

# **Collana Ravenna Capitale**

## **Comitato scientifico**

Manuel Jesús García Garrido (UNED Madrid)

Francesco Amarelli (Università di Napoli Federico II)

Jean Michel Carrié (École des Hautes Études en Sciences Sociales, Paris)

Federico Fernández de Buján (UNED Madrid)

Salvatore Puliatti (Università di Parma)

La presente pubblicazione è stata curata da Gisella Bassanelli Sommariva e  
Lauretta Maganzani.

I contributi pubblicati all'interno del volume sono stati sottoposti  
a doppio referaggio anonimo.



# RAVENNA CAPITALE

IL DIRITTO DELLE ACQUE  
NELL'OCCIDENTE TARDOANTICO:  
UTILITÀ COMUNE E INTERESSI PRIVATI

**© Copyright 2018 by Maggioli S.p.A.**  
**Maggioli Editore è un marchio di Maggioli S.p.A.**  
**Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001: 2008**

47822 Santarcangelo di Romagna (RN) • Via del Carpino, 8  
Tel. 0541/628111 • Fax 0541/622595  
[www.maggiolieditore.it](http://www.maggiolieditore.it)  
e-mail: [clienti.editore@maggioli.it](mailto:clienti.editore@maggioli.it)

Diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione  
e di adattamento, totale o parziale con qualsiasi mezzo sono riservati per tutti i Paesi.

Finito di stampare nel mese di ottobre 2018  
nello stabilimento Maggioli S.p.A.  
Santarcangelo di Romagna (RN)

# Indice

<b>Presentazione</b>	pag. vii
<b>Norme sulla gestione delle acque nelle realtà urbane tardoantiche in Occidente: panoramica sulle fonti giuridiche</b> di <i>Gisella Bassanelli Sommariva</i> .....	» 1
<b>Procuratore <i>ad ripam Baetis</i></b> di <i>Federico Fernández de Buján</i> .....	» 11
<b>Approvvigionamento idrico cittadino e conseguenze giuridiche a seguito di eventi geologici e climatici al tramonto dell'antichità</b> di <i>Federico Pasquaré Mariotto, Paola Biavaschi</i> .....	» 27
<b>Alluvioni e paludi: strategie d'intervento dell'amministrazione tardoantica</b> di <i>Simona Tarozzi</i> .....	» 47
<b>Disciplina delle servitù d'acqua nelle fonti della tarda antichità</b> di <i>Saverio Masuelli</i> .....	» 59
<b>«...<i>Inter compaganos rivi La(va)rensis</i>» CIL, II 4125, propuestas de interpretación</b> di <i>M<sup>a</sup> Lourdes Martínez de Morentin Llamas</i> .....	» 69
<b>El derecho de propiedad sobre las aguas. Un estudio histórico comparado</b> di <i>Gabriel M. Gerez Kraemer</i> .....	» 89
<b>Archéologie et servitudes d'eau: l'aqueduc romain d'Arles et les moulins de Barbegal</b>	» 109
di <i>Philippe Leveau</i> .....	

<b>L'eau dans la cité après le passage des Vandales. Constantine en 445 (Nov. Val. XIII)</b>	» 139
di <i>Marguerite Ronin</i> .....	
<b>Il sistema delle acque in Campania tra Tardo Antico e Medioevo</b>	» 153
di <i>Laura Genovese</i> .....	
<b>Modificazioni e nuovi assetti nei paesaggi delle acque nell'Italia tardo antica</b>	» 165
di <i>Pier Luigi Dall'Aglio, Carlotta Franceschelli</i> .....	

# El derecho de propiedad sobre las aguas. Un estudio histórico comparado

Gabriel M. Gerez Kraemer  
(Universidad San Pablo CEU - Madrid)

**Sommario:** 1. Introducción. – 2. El derecho romano de las aguas. – 2.1. El dominio de las aguas en Roma – 2.2. El alcance del dominio público hidráulico. – 3. Estudio comparado del derecho romano y el derecho español de aguas; algunos apuntes. – 4. La transmisión de los derecho concesionales en el derecho español y en el derecho romano.

## 1. Introducción

Como discípulo de mi muy admirado y querido maestro D. Antonio Fernández de Buján, y en el seno de la línea de investigación –la experiencia administrativa romana- que tan genialmente inició en España y que tan excelentes y numerosos frutos ha generado<sup>1</sup>, mis investigaciones han versado primero sobre el régimen jurídico de las aguas en Roma; para después estudiar la tradición jurídica española en la materia. Se trata de una cuestión particularmente debatida y polémica en España donde está muy presente el lugar común de que nuestra cultura del agua (y también las instituciones jurídicas correspondientes) son de origen árabe<sup>2</sup>.

Para deshacer ese equívoco bastaría con comparar las soluciones del derecho romano con las contenidas en nuestra vigente ley de aguas porque la conclusión que se extrae de su cotejo es bien distinta ya que son numerosos los preceptos y las soluciones normativas contenidas en el texto legal que tienen un precedente inmediato en las fuentes romanas<sup>3</sup>.

Podríamos afirmar pues, a partir de ese dato, que nuestro derecho de aguas es hijo del romano; como pretendemos confirmar con la ayuda de nuevos argu-

---

<sup>1</sup> Estos frutos consisten, entre otros, en más de 10 tesis doctorales, una Colección de Monografías que supera ya las 15 obras, un número elevadísimo de artículos doctrinales y más de 5 proyectos de investigación (el último recién concedido por el Ministerio).

<sup>2</sup> Los términos de esta polémica pueden encontrarse en los siguientes autores y obras: S. MARTIN RETORTILLO, *La Ley de Aguas de 1866, Antecedentes y elaboración*, Madrid, 1963; y A. GALLEGU ANABITARTE, A. MENENDEZ REXACH, J. M. DIAZ LEMA, *El Derecho de Aguas en España*, Madrid, 1986.

<sup>3</sup> G. GEREZ KRAEMER, *La presencia del Derecho Romano en la ley de aguas española*, in *Revista General de Derecho Romano – Iustel*, nº 18, 2012.

mentos expuestos en el presente trabajo. Pero no sólo: hemos descubierto que, de algún modo, “ha vuelto a él” y lo ha hecho, sorprendentemente, en relación con la más novedosa solución jurídica o institución en él prevista: el denominado “Mercado del agua”. Ésta ha sido introducida en fechas relativamente recientes aunque su efectividad práctica está todavía pendiente de verificar en España. Consiste en la posibilidad de ceder -entre particulares- los aprovechamientos hídricos objeto de concesión.

En consonancia con todo lo anterior, nuestro trabajo pretende: en 1er lugar, realizar una exposición analítica de las soluciones que brinda el derecho romano al problema del dominio hídrico. Después, llevar a cabo un estudio crítico comparado de las principales soluciones previstas en el derecho romano de aguas y en el derecho español. Y, finalmente, analizar el precedente del “mercado de las aguas” que hemos hallado en Roma.

## 2. El derecho romano de las aguas

En relación con el dominio, queremos empezar por una cuestión que podríamos calificar como “académica”. Se trata del orden en el que tanto normativa como científicamente se suele abordar el problema del dominio y el del aprovechamiento de las aguas.

En las legislaciones modernas y en las exposiciones científicas la cuestión del dominio de las aguas precede siempre a la de los usos y aprovechamientos. Así las cosas pudiéramos pensar que la titularidad de las aguas dicta los aprovechamientos de los que son susceptibles. Sin embargo, la experiencia romana como tantas otras veces nos corrige, siendo las fuentes las que nos ponen sobre la pista: si prestamos atención al enunciado de los principales títulos del Digesto sobre la materia, observamos que se refieren siempre, directa o indirectamente, implícita o explícitamente, a los usos posibles sobre ellas y a su protección (o, mejor, a la protección de los usos sobre las aguas). No es posible encontrar apartados específicamente dedicados al dominio de las aguas. Ninguna rúbrica del Digesto, por ejemplo, está específicamente dedicada a la cuestión. Así y entre otros: *de servitutibus praediorum rusticorum* (D.8.3); *de fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat quo peius navigetur* (D.43.12); *ut in flumine publico navigare liceat* (D.43.13); *de aqua cottidiana et aestiva* (D.43.20); *de rivis* (D.43.21).

Sin duda, tal cosa constituye para el estudioso una evidente dificultad para conocer cuáles fueron las soluciones que brindó el derecho romano al problema del dominio de las aguas - lo que explica, al menos en parte, la abundante literatura al respecto y la falta de comunión doctrinal-; pero tiene una explicación del todo razonable: la importancia y atención jurídica al agua - entonces y ahora - obedece a que se trata de un bien que podríamos calificar de 1ª necesidad. Y, en consecuencia, su



calificación de público o privado trae causa de las utilidades que procura; y éstas, lo señalamos ya, están muy determinadas por las características “físicas” del bien pero también por las necesidades de los hombres que se encuentran en su entorno. Así las cosas, podríamos afirmar que no es el carácter público o privado de las aguas el que determina los usos o aprovechamientos posibles sobre ellas sino que las características físicas de las aguas y los usos posibles sobre ellas quiénes dictan su titularidad. Caer en la cuenta de este hecho puede (aparentemente al menos) no resultar útil para el operador jurídico más básico, es decir, para aquél que persigue -sin más- resolver un problema con ayuda de la solución contenida en la norma vigente; pero sí que lo es para el legislador puesto que la perspectiva adecuada ante un posible cambio normativo no puede ser el preservar unas categorías sino colmar o satisfacer las necesidades de los hombres y, por lo tanto los usos posibles sobre el bien.

Se trata, además, de una constatación que no es banal tampoco -y por eso nos hemos atrevido a ponerla como pórtico de nuestra exposición- para el estudio y la comprensión de los textos romanos. Al contrario.

Por un lado, porque explica que la perspectiva desde la que los romanos (pero también nuestras normas vigentes como se puede apreciar al leer el título I de la ley) abordan las aguas es la de su “corporeidad” o su manifestación “material” o “física”. Estas no son consideradas, jurídicamente, como un bien unitario, homogéneo sino como agua pluvial, manantial, corriente (más o menos caudalosa e importante, estable o torrencial) o estancada. Y no porque los romanos desconociesen el concepto del ciclo hidrológico (que no desconocían o no del todo)<sup>4</sup> sino por la razón que ya hemos apuntado y es que las características físicas que presenta el bien en cada momento son las que condicionan los usos. Se entiende así que, aun siendo hoy el concepto del ciclo hidrológico de sobra conocido (sobre él descansa la ley que lo enuncia en su 1er artículo)<sup>5</sup>, la ley siga abordando las aguas,

---

<sup>4</sup> Vid en TATON, *Histoire générale des sciences*, vol. I, Paris 1957: P. H. MICHEL, *Les sciences dans le monde gréco-romain*, 210 s., 254 s., 262 s. y BEAUJEU, *Sciences physiques et biologiques*, 377 s. Al menos dos escritores romanos dedican una parte importante de su obra a las aguas; se trata de Séneca, *Quaestiones Naturales*, 3 (donde alude a las distintas clases de aguas atendiendo a su origen) - y de Plinio el Viejo -*Naturalis Historia*, 2. El problema de la procedencia de las aguas terrestres -superficiales y subterráneas- no era un tema pacífico; no obstante, la relación entre aguas superficiales y pluviales y el fenómeno de la evaporación es ya conocido (Vitr., *De arch.*, 8.2.2).

<sup>5</sup> Artículo 1. Objeto de la Ley.

1. Es objeto de esta Ley la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias delimitadas en el artículo 149 de la Constitución.

3. Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.

su titularidad y sus usos, distinguiendo entre aguas manantiales, corrientes... Así habla de “cauces, riberas y márgenes”, para referirse a las aguas corrientes; de lagos, lagunas, embalses y terrenos inundables, para referirse a las aguas estancadas; de acuíferos; etc.

El otro motivo por el que no conviene perder de vista como perspectiva cuáles son los usos de los que son susceptibles, usos del todo condicionados o determinados por su materialidad (su volumen, su carácter de “corriente” o “permanente”, su abundancia o escasez) es porque permite también desentrañar el significado de los textos más discutidos y superar polémicas doctrinales históricas como la célebre contradicción entre D.1.8.2 e I.2.1.1 o el alcance de la afirmación contenida en D.43.12.1.1 *Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium*.

Hechas estas consideraciones preliminares pasamos a exponer las conclusiones que hemos alcanzado respecto, en particular, a la cuestión del dominio de las aguas (pero también a sus aprovechamientos). Por supuesto, se trata de conclusiones que están sujetas a la mejor opinión de mis colegas y que de buen grado expongo para su crítica y, si procediese, la correspondiente corrección.

## 2.1. *El dominio de las aguas en Roma*

Respecto del dominio, lo 1º que queremos subrayar, aunque pudiera parecer que por su sencillez o evidencia carece de valor, es que tal ordenación reposa en la distinción aguas públicas – aguas privadas. En efecto, se trata de una clasificación u ordenación que posteriormente no sólo no ha sido superada sino que podría decirse que ha sido recuperada en las legislaciones modernas<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Vid por ejemplo Las Partidas - de inspiración claramente romana (es fácil para el romanista reconocer los textos de la Compilación Justiniana inspiradores)- donde la distinción “públicas – privadas” ya se ha perdido:

P.3.28.3: «Las cosas que comunalmente pertenecen a todas las criaturas que biven en este mundo son estas, el ayre, e las aguas de la lluvia, e el mar, e su ribera. Ca qualquier criatura que biva, puede usar de cada una de estas cosas, según quel fuere menester...».

P.3.28.6: «Los rios, e los puertos, e los caminos publicos pertenecen a todos los omes comunalmente, en tal manera que tambien pueden usar dellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran, e biven en aquella tierra, do son...».

P.3.28.9 «Apartadamente son del comun de cada una cibdad o villa, las fuentes e las plaças o fazen las ferias e los mercados e los lugares o se ayuntan a concejo e los arenales que son las riberas de los rios, e los otros exidos e las carreras o corren los caballos: e los montes e las dehesas, e todos los otros lugares semejantes destos que son establecidos e otorgados para promunal de cada cibdad o villa o castillo o otro lugar. Ca todo ome que fuere y morador puede usar de todas estas cosas sobredichas e son comunales a todos tambien a los pobres como a los ricos. Mas las que fuesen moradores en otro lugar non pueden usar dellas contra voluntad o defendimiento de los morasen...».

Este hecho es más llamativo si cabe, si recordamos que ya en las XII Tablas las aguas aparecen calificadas como privadas. Allí encontramos el primer testimonio al respecto, y ya entonces aparecen desde las 2 perspectivas “clásicas” -ser una posible fuente de daños y bien susceptible de muy numerosos e importantes aprovechamientos- que también reproduce nuestra ley<sup>7</sup>:

Tab.7.8. a. – SI AQUA PLUVIA NOCET, . . – (Pomp., 7 *ex Plautio*, D.40.7, 21 pr.; Cic., *Top.*, 9.39).

Tab. 7.8. b. – Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex lege XII tab., ut noxa domino sarciatur (Paul., 16 ad Sab., D.43.8.5)<sup>8</sup>.

Por su parte, en los últimos siglos de la República, el magistrado daba solución a los problemas de contaminación de los *flumina publica*, manejando también esta distinción, como evidencia el testimonio del interdicto *de fluminibus retardis*<sup>9</sup>:

Gell., N. A., 11.17: Quid significet in ueteribus praetorum edictis: ‘qui flumina retanda publice redempta habent’. Edicta ueterum praetorum sedentibus forte nobis in bibliotheca templi Traiani et aliud quid requirentibus cum in manus incidissent, legere atque cognoscere libitum est. Tum in quodam edicto antiquiore ita scriptum inuenimus: ‘Qui flumina retanda publice redempta habent, si quis eorum ad me eductus fuerit, qui dicatur, quod eum ex lege locationis facere oportuerit, non fecisse’. ‘Retanda’ igitur quid esset, quaerebatur. Dixit ibi quispiam nobiscum sedens amicus meus in libro se Gaii de origine uocabulorum VII legisse ‘retas’ uocari arbores, quae aut ex ripis fluminum eminent aut in alueis eorum exstarent, appellatasque esse a retibus, quod praetereuntes naues inpedirent et quasi inretirent; idcircoque sese arbitrari ‘retanda’ flumina locari solita esse, id est purganda, ne quid aut morae aut periculi nauibus in ea uirgulta incidentibus fieret.

La doctrina señala como *dies ante quem* de vigencia de este edicto el siglo I a.C. aunque con toda probabilidad sea posible anticiparlo al s. II: “...il nostro editto doveva essere ben anteriore a quest’anno (54 a.C.) ... ma ... ritengo che l’editto *de fluminibus retardis* ... vada ascritto con tutta probabilità ... al II secolo prima dell’era volgare; ma, in ogni caso, mi sembra aver dimostrato che tale editto cominciò a cadere in desuetudine nella prima metà del I secolo a.C.”

<sup>7</sup> Vid: Título IV, arts. 47 y ss.: “De la utilización del dominio público hidráulico”; y, en ese mismo artículo 47 §2: “Si las aguas fueran producto de alumbramiento, sobrantes de otros aprovechamientos o se hubiese alterado de modo artificial su calidad espontánea, el dueño del predio inferior podrá oponerse a su recepción, con derecho a exigir resarcimiento de daños y perjuicios, de no existir la correspondiente servidumbre”.

<sup>8</sup> C. G. BRUNS, *Fontes iuris Romani antiqui*, vol. I, Tübingen, 1909.

<sup>9</sup> R. VIGANO, *Sull’“edictum de fluminibus retardis”*, in *Labeo* 1969, p. 168 ss.; A. F. RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsiae, 1869 (212, *Edictum vetus de fluminibus retardis*).

Se trata de un interdicto que evidencia un notable nivel de complejidad administrativa puesto que perseguía el incumplimiento de las condiciones de una “*publica locatio - redemptio*”, la limpieza de las orillas y el curso del Tíber, río público, por parte de lo que hoy denominaríamos un concesionario de servicios públicos<sup>10</sup>.

Y finalmente podemos apreciar que también la ciencia jurídica, desde muy temprano, se sirvió de esa distinción. Nosotros hemos hallado evidencias indiscutibles de una preocupación científica en la jurisprudencia republicana; concretamente en Alfeno y Trebacio, que ya utilizan la categoría de las aguas públicas y privadas con total naturalidad, aplicada no sólo a los *flumina* (D.41.1.38 Alf. 4 digest. a Paulo *epit.*, D.41.1.16 Flor. 3 *Inst.*) sino también a los *lacus* (D.39.3.24.3, Alf. 4 *digest.* a Paulo *epit.*). Desde sus orígenes, encontramos textos que se ocupan de las aguas en prácticamente todos los ámbitos: clasificación de las cosas, servidumbres, régimen de la propiedad, relaciones de vecindad, interdictos, etc.

Pero -y en consonancia con cuanto comentábamos *supra*- de su titularidad prácticamente sólo se habla en el contexto de los usos de los que son susceptibles. El ordenamiento que se ocupa por primera vez del problema de la titularidad de las aguas fue el *ius civile*. Muy probablemente en su seno y en el contexto del derecho de cosas, se suscitó el problema del dominio de las aguas en relación con la propiedad, los modos de adquirir y seguramente también las servidumbres. Es significativo al respecto el paralelismo que existe entre los *libri ad Sabinum* de Paulo y Pomponio, ya que los dos en su parte final aluden a los *flumina publica* y Lenel llega incluso a proponer para Paulo la rúbrica *de fluminibus publicis*<sup>11</sup>. Parece que ambos partieron de un modelo común -los *libri iuris civilis* de Sabino- que versó también sobre las aguas y su titularidad. Es aquí por tanto -en el contexto de los usos y los aprovechamientos de las aguas- donde abordó sistemáticamente por primera vez la ciencia jurídica el problema de la titularidad de las aguas.

<sup>10</sup> Lo que hoy llamaríamos una concesión de servicios públicos; en este caso concreto la limpieza de las orillas y el curso de los ríos: « chiamandosi *retae* quegli alberi che sporgono dalle dei fiumi o sorgono dai loro alvei, e che pertanto impediscono od ostacolano, al pari di vere reti, la navigazione dei batelli » (VIGANO, *o. c.* 169 y 169<sup>3</sup> - Gell., *N. A.* 11.17.4). Vid al respecto, últimamente: A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, en el Prólogo a E. PENDÓN MELÉNDEZ, *Régimen jurídico de la prestación de servicios públicos en Derecho romano*, Madrid, 2002, 29 ss.; la propia obra de la autora citada; V. PONTE, *Régimen jurídico de las vías públicas en Derecho romano*, Dykinson, Madrid, 2007; J. M<sup>a</sup>. RIBAS ALBA, *Populus Romanus y Res publica: Comunidad política y ciudadanía*, en *Derecho, persona y ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada* (B. PERIÑÁN GÓMEZ Coord.), Madrid, 2010, 291; A. TRISCIUOGGIO, *Societas publicanorum e aspetti della responsabilità esterna. Atti del Seminario di studi su: Societas. Strumento di organizzazione pubblica e privata*, Sassari, 4-5 maggio 2012, in *Diritto@Storia*, n<sup>o</sup> 11, 2013, 1-15, F. J. TEJADA HERNÁNDEZ, *Bases histórico-conceptuales del derecho público minero* (I), *Revista General de Derecho Romano – Iustel* n<sup>o</sup> 29, 2017; y la muy reciente monografía: M. E. ORTUÑO PÉREZ, *La empresa pública en forma privada*, Dykinson, Madrid, 2017.

<sup>11</sup> LENEL, *Pal.*, vol. 1, c.37 ss.

La categorización y diferenciación de las aguas entre “aguas públicas” y “aguas privadas” se planteó y fue resuelta por lo tanto desde muy antiguo para descansar sobre la división “aguas públicas – aguas privadas”. La unanimidad de las fuentes –ley, edicto y jurisprudencia- es total. Pero, insistimos, se trata de una categorización que parece que nunca se planteó en términos “academicistas” o “escolásticos” (no aparecen las aguas en la clasificación de las cosas que enuncia Gayo, por ejemplo) sino siempre en el contexto o en el horizonte de los usos posibles sobre las aguas y su protección.

Si examinamos cuál es el contenido del derecho de propiedad del titular de las aguas privadas, llegamos a la conclusión de su poder era un verdadero dominio conforme al principio enunciado por Ulpiano de que *nihil differt a ceteris locis privatis flumen privatum* (D.43.12.1.4 Ulp. 68 ed.). Es la conclusión que impone también el análisis de los poderes del propietario de las aguas que documentan los textos, en especial los relativos a las *aquae fontales*, muy a menudo entonces privadas. De entre los poderes que constituyen la propiedad el más característico es el de disposición perfectamente documentado en las fuentes. Así, el titular de un predio en el que nace un manantial puede: aprovechar sus aguas para fines domésticos e industriales, en todo o en parte hasta el punto de impedir su disfrute a terceros (D.39.3.3pr y D.39.3.21); constituir sobre sus aguas una servidumbre (D.43.20.4, D.8.3.3.3, D.8.6.16, D.8.6.18pr, D.43.22.1.1)<sup>12</sup>; enajenarlo independientemente del fundo en el que nace (D.8.3.30 *in fine*, D.18.1.40.1)...

Por otro lado, observamos que los límites de su derecho coinciden con los de la propiedad; así lo atestiguan D.39.3.1.12, D.39.3.3pr y D.39.3.21<sup>13</sup>. En ellos, Trebacio, Pomponio y Marcelo reconocen al propietario las más amplias facultades sobre las aguas que nacen en su finca, con el único límite de no realizar ninguna intromisión ilícita en el fundo ajeno<sup>14</sup>; límite éste, el de las *immissiones* ilícitas que sirve en época clásica para delimitar el contenido del derecho de propiedad.

<sup>12</sup> Que exigía -y exige- como premisa la titularidad del bien (en este caso las aguas, como se puede apreciar por ejemplo en D.8.1.14.2).

<sup>13</sup> D.39.3.1.12 (Ulp., 53 ed.): « *Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit* »; D.39.3.1.3pr (Ulp., 53 ed.): *Apud Trebatium relatam est eum, in cuius fundo aqua oritur, fullonicas circa fontem instituisse et ex his aquam in fundum vicini immittere coepisse: ait ergo non teneri eum aquae pluviae arcendae actione. Si tamen aquam conrivat vel si spurcam quis immittat, posse eum impediri plerisque placuit*; D.39.3.1.21 (Pomp. 32 Q. Muc.): *Si in meo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incidideris et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuerit, nec interdicto quod vi aut clam teneris.*

<sup>14</sup> Es verdad que estos fragmentos que aluden al aprovechamiento de las *aquae fontales* son considerados por la mayoría de la doctrina como interpolados; No obstante y tras ser despojados de toda posible alteración, permiten llegar a una conclusión. *Vid Index Interpolationum, l.*

Nos encontramos, por lo tanto, con que las facultades reconocidas al titular del fundo en el que emerge un manantial son las típicas de un propietario y que el único límite a su aprovechamiento es aquel que en el seno de la jurisprudencia clásica sirve para delimitar el contenido del dominio. El derecho de propiedad sobre las aguas privadas fue por lo tanto, un verdadero dominio o señorío (aunque al respecto no conviene perder de vista como afirma D. Álvaro d'Ors que el "uso o aprovechamiento de las cosas es distinto según su naturaleza". De todo lo que hemos dicho hasta ahora, el lector podrá deducir que para nosotros la famosa afirmación de Marciano relativa al *aqua profluens*, contenida en D.1.8.2.1 (3 Instit.)<sup>15</sup>, en nuestra opinión carece de eficacia o valor jurídico.

## 2.2. El alcance del dominio público hidráulico

No vamos a exponer en esta sede todos los argumentos que nos llevan a afirmar el dominio, público o privado, de unas aguas y otras. Nos remitimos en este punto a la abundante literatura al respecto y, en particular y por lo que se refiere a nuestra posición, a nuestros escritos<sup>16</sup>. Vamos a limitarnos a reproducir las conclusiones más relevantes de nuestras investigaciones.

Como ya hemos dicho, el principal criterio que sirvió para separar las aguas fue el de la necesidad y los usos posibles sobre ellas. Tales usos, por lo tanto, y la posibilidad de colmar las necesidades, estaban muy condicionados por las características del bien. Así las cosas, allí donde era apta para satisfacer una necesidad de la comunidad y a ella se dedicaba destinándose al uso público (tras un acto de *publicatio* formal o por la vía de los hechos), el agua devenía demanial, *res publicatio*<sup>17</sup>.

---

c.; son alteraciones que buscan introducir la teoría de la emulación (sobre todo en D.39.3.1.12 y h. t. 21); vid PEROZZI, *Il divieto degli atti di emulazione e il regime giustiniano delle acque private*, AG., n° 53, 1894, p. 7; R. DERINE, *A propos du nouveau régime des eaux des privées créé par Justinien*, RIDA., n° 5, 1958, 449<sup>3</sup> y ss.; J. GARCIA SANCHEZ, *La teoría de la 'inmisio' (Caracteres de las relaciones de vecindad predial en Roma)*, Madrid, 1975, 240; LONGO, *Osservazioni sul contenuto della proprietà*, Ann. Macerata, n° 26, Milano, 1963, 24; BONFANTE, *Corso*, vol. 2, *La proprietà*, Roma, 1926, 355; ROTONDI, *L'abuso di diritto*, en *Riv. di Dir. Civile*, n° 15, Padova, 1923, 75; BIONDI, *Influssi cristiani sulla legislazione agraria romana*, BIDR. 1958, 88; VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1986 (c.II).

<sup>15</sup> D.1.8.2pr. *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. I. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.*

<sup>16</sup> Principalmente, *El derecho de aguas en Roma*, Dykinson, Madrid, 2008.

<sup>17</sup> Vid: A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Público Romano*, Civitas 2015 (p. 230 y 231); PONTE, V., *Régimen jurídico de las vías públicas en el Derecho Romano*, 60 ss.; M. SÁNCHEZ ADSUAR, *De la "publicatio" en el Derecho Romano a la moderna afectación en El Derecho*

Así nos lo demuestra el célebre pasaje de Frontino relativo al *Aqua Cabra* (*De aqu.* 1.9) en el que se habla de un manantial privado que pasó a ser público para alimentar parcialmente un acueducto -el *aqua Iulia*- y que de nuevo recuperó la condición de privado tras (diríamos hoy) ser desafectado del uso público gracias a la buena gestión del recurso que permitió prescindir de sus aguas.

Front, De aqu. 1.9. Post Agrippa aedilis post primum consulatum imperatore Caesare Augusto II L. Volcatio cos., anno post urbem conditam septingentesimo nono decimo ad miliarium ab urbe duodecimum Via Latina deverticulo euntibus ab Roma dextrorsus milium passuum duum alterius aquae proprias vires collegit et Tepulae rivum interceptit. Adquisitae aquae ab inventore nomen Iuliae datum est, ita tamen divisa erogatione, ut maneret Tepulae appellatio. Ductus Iuliae efficit longitudinem passuum quindecim milium quadringentorum viginti sex S.: opere supra terram passuum septem milium: ex eo in proximis urbem locis a septimo miliario substructione passuum quingentorum viginti octo, reliquo opere arcuato passuum sex milium quadringentorum septuaginta duum. Praeter caput Iuliae transfuit aqua quae vocatur Crabra. Hanc Agrippa omisit, seu quia improbaverat, sive quia Tusculanis possessoribus relinquendam credebat; ea namque est quam omnes villae tractus eius per vicem in dies modulosque certos dispensatam accipiunt. Sed non eadem moderatione aquarii nostri partem eius semper in supplementum Iuliae vindicaverunt, nec ut Iuliam augerent, quam hauriebant largiendo compendi sui gratia. Exclusi ergo Crabram et totam iussu imperatoris reddidi Tusculanis, qui nunc, forsitan non sine admiratione, eam sumunt ignari cui causae insolitam abundantiam debeant. Iulia autem revocatis derivationibus, per quas surripiebatur, modum suum quamvis notabili siccitate servavit. Eodem anno Agrippa ductus Appiae, Anionis, Marciae paene dilapsos restituit et singulari cura compluribus salientibus instruxit urbem.

La dedicación al uso público fue, en nuestra opinión, el principal criterio “demanializador” de las aguas pero no el único. También operó el del suelo aunque siempre sometido al anterior, principal y preferente. Las aguas no dedicadas al uso público fueron públicas o privadas, siguiendo la condición del suelo por el que discurrían o en el que se hallaban. En tales casos, sin embargo, podríamos decir que las aguas fueron públicas “por accesión”.

Sin embargo, pensamos que no tiene sentido hablar de “dominio público por usucapión” puesto que la “demanialización” era consecuencia directa e inmediata del uso público (sin que fuese requisito necesario o imprescindible la *publicatio*

---

*Administrativo actual. Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, nº. 1, 2001, 56-68; E. LOZANO CORBÍ, *La expropiación forzosa, por causa de utilidad pública y en interés del bien común, en el derecho romano*, 1994; del mismo autor, últimamente, *La expropiación forzosa en el Derecho Administrativo romano*. Voll. I y II, *Anuario del Centro de la UNED de Calatayud*, nº 13 y nº14, 2005 y 2006.

como parece mostrar el texto de Frontino). El criterio de la *vetustas* sirvió para identificar al propietario de un predio y, "por accesión", de sus aguas; y para provocar la adquisición de la titularidad de una servidumbre. Todo ello porque, como es bien sabido, la posesión continuada de un fundo y la *possessio iuris* de una servidumbre eran -y continúan siéndolo- un modo de adquirir bienes y derechos. En consonancia con todo lo anterior, la prescripción adquisitiva sirvió para adquirir la propiedad privada de las aguas o un derecho de uso sobre ellas, pero su relevancia en el ámbito del dominio público hidráulico debió ser mínima.

Analizando los textos y en base a esos criterios que hemos creído encontrar en ellos el resultado que se obtiene es el siguiente:

- privados pudieron ser: el agua pluvial, los *fontes*, los *rivi*, los *flumina torrentia*, los *stagna* y los *lacus*.
- públicos: esas mismas aguas y los *flumina perennia*.

Al respecto unas consideraciones:

- la primera: sólo unas aguas fueron siempre públicas, la de los *flumina perennia*<sup>18</sup>. Ello, pensamos nosotros, por su innata capacidad para servir al uso público y concretamente a aprovechamientos muy numerosos y relevantes como el consumo humano, la conducción de aguas para riego, abrevar al ganado, los aprovechamientos industriales, el baño, la pesca, la navegación, etc..

Pero en relación con estos cursos, los *flumina perennia*, no conviene perder de vista que la voz *flumen* no abarca todas las aguas corrientes permanentes o estables. También eran aguas corrientes los *rivi* que podían participar de esa misma cualidad, la perennidad. En efecto, la diferencia entre uno y otro obedecía a la concepción del curso que tuvieran los habitantes del lugar, a la famosa *opinio circumcolentium* mencionada en D.43.12.1.1 y que tantas polémicas ha despertado ("a su pesar", diría yo).

Así interpretamos nosotros el tan debatido D.43.12.1.3 (Ulp. 68 ed.): *Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis*. Existen -dice el texto conforme a la lectura que nosotros hacemos- 2 clases de cursos de agua de cierta entidad: los *flumina* y los *rivi*. Y la diferencia entre unos y otros no se halla en un elemento intrínseco del curso sino en la opinión que de él tengan los habitantes del lugar<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Así interpretamos nosotros el tan debatido D.43.12.1.3 (Ulp. 68 ed.): *Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse cassius definit, quod perenne sit: haec sententia Cassii, quam et Celsus probat, videtur esse probabilis*.

<sup>19</sup> Todavía hoy, la "opinión que de un curso tengan los habitantes del lugar" es decisiva pero en el ámbito idiomático: en efecto, tanto en Italia como en Francia (no así en España) las voces *rivière* y *rivo* (no *ruisseau* - *ruscello*) así como las de *fleuve* y *fiume*, designan todas cursos de agua estables, permanentes. Mientras que en España, esa distinción entre cursos



No radica pues la diferencia entre *flumen* y *rivus* en una característica intrínseca del curso<sup>20</sup>. El concepto de *flumina perennia* no es por lo tanto un concepto “cerrado”, que acote unas determinadas aguas (puesto que un mismo curso en un lugar será *rivus* y en otro *flumen*).

De aquí se extrae una inesperada pero muy interesante conclusión: en Roma, no puede hablarse de un dominio público hidráulico por naturaleza, al igual que sucede hoy en España, donde la teoría administrativista ha abandonado hace tiempo ya ese concepto que llegó a gozar de un cierto predicamento. Ni todas las aguas fueron públicas (o privadas), ni unas aguas fueron siempre públicas en atención a unas características intrínsecas determinadas.

- Segunda: ningún agua pudo escapar de la condición de pública (o -dicho de otro modo- fue siempre privada); ni tan siquiera las aguas pluviales, que podríamos calificar como “menos valiosas” por su escaso volumen, su escasez o su intermitencia y falta de periodicidad. Así lo evidencian las obras públicas de canalización y almacenamiento de aguas pluviales que testimonian numerosos yacimientos arqueológicos<sup>21</sup>.

Y no es esta una constatación banal porque evidencia en materia de aguas la presencia y eficacia real de lo que hoy denominaríamos un “principio general del Derecho Administrativo”, el del interés público: la propiedad privada de las aguas estuvo siempre en Roma sometida al interés público.

Y de lo todo lo anterior se puede deducir una 3ª conclusión: el principal -si no único- criterio “demanializador” de las aguas en Roma fue el uso público.

---

estables no existe puesto que todos reciben una misma denominación (“río”), sin duda como consecuencia de la importancia que en nuestra Península tienen todos los cursos estables.

<sup>20</sup> Esta es la lectura que hacemos del famoso texto D.43.12.1. 1. *Flumen a rivo magnitudine discernendum est aut existimatione circumcolentium*.

Existen – dice Ulpiano – 2 clases de cursos de agua de cierta entidad: los *flumina* y los *rivi* (recordemos que las fuentes hablan también de *rivulus*). Y la diferencia entre unos y otros no se halla en un elemento intrínseco del curso sino en la opinión que de él tengan los habitantes del lugar (la *opinio circumcolentium*).

“Rastros” de la importancia que la valoración que las poblaciones dan a un curso de agua, se encuentran todavía hoy incluso en el idioma. En efecto, tanto en Italia como en Francia (no así en España) las voces *rivière* y *rivo* (no *ruisseau* – *ruscello*) así como las de *fleuve* y *fiume*, designan todas cursos de agua estables, permanentes. Y es que un curso debe su importancia – e incluso su denominación – a la consideración que de él tengan los habitantes del lugar y no a su exclusiva condición de corriente o de perenne. Ello también nos permite salvar el tenor del texto citado tan discutido.

<sup>21</sup> J. M. DE LA PEÑA OLIVAS, *Sistemas romanos de abastecimientos de agua* ([http://www.traianvs.net/pdfs/2010\\_10\\_delapena.pdf](http://www.traianvs.net/pdfs/2010_10_delapena.pdf)); L. MAGANZANI, *Acquedotti e infrastrutture idrauliche nella Roma dei Cesari: aspetti e problemi di diritto pubblico e privato*, in *Ius*, 2010.

### 3. Estudio comparado del derecho romano y el derecho español de aguas; algunos apuntes

A continuación vamos a detenernos brevemente en el derecho histórico español y, en este punto, en la recepción del derecho romano de aguas. Y ello porque no son pocos los que afirman que nuestra “cultura hídrica”, también la jurídica, es de origen árabe y no romano. Existe abundante literatura por parte de historiadores y juristas en este sentido<sup>22</sup>. Además están aquellos que consideran novedosas (y consecuentemente de nueva creación) las soluciones contenidas en nuestras leyes: en el 1er código mundial de aguas de 1866 y en la posterior y vigente de 1985 (Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas).

Se trata de posiciones consecuencia de un desconocimiento del pasado, promovidas -en parte al menos- por un regionalismo que en su afán de hallar un elemento diferenciador es capaz de falsear o de cerrar los ojos ante la realidad.

Algunas evidencias -sólo algunas- que desmontan esos mitos:

Sorprenden en 1er lugar las numerosas afinidades o analogías que desde una perspectiva puramente formal, como es el orden exterior de materias, pueden reconocerse en materia de aguas entre el Derecho Romano y nuestro Código Civil. Buen ejemplo de ello es la sección 6ª del libro II, tít. VII, capít. II donde, bajo una misma rúbrica – “De las servidumbres en materia de aguas” -, se regulan conjuntamente las mismas cuestiones que abarcaba el título 39.3 del Digesto “*De aqua et aquae pluviae arcendae*”: los problemas derivados de la caída de las aguas de

---

<sup>22</sup> De la literatura jurídica ya hemos traído aquí alguna cita. Traemos también aquí algunas referencias de historiadores en este sentido: C. TRILLO SAN JOSÉ, *El agua en al-Andalus: teoría y aplicación según la cultura islámica*, en *Tecnología del agua*, nº 271, 2006, 85-93. <http://www.ugr.es/~ctrillo/Revista%20Tecnologia%20Agua.pdf>; J. HINOJOSA MONTALVO, *La huella árabe en los aprovechamientos hídricos, Crónicas del Agua, la importancia del agua en nuestra cultura, 50 años de Comisarías de Aguas*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2009, 31ss. Vid también, entre otros: R. GONZÁLEZ VILLAESCUSA, *Paisaje agrario, regadío y parcelarios en la huerta de valencia. Nuevos planteamientos desde el análisis morfológico*, en *II Coloquio Historia y Medio Físico. Agricultura y regadío en al-Andalus*, Almería 1996 (<http://www.biblioarqueologia.com/articulo.php?id=237>); A. MALPICA CUELLO, *El agua en al-Andalus. Un debate historiográfico y una propuesta de análisis* (<http://www.biblioarqueologia.com/articulo.php?id=555>); E. GUINOT RODRÍGUEZ, *El paisaje de la huerta de Valencia. Elementos de interpretación de su morfología espacial de origen medieval* (<http://www.thomasfglick.com/images/Guinot-%20Landscape%20of%20Valencian%20huerta.pdf>); A. SANTIAGO, A. CURRÁS, J. M. PALET, A. EJARQUE, H. ORENGO, R. JULIÀ y Y. MIRAS: *Variabilité climatique, occupation du sol et paysage en Espagne de l'âge du fer à l'époque médiévale: intégration des données paléo-environnementales et de l'archéologie du paysage*, en *Société et climats dans l'Empire romain: pour une perspective historique et systémique de la gestion des ressources en eau dans l'Empire romain* (E. HERMON y L. LABRUNA, eds.), Napoli, 2009, 251-280.

lluvia y la servidumbre de acueducto. También el hecho de que el primer artículo del Código que versa sobre las aguas (el 344) se encuentre en el mismo contexto que los primeros textos que sobre esa materia encontramos en el Digesto y las Instituciones (D.1.8.2 y ss.; I.2.1.1 y ss.), bajo la rúbrica común “De la clasificación de los bienes según las personas a que pertenecen”.

Esas analogías formales, de carácter sistemático, se reproducen también en nuestra vigente ley de aguas.

En España rigió, hasta 1985, “el primer Código mundial de Aguas”, La Ley General de Aguas de 3 de agosto de 1866–13 de junio de 1879. Más de 100 años después, se publicó la ley 29/1985. Su principal novedad consistía en la introducción del concepto de ciclo hidrológico y, conforme a este, en la demanialización de todas las aguas, incluidas las subterráneas hasta entonces sometidas básicamente al régimen del suelo. Por supuesto y dentro del nuevo marco territorial, también llevaba a cabo la correspondiente ordenación de competencias estado – comunidades autónomas.

A partir de entonces se publicaron sucesivas normas en la materia para responder a circunstancias tan diversas como la sequía (ley 9/1996), la regulación de las obras hidráulicas (ley 13/1996), o la navegación (ley 11/1999). Ello provocó la necesidad de armonizar la normativa vigente, para lo cual fue autorizado el gobierno a través de la disposición final 2ª de la ley 46/1999, de modificación de la ley 29/1985. El resultado fue el vigente Real Decreto Legislativo 1/2001 por el que se aprueba el texto refundido de la ley de aguas.

Este, junto a un Título Preliminar, presenta un total de 8 títulos y las consiguientes disposiciones adicionales (13), transitorias (9) y finales (4). Los títulos versan sobre el dominio público hidráulico del estado (Tít. I), la administración pública del agua (Tít. II), la planificación hidrológica (Tít. III), la utilización del dominio público hidráulico (Tít. IV), la protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas (Tít. V), del régimen económico-financiero de la utilización del dominio público hidráulico (Tít. VI), de las infracciones y de las sanciones (Tít. VII) y, finalmente, de las obras hidráulicas (Tít. VIII y último).

La simple lectura de los títulos de nuestra ley, ya evoca, en el romanista, multitud de cuestiones presentes en las fuentes. Pero no sólo:

- el dominio de la aguas (a pesar del hoy tan presente y destacado principio de unidad hidrológica) se aborda desde la diferenciación entre aguas pluviales, manantiales, corrientes y estancadas. La ley habla de “aguas continentales superficiales (y) subterráneas” (art. 2.a); de los “cauces de (las) corrientes naturales, continuas o discontinuas” (art.2.b); de los “lechos de los lagos y lagunas y de los de los embalses” (art. 2.c); de los “acuíferos subterráneos” (art. 2.d); y, finalmente, de las aguas pluviales (art. 5.1). La misma la perspectiva con la que el derecho romano se enfrentó al problema del régimen jurídico de las aguas:

encontramos interdictos para la defensa de las aguas corrientes, para la defensa de los manantiales, para la defensa de las aguas permanentes, etc.<sup>23</sup>

- sólo después de determinar su titularidad, se aborda la cuestión del dominio del terreno cubierto por las aguas; la separación es entre públicas y privadas; etc. En D. 43.15 (inmediatamente después de regular –títulos 43.12.13 y 14- la titularidad, el uso y el aprovechamiento de las aguas corrientes), el Digesto se ocupa de cauces y márgenes como también hace la ley.

Por contra, formalmente, la principal y más notable diferencia formal consiste 1º en que las aguas tienen una sede propia, y en que el problema de su titularidad se aborda en una sede separada -e inicial- (“el dominio público hidráulico”).

Pero donde existe un mayor número de coincidencias -destacadísimo- es en las soluciones materiales que contiene la ley; destacan:

- la distinción aguas públicas, aguas privadas.
- la predominancia de las aguas públicas sobre las privadas y, en su delimitación y aprovechamiento del interés general sobre el particular.
- la coincidencia de las soluciones previstas en relación con la titularidad y el régimen jurídico de los terrenos ganados (y abandonados) por las aguas<sup>24</sup>.
- el régimen de los usos y aprovechamientos de las aguas públicas; la distinción entre usos libres, los menos graves (que no produjesen una alteración en la cantidad y calidad de las aguas ni, por lo tanto, el correlativo uso de los demás –navegar, beber, pescar, llevar a abrevar el ganado...-), y otros sujetos a previa autorización, los más graves (las derivaciones de agua, el derecho exclusivo de pesca en el tramo de un río...) y a la correspondiente concesión. Además estos usos privativos estaban limitados por el respeto a los usos generales (así, estaba prohibido derivar aguas de un río si ello perjudicaba a la navegación)

---

<sup>23</sup> Aguas corrientes: D.43.12. *De fluminibus. Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur.*; D.43.13. *Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit.* D.43.14. *Ut in flumine publico navigare liceat.* Llama todavía más la atención el hecho de que ya entonces encontramos también la distinción normativa entre aguas corrientes continuas y discontinuas (vid D.43.12.1.2). Entonces esta distinción tenía una eficacia jurídica mucho mayor ya que servía para identificar los cauces necesariamente públicos: los *flumina perennia*.

Aguas permanentes o estancadas: 43.14.1pr. *...Item ut per lacum fossam stagnum publicum navigare liceat, interdicam.*

Manantiales: 43.22. *De fonte.*

Vid también al respecto la ya citada -y muy ilustrativa en este punto - *lex Ursonensis* del 44 a.C. (c. 79): *Qui fluvii rivi fontes lacus aquae stagna paludes sunt in agro...*

<sup>24</sup> Arts. 4 a 12 de la ley frente a: para las aguas corrientes: D.43.12.3, 5, 7-9; para las superficies de agua naturales, permanentes o estables: D. 39.3.24.3; D.41.1.12pr.; para las aguas de lluvia: D.43.24.11; para la protección de las orillas y los márgenes de los cauces y los lechos de las aguas: D. 43.15.

porque en consonancia con cuanto hemos observado en el contexto del dominio, también en el de los usos de las aguas, el interés privado estaba por tanto claramente sometido al interés público<sup>25</sup>.

- y, la necesidad de la previa concesión y el régimen de las concesiones de aguas a los que hacen referencia los correspondientes artículos de la ley. De ello encontramos incontables testimonios en las fuentes romanas<sup>26</sup>.

Son pues innumerables los ejemplos que demuestran la paternidad romana del derecho español de aguas. A esta conclusión habríamos llegado también estudiando la historia de nuestras fuentes jurídicas, puesto que en nuestro país no hay solución de continuidad entre nuestro primer derecho de aguas, el romano -común a todos los territorios del Imperio<sup>27</sup>- y el actual. Aquél ha sido recibido a través del Fuero Juzgo y el Fuero Real, pero sobre todo después a través de las Partidas (en territorio castellano) y los fueros del Reino de Valencia. Todos -como hemos demostrado<sup>28</sup>- tienen un precedente común (el derecho romano), más común si cabe por la influencia que ejerció la jurisprudencia en su interpretación.

#### 4. La transmisión de los derechos concesionales en el derecho español y en el derecho romano

Pasamos finalmente a la cuestión del mercado de las aguas. En 1er lugar queremos exponer muy brevemente en qué consiste hoy esta solución para después confrontarla con las fuentes romanas y en particular con D.43.20.1.43.

<sup>25</sup> Así, en la ley los arts. 48 a 52, frente a:

D.43.12.1.12 (Ulp. 68 ed.): uso común y límites (los usos generales).

D.43.12.2 (Pomp. 34 Sab.) uso privativo y límites (las derivaciones de agua).

D.43.14.1 (Ulp. 68 ed.) Usos comunes más graves (navegación y abrevadero); concepto y límites.

D.39.3.1.11 (Ulp. 53 ed.) Uso privativo; el agua de lluvia.

D.43.22.1.4 (Ulp. 70 ed.): Uso privativo; el agua de lluvia.

D.43.24.11 (Ulp. 71 ed.): uso privativo; el manantial.

<sup>26</sup> Citamos sólo algunos: D.43.14.1.7 (Ulp. 68 ed.); D.43.12.2 (Pomp. 34 Sab.); D.43.13.1pr (Ulp. 68 ed.); D.43.20.1.41 y 42 (Ulp. 70 ed.); D.43.20.3.1 (Pomp. 34 Sab).

<sup>27</sup> Vid, al respecto los siguientes estudios - muy relevantes - de: F. BELTRÁN LLORIS – A. WILLI, *El regadío en la Hispania Romana. Estado de la cuestión*, en *Cuadernos de prehistoria y arqueología de la Universidad de Granada*, nº 21, 2011, pp. 9-56; L. MAGANZANI, *Comunità di irrigazione e rapporti fra rivali: riflessioni giurisprudenziali e tutela pretoria*, *Jus: Rivista di Scienze Giuridiche*, nº 64.2, 2017, 179-207.

<sup>28</sup> G. GEREZ KRAEMER, *El derecho de aguas en Roma: Régimen de las aguas públicas continentales y superficiales, continuidad histórica en esta materia*, en *Crónicas del agua. La importancia del agua en nuestra cultura, en 50 años de Comisariats de Aguas, Ministerio de Medio Ambiente*, Madrid, 2009.

Queremos advertir al lector, no obstante, que las reflexiones que siguen no son consecuencia de un deseo (o más bien una pretensión) de ir a buscar, a cualquier precio, un precedente en el derecho romano. Tampoco queremos proyectar esquemas o estructuras modernas en las fuentes romanas. Deseamos sólo comparar en un determinado punto dos regímenes jurídicos, convencidos -eso sí- de que los estudios de derecho histórico comparado siempre pueden resultar útiles.

Una relativamente reciente reforma de la Ley de Aguas introdujo en nuestro país la figura de los denominados contratos de cesión de derechos de agua. Con ella se autoriza a los particulares, a través de un contrato (institución típica de derecho privado), a transmitirse entre sí los derechos de utilización de las aguas sin intervención de la Administración (mero “testigo” del acto).

Se trató de una novedad legislativa que despertó airadas reacciones acusando al legislador de privatizar las aguas. Nuestra opinión, sin embargo -en base precisamente a las reflexiones que en relación con la cuestión del dominio de las aguas en Roma hemos expuesto en este mismo artículo- es que no se debe sacralizar el dominio público de las aguas sino que se debe ante todo vigilar para conseguir su mejor aprovechamiento, independientemente de que la solución sea o no de “de derecho privado”. La valoración que merezca una determinada solución jurídica debe recaer en su eficacia y no en su carácter de “pública” o “privada”.

La ley recoge esta posibilidad en la sección 2ª de su capítulo III, el que se ocupa de las autorizaciones y concesiones de las aguas (dentro del Título IV “De la utilización del dominio público hidráulico”) y bajo el título “De la cesión de derechos al uso privativo de las aguas” (arts. 67 a 72). Destacan los artículos 67 (“Del contrato de cesión de derechos”), 68 (“Formalización, autorización y registro del contrato de cesión”) y 69 (“Objeto del contrato de cesión”) que reproducimos a continuación en sus aspectos más destacados:

Artículo 67. Del contrato de cesión de derechos.

1. Los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas podrán ceder con carácter temporal a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente o, en su defecto, en el artículo 60 de la presente Ley, previa autorización administrativa, la totalidad o parte de los derechos de uso que les correspondan. Los concesionarios o titulares de derechos de usos privativos de carácter no consuntivo no podrán ceder sus derechos para usos que no tengan tal consideración ... 2. Los adquirentes de los derechos dimanantes de la cesión se subrogarán en las obligaciones que correspondan al cedente ante el Organismo de cuenca respecto al uso del agua.

art. 68. Formalización, autorización y registro del contrato de cesión.

1. Los contratos de cesión deberán ser formalizados por escrito y puestos en conocimiento del Organismo de cuenca y de las comunidades de usuarios a las que per-

tenezcan el cedente y el cesionario mediante el traslado de la copia del contrato, en el plazo de quince días desde su firma. En el caso de cesiones entre usuarios de agua para riego, deberá constar en el contrato la identificación expresa de los predios que el cedente renuncia a regar o se compromete a regar con menos dotación durante la vigencia del contrato, así como la de los predios que regará el adquirente con el caudal cedido. 2. Se entenderán autorizados, sin que hasta entonces produzcan efectos entre las partes, en el plazo de un mes a contar desde la notificación efectuada al Organismo de cuenca, si éste no formula oposición cuando se trate de cesiones entre miembros de la misma comunidad de usuarios, y en el plazo de dos meses en el resto de los casos ...

Artículo 69. Objeto del contrato de cesión.

1. El volumen anual susceptible de cesión en ningún caso podrá superar al realmente utilizado por el cedente... 2. Los caudales que sean objeto de cesión se computarán como de uso efectivo de la concesión a los efectos de evitar la posible caducidad del título concesional del cedente.

3. La cesión de derechos de uso del agua podrá conllevar una compensación económica que se fijará de mutuo acuerdo entre los contratantes y deberá explicitarse en el contrato...

De todo lo anterior se puede extraer lo siguiente:

- por cuanto respecta a los sujetos, las transacciones tienen que realizarse entre concesionarios; no pueden contratar quiénes no sean ya usuarios del agua.
- los contratos solo podrán tener lugar entre usos de igual o mayor rango, a no ser que excepcionalmente lo autorice la Administración hídrica. Además, los usos no consuntivos sólo podrán celebrar transacciones entre ellos.
- no existe un tiempo mínimo para la cesión sino que queda a la autonomía de la voluntad de las partes aunque el tiempo máximo será el de la duración de la concesión (descontados los años ya transcurridos a favor del 1er concesionario).
- el límite máximo de la cesión es el del total del caudal concedido, sin que pueda cederse más volumen que el realmente utilizado por el cedente.

El Digesto por su parte, recoge la posibilidad de que un aprovechamiento de aguas pueda ser disfrutado por una persona distinta del concesionario original y lo hace en D.43.20.1.41-43 (Ulp. 70 *ed.*), bajo el título *De aqua cottidiana et aestiva*. Se trata del primero de los dos títulos del Libro 43 del Digesto dedicado a la tutela de las conducciones de agua y, en este caso concreto, de aquellas conducciones que traen causa de una concesión de aguas públicas (desde un manantial, un río o un lago público, por ejemplo)<sup>29</sup>. Nos hallamos pues en el mismo

---

<sup>29</sup> Es el célebre *caput aquae* al que se refiere D.43.20.1.8. Vid G. GEREZ KRAEMER, *El requisito de la perpetua causa*, en *Revue internationale des droits de l'antiquité*, nº 45, 1998, 229-242; *Nota a propósito del requisito del caput aquae. Un supuesto especial de caput aquae: las*

contexto, el del régimen de las concesiones de aguas públicas, aunque eso sí, a más de 1500 años de distancia.

El tenor del texto es el siguiente:

D.43.20.1.41. Permittitur autem aquam ex castello vel ex rivo vel ex quo alio loco publico ducere. 42. Idque a principe conceditur: alii nulli competit ius aquae dandae. 43. Et datur interdum praediis, interdum personis. Quod praediis datur, persona extincta non extinguitur: quod datur personis, cum personis amittitur ideoque neque ad alium dominum praediorum neque ad heredem vel qualemcumque successorem transit. Plane ei, ad quem dominium transit, impetrabile est: nam si docuerit praediis suis aquam debitam, etsi nomine eius fluxisse, a quo dominium ad se transiit, indubitate impetrat ius aquae ducendae, nec est hoc beneficium, sed iniuria, si quis forte non impetrauerit.

Después de distinguir entre concesión de agua pública a la persona y concesión al predio, el jurista afirma que tratándose de una concesión *ad personam*, la muerte del titular supone la extinción de la concesión (sin que se sea posible su transmisión ni a los sucesores ni a 3as personas). Respecto de las concesiones al predio, sin embargo, declara expresamente que la muerte del propietario del fundo y la concesionario no supone la extinción de la concesión. No se habla pues de un mercado de agua pero sí que se hace referencia a un supuesto en el que el aprovechamiento de las aguas puede ser disfrutado por una persona distinta del concesionario original y ello por considerarse las aguas concedidas, como una *portio agri*.

Pues bien, si analizamos detenidamente los textos, podemos reconocer en acción en el Derecho Romano -aunque con resultados diversos- los mismos criterios que los enunciados en la ley. Veámoslo:

- el acto que podía provocar el resultado (cambio de titular del aprovechamiento) podía ser igualmente un acto jurídico privado, un contrato.
- su objeto no sería un caudal de aguas, específicamente, sino un suelo alimentado por ellas.
- no se exige que la transmisión se haga a título gratuito u oneroso, por lo que ninguna de las dos posibilidades queda excluida.
- por cuanto respecta a los sujetos, podemos ver que en este punto se encuentra la principal diferencia puesto que el cambio de los sujetos sólo se puede conseguir si el predio cambiaba de titular. Dicho eso, no se encuentra en el Digesto el límite de que el beneficiario fuese a su vez concesionario.
- en relación con los tipos de usos y volumen hay que decir que la cesión es del agua “dada y debida” al predio (*aqua debita*); por lo tanto el volumen de las

---

*aguas públicas de los lacus y los flumina*, en *Revista General de Derecho Romano*, 1697-3046, n. 2, 2004 (y literatura allí citada).



aguas y el tipo de uso aparentemente tendrán que ser los mismos y, en todo caso, nunca superiores al concedido<sup>30</sup>.

- y, finalmente, el tiempo: el único límite temporal del que habla el texto se refiere a las concesiones *ad personam*. Nada dice respecto de las concesiones al predio, las que nos interesan. Para éstas pues, el límite temporal era la desaparición del fundo. La causa es bien distinta, evidentemente, pero *in fine* las soluciones de la ley y la romana son comparables: el tiempo que no puede superar el cambio de titular es la duración máxima de la concesión.

---

<sup>30</sup> No obstante conviene recordar aquí que no existe en Roma una ordenación tan detallada de los usos privativos, entre usos privativos de menor y mayor rango (el baño y el consumo humano, por ej.) o consuntivos y no consuntivos (la derivaciones frente al baño). Sí que se encuentra una jerarquización de los usos, entre usos comunes y privativos (no se pueden hacer derivaciones que perjudiquen la navegación, por ej.); pero no entre los usos objetos de concesión, los privativos.