro de agua estarán en todo caso sujetas a dicho impuesto, con independencia de que el servicio sea prestado por el Ayuntamiento o por otro ente, público o privado, y con independencia también de que la tarifa tenga la consideración de tasa o de precio, público o privado.⁷⁶

En México, la extracción de las aguas del subsuelo no cae en los supuestos de causación del IVA y por el suministro de agua potable para uso doméstico no se paga dicho impuesto.

Tampoco quiero dejar de hacer referencia a algunas cuestiones que también comenta Joan Pagés I Galtés respecto a la tributación del IBI (Impuesto sobre Bienes Inmuebles) por parte de inmuebles del dominio público hidráulico y marítimo terrestre. Sobre el particu-

⁷⁵ Cfr. Joan PAGÉS I GALTÉS, *op. cit.*, pp. 69, 70 y 71.

⁷⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 200.

lar, primeramente dicho autor explica que en los términos del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, el IBI es un impuesto directo de carácter real que grava el valor de los bienes inmuebles, siendo su hecho imponible la titularidad sobre los bienes inmuebles urbanos, rústicos o de características especiales por parte del concesionario, del superficiario, del usufructuario o del propietario. Son sujetos activos los Ayuntamientos y su régimen cuantificador gira en torno a la aplicación al valor catastral del inmueble.⁷⁷ Posteriormente dicho autor hace un estudio de si los bienes demaniales pueden ser objeto de tributación o no de tal impuesto. Entiendo que este impuesto lo podrían causar, por ejemplo, una central hidroeléctrica, las presas, los saltos de agua, los embalses y los puertos comerciales. Básicamente dicho autor concluye que si con anterioridad a la Ley 51/2002, de 27 de diciembre, se entendía que los bienes del dominio público hidráulico ordinariamente estaban exentos de este impuesto, excepción hecha de los afectados a concesiones administrativas, ahora, con el referido Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, se debe entender que los bienes del dominio público hidráulico ordinariamente estarán no sujetos al impuesto, excepción hecha de los afectados a dichas concesiones administrativas.⁷⁸

De igual forma tampoco quiero omitir unas últimas reflexiones de José de Vicente García y Francisco Adame Martínez en el sentido de que para dichos autores en 1980 España era un país en vías de desarrollo y que hoy España es un país desarrollado que se sitúa en la posición más cercana a entrar dentro de lo que se conoce como el G8. Que por un lado España ha crecido en niveles de desarrollo tanto de una forma absoluta como relativa, pero que en aquel entonces no se planteaba la posibilidad de estudiar que el agua era un bien que pudiera escasear, mientras que hoy nos enfrentamos a problemas de sequía, cambio climático, cortos espacios de lluvias torrenciales, carencias de abastecimiento, alta salinidad y dureza, fuentes de suministro hídrico disperso, déficit hídrico, etc., cuestionándose entonces dichos autores ¿estamos peor o mejor que antes? Para los autores estos son el punto de partida, recursos escasos, necesidades ilimitadas y un contexto multiobjetivos: eficiencia, equidad, sencillez, reducir fallos en el suministro y cobertura de costes, entre otros. Que junto a objetivos claramente económicos desde el punto de vista de la empresa explotadora y teniendo en cuenta las características del servicio domiciliario de abastecimiento de agua potable como bien básico de nutrición, higiene y salubridad, hay que unir objetivos sociales y estudiar el bienestar del consumidor.⁷⁹

Finalizan dichos autores con ciertas ideas relacionadas con el servicio de suministro de agua potable, como establecer tramos planos en las tarifas para familias numerosas y que

⁷⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 335.

⁷⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 346.

⁷⁹ Cfr. JOSÉ DE VICENTE GARCÍA, y FRANCISCO ADAME MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 387 y 388.

asimismo existan incrementos de las tarifas en el verano por aumentos de la demanda. En cuanto a la gestión del servicio público, aconsejan se realice de una forma directa a través de una sociedad anónima municipal de capital total o mayoritariamente público, con personal especializado en la gestión del recurso. Señalan que actualmente los municipios de menor población y recursos lo gestionan de forma directa sin órgano especializado, pero conforme se van convirtiendo en municipios medianos, pasan a concesionar el servicio con empresas privadas especializadas con contratos entre 20 y 25 años de duración. Que por otra parte, los municipios de mayor tamaño suelen usar la forma de sociedad anónima de capital mayoritariamente público local. Que la recomendación de crear una sociedad anónima municipal de capital total o mayoritariamente público local, es porque si existe beneficio en la explotación se reinvierta en mejorar el servicio; y que en cambio el beneficio de una empresa concesionada se reparte entre los accionistas privados que no admiten pérdidas bajo ningún concepto. Que existan pérdidas en una sociedad anónima municipal por periodo no superior a tres años consecutivos no es una mala cifra; pero que exista beneficio por periodo superior a tres años consecutivos, sí es mala señal, pues indica presión tarifaria impropia, es decir, unas tarifas por encima de los costes, siendo que en el sector público local se debería perseguir el beneficio cero respetando así un excedente en el lado del consumidor que no tiene por qué pagar al productor al ser éste público.⁸⁰

⁸⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 407 y 408.

Capítulo VII.

Cooperación internacional de México y España en materia de aguas

Tanto México como España han tenido una intensa y marcada cooperación y participación en diversos foros y eventos que se han organizado sobre el tema del agua. Como últimos ejemplos de ello, en el caso de México, podemos citar la organización del IV Foro Mundial del Agua llevado a cabo en este país en el año 2006, con 20 000 participantes y la presencia de 141 países. En el caso de España podemos citar como ejemplo reciente y también muy importante la Exposición Internacional Zaragoza 2008, que trató como tema exclusivo el agua y el desarrollo sostenible, con la presencia de 104 países junto a todas las Comunidades Autónomas y ciudades importantes españolas.

A continuación haré un resumen de los temas que en mi opinión fueron los más importantes tratados en dicho IV Foro Mundial del Agua organizado por México:

- a) Desde luego se mantuvieron las premisas de que el agua es un recurso finito e imperativo para el desarrollo sostenible, el crecimiento económico, la estabilidad política y social, la salud y la erradicación de la pobreza.
- b) En relación con la niñez, se señaló que 400 millones de niños en el mundo no tienen agua segura y 6 millones no llegarán a los cinco años de edad si se mantienen los actuales índices de muerte por causas imputables a la falta de agua potable.
- c) Los problemas del agua tienen que verse con una visión común, y debe existir plena cooperación internacional. Que dicha cooperación debe ser en todos los niveles, entre otros, en los asuntos de las aguas transfronterizas.
- d) Se destacó la necesidad de incluir el agua y el saneamiento entre las prioridades de los procesos nacionales.
- e) Que los marcos regulatorios deben de adoptar un enfoque a favor de los pobres.
- f) Que es indispensable procurar el agua potable segura y a bajo costo.
- g) Que las tarifas que gravan el agua deben ser diferenciales, transparentes y reducidas; y que es necesario que a las mismas se incorporen los costos, incluyendo los ambientales.

- h) Que gobierno y sociedad civil en todos sus niveles tienen la responsabilidad de proveer soluciones a los problemas de abastecimiento de agua y servicios sanitarios.
- i) Se mantuvieron como tendencias mundiales la descentralización, la participación de todos los sectores interesados y el fortalecimiento de la base legal para la gestión de la cuenca.
- j) También se habló de la necesidad de la recolección de agua de lluvia de los techos.
- k) Asimismo se dio una propuesta en el sentido de que la ONU cree un manual o programa informático para establecer sistemas de monitoreo del agua.
- l) En materia de educación se señaló que el currículum escolar debe ser actualizado para que refleje las nuevas agendas sobre el agua. Que el cambio de la actitud de las personas hacia la gestión del agua comienza con educación temprana. Que la educación es una herramienta para el desarrollo de la cooperación que puede ayudar a reducir los conflictos sobre las aguas fronterizas.

Entre las participaciones más destacadas en dicho Foro puede citarse la de Loïc Fauchon, Copresidente del Consejo Mundial del Agua, quien destacó que la falta de acceso al agua potable y la pobre calidad de la misma son inaceptables, y que el derecho al agua es indispensable para la dignidad humana. Destacó como retos el crecimiento demográfico, la deforestación, la degradación de los suelos y el cambio climático; haciendo también referencia al programa tecnológico para garantizar el agua, a la investigación, a la educación y a la descentralización en la administración del recurso.¹

Otra participación importante fue la de José Luis Luege Tamargo, Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales de México, quien subrayó la necesidad de un acceso universal al agua potable segura, destacando también que el acceso al agua es un derecho humano fundamental y un elemento clave para el desarrollo. Asimismo señaló que aunque la soberanía debe ser respetada, el acceso al agua no puede estar limitado por las fronteras, y que las experiencias, el conocimiento y las tecnologías deben ser intercambiadas.² Dado su alto rango, debe entenderse que esa fue la postura del gobierno mexicano.

Otra intervención, a mi parecer importante, fue la de Julia Carabias Lillo, intervención ya antes relacionada en este trabajo, quien como coordinadora del Programa de Agua, Medio Ambiente y Sociedad de la Universidad Nacional Autónoma de México y de El Colegio de México, sostuvo, frente a las tendencias de la descentralización del recurso, que en México es escasa la experiencia en dicha descentralización.³

¹ Cfr. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible en colaboración con el Secretariado del IV Foro Mundial del Agua, *Boletín del Foro Mundial del Agua*, vol. 82, núm. 15, 25 de marzo de 2006, p. 5.

² Cfr. *Idem*.

³ Cfr. *Ibid.*, p. 9.

Otra participación o intervención que me parece importante destacar, es la de Antonio Vives, del Banco Interamericano de Desarrollo, quien enfatizó que el agua no es un bien comerciable común y pidió colaboración para la búsqueda de opciones donde encontrar nuevos recursos, incluso que podrían autofinanciarse.⁴

Una participación sumamente frontal y valiente me parece la del Príncipe de Orange, Willem-Alexander de Países Bajos, quien destacó que está creciendo la conciencia acerca de que “la crisis del agua es una crisis de administración”, “que no hacen falta nuevas políticas sino acciones concretas”.⁵ Asimismo destacó el éxito de la Directiva de Europa para un marco del agua, esto es, un instrumento legislativo para la coordinación del manejo de recursos de aguas dulces con todos los países miembros de la Unión Europea.⁶ Pero sobre lo primeramente vertido por el Príncipe de Orange, cabe también destacar que en dicho Foro hubo justamente posturas que señalaron que “la crisis del agua es una crisis de gobernanza”, tipificada por instituciones pobremente organizadas, marcos legales débiles, recursos financieros y humanos limitados, corrupción, falta de transparencia y un limitado involucramiento de los principales sectores interesados en el proceso de la toma de decisiones políticas al respecto.⁷

Otra intervención importante fue la de Joe Madiath, Director Ejecutivo de Gram Vikas (organización no gubernamental que trabaja en el estado indio de Orissa), quien sostuvo que el agua y los servicios sanitarios son una herramienta que permite construir un sentimiento de dignidad y valor, en especial entre las mujeres, y remarcó la necesidad de priorizar los servicios sanitarios y reconocer que las acciones locales sí hacen la diferencia.⁸

Desde luego también estuvo presente el tema o debate de si la iniciativa privada puede prestar el servicio de agua potable. Sobre el particular llama la atención la intervención que se le dio al importante empresario mexicano Carlos Slim Helú, quien señaló que “existe la urgente necesidad de invertir en el sector del agua” y hacer un cambio cultural. Sostuvo que “el problema del agua es fundamentalmente un problema de inversión”. Asimismo propuso la creación de un organismo de recursos hídricos autónomos que tenga la forma de una alianza pública-privada. Que el servicio operaría bajo un esquema de subsidio de sus costos y destacó la importancia de que se subsidie el nivel más bajo de consumo y serían los consumidores comerciales los que pagarían la tarifa actual. Que esto no sólo se convertiría en un fuerte negocio sino que también sería una opción socialmente viable.⁹ Sobre el particular también hubo posturas en el Foro de que el sector privado necesita hacer coincidir sus propios objetivos comerciales con los objetivos sociales y ambientales.¹⁰

⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 31.

⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 13.

⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 14.

⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 16.

⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 49.

⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 22.

¹⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 42.

Obviamente existieron muchas posturas en contra de la privatización del agua. En unas se sostuvo que la gestión hídrica en manos privadas puede debilitar su gobernanza; que el agua debe ser vista como un activo público y como derecho humano fundamental, no así como una mercancía.¹¹

Se habló de los intentos de privatización en Bolivia y Brasil.¹² Y la propia Bolivia, conjuntamente con Cuba, Venezuela y Uruguay señalaron que el acceso al agua con calidad, cantidad y equidad, constituye un derecho humano fundamental y que los Estados, con la participación de las Comunidades, deben garantizar este derecho a sus ciudadanos. Instaron a que en el marco de la ONU y en otros foros internacionales se reconozca y se haga efectivo este derecho. Bolivia también expresó su preocupación ante los posibles efectos adversos que el libre comercio y acuerdos de inversión pueden tener sobre los recursos hídricos, reafirmando el derecho soberano de todo país a regular su agua y todos sus usos y servicios.¹³ Uruguay destacó aspectos de su enmienda constitucional declarando que el agua es un recurso esencial para la vida y que el acceso al agua y al saneamiento es un derecho humano fundamental. Destacó asimismo que su enmienda constitucional declara que los servicios sanitarios y el suministro de agua para consumo humano sólo pueden ser brindados por órganos estatales.¹⁴

También en dicho “IV Foro Mundial del Agua” se habló de los problemas que respecto al agua tienen en forma general los continentes, siendo lo más relevante de lo tratado en mi opinión lo siguiente:

- a) Respecto a Europa se destacó que 41 millones de europeos aún no tienen acceso a agua segura. Cristina Gutiérrez Cortines, miembro del Parlamento Europeo, señaló que Europa no tiene una política para sequías.¹⁵ Asimismo se dio cuenta de una nueva cultura del agua como aquella que brega por la gestión sostenible y “ambientalmente amigable” del agua y que une a los ciudadanos a actuar en contra de las renovadas tendencias a realizar megaproyectos hídricos, esto es, una oposición pública a la construcción de grandes represas y a la privatización de los recursos acuíferos de Europa, lo que está inspirando un debate científico y social mundial.¹⁶
- b) En relación con Medio Oriente y región árabe, se señaló que el Medio Oriente es la región con el potencial más bajo de agua en el mundo dado su bajo promedio de caída de lluvia y la evaporación excesiva, previéndose una absoluta escasez del recurso para el año 2025. Se habló de la desalinización del agua del mar en el propio Medio Oriente, y como el agua subterránea salobre es utilizada para el riego. También se habló del agua

¹¹ Cfr. *Idem*.

¹² Cfr. *Ibid.*, pp. 20 y 21.

¹³ Cfr. *Ibid.*, p. 45.

¹⁴ Cfr. *Ibid.*, p. 46.

¹⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 31.

¹⁶ Cfr. *Ibid.*, p. 26.

virtual en la región árabe, entendiendo por ella al agua utilizada para producir materias primas agrícolas. Se explicó que esa agua virtual es comercializada cuando los países importan dichas materias primas agrícolas, y que tal agua virtual puede ayudar a que los países carentes de agua alcancen la seguridad alimentaria. Relacionado con lo anterior, también se habló de agua verde, que sería incluir el agua de lluvia consumida directamente por los granos en los cálculos del agua virtual.¹⁷

- c) Respecto a África primeramente se mencionó que 300 millones de africanos no tienen acceso al agua y saneamiento básicos. Que dicho continente ha pedido ayuda internacional al respecto. Se abordó también su gran problema de sequías e inundaciones, se señaló que en dicho continente se busca construir grandes presas y también se dio cuenta de un esquema francés en el que una porción del presupuesto del agua de un país se dedique al desarrollo del agua en África.¹⁸
- d) Respecto a Asia se señaló que ésta será la región más propensa a los desastres por el cambio climático.¹⁹
- e) Desde luego también se abordaron particulares problemas del agua en América, llamándose particularmente la atención el que se haya aludido a una asociación mundial del agua para Centroamérica.²⁰ En el caso de México, también se abordó el tema del suministro del agua potable en asentamientos irregulares, que es un grave problema en mi país.

Por otra parte, asimismo se tocó el tema de reconocer el potencial turístico y recreativo de la gestión de la línea divisoria de las aguas.

Para finalizar este resumen o comentarios respecto al “IV Foro Mundial del Agua organizado por México, se pueden señalar entre las conclusiones más importantes del mismo las siguientes:

- El acceso al agua limpia debe ser reconocido como un derecho fundamental.
- La falta de acceso al agua y al saneamiento es causa de pobreza y enfermedad, y obstaculiza las oportunidades económicas y la estabilidad política.
- El cambio climático aumenta los problemas en torno al agua.
- Los ecosistemas sanos son esenciales en el ciclo del agua.
- El agua es fundamental para el desarrollo socioeconómico.
- La gobernanza del agua (en la que se incluye la capacidad institucional, los marcos legales y la distribución de recursos) necesita ser mejorada.

¹⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 25, 26, 33 y 34.

¹⁸ Cfr. *Ibid.*, p. 31 y 32.

¹⁹ Cfr. *Ibid.*, p. 35.

²⁰ Cfr. *Ibid.*, p. 30.

- Asimismo se dio cuenta de que muy pocos países han logrado los objetivos de otros foros.²¹

Por otra parte, por lo que se refiere a la Exposición Internacional Zaragoza 2008, se creó La Tribuna del Agua como soporte técnico y científico de la Exposición, acogiendo y propiciando la transferencia de conocimientos, así como el debate y la elaboración de propuestas para resolver los principales retos hídricos presentes y futuros de la humanidad. Se dice que dicha Tribuna ha sido el acontecimiento internacional más amplio y global que se ha dado sobre el agua y desarrollo sostenible. Durante un poco más de tres meses de actividad, dicha Tribuna presentó sus conclusiones en un documento de suma importancia denominado “Carta de Zaragoza 2008” que consecuentemente estimo obligado transcribir a continuación:

CARTA DE ZARAGOZA 2008

Preámbulo. Una nueva visión integrada del agua.

Los participantes en la Tribuna del Agua reconocemos que el agua es esencial para la vida en el planeta.

Los nuevos paradigmas sobre agua y sostenibilidad pretenden superar la visión meramente antropocéntrica por entender que, mediante una gestión integrada de los recursos hídricos, se protegen al mismo tiempo la supervivencia del ser humano y la del planeta.

Considerando:

1. Que el agua y los ecosistemas de la Tierra deben ser preservados y protegidos.
2. **Que el acceso al agua potable y al saneamiento es un derecho humano que debe ser garantizado por los poderes públicos.**
3. Que los pueblos de la Tierra han asumido, a través de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, un serio compromiso en relación con el agua.
4. **Que el acceso al agua es un potente vector de desarrollo.**
5. Que el agua desempeña una función fundamental en la producción y transferencia de energía.
6. **Que la demanda de agua seguirá creciendo, principalmente por los incrementos demográfico y de la economía, lo que puede implicar un aumento de la huella hídrica.**
7. **Que las predicciones indican que el cambio climático es capaz de modificar la disponibilidad y las necesidades de agua en todo el planeta.**
8. **Que las tecnologías disponibles permiten producir agua dulce a partir del agua salada y de la niebla y, además, regenerar y reutilizar el agua a precios razonables y con menores impactos ambientales.**
9. Que la pervivencia y transformación del medio rural están directamente vinculadas a la disponibilidad y uso sostenible del agua.
10. **Que la sostenibilidad de la producción de alimentos está directamente ligada al uso eficiente del agua.**
11. Que la educación, la cultura, la comunicación y la participación han de ser ejes de transformación de la gestión de los recursos hídricos en todo el mundo.
12. **Que es básico para la gestión integrada del agua y la sostenibilidad el fortalecimiento de su gobernanza en todos los niveles, lo que implica la mayor participación y corresponsabilidad de la sociedad.**

²¹ Cfr. *Ibid.*, p. 30.

13. **Que la unidad de cuenca hidrográfica es el ámbito territorial más eficiente para aprovechar el agua y el que mejor permite resolver los conflictos entre países, regiones o usuarios.**
14. **Que asegurar vías de financiación y formas de compartir el riesgo económico, bajo criterios de sostenibilidad, es indispensable para el éxito de las iniciativas y actuaciones en el ámbito hídrico.**
15. **Que la inversión en infraestructuras de agua en los países en desarrollo es indispensable para la reducción de la pobreza y para el crecimiento económico, siendo los niveles de inversión actuales insuficientes para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio.**
16. **Que la intervención pública debe tomar la iniciativa para promover la legislación y la estructuración adecuadas de los derechos de agua.**
17. **Que la investigación, el desarrollo y la innovación son pilares fundamentales que sustentan el conocimiento, el hallazgo de soluciones, el bienestar y la sostenibilidad en materia hídrica.**

La Tribuna del Agua RECOMIENDA

A. CON CARÁCTER UNIVERSAL

- A1. **Que el desarrollo de las sociedades se promueva a partir de criterios de sostenibilidad y de manera respetuosa con la naturaleza.**
- A2. **Que se establezcan prioridades y compromisos de interés general para la humanidad en torno al agua, fundados en los principios éticos de sostenibilidad, transparencia y equidad intra e intergeneracional.**
- A3. **Que se impulse una gestión del agua participativa, eficiente y solidaria, de modo que fomente la responsabilidad individual y colectiva, mediante el desarrollo compartido de conocimiento y experiencias.**
- A4. **Que se establezcan compromisos y normas para la mitigación de los efectos negativos causados por el cambio climático y por los fenómenos extremos, y para la adaptación a esas situaciones.**
- A5. **Que las soluciones y los modelos de gestión hídrica se adapten a los niveles de desarrollo, cultura, y capacidades sociales y económicas de cada territorio y sociedad.**
- A6. **Que las unidades básicas de gestión de los recursos hídricos sean la cuenca hidrográfica y el acuífero, incluso en los casos en que tengan carácter supranacional.**
- A7. **Que se logre que haya en todo el mundo agua potable segura y saneamiento eficaz, en zonas tanto urbanas como rurales, mediante la asunción de compromisos globales, la fijación de metas realistas y la adopción de soluciones concretas.**
- A8. **Que el abastecimiento de agua potable y la recolección y el tratamiento de las aguas residuales son prioritarios. Las administraciones públicas deben garantizarlos con tarifas justas y que aseguren la cobertura de los costes.**
- A9. **Que la gestión de la demanda sea, al menos, tan importante como la gestión de la oferta en las decisiones de políticas, estrategias, planes, programas y presupuestos.**
- A10. **Que se incentiven la investigación, el desarrollo y la innovación en cuanto concierne al agua y se acelere la transferencia de sus resultados y beneficios a la sociedad.**
- A11. **Que se cree una Agencia Mundial del Agua cuyas misiones principales sean:**
 - a) **Preparar y presentar ante la Organización de las Naciones Unidas la Carta de Derechos y Responsabilidades de los Seres Humanos con el Agua.**
 - b) **Articular un marco normativo mundial sobre el agua en un contexto de desarrollo sostenible que sea reconocido por los países.**
 - c) **En materia de recursos hídricos, preparar e impulsar el desarrollo de la Convención Internacional sobre Cambio Climático, Fenómenos Climáticos Extremos y Control de Riesgos.**

- d) **Impulsar la aprobación del Protocolo Internacional para la Gestión Pacífica y Productiva de las Cuencas Transfronterizas en el mundo.**
- e) Asistir a los países que demanden apoyo en materia de gestión integrada del agua.
- f) **Impulsar la educación, los principios y los valores que, coherentes con lo expuesto, susciten una adecuada ética del agua.**
- g) Promover la difusión y el intercambio eficaz y global de buenas prácticas, lecciones aprendidas, modelos y procesos reproducibles, experiencias que hayan alcanzado el éxito y recomendaciones, a través de un centro propio de documentación y transferencia sobre agua y desarrollo sostenible.
- h) **Promover alianzas público-privadas que permitan aunar esfuerzos para conseguir que el abastecimiento y el saneamiento universales sean una realidad.**

B. A LOS PODERES PÚBLICOS, USUARIOS DEL AGUA Y CIUDADANOS

- B1. Que se protejan de modo eficaz los ecosistemas, por su valor intrínseco y para garantizar las fuentes de agua.
- B2. Que se lleven a cabo las dotaciones de servicios básicos de saneamiento y depuración de aguas residuales y sus lodos, acordes con las realidades locales, **y que incorporen niveles sanitarios de referencia mundial que aseguren la salud, la higiene y el bienestar.**
- B3. **Que se adopten medidas que garanticen dotaciones básicas de agua potable en el interior de la vivienda o tan cerca de ella como sea posible. En situaciones de pobreza, los gobiernos deben garantizar dotaciones mínimas de agua.**
- B4. Que en el ordenamiento jurídico y en el desarrollo normativo se consideren los hábitos culturales no perjudiciales **y los derechos ancestrales de la población.**
- B5. Que se someta al control público la gestión de los servicios públicos de agua y saneamiento.
- B6. Que se ajuste y controle la demanda de agua recurriendo al mismo tiempo a criterios educativos, informativos, participativos y tarifarios.
- B7. Que se reduzca el retraso en sistemas rurales de abastecimiento mediante intercambios de experiencias y de modelos de gestión participativa, adaptados y asumidos por la población usuaria.
- B8. **Que se impulsen y apliquen las tecnologías que permiten el ahorro, la desalinización y aprovechamiento de aguas del mar, la captación de nieblas y de lluvias, la depuración, regeneración y reutilización del agua con elevada eficiencia en consumo energético de bajo impacto ambiental, potenciando las energías sostenibles.**
- B9. **Que, a la vista de la previsión de crecimiento demográfico, los países consideren la agricultura no sólo como un sector económico, sino como un sector estratégico.**
- B10. Que se estimulen y difundan medidas para mejorar regadíos con logro de una mayor eficiencia hídrica energética.
- B11. **Que se definan modelos financieros solventes y con garantías, entre países e instituciones, de forma que permitan captar en el mercado capitales para inversiones en las infraestructuras hidráulicas necesarias para la prestación de los servicios públicos de abastecimiento y saneamiento, así como en la capacitación de los recursos humanos precisos.**
- B12. Que se apliquen criterios de racionalidad económica que promuevan la eficiencia y la sostenibilidad, al tiempo que incorporen principios de justicia social y ambiental en la gestión del agua.
- B13. Que se establezcan políticas integradas para facilitar la reasignación de agua entre los diversos usos, siempre que con ello se favorezcan la eficiencia económica y la calidad ambiental.
- B14. **Que los ciudadanos participen como corresponsables en la gestión integrada del agua y la sostenibilidad.**
- B15. **Que los ciudadanos asuman que el agua es, además de un recurso de uso humano, un patrimonio de todos los seres vivos.**

ZARAGOZA 2008: UNA EXPO SIN FECHA DE CADUCIDAD

Esta Carta de Zaragoza 2008 se encomendará a la Secretaría General de la ONU, al Bureau International des Expositions y al Gobierno de España, para impulsar sus recomendaciones.

La totalidad de la documentación en que se ha basado esta Carta –ponencias, debates, síntesis y conclusiones– queda recogida, como acervo que compartir, en diversos anexos que forman el Legado y la Caja Azul, la cual quedará bajo custodia de España, como país anfitrión de la Expo Internacional del año 2008.²² (Las negrillas están puestas por el autor.)

Obviamente, todo lo plasmado en dicha Carta son temas de gran importancia a futuro para la humanidad en materia de agua, aunque destaqué con negrillas lo que para mí en lo personal me resulta lo más relevante. Ahora bien, para los fines específicos de este trabajo, estimo que conjuntando las ideas relativas de su preámbulo, sus consideraciones y sus recomendaciones, lo más importante de dicha Carta es lo siguiente:

- a) Se reconoce que el agua es esencial para la vida en el planeta.
- b) Que el acceso al agua potable y al saneamiento es un derecho humano que debe ser garantizado por los poderes públicos.
- c) Que deben establecerse prioridades y compromisos de interés general para la humanidad en torno al agua, fundados en los principios éticos de sostenibilidad, transparencia y equidad intra e intergeneracional.
- d) Que se debe lograr que haya en todo el mundo agua potable segura y saneamiento eficaz en zonas tanto urbanas como rurales, mediante la asunción de compromisos globales, la fijación de metas realistas y la adopción de soluciones concretas.
- e) Que se deben incorporar niveles sanitarios que aseguren salud, higiene y bienestar; y que se deben adoptar medidas que garanticen dotaciones básicas de agua potable en el interior de la vivienda o tan cerca de ella como sea posible. En situaciones de pobreza los gobiernos deben garantizar dotaciones mínimas de agua.
- f) Que el abastecimiento de agua y la recolección, así como el tratamiento de las aguas residuales, son prioritarios. Que las administraciones públicas deben garantizarlos con tarifas justas y que aseguren la cobertura de los costes.
- g) Que el acceso al agua es un importante vector de desarrollo.
- h) Que la demanda de agua seguirá creciendo principalmente por los incrementos demográficos y de la economía.
- i) Que el cambio climático puede ser capaz de modificar la disponibilidad y las necesidades de agua en todo el planeta. Que consecuentemente se deben establecer compromisos y normas para la mitigación de los efectos negativos causados por dicho cambio climático.
- j) Que se deben impulsar y aplicar tecnologías que permitan el ahorro de agua, la desali-

²² Expo Zaragoza 2008. Recuperado el 29 de octubre de 2009, disponible en: <http://www.expozaragoza2008.es/docs/repositorio/TribunaDeAgua/conclusiones-tribuna-agua.pdf>

nización y aprovechamiento de aguas de mar, y la captación de nieblas y de lluvias; así como la depuración, regeneración y reutilización del agua con elevada eficiencia en consumo energético de bajo impacto ambiental, potenciando las energías sostenibles.

- k) Que es básico para la gestión integrada del agua y la sostenibilidad, el fortalecimiento de su gobernanza en todos sus niveles, lo que asimismo implica la mayor participación y corresponsabilidad de la sociedad. Esto lleva también a que se debe impulsar una gestión de agua participativa, eficiente y solidaria, de modo que fomente la responsabilidad individual y colectiva mediante el desarrollo compartido de conocimientos y experiencias.
- l) Que la unidad de Cuenca hidrográfica es el ámbito territorial más eficiente para aprovechar el agua y el que mejor permite resolver los conflictos entre países, regiones y usuarios. Consecuentemente se recomienda que las unidades básicas de gestión de los recursos hídricos, sean justamente la Cuenca hidrográfica y el acuífero, incluso en los casos en que tengan carácter supranacional.
- m) Que asegurar vías de financiación y formas de compartir los riesgos económicos bajo criterios de sostenibilidad, es indispensable para el éxito de las iniciativas y actuaciones en el ámbito hídrico.
- n) Que la inversión en infraestructura de agua en los países en desarrollo es indispensable para la reducción de la pobreza y el crecimiento económico.
- ñ) Que la investigación, el desarrollo y la innovación son pilares fundamentales que sustentan el conocimiento, el hallazgo de soluciones, el bienestar y la sostenibilidad en materia hídrica. Que consecuentemente se debe incentivar la investigación, el desarrollo y la innovación respecto al agua, aclarando los beneficios de sus resultados y los beneficios a la sociedad.
- o) Que se debe impulsar la educación, los principios y valores que susciten una adecuada ética del agua.
- p) Que se debe impulsar un protocolo internacional para la gestión pacífica y productiva de las cuencas transfronterizas en el mundo.
- q) Que se deben promover alianzas público-privadas que permitan aunar esfuerzos para conseguir que el abastecimiento y el saneamiento universales sean una realidad. Es decir, se deben definir modelos financieros solventes y con garantías, entre países e instituciones, de forma que permitan capturar en el mercado capitales para inversiones en las infraestructuras hidráulicas necesarias para la prestación de los servicios públicos de abastecimiento y saneamiento.
- r) Finalmente, que los ciudadanos deben participar como corresponsables en la gestión integrada del agua y la sostenibilidad; y que deben asumir que el agua es, además de un recurso de uso humano, “un patrimonio de todos los seres vivos”.

Sin embargo, pese al gran esfuerzo de dicha Exposición de Zaragoza y hasta donde he podido investigar, al parecer dicha Carta no se ha podido canalizar debidamente en la ONU, por diversas diferencias políticas, incluso entre los organizadores y participantes de ese evento. Ojalá que el esfuerzo realizado en dicha Exposición no sea infructuoso, pues desde luego es-timo imperativo que la ONU se defina sobre muchos de los puntos vertidos en esa importante y aludida Carta.

Termino este trabajo el 26 de febrero de 2010, siendo que el año pasado en la Ciudad de México, donde radico, las presas que la alimentan alcanzaron sus más bajos niveles de muchas décadas, y se estuvo a punto de padecer un gravísimo problema en materia de agua, que de alguna forma se salvó por unas torrenciales lluvias a finales del verano, pero que también causaron terribles inundaciones en esta ciudad capital, como otras a principios de este año. Aquí está presente un ejemplo más del cambio climático, sobre el que hay que tomar acciones “inmediatas”. En esta propia Ciudad de México a partir de este año 2010 se cobrarán los derechos de agua potable también de acuerdo con la capacidad económica de las personas (dependiendo de las colonias o manzanas respectivas, clasificándolas en popular, baja, media y alta), lo que, como se externó en su momento y aun cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación no lo ha estimado inconstitucional, me parece es confundir a los derechos (tasas) con los impuestos, y lo que va en contra de las tendencias europeas de cobrar solamente los costes del servicio. Asimismo me llama la atención que en Diario Oficial de la Federación del 25 de agosto de 2009, se publicó un Convenio de Coordinación que celebraron la Secretaría de Gobernación y el Gobierno del Distrito Federal, que tiene por objeto que dicha Secretaría asigne recursos a esta entidad para cubrir el equivalente a 70 por ciento del costo del proyecto preventivo denominado “Escenarios de Pérdida por Inundación en la Ciudad de México, ante una posible falla del sistema de drenaje profundo”, lo que denota los graves problemas de drenaje de esta ciudad, que puede seguirse viendo severamente afectado por el aludido cambio climático.

Resumen general

De todo este trabajo pueden resumirse como puntos principales los siguientes:

PRIMERO.- El párrafo quinto del artículo 27 de la Constitución Política de México, tiene una redacción imprecisa en materia de aguas del subsuelo. Sin embargo, cabe afirmar que, acorde con dicho precepto, tales aguas del subsuelo, cuando son alumbradas mediante obras artificiales por los dueños de los terrenos donde yacen, son de propiedad privada de éstos. Lo anterior puede corroborarse al tenor de la iniciativa de la reforma constitucional a dicho párrafo quinto de 26 de diciembre de 1944, aprobada en sus términos; también con lo que disponían coincidentemente las Leyes Reglamentarias de dicho párrafo quinto del artículo 27 constitucional en materia de aguas del subsuelo de 30 de diciembre de 1947 y de 29 de diciembre de 1956, ya derogadas, en las que incluso se hablaba de “dueños” de esas aguas, y con los artículos 830, 838 y 933 del Código Civil Federal. También en un inicio la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en el sentido de que esas aguas no eran de propiedad nacional y que se regían por las leyes civiles.

SEGUNDO.- Sin embargo, en el año de 1986, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró en definitiva que las aguas del subsuelo son de propiedad de la Nación, principalmente para justificar los derechos fiscales que empezó a cobrar la Federación por su extracción a partir del año de 1982, emitiendo tal máximo Tribunal mexicano la jurisprudencia **“AGUAS DEL SUBSUELO. SON PROPIEDAD DE LA NACIÓN. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1o., 5o., 7o. Y 9o. DE LA LEY FEDERAL DE AGUAS”**. Empero, al invocarse en dicha jurisprudencia la iniciativa o exposición de motivos de la referida reforma al párrafo quinto del artículo 27 constitucional de 26 de diciembre de 1944, “se cortó o se mutiló con puntos suspensivos” la parte que decía “sin menoscabar la iniciativa privada y aceptando como norma general que el dueño de un predio puede alumbrar y apropiarse de las aguas subterráneas en su propio terreno, salvo en los casos en que medie el interés público”, parte o expresión medular y específica en dicha iniciativa conforme a la cual debía concluirse que el espíritu del artículo 27 constitucional es que, cuando las aguas del subsuelo son alumbradas mediante pozos por los dueños de los terrenos,

dichas aguas son de propiedad privada de los mismos. Resulta absolutamente censurable que dicha Suprema Corte haya mutilado lo anterior, para declarar el régimen de propiedad de la Nación de las aguas del subsuelo, lo que no es apegado a derecho. En todo caso debió promoverse una reforma constitucional al respecto.

TERCERO.- También en México, la Ley de Aguas Nacionales que data del año 1992 (que ha tenido algunas reformas y una sustancial publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de abril de 2004), puede estimarse un ordenamiento moderno en la materia, en el que están introducidos los principios que recomienda la doctrina internacional respecto al vital líquido, entre los que pueden señalarse los siguientes: las aguas se consideran como bienes públicos y no como bienes de propiedad privada; se estima la planeación hidrológica como estratégica; se estima a las aguas como un recurso de seguridad nacional; se parte de la cuenca hidrológica como base para administrar el recurso; se hace énfasis en la gestión integrada de las aguas; se descentraliza la administración de las aguas dándole intervención a los distintos órdenes de gobierno e, incluso, a los usuarios para opinar en la toma de decisiones respecto a tal recurso; se procura el uso eficiente del agua, su reúso y recirculación; se procura una cultura del agua; se sientan bases para la solución de conflictos respecto al agua; desde luego se busca prevenir la contaminación de las aguas; se crea un mercado del agua donde los concesionarios pueden transmitir sus volúmenes excedentes, y respecto a la materia fiscal, se introducen principios como “el agua paga el agua” o “el que contamina paga”. No obstante ello, algunos de estos principios no van acordes con la realidad mexicana.

CUARTO.- A partir de la referida reforma a la Ley de Aguas Nacionales de 29 de abril de 2004, realmente se va a “atomizar” la administración de las aguas nacionales en México, pues a nivel central en principio se ocupará de las mismas la Comisión Nacional del Agua, que contará con Organismos de Cuenca. Pero colateralmente y no subordinados a dicha Comisión, existirán Consejos de Cuenca con representantes de los tres órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal), de usuarios y de organizaciones sociales; asimismo dichos consejos se auxiliarían de comisiones de cuenca a nivel de subcuencas, de comités de cuenca a nivel de microcuencas y de comités técnicos de aguas del subsuelo o subterráneas a nivel de acuíferos. Lo anterior parece experimental en México y preocupa, máxime cuando en los próximos años se avecinan fuertes crisis del agua en todo el planeta. Asimismo resulta censurable que a más de cinco años de dicha reforma integral a la Ley de Aguas Nacionales de 29 de abril de 2004, no se haya emitido mucha de la reglamentación respectiva para la explotación del recurso.

QUINTO.- Las empresas en México deben ser sumamente cuidadosas en respetar las condiciones de los títulos de concesión que les fueron otorgados para la extracción de las aguas del subsuelo; en solicitar su prórroga oportunamente; ser conocedoras de las medidas legales que existen para evitar la caducidad de los volúmenes que no aprovechan; cumplir con sus obligaciones en materia de instalación de medidores y avisos de sus descompostu-

ras; no disponer de volúmenes mayores a los autorizados en sus títulos de concesión, e inscribir sus movimientos en materia de aguas nacionales en el Registro Público de Derechos de Agua, principalmente. Asimismo, deben ser conocedoras de sus derechos y obligaciones para transmitir volúmenes que no aprovechan a otras empresas o terceros, o para adquirir volúmenes que les faltaran, lo que a futuro se pretende regular en instancias denominadas “bancos del agua”, que ya empiezan a operar en el país, con el objeto de combatir el mercado irregular que se ha creado en la materia desde hace años.

SEXTO.- Respecto al régimen fiscal de las aguas del subsuelo en México, como se señaló anteriormente, la Federación empezó a gravarlas básicamente a partir del año de 1982 a través de derechos fiscales (tasas) por su extracción. En esencia el primer sistema que se estableció para tal efecto, consistió en establecer cuatro zonas de disponibilidad (escasa, baja, media y alta), encuadrando en ellas a los distintos Municipios de la República mexicana. En la zona 1 (escasa o de alta veda) se cobraba por metro cúbico extraído 75 por ciento de la cuota de agua potable que se cobrara en el Sistema de Agua Potable del Municipio donde se realizara la extracción, sistema de cobro que en la práctica era muy difícil de aplicar por las diversas estructuras tarifarias de los distintos Sistemas de Agua Potable municipales y vi-cios en su legislación, abandonándose dicho sistema en 1995. A partir de 1996 se crearon nueve zonas de disponibilidad para cobrar tales derechos con cuotas fijas por metro cúbico extraído (cuotas que actualmente van de \$18.2894 por metro cúbico en la zona 1 a \$1.4354 por metro cúbico en la zona 9), zonas que realmente no tienen una base o justificación legal y en las que existe una indebida clasificación de los Municipios de la República mexicana, lo que resulta violatorio de las garantías de libre concurrencia y equidad tributaria previstas en los artículos 28 y 31, fracción IV, de la Constitución Política de México. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró la constitucionalidad de dichas nueve zonas y sistema de cobro, que es el que actualmente prevalece, aunque con un voto particular en contra digno de destacar. En México también existe un derecho cuando se hacen descargas de aguas residuales a bienes del dominio público de la Nación (por ejemplo ríos, aguas marinas, corrientes de agua o incluso cuando se puedan contaminar los acuíferos o el subsuelo), mismo que fue creado sólo para pagarse por quienes descargan las aguas con parámetros mayores a los permisibles legalmente, bajo el principio de “quien contamina más paga más”. Es decir, este último derecho no lo paga quien descarga el agua cumpliendo con los parámetros establecidos por la Ley. De igual forma, algunas entidades como el Distrito Federal, tienen indirectamente establecidos gravámenes a las aguas del subsuelo, a través de gravar las descargas de agua de pozo a sus redes de drenaje locales.

SÉPTIMO.- En España, hasta el año de 1885 las aguas subterráneas estuvieron reguladas por la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y por los artículos del 407 al 425 del Código Civil que data de 1889. Dichas aguas fueron consideradas en estos ordenamientos como bienes del dominio privado, ligadas a la propiedad del terreno bajo cuya superficie se hallaban. En otras palabras, estos ordenamientos admitieron que el aprovechamiento de di-

chas aguas por los particulares era una consecuencia de la propiedad de la tierra, otorgándoles derivadamente un derecho de propiedad sobre las mismas.

OCTAVO.- También en España, la Ley de Aguas de 1985 eliminó el derecho de apropiación de las aguas subterráneas reconocido por la anterior Ley de 1879 a favor de quien las alumbrara, introduciéndose como novedad en dicha Ley de 1985 la inclusión de las aguas subterráneas en el dominio público del Estado, dando asimismo un trato unitario a todo el recurso, partiendo para ello del principio de la cuenca hidrológica. En otras palabras, en esta Ley de 1985 se estableció que las aguas continentales superficiales y las subterráneas renovables constituían un recurso unitario subordinado al interés general que formaba parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Sin embargo, para evitar lesionar derechos adquiridos por la Ley de 1879, dicha Ley de 1985 creó un sistema transitorio que reconoció la propiedad privada de las aguas subterráneas conforme a la anterior Ley, al mismo tiempo que favoreció la transformación de ese derecho privado por un derecho administrativo de aprovechamiento temporal de tales aguas durante un plazo de 50 años, previa declaración de las mismas ante el Organismo de Cuenca correspondiente para su inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamientos temporales de aguas privadas. Lo anterior era una opción, de ejercitarse la misma dicha inscripción debía hacerse en un plazo de tres años contado partir del 1º de enero de 1986 (fecha en que entró en vigor la Ley de 1985), reconociéndose también en esta hipótesis un derecho preferente para, transcurridos dichos 50 años, obtener la concesión administrativa correspondiente. De no ejercitarse dicha opción los interesados mantendrían su titularidad sobre las aguas subterráneas como hasta ese momento, pero no gozarían de la protección administrativa que se derivaba de la inscripción en el Registro de Aguas. Dicho sistema de transición resultó ser confuso y complicado en su aplicación.

NOVENO.- Acorde con la Constitución de España las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en la explotación de aprovechamientos hidráulicos de su interés. El Estado tiene competencia exclusiva en regulación de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma. Realmente dicha Constitución establece un sistema muy complejo de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de agua, en el que influyen diversos factores, entre ellos, los procedimientos conforme a los cuales se han constituido las diversas Comunidades Autónomas y otros títulos competenciales. Por consiguiente, la delimitación de las competencias en materia de aguas por parte de las Comunidades Autónomas sólo puede determinarse casuísticamente.

DÉCIMO.- El Tribunal Constitucional Español en interpretaciones muy debatibles, ha sostenido que es constitucional que se utilice como criterio territorial para el ejercicio de las competencias del Estado en materia de aguas el de la cuenca hidrográfica; así como que corresponde al legislador estatal en exclusiva la potestad para excluir genéricamente del tráfico jurídico privado las aguas continentales (en las que quedan incluidas las subterráneas reno-

vables) y, como un recurso natural unitario, integrarlas al dominio público del Estado. Con ello dicho Tribunal Constitucional declaró la validez de esos dos principios ejes de la Ley de Aguas de 1985.

DÉCIMO PRIMERO.- A efecto de adaptar toda la normatividad legal existente en materia de aguas en España, se autorizó al Gobierno para dictar un Real Decreto Legislativo en el que se refundiera la Ley de Aguas de 1985. Dicho Decreto es el 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas. El sistema transitorio de las aguas subterráneas dado en la Ley de Aguas de 1985 sufrió ciertas adecuaciones con este texto refundido, pero en esencia prevalecieron sus principios rectores.

DÉCIMO SEGUNDO.- Como se ha referido, todo ese sistema transitorio creado para las aguas subterráneas ha sido sumamente complejo o confuso, lo que aunado a la falta de medios personales y técnicos de la Administración, al desconocimiento o desconfianza de los particulares por no existir reglas claras y a un sinnúmero de litigios que han surgido al respecto, ha venido a provocar un panorama sumamente nebuloso en España respecto a dichas aguas subterráneas. Se calcula que únicamente entre 10 y 20 por ciento de los propietarios de pozos tomaron la opción dada en dicho sistema transitorio de inscribir sus aprovechamientos en el Registro de Aguas como aprovechamientos temporales de aguas privadas. Correlativamente más de 80 por ciento de los propietarios de pozos no han inscrito sus aprovechamientos en dicho Registro, y por lo tanto conservarán indefinidamente la propiedad privada de tales aguas, aunque desde luego sin gozar de la protección administrativa que se deriva de su registro. Por lo anterior, aunque la legislación de aguas en España a partir de 1985 parte de la base de que todas las aguas subterráneas son del dominio público, en la realidad tanto de hecho como jurídicamente la gran mayoría de dichas aguas alumbradas siguen siendo de dominio privado.

DÉCIMO TERCERO.- Otro gran problema que se presenta principalmente en el sureste de España, sigue siendo la perforación de pozos clandestinos. Asimismo, los programas para censar a los aprovechamientos no han dado los resultados deseados. En México, cabe señalar, también existe un importante problema de pozos clandestinos, aunque se ha puesto especial énfasis por parte del gobierno para combatir los mismos.

DÉCIMO CUARTO.- En España, desde luego, también rigen principios similares en materia de agua como el de unidad de gestión, tratamiento integral, descentralización, participación de usuarios y respeto a la unidad de cuenca hidrográfica y del ciclo hidráulico, entre otros, acorde con las tendencias modernas. Asimismo, en España también opera la figura de la caducidad de volúmenes cuando no se aprovechan los mismos.

DÉCIMO QUINTO.- En España existen reservas hidrológicas por cuestiones ambientales para ciertos ríos, tramos de ríos, acuíferos o masas de agua. El fin es que se conserven en estado natural por su importancia hidrológica.

DÉCIMO SEXTO.- En España el Plan Hidrológico Nacional se debe establecer mediante Ley y los planes hidrológicos son vinculantes, lo que no acontece en el caso de México.

DÉCIMO SÉPTIMO.- En España se ha creado un sistema de transferencias de recursos hídricos entre ámbitos territoriales de distintos planes hidrológicos de cuenca. En otras palabras, en España se ha tomado al trasvase como un instrumento vertebrador del territorio para que zonas con déficits de agua no vean amenazado su desarrollo económico por la falta de suministro del líquido; así como las zonas cedentes no vean hipotecado el suyo por dichas transferencias. Al respecto se parte siempre de un principio de recuperación de costes.

DÉCIMO OCTAVO.- En España también se ha “atomizado” la administración de las aguas subterráneas a nivel de distintos ordenes y entes de gobierno, dándole asimismo participación a los usuarios u organizaciones de éstos.

DÉCIMO NOVENO.- En España tratándose de acuíferos sobreexplotados y a través del Plan de ordenación respectivo, se pueden establecer sustituciones de captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias. Asimismo, los usuarios de una misma unidad hidrológica o de un mismo acuífero estarán obligados a requerimiento del Organismo de Cuenca, a constituir una comunidad de usuarios. También se prevé legalmente un régimen de administración para acuíferos compartidos.

VIGÉSIMO.- En España los Organismos de Cuenca pueden interponer acciones legales ante los Tribunales competentes. Asimismo pueden otorgar préstamos y créditos en ciertos casos, al igual que pueden adquirir, enajenar o administrar títulos representativos de capital de sociedades estatales constituidas para la construcción, explotación o ejecución de obra pública hidráulica, o de empresas mercantiles relacionadas con obras hidráulicas. También, los concesionarios de aguas inscritas en el Registro de Aguas correspondiente, pueden interesar la intervención del Organismo de Cuenca competente en defensa de sus derechos. En ciertos casos los Organismos de Cuenca también pueden hacerse cargo por razones de interés general y con carácter temporal, de la explotación de depuradoras de aguas residuales.

VIGÉSIMO PRIMERO.- En España las cesiones de derechos de agua pueden conllevar una compensación económica que se fijará de mutuo acuerdo entre los contratantes y que se debe explicitar en los contratos respectivos, lo que se estima en todo caso mucho más transparente que en México, donde de hecho existen dichas contraprestaciones, pero por diversos aspectos legales no se pueden plasmar en los contratos correspondientes para efectos de autorización de los mismos por parte de la autoridad.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Como instituciones novedosas, aunque de poca importancia, en España se da una pervivencia de ciertas organizaciones tradicionales como los jurados o tribunales de riego. Asimismo llama la atención el tipo de atribuciones que tiene la policía del agua en aquel país.

VIGÉSIMO TERCERO.- En España se ha evaluado mucho más como recursos alternativos, la desalación de las aguas del mar o salobres, la canalización y escorrentía de las aguas de lluvia y la reposición artificial de las aguas subterráneas. En México se empieza a regular algo sobre cosecha de agua de lluvias y recarga artificial de acuíferos; pero el tema de la desalación del agua del mar es prácticamente inédito, con excepción de algunos estados del nor-

te donde cuentan con proyectos en marcha. Asimismo, en España existe regulación para la protección de las aguas subterráneas frente a intrusiones de aguas salinas.

VIGÉSIMO CUARTO.- Tratándose de tributos relacionados con el agua, en España siempre se parte del principio de “recuperación de costes”, hablándose de costes de servicios, costes ambientales y costes de recursos. También se parte en todo momento del diverso principio de “quien contamina paga”. Referente al agua potable, también pueden señalarse como principios rectores en aquel país el de precios asequibles para consumos domésticos de tipo familiar y no suntuario; el de no discriminación entre usuarios en la prestación del servicio y en las cuotas, y el de que la recaudación por tasa no puede ser superior al coste del servicio.

VIGÉSIMO QUINTO.- En España no hay un gravamen en sí al uso o aprovechamiento del dominio público hidráulico, o bien, no se grava en sí el consumo o la utilización privativa de las aguas continentales, habiendo autores que sugieren un gravamen de este tipo.

VIGÉSIMO SEXTO.- Relacionado con el punto anterior, casi todas las Comunidades Autónomas en España tienen establecidos cánones sobre saneamiento. A través de dichos cánones muchas de esas Comunidades Autónomas gravan los vertidos contaminantes con base en el consumo real o potencial de las aguas de cualquier procedencia, lo que lleva a concluir que tales comunidades a través de los referidos cánones de saneamiento, más que los vertidos contaminantes están gravando el consumo del agua, entre ello, entiendo, la utilización de las aguas continentales o subterráneas. Incluso, para diversos autores, las Comunidades Autónomas sabían que el vertido de agua manifestado a través del consumo era una materia que podía proporcionarles un muy importante renglón de recaudación.

VIGÉSIMO SÉPTIMO.- En España muchas de las cuestiones para el cálculo de los cánones en materia de agua se remiten a Reglamentos. Dichos cálculos asimismo son muy complejos, lo que también provoca un gran número de litigios.

VEGÉSIMO OCTAVO.- Realmente no ha existido en España coordinación entre los diversos niveles de gobierno para establecer tributos sobre el agua. El ejercicio de dicho poder tributario, principalmente por parte de las Comunidades Autónomas, se ha producido en forma desordenada y sin una técnica adecuada. Por ejemplo, las figuras más importantes que se han creado para gravar el agua o cuestiones relacionadas con la misma, tanto a nivel estatal como de dichas Comunidades Autónomas, se denominan “cánones”, lo que ha sido más bien por cuestiones políticas o electorales, y resulta sumamente criticable por la doctrina, pues dicha figura del “canon” no se reconoce por la legislación tributaria española, conforme a la cual los tributos sólo pueden clasificarse en impuestos, tasas o contribuciones especiales. Es tan complejo dicho sistema tributario, que incluso se han tenido que establecer reglas para determinar la compatibilidad o incompatibilidad de los aludidos y diversos “cánones”.

VIGÉSIMO NOVENO.- La disparidad de figuras tributarias creadas por las administraciones públicas competentes en España, de igual forma han provocado que las cantidades a pagar por los usuarios por el agua, sean muy diferentes según los usos y según los distintos ámbitos territoriales.

TRIGÉSIMO.- En España los Municipios o entes locales están encargados de prestar el servicio de abastecimiento de agua potable. Sin embargo, ante su complejidad técnica, repercusiones económicas e incluso por necesidades físico-geográficas, dicho servicio de abastecimiento de agua se está prestando en muchas regiones mediante fórmulas asociativas supra-municipales.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- En España también se debate si el servicio de abastecimiento de agua potable puede o no prestarlo la iniciativa privada. Como se ha dicho, tal servicio lo deben prestar o en principio está reservado a los entes locales, por lo que para diversos autores incluso ese servicio tiene la condición de monopolio natural. En casos muy específicos, básicamente viviendas o núcleos de viviendas aislados, lo prestan operadores privados.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Relacionado con el punto anterior y si bien no es el objeto de este trabajo, una cuestión que es sumamente importante se defina a nivel internacional, es la de si la iniciativa privada debe o no intervenir en la prestación del servicio de agua potable o prestar directamente el mismo. Por un lado están las posturas de que en muchos países los problemas del agua potable son un problema de inversión y que por ello se debe permitir que dicha iniciativa privada intervenga o preste tal servicio. Por el otro, las que sostienen que todos los países, como garantía individual o derecho fundamental, deben reconocer en sus respectivas Constituciones el de sus habitantes al agua potable segura y de buena calidad, y que, por tanto, dicho servicio sólo puede ser prestado por los órganos del Estado. Incluso hay quienes sostienen que los intereses de la iniciativa privada, que son facturar más y distribuir utilidades, chocan con las políticas del agua que procuran un menor consumo y la reinversión en obras públicas hidráulicas.

TRIGÉSIMO TERCERO.- En España opera una figura de responsabilidad comunitaria en esta materia de aguas, conforme a la cual las administraciones públicas competentes en cada demarcación hidrográfica que incumplan los objetivos ambientales fijados en la planificación hidrológica o el deber de informar sobre estas cuestiones, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se deriven.

TRIGÉSIMO CUARTO.- En España la política es que en principio el IVA incida decididamente en el ciclo completo del agua, mientras que en México se dan más exenciones al respecto.

TRIGÉSIMO QUINTO.- Tanto México como España son países que siempre han cooperado internacionalmente en materia de agua, participando en diversos foros y organizando importantes eventos. Muestra de ello es la celebración en México del IV Foro Mundial del Agua en 2006 y la Exposición Internacional Zaragoza 2008 llevada a cabo en España en dicho año, cuyo tema exclusivo fue el agua y el desarrollo sostenible. De esos dos magnos eventos se sacaron importantes conclusiones a nivel local, regional e internacional en materia de agua. En la referida exposición Zaragoza 2008 se creó la Tribuna del Agua como so-

porte técnico y científico de la misma, en la que se elaboraron importantes propuestas para intentar resolver los principales retos hídricos presentes y futuros de la humanidad. Dicha exposición concluyó con una declaratoria conocida como la “Carta de Zaragoza”, documento de gran trascendencia en esta materia hídrica.

TRIGÉSIMO SEXTO.- Dicha Carta de Zaragoza invita a que se deben impulsar y aplicar tecnologías que permitan el ahorro del agua; la desalinización y aprovechamiento de las aguas de mar; la captación de nieblas y de lluvias; la depuración, regeneración y reutilización de agua con elevada eficiencia en consumo y bajo impacto ambiental, potenciando las energías sostenibles, materias en las que España lleva más avances que México.

Bibliografía

Obras consultadas

- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Porrúa, 1981.
- CASTRO, Juventino V., *Garantías y Amparo*, México, Porrúa, 1986.
- FARÍAS, Urbano, *Derecho Mexicano de Aguas Nacionales*, México, Porrúa, 1993.
- GIL IBÁÑEZ, José Luis y Fernando DE MATEO MENÉNDEZ, *Legislación sobre Aguas*, España, Colex, 2003.
- PAGÉS I GALTÉS, Joan, *Tributos sobre las Aguas (estatales, autonómicos y locales)*, España, Marcial Pons, 2005.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, tomo II, México, Porrúa, 1984.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México (1808-1978)*, México, Porrúa, 1978.
- VICENTE GARCÍA, José de y Francisco ADAME MARTÍNEZ, *Régimen Fiscal del Agua: Tributos Estatales, Autonómicos y Locales*, España, Comares, 2008.

LEGISLACIÓN MEXICANA CONSULTADA

- Código Civil Federal.
- Código Fiscal de la Federación.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Aguas del Distrito Federal.
- Ley de Aguas Nacionales.
- Ley de Inversión Extranjera.
- Ley Federal de Aguas de 1972.
- Ley Federal de Derechos.
- Ley General de Bienes Nacionales.
- Ley Reglamentaria del Párrafo Quinto del Artículo 27 Constitucional en Materia de Aguas del Subsuelo de 30 de diciembre de 1947.
- Ley Reglamentaria del Párrafo Quinto del Artículo 27 Constitucional en Materia de Aguas del Subsuelo de 29 de diciembre de 1956.

Programa Hidráulico 1995-2000.
Programa Nacional Hidráulico 2001-2006.
Programa Nacional Hídrico 2007-2012.
Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales.
Reglamento Interior de la Comisión Nacional del Agua.

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA CONSULTADA

Código Civil de 24 de julio de 1889.
Constitución Española.
Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.
Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.
Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional.
Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.
Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.
Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

Boletín del IV Foro Mundial del Agua, vol. 82, núm. 15, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible en colaboración con el Secretariado del IV Foro Mundial del Agua, México, marzo de 2006.
Carta de Zaragoza 2008: <http://www.expozaragoza2008.es/docs/repositorio/TribunaDeAgua/conclusiones-tribuna-agua.pdf>, fecha de consulta 29 de octubre de 2009.
Derecho de Aguas, Obra colectiva publicada por el Instituto Euromediterráneo del Agua, España, 2006.
Derechos del Pueblo Mexicano (México a través de sus Constituciones), tomo IV, XLVI Legislatura de la Cámara de Diputados, México, 1967.
Revista Lex, 3^{era} época, año III, núm. 26, México, Editora Laguna, agosto de 1997.
Revista Lex, 3^{era} época, año IV, núm. 31, México, Editora Laguna, enero de 1998.