

CAPÍTULO VII
APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

7.1 Introducción

La premisa desde la cual inicio el estudio del aprovechamiento de las aguas, ha sido ya objeto de análisis en el Capítulo I. Es decir, si estamos de acuerdo en que ambos Estados se decantan por el dominio público de las aguas, también tenemos que entender que todo uso o aprovechamiento de las aguas debe estar sometido a regulación por el Estado, a través de la Administración Pública o Administraciones Públicas de cada uno de ellos. Así, pues, con base en el texto legal español que declara todas las aguas del dominio público hidráulico y del precepto constitucional venezolano que recoge igual postulado, me dedicaré al análisis de las formas en que puede accederse al uso o aprovechamiento del agua, y los requisitos o limitaciones que deben observarse.

La división para el estudio de la utilización del agua, coincide con la clasificación de la legislación española en uso común general, uso común especial y uso privativo; y tres epígrafes más que se refieren a la cesión de derechos al aprovechamiento, los centros de intercambios de derechos y el registro de aguas.

En el primer epígrafe revisaré los usos del agua que ambas legislaciones aceptan como comunes, y por tanto, permitidos “libremente”. He anotado libremente entre comillas, porque incluso ese uso tiene sus limitaciones, como se verá en su momento.

Luego, dentro de los usos comunes, me referiré a los denominados usos comunes especiales, es decir usos, que la administración pública debe autorizar.

En el tercer epígrafe, estudiaré los aprovechamientos privativos, sobre ellos me detendré, por encontrarnos acá en presencia de la figura jurídica de las concesiones y todo lo que ella significa.

En cuarto lugar, trataré un tema que representa una novedad en el Derecho de Aguas español, la cesión de derechos de aprovechamiento y los centros de intercambio, divididos en dos epígrafes, observando la regulación jurídica y su importancia práctica.

Por último, analizaré los sistemas que tienen los dos Estados para conocer los recursos que poseen, quienes hacen uso del mismo y sus modificaciones.

7.2 Utilización del agua

La Ley de Aguas española, para referirse al agua, emplea expresiones tales como “utilizar el agua”, “uso del agua” y “aprovechamiento del recurso”. Cada una de ellas, tiene un significado, que intento diferenciar, para explicar su sentido en esta investigación.

Así pues, cuando se dice utilizar el agua, debe entenderse el “hecho objetivo y genérico del empleo del agua por el hombre, comprensivo de los diferentes destinos dados al recurso por la actividad humana”⁵⁷². Según el *Libro Blanco del Agua*, esa sería la perspectiva económica del agua, que implica la satisfacción de las necesidades, y constituye un medio para alcanzar unos objetivos de producción o de consumo. Pero este término también tiene otra perspectiva “del medio natural”, que implica la transformación de sus

572 PÉREZ PÉREZ Emilio. *Estudios jurídicos sobre propiedad, aprovechamiento y gestión del agua*. Editado por la Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Madrid, España: 1993. Pág. 65.

características, mediante acciones que modifican cuantitativa y cualitativamente el ciclo natural; en este sentido, haría referencia a las captaciones o derivaciones⁵⁷³.

La Directiva Marco del Agua (DMA en adelante) también hace referencia al uso del agua, en forma similar a la acá planteada. Es decir en la connotación de las distintas utilidades del agua, y su valor económico⁵⁷⁴.

Mientras que “uso del agua” parece encerrar, según PÉREZ PÉREZ Emilio, un doble sentido: “uno objetivo correspondiente a cada uno de los destinos (abastecimiento, regadío recreación, etc.); y otro subjetivo, consistente en el ejercicio de una facultad del propietario o del concesionario del agua⁵⁷⁵.”

El TRLAg.⁵⁷⁶ y el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (RAPA)⁵⁷⁷, definen “usos del agua” como las distintas clases de utilización de la misma según su destino y de acuerdo con la Ley de Aguas, significa además toda actividad sobre el agua que tenga repercusiones significativas en el estado de las mismas.

Puede concluirse entonces que, el término uso del agua en sentido objetivo tiene que ver con la utilización del agua desde la perspectiva económica, vale decir, los diferentes destinos (abastecimiento, regadío, transporte, etc.) dados al agua, en un todo de acuerdo con el sentido que le otorga el RAPA y de acuerdo con la Ley de Aguas, además de lo anterior, todo uso que repercuta en su calidad; en tanto que “uso del agua en sentido subjetivo”, sería similar al término de aprovechamiento, que seguidamente explicaré.

El término aprovechamiento, lo dejaré únicamente para hacer referencia al uso privativo del agua, acepción que es la más apropiada, y que coincide con la utilizada por PÉREZ PÉREZ Emilio⁵⁷⁸. También el RDPH, define el aprovechamiento a efecto de la inscripción en el Registro de Aguas, como el “derecho a utilizar un volumen determinado de agua que se toma de uno o varios puntos, para uno o varios usos, dentro de una misma concesión o derecho al uso privativo de las aguas”⁵⁷⁹.

En expresión de ALCAÍN MARTÍNEZ Esperanza, sólo hay un derecho que tiene por objeto la utilización de las aguas que integran el dominio público hidráulico, y éste es el derecho de aprovechamiento. Es un derecho subjetivo de naturaleza real que concede a su titular el uso y disfrute *erga omnes*. Según la autora, el objeto es igual, idéntico el interés tutelado e iguales los límites, sólo que los distintos títulos que lo permiten, pueden marcar algunas diferencias en cuanto a su adquisición o extinción⁵⁸⁰.

573 Ministerio de Medio Ambiente. *Libro Blanco del Agua en España*. Edita Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica Ministerio de Medio Ambiente. Versión en CD ROM. Madrid, España: 2000. Pág. 246.

574 V. Art. 2.39 DMA que luego en la transposición a la legislación española queda de la siguiente forma: Artículo 40 bis TRLAg. “j. usos del agua las distintas clases de utilización del recurso, así como cualquier otra actividad que tenga repercusiones significativas en el estado de las aguas. A efectos de la aplicación del principio de recuperación de costes, los usos del agua deberán considerar, al menos, el abastecimiento de poblaciones, los usos industriales y los usos agrarios”.

575 PÉREZ PÉREZ Emilio. *Estudios jurídicos sobre...* Pág. 65.

576 Artículo 40 bis j).

577 Artículo 74 Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, *Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica*. BOE núm. 209, de 31 de agosto; rect. BOE núm. 234, de 29 de septiembre.

578 Aprovechamiento es el derecho a usar el agua, por expresa disposición legal o por concesión. V. PÉREZ PÉREZ Emilio. *Estudios jurídicos sobre...* Pág. 65.

579 Artículo 192.1 RDPH.

580 ALCAÍN MARTÍNEZ Esperanza. Evolución del Régimen Jurídico de las aguas subterráneas en España. En: EMBID IRUJO Antonio (Director). *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Modernización en el inicio del Tercer Milenio*. Tomo II. Editado por el Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza. Madrid, España: 2002. Pág. 57.

La legislación venezolana, a través del Decreto 1400, que es la norma básica sobre regulación y aprovechamiento del agua en Venezuela, pareciera utilizar el término “uso” solamente cuando se refiere al uso común general, es decir el derecho de todos a usar el agua para beber, bañarse y otros usos domésticos, es decir, el uso que no requiere autorización o concesión por parte de la Administración. Dejando el término “aprovechamiento” para el derecho al uso privativo de las aguas.

Ahora bien, pasando a la utilización del agua, la Ley española (TRLAg.), la clasifica en: uso común general, uso común especial y uso privativo.

El uso común general, es el derecho al uso del agua sin necesidad de autorización de la administración pública. Mientras que el uso común especial es aquel que requiere autorización, pero que no impide su utilización por terceros; y por último, el uso privativo. Este se obtiene por mandato de la ley o por concesión, prohibiendo expresamente que se obtenga por prescripción.

En Venezuela, puede extraerse una clasificación similar, a la española. En primer lugar, reconoce la existencia del uso común general, (tanto el Decreto 1400 como del Proyecto de Ley de Aguas). Es decir, el derecho de todos a usar el agua, sin ninguna autorización. En segundo término, la legislación especial, deja en evidencia que existen usos comunes especiales, como la pesca, la navegación y según el PLAGV, también los aprovechamientos de aguas marinas. En tercer lugar, los usos privativos. Este puede obtenerse porque la legislación lo reconozca, el Ministerio del Ambiente asigne un determinado caudal o por concesión administrativa.

Así, en las próximas páginas, haré un análisis de los distintos usos del agua en las dos legislaciones; las limitaciones y requisitos que la administración pública dispone para los distintos usuarios.

7.2.1 Usos comunes generales

El principio general que rige en esta materia, y común en ambas legislaciones, e incluso, redactado de forma similar, es que “todos tienen derecho a usar de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abreviar el ganado, sin necesidad de autorización administrativa”⁵⁸¹.

Este derecho reconocido a “todos”, presenta algunos matices, a los que necesariamente debo referirme. Tan elemental que pareciera tomar agua, bañarse o utilizar el agua para los usos domésticos, y considerarlo como un derecho natural y absoluto⁵⁸², o como lo recoge MARTÍN RETORTILLO Sebastián citando a O. MAYER “un derecho que corresponde al ciudadano en cuanto forma parte del público”⁵⁸³; sin embargo, está sometido a algunas restricciones que varían de una legislación a otra.

581 Este principio es recogido igualmente por el Proyecto de Ley de Aguas de Venezuela (PLAgV).

582 V. 4A Cumbre P7.cumbre de Siete Países de los más Pobres del Mundo. *El agua, derecho de vida en el siglo XXI*. Bruselas, Parlamento europeo del 7 al 10 de junio de 2000. Artículo de Internet: <http://www.losverdesdeandalucia.org/documentos/detail.htm#7>. “El acceso al agua es un derecho humano individual y colectivo: - De acuerdo con la declaración final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre fuentes de agua, en Mar del Plata, Argentina, en 1977: «Cada persona tiene el derecho al acceso a agua potable en las cantidades y la calidad que correspondan a sus necesidades básicas». - De acuerdo con el párrafo 18.47 de la Agenda 21, aprobada en Río de Janeiro en 1992, y suscrita por los jefes de Estado y Primeros Ministros de 130 países: «Todos los pueblos, sea cual fuera su estado de desarrollo y sus condiciones sociales y económicas, tienen el derecho de acceder a agua potable en las cantidades y calidad correspondientes a sus necesidades básicas. - De acuerdo con las numerosas resoluciones del Comité de Derechos Humanos de las NNUU y las conferencias mundiales de la FAO, OMS y la UNESCO. En muchas ocasiones se constató que el acceso al agua era parte fundamental de: 1.El derecho a la alimentación. 2.El derecho a la salud. 3.El derecho a la vivienda”. V. también WSF. *El agua: recurso social, cultural, económico y natural*. Artículo obtenido a través de Internet: <http://www.conocimientosweb.net/portal/article387.html>. En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU estableció que el acceso a cantidades adecuadas de agua limpia para uso doméstico y personal es un derecho humano fundamental.

583 O. MAYER citado por MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas...* Pág. 235.

Las limitaciones provienen en primer lugar, de las Leyes o Reglamentos, de acuerdo con la legislación española; o de la conformidad del uso general, en la legislación ambiental, según Venezuela⁵⁸⁴. Pues bien, de acuerdo con este postulado, la Administración queda habilitada suficientemente para modular el ejercicio de esos derechos. Así, MARTÍN RETORTILLO Sebastián, señala que las limitaciones al uso común, no pueden dar lugar a regulaciones singulares, pero que podrían llegar a prohibirlos, en casos de emergencia, por razones de seguridad, o como medida de protección a los usos que aguas abajo se haga de ellas (abastecimiento a poblaciones)⁵⁸⁵.

En segundo lugar, las normas de los dos países, prohíben alterar o desviar los cauces o lechos de las aguas para realizar los usos comunes o variar la calidad o el caudal de las aguas. Las dos son prohibiciones expresas, pero respecto de la última, MARTÍN RETORTILLO Sebastián, dice que no cabe la posibilidad que los usos comunes hagan variar la calidad o el caudal de las aguas, porque pensar lo contrario, llevaría a prohibir absolutamente dichos usos, dejando por supuesto aparte, el abastecimiento a poblaciones, pues sólo en este caso, podría prohibirse los demás usos comunes⁵⁸⁶.

Merece la pena referirnos al hecho de que ambas legislaciones señalan, que el uso común debe realizarse en las aguas que circulen por canales naturales, pero luego España, en el mismo artículo permite que pueda realizarse en aguas que circulen por canales artificiales, con la limitación derivada de la protección del acueducto. Lo que parece inapropiado, dada la condición de todas las aguas son públicas; lo importante sería consagrar como se hizo, la prohibición de cambiar el curso de las aguas o de variar la calidad, pero no establecer diferencias entre canales artificiales y naturales.

España y Venezuela, insisten en que el uso común de las aguas, no puede dar lugar al desperdicio o mal uso de las aguas, y España, además recoge la tesis del “abuso del derecho”, aclarando que en el uso común que se haga de las aguas, se prohíbe el abuso del derecho⁵⁸⁷.

La legislación venezolana, establece además, como limitaciones al uso común de las aguas, unos derechos preferentes (los derechos de los propietarios y derechohabientes establecidos en el Código Civil y otras leyes), es decir los derechos que tienen los propietarios de los fundos sobre los lechos de los ríos, arroyos, aguas pluviales, manantiales y aguas subterráneas⁵⁸⁸, e incluso, reconoce el derecho que asiste a los propietarios de predios ribereños a cursos de agua, para defender sus riberas y márgenes con arboledas, estacadas o protección menores, siempre que no alteren el curso natural de las corrientes ni causen daños a terceros⁵⁸⁹.

Para terminar el uso común general de las aguas, y pasar al uso común especial, debe aclararse que Venezuela privilegia sobre los usos comunes, el uso del agua como medio de transporte, al señalar que

584 V. Artículos 20 y 21 de las actividades susceptibles de degradar el Ambiente en Congreso de la República. Ley Orgánica del Ambiente, de 15 de junio de 1976, y V. también Presidencia de la República. Decreto No. 1.257, de 13 de marzo de 1996, Normas sobre evaluación ambiental de actividades susceptibles de degradar el ambiente. G.O. No. 35.946, de 25 de abril de 1996. (en lo sucesivo NRCARHCH), entre otras.

585 MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas...* Pág. 241.

586 Ídem.

587 V. Artículo 7 Cc. Español.

588 V. Capítulo I, acerca de la publicación de las aguas en Venezuela por la norma constitucional, de modo que se termina la propiedad privada de las aguas, y por tanto estos privilegios mencionados. La única exigencia del Decreto, para con esos privilegios, era la solicitud de inscripción de su derecho ante el Ministerio del Ambiente. Puede decirse que era un requisito para conocer la cuantía de los recursos aprovechados por esos propietarios y derechohabientes.

589 Artículo 16 Presidencia de la República de Venezuela. Decreto 1400, de 10 de julio de 1996, Normas sobre la regulación y el control del aprovechamiento de los recursos hídricos y de las cuencas hidrográficas. Caracas: Gaceta Oficial No. 36013, de 02 de agosto de 1996.

los usos comunes no pueden impedir la navegación fluvial. “La navegación ha sido considerada por el legislador de manera preferente entre las diversas utilidades que prestan las aguas...”⁵⁹⁰. El artículo 654 del CCV prohíbe el uso de las aguas que perjudique la navegación, así como hacer en ellos obras que impidan el libre paso de los barcos, balsas o de otros medios de transporte fluvial.

7.2.2 Usos comunes especiales

Tomando como punto de partida, la legislación española, sobre los usos comunes especiales, intentaré dar cuenta de la situación venezolana en este aspecto. De acuerdo con la Ley de Aguas (TRLAg.), se considera como usos comunes especiales, los siguientes:

- Navegación y la flotación

La navegación debe diferenciarse de los de medios de flotación que puedan considerarse complementarios del baño. Sirven de parámetros para distinguir unos de otros, el tamaño de la embarcación y el lugar donde se encuentren estos medios.

La navegación recreativa en embalses, se condicionará atendiendo a los usos previstos para las aguas almacenadas, protegiendo su calidad y limitando el acceso a las zonas de derivación o desagüe.

Por su parte, Venezuela como dije anteriormente, privilegia la navegación sobre los usos comunes generales, lo cual no es obstáculo para que además sea considerada como un uso común especial, obligando a solicitar autorización, de acuerdo con lo establecido en la legislación que la regula⁵⁹¹.

- El establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos

Para el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos será necesario acompañar a la solicitud, un proyecto de planos de los embarcaderos, salvo que no esté previsto el transporte de vehículos a motor, en cuyo caso podrá sustituirse por una memoria descriptiva y justificativa de las instalaciones y de la embarcación. Además del Reglamento de explotación, si se destina a un servicio público.

- Cualquier otro uso, que no sea uso común general, que no excluya la utilización por terceros

Este último literal es desarrollado ampliamente en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH), por lo que la lista de usos que requieren autorización por parte de la Administración, aumenta considerablemente. Así, que continuando con la enumeración anterior, también son usos comunes especiales:

- Autorizaciones para siembras, plantaciones y corta de árboles y pastos en terrenos de dominio público hidráulico
- Establecimientos de zonas de baño o zonas recreativas y deportivas
- Extracciones de áridos⁵⁹²
- Autorizaciones en zonas de policía⁵⁹³

590 MEAÑO Francisco. *Régimen Legal de las Aguas en Venezuela...* Pág. 213.

591 V. Congreso de la República. Ley de Navegación. Gaceta Extraordinaria N° 5.263 de fecha 17 de septiembre de 1998. y Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Ley General de Marinas y actividades conexas. Gaceta oficial N° 37.570 de fecha 14 de noviembre de 2002.

592 Las extracciones de áridos, que no pretendan el uso exclusivo de un tramo de un río, conllevan la exigencia de constitución de una fianza o aval, para responder de los posibles daños al dominio público hidráulico, además de la notificación previa a la autoridad de costas. Cuando se plantea el uso exclusivo, entonces se hará necesario la solicitud de concesión. V. Aprovechamientos privativos (la concesión de extracción de áridos).

593 Para realizar cualquier tipo de construcción en zona de policía de cauces, se exigirá la autorización previa al organismo de cuenca, a menos que el correspondiente Plan de Ordenación Urbana, otras figuras de ordenamiento urbanístico, o planes

- Establecimiento de puentes o pasarelas
- Utilización por hidroaviones
- Autorizaciones para derivaciones de agua de carácter temporal que no pretendan un derecho al uso privativo⁵⁹⁴

La enumeración contenida en la Ley de Aguas y el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, no es un *numerus clausus*, ya que el propio Reglamento señala que cualquier otra autorización distinta de las especificadas, se registrará en lo posible por sus disposiciones. De modo que, cualquier uso que no sea común general, ni que impida el uso de terceros, requerirá de la correspondiente autorización. Así, en la propia ley de Aguas y en el Reglamento, encontramos otras autorizaciones, que agregamos a la lista anterior:

- Investigación de aguas subterráneas⁵⁹⁵

La investigación de aguas subterráneas comprende el conjunto de operaciones destinadas a determinar su existencia, incluyendo las labores de profundización en el terreno, de alumbramiento y de aforo de los caudales obtenidos. Sólo estarán exentos de esta autorización, el aprovechamiento privativo legal de las aguas subterráneas cuando el volumen anual no sobrepase los 7000 metros cúbicos, y las investigaciones realizadas por la administración como parte integrante de estudios generales sobre acuíferos, sin perjuicio de su notificación al organismo de cuenca.

La autorización de investigación de aguas subterráneas puede solicitarla cualquier persona natural o jurídica, pero si lo hace el propietario de los terrenos afectados, gozará de un derecho preferente para obtenerla, dentro del mismo orden de prelación establecido en el Plan de la Cuenca o a falta de éste, el excepcional previsto en la Ley de Aguas⁵⁹⁶. También puede convocarla de oficio el organismo de cuenca.

La autorización de investigación de aguas subterráneas deben tramitarse por régimen de competencia, salvo que se trate de autorizaciones con fines de abastecimiento poblacional.

No podrá aceptarse peticiones de investigación de aguas subterráneas en los terrenos objeto de concesiones de explotación minera, ni dentro de los perímetros de protección de recursos que establece la legislación de minas, sin el consentimiento de su titular o de los organismos interesados y previa estipulación de resarcimiento de daños y perjuicios.

El plazo de la autorización para la investigación de aguas subterráneas, no podrá exceder de dos años, y su otorgamiento llevará implícita la declaración de utilidad pública a efectos de la ocupación temporal de los terrenos necesarios para la realización de las labores.

Sí resultaren positivas las labores de investigación, los titulares de la autorización, tendrán un derecho preferente para solicitar la correspondiente concesión de las aguas alumbradas, tema que será tratado más adelante (en la concesión de aguas subterráneas).

- Autorización de vertidos

La autorización de vertidos tendrá como objeto la consecución del buen estado ecológico de las aguas, de acuerdo con las normas de calidad, los objetivos ambientales y las características de emisión e inmisión establecidas reglamentariamente. Volveré sobre la autorización de vertidos y el pago del canon de control de vertidos, en el capítulo IX de Protección de las aguas.

de obras de la administración, hubieran sido informados por el organismo de cuenca y hubieran recogido las oportunas previsiones formuladas al efecto.

594 Estas autorizaciones se otorgan por un plazo no superior a dos años, y siempre se conceden a precario, ya que el organismo de cuenca puede revocarla, si lo cree conveniente para una mejor gestión del dominio hidráulico.

595 V. lo que se dice también en concesiones de aguas subterráneas.

596 V. Artículo 60 TRLAg.

– La pesca

Mención aparte, merece la pesca. Aun cuando la Ley de Aguas (TRLAg.) la incluye entre los usos comunes generales, remitiendo su regulación a la normativa general de medio ambiente, y a la especial de la materia, la necesidad de autorizaciones exigidas para el desempeño de esta actividad, tanto por la legislación estatal española⁵⁹⁷, como la legislación de las comunidades autónomas, impiden que la misma pueda considerarse como un uso común general, por lo que prefiero incorporarla a la lista de la enumeración anterior. De la misma forma, piensa MARTÍN RETORTILLO Sebastián, señalando que no se explica por qué se hizo esa referencia en la norma española (artículo 47.3. L.A, hoy artículo 50 TRLAg.)⁵⁹⁸, relativa al uso común general, pues considera que la pesca es un uso común especial.

En Venezuela, según MEAÑO Francisco, la pesca es un uso común general del agua⁵⁹⁹, pero al igual que en España, esta actividad tiene su legislación especial, y de la lectura de la norma vigente para el momento que escribe el autor, sólo estaba exenta de control por parte del Estado la pesca para uso doméstico y deportiva. Más recientemente, con la nueva ley de pesca venezolana, sólo está exenta de autorización la llamada pesca de subsistencia⁶⁰⁰; así que difiero de este autor venezolano, y considero que no puede catalogarse la pesca, como uso común general, sino especial.

De todas maneras, es importante anotar que la pesca es una actividad en la que tienen influencia varios departamentos ministeriales, así que será necesaria la coordinación entre ellos, debido a la facilidad con que las decisiones tomadas sobre un recurso, puede afectar al otro.

Al listado anterior de autorizaciones, debe agregarse las que cada comunidad autónoma establezca, como consecuencia de sus competencias en materias sectoriales, especialmente en materia de protección del medio ambiente, pesca fluvial y ecosistemas acuáticos. Pero sobre esto, volveré cuando estudie las competencias de las comunidades autónomas.

Referente a la tramitación de las autorizaciones en España, estas pueden ser encomendadas a la administración de las comunidades autónomas. La comunidad autónoma formula la propuesta de resolución al organismo de cuenca, quien toma la decisión. Esta decisión debe luego, ponerse en conocimiento de la comunidad autónoma. La delegación comentada, no podrá hacerse, cuando se trate de obras que ejecute la administración del Estado o en el caso de que deban llevarse a cabo en cauces que delimiten el territorio de dos o más comunidades autónomas.

En cuanto a las prohibiciones para solicitar autorizaciones de uso común especial, la legislación española prohíbe específicamente, el montaje o ubicación de instalaciones destinadas a albergar personas, aunque sea de manera provisional o temporal.

Las autorizaciones para usos comunes especiales, generan a favor de la administración, unas obligaciones que deben cumplir los usuarios. Estas obligaciones, en la legislación española son: –Pago de tasas o canon. Todas las autorizaciones, conllevan el pago de un canon, bien sea, el canon de utilización del dominio público hidráulico o el canon de control de vertidos. –Construcción de las obras necesarias. Por ejemplo, los usuarios deben realizar el balizamiento para señalar las zonas de fondeo y mangas, en las

597 V. Ley 20 Febrero 1942, de Pesca. Jefatura de1 Estado, B. O., de 8 marzo y el Decreto 6 abril 1943, Reglamento de la Ley de Pesca.

598 MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas...* Pág. 243.

599 MEAÑO Francisco. *Régimen Legal de...* Pág. 214. Plantea como uso común de acuerdo con la ley especial de la materia (Ley de Pesca de 1944).. Esta ley fue derogada recientemente.

600 V. Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. Ley de Pesca y acuicultura. G.O. No. 37727, de 8 de julio de 2003. Esta ley denomina pesca de subsistencia, la realizada con fines de alimentación del grupo familiar, y es la única actividad libre y exenta de autorización por parte del Estado.

autorizaciones de navegación y flotación. –Obligación de comunicar al organismo de cuenca cualquier alteración dañosa en las obras o instalaciones y dejar los bienes del dominio hidráulico en condiciones normales, aun en caso de revocación de la autorización.

El organismo de cuenca puede exigir adecuadas garantías para obligar a los beneficiarios a restituir el medio.

7.2.3 Usos privativos

El termino que mejor define a los usos privativos, es el de “aprovechamiento”. Tanto España como Venezuela, recogen la posibilidad de que los usuarios de los bienes del dominio hidráulico adquieran un derecho privativo al uso de un determinado caudal de aguas o de los bienes del dominio hidráulico; es decir, frente a los usos comunes que no impiden el uso del agua o de los bienes del dominio hidráulico, los usos privativos son individualizados y oponibles frente a terceros, e incluso frente a la Administración, como lo aclara MARTÍN RETORTILLO Sebastián⁶⁰¹. España, clasifica el aprovechamiento del dominio público hidráulico en: consuntivo y no consuntivo.

La forma de acceder a este derecho, en las dos legislaciones, es similar. Pues ambas establecen que el uso privativo se obtiene por disposición legal o mediante la figura de la concesión administrativa. Sin embargo, además de la concesión y la asignación, el PLAGV propone una tercera forma de uso privativo menos gravosa que la concesión, denominada “Licencia para los aprovechamientos menores”⁶⁰².

La Ley de Aguas española, recoge para la primera forma de acceder al uso privativo (por disposición de la Ley), a los aprovechamientos de aguas pluviales, las estancadas y las aguas subterráneas⁶⁰³. Estos aprovechamientos van juntos a la propiedad de la finca, por lo que serán susceptibles de enajenación y gravamen junto con la propiedad del fundo, pero el RDPH exige al propietario su inscripción en el Registro de Aguas, así como cualquier modificación que se produzca respecto del aprovechamiento o cambio de propietario del fundo.

Esta disposición legal (Artículo 54 TRLAg.), no ha estado exenta de inconvenientes, ya que los artículos 59 TRLAg. y 93 RDPH, establecen que fuera de estos casos, los demás usos privativos requieren concesión, impidiendo que alguna ley actual o futura pudiera contemplar otro uso privativo. MARTÍN RETORTILLO Sebastián, basado en la STS de 20 de enero de 1989, expone refiriéndose al artículo 57.1 (hoy 59.1 TRLAg.), que esa expresión debe tenerse como no puesta⁶⁰⁴.

A esos dos supuestos señalados, debo incluir otros dos: los provenientes de los derechos adquiridos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Aguas⁶⁰⁵, con la advertencia de que estos, son

601 Tiene el *ius excludendi*. V. MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas...* Pág. 247.

602 El PLAGV deja al Reglamento de la Ley la definición de Aprovechamiento Menor. V. Artículo 96 PLAGV. Sin embargo, en la Disposición Décima Tercera, existe una clasificación referencial de lo que debe entenderse por aprovechamientos menores y aprovechamientos mayores. V. Capítulo X. Epígrafe 10.5. El Proyecto de Ley de Aguas venezolano.

603 V. Artículos 52, 54, 59 TRLAg y 83, 84 y 93 RDPH y lo que respecto de las aguas de lluvia y las aguas subterráneas, se dijo en el Capítulo I de esta investigación.

604 V. MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas...* Pág. 251-252.

605 Para no volver sobre el tema, remito a lo dicho en el capítulo I, sobre los derechos que asisten sobre charcas, lagos y lagunas en la Disposición Adicional Primera (conservarán el carácter dominical que tuvieran en el momento de entrar en vigencia la Ley 29/1985, de 2 de agosto, siempre que haya constancia en el Registro de la Propiedad); aguas procedentes de manantiales, derivados de la Ley 13 de junio de 1879 (que hubieran obtenido su inclusión en el Registro de Aguas, como aprovechamiento temporal de aguas privadas, se les respetará ese derecho por 50 años, contados desde el 1º de enero de 1986, y al termino del plazo tendrán un derecho preferente para obtener la concesión), y por último, aprovechamientos temporales de aguas privadas procedentes de pozos o galerías, (inscritos en el Registro de Aguas conforme a la Ley 29/1985, de 2 de

derechos limitados en el tiempo; y por último, la autorización que otorga a la administración central y a las comunidades autónomas, para que usen los bienes del dominio hidráulico.

En Venezuela, el Proyecto de Ley de Aguas (PLAgV), establece respecto a las aguas pluviales, que todos los ciudadanos pueden usar y almacenar las aguas pluviales que se precipiten en sus predios, pero confiere potestad al Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, para que por razones técnicas, sanitarias, ambientales o de seguridad, condicione y limite el uso y almacenamiento de las mismas.

El PLAGV, también contiene una disposición transitoria para reconocer los derechos adquiridos con anterioridad a la vigencia de la Ley. Así establece que reconoce los derechos de uso de las aguas, legítimamente adquiridos y en ejercicio para el momento de la promulgación de la Ley, en las mismas condiciones en que se venían efectuando⁶⁰⁶, sin perjuicio de las limitaciones que deban establecerse para garantizar la conservación y uso sostenible del recurso, pero con la obligación de inscribir en el Registro Nacional de usuarios de las Aguas, su aprovechamiento dentro de los tres años siguientes a la promulgación de la Ley. En caso contrario, no podrá beneficiarse de este régimen transitorio⁶⁰⁷.

Ahora bien, siguiendo con el cuarto supuesto, es decir, las autorizaciones para las Administraciones Públicas, la Ley de Aguas española establece que si el requerimiento del agua, es de los órganos de la Administración Central o de las comunidades autónomas, no se obtendrá por la figura de la concesión sino de la Autorización especial extendida a su favor o del Patrimonio del Estado.

En Venezuela, conforme al Decreto 1400 (NRCARHCH), sólo están exentos de la figura de la concesión, los requerimientos de agua de la Administración Central, a cuyo efecto, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, fijará una asignación del volumen de agua necesario y establecerá las características del aprovechamiento. Por tanto, las entidades federales (estados), municipios y la administración de entes descentralizados, que requieran el agua, deben solicitar la correspondiente concesión⁶⁰⁸.

No deja de asombrar que los dos Estados reconocen al abastecimiento poblacional como competencia de los municipios y demás entes locales, y sin embargo, los asimila a usuarios del agua, sometiéndolos al régimen de concesión con algunos privilegios, como por ejemplo, la exención del régimen de tramitación en competencia, en la legislación española; o la garantía de viabilidad técnica y económica de la concesión

agosto, se les respetará su derecho por 50 años, contados igualmente, a partir de 1 de enero de 1986). De otro lado, y que no fue tratado en el capítulo I, se encuentran los titulares de aprovechamientos de aguas públicas en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada (quedarán legalizados mediante la inscripción en el Registro de Aguas, y su derecho se prolongará por 75 años, contados desde el 1º de enero de 1986, siempre que hubiera cumplido con los requisitos establecidos en la Ley 29/1985, de 2 de agosto (se refiere al Acta de Notoriedad, en la que debe acreditarse el derecho a la utilización del recurso en los mismos términos en que se hubiera venido disfrutando el aprovechamiento durante veinte años). Pareciera necesario aclarar sobre este punto, por la importancia que pueda tener en su momento para Venezuela, que de acuerdo con la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ No. 11: Estas limitaciones a los derechos no engendra indemnización, ya que “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”... “se trata de una nueva regulación del contenido de aquellos derechos, que afecta, sin duda, a un elemento importante de los mismos, pero que no restringe o desvirtúa su contenido esencial”.

606 La Ley exonera a estos aprovechamientos de la contribución especial de aprovechamiento por 35 años. V. Disposición Transitoria Segunda PLAGV.

607 V. Disposiciones Transitorias Primera a Quinta PLAGV.

608 Sin embargo, las empresas del Estado y los particulares venezolanos, no tienen la correspondiente concesión y aprovechan el agua sin haber solicitado concesión. De manera que son muy pocos los concesionarios, pudiendo mencionarse cuatro contratos conocidos de Empresas, que han firmado con el MARN contratos de concesión. Dos de ellos con la Empresa Petroquímica de Venezuela S.A. (PEQUIVEN) sobre el río Neverí (Río Neverí-Los Montones y río Neverí-Las

que otorga mediante convenio el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, a los municipios en Venezuela.

Por último, la Ley de Aguas española y el PLAGV, contienen un artículo para referirse a los aprovechamientos mineros, permitiendo la utilización del agua con esos fines, pero debo aclarar que en ningún momento las normas, pretenden exonerar a los titulares de aprovechamientos mineros, de la aplicación del principio de la obtención del uso privativo mediante la figura de la concesión⁶⁰⁹.

Así pues, salvo estas excepciones, y prohibiendo expresamente la legislación española, la prescripción como formula para alcanzar aprovechamiento del agua⁶¹⁰, debo concluir que la forma normal (legislativa) de acceder al uso privativo de los bienes del dominio hidráulico, en ambas legislaciones, es la concesión.

7.3 La concesión administrativa como forma normal de acceder al uso privativo del agua

La concesión administrativa, “se convierte en el eje sobre el que pilota todo el régimen jurídico del derecho a utilizar o aprovechar el agua, en sus distintas modalidades”⁶¹¹. Aunque España, ha incluido dos nuevas figuras a su Derecho de Aguas, conocidas en doctrina como “mercados del agua”, a los que haré referencia más adelante, para verificar su importancia práctica.

El estudio de la concesión administrativa, se basa en tres pilares fundamentales: Primero, que la concesión administrativa es un contrato⁶¹² celebrado entre la administración hidráulica y los usuarios del agua. Segundo, la concesión tiene algunas particularidades, ya que permite su revisión y control por parte de la Administración; y tercero, la concesión no otorga el derecho de propiedad sobre las aguas, sino un derecho real al aprovechamiento⁶¹³.

Parchitas). Con Corpoven (río Aroa) y con Aguas de Matícora (Embalse Matícora). V. DIEZ DE ARCONADA Mercedes. Leyes y Normas para la gestión de los Recursos Hídricos. En: URDANETA Alberto. *Ciclo de Recursos Hídricos en Venezuela: VI Seminario Aspectos Legales en la Administración y Manejo de los Recursos Hídricos*. Editado por la Comisión de Estudios Interdisciplinarios Rectorado UCV. Caracas, Venezuela: 2000. Pág. 136-141.

609 V. Artículo 57 TRLAg. y Presidencia de la República. Decreto No. 295, de 5 de septiembre de 1999, decreto con rango y Fuerza de Ley de Minas. Publicada en Gaceta Oficial N°. 5.382 (Extraordinaria) de fecha 28 de septiembre de 1999. Artículo 14. “El beneficiario de derechos mineros tiene derecho al uso y aprovechamiento racional de las aguas del dominio público para el ejercicio de sus actividades mineras, sujeto al cumplimiento de las disposiciones ambientales que rigen la materia. Así mismo, el beneficiario tiene derecho a la expropiación o al establecimiento de servidumbres para el aprovechamiento y uso de la aguas del dominio privado en su actividad minera.”

610 En opinión de la famosa Sentencia STC 227/1988, de fecha 29 de noviembre... FJ No. 23.c). La prescripción es contraria al sistema de concesión administrativa. Por supuesto, la sentencia reconoce la validez de la Disposición Transitoria Primera (igual DT Primera TRLAg), que permite la subsistencia de los derechos adquiridos por prescripción adquisitiva de acuerdo con la ley de 1879.

611 VÁZQUEZ Carlos. La regulación de los contratos de cesión de derechos de usos del agua. En: EMBID IRUJO ANTONIO (Director). *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*. Seminario de Derecho del Agua. Confederación Hidrográfica del Ebro. Civitas S.A. Madrid, España: 2000. Pág. 170.

612 V. GUAITA Aurelio. *Derecho Administrativo (Aguas, Montes, Minas)*. Segunda Edición. Editorial Civitas, S.A. Madrid, España: 1986. Pág. 151. Este autor, califica a la concesión de contrato administrativo. V. también LÓPEZ RAMÓN Fernando. Concesión. En: *Enciclopedia Jurídica Básica*. Volumen I. Editorial Civitas, S.A. Madrid, España: 1995. Pág. 1341-1343. Este autor clasifica los tipos concesionales en: concesiones demaniales, concesiones de obra pública, concesiones de servicio público y concesiones industriales. La concesión demanial es el negocio jurídico que da derecho a un uso privativo o al uso anormal del dominio público. Explicando que la concesión es el contrato administrativo (contrato de adhesión) “El régimen jurídico expresamente establecido para la concesión demanial es el régimen jurídico contractual, luego la naturaleza jurídica de la concesión es la de contrato, siempre y cuando se entienda, como debe ser, que la naturaleza afirmada de una institución no es sino una forma abreviada de expresar su régimen jurídico».

613 GUAITA Aurelio. *Derecho Administrativo...* Pág. 151. Igual pensamiento tienen PÉREZ PÉREZ Emilio, quien considera que el concesionario tiene un derecho real administrativo. V. PÉREZ PÉREZ Emilio. *Estudios jurídicos sobre propiedad...* Pág. 66.

7.3.1 Principios que rigen la concesión del dominio hidráulico

Los principios que se mencionan a continuación, son válidos para las dos legislaciones, e incluso deben ser tomados en consideración por las comunidades autónomas españolas con cuencas internas⁶¹⁴. Así pues, los principios que rigen a la concesión administrativa para el aprovechamiento de los bienes del dominio hidráulico, son los siguientes:

A. Es un acto discrecional, otorgado por la administración de cuencas competente

De acuerdo con la legislación española, el otorgamiento de las concesiones referentes al dominio público hidráulico es atribución de los organismos de cuenca, salvo las relativas a las obras y actuaciones de interés general del Estado, que corresponden directamente al Ministerio de Medio Ambiente.

En Venezuela, todos los contratos de concesión⁶¹⁵ deben ser otorgados por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables, y luego requieren para su validez, la aprobación del Congreso de la República (ahora Asamblea Nacional).

Según ambas legislaciones, la concesión es un acto discrecional de la Administración. Sin embargo, MARTÍN RETORTILLO Sebastián, plantea la relatividad de la discrecionalidad, y establece que existen supuestos en los cuales, la Administración está obligada a otorgar la concesión⁶¹⁶; o supuestos donde limita o circunscribe la actuación de la administración con principios tales como, la racionalidad de la explotación, otorgamiento de las concesiones que supongan menor consumo de agua, o la misma planificación hidrológica. Estos elementos son condicionantes de la discrecionalidad de la Administración y deben tomarse en cuenta, ante una posible confrontación jurisdiccional de lo actuado por la Administración⁶¹⁷.

Puede afirmarse entonces, que la discrecionalidad, no es absoluta, ya que las concesiones deben otorgarse según las previsiones de los planes hidrológicos⁶¹⁸ y el acto que deniega la solicitud debe ser motivado. De manera que la planificación y la motivación de la negativa, se comportan como condicionantes de la discrecionalidad⁶¹⁹.

Los resultados positivos de una investigación de aguas subterráneas, dan derecho al investigador a solicitar la correspondiente concesión, y entiendo que acá se proyecta un derecho a la concesión, porque se privilegia con la exclusión del trámite de competencia de proyectos, y tiene derecho a indemnización, ante la negativa de la Administración de otorgarle la concesión. Es decir que, en este caso lo que está

614 El sistema de distribución de competencias que rige en la legislación española, y en un todo conforme con el principio establecido en el artículo 149.1.18 CE, el Estado tiene que dictar la normativa básica en materia de concesiones administrativas. Dicho principio quedó suficientemente aclarado en la STC 227/1988, de 29 de noviembre; así que, las comunidades autónomas españolas con competencias sobre las cuencas intracomunitarias, deben atenerse a lo establecido por la legislación del Estado, para regular las concesiones de agua en dichas cuencas.

615 La concesión del aprovechamiento de los recursos hidráulicos se rige fundamentalmente por el Decreto 1400 (NRCAR-HCH).

616 De acuerdo con el artículo 180.4 RDPH, la autorización para la investigación minera, de resultar positiva, el interesado deberá formalizar la petición de concesión dentro de los seis meses siguientes. Esta solicitud se tramitará sin competencia de proyectos. V. MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas...* Pág. 289.

617 El autor plantea la tesis, en primer lugar, de que la concesión del dominio hidráulico no tiene el carácter discrecional que la Ley de Aguas le irroga; y por otro lado, afirma que el acto que niega la concesión puede ser confrontado jurisdiccionalmente. V. MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas*. Pág. 289-293.

618 Ver lo que se dirá más adelante en letra C.

619 ARIÑO ORTIZ Gaspar y SASTRE BECEIRO Mónica. *Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España (Los mercados regulados del agua)*. Editorial Comares, S.L. Granada, España: 1999. Pág. 104. Estos autores también consideran a la planificación y la motivación del acto, como condicionantes de la discrecionalidad.

sometido a discrecionalidad y al trámite en competencia, sería la autorización de investigación, pero luego el otorgamiento de la concesión no estaría sometida a esa condición. Sin embargo, ALCAÍN MARTÍNEZ Esperanza señala que “la autorización de investigación no garantiza la correspondiente concesión posterior”⁶²⁰.

ARIÑO ORTIZ Gaspar y SASTRE BECEIRO Mónica, manejan una tesis similar a la anterior, al establecer que los solicitantes no gozan de un derecho subjetivo para obtener la concesión, por tratarse de un bien que no es de su propiedad⁶²¹.

B. Las concesiones se otorgarán tomando en cuenta la explotación racional y conjunta de los recursos superficiales y subterráneos

La Ley de Aguas española, confiere a los organismos de cuenca algunas facultades que le ayudan a cumplir estos cometidos, entre otras:

La Ley faculta a los organismos de cuenca para fijar el régimen de explotación de los embalses establecidos en los ríos y de los acuíferos subterráneos cuando así lo exija la disponibilidad del recurso, obligando incluso, como se dijo en el capítulo cuarto, a constituir comunidades de usuarios de aguas superficiales y subterráneas.

También podrá, con carácter temporal, condicionar o limitar el uso del dominio público hidráulico para garantizar su explotación racional. Pero cuando ello ocasione un perjuicio para unos aprovechamientos a favor de otros, los beneficiados deberán satisfacer la oportuna indemnización⁶²².

La administración concedente podrá imponer la sustitución de la totalidad o de parte de los caudales concesionales por otros de distinto origen. En estos casos, la administración responderá únicamente de los gastos inherentes a la obra de sustitución, pudiendo repercutir estos gastos sobre los beneficiarios.

Podrá otorgar concesiones a precario sobre caudales que no vayan a ser aprovechados inmediatamente (caudales reservados o comprendidos dentro de algún Plan del Estado). Estas concesiones no darán lugar a indemnización cuando el organismo de cuenca reduzca los caudales o revoque la autorización.

Los organismos de cuenca están facultados para obligar a instalar sistemas de medición, que garanticen información sobre los caudales de agua en efecto utilizados o retornados. Estos sistemas también son exigibles a quienes realicen vertidos⁶²³.

Permite a los organismos de cuenca, oído el Consejo del Agua de la Demarcación, declarar un acuífero sobreexplotado o en riesgo de estarlo, y por tal motivo limitar la extracción del agua, como medida preventiva y cautelar, hasta la aprobación del plan. Delimitando perímetros donde no será posible el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas subterráneas a menos que los titulares de las preexistentes, se constituyan en comunidades de usuarios.

620 ALCAÍN MARTÍNEZ Esperanza. Evolución del Régimen... Pág. 31.

621 ARIÑO ORTIZ Gaspar y SASTRE BECEIRO Mónica. *Leyes de Aguas...* Pág. 103.

622 Estas facultades de los organismos de cuenca establecidas en el artículo 55 TRLAg, son de acuerdo con la STC 227/1988, de 29 de noviembre, de aplicación supletoria de las comunidades autónomas con cuencas internas.

623 Por cierto que de acuerdo con la Disposición Transitoria Duodécima, declara como infracción grave, la falta de instalación de los adecuados sistemas de medición e información y su reiteración será causal de declaración de caducidad de la concesión. V. Ley 10/2001, de 5 de julio, aprueba el Plan Hidrológico Nacional. BOE No. 161, de 6 de julio; rect. BOE No. 184, de 2 de agosto.

C. Toda concesión se otorgará según las previsiones de los planes hidrológicos

Podría afirmarse como lo hace el *Libro Blanco del Agua* que la esencia misma de los planes reside en establecer las posibilidades de uso del recurso en un determinado período⁶²⁴. Claro, el plan no otorga un derecho subjetivo a los usuarios potenciales, sino que se comporta como un instrumento de información para ellos, que en el plano jurídico se concreta limitando la discrecionalidad administrativa en el otorgamiento de las concesiones, pero en modo alguno, obliga a la administración a dar concesiones, pero sí le impide otorgarlas contradiciendo el plan. Así pues, la concesión puede considerarse como la concreción del cumplimiento de las previsiones de los planes⁶²⁵.

Sin embargo, aunque esta sea la forma normal de establecer los recursos que se otorgarán en concesión, actualmente existe otra posibilidad, que no puedo dejar pasar sin comentar aunque sea brevemente, respecto a las concesiones de aguas trasvasadas.

De acuerdo con la Ley del Plan Hidrológico Nacional, mediante Real Decreto, el Consejo de Ministros, previo informe de los organismos de cuenca, establecerá los distintos usos, zonas y ámbitos de aplicación de los recursos trasvasados, así como su cuantificación precisa. Basándose en esta disposición, se procederá al otorgamiento de las correspondientes concesiones, o en su caso, a la modificación de las existentes⁶²⁶.

Si bien es cierto que las concesiones se dan de acuerdo con las previsiones de los Planes, no es menos cierto, que en realidad, los caudales a otorgar en concesión, se deciden en la Comisión de Desembalse y en las Juntas de Explotación. Así lo afirma VÁZQUEZ Carlos cuando dice que "Es en el ámbito del ejercicio periódico por la Administración Hidráulica de sus competencias de gestor del recurso, donde quedan determinados los derechos a disponer privativamente del agua, y el alcance que efectivamente cada derecho tiene"⁶²⁷. Igual pensamiento tiene MARTÍN RETORTILLO Sebastián, al señalar que las Juntas de Explotación, constituyen la pieza clave del Sistema, pues ellos coordinan la utilización de los recursos⁶²⁸.

Sin embargo, la tesis antes expuesta, sólo puede considerarse, si estamos claros en que la Juntas de Explotación y la Comisión de Desembalse, son órganos de gestión (de consulta), no son órganos ejecutivos; así que el primero podrá aconsejar (función de coordinación) la mejor utilización del agua. Por su parte, la Comisión de Desembalse es la encargada de proponer al Presidente del organismo el llenado y vaciado de los embalses y acuíferos de la cuenca; aunque algunas propuestas de la Comisión de Desembalse, son vinculantes para el Presidente del organismo de cuenca (cuando son tomadas por unanimidad por los vocales y favorable el informe emitido por el Comisario de Aguas, el Director Técnico y el Jefe de Explotación), pero repito, no pueden disponer materialmente el otorgamiento o no de nuevas concesiones o la modificación de las existentes, sino aconsejar lo más conveniente, propuestas que de ser aceptadas podrían tomarse en consideración al elaborar el Plan de la Cuenca⁶²⁹.

624 Ministerio de Medio Ambiente. *Libro Blanco del...* Pág. 338.

625 MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas...* Pág. 282.

626 V. Artículo 17.7 Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. BOE No. 184, de 2 de agosto.

627 VÁZQUEZ Carlos. *La regulación de los contratos...* Pág. 178.

628 V. MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas...* Pág. 281 y 484.

629 Para decir esto me apoyo en la exposición del doctor Antonio Fanlo Loras sobre las funciones de las Juntas de Explotación y de la Comisión de Desembalse. V. FANLO LORAS Antonio. *Las Confederaciones Hidrográficas y otras administraciones hidráulicas*. Seminario de Derecho del Agua. Universidad de Zaragoza. Confederación Hidrográfica del Ebro. Civitas S.A. Madrid, España: 1996. Pág. 243 y ss.

D. La concesión tiene carácter temporal

De acuerdo con la legislación española, la concesión no excederá de setenta y cinco (75) años. Sin embargo, si la concesión es para el riego o abastecimiento de poblaciones⁶³⁰, puede solicitarse una nueva con el mismo uso y destino, dentro de los cinco años anteriores a terminar la concesión, siempre que a ello no se opusiere el Plan Hidrológico Nacional⁶³¹. Utilizando este procedimiento, el concesionario evita el trámite en competencia de su solicitud.

En Venezuela, las concesiones tienen una duración de sesenta (60) años, pero podrán prorrogarse por una sola vez, por igual período de tiempo. Al finalizar esta prórroga, el concesionario tendrá un derecho preferente para solicitar una nueva concesión, por un plazo máximo no prorrogable de sesenta años, de acuerdo con las características y condiciones que para el momento del otorgamiento de ésta, establezca el plan nacional y los planes regionales de aprovechamiento de los recursos hídricos.

En ambas legislaciones, los beneficiarios de la concesión tienen derecho a solicitar una prórroga cuando la concesión otorgada, no ha permitido recuperar el costo de las obras. Ese plazo en España no puede exceder de diez años, siempre que dichas obras no se opongan al plan hidrológico nacional, y el concesionario acredite los daños que le causarían si no se la otorgan⁶³². Venezuela tiene prevista la excepción, pero no señala el plazo de prórroga para recuperar el valor de las obras construidas.

E. La administración no garantiza el caudal de agua

La Administración no garantiza la posibilidad y menos la rentabilidad de la concesión; de allí que no responda nunca de la falta o disminución del caudal expresado en la concesión.

F. La concesión deja a salvo los derechos de terceros

La cláusula *salvo iure tertti* como se conoce en doctrina, tiene como propósito fundamental salvar la responsabilidad de la Administración y trasladarla a los particulares.

El perjuicio provendrá del concesionario que en el ejercicio abusivo y extralimitado, aun de buena fe, de un derecho que no existía, por ser incompatible la concesión con los derechos preexistentes o recaer sobre aguas de las que la administración no podía disponer, o que no facultaba llegar hasta donde lo hizo el nuevo concesionario. Por ello será responsable el concesionario de los daños y perjuicios ocasionados⁶³³. La nueva concesión, por tanto, podría declararse nula total o parcialmente, dependiendo de su posibilidad de seguir subsistiendo.

Para tener una idea de cuándo estamos en presencia de responsabilidad del nuevo concesionario para con aprovechamientos anteriores, puede consultarse el artículo 184.6 del RDPH. En este, se destaca la incompatibilidad producida y el daño que causa una nueva concesión, haciendo imposible un

630 Las concesiones para abastecimiento poblacional prestado por las corporaciones locales en régimen de gestión indirecta, no tienen este derecho del beneficio de la prórroga y exención del trámite en competencia previsto en el 53.3 TRLAg. Este derecho sólo lo tienen las corporaciones locales individualmente o constituidas en comunidades de usuarios.

631 De manera que la previsión temporal, tiene una excepción cuando se trata del abastecimiento poblacional y regadío. Artículo 24 LPHN, según el cual en los expedientes de declaración de extinción de las concesiones para abastecimiento de poblaciones y regadíos, sus titulares podrán solicitar una nueva con el mismo uso y destino para las aguas, con exclusión del trámite de proyectos en competencia, siempre que a ello no se opusiere lo dispuesto en el plan hidrológico de la cuenca correspondiente.

632 V. Art. 59.6 TRLAg.

633 MAS BADIA María Dolores. *El nuevo régimen jurídico de las Aguas*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España: 1992. Pág. 103-106.

aprovechamiento anterior (reducción del caudal realmente aprovechado o un deterioro de su calidad que lo haga inutilizable para el fin a que se dedicaba).

La cláusula *salvo iure tertii*, tiene una excepción, según expresa MAS BADIA María Dolores, ya que para otorgar concesiones de aguas subterráneas, la administración hidráulica, debe considerar los aprovechamientos legalizados con anterioridad. Ahora bien, si de los datos objetivos de la captación legalizada resultara evidente la incompatibilidad, y aun así otorgara la concesión, la administración sería responsable⁶³⁴. Sobre esta posición doctrinal, debo decir, que en ese mismo artículo que se comenta⁶³⁵, la Ley traslada la responsabilidad al titular de la concesión, como queriendo especificar que a pesar del error de la Administración, será el nuevo concesionario quien deba resarcir los daños causados, es decir, a nuestro modo de ver, es todo lo contrario, hay un reforzamiento de la tesis del *salvo iure tertii*, más que una excepción a la misma.

En la legislación venezolana, esta cláusula está recogida como exención de responsabilidad de la administración, al establecer que los concesionarios serán responsables del incumplimiento de las obligaciones que le correspondan o por actos u omisiones de sus contratados o dependientes.

G. Los caudales ecológicos se imponen como una limitación a los sistemas de explotación

Entre las condiciones que se fijan en la concesión se encuentra el respeto por los caudales mínimos para los usos comunes o por motivos sanitarios o ecológicos. Es decir, que “determinados caudales pasan a sustraerse de su utilización directa por parte de los usos que sí se enuncian”⁶³⁶. Los caudales ecológicos, tienen como finalidad, además del mantenimiento de la calidad de las aguas, la posibilidad de permitir la subsistencia, en condiciones apropiadas, de las especies piscícolas, así como su habitat.

La única excepción a la fijación de los caudales ecológicos, es la derivada de la preeminencia del abastecimiento poblacional⁶³⁷. SÁNCHEZ MORÓN Miguel Ángel señala que esta previsión legal resulta contradictoria con el concepto y significación jurídica de la técnica del caudal ecológico, haciéndolo nulo en algunas oportunidades o reduciéndolo seriamente. Considera que el caudal ecológico podría subordinarse al abastecimiento poblacional en situaciones extraordinarias (graves sequías o desabastecimiento), pero considerarlo como regla, puede llevar a considerar más importante la construcción de un complejo turístico, antes que garantizar el buen estado de los ecosistemas acuáticos⁶³⁸.

Además de esa previsión legal, la fijación de los caudales ecológicos, no está exenta de polémicas, por la distribución de competencias entre el Gobierno central y las comunidades autónomas; pero ya hice referencia a ello, cuando analicé los títulos competenciales de las comunidades autónomas, que influyen sobre el agua, señalando la actitud que asumen las comunidades autónomas y las soluciones que se han previsto. Así, como tampoco lo está la habilitación que hacen la mayoría de los planes a que los caudales sean fijados por concreciones posteriores. En este sentido, CARO-PATÓN CARMONA Isabel y MENÉNDEZ MARTÍNEZ Carlos, señalan que los caudales ecológicos deben fijarse en los planes hidrológicos, de manera que mientras no se fijen, no son obligatorios para los usuarios del dominio público⁶³⁹.

634 MAS BADIA María Dolores. *El nuevo régimen...* Pág. 121.

635 Artículo 60 Ley de Aguas, actualmente 76 TRLAg.

636 MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas...* Pág. 300.

637 V. Artículos 59.7 TRLAg. y 26 Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. BOE No. 184, de 2 de agosto.

638 SÁNCHEZ MORÓN Miguel Ángel. Aspectos ambientales de la modificación de la Ley de Aguas. En: EMBID IRUJO Antonio (Director). *La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*. Seminario de Derecho del Agua. Universidad de Zaragoza. Confederación Hidrográfica del Ebro. Civitas S.A. Madrid, España: 2000. Pág. 97.

639 CARO-PATÓN CARMONA Isabel y MENÉNDEZ MARTÍNEZ Carlos. Concepto, determinación e implantación de los caudales ecológicos. El problema de su afección a derechos concesionales preexistentes. En: *Revista Española de Derecho Administrativo*. No. 124. Civitas S.L. Madrid, España: Octubre-diciembre 2004. Pág. 584.

H. Revisión de las concesiones

La revisión de las concesiones, procede: cuando se modifican los supuestos determinantes de su otorgamiento; en casos de fuerza mayor, a petición del concesionario, o cuando lo exija su adecuación a los planes hidrológicos. La revisión, consiste en el análisis de sus características⁶⁴⁰, comprobando la eficiencia de la gestión y la utilización de los recursos hídricos objeto de la concesión.

Para MARTÍN RETORTILLO Sebastián, esa revisión de las características a que se refiere la DT, no puede ser únicamente la revisión formal de referencias erróneas o incompletas, sino que debe ir a más, revisando los caudales fijados, para reducirlos si ha variado la superficie regable o para modularlos como consecuencia de la ejecución de obras de regulación⁶⁴¹.

El RDPH establece además que, independientemente de la facultad de revisión, en virtud de las competencias de inspección y vigilancia de las obras, los organismos de cuenca podrán imponer modificaciones a un proyecto en curso de ejecución.

La revisión de las concesiones puede dar lugar a indemnización, cuando como consecuencia de la misma, se produzca un daño efectivo al patrimonio del concesionario. De acuerdo con el RDPH, esa indemnización sólo será procedente si la revisión se produce para adecuar su aprovechamiento a los planes hidrológicos.

Al lado de esta revisión, si se quiere ordinaria o normal, existe otra, extraordinaria, que habilita al Gobierno español (mediante Decreto), oído el organismo de cuenca, para adoptar las medidas⁶⁴² necesarias ante graves situaciones como sequías extraordinarias, sobreexplotación grave de acuíferos, o similares estados de necesidad y urgencia. Esas medidas llevarán implícita la declaración de utilidad pública de las obras, sondeos o estudios necesarios para desarrollarlos, a efectos de la ocupación temporal y expropiación forzosa de bienes y derechos, así como la urgente necesidad de la ocupación.

Cuando el Decreto trate sobre acuíferos sobreexplotados o en riesgo de estarlo, las medidas podrán hacerse efectivas, incluso sobre los aprovechamientos privativos de aguas subterráneas con volumen anual que no sobrepase los 7.000 metros cúbicos, y sobre los derechos de aguas privadas de pozos y galerías reconocidos transitoriamente como aprovechamientos privados.

En síntesis, las medidas pueden afectar cualquier aprovechamiento privativo, y en ningún caso, darán lugar a indemnización. Según ALCAÍN MARTÍNEZ Esperanza “en la mayoría de los casos esas medidas supondrán la modificación de los aprovechamientos, alterando los caudales y llegando incluso a suprimirlos”⁶⁴³.

Por su parte, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales venezolano, puede modificar las condiciones de la concesión por razones de salubridad o protección del ambiente o cualquiera otra de utilidad pública o interés general, basado en la investigación y estudios técnicos.

I. Reversión de las obras

Al extinguirse el derecho concesional, revertirán a la administración competente gratuitamente y libres de cargas todas las obras que hubieran sido construidas dentro del dominio público hidráulico para

640 V. DT Sexta TRLAg.

641 MARTÍN RETORTILLO Sebastián. *Derecho de Aguas...* Pág. 285.

642 Las medidas a tomar van en relación con la utilización del dominio hidráulico.

643 ALCAÍN MARTÍNEZ Esperanza. La Prevención y la gestión de los acuíferos sobreexplotados tras la reforma de la Ley de Aguas. En: EMBID IRUJO Antonio (Director). *La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*. Seminario de Derecho del Agua. Universidad de Zaragoza. Confederación Hidrográfica del Ebro. Civitas S.A. Madrid, España: 2000. Pág. 318.

la explotación del aprovechamiento, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones estipuladas en el documento concesional⁶⁴⁴.

En Venezuela existe una norma similar que revierte al Estado al vencimiento de la concesión, sin indemnización todas las obras, siempre que estén destinadas al uso y servicio público en virtud de sus características. No se considerarán dentro de estos bienes, las tierras regadas y las obras de infraestructura e instalaciones industriales incorporadas a las tierras privadas, según las condiciones contenidas en el contrato de concesión.

J. El agua que se conceda queda adscrita a los usos indicados en el título concesional

La administración pública está en la obligación de verificar que la concesión se está utilizando de acuerdo con el uso que establece el título, pues a pesar que en la mayoría de los supuestos, el agua no se entrega para cumplir un servicio público, de modo indirecto contribuye a la satisfacción del interés general. De manera que el concesionario no puede defraudar o burlar con su conducta negligente el interés público⁶⁴⁵. Así como tampoco puede servir a otras tierras, sino a aquellas para la cual se otorgó la concesión, sin perjuicio de lo que se dice más adelante, del riego en régimen de servicio público y de las cesiones de derechos.

En Venezuela, para poder destinar las aguas a otro fin, se requiere la autorización del otorgante, tramitándose como si se tratase de una nueva concesión. Por eso, se exige la constitución de garantías suficientes, a juicio del Ejecutivo Nacional, para asegurar las obligaciones del concesionario.

Por supuesto, la concesión puede ser para uso múltiple, situación también prevista en la legislación venezolana, pero en este caso debe dejarse constancia en el contrato de las características de los diferentes usos y la forma como habrán de ejecutarse y operarse las obras.

K. Cualquier modificación a las características de la concesión debe ser autorizada

No pueden hacerse modificaciones a las características de la concesión sin la autorización administrativa del mismo órgano otorgante. De acuerdo con el RDPH español, por características esenciales, se entiende: identidad del titular, caudal máximo y continuo medio equivalente a derivar, corriente y punto de toma, finalidad de la derivación, superficie regada en las concesiones para riego y tramo afectado en las destinadas a producción de energía eléctrica.

Las solicitudes de autorización para estas modificaciones serán sometidas a información pública con el ámbito que determine el organismo de cuenca, siempre que a juicio de éste puedan suponer afecciones a terceros. También se pedirán los informes de otros organismos que sean preceptivos en los supuestos de concesión, o que considere el organismo de cuenca, imprescindibles para la resolución.

La Ley de Aguas y el RDPH consideran especialmente, la modificación resultante de la transmisión de aprovechamientos que impliquen un servicio público o la constitución de gravámenes, pues en estos casos requieren autorización.

La legislación venezolana establece que cualquier modificación de las características y condiciones de la concesión, debe ser autorizada por el MARN; sin embargo, impide específicamente que la modificación pueda ser del titular, porque la sanciona con extinción del título concesional.

644 V. Arts. 53.4 y 135.2b TRLAg

645 GUAITA Aurelio. *Derecho Administrativo...* Pág. 151.

L. En la concesión para riego, el titular de la concesión deberá ser propietario de las tierras

De acuerdo con la legislación española, en las concesiones para riego, debe acreditarse la propiedad de la tierra por el solicitante de la concesión. Situación que no está prevista en la legislación venezolana, que sólo exige para este tipo de concesiones, determinar la superficie a regar y el volumen de agua a aprovechar.

Sin embargo, el TRLAg. prevé excepciones al principio anterior, cuando permite la concesión a Comunidades de usuarios, las concesiones colectivas⁶⁴⁶ o la concesión de 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.

El titular de una concesión para riego en régimen de servicio público no tiene el derecho privilegiado de solicitar una nueva concesión con anterioridad a su vencimiento. Serán los propietarios de las tierras quienes podrán solicitarlo individualmente, y las obras que no se hayan revertido al Estado, le corresponderán a éstos.

De acuerdo con la Ley de Tierras venezolana⁶⁴⁷, el uso y aprovechamiento racional de las aguas susceptibles de ser usadas con fines de regadío agrario y planes de acuicultura, quedan afectados a dicha ley, para lo cual se ordena al Instituto Nacional de Tierras levantar el censo de aguas con fines agrarios.

M. El procedimiento ordinario de otorgamiento de concesiones se ajustará a los principios de publicidad y tramitación en competencia

Como la mayoría de los actos y procedimientos que adelanta la administración pública, están sometidos al régimen de publicidad. Las concesiones no son una excepción. En las dos legislaciones, las solicitudes de concesión, una vez aceptadas a trámite, deben publicarse para que todos cuantos quieran puedan, en primer lugar, postular para el mismo aprovechamiento, o para hacer oposición a su otorgamiento.

En España, puede oponerse quien crea lesionado sus derechos obtenidos con anterioridad a la nueva concesión. Así lo establece el RDPH al señalar que durante el lapso que sucede a la publicación (nunca puede ser inferior a 20 días naturales), los que se consideren perjudicados pueden examinar el expediente y documentos técnicos en el organismo de cuenca, a donde deberán ir por escrito las alegaciones pertinentes.

En Venezuela son causales de oposición a la solicitud de concesión: Alegatos de mejor derecho; lesiones de derechos preexistentes e impedimentos técnicos. A partir de la última publicación en prensa de la oferta de contrato, se abrirá un lapso de diez (10) días hábiles para la interposición de oposición. Cualquier persona con interés legítimo, personal y directo, podrá presentar oposición, mediante documentos demostrativos de sus alegatos. Vencido el plazo para la oposición, sin que se presente alguna, o si interpuesta, se declara sin lugar, el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales procederá al otorgamiento de la concesión.

Referente al trámite en competencia, salvo el abastecimiento poblacional⁶⁴⁸, bien por primera vez o para solicitar una nueva; la solicitud de una nueva concesión de riegos; las concesiones de escasa

646 V. Artículo 81.5 TRLAg.

647 V. Artículo 26. Decreto-Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, Publicada en Gaceta Oficial N° 37.323 de fecha 13 de noviembre del 2001.

648 Además de eliminar la gestión mediante el trámite de proyectos en competencia, cuando se va a hacer con aguas subterráneas, se elimina las condiciones de distancia entre pozos y las medidas de afectación a aprovechamientos preexistentes.

importancia por su cuantía, y algunas concesiones de aguas subterráneas, como se verá más adelante, todas las demás solicitudes deben resolverse con el trámite de competencia de proyectos.

Con esta norma, la legislación española y la venezolana que prevé el trámite de licitación pública, pretenden eliminar cualquier posibilidad de privilegios de un potencial usuario sobre otro, aunque Venezuela permite que el MARN pueda otorgar las concesiones por adjudicación directa, lo cual no parece adecuado para alcanzar los objetivos de protección y uso racional de los recursos.

De acuerdo con la ley española, en igualdad de condiciones, se prefiere el proyecto que proponga un uso más racional del agua y una mejor protección y conservación del recurso y su entorno. España, suprime cualquier privilegio para obtener la concesión, exceptuando solamente al propietario del fundo para solicitar la autorización de investigación de aguas subterráneas, pero únicamente a efectos de presentarla.

Cuando usa la figura de la licitación pública, la legislación venezolana prevé que la concesión se otorgará a quien presente las mejores condiciones, tomando en cuenta: su conformidad con la política de distribución del recurso establecida por el MARN; su compatibilidad con el plan nacional y los planes regionales de aprovechamiento de los recursos naturales; las investigaciones y estudios realizados; las mayores ventajas ofertadas, y las mejores condiciones técnicas y económicas para responder del ejercicio de la concesión o de la asignación.

N. Procedimiento menos gravoso o especial para algunas concesiones

Las dos legislaciones tienen previstos procedimientos menos gravosos cuando los aprovechamientos sean de escasa importancia por su cuantía, o en la terminología venezolana (concesiones de aprovechamientos menores). Sin embargo, el Decreto 1400 no fija las condiciones para considerar una concesión como "aprovechamiento menor", dejando al MARN la discrecionalidad para que lo decida, mediante Resolución Ministerial⁶⁴⁹.

Cuando la legislación española considera que la concesión tiene escasa importancia por su cuantía, exige en parte el procedimiento normal de la concesión administrativa, como por ejemplo eliminación del trámite de competencia de proyectos⁶⁵⁰; limita la información pública o los documentos a acompañar a la solicitud⁶⁵¹.

También puede dictar un procedimiento para tramitar la concesión, como por ejemplo los aprovechamientos hidroeléctricos de potencia inferior a 5.000 kVA, previsto en un ordenamiento especial⁶⁵².

La otra posibilidad, es dictar un procedimiento especial en el propio RDPH, como el previsto para los aprovechamientos hidroeléctricos en embalses o canales construidos con fondos del Estado o del organismo de cuenca; o el procedimiento para las concesiones de extracción de áridos en el tramo de un río.

Por último, estableciendo algunas particularidades, como en el procedimiento para el abastecimiento de aguas a poblaciones y urbanizaciones aisladas, que no pueden ser abastecidas desde la red municipal.

649 Hasta la fecha, dicha Resolución Ministerial no ha sido dictada.

650 Por ejemplo, concesión de agua para riego, sin régimen de servicio público y con caudal menor a los 8 litros/segundo; usos domésticos hasta 2000 personas; acuicultura hasta un caudal de 100 litros/segundo; o bien un caudal inferior a 5 litros/segundo para destinos no energéticos distintos de los mencionados.

651 Por ejemplo, los aprovechamientos de riego con caudal menor de 4 litros/segundo; usos domésticos hasta 50 personas, constituyan o no un núcleo habitado; o un caudal inferior a 2 litros/segundo para otros destinos diferentes de los indicados anteriormente.

652 V. RD 916/1985, de 25 de mayo, Tramitación de concesiones y autorizaciones administrativas para la instalación, ampliación o adaptación de aprovechamientos hidroeléctricos con potencia no superior a 5000 KVA, BOE núm. 149, de 22 de junio.

En este último caso no las sustrae totalmente al procedimiento ordinario de la concesión, sino que prevé algunos trámites distintos; o cuando hace algunas precisiones y salvedades para la tramitación de concesiones de obras e instalaciones en el dominio público hidráulico.

Ñ. Carácter oneroso de las concesiones

En los capítulos I y III, hice referencia al precio del agua, su consagración en ambas legislaciones y la incorporación en 2003 del principio de la recuperación de costes en la legislación española. Sin embargo, este principio debe ser desarrollado, ya que las tasas y exacciones actuales se derivan de la ocupación, utilización y aprovechamiento de los bienes del dominio hidráulico; por las mejoras producidas por la construcción de una obra; para mantener la calidad del agua, o por la disponibilidad del agua, producto de una obra hidráulica específica⁶⁵³, dejando por fuera la mayor parte de los aprovechamientos de aguas subterráneas, los que utilizan infraestructuras propias, los regadíos tradicionales y las obras de regulación anteriores⁶⁵⁴. Es decir aún no toman en consideración el recurso como tal. Así pues, las exacciones consagradas en la legislación española son cuatro:

- Canon por la ocupación, utilización y aprovechamiento de los bienes del dominio hidráulico.
- Canon de regulación.
- Canon de control de vertidos, y la
- Tarifa de utilización del agua.

Veamos un poco en qué consiste cada una, excepto la de control de vertidos, que analizaré en el Capítulo IX de Protección del Agua:

El canon por la ocupación, utilización y aprovechamiento de los bienes del dominio hidráulico

Este canon se paga por la ocupación y utilización de los bienes del dominio hidráulico que se encuentren en los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas; en los lechos de los lagos, lagunas y embalses superficiales en cauces públicos. El canon incluye el aprovechamiento de los materiales que requieran los concesionarios o autorizados, pero no tienen que pagar el canon de ocupación y utilización de los terrenos del dominio público necesarios para llevar a cabo la concesión.

El canon de utilización de los bienes del dominio hidráulico está destinado a la mejora y protección del recurso; se paga una vez obtenida la concesión, y luego una cuota de mantenimiento anual.

El canon de regulación⁶⁵⁵

Los beneficiarios por obras de regulación de las aguas superficiales o subterráneas⁶⁵⁶, financiadas total o parcialmente con cargo al Estado, deben pagar un canon para compensar los costes de la inversión que soporte la administración estatal y atender los gastos de explotación y conservación de tales obras. El hecho imponible radica en el dato esencial del valor de las mejoras producidas sobre el volumen del curso de los ríos⁶⁵⁷

653 Diferencia del hecho imponible en el canon de regulación y la tarifa de utilización. V. ÁLVAREZ RICO Manuel, PÉREZ MARÍN Antonio y ÁLVAREZ-RICO GARCÍA Isabel. *Los problemas del régimen económico-financiero del dominio público hidráulico*. Segunda Edición. Editorial Comares. Granada, España: 2002. Pág. 203.

654 Ministerio del Medio Ambiente. *Libro Blanco del...* Pág. 407.

655 Son objeto del canon de regulación, de acuerdo con el artículo 297 RDPH, 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.

656 Las obras de regulación pueden y de hecho lo hacen, beneficiar a las aguas subterráneas, pues aumentan el nivel de los acuíferos, de manera que es factible el cobro del canon de regulación a los aprovechamientos de aguas subterráneas.

657 ÁLVAREZ RICO Manuel, PÉREZ MARÍN Antonio y ÁLVAREZ-RICO GARCÍA Isabel. *Los problemas del régimen...* Pág. 189.

Tarifa de utilización del agua

Los beneficiarios de otras obras hidráulicas específicas⁶⁵⁸, deben pagar esta tarifa por la disponibilidad o uso del agua, para compensar los costes de inversión que soporta la administración estatal, y atender los gastos de explotación y conservación de tales obras⁶⁵⁹.

La cuantía del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua está prevista en el artículo 296 numerales 3, 4 y 5 RDPH. Estas cantidades se fijarán para cada ejercicio presupuestario y se sumarán las siguientes cantidades:

- El total previsto de gastos de funcionamiento y conservación de las obras realizadas.
- Los gastos de administración del organismo gestor imputables a dichas obras.
- 4 por 100 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.

La distribución individual de dicho importe global entre todos los beneficiarios por las obras se realizará con arreglo a criterios de racionalización del uso del agua, equidad en el reparto de las obligaciones y autofinanciamiento del servicio.

Todas estas exacciones en las cuencas intercomunitarias serán recaudadas directamente por los organismos de cuenca; o por la administración tributaria del Estado, en virtud de convenio con aquél, o bien por la Comunidad de usuarios u organización que los represente, si los obligados están agrupados, y los organismos de cuenca los autorizan.

Por su parte, la legislación venezolana prevé que las concesiones pueden ser a título gratuito u oneroso. Cuando son onerosas, el interesado pagará al fisco nacional un canon por el aprovechamiento del recurso calculado sobre la base de la cantidad del recurso a aprovechar, su escasez relativa en el lugar donde se realizará el aprovechamiento, su calidad, la variabilidad de su régimen y su energía potencial. Además del valor del agua, en dicho canon se incluirá también los servicios en materia de conservación, operación y mantenimiento de infraestructura que realice el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables.

Sin embargo, no existe una aplicación efectiva de la norma, y los aprovechamientos de agua realizados para abastecimiento de agua potable, riego e hidroelectricidad, no generan pagos por parte de los usuarios, que generalmente suelen ser del mismo gobierno nacional⁶⁶⁰.

El Proyecto de Ley de Aguas (PLAgV) recoge expresamente el principio del valor del agua, al señalar que el agua en sus condiciones naturales tiene un valor, tomando como base su escasez, calidad, variabilidad de régimen de escurrimiento, posibilidad de utilización, energía potencial y la realidad social y económica presente en el país en el momento de su fijación⁶⁶¹.

Así, el PLAGV, establece que toda concesión, licencia para el aprovechamiento de aguas o licencia de vertido dará lugar al pago de una contribución especial⁶⁶².

658 Son obras hidráulicas específicas por contraposición a las generales, aquellas que benefician a una parte de los usuarios. V. ÁLVAREZ RICO Manuel, PÉREZ MARÍN Antonio y ÁLVAREZ-RICO GARCÍA Isabel. *Los problemas del régimen...* Pág. 207. El artículo 306 RDPH, define las obras hidráulicas específicas como el conjunto de obras e instalaciones interrelacionadas que constituyan un sistema capaz de proporcionar un servicio completo de suministro de agua.

659 V. Artículo 296.2 RDPH.

660 GONZÁLEZ LANDAZÁBAL Angela B. *Informe nacional sobre la gestión del agua en Venezuela*. Comité Asesor Técnico de América del Sur (SAMTAC), Global Water Partnership (GWP), Caracas, Venezuela: 28 de enero de 2000. (disponible en Internet: <http://www.unesco.org.uy/phi/vision2025/Venezuela.pdf>). Pág. 56.

661 Artículo 114 PLAGV.

662 V. Artículos 121, 122 y 123 PLAGV.

Ya para finalizar este epígrafe y como reflexión, no puedo dejar de señalar que las administraciones públicas, para decidir un expediente de solicitud de concesión, deben evaluar el cumplimiento de estos principios, pero su estudio y los trámites que implica, pueden superar perfectamente el año, antes de que la administración otorgue o niegue la concesión⁶⁶³, produciendo situaciones de hecho que en nada benefician a la administración del agua, ni a la seguridad jurídica de los usuarios y mucho menos a la protección de los recursos⁶⁶⁴, dejando al descubierto la necesidad de revisar el régimen concesional para flexibilizar el procedimiento, pero sin que ello signifique eliminar la facultad fiscalizadora de la administración hidráulica.

7.3.2 Orden de preferencia de los usos

Tanto España como Venezuela establecen que el orden de preferencia entre los usos estará determinado en los planes hidrológicos. En España, son los Planes Hidrológicos de la Cuenca, y en Venezuela, el Plan Nacional y los Planes Regionales de Aprovechamientos Hídricos.

A falta de planificación por los organismos de cuenca, España tiene un orden subsidiario, dispuesto en la Ley de Aguas, con la siguiente gradación descendente:

1. Abastecimiento poblacional, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de aguas situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal.
2. Regadíos y usos agrarios.
3. Usos industriales para producción de energía eléctrica.
4. Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores.
5. Acuicultura.
6. Usos recreativos.
7. Navegación y transporte acuático.
8. Otros aprovechamientos.

El orden de preferencia llega incluso a permitir la expropiación forzosa, cuando se vulnera el mismo, a favor del aprovechamiento que le preceda según orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de la Cuenca.

Además de este orden en los usos del agua, la Ley del Plan Hidrológico Nacional (en adelante LPHN), prevé los usos para las aguas trasvasadas. Estas sólo podrán usarse para alimentar o complementar los sistemas de abastecimiento en alta existentes; mejorar las condiciones ambientales de ecosistemas, tramos fluviales, sectores de acuíferos, o elementos del medio hídrico natural, que se encuentren actualmente sometidos a intensa degradación; consolidar el suministro de las dotaciones de los regadíos existentes, establecido en su correspondiente plan hidrológico de la cuenca; eliminar situaciones de insostenibilidad actual debida a la sobreexplotación existente en los acuíferos de la cuenca receptora.

663 VILLARROYA ALDEA Carlos. Problemática de las concesiones. En: EMBID IRUJO Antonio (Director). *Gestión del Agua y medio Ambiente*. Seminario de Derecho del Agua. Universidad de Zaragoza. Confederación Hidrográfica del Ebro. Civitas S.A. Madrid, España: 1997. Pág. 326-330.

664 *El Libro Blanco del Agua*, refiriéndose a los problemas actuales de la Administración de los recursos hidráulicos españoles, plantea que "...existen situaciones de aprovechamientos sin inscripción (muchos de ellos resultado de iniciativas de la propia Administración, que se limitaron a la ejecución de las obras, y no fueron capaces de culminar los expedientes administrativos), incompleta definición de aprovechamientos (incluso de los ya inscritos), imprecisión de los derechos poseídos (en especial en los aprovechamientos históricos), desinterés o desidia de los usuarios para completar sus expedientes, deficiente aplicación de las disposiciones transitorias de la Ley, etc. V. Ministerio de Medio Ambiente. *Libro Blanco del...* Pág. 337-338.

Venezuela, no tiene una enumeración alternativa de prioridad de los aprovechamientos, pues las menciones contenidas en la LFSa y en el Decreto 1400⁶⁶⁵, sólo pueden considerarse como ejemplos de los distintos usos que pueden darse al agua.

De acuerdo con la LFSa, el aprovechamiento de agua, materia de la concesión puede tener por objeto:

1. Abastecimiento poblacional.
2. El servicio de riego.
3. El establecimiento de canales de navegación.
4. El servicio de empresas ferroviarias. Respecto a éstas la concesión de aguas podrá ser todo el tiempo que dure la concesión ferroviaria.
5. El servicio de energía hidroeléctrica.
6. El funcionamiento de cualquiera otra empresa agrícola o industrial.

La única observación de la LFSa, que podría considerarse como un orden de preferencias, es el privilegio de la navegación y el abastecimiento poblacional sobre el resto de los aprovechamientos que trae esta Ley, al señalar que las concesiones no podrán otorgarse en perjuicio de éstas.

El PLAGV contiene una declaración general acerca del uso de las aguas, estableciendo que su uso, por cualquier título debe adecuarse a las disponibilidades reales, a las necesidades reales de la actividad a la que se pretende destinar, al interés público y a las previsiones de los planes de gestión integral de las cuencas. Luego de esta declaración, clasifica los usos de acuerdo con el control administrativo que debe regir a cada uno señalando cuáles requieren el cumplimiento de formalidades especiales y cuáles no.

Dentro de los que no requieren ninguna formalidad están los usos domésticos, para abreviar ganado, ambiental y navegación. Mientras que el abastecimiento de poblaciones, riego, actividades industriales, generación de energía hidroeléctrica, son clasificados como usos con fines de aprovechamiento y por tanto, sometidos a las formalidades de la concesión, asignación o licencia, al igual que los usos con fines para dilución y transporte de contaminantes generados por el vertido de efluentes líquidos.

Este proyecto contiene una variación respecto a la norma vigente (LFSa), ya que elimina la categoría del agua para servicios ferroviarios. No tiene sentido nombrar esta actividad, cuando tiene un desarrollo casi nulo en Venezuela, lo que lleva a suponer una torpeza su incorporación a la Ley Forestal de Suelos y Aguas.

El PLAGV deja que el orden de preferencias sea establecido en el plan de gestión integral de las aguas. Sin embargo, aun cuando la clasificación anterior no puede considerarse un orden de usos, no creo equivocarme al pensar que sirve de guía, tanto para la elaboración de los planes como para suplir las faltas de estos, pues tiene un sentido lógico, de las necesidades del agua en nuestro país.

7.3.3 Concesión de aguas subterráneas

Todo aprovechamiento de aguas subterráneas distinto al establecido en los usos privativos por mandato legal, requiere de la correspondiente concesión administrativa, que se tramitará de acuerdo con los

665 Artículo 17. La distribución de los recursos hídricos entre las distintas actividades que demanden su aprovechamiento, tales como abastecimiento urbano, industrial, de servicio, agrícola, pecuario, comercial y otros, la realizará el Ejecutivo Nacional, a través de los órganos competentes, de acuerdo con los beneficios sociales y a la importancia económica de cada uno de estos sectores, según los lineamientos establecidos en el Plan Nacional y los Planes Regionales de Aprovechamientos de los Recursos Hídricos. V. Presidencia de la República de Venezuela. Decreto 1400, de 10 de julio de 1996, Normas sobre la regulación y el control del aprovechamiento de los recursos hídricos y de las cuencas hidrográficas. Caracas: Gaceta Oficial No. 36013, de 02 de agosto de 1996.

principios establecidos anteriormente; o mediante un procedimiento menos gravoso, dependiendo de la importancia de la concesión de aguas subterráneas, la cual será determinada en los planes hidrológicos, para cada acuífero o unidad hidrogeológica, o a falta de estas previsiones, lo que señale el organismo de cuenca.

Sin embargo, de acuerdo con la LPHN, existe la posibilidad de que un mismo acuífero sea compartido por dos o más organismos de cuenca, en cuyo caso cada uno, se encargará de la administración de la parte del acuífero que le corresponda, pero debe notificar al otro u otros, las resoluciones que adopte. La LPHN también permite que las Juntas de Gobierno interesadas resuelvan encomendar la gestión del acuífero a uno de los organismos afectados. En caso de discrepancia, el Ministerio de Medio Ambiente deberá resolver lo conducente.

El titular de una autorización de investigación de aguas subterráneas, goza de un derecho preferente para solicitar la concesión, siempre que lo haga dentro de los seis meses siguientes a la finalización de la autorización. Este peticionario goza además del derecho a que la misma se gestione sin el procedimiento de tramitación en competencia de proyectos, y que le otorguen la concesión en los mismos términos que planteó en la solicitud de autorización de investigación (volumen de agua extraíble y destino de las mismas), siempre que no se presuma la existencia de perjuicios a terceros.

Como puede observarse y se dijo en la autorización de investigación de aguas subterráneas, tanto ésta como la concesión pueden recaer en persona distinta del propietario de la tierra. De ser así, y el aprovechamiento hubiese sido declarado de utilidad pública, el organismo de cuenca determinará el lugar de emplazamiento de las instalaciones, fijándose además la indemnización que corresponda, de acuerdo con la legislación de expropiación forzosa.

En relación con la concesión de aguas subterráneas, existen otras ideas que quiero resaltar:

Si la autorización de investigación y las concesiones de aguas subterráneas tienen como objetivo el abastecimiento poblacional, podrán otorgarse por el organismo de cuenca sin el trámite de competencia de proyectos. Dicho otorgamiento llevará implícito la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación a efectos de expropiación de aprovechamientos anteriores, no siendo aplicable en este caso las normas sobre distancias mínimas y afecciones⁶⁶⁶.

Podrán otorgarse concesiones de aprovechamiento de las aguas sobrantes de explotaciones mineras puestas a disposición del organismo de cuenca, pero estas concesiones siempre se otorgarán a precario, sin que el titular pueda reclamar indemnización en el caso de reducción o modificación de las características de los caudales.

Aun cuando TRLAg. prevé una serie de medidas a tomar para los acuíferos declarados sobreexplotados o en riesgo de estarlo, debo aclarar que el organismo de cuenca, de acuerdo con el plan de ordenación para la recuperación del acuífero, podrá otorgar concesiones de aguas subterráneas, en circunstancias de sequía previamente constatadas por la Junta de Gobierno.

Por último y quizás la más importante de todas y que resulta una novedad de la reforma efectuada a la Ley de Aguas española en 1999, es la declaración de que las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos. A decir de ALCAÍN MARTÍNEZ Esperanza, este principio pretende desarrollar una política en torno a la gestión integrada de los recursos, permitiendo una mejor protección del dominio público hidráulico⁶⁶⁷. Así la Ley de Aguas,

666 El Artículo 181.1 b) RDPH establece que el Plan Hidrológico debe definir las distancia entre nuevos pozos y los existentes o manantiales, pero que a falta de ésta, la distancia no podrá ser inferior a 100 metros sin el permiso del titular del aprovechamiento preexistente legalizado.

667 ALCAÍN MARTÍNEZ Esperanza. Evolución del Régimen Jurídico... Pág. 47-48.

obliga a la constitución de comunidades de usuarios de aguas superficiales y subterráneas⁶⁶⁸, a la constitución de Juntas de Explotación conjuntas cuando los aprovechamientos de unas y otras aguas estén claramente interrelacionados⁶⁶⁹, entre otras.

7.3.4 Reserva de caudales

Los organismos de cuenca, pueden reservarse determinados caudales de agua, de acuerdo con las previsiones de los planes hidrológicos, para regadíos, pesca, aprovechamientos hidroeléctricos, o para cualquier otro servicio del Estado o fin de utilidad pública.

Estos caudales deben inscribirse con esa condición en el Registro de Aguas. En el asiento debe especificarse la cuantía de los caudales, el plazo de la reserva y la finalidad a los que se adscriben. Los caudales reservados pueden luego darse en concesión, previa la apertura de un lapso de información pública. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 25 LPHN, las reservas hidrológicas por motivos ambientales, no requieren de registro, sino que basta con el acto administrativo del Gobierno⁶⁷⁰ declarando la reserva.

En la actualidad, la reserva de caudales cumple otra función. Sirve para hacer posible los trasvases, ya que de acuerdo con la LPHN debe fijarse la reserva mínima necesaria para garantizar los usos propios de la cuenca cedente. Por otro lado, los recursos sobrantes anualmente, son los que el Plan Hidrológico Nacional fija como volumen anual objeto de una transferencia, es decir, el excedente se comportaría como la reserva a favor de la cuenca de destino. La autorización de transferencia supone entonces, la fijación de las correspondientes reservas a favor de las cuencas receptoras, respecto de las cuales el Plan Hidrológico Nacional determina los destinos de las aguas trasvasadas⁶⁷¹.

Venezuela no tiene prevista esta figura, sin embargo en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario declara la afectación de todas las aguas a los fines de la Ley⁶⁷².

El PLAGV, en cambio, sí tiene prevista la reserva de caudales para fines específicos o para ulterior asignación o concesión a entes públicos, y autorizar el uso temporal de los mismos cuando los planes de gestión integral de las aguas no establezca su utilización inmediata⁶⁷³.

668 V. Artículo 88 TRLAg. 228.2 RDPH.

669 V. Artículo 32 TRLAg.

670 CARO-PATÓN CARMONA Isabel y MENÉNDEZ MARTÍNEZ Carlos. Concepto, determinación e implantación de los caudales ecológicos... Pag. 587.

671 PÉREZ PÉREZ EMILIO. La gestión integral de las aguas superficiales y subterráneas. En: PÉREZ PÉREZ Emilio (Coordinador). *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco del Agua*. Fundación Instituto Euromediterráneo de Hidrotecnia. Consejo de Europa. Ecoiuris. Madrid, España: 2003. Pág. 198.

672 V. Artículo 26 y 27 Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela. Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Caracas: Gaceta Oficial N° 37.323 de fecha 13 de noviembre del 2001. Artículo 26. El uso y racional aprovechamiento de las aguas susceptibles de ser usadas con fines de regadío agrario y planes de acuicultura, quedan afectados en los términos señalados en el presente Decreto Ley. El Instituto Nacional de Tierras levantará el censo de aguas con fines agrarios. Artículo 27. Además del uso de riego, doméstico y agroindustrial, se destinan al fomento de la acuicultura las aguas de uso agrario. El Instituto Nacional de Tierras promoverá la construcción de obras de infraestructura destinadas a extender las hectáreas de tierras bajo regadío. Corresponderá al Instituto Nacional de Tierras, la conformación de una comisión permanente coordinadora del régimen de uso de las aguas con fines agrarios, en la cual deberán participar los organismos y entes que tengan competencia en la materia.

673 V. Artículo 75 PLAGV.

7.4 Extinción de los usos privativos

Otro punto que merece la pena mencionar, son las causas de extinción del uso privativo de las aguas. Algunas son similares en las dos legislaciones, y otras solo previstas en una de ellas. El uso privativo se extingue, cualquiera que sea el título de adquisición:

- Por término del plazo de la concesión.
- Por caducidad de la concesión.

Las concesiones podrán declararse caducas por incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales o plazos en ella previstos; por interrupción permanente de la explotación durante tres años consecutivos, siempre que sea imputable al titular.

Venezuela considera como causales de caducidad: no iniciar las obras en el plazo de dos (2) años, contados a partir de la fecha establecida al efecto en el título de la concesión, o por no utilizar durante un (1) año el aprovechamiento concedido o asignado.

Existe en la legislación venezolana, unas causales denominadas *causales de rescisión*. Voy a hacer referencia a ellas en este momento, porque repiten las causales de caducidad, y además, porque ambos procedimientos son comenzados por la administración. Así, menciona como causales de rescisión: no comenzar las obras dentro del plazo previsto; destinar la concesión a una finalidad distinta, o permitir el uso a otras personas distintas de las indicadas en la concesión; hacer uso de medios fraudulentos o ilegales para obtener la concesión o mantenerla; violar las estipulaciones contenidas en el título; dejar de pagar los montos fijados en el título de la concesión, en la forma y plazos establecidos; violación de las disposiciones legales vigentes sobre la materia; y por las causales establecidas en el título de la concesión.

Como puede observarse, todas estas causales pueden englobarse en una sola, “incumplimiento de las estipulaciones contenidas en el contrato de concesión y de las normas legales vigentes en materia de concesión”, por lo que perfectamente podrían haberse colocado sólo causales de rescisión o causales de caducidad para indicar la facultad que tiene la administración, en virtud de las atribuciones de fiscalización, sancionar al titular de la concesión por su incumplimiento.

- Por expropiación forzosa

Las concesiones están sujetas a expropiación, como se indicó antes, de acuerdo con 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 la cuenca. Una vez acreditado el pago, el organismo de cuenca, iniciará el expediente de extinción del derecho. Esta causal de extinción no está prevista en la legislación venezolana expresamente, pero suponemos que la declaratoria de utilidad pública que debe preceder a toda expropiación será suficiente para utilizar este mecanismo en la legislación venezolana.

- Por renuncia expresa del concesionario

Un concesionario puede renunciar a la misma, de acuerdo con la legislación española, si la renuncia no afecta el interés general o el de terceros. La renuncia debe aceptarla la administración para que surta efectos administrativos. La renuncia no se aceptará si el titular no ha cumplido con las obligaciones o haya afianzado su cumplimiento, en los términos que determine el organismo de cuenca.

Además de las causales anteriores, similares en ambas legislaciones, Venezuela menciona también como causales de extinción de las concesiones y asignaciones, las siguientes: La enajenación de los bienes o instalaciones afectos al aprovechamiento con independencia de la concesión; la enajenación de la concesión;

el cese de actividades, la disolución o extinción de la persona jurídica titular de la concesión⁶⁷⁴ y la muerte del concesionario⁶⁷⁵.

7.5 El contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas

El contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y los centros de intercambios de derechos, pueden incluirse como una variedad de la transmisión de los aprovechamientos⁶⁷⁶.

En Venezuela, está prohibida expresamente la transmisión de los derechos concesionales, ya que la enajenación de la concesión conlleva la extinción de la concesión, pues la concesión es considerada como un acto *intuitu personae*. El PLAGV prevé la cesión de concesiones, asignaciones y licencias, con la autorización de la autoridad de aguas competente⁶⁷⁷.

Ahora bien, haciendo referencia a España, debo aclarar que el contrato de cesión de derechos de aprovechamientos español presenta algunas diferencias con la transmisión de la concesión, a pesar de ser una variedad de ésta.

En primer lugar, la transmisión de la concesión comporta un cambio de titularidad, quedando subrogado el adquirente, en la posición jurídica del transmitente; mientras que en la cesión, el cedente no pierde su titularidad⁶⁷⁸.

En segundo lugar, la transmisión requiere autorización de la administración hidráulica, si el aprovechamiento implica un servicio público. En cambio, la cesión de derechos, como se verá más adelante, siempre requiere autorización. Sin embargo, esta diferencia no está suficientemente clara en la legislación de aguas española, pues el cambio de titularidad en la concesión, es indicativo de una modificación de las características esenciales de la concesión, de modo que, siempre requiere autorización administrativa. ARIÑO ORTIZ Gaspar y SASTRE BECEIRO Mónica, observan de la lectura de los artículos de la Ley (los autores se refieren a la Ley de Aguas de 1985) y el Reglamento, algunas contradicciones. La Ley de Aguas y luego el RDPH establecen como principio general que la transmisión requiere autorización administrativa, sólo si el aprovechamiento se presta en régimen de servicio público. Pero luego, los artículos de las modificaciones de la concesión, recalcan que una característica básica de la concesión es el cambio de titularidad, requiriendo autorización mediante un trámite burocrático bastante complejo. Lo cierto, continúan los autores, es que oficialmente no se han producido transmisiones, no así en el mercado negro⁶⁷⁹.

674 En este caso, deberá ser participada dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, por el liquidador o administrador, al otorgante.

675 Sus herederos deberán participar al ente otorgante de la concesión, en un término de treinta (30) días hábiles contados a partir del fallecimiento, su voluntad de continuar con el aprovechamiento. En dicho caso gozarán de un derecho de preferencia para la obtención de una nueva concesión.

676 El artículo 63 TRLAg. establece que la transmisión de total o parcial de los aprovechamientos o la constitución de gravámenes, sólo requiere autorización si el aprovechamiento se utiliza para prestar un servicio público.

677 Artículo 83. Los titulares de concesiones, asignaciones y licencias previstas en esta Ley podrán ceder o transferir a terceros, total o parcialmente, a título gratuito u oneroso, los derechos de uso de las aguas que les hayan sido otorgados, previa autorización de la autoridad de las aguas competente. Los beneficiarios de la cesión o transferencia deben: 1. Reunir los requisitos para ser titular del derecho; y 2. Acreditar suficientemente su capacidad y disposición para cumplir con las obligaciones y condiciones para la conservación y uso sustentable del recurso establecidas en la correspondiente concesión, asignación o licencia. PLAGV.

678 V. MENÉNDEZ REXACH Ángel. Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamientos en la legislación estatal de aguas. En: EMBID IRUJO, Antonio (Director). *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del Tercer Milenio*. Tomo I. Seminario de Derecho del Agua de la Universidad de Zaragoza. Civitas S.L. Madrid, España: 2002. Pág. 80, y también a VÁZQUEZ Carlos. La regulación de... Pág. 194.

679 ARIÑO ORTIZ Gaspar y SASTRE BECEIRO Mónica. *Leyes de Aguas...* Pág. 202-203.

Para VÁZQUEZ Carlos, la transmisión de derechos tiene varias etapas. Primero debe solicitarse una modificación por cambio de uso. Una vez aprobada esta, debe solicitarse otra modificación de la concesión por cambio de titularidad. Luego de cumplidas estas dos etapas es que tiene lugar la transmisión de derechos⁶⁸⁰.

Ante esta perspectiva, y en la búsqueda de un procedimiento más expedito que permita la transmisión de los derechos concesionales, sin restar importancia a la Administración hidráulica, la reforma a la Ley de Aguas de 1999 introduce dos nuevas figuras que son variantes de la transmisión de derechos⁶⁸¹. Estas dos figuras jurídicas son la cesión de derechos al uso privativo y los centros de intercambio de derechos. Este epígrafe lo dedicaré al estudio del primero y en el siguiente, haré una breve referencia a los Centros de Intercambio.

La cesión de derechos al uso privativo, puede definirse como un contrato escrito por el cual, el cedente transfiere al cesionario, con carácter temporal y previa autorización administrativa, la totalidad o parte de los derechos de uso que le correspondan, pudiendo establecerse a cambio, una compensación económica. Esta definición requiere algunas aclaraciones:

Primero. La cesión de derechos es considerada en la doctrina española como una “flexibilización⁶⁸²” del sistema concesional.

A pesar de ello, no está exenta de críticas. Así, según MENÉNDEZ REXACH Ángel, el contrato de cesión de derechos resquebraja varios principios fundamentales del régimen concesional, pues permite la utilización del recurso para fines distintos a los que fue concedido; permite regar tierras distintas de las que fueron objeto de la concesión, así como el cobro de una cantidad de dinero como “compensación”, por el derecho cedido⁶⁸³.

Segundo. La cesión de derechos es un contrato de derecho privado, aunque una de las partes contratantes sea una administración pública, como por ejemplo, que el cedente o el cesionario sea un ayuntamiento, ya que el contrato lo estaría realizando como usuario y no como administración.

Tercero. La cesión puede hacerse entre concesionarios o titulares de derechos que tengan el mismo rango en el orden de prelación o a uno que se encuentre en un rango superior. Esta condición, de acuerdo con el TRLAg. sólo puede ser suspendida, con carácter excepcional y temporal por el Ministro de Medio Ambiente, cuando razones de interés general lo justifiquen.

La Ley de Aguas prohíbe expresamente que pueda cederse los usos de carácter no consuntivos a otros, que no tengan esa condición.

El RDPH, permite la celebración del contrato de cesión a los concesionarios y titulares de derechos al uso privativo que tengan registrados sus aprovechamientos. Entre estos se encuentran: los concesionarios de aguas superficiales y subterráneas y los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas inscritos en el Registro de Aguas conforme a las DT segunda y tercera del TRLAg. (Artículo 343.2 RDPH).

De manera que los usuarios que hayan optado por declarar sus aprovechamientos en el Catálogo de Aguas Privadas, no podrán acceder a la cesión de derechos, aunque siendo aguas consideradas

680 VÁZQUEZ Carlos. La regulación de... Pág. 187.

681 Reglamentado por el RDPH, mediante la incorporación de un título adicional el Sexto. En dos Capítulos, el primero hace referencia al Contrato de Cesión y el Capítulo II a los Centros de Intercambio. Artículos 343 al 355. Título Adicionado por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo (BOE núm. 135, de 6 de junio).

682 V. MENÉNDEZ REXACH Ángel. Consideraciones sobre los... Pág. 67, y VÁZQUEZ Carlos. La regulación de... Pág. 194.

683 MENÉNDEZ REXACH Ángel. Consideraciones sobre los... Pág. 65-69.

como privadas, parece lógico pensar que pueden enajenarse como cualquier otro bien. Sin embargo, esta apreciación, también está fuertemente limitada en la legislación española, porque por ejemplo, las charcas situadas en predios de propiedad privada se consideran parte integrante de los mismos siempre que se destinen al servicio exclusivo de tales predios. Por lo que para hacer uso de la cesión, deberán previamente registrar sus aprovechamientos, con lo cual dejarían de ser privadas.

La cesión de derechos está prohibida a los titulares de concesiones a precario y a los órganos de la Administración Central y de las comunidades autónomas, que hayan obtenido autorización para la utilización de las aguas (Artículo 343.3 RDPH).

Tampoco se considerará como cesión de derechos, los acuerdos realizados entre usuarios de una misma comunidad, sino como actos internos. Pero en cambio, sí podrán utilizar esta figura jurídica los titulares de aprovechamientos de aguas, a los que los organismos de cuenca pueden obligar a constituir en comunidades de usuarios⁶⁸⁴. En este supuesto, además de la autorización al organismo de cuenca, deben poner en conocimiento del respectivo contrato de cesión a la comunidad de usuarios a la que pertenecen.

Cuarto. La cesión realizada sin la correspondiente autorización, es una infracción, y causal para declarar la caducidad de la concesión.

La autorización de cesión de derechos sólo puede ser denegada por la administración competente, mediante resolución motivada, por las causales taxativas siguientes:

- No tener registrado el aprovechamiento, alguna de las partes contratantes.
- Si afecta negativamente al régimen de explotación de los recursos de la cuenca, a los derechos de terceros, a los caudales medioambientales, al estado o conservación de los ecosistemas acuáticos.
- Si incumple algunos de los requisitos, previstos en la ley de Aguas o el RDPH. Esos requisitos son: en cuanto a los sujetos que pueden celebrar los contratos de cesión; la solicitud de autorización; el registro de los aprovechamientos; el objeto del contrato.
- También podrá denegarse la cesión de derechos que comporte vertidos de aguas o productos residuales no autorizados (Artículo 353.3 RDPH).

Sin embargo, la administración hidráulica, en los plazos que tiene para otorgar la autorización de la cesión de derechos, puede acordar la adquisición del aprovechamiento de los caudales objeto del contrato, en virtud del derecho preferente que le reconoce la Ley de Aguas, debiendo el organismo de cuenca abonar al cedente, la misma compensación económica que estaba prevista en el contrato de cesión.

Durante los lapsos previstos, para que el contrato sea autorizado, pueden las comunidades de usuarios, formular a los organismos de cuenca las alegaciones que estimen conveniente sobre la cesión contratada.

Quinto. Debe entenderse que el cedente sólo puede transferir al cesionario el total o una parte del volumen realmente utilizado. Para calcular ese volumen, se tendrá en cuenta los valores del volumen realmente utilizado en los últimos cinco años.

El valor resultante puede ser corregido, atendiendo a la dotación objetiva que fije el plan hidrológico de la cuenca, los retornos que procedan, las circunstancias hidrológicas extremas, el respeto a los

684 El TRLAg, en sus artículos 87 y 88 establece que los organismos de cuenca pueden obligar a constituir comunidades de usuarios, a los usuarios de una misma unidad hidrogeológica o de un mismo acuífero cuando se haya declarado sobreexplotado o en riesgo de estarlo. También a los usuarios conjuntos de aguas superficiales y subterráneas, cuando así lo aconseje la mejor utilización de los recursos.

caudales medioambientales, o en definitiva, atendiendo al buen uso del agua. En ningún caso el volumen susceptible de cesión podrá ser superior al que resulte de los acuerdos que adopte el organismo de cuenca en función de la situación hidrológica de cada año.

Pero será en definitiva, la resolución que autorice el contrato de cesión, la que establezca el volumen máximo anual susceptible de cesión, así como la obligación de instalar un contador homologado que mida el caudal realmente cedido.

Sexto. Pueden requerirse condiciones especiales, autorizaciones o informes en la cesión de derechos de aprovechamientos.

En la cesión de aguas para abastecimiento poblacional, debe presentarse además, informe de la autoridad sanitaria sobre la idoneidad del agua para dicho uso.

En las cesiones que para el cumplimiento de su objeto, se requiera el empleo de instalaciones o infraestructuras hidráulicas de titularidad de los organismos de cuenca, o estén encomendadas a ellas; o la construcción de obras que deban situarse en terrenos de dominio público hidráulico, los contratantes deberán presentar junto con la solicitud de autorización del contrato de cesión, el documento técnico que defina adecuadamente dichas obras e instalaciones, solicitando autorización para la utilización o construcción de las mismas.

La autorización de construcción o utilización de obras e instalaciones, es independiente de la autorización para realizar el contrato de cesión, por lo que esta última autorización, no equivale a la aceptación de construcción, instalación o utilización de infraestructuras hidráulicas. Por supuesto, si las infraestructuras son propiedad de terceros, su uso será establecido por libre acuerdo entre las partes.

En caso que el cedente o el cesionario fuesen titulares de la autorización de vertidos, deberán hacer constar esta circunstancia en la documentación remitida para solicitar la autorización de cesión de derechos, acompañada de un estudio de los posibles efectos que pueda tener sobre la autorización de vertidos.

Finalmente, cuando la cesión tenga por objeto, el agua de riego debe identificarse claramente los terrenos que el cedente renuncia a regar o que se compromete a regar con menor dotación, durante la vigencia del contrato, así como los predios que regará el adquirente con el caudal cedido. En estos contratos de cesión, se requiere además, informe positivo de la comunidad autónoma y del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Séptimo. Puede preverse compensación económica derivada de la cesión de derechos al uso de aguas, la cual fijarán de mutuo acuerdo los contratantes. El Ministerio de Medio Ambiente podrá establecer el importe máximo de la compensación, atendiendo a la situación del mercado y a sus desviaciones. La compensación económica, no es un elemento esencial del contrato de cesión de derechos de aprovechamiento, por lo que puede o no estar presente⁶⁸⁵.

En el supuesto que el organismo de cuenca, haga uso del derecho preferente a la adquisición de los derechos de aprovechamiento, objeto del contrato de cesión, abonará la compensación económica que estuviera prevista en el contrato.

Aunque no puede configurarse como compensación económica, sin embargo, merece la pena destacar que si se precisan infraestructuras de titularidad pública, este uso devengará las tasas o precios que resulten de aplicación. Mientras que si fueran de titularidad privada, los contratantes podrán pactar libremente las compensaciones económicas.

685 VÁZQUEZ Carlos. *La regulación de...* Pág. 196.

Octavo. El contrato de cesión de derechos de aprovechamientos, debe inscribirse en el Registro de Aguas del Organismo de cuenca, así como el rescate de los aprovechamientos mediante la adquisición preferente.

A manera de síntesis, puede decirse que el contrato de cesión de derechos, debe cumplir una misión fundamental, servir de base para que la Administración competente se aboque a la revisión de las concesiones. Es decir, sabemos que el contrato de cesión debe hacerse sobre los recursos que realmente está utilizando el cedente, pero también sabemos que entre estos y los concedidos puede haber una diferencia.

De modo pues, que la administración puede autorizar el contrato de cesión, pero si queda en evidencia, la diferencia entre el recurso realmente utilizado y los concedidos, debe proceder inmediatamente a la revisión de la concesión⁶⁸⁶; caso contrario, el contrato de cesión que tiene también entre sus objetivos la racionalización, gestión eficaz y la diversificación del uso, perdería todo sentido, pues el cedente no estaría realizando un verdadero desprendimiento de un recurso que "le hace falta" a cambio de una compensación, sino simplemente obteniendo un lucro o ganancia indebida, sin sufrir ninguna pérdida o merma, por cuanto puede seguir utilizando el recurso en la misma proporción que antes, sirviéndose de los excedentes. Para cumplir este objetivo, es indispensable que los organismos de cuenca, obliguen a la instalación de sistemas de medición, que permitan tener una idea clara del recurso aprovechado y de los sobrantes.

De opinión contraria a la nuestra, es la posición que mantenían antes de la aprobación de esta figura, ARIÑO ORTIZ Gaspar y SASTRE BECEIRO Mónica, cuando calificaban de dislate los que proponían que, en lugar de abrir mercados del agua, la administración revisara los títulos concesionales, pues esta figura, conlleva un largo y lento procedimiento burocrático y engendra inseguridad jurídica. La apertura, es decir, la posibilidad de vender el agua sobrante a cambio de un precio, sería según los autores, un incentivo para fomentar el ahorro del agua⁶⁸⁷.

A pesar de lo dicho anteriormente, la realidad demuestra que no se han producido las revisiones, pero tampoco se han autorizado cesiones de derechos. Así, la situación se mantiene como antes de la reforma, quedando en evidencia por un lado, la falta de infraestructuras necesarias para hacer posible los mercados del agua, y de otro, la imposibilidad material de los organismos de cuenca de revisar las concesiones. Esto último parece muy grave, porque plantea desconocimiento por parte del Estado, al no poder contabilizar todo el recurso. Sin embargo, la planificación hidrológica, podría aportar algunos beneficios en este sentido. Pero sobre ello, tendré oportunidad de volver en el capítulo VIII, de la Planificación Hidrológica.

7.6 Centros de intercambio de derechos

Los centros de intercambios de derechos del uso del agua, son una modalidad dentro de la cesión de derechos. Pero difieren de estas en que una de las partes, es la administración hidráulica (organismo de cuenca), ya sea como adquirente o como cedente, sin que por ello, pueda considerarse como un contrato de naturaleza pública⁶⁸⁸.

686 La revisión de la concesión es una facultad de la administración hidráulica, y por tanto, debe proceder a verificar hasta qué punto los derechos concesionales otorgados son necesarios para cada usuario. Ese procedimiento, aunque es largo y a veces difícil de cumplir, debe ser prioritario para conocer los usos y necesidades del agua.

687 ARIÑO ORTIZ Gaspar y SASTRE BECEIRO Mónica. *Leyes de Aguas...* Pág. 205.

688 VÁZQUEZ Carlos. *La regulación de...* Pág. 223.

También se diferencian porque los centros de intercambios, permiten la compra de derechos, tanto de los aprovechamientos inscritos en el Registro de Aguas, como los declarados en el Catálogo de Aguas de la Cuenca; mientras que en la cesión, sólo puede hacerse entre aprovechamientos registrados. Aunque el Reglamento no lo establece específicamente, supongo que será únicamente para la adquisición de derechos, es decir, una vez recuperados por los organismos de cuenca, sólo será posible cederlos a los usuarios que tengan aprovechamientos registrados. Permitir lo otro, es decir, ceder aprovechamientos a usuarios que solamente tienen declarados sus aprovechamientos, equivaldría a mantener situaciones anómalas, salvo que previamente se exija la regularización del aprovechamiento⁶⁸⁹.

Los centros de intercambio tienen como finalidad, la recuperación de aprovechamientos a través de oferta pública, para posteriormente cederlos a otros usuarios, previo pago del precio. Es decir, la Administración hidráulica se comporta como un intermediario en la compra y posterior venta de los derechos concesionales⁶⁹⁰.

El Ministerio de Medio Ambiente puede solicitar al Consejo de Ministros, que dicte un Acuerdo para la constitución de centros de intercambios de derechos, si al analizar la situación de los recursos hidráulicos, observa la necesidad de:

- a) mejorar la disponibilidad del recurso;
- b) condicionar o limitar su uso;
- c) existencia de acuíferos sobreexplotados o en riesgo de estarlo;
- d) situaciones de sequía extraordinarias, o similares estados de necesidad, urgencia;
- e) concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales;
- f) cualquiera otra condición similar, expuesta por vía reglamentaria.

Las comunidades autónomas pueden pedir a los organismos de cuenca que solicite la constitución de centros de intercambio, para atender fines concretos de interés autonómico.

En los procesos de compra y venta de los derechos de aprovechamientos, deben respetarse los principios de publicidad y libre concurrencia.

Los centros de intercambios pueden darse entre usuarios de una misma cuenca o de otras cuencas, siempre que el Plan Hidrológico Nacional lo haya previsto.

7.7 Registro de Aguas

La Administración Hidráulica, tiene la obligación de llevar un registro de los recursos disponibles, así como los recursos que autoriza o da en concesión e incluso aquellos, que tienen un derecho de aprovechamiento por cualquier otro título. Ya lo decía en Venezuela el profesor AZPURÚA Pedro Pablo, al señalar que los recursos naturales deben conocerse para su debida protección y aprovechamiento en beneficio colectivo de todos los venezolanos. Establecía que toda investigación que diese a conocer las disponibilidades y las necesidades de agua, debe considerarse como gastos de preinversión en la administración del recurso⁶⁹¹.

689 V. Artículos 71 y 72 TRLAg. y Artículos 354 y 355 RDPH.

690 VÁZQUEZ Carlos. La regulación de... Pág. 221.

691 AZPURÚA Pedro Pablo. Discurso y Trabajo de incorporación como Individuo de Número. Academia de Ciencias, Físicas, Matemáticas y Naturales. Caracas: 1980, Pág. 20-21 citado en AZPURÚA Pedro Pablo. *Ley de Aguas: Análisis, estudio y proposición*. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. Dirección General de Planificación y Ordenación del Ambiente. Caracas: 1981. Pág. 263-264.

A esta observación debe agregarse otra: el registro tiene como función principal otorgar seguridad jurídica a los usuarios de los recursos que se le dan en concesión o que se le permiten usar.

La legislación española asume como una responsabilidad compartida entre el Estado (organismos de cuenca) y los potenciales usuarios, la tarea del inventario de los recursos. Así, los organismos de cuenca, al encargarse de la administración de las cuencas hidrográficas tienen, entre otras, facultad para la realización de aforos y estudios de hidrología que permiten conocer los recursos que tienen; mientras que las personas naturales o jurídicas, a su vez, pueden solicitar autorización para la investigación de las aguas subterráneas.

Con relación a quienes utilizan el recurso y los distintos títulos que pueden dar lugar a los aprovechamientos, España ha creado un Registro del Dominio Público Hidráulico, que sustituye al antiguo registro de aprovechamiento.

El registro es calificado como un medio de prueba de la existencia y situación de la concesión. Pero además, confiere al inscrito, la posibilidad de hacer interesar al organismo de cuenca, en la defensa de sus derechos de acuerdo con el contenido de la concesión o título administrativo que ampare su derecho y de lo establecido en la legislación en materia de aguas.

El Registro de Aguas lo llevan los organismos de cuenca, y en él van a inscribirse de oficio las concesiones de agua, los otros títulos de derecho para la utilización de las aguas, así como los cambios autorizados, que se produzcan en su titularidad o en sus características.

Los organismos de cuenca deben llevar también un Catálogo de Aguas Privadas, en el que figuran las declaraciones de los titulares legítimos de los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la Ley de Aguas de 1879, cuyos titulares optaron por mantenerla en tal régimen. De acuerdo con la LPHN, los titulares de aprovechamientos privados, tenían un plazo improrrogable de un año a partir de la vigencia de dicha Ley⁶⁹² para solicitar su inclusión en el catálogo de aguas de la cuenca. Transcurrido ese plazo, sin haberse cumplimentado esta obligación no se reconoce ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas si no es en virtud de resolución judicial firme⁶⁹³.

La inscripción en el Catálogo de Aguas, no produce para el titular, que opte por esta vía, la protección que se deriva del Registro de Aguas.

Para ALCAÍN MARTÍNEZ Esperanza, la mayor dificultad que tiene la administración pública hidráulica española es no tener actualizado el Registro de Aguas y el catálogo de aprovechamientos privados, por lo que no serán totalmente efectivas, ninguna de las medidas y objetivos marcados en el Plan Hidrológico⁶⁹⁴. Así lo demuestra también con cifras, el *Libro Blanco del Agua* al señalar que "De un total de más de medio millón de aprovechamientos estimados en las cuencas intercomunitarias, sólo están declarados algo más de la mitad, y de ellos sólo están inscritos algo menos de la mitad"⁶⁹⁵.

Por último, debo anotar que la legislación española no declara la ilegalidad de los aprovechamientos no inscritos, sino que los denomina *clandestinos*, con lo cual no desconoce el título en que se base el aprovechamiento, pero le permite sancionar la falta de inscripción.

692 Este plazo venció en el año 2001.

693 V. comentarios sobre esta Disposición Transitoria Segunda de la LPHN, en el Capítulo I de esta investigación en el epígrafe de aguas subterráneas.

694 ALCAÍN MARTÍNEZ Esperanza. Evolución del Régimen Jurídico... Pág. 54.

695 Sin perjuicio de que algunas estimaciones arrojan cifras mucho mayores para el número de aprovechamientos existentes (específicamente en las aguas subterráneas), y de que existe un gravísimo déficit de inscripción en el catálogo de aguas privadas (sólo 8% de los estimados), las aguas superficiales, usualmente consideradas como mejor caracterizadas desde el punto de vista jurídico, presentan sólo 60% de inscripciones frente al total estimado, y de este total de inscripciones dos

Venezuela, por su parte, incorporó en la vigente LFSA la obligación para el Ejecutivo Nacional de realizar el inventario de los abastecimientos de aguas, tanto superficiales como subterráneos del país, a objeto de hacer un uso más racional del recurso. Esta obligación estaba también contenida en la derogada Ley de Reforma Agraria, y ahora en su sucesora, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

La responsabilidad de llevar a cabo el inventario de los Recursos, está centralizada en el MARN⁶⁹⁶, a través de la Dirección de Hidrología, Meteorología y Oceanografía, dependiente de la Dirección General de cuencas hidrográficas. Mientras que el Ministerio de Tierras y Desarrollo Agrario, debe realizar un inventario de las aguas que puedan ser utilizadas para riego, con la obligación de cruzar la información con el MARN. Sin embargo, el inventario de aguas no ha sido una tarea fácil, sobre todo en lo referente al conocimiento de las aguas subterráneas que están utilizando para el riego, por las reticencias de los propietarios de los fundos a dar la información.

En cuanto al registro de aguas otorgadas en concesión o aprovechadas por otro título, hay que insistir en su necesidad y en la obligatoriedad que debe caracterizarlo, para poder hacer una adecuada administración y aprovechamiento de los recursos. El Decreto 1400 (NRCARHCH), ordena que todo aprovechamiento de aguas debe ser registrado en el plazo de un año a partir de la publicación de las normas, en las dependencias regionales del MARN. Este registro debe ser complementado con la inclusión de todo nuevo aprovechamiento autorizado, asignado o concedido por el Ministerio. Pero estas normas, no tienen aparejada ninguna sanción al incumplimiento de la obligación, por lo que resulta prácticamente nula su aplicación.

El Decreto debió prever, además de la obligatoriedad, la posibilidad de que la administración pudiera hacerlo de oficio, pues no debe esperarse a que los usuarios voluntariamente, presenten su declaración.

El PLAGV sí establece el registro de oficio, tomando como ejemplo los artículos de la Ley española, crea un Registro Nacional de Usuarios de las Aguas donde integra todos los registros coordinados por el MARN. Se define como un sistema automatizado de cobertura nacional para el manejo de datos e información de los distintos usos de las aguas continentales superficiales y subterráneas, marinas e insulares, incluyendo el vertido de efluentes líquidos. Es un instrumento de apoyo para el control de los usos del recurso, del subsistema de información y de los planes de gestión integral de las aguas, así como para la protección de los derechos de los usuarios⁶⁹⁷.

La inscripción en el registro, de acuerdo con el proyecto, tiene carácter obligatorio y será medio de prueba de la existencia y situación de la concesión, asignación o licencia para el aprovechamiento de aguas y de la licencia de vertidos.

La conclusión evidente, para este epígrafe debe ser sin duda alguna, la obligación del Estado de velar por el buen uso y calidad del recurso y los usuarios, a su vez tienen el deber de registrar los aprovechamientos del agua. Pienso que si queremos tener una administración eficiente y proteger el recurso, debe

tercios proceden del antiguo Registro de Aprovechamientos y permanecen aún sin la preceptiva revisión de características [(D.T. 7ª L.A.) Actualmente D.T 6ª.] previa a su traslado al nuevo Registro de Aguas. V. Ministerio de Medio Ambiente. *Libro Blanco del Agua...* Pág. 147.

696 Gracias a la sistemática recopilación continuada por el MARN y los estudios de COPLANARH, sobre análisis y sistematización, puede decirse que se tiene un conocimiento cierto del volumen medio anual escurrido, el cual es de unos 705 mil millones de metros cúbicos año, equivalentes a 22.500 metros cúbicos por segundo (una lámina media escurrida de 772 mm aproximadamente), sin incluir la Guayana Esequiba; al incluir esta área territorial esta cifra ascendería a 838 mil millones de metros cúbicos, es decir 26.600 metros por segundo equivalentes a 781 mm. Datos aportados por AZPURÚA Pedro Pablo. Ley de Aguas: Análisis, estudio y proposición. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. Dirección General de Planificación y Ordenación del Ambiente. Caracas: 1981. Pág. 265-266.

697 V. Artículos 100 y 101 PLAGV.

declararse la *ilegalidad del uso*, cuando falte el correspondiente registro, sancionada con multa y la retirada del servicio. Sólo así, podrá tenerse una visión clara de los recursos, dónde y cómo se están utilizando. Paralelamente tiene que producirse un proceso de educación y concienciación de los usuarios del agua, sobre la conveniencia de aceptar el control del Estado para beneficio colectivo.

7.8 A manera de conclusiones

Llegados a este punto, es necesario resumir lo aprehendido. Así, se imponen las siguientes reflexiones:

- El término “uso del agua” tiene dos sentidos, uno objetivo que tiene que ver con la utilización del agua desde la perspectiva económica, vale decir, los diferentes destinos (abastecimiento, regadío, transporte, etc.) dados al agua; y uno subjetivo, que se asimilaría al término de aprovechamiento, entendido como el uso privativo de las aguas (derecho de aprovechamiento).
- La utilización del agua se clasifica en usos comunes generales, usos comunes especiales y los usos privativos. Por el primero se entiende el derecho que tienen todos para beber, bañarse, otros usos domésticos y abrevar ganado. Este uso no requiere autorización, sin embargo, existen en ambas legislaciones algunas limitaciones derivadas del interés general (abastecimiento poblacional), o prohibiciones para evitar el mal uso o desperdicio.
- Los usos comunes especiales, requieren autorización administrativa. En España, existe una larga lista de las actividades que requieren autorización de la administración hidráulica, entre las que pueden mencionarse la navegación fluvial y flotación, establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos, investigación de aguas subterráneas, autorizaciones de vertidos, autorizaciones en zonas de policía, etc. Todas estas autorizaciones deben pagar un canon o tasa, bien el de utilización de los bienes del dominio hidráulico o el canon de control de vertidos.
- Los usos privativos, es decir el derecho de aprovechamiento, es un derecho individualizado, subjetivo, de naturaleza real, que concede a su titular el uso y disfrute *erga omnes*. Se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa.
- Por disposición legal, España incluye a las aguas pluviales, las estancadas y las aguas subterráneas, siempre que su volumen anual no sobrepase los 7000 metros cúbicos. Además, el reconocimiento de los derechos adquiridos con anterioridad a la Ley (derechos al amparo de la Ley de 1879), con la advertencia de que son derechos limitados en el tiempo; y los derechos que otorga a la administración central y las comunidades autónomas (autorización), para que usen los bienes del dominio público hidráulico.
- Ambos Estados sorprendentemente reconocen en los municipios a un usuario del agua, y le conceden algunos privilegios, pero no los exoneran de la obligación de solicitar la concesión, para cumplir la función del abastecimiento poblacional.
- La concesión es el eje sobre el que gira todo el régimen jurídico para utilizar privativamente el agua. Aunque España, permite la transmisión de los derechos concesionales y en la reforma de 1999 incluyó dos nuevas figuras que son la cesión de derechos y los centros de intercambios.
- La concesión administrativa es un acto discrecional otorgado por las administraciones hidráulicas competentes. En el Estado español, los encargados de otorgar las concesiones son los organismos de cuenca o el Ministerio del Medio Ambiente, cuando las obras y actuaciones son de interés general del Estado. En Venezuela, los contratos de concesión siempre son otorgados por el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables.
- En ambas legislaciones es un acto discrecional, aunque no es absoluta, ya que las concesiones deben otorgarse según las previsiones de los planes hidrológicos, y el acto que la deniega debe ser motivado.

- La discrecionalidad está condicionada o disminuida en el otorgamiento de concesiones de aguas subterráneas, pues el autorizado para investigar la existencia de las mismas tiene un derecho a la concesión o la posibilidad de indemnización, en caso que se la nieguen.
- La Planificación Hidrológica no otorga un derecho subjetivo a la concesión, pero a los potenciales usuarios les sirve de instrumento de información.
- La concesión deja a salvo los derechos de terceros. Esta cláusula tiene como propósito fundamental salvar la responsabilidad de la administración. El concesionario será responsable de los daños y perjuicios ocasionados, pudiendo declararse la nulidad total o parcial de la nueva concesión. Los daños pueden ser (reducción del caudal realmente aprovechado o deterioro de la calidad que la haga inutilizable para el fin a que se dedicaba).
- Entre las condiciones que se fijan en la concesión, se encuentra el respeto por los caudales mínimos para los usos comunes, por motivos sanitarios o ecológicos. La única excepción a la fijación de caudales ecológicos, es la derivada de la preeminencia del abastecimiento poblacional.
- La revisión de la concesión consiste en el análisis de sus características, comprobando la eficiencia de la gestión y la utilización de los recursos hídricos objeto de la concesión. La revisión puede dar lugar a indemnización, cuando para adecuar los aprovechamientos a los planes hidrológicos, se produzca un daño efectivo al patrimonio del concesionario.
- Existe otro tipo de revisión, si se quiere extraordinaria, que se produce mediante Decreto, ante graves estados de necesidad o urgencia. En estos casos, podrían tomarse medidas sobre cualquier aprovechamiento privativo y no da lugar a indemnización.
- El agua queda adscrita a los usos indicados y para regar las tierras señaladas en el título concesional, sin perjuicio de la modalidad de riego en régimen de servicio público, la cesión de derechos y los usos múltiples. En Venezuela, para destinar las aguas a otro fin, se requiere autorización del ente otorgante, tramitándose como una nueva concesión. De modo que, cualquier modificación de las características de la concesión debe ser autorizada.
- En España, la concesión está sometida a los principios de publicidad y trámite en competencia. La publicidad, permite el conocimiento de todos, de la solicitud que se adelanta y posibilita la oposición de los interesados, o su participación para acceder al aprovechamiento.
- Venezuela otorga las concesiones mediante adjudicación directa o a través de licitación pública. Este último procedimiento ofrece mayores garantías, para el manejo racional del recurso y beneficia la protección del recurso.
- España es contraria a reconocer derechos preferentes para obtener una autorización o concesión. Como excepción, tenemos el derecho preferente de los propietarios del fundo para obtener la autorización de investigación de aguas subterráneas.
- La concesión como tal no acarrea el pago de una tasa o exacción. Estas se derivan de la ocupación, utilización y aprovechamiento de los bienes del dominio hidráulico; por las mejoras producidas por la construcción de una obra; para mantener la calidad del agua, o por su disponibilidad, producto de una obra hidráulica específica. Así pues, al no tomar en cuenta el valor económico del agua sin las obras, deja por fuera la mayor parte de los aprovechamientos de aguas subterráneas, los que utilizan infraestructuras propias, los regadíos tradicionales y las obras de regulación anteriores. Dejando de considerar que el nivel de los acuíferos puede beneficiarse de las obras de regulación y, por tanto, sujetos estos aprovechamientos al canon de regulación.
- En Venezuela las concesiones pueden hacerse a título gratuito u oneroso. Cuando son onerosas, el interesado pagará al Fisco Nacional un canon por el aprovechamiento del recurso, calculado sobre

la base de la cantidad del recurso a aprovechar, su escasez relativa en el lugar donde se realizará el aprovechamiento, su calidad, la variabilidad de su régimen y su energía potencial. Además del valor del agua, en dicho canon se incluirá también los servicios en materia de conservación, operación y mantenimiento de infraestructura que realice el Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. Sin embargo, no existe una aplicación efectiva de la norma y los aprovechamientos de agua realizados para abastecimiento de agua potable, riego e hidroelectricidad, no generan pagos por parte de los usuarios, que generalmente suelen ser del mismo gobierno nacional.

- El orden de preferencia que debe respetarse para el otorgamiento de las concesiones, es propuesto en la planificación hidrológica. En España, a falta de éste, existe uno alternativo que da prioridad al abastecimiento poblacional, regadíos y usos agrarios, usos industriales de energía eléctrica, otros usos industriales, acuicultura, usos recreativos, navegación y transporte acuático y otros usos, en ese orden. Posibilitando la expropiación de un uso cuando sea necesario para satisfacer las demandas de otro que se encuentre por encima en el orden señalado.
- Venezuela también deja la labor de la prioridad en los usos a la planificación hidrológica, pero la legislación vigente no establece un orden alternativo, salvo el privilegio para la navegación y el abastecimiento poblacional. En cambio, el PLAGV sí prevé un orden decreciente, favoreciendo las necesidades humanas primarias, el abastecimiento de poblaciones y el uso ambiental o mantenimiento de ecosistemas.
- La reserva de caudales es una figura utilizada por la legislación española, mediante la cual los organismos de cuenca pueden separar determinados caudales de aguas, de acuerdo con las previsiones de los planes hidrológicos, para regadíos, pesca, aprovechamientos hidroeléctricos, o para cualquier otro servicio del Estado o fin de utilidad pública. Estos caudales, serán luego dados en concesión. En la actualidad, la reserva de caudales cumple otra función, al posibilitar los trasvases entre cuencas, estableciendo las necesidades de la cuenca cedente.
- Venezuela no prevé actualmente la reserva de caudales, no así el PLAGV, que lo tiene previsto con las mismas características de la legislación española. Cumple por tanto, una labor de protección del recurso, a través de la exclusión de cualquier tipo de aprovechamiento, cuando existan graves riesgos de daños a las fuentes; y también puede reservarlos para el cumplimiento de fines específicos, o para su ulterior concesión o asignación de entes públicos.
- El uso privativo tiene previstas causas de extinción en ambas legislaciones: expiración del plazo, caducidad de la concesión, expropiación forzosa, renuncia expresa del concesionario.
- Venezuela, agrega a la enumeración anterior, como causas de extinción: la enajenación de los bienes e instalaciones afectos al aprovechamiento; enajenación de la concesión; el cese de las actividades, disolución o extinción de la persona jurídica titular de la concesión y la muerte del concesionario.
- España tiene en su legislación dos figuras que intentan flexibilizar el sistema concesional, el contrato de cesión de derechos y los centros de intercambio de derechos.
- Ambas instituciones, transmiten el total o una parte del volumen aprovechado a otro usuario, en el caso de la cesión o a un intermediario (organismo de cuenca), en los centros de intercambio.
- La cesión de derechos sólo permite la transmisión entre usuarios que tengan sus aprovechamientos registrados, pero los centros de intercambio, el organismo de cuenca puede acceder a aprovechamientos simplemente declarados en el Catálogo de Aguas.
- La cesión de derechos requiere la correspondiente autorización del organismo de cuenca y se considera causal de caducidad de la concesión su falta.

- La cesión de derechos debe servir para que la administración tome la determinación de revisar las concesiones. Pues, pueden existir diferencias entre el caudal concedido y el utilizado realmente. Si queda en evidencia esta diferencia, la administración hidráulica en su condición de ente gestor debe proceder a su revisión.
- Los centros de intercambio tienen como finalidad la recuperación de aprovechamientos a través de oferta pública, para posteriormente cederlos a otros usuarios, previo pago del precio.
- La administración hidráulica, tiene la obligación de llevar un registro de los recursos disponibles, así como de los recursos que autoriza o da en concesión e incluso aquellos que tienen un derecho de aprovechamiento por cualquier otro título.
- El registro es calificado como un medio de prueba de la existencia y situación de la concesión. Además, confiere al inscrito la posibilidad de hacer interesar al organismo de cuenca, en la defensa de sus derechos de acuerdo con el contenido de la concesión o título administrativo que ampare su derecho y de lo establecido en la legislación en materia de aguas.