

ASPECTOS JURÍDICOS DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Serie D, Nº 1

**LOS PROBLEMAS DE LA LEGISLACIÓN
SOBRE AGUAS SUBTERRÁNEAS
EN ESPAÑA: POSIBLES SOLUCIONES**

José Luis Moreu

**¿CUÁL ES EL CONTENIDO DE LOS
DERECHOS PRIVADOS SOBRE LAS
AGUAS SUBTERRÁNEAS?**

Silvia del Saz

PAPELES DEL PROYECTO AGUAS SUBTERRÁNEAS

Papeles del Proyecto Aguas Subterráneas

M. Ramón Llamas, Director

Edita: Fundación Marcelino Botín. Pedrueca, 1 (Santander)

ISBN: 84-95516-01-2 (obra completa)

ISBN: 84-95516-35-7 (serie D, N° 1)

Depósito legal: M. 35.044-2001

Impreso en REALIGRAF, S.A. Madrid, julio de 2001

José Luis Moreu

Discípulo del profesor Lacruz Berdejo, maestro ya fallecido de una prestigiosa escuela de civilistas, y es catedrático de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza desde septiembre de 1990. Desde hace más de veinte años se viene dedicando al estudio del Derecho de aguas. Tiene publicados dos libros y muchos otros trabajos sobre esta materia. El primero de estos libros fue *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, editado por Publicaciones Universitarias de Zaragoza, 1990, de 269 páginas; y el segundo *Aguas públicas y aguas privadas*, editado por la Editorial Bosch de Barcelona en 1996, de 877 páginas. Ha impartido una veintena de conferencias sobre el Derecho de aguas en diversos foros, jornadas y congresos y ha emitido dictámenes sobre la materia tanto para la Administración como para particulares. Ha participado en dos proyectos de investigación, en uno de los cuales como investigador principal, y durante los diez últimos años ha impartido en su Facultad un curso de doctorado sobre Derecho de aguas.

Silvia del Saz

Doctora en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia y Licenciada en Ciencias Políticas por la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente es Catedrática de Universidad de Derecho Administrativo en excedencia, Profesora Titular de Universidad de Derecho Administrativo en la Universidad Nacional de Educación a Distancia y Consejera del Consejo de Universidades. Ha impartido las clases correspondientes a la licenciatura de Derecho en dos Universidades españolas y diversos cursos de especialización y postgrado en distintas Universidades, centros docentes y en Instituciones públicas y privadas españolas y europeas. Su tesis doctoral, publicada en 1991, tiene como título *Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo derecho de aguas*. Es autora de cuatro monografías, coautora de otra, y de más de una treintena de publicaciones científicas.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
LOS PROBLEMAS DE LA LEGISLACIÓN SOBRE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN ESPAÑA: POSIBLES SOLUCIONES (por J. L. Moreu)	
RESUMEN.....	15
LA REGULACIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS DE LA LEY DE 1866-1879 Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL	16
A) Principios inspiradores de la reforma legal de 1866-1879	16
B) La debilidad de los títulos de intervención administrativa.....	17
SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LAS REFORMAS LEGALES DE 1985, DE 1999 Y DE 2001	22
A) Significado técnico de la reforma legal de 1985 y crítica de la misma	22
B) El problema de las aguas subterráneas «no renovables»	26
C) Significado de la reforma legal de 1999 y de la del Plan Hidrológico Nacional de 2001	27
COMENTARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2º DE LA LPHN DE 2001	32
RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PÚBLICAS	42

A) La autorización administrativa para la investigación de aguas subterráneas.....	42
B) La concesión administrativa de aguas alumbradas y la protección de derechos preexistentes.....	46
C) El régimen jurídico del artículo 52.2º de la Ley de Aguas	47
RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PRIVADAS.....	48
A) La propiedad privada de las aguas subterráneas	48
B) El apartado tercero de la disposición transitoria tercera	50
C) El apartado cuarto de la disposición transitoria tercera.....	53
D) La «protección administrativa» de las aguas subterráneas.....	54
LA SOBREEXPLOTACIÓN DE ACUÍFEROS Y SU RÉGIMEN JURÍDICO.....	56
PROPUESTAS DE MEJORA PARA LA GESTIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS	60
BIBLIOGRAFÍA	67
 ¿CUÁL ES EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS PRIVADOS SOBRE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS? (por S. del Saz)	
LA LEY DE AGUAS DE 1985: UN GIRO COPERNICANO EN EL TRATAMIENTO LEGAL DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.....	69
LA DECLARACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS, ¿ERA UNA OPCIÓN NECESARIA?	71

EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS: SE DEJA A LA LIBRE ELECCIÓN DE LOS PROPIETARIOS LA INCORPORACIÓN O NO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS ALUMBRADAS AL DOMINIO PÚBLICO	74
NO SÓLO HUBIERA SIDO CONSTITUCIONAL LA CONVERSIÓN DE LAS PROPIEDADES PRIVADAS EN APROVECHAMIENTOS TEMPORALES SINO QUE LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TODAS LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS, HUBIERA SIDO UNA MEJOR ALTERNATIVA	77
LA INSEGURIDAD JURÍDICA DE LOS TITULARES DE AGUAS PRIVADAS POR LA INDEFINICIÓN LEGAL DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD	80
LA CONGELACIÓN DE LOS CAUDALES OBJETO DE APROVECHAMIENTO	81
LA REALIZACIÓN DE OBRAS CON LAS QUE SE PRETENDE MANTENER EL APROVECHAMIENTO PREEXISTENTE	83
EL MANTENIMIENTO DE LAS CONDICIONES Y DEL RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO.....	85
LA AFECTACIÓN A LOS USOS PREEXISTENTES. ¿ES POSIBLE EL MERCADO DE AGUAS PRIVADAS?	86
LA OBLIGACIÓN DE INSCRIPCIÓN EN EL CATÁLOGO DE AGUAS PRIVADAS. EL CIERRE DEL CATÁLOGO DE AGUAS PREVISTO EN EL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL. LA PRIVACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL REGISTRO ADMINISTRATIVO	89
LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR LAS LIMITACIONES DEL USO DEL DEMANIO	96

LA INCIDENCIA DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA SOBRE LOS APROVECHAMIENTOS PRIVADOS	99
LA POTESTAD SANCIONADORA	100
LOS DERECHOS DE LOS TITULARES DE APROVECHAMIENTOS TEMPORALES DE AGUAS PRIVADAS. LA ACREDITACIÓN ANTE LA ADMINISTRACIÓN Y LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO	102
BIBLIOGRAFÍA	105

PRESENTACIÓN

por

M.R. Llamas y J.M.^a Fornés

EL PROYECTO AGUAS SUBTERRÁNEAS (FASE I)

El Proyecto Aguas Subterráneas (PAS) que inició la Fundación Marcelino Botín en diciembre de 1998, tuvo una primera fase que finalizó en mayo de 2001. El objetivo principal de esa etapa ha sido contribuir a un mejor conocimiento de la gestión de las aguas subterráneas en España, poniendo énfasis en los aspectos legales, económicos, ecológicos e institucionales.

El método de trabajo ha consistido en contar con un pequeño equipo propio: cuatro personas de distintas especialidades, que han constituido el pivote sobre el que se han apoyado todas las actividades del Proyecto. Esas cuatro personas son las que figuran como autores del libro de síntesis *Aguas subterráneas: retos y oportunidades* (Mundi-Prensa, 2001). El día 6 de julio de 2001 este libro fue presentado a la prensa en Madrid, por el Presidente de la Fundación Marcelino Botín (D. Emilio Botín), el Ministro de Medio Ambiente (D. Jaume Matas), el Director del Proyecto Aguas Subterráneas (D. M. Ramón Llamas), y el Subdirector General de Planificación de la Dirección General de Obras Hidráulicas (D. Francisco Cabezas).

Debido a que este pequeño equipo no podía abarcar todos los temas que integran el libro, tanto por falta de especialización en algunos de ellos como por falta de tiempo, se organizaron seis Seminarios a puerta cerrada en los que participaron unos ciento veinte expertos, nacionales y extranjeros. Esas personas procedían de muy diferentes campos científicos y sociales, desde científicos de prestigio internacional, a representantes de la Administración hidráulica, regantes y directivos de grupos ecologistas.

Además de la publicación del libro referido, se han difundido diversos aspectos del PAS en una veintena de publicaciones en-

tre las que destaca, en primer lugar, el libro, publicado también por Mundi-Prensa (2001), con el título *La economía del agua subterránea y su gestión colectiva*, que contiene cerca de treinta ponencias presentadas en dos seminarios. Hay que mencionar también un número monográfico especial de la Revista de la Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, sobre aguas subterráneas y sequías; y una colección de diez Papeles del Proyecto de Aguas Subterráneas, conjunto de monografías que han tenido una notable aceptación. A esta misma colección pertenece la presente publicación, *Consideraciones sobre la legislación de aguas subterráneas*, y también la titulada *Aguas subterráneas y humedales*, de próxima aparición. Respecto al primer tema, el jurídico, se publicará en breve un libro que incluirá las ponencias presentadas en el Seminario que tuvo lugar en Madrid los días 14 y 15 de junio de 2000. La publicación de este libro va a requerir algún tiempo. Dado el interés práctico y urgente que plantea la Disposición Transitoria segunda de la Ley del Plan Hidrológico Nacional, publicada en el BOE del 6 de julio de 2001, se vio oportuno publicar con cierta urgencia dos de las ponencias de dicho seminario, debidamente redactadas por sus autores para tener en cuenta dicha Disposición Transitoria segunda.

En este Papel del PAS se incluyen dos ponencias del mencionado seminario *Aspectos jurídicos de las aguas subterráneas*: a) *Los problemas de la legislación sobre aguas subterráneas en España: posibles soluciones* (por D. José Luis Moreu, de la Universidad de Zaragoza); y b) *¿Cuál es el contenido de los derechos privados sobre las aguas subterráneas?* (por Dña. Silvia del Saz, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia). Los puntos de vista de ambos autores no son, como era lógico esperar, totalmente coincidentes.

EL PROYECTO AGUAS SUBTERRÁNEAS (FASE II)

El Proyecto Aguas Subterráneas de la Fundación Marcelino Botín comienza una segunda fase que se va a prolongar hasta finales

del año 2002. El estudio se va a centrar principalmente en dos temas que sólo se esbozaron en la primera fase del Proyecto: a) *Uso intensivo de las aguas subterráneas a escala mundial*; y b) *Conflictos entre el aprovechamiento de las aguas subterráneas y la conservación de humedales en España*.

En el caso del *uso intensivo de las aguas subterráneas a escala mundial*, está previsto tener un Seminario a puerta cerrada en diciembre del presente año, con participación de unos veinticinco expertos procedentes de todo el mundo, y un Simposio Internacional en Las Palmas de Gran Canaria en noviembre de 2002. Las ponencias del Seminario se recogerán en un libro en inglés publicado a mediados del 2002 por una editorial de carácter internacional.

El interés del segundo tema de investigación es manifiesto si se tiene en cuenta que se estima que aproximadamente el 60% de la superficie de los humedales españoles ha desaparecido durante los últimos 40 o 50 años. En no pocos casos esta desaparición parece deberse al aprovechamiento de las aguas subterráneas. La desaparición o degradación de humedales no es un hecho exclusivo de España, pues se ha producido en casi todos los países desarrollados del mundo. Esta situación provocó que surgieran distintas instituciones internacionales con la finalidad de conservar estos ecosistemas acuáticos. Destaca el *Convenio Ramsar relativo a los humedales de importancia internacional especialmente como hábitat de aves acuáticas*. Este convenio es el primero y único de los modernos tratados internacionales mundiales sobre conservación y uso racional de los recursos naturales que se refiere a un ecosistema específico: los humedales. España ratificó el Convenio Ramsar en 1982 y desde entonces ha incluido 38 espacios en su Lista de Humedales, que ocupan una superficie aproximada de 160.000 ha. Además, un buen número de humedales españoles están incluidos en las correspondientes listas de otros convenios internacionales (MAR, Reserva de la Biosfera, ZEPIM, Red Natura 2000, etc.). Por ello, el Gobierno español tiene contraídas obligaciones bastante concretas enfocadas a garantizar la conservación de estos ecosistemas.

Además de las obligaciones derivadas de la pertenencia de España a los convenios internacionales citados, existen otros futuros compromisos establecidos en la *Estrategia española para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica*. Esta estrategia fue aprobada en 1998 por la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente, órgano de coordinación presidido entonces por la anterior Ministra de Medio Ambiente y constituido por los Consejeros de Medio Ambiente de las diferentes Comunidades Autónomas, pero que todavía está pendiente de aprobación por el Gobierno. Uno de los objetivos de esta Estrategia es el diseño de un plan de acción sectorial de humedales. En cumplimiento de estos compromisos, la Comisión Nacional de Protección de la Naturaleza aprobó en 1999 el *Plan estratégico español para la conservación y el uso racional de los humedales, en el marco de los ecosistemas acuáticos de que dependen*, que M. Bernués presenta en otro Papel del PAS de próxima publicación. Ahora bien, como en el texto de Bernués se indica, ese Plan no es todavía eficazmente operativo. Se espera que este proyecto de la Fundación Marcelino Botín pueda ser una ayuda para conocer mejor algunos de los problemas que plantea la puesta en marcha de ese Plan Estratégico de Humedales y a encontrar soluciones adecuadas para resolver esos problemas.

Los Seminarios que en este Proyecto se van a organizar serán de dos tipos: unos de carácter específico sobre los aspectos legales, económicos e institucionales de los humedales españoles; y otros sobre los problemas y posibles soluciones de algunos humedales más representativos en los que hay conflicto entre la extracción de las aguas subterráneas y su conservación. En este segundo tipo, los Seminarios se realizarán en conexión con aquellas Comunidades Autónomas interesadas en estos conflictos. En una primera estimación, las zonas más interesantes podrían ser las dos Castillas, Aragón, Andalucía y las regiones levantinas junto con Cataluña.

En estos Seminarios se espera contar con la participación y colaboración de representantes cualificados de las Consejerías de Medio Ambiente de las Comunidades Autónomas que estén inte-

resadas, de la Dirección General de Conservación de la Naturaleza, del Instituto Geológico y Minero de España, así como de profesores de Universidad, representantes de agricultores y de grupos conservacionistas, y directivos de Fundaciones que aborden estos temas. El fruto final de estos Seminarios será un libro de síntesis que resumirá los resultados obtenidos, así como, en su caso, la propuesta de soluciones para facilitar la conservación de los humedales amenazados por la extracción de las aguas subterráneas. Es probable que antes de la terminación de este libro de síntesis se publiquen algunos de los trabajos presentados en los Seminarios, en forma de Papeles PAS, tal como se hizo en la primera fase de este proyecto.

El Proyecto estará prácticamente terminado antes de la VIII Conferencia de las Partes Contratantes del Convenio Ramsar, que tendrá lugar en Valencia en noviembre del año 2002. Se presenta, pues, una buena oportunidad para dar a conocer, ante la comunidad científica internacional, el papel de las aguas subterráneas en relación con la conservación de muchos humedales de los países áridos y semiáridos. Como consecuencia de este mayor conocimiento, se espera proporcionar las medidas necesarias para conseguir que el desarrollo económico y social, debido al aprovechamiento de las aguas subterráneas, no suponga un deterioro de estos ecosistemas.

LOS PROBLEMAS DE LA LEGISLACIÓN SOBRE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN ESPAÑA: POSIBLES SOLUCIONES

por José Luis Moreu

RESUMEN

Se explican en esta ponencia las líneas básicas de la antigua regulación de las aguas subterráneas de la Ley de 1879 y las de la nueva, contenida en la vigente Ley de Aguas de 1985 reformada por otra Ley de 1999, haciendo un esfuerzo de síntesis para subrayar los datos legales, doctrinales y jurisprudenciales que el autor considera más significativos e importantes y que mejor ayudan a entender la situación actual de las aguas subterráneas. La tesis del trabajo es que hasta ahora el Estado y la Administración han tenido escasa capacidad para controlar y racionalizar el aprovechamiento de aguas subterráneas y que las leyes de aguas de 1985 y 1999 no han aportado remedios suficientemente eficaces a esta poco conveniente y grave situación. Las leyes de 1985 y de 1999 tienen ambas un bajo nivel de técnica jurídica. La Disposición Transitoria 2ª de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 es un auténtico despropósito. Desde hace veinte años todos los ministros responsables del agua en España, sea cual fuere el partido político al que pertenecieran, han mostrado en sus hechos tenaz ignorancia sobre el papel clave que tienen para el país las aguas subterráneas y sobre la ineludible necesidad de reunir un competente equipo de juristas administrativistas, civilistas e hipotecaristas del máximo nivel para redactar una ley de aguas digna de la admirable tradición española en este ámbito.

LA REGULACIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS DE LA LEY DE 1866-1879 Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

A) Principios inspiradores de la reforma legal de 1866-1879

La Ley de Aguas de 1879 reguló las aguas subterráneas en los artículos 18 a 27, que fueron pronto completados por los artículos 417 a 419 del Código civil. Por aguas subterráneas, noción no definida nunca expresamente por la ley, ha entendido siempre nuestro legislador las aguas alumbradas artificialmente, incluyendo, según creo, las alumbradas casualmente o sin haber realizado previas búsquedas deliberadas (aguas alumbradas haciendo excavaciones con una finalidad diferente de la de alumbrar aguas).

El planteamiento básico de la Ley de Aguas de 1879 y del Código civil, que fueron ambas leyes evidentemente de inspiración liberal, fue un planteamiento privatista y esencialmente de Derecho civil. Dicho planteamiento consistió, en esencia y con matizaciones de las que cabe aquí prescindir, en atribuir la propiedad de las aguas alumbradas mediante pozos «ordinarios» (pequeños pozos para uso doméstico: cfr. artículo 20 de la Ley de 1879) al dueño del terreno en que se hacía la perforación, y en atribuir la propiedad de las aguas alumbradas mediante pozos «artesianos» o galerías al «alumbrador». La atribución de la propiedad de los pozos ordinarios al dueño del terreno respondía a la tradición del Derecho romano y se basaba en el principio jurídico de la accesión, y la atribución de la propiedad de los (más importantes) pozos artesianos al alumbrador era una solución original del Derecho español, diferente de la solución romana seguida en todos los países de nuestro entorno (solución basada en ellos también para estos pozos más importantes en el principio de la accesión), e inspirada en el principio jurídico de la ocupación (carácter de *res nullius* de las aguas aún no alumbradas).

Sin embargo, el Tribunal Supremo y la mayoría de la doctrina no han acertado a explicar así las cosas y más bien han deducido

de la normativa anterior que las aguas subterráneas pertenecían como regla general al dueño del terreno en que se alumbraban (principio de accesión en todo caso). Concepción errónea sin inconvenientes prácticos en la mayoría de supuestos en que el alumbrador era el mismo dueño del terreno, pero que producía resultados injustos en supuestos de alumbradores extraños autorizados por el dueño del terreno (vecino, usufructuario de la finca, ente público, etc.), y que, en todo caso, como tal concepción errónea, presentaba en forma globalmente deformadora el conjunto del sistema legal.

B) La debilidad de los títulos de intervención administrativa

Otro de los factores clave para entender la situación jurídica actual de las aguas subterráneas en España es la gran debilidad de los títulos de intervención administrativa con que ha contado la Administración hidráulica española para intentar controlar y poner algo de orden en el incesante incremento del uso y aprovechamiento de aguas subterráneas en nuestro país. El intento más serio, si prescindimos de momento del Archipiélago canario, de dotar a la Administración española de instrumentos jurídicos eficaces para controlar o influir algo en el aprovechamiento de aguas subterráneas se dió durante la Segunda República, mediante dos Decretos de la misma fecha, 23 de agosto de 1934, uno de los cuales dictado específicamente para regular las aguas subterráneas, y el otro conteniendo el Reglamento de la Policía Minera y Metalúrgica. En estos Decretos de 1934 se instauró un Registro de Manantiales en el que obligatoriamente habían de inscribirse todos los manantiales y pozos (salvo los pozos «ordinarios», cuya inscripción se dejaba a la libre voluntad del propietario) de aguas privadas si no querían sus dueños que dichos aprovechamientos se consideraran «abusivos». Las Jefaturas de Minas llevaban esos registros y autorizaban la «puesta en servicio» de las instalaciones (no, literalmente al menos, la investigación de aguas subte-

rráneas), pudiendo llegar a «suspender» el aprovechamiento en ciertos casos en que éste se realizara contra las indicaciones de los ingenieros de la propia Jefatura de Minas. La suspensión la realizaba el Gobernador civil, a propuesta de las Jefaturas de Minas.

El intento de razonable intervencionismo administrativo que representaron los Decretos republicanos de 23 de agosto de 1934 resultó sustancialmente fracasado, puesto que la gran mayoría de los pozos artesianos y galerías alumbrados en nuestro país se realizaron clandestinamente, sin solicitar autorización administrativa para investigar las aguas (que, como digo, no era legalmente necesaria, en realidad) y sin inscribir tampoco después el pozo en el Registro de Manantiales de la Administración minera. Los Decretos de 1934 no alteraron el planteamiento privatista y de Derecho civil de la Ley de Aguas de 1879 y del Código civil (principios de ocupación o de accesión, como dije, o principio de usufructo, en su caso, etc. ...) porque eran normas de rango inferior a la ley y porque el Tribunal Supremo, en muchas sentencias, reconoció una amplia o plena protección a estos pozos artesianos clandestinos o «abusivos», alumbrados y aprovechados al margen de todo control administrativo (Moreu, 1996; idea luego recogida en el Libro Blanco del Agua de 2000, pg. 340). Podría resumirse toda esta persistente orientación jurisprudencial afirmando que el alumbrador clandestino también adquiriría la propiedad privada de las aguas alumbradas, pese a calificar retóricamente como «abusivo» al aprovechamiento las normas administrativas (Moreu, 1990 y 1996).

Es significativo también de la debilidad de los títulos de intervención de la Administración para limitar, orientar o encauzar de alguna manera el aprovechamiento siempre creciente de las aguas subterráneas, el hecho de que en numerosísimas sentencias de nuestro Tribunal Supremo, sobre todo de los últimos veinte años, se han anulado actos administrativos sobre aguas subterráneas de las más diversas Administraciones (sobre todo de los Municipios, invocando competencias urbanísticas) por considerar el Alto Tribunal, con toda razón desde el punto de vista de la estricta le-

galidad, que dichos actos administrativos sobre aguas subterráneas (casi siempre prohibiendo perforaciones u ordenando clausurar pozos) carecían de toda cobertura legal; cobertura legal que siempre necesita la Administración para actuar lícitamente.

Otro factor clave para entender la actual situación jurídica de las aguas subterráneas en nuestro país es la considerable indeterminación de la cuantía del derecho adquirido sobre aguas subterráneas por el alumbrador, según lo regulaba la Ley de Aguas de 1879. El derecho a un pozo, a unas aguas subterráneas, es el derecho a una corriente de agua, a un volumen de agua por unidad de tiempo, que debe ser precisado porque, de no hacerse así, sería imposible delimitar ese derecho de otros derechos próximos y, en definitiva, sería imposible protegerlo por la Administración o por los tribunales. Pues bien, mientras el legislador de 1879 fijó en el «mayor caudal ordinario» la cuantía del derecho sobre un manantial natural o sobre otras corrientes de aguas superficiales (cfr. arts. 28, 32 y 37), dejó por completo en la penumbra la determinación precisa de la cuantía del derecho adquirido por un alumbrador de aguas subterráneas (o por el dueño del terreno, en los casos excepcionales en que funcionaba el principio de accesión).

Este problema, totalmente descuidado por la doctrina jurídica, parece que había de resolverse reconociendo en el espíritu de aquella regulación de 1879, no sin cierto esfuerzo interpretativo, un principio de liberalismo exacerbado con arreglo al cual cada alumbrador adquiriría todas las aguas subterráneas que consiguiera llegar a ocupar sin mermar las aguas de otros derechos o aprovechamientos preexistentes (Moreu, 1985, 1990 y 1996). Y la ocupación no sólo era modo de adquirir la corriente de aguas alumbradas con esa mencionada plenitud, sino que era también modo de aumentar posteriormente la cuantía de la corriente adquirida mediante sucesivas profundizaciones del pozo o aumentos de la potencia del motor de la bomba extractora del agua. No había límite en la práctica (fuera del posible costo económico de la operación) a esas adquisiciones de la propiedad del agua y a sus sucesivos aumentos, hasta que el

alumbrador no tropezaba con otro titular de aguas perjudicado y dispuesto a defenderse ante los tribunales. Los tribunales eran, así, quienes iban delimitando en la práctica la cuantía de los derechos sobre aguas alumbradas y los límites de esos derechos de propiedad sobre las aguas. Los tribunales o bien, hay que suponer, a veces también los acuerdos amistosos entre vecinos, temerosos del costo económico y de la duración del posible pleito. El mencionado principio de liberalismo exacerbado resultó relativamente inofensivo el siglo pasado, en las primeras décadas de aplicación de la ley anterior, cuando las técnicas de perforación de los terrenos presentaban una eficacia limitada y cuando el consumo de aguas subterráneas se mantenía todavía en unos bajos niveles. Sin embargo, el incesante incremento de la potencia de las máquinas perforadoras y bombas de extracción del agua y el también incesante aumento del consumo de aguas subterráneas a todo lo largo del siglo xx (y sobre todo en su segunda mitad), han puesto de relieve lo peligroso que era ese planteamiento de exacerbado liberalismo de la Ley de Aguas de 1879 y cómo el mismo ha conducido en ciertas zonas a unos resultados antisociales y francamente incompatibles con el interés general.

En efecto, el radical liberalismo que inspiró la regulación de las aguas subterráneas de la Ley de 1879 ha constituido, por una parte, una poderosa palanca con la que la iniciativa privada ha desarrollado muy eficazmente la producción agrícola, a veces de forma espectacular, y ha facilitado jurídicamente a los municipios la perforación de pozos para atender las necesidades de agua para el abastecimiento de las poblaciones, pero, por otra parte, ello se ha logrado a costa de desecar o reducir la mayor parte de los humedales del país, mermar o hacer desaparecer muchos arroyos y aun tramos de ríos, y producir una aguda sobreexplotación y salinización de algunos de los acuíferos del país. Los casi doscientos kilómetros del río Guadiana que han desaparecido por la sobreexplotación del Acuífero 23, en La Mancha Occidental, muestran de forma dramática y muy significativa la gravedad real del problema de la sobreexplotación de acuíferos. Esta grave y pe-

ligrosa situación es uno de los factores que en mayor medida han propiciado la reforma legal del régimen jurídico de las aguas en 1985. La Ley de 1879 produjo un desplazamiento masivo de aguas que se consideraban públicas el siglo XIX, a aguas que se consideran ahora (con criterio discutible) subterráneas privadas. Y ello, aparte de la gran inseguridad jurídica que se ha creado en nuestro país en cuanto a la posesión de las aguas, sea cual fuere el título jurídico que se ostente sobre dichas aguas. En la práctica, parece que ya ni el Registro de la Propiedad ni el haber obtenido una sentencia judicial favorable, aseguran ya del todo la pacífica posesión de las aguas. Hay una sensación de crisis o de impotencia en este ámbito de nuestro sistema jurídico de protección de los derechos subjetivos. Nadie está del todo seguro con su pozo o su agua superficial en la actual situación. Frente a la lenta maquinaria de la Justicia, algunas empresas perforadoras ofrecen hacer el pozo en un solo día.

Desde 1866 existen más de mil sentencias del Tribunal Supremo que se han dedicado, de una u otra manera, a resolver conflictos entre pozos o de pozos con otros aprovechamientos de aguas. Este solo dato creo que demuestra cómo la evolución económica y social ha desvirtuado el originario planteamiento del legislador de 1879: se pensó inicialmente en adquisición por ocupación de unas aguas subterráneas sin dueño (*res nullius*) y se ha llegado a una situación en la que, en buena medida, unos usuarios quitan el agua a otros, llevando siempre las de ganar los que tengan bombas extractoras más potentes y puedan pagar mejores abogados para defender lo conseguido con ellas. En otras ocasiones, los alumbradores simplemente han quitado las aguas al Estado, que es un poco como decir que nos las han quitado a la generalidad de los españoles. Ha habido, en fin, capitalismo salvaje y desarrollo no sostenible. La Administración, tanto en el Libro Blanco de las Aguas Subterráneas de 1994, como en el Libro Blanco del Agua en España de 2000, ha hecho un honesto esfuerzo por informar seriamente de todo este proceso, que, naturalmente, no se ha producido en todas partes.

SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LAS REFORMAS LEGALES DE 1985, DE 1999 Y DE 2000

A) Significado técnico de la reforma legal de 1985 y crítica de la misma

En materia de aguas subterráneas, la vigente Ley de Aguas de 1985 ha dejado las cosas más o menos como estaban, al menos en cuanto a los pozos y alumbramientos que existían en el momento de su entrada en vigor y que fueron autorizadamente estimados en la cifra de medio millón (Custodio y Llamas, 1985).

La vigente Ley de Aguas de 1985, Ley 29/1985, de 2 de agosto, ley promovida por el Gobierno del PSOE durante su primera legislatura, tras el acceso al poder de este partido en octubre de 1982, es ley que se presenta, en su Preámbulo y en sus dos primeros artículos, como publicadora de todas las aguas, todas ellas pertenecientes, se dice repetidamente y con toda razón, a un único ciclo hidrológico. Sin embargo, la publicación o dominialización de todas las aguas que pretendidamente hace la ley queda muy desvirtuada por los criterios adoptados en las Disposiciones Transitorias de la mencionada Ley de Aguas de 1985. Estos criterios, en efecto, han sido el de genérica irretroactividad respecto de las aguas privadas (Disposiciones Transitorias 2^a a 4^a) y el de genérica retroactividad respecto de las aguas públicas (Disposición Transitoria 1^a).

Según la interpretación de las Disposiciones Transitorias 2^a a 4^a que parece más sólida y que sostiene la mayoría de los autores, además del Tribunal Constitucional (sentencia 227/1988, fundamentos jurídicos 6 a 8) y ya algunas sentencias del Tribunal Supremo (las de la Sala 3^a de 18 julio de 1989 o hasta cierto punto la de la misma Sala de 4 de marzo de 1998 y otras varias implícitamente), los titulares de algún derecho sobre aguas privadas tuvieron una opción entre acogerse al sistema de la nueva ley, inscribiendo su derecho en el Registro de Aguas y viendo limitado (cfr. apartados 3^o y 4^o de las Disposiciones Transitorias 2^a y 3^a) y transformado su derecho (de propiedad, en su caso) a los cin-

cuenta años en una preferencia para la obtención de una concesión sobre las mismas aguas, o bien, si lo preferían, seguir disfrutando sus derechos «en el mismo modo y forma que hasta ahora», indefinidamente, pero también con las limitaciones impuestas por los números 3 y 4 de dichas Disposiciones Transitorias y sin gozar de la «protección administrativa» derivada del Registro de Aguas. O si se quiere, a los dueños de aguas privadas (de pozos, en particular) o titulares de derechos sobre ellas se les dió a elegir entre regir sus aprovechamientos indefinidamente por la ley antigua con ciertas importantes y oscuras limitaciones o regirlos por la ley nueva plenamente, pero reducidos por esas mismas limitaciones y transformados en concesiones administrativas, una vez que transcurrieran cincuenta años. Pero incluso en este último supuesto, la propiedad privada del agua, aunque constreñida ahora también por las limitaciones legales de los apartados 3º y 4º de la Disposición Transitoria 3ª, perduraría como tal propiedad privada durante el mencionado plazo legal de los cincuenta años (Guaita, 1986; De la Cuétara, 1989; Moreu, 1990 y 1996; contra Pérez Pérez, 1991 y 1998). En este sentido de calificar como aguas de propiedad privada las subterráneas privadas inscritas temporáneamente (dentro del plazo legal de los tres años) en el Registro de Aguas, son muy claras las sentencias de la Sala 3ª, Sección 3ª, del Tribunal Supremo de 30 de enero y 14 de mayo de 1996, y la de la Sección 6ª de 18 de marzo de 1999.

Se conocen ya los datos sobre el ejercicio de la opción que concedieron las Disposiciones Transitorias 2ª a 4ª de la Ley de Aguas de 1985. A la vista de esos datos puede estimarse que entre el 10 y el 20 por ciento de propietarios de pozos se han inscrito en el Registro de Aguas y, por tanto, perderán su propiedad privada dentro de 50 años (durante los años 2036 a 2038); y que, correlativamente, más del 80 por ciento de los propietarios de pozos no se han inscrito en el Registro de Aguas y que, por tanto, conservarán indefinidamente la propiedad privada de sus aguas alumbradas (salvo lo que se dirá sobre la Disposición Transitoria 2ª de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001).

Cabe decir, por otro lado, que con la nueva Ley de 1985, las aguas subterráneas ocultas y todavía no alumbradas, que bajo la ley anterior eran bienes sin dueño (*res nullius*), pasan ahora a ser de dominio público estatal, a ser propiedad del Estado. Pero ya se ve que ello sólo en un sentido genérico o residual: gran parte de las aguas que circulan ocultas bajo tierra, precisamente la parte oculta de ese medio millón de corrientes de agua que siguen siendo privadas, no se han hecho de dominio público del Estado sino que siguen siendo de propiedad privada. El Tribunal Supremo es expreso en bastantes sentencias en reconocer la propiedad privada que recae sobre la parte oculta de la corriente alumbrada (reconoce, más exactamente, la acción reivindicatoria, acción propia y típica del dueño o propietario de una cosa, frente a las mermas del caudal del pozo causadas desde otro pozo). Y obsérvese, para mejor comprender la situación, que todas esas corrientes de aguas alumbradas de propiedad privada (medio millón, quizá), que forman parte del acuífero o del agua subterránea oculta en un momento dado, tienen una cuantía determinada en teoría por el principio de la ocupación, pero en la práctica desconocida y que habrá de ser probada caso por caso al no figurar recogida normalmente en ningún registro autorizado ni en ningún documento público (salvo que exista una sentencia a favor del dueño del pozo) puesto que la mayoría de los alumbramientos se hicieron clandestinamente en nuestro país. De modo que en teoría es claro el esquema legal previsto para las aguas subterráneas todavía ocultas (privadas las alumbradas antes del 1 de enero de 1986 y públicas las alumbradas después de esa fecha), pero en la práctica no podía ser más problemático y complejo, siendo como son tan difíciles los problemas de prueba en los conflictos jurídicos sobre el agua y tan compleja la geología del agua.

Por otro lado, la gran heterogeneidad de los resultados que se dieron en las solicitudes de ejercicio de la opción legal de las Disposiciones Transitorias de la ley según zonas geográficas, demuestra lo desacertado que fue el criterio legal de fijar una opción tan oscuramente regulada y tan difícilmente inteligible para los no juristas (y aun para los juristas, vista la variedad de teorías e interpretaciones que han surgido).

La innovación principal de la Ley de Aguas de 1985 es la de que los alumbramientos de agua subterránea que se hayan realizado o que se realicen en el futuro en España tras la fecha de entrada en vigor de la ley (primero de enero de 1986) serán de dominio público estatal (cfr. art. 2), y se regirán por los artículos 52 y 65 y siguientes de dicha Ley de 1985 y en general por el conjunto de la normativa de ésta y sus reglamentos (se organiza el acceso a una concesión administrativa a través de una previa autorización administrativa de investigación). Es importante entender que la principal ventaja de este nuevo sistema de aprovechamiento de aguas subterráneas controlado por la Administración o sistema administrativizado de aguas públicas es la de la previa y precisa determinación de la cuantía de los derechos sobre aguas subterráneas en todo caso. La cuantía de agua solicitada se debe precisar ya en la solicitud de autorización administrativa de investigación de aguas subterráneas, en la propia autorización de investigación cuando se conceda, y finalmente en la concesión administrativa que se otorgue al alumbrador autorizado que haya conseguido encontrar agua. Se le dará un derecho para medio litro por segundo, o para dos litros por segundo, o para diez litros por segundo. Esto permite racionalizar y controlar el reparto del agua existente (o que se prevé que existirá) mucho mejor que en el sistema de la ley anterior, cuya aguda problemática he explicado ya. Con este nuevo sistema se puede poner algo de orden en el aprovechamiento futuro de aguas subterráneas, sobre todo si se consigue hacer funcionar correctamente el Registro de Aguas (lo que será difícil, porque está bastante mal regulado) y si se consigue hacer funcionar la planificación hidrológica (lo que también es objetivamente difícil y caro y habrá de hacerse con una regulación demasiado vaga y poco técnica en cuanto a los problemas jurídicos más difíciles o fundamentales).

Parte de la doctrina ha advertido con razón que la nueva autorización administrativa de investigación de aguas subterráneas es constitutiva y no declarativa (De la Cuétara, 1989; Moreu, 1990). Hay creación de un derecho nuevo por la Administración y no mera remoción por ésta de un obstáculo previo al ejercicio de un dere-

cho preexistente del particular. Con estas autorizaciones administrativas constitutivas la Administración crea el derecho para el particular sobre un bien cuya titularidad última retiene ella (el agua subterránea del acuífero es genéricamente pública o del Estado) y, por tanto, crea o no ese derecho con un gran margen de libertad o «discrecionalidad». Gracias a este amplio margen de libertad, puede en definitiva la Administración anticiparse al proceso de uso futuro de las aguas subterráneas y programarlo o planificarlo.

La reforma del régimen jurídico de las aguas en Canarias ha seguido, en las leyes autonómicas de aguas de 1987 y 1990, las grandes líneas descritas en lo precedente de la ley estatal de 1985.

B) El problema de las aguas subterráneas «no renovables»

Y hay que señalar todavía que la Ley de Aguas (cfr. art. 2) ha excluido de dicha genérica publicación hacia el futuro a las llamadas aguas subterráneas «no renovables», o aguas fósiles, según se suele entender dicho oscuro término por la mayoría de la doctrina, que, por otra parte, suele criticar con toda razón dicha exclusión legal. Si de verdad son aguas que no se renuevan en el acuífero y que se pueden agotar por completo, mayor razón hubiera habido todavía que en las aguas subterráneas normales o renovables para declararlas públicas y proporcionarles la protección que la mayor intervención administrativa representa. Es discutido, además, que haya en España verdaderamente aguas subterráneas fósiles, o acuíferos de gran antigüedad e incommunicados, que algunos autores relacionan más bien con países desérticos como Libia o Arabia Saudí (Postel, 1993). Si fuera cierto que se puede en rigor hablar en España de unas aguas subterráneas «no renovables» («no fluyentes», en la terminología más acertada del proyecto de ley del Gobierno de febrero de 1985) habría que entender que se trata de un supuesto de aguas sometidas todavía al sistema privatista de la Ley de 1879 y del Código civil (aguas *nullius* adquiribles por ocupación

o por accesión). Este tratamiento legal diferenciado de las aguas subterráneas «no renovables», como digo criticado por toda la doctrina, puede contribuir a oscurecer una regulación jurídica ya suficientemente difícil y compleja.

C) Significado de la reforma legal de 1999 y de la del Plan Hidrológico Nacional de 2001

La nueva Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de reforma de la Ley de Aguas de 1985, deja subsistente de modo prácticamente íntegro esa anterior regulación de 1985 sobre las aguas subterráneas, con todos sus graves defectos y carencias y consiguientes incertidumbres. Los autores de la nueva ley no han querido o sabido abordar la compleja y decisiva regulación de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Aguas y de las aguas privadas, en particular, con lo que las cosas respecto de las aguas subterráneas van a seguir más o menos como estaban hasta ahora. Con optimismo ingenuo y digno de mejor causa, la Exposición de Motivos de la nueva ley califica como un «nítido marco normativo» el establecido por la muy deficiente Ley de Aguas de 1985.

Puede resultar un tanto sorprendente la extrema modestia y falta de ambición de la última reforma legal, sobre todo sabiendo que bajo la sabia coordinación de Francisco Cabezas Calvo Rubio se había elaborado un Libro Blanco del Agua en España, documento muy valioso y de costosa elaboración y que abordaba la compleja problemática del agua con amplitud y rigor. El documento estaba terminado en su redacción provisional en las primeras semanas de 1999 y se anunció su aparición definitiva para marzo, primero, y para abril, después, de ese año. Sin embargo, no apareció entonces esa esperada versión definitiva del *Libro Blanco* y, en cambio, se aprobó esta muy mediocre y alicorta reforma de la vigente Ley de Aguas representada por la Ley 46/1999. Parece que en el interior del Ministerio de Medio Ambiente acabaron prevaleciendo las opiniones de los peor informados (con frecuencia son los que alcanzan más poder políti-

co) sobre las de los que saben más y querían trabajar con más lentitud y rigor. Al final, ya publicada la Ley 46/1999, apareció el Libro Blanco del Agua en España, con fecha del año 2000, en las últimas semanas de ese año o primeras del siguiente.

Da la impresión de que antes de las elecciones generales del 13 de junio de 2000 debió haber un pacto secreto (que yo sepa, si existe, no ha trascendido a los medios) entre el Partido Popular y el PSOE, acaso pensando en su colaboración en los futuros trasvases entre cuencas, en el que el primero habría aceptado (para desgracia de este país) el mantenimiento casi íntegro de la desafortunada Ley de Aguas de 1985. En mi libro de 1996 (cfr. pg. 749) denuncié yo que la clase política española en su conjunto estaba persuadida de las supuestas bondades de la Ley de Aguas de 1985 y la evolución de los acontecimientos parece haberme dado la razón en esto. Esa errónea opinión, todavía muy extendida, es la que es urgente combatir, en mi opinión.

Hay que aludir, no obstante, a algunas de las normas introducidas por esta Ley 46/1999 que sí pueden tener cierta incidencia, al menos indirecta, en el régimen jurídico de las aguas subterráneas. Ante todo, hay que aludir a la acertada idea, contenida en el artículo 53. 4 de la ley, de introducir la obligatoriedad de sistemas de control y medida de los caudales consumidos y de los vertidos realizados. En un apartado de muchos párrafos se introduce esta importante norma, parece que con obligatoriedad para la Administración hidráulica y con obligatoriedad para los particulares sólo cuando la Administración les inste a instalar dichos sistemas de medida y control. El precepto impone esa obligación a los titulares de concesiones administrativas y a quienes «por cualquier otro título tengan derecho al uso privativo de las aguas». Aunque podía haber sido más claro, parece que el precepto incluye a los propietarios de aguas privadas y a los de pozos, en particular. Sin embargo, la Disposición Adicional duodécima de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 parece limitar, poco razonablemente, el alcance del artículo 53-4º a sólo los concesionarios de aguas públicas, aunque pone plazos al cumplimiento de esta obligación de poner sistemas de medida de consumos y vertidos,

y califica como infracciones graves las relativas a incumplimientos de dicha obligación. Quizá el apartado 4º de las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª pueda ayudar a resolver la señalada contradicción o discrepancia. Véase también el artículo 42-5º, letra a, y 8º de la Ley catalana 6/1999, de 12 de julio, de Aguas.

Los ecologistas se refieren a la «revolución del contador», que suelen reclamar, con bastante razón, en sus escritos y manifiestos. Esta norma del nuevo artículo 53-4º será difícil de hacer cumplir y conllevará un considerable costo económico, pero creo que podría contribuir a la larga a racionalizar y mejorar la gestión del agua y la seguridad jurídica. Y algo parecido podríamos decir del derecho a la información de todas las personas en materia de aguas y medio ambiente, que establece el artículo 13 *bis* de la ley, con remisión a la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, inspirada a su vez en el Derecho comunitario europeo (Directiva 90/313/CEE, sobre todo, insistiendo en la idea últimamente el artículo 14 de la Directiva marco 2000/60, de 23 de octubre). Véase todavía, en la misma línea, el artículo 33-3º de la Ley del PHN de 2001.

En el artículo 61 *bis* de la nueva ley se recoge una extensa y sumamente deficiente regulación de lo que suele llamarse el *mercado del agua*, que ha de influir escasamente en el régimen jurídico de las aguas subterráneas. Contra lo que opina algún autor (Morell Ocaña, 2001), creo que es evidente que dicho precepto, que presupone en sus muchos apartados que los derechos tienen adscrito el uso del agua a un fin determinado, no será aplicable a las aguas privadas, en las que el goce es libre, ni a las subterráneas privadas, en particular. He estudiado extensamente este tema en mi trabajo *La oscura reducción del mercado del agua en la ley 46/1999*, en el número 16 de la Revista Aragonesa de Administración Pública, junio de 2000, pgs. 281 y siguientes.

Los retoques y añadidos de la nueva Ley de 1999 a los artículos 89 a 97 de la Ley de Aguas tienden a introducir un régimen más severo de control de los vertidos y de la contaminación de las aguas subterráneas, entre otras, con lo que tendrán también alguna incidencia en el régimen de nuestras aguas subterráneas. Aunque aquí la solución a los problemas ha de venir, más que de

lo que diga la ley, de los medios de la Administración y de la voluntad política de los gobernantes en cada momento.

Escaso interés tienen también algunas normas de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de julio de 2001, que teóricamente podrían llegar a tener alguna incidencia sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas, pero que se inscriben en una línea burocrática y de declaración de vagas intenciones de las que ya estaba más que sobrada nuestra muy deficiente normativa sobre aguas.

Por ejemplo, el artículo 26 reitera el carácter preferente de los caudales ecológicos sobre otros usos del agua, en términos muy similares a los que dejó fijados la Ley 46/1999 (nuevo artículo 57-7º de la Ley de Aguas), aunque con alguna otra previsión de interés (el apartado 3º de dicho artículo 26, con criterios sobre cuándo habrá que indemnizar a los titulares de concesiones a quienes se deban limitar sus derechos por esta causa).

Por otra parte, aun existiendo ya unos Planes Hidrológicos de cuenca, la Ley del PHN se refiere innecesaria, o incluso absurdamente, a nuevos planes ahora competencia del Ministerio de Medio Ambiente (los Planes Hidrológicos de cuenca son jerárquicamente superiores, en tanto que aprobados por Decreto) para prevenir las sequías (art.27); o para perseguir el aprovechamiento «sostenible» de las aguas subterráneas mediante unos «Planes de Acción» o «Planes de Explotación» (art. 29), que parecen no limitarse ya a los acuíferos declarados sobreexplotados, con lo que su significado resulta de lo más oscuro (véanse también el artículo 17, apartado 1, letra d, y apartado 6); ordenándose también a los Organismos de cuenca que se fomente la constitución de comunidades de usuarios (art. 29-2º), lo que no parece añadir gran cosa al artículo 79 de la Ley de Aguas, ya retocado también por la Ley 46/1999. Otro precepto encarga también al Ministerio de Medio Ambiente la realización de estudios y la protección de los humedales (art. 31), ya a estas alturas en gran parte esquilados por la sobreexplotación de acuíferos, y siendo éste también tema ya regulado en la Ley de Aguas de 1985 y reformado en la Ley 46/1999 (cfr. art. 103, y su apartado 4º, en particular). En la misma línea, aunque ahora encargando el cometido al Gobierno, mediante Real

Decreto, se prevé, en la Disposición Adicional 4^a de la Ley del PHN de 2001, la elaboración en el plazo de un año de un Plan Especial para el Alto Guadiana, una de las zonas más castigadas por la sobreexplotación de acuíferos (el famoso Acuífero 23, entre otros).

El artículo 33 de la Ley del PHN de 2001 encarga al Ministerio de Medio Ambiente la elaboración y el cuidado de una red básica oficial de datos hidrológicos, y le ordena que mantenga un «registro oficial» de datos hidrológicos, que incluirá, al menos, los caudales en ríos y «conducciones principales» (aquí parece que caben los acueductos de los trasvases intercuenas), la «piezometría en los acuíferos», el estado de las existencias embalsadas, y la «calidad de las aguas continentales». De modo que estos grandes datos se quieren llevar a un Registro especial y centralizado en Madrid, y sin preverse coordinación ninguna, de momento, con los Registros de Aguas de las Confederaciones Hidrográficas. Por otra parte, la obtención de los datos sobre «calidad de las aguas continentales» es un objetivo amplísimo y de gran complejidad, y que coincide sustancialmente con los objetivos centrales de la Directiva marco 2000/60, de 23 de octubre, que pronto habrá que trasponer a nuestro Derecho. Y el Decreto 1327/1995 estableció, en su artículo 7, un Registro de desaladoras, que todavía no ha empezado a funcionar. Y las previsiones sobre los antiguos Registros de Aprovechamientos de Aguas Públicas de la Disposición Transitoria 7^a de la Ley de Aguas de 1985 no se han cumplido todavía. Todo ello, junto a la muy deficiente regulación de los Registros de Aguas, y a su total falta de coordinación con el Registro de la Propiedad, viene a confirmar el acierto de la crítica que vengo formulando en muchos de mis anteriores trabajos a nuestra legislación de aguas, de que este aspecto decisivo para la seguridad jurídica de la registración de datos y de derechos subjetivos sobre el agua es una de las tareas pendientes y más urgentes que tiene nuestro legislador si se quiere sacar a nuestra legislación de aguas del estadio primitivo y caótico en el que actualmente se encuentra. Cuanto más legisla sobre este aspecto básico nuestro poco preparado legislador, más oscura, caótica, embrollada e insuficiente resulta nuestra legislación de aguas.

Ya me he referido con anterioridad a la Disposición Adicional duodécima de esta Ley del PHN de 2001, reiterando el artículo 53-4º de la Ley de Aguas, sobre sistemas de medición de consumos y vertidos, y a la discrepancia o diferencia entre ambos preceptos. El artículo 24 de esta nueva ley de 2001 se limita a reiterar en su apartado 1º el artículo 51.3 de la Ley de Aguas de 1985, y en su apartado 2º incluye una norma que considero completamente absurda aunque no entro en ella, por no referirse la misma a las aguas subterráneas.

COMENTARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2ª DE LA LEY PHN DE 2000

El complejo y lamentable panorama actual de las aguas privadas ha sido abordado por la Disposición Transitoria 2ª de la nueva Ley del Plan Hidrológico Nacional de julio de 2001. Esta norma otorga, desde su entrada en vigor, a todos los dueños de aguas privadas todavía no inscritos ni en el Registro de Aguas ni en el Catálogo de Aguas Privadas, un plazo improrrogable de tres meses para solicitar la inclusión de su derecho en el Catálogo de Aguas Privadas de la cuenca, y añade que «transcurrido este plazo sin haberse cumplimentado esta obligación no se reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas si no es en virtud de resolución judicial firme».

La norma podría entenderse como afirmando que, si no se solicita la inclusión en el Catálogo en el plazo de tres meses del derecho de propiedad sobre el agua, no «se reconocerá» ese derecho de propiedad (o sea, parece, en principio, se extinguirá) si no es «en virtud de resolución judicial firme», ya sólo anterior a la entrada en vigor de la Ley de PHN, según una primera interpretación posible, ya en virtud de sentencia firme tanto anterior como posterior a dicha entrada en vigor, según una segunda interpretación también literalmente posible, aunque jurídicamente muy anómala.

Si se piensa lo primero, la norma establecería directamente la extinción del derecho de propiedad «desconocido» sobre aguas cuya inscripción en el Catálogo no se solicitara en el plazo de los tres meses en todos aquellos casos (el 99% de los casos reales de propiedad privada del agua que todavía no se han inscrito ni en el Registro de Aguas ni en el Catálogo, casos que son muchísimos) en los que el propietario carece actualmente de una sentencia judicial firme que le declare y reconozca su derecho de propiedad. Se trataría de una confiscación del derecho de propiedad pura y simple, contraria al artículo 33-3º de la Constitución, y que afectaría quizá, si sus titulares no llegaban a solicitar su inscripción en el plazo de los tres meses, a la mayoría de los derechos de propiedad privada sobre aguas del país. Sólo se salvarían de esta extinción o confiscación generalizadas quienes hubieran tenido ya al entrar en vigor la Ley del PHN de 2001 una sentencia firme declarando su derecho de propiedad. Ni siquiera se salvarían, al parecer (el plazo de los tres meses parece concebirse como de caducidad), faltando la solicitud de inscripción en los tres meses, los que hubieran tenido una tal sentencia a su favor, pero no firme, y estuvieran o estén pleiteando todavía en defensa de su derecho de propiedad, personas que creo que eran y son todavía muchos en estos momentos (las Disposiciones Transitorias de la Ley de Aguas de 1985 son un caótico laberinto, que ha sido entendido en la doctrina de siete u ocho maneras diferentes).

No podría ser excusa ni justificación de dicha norma aquí criticada el hecho de que los dueños de aguas privadas hayan tenido, desde la entrada en vigor de la Ley de 1985, quince años para inscribir sus derechos en el Catálogo o en el Registro de Aguas (para éste sólo tres años) y no lo hayan hecho. Esa desidia, muy tradicional en nuestro país, pudo sancionarse con multas coercitivas según el apartado 3º de la Disposición Transitoria 4ª de la Ley de Aguas de 1985, instrumento coercitivo éste de las multas coercitivas muy apropiado al fin al que servía, y que, si no ha sido utilizado por la Administración (que, ciertamente, solía desconocer la existencia de los pozos, pero que en teoría podía haberla investigado), no es cosa ahora de culpabilizar a los particulares

que no se hayan inscrito, además, hasta el extremo de privarles de su derecho de propiedad.

Por otra parte, tampoco ha podido jugar aquí en absoluto la prescripción extintiva de la propiedad privada, que una minoría de la doctrina reconoce como posible teóricamente. Primero, porque incluso esta minoría de autores exigen plazos superiores tratándose de inmuebles al de 15 años, propio sólo de la prescripción de acciones personales (art. 1964 del Código civil). Segundo, porque es un principio tradicional de nuestro Derecho el de que la propiedad no se pierde por no uso o por prescripción, y así sigue pensando hoy la mayoría de la doctrina española. Tercero, porque estos derechos de propiedad que se pretenden extinguir habrán sido casi siempre ejercitados y aprovechados por sus titulares durante todos estos años, lo que excluye radicalmente la prescripción en cualquier caso. Además, el Catálogo de Aguas Privadas de la cuenca es un mero registro administrativo y estadístico sin ningún efecto jurídico sustantivo, fuera del de ser elemento de prueba.

Pensemos ahora en la segunda posible interpretación de la norma aquí criticada. Según esa interpretación, los propietarios de aguas que no inscribieran su «desconocido» derecho en tres meses en el Catálogo, sólo podrían hacerlo, además de cuando tuvieran ya de antes una sentencia judicial firme reconociéndoles su derecho, cuando lograran obtenerla luego, incluso tras la entrada en vigor de la Ley del PHN de 2001. Pero lograr una sentencia judicial firme, o ya no susceptible de recurso, puede obligar a pleitear (con la Administración, al parecer, en principio) hasta el Tribunal Supremo y puede costar entre 8 ó 12 años. Para inscribirse en el Catálogo o para ejercitar un derecho de propiedad que la ley no negaría en teoría, según esto, habría que pleitear antes varios años. Esto sería completamente absurdo, respondería a un criterio ultraburocrático nunca antes recogido en nuestro Derecho y acaso en ningún país del mundo, y creo que representaría una limitación legal a la propiedad privada tan draconiana, que haría la ley inconstitucional, ahora por no respetar el contenido mínimo esencial del derecho objeto de la regulación

legal (véase el artículo 53-1º de la Constitución). Probablemente se vulneraría también el principio de la tutela judicial efectiva del artículo 24-1º de la Constitución, que considera con toda razón la función judicial una posibilidad o un *derecho* de los ciudadanos y no parece que pueda llegar a ser nunca una obligación previa al ejercicio de un derecho que uno tiene.

Con esta segunda interpretación la norma aquí criticada no negaría radicalmente la existencia del derecho de propiedad sobre el agua; no impondría su explícita confiscación o extinción, pero haría dicho derecho de propiedad sobre el agua casi imposible de ejercitar en la práctica. Con esta interpretación, ligeramente menos severa que la explicada en primer lugar, igualmente la sanción prevista en la norma criticada sería una sanción desproporcionada y brutal, en la práctica equivalente a una confiscación del derecho de propiedad. Estaríamos ante una cuasiconfiscación.

Finalmente, hay que decir que los argumentos aquí esgrimidos cobran mayor fuerza todavía si se repara en que muchos de los propietarios de aguas amenazados por la norma aquí criticada, nunca van a llegar a enterarse, verosímilmente, de que se les da (o de que se les dio) una última oportunidad de inscribir sus derechos de propiedad en el Catálogo en ese improrrogable plazo de los tres meses, última oportunidad que, sin embargo, sí que lo sería en rigor para ellos también en todos estos supuestos, a la vista del carácter de regla general para las aguas privadas que tiene el apartado 1º de la Disposición Transitoria 4ª de la Ley de Aguas.

Así sucederá con los propietarios de lagos y lagunas, supuesto que en la doctrina muchos autores (erróneamente) no han relacionado con la opción de la Disposición Transitoria 4ª de la Ley de Aguas, al existir la aparente norma especial de la Disposición Adicional 1ª de la propia ley. O lo mismo con los propietarios de aguas privadas pluviales. O así sucederá, verosímilmente, con los dueños de aguas de los ríos canalizadas por acequias en los casos en que un título histórico anterior a 1879 reconozca la propiedad privada de esas aguas, lo que ha sucedido en buen número de ocasiones según la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Véase esta jurisprudencia citada en el trabajo sobre esta cuestión de los títulos históricos que he publicado en el nº 26 de la Revista Gallega de Administración Pública, año 2000, página 21. O así sucederá, en los casos de aguas privadas de los municipios u otros entes públicos, muchas veces con títulos históricos, o con base en los artículos 5 y 17 de la Ley de Aguas de 1879, que suelen ignorar el carácter privado patrimonial de sus aguas y las consideran erróneamente de dominio público estatal. Por ejemplo, la propiedad privada del lago de Bañolas, en Gerona, pertenece al municipio y está discutiéndose en estos momentos, según mis noticias, en los tribunales. O será también especialmente injusta la norma que consideramos con aquellos dueños de aguas privadas que, con estupenda buena fe, estén en este momento en fase de tramitación de sus expedientes de inscripción en el Registro de Aguas y que vean finalmente rechazada su solicitud por la Administración en un momento ulterior al de la terminación del plazo de los tres meses. Estos dueños de aguas privadas no habrán llegado a tener la segunda oportunidad de inscripción en el Catálogo, que creo les reconocía antes genéricamente la Ley de Aguas de 1985.

Las posibilidades de adaptación interpretativa de esta Disposición Transitoria 2ª a la Constitución y al sistema de nuestra Ley de Aguas son sumamente difíciles y, finalmente, acaso, además, poco satisfactorias. Habría que intentar defender, en tal sentido, la existencia todavía, transcurrido el plazo de tres meses sin inscripción en el Catálogo, de un derecho de propiedad privada sobre el agua, pero no inscribible en el Catálogo (sí en el Registro de la Propiedad, acaso, en cambio) y libremente «desconocible» o «perjudicable» por la Administración, lo que no dejaría de ser una forma de existencia del derecho sumamente anómala. Un derecho existente y ejercitable frente a terceros y defendible por los tribunales, cuando menos civiles y acaso también contencioso administrativos, pero derecho libremente «desconocible» o «perjudicable» por la Administración hidráulica. La expresión legal «no se reconocerá» se entendería, según esto, limitada a la Administración, y ello podría parecer coherente con el limitado alcance del títulillo de la Disposición Transitoria («cie-

rre del periodo de inscripción» y no, por ejemplo, «caducidad o extinción de derechos no inscritos»), y con la afirmación de la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (cfr. Fundamento Jurídico nº 8) de que los derechos de propiedad sobre las aguas no inscritos en el Registro de Aguas podrían perfectamente valerse de «otros instrumentos registrales», con alusión evidente al Registro de la Propiedad, y con alusión que tiene «plenos efectos frente a todos», incluidos los poderes del Estado, y el legislativo, en particular (cfr. art. 164 de la Constitución). Y afirma también esa misma sentencia del Tribunal Constitucional y en ese mismo lugar, que la Administración no tiene porqué dar una protección específica a la propiedad privada del agua, cuando ésta no es dominio público ni ha sido previamente constatada o inscrita ante ella. Se trataría de una interpretación ortopédica, pero para una norma ciertamente monstruosa.

Incluso creo que, ante norma tan defectuosa como la que contemplamos, podría considerarse posible otra interpretación todavía más forzada o restrictiva (correctora, en realidad; contraria evidentemente a la *voluntas legislatoris*), según la cual el «cierre del periodo de inscripción», y el que la Administración no pueda tras el plazo de tres meses sin inscripción «reconocer» el aprovechamiento sobre aguas privadas, simplemente significaran la imposible inscripción o inmatriculación futuras en el Catálogo de esos derechos (falta de «reconocimiento» a esos únicos y específicos efectos) y la pérdida definitiva de sus débiles efectos probatorios, pero quedando o subsistiendo el régimen jurídico de las aguas privadas no inscritas en ningún registro administrativo en los mismos términos en que existía dicho régimen antes de la entrada en vigor de la nueva Ley del Plan Hidrológico Nacional. O sea, una propiedad privada sobre el agua, situada necesaria y definitivamente ya fuera del Catálogo, pero que gozaría plenamente de los enérgicos efectos protectores del Registro de la Propiedad, en su caso, y que merecería el pleno respeto que a dicho básico derecho deben prestar no sólo los tribunales de todo tipo sino también la Administración misma, que no debe olvidarse que tiene obligación constitucional de

actuar con «objetividad» y de someterse «a la ley y al Derecho» (arts. 103 y 33 de la Constitución). Es cierto que esta interpretación chocaría en cierto modo con la mencionada doctrina del Fundamento Jurídico 8º de la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional, pero, ante norma tan irrazonable como la que consideramos, creo que al Tribunal Supremo le sobra autoridad moral para imponer una interpretación como la que acabo de mencionar. Y recuérdese que el artículo 5-3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 sugiere cierta posibilidad de forzar la interpretación de las normas para *acomodarlas* al ordenamiento constitucional. Y también el artículo 24-1º de la Constitución creo que podría invocarse en favor de esta posible interpretación sugerida.

En fin, si se rechazan estas forzadas interpretaciones consideradas y se piensa que los pozos de aguas privadas no inscritos en tres meses en el Catálogo pasan a ser pozos de aguas públicas e ilegales, como ello sólo podrá ser conocido en la práctica por nuestra débil Administración (que podría entonces en teoría cerrarlos o sellarlos) en unos casos sí y en otros no, lo que en la práctica parece que va a representar esta desdichada norma de la Disposición Transitoria 2ª del Plan Hidrológico Nacional es un aumento de la ya hasta ahora enorme inseguridad jurídica en esta materia de las aguas privadas. Recuérdese lo explicado sobre el relativo absurdo, dadas las enormes carencias de nuestra Administración hidráulica, de afirmar legalmente el pleno carácter de dominio público de masas o corrientes de agua enclavadas dentro de fincas de propiedad privada, y las propuestas de reforma que *de lege ferenda* realicé yo para casos como éstos en mi libro sobre aguas de 1996.

Aparte de estas críticas formuladas con anterioridad a la Disposición Transitoria 2ª de la Ley del Plan Hidrológico Nacional, críticas que podríamos denominar centrales o sustanciales, pueden formularse otras críticas de menos entidad, pero que ayudan también a entender la precipitación y grave desconocimiento con que ha actuado nuestro legislador al introducir el mencionado precepto legal. Veámoslas brevemente.

En primer lugar, el precepto aquí comentado, al remitirse directa y literalmente a la obligación de inscribir en el Catálogo que establece la Disposición Transitoria 4^a, en su apartado 2º más concretamente, arrastra literalmente hacia sí el error de redacción de dicho precepto, que, en realidad, y aunque no se suele advertir, ordena inscribirse en el Catálogo, si se lee correctamente, tanto a los que se han inscrito ya en el Registro de Aguas como a los que no lo han hecho. De modo que, literalmente, lo que se estaría ordenando es incluso la confiscación o cuasiconfiscación de derechos de propiedad sobre el agua que ya se habían inscrito en el Registro de Aguas. No obstante, el sentido literal del apartado 2º de la Disposición Transitoria 4^a es tan absurdo, que sencillamente la doctrina prescinde del mismo y lee habitualmente mal el precepto, aunque de modo inconsciente (véase mi libro de 1996, pg. 71). Es lo que he hecho yo también, pero deliberadamente, en el párrafo primero de este epígrafe. Todo lo cual no impide la justa crítica al legislador de haberse apoyado sin reservas en un precepto defectuoso y haber hecho, así, una afirmación literal también absurda en este nuevo sentido, además de en los otros ya indicados.

Otra dificultad que puede plantear la Disposición Transitoria 2^a de la Ley del Plan Hidrológico Nacional es el de su directa y literal aplicabilidad a una serie de sentencias del Tribunal Supremo antiguas (de las primeras décadas de aplicación de la Ley de Aguas de 1879) que declararon sin razón como aguas de propiedad privada las derivadas de los ríos por acequias y canalizaciones diversas y aguas que eran objeto de concesiones administrativas. Salvo si el título de atribución de esas aguas era un título histórico, anterior a 1866, y establecía claramente la propiedad privada de esas aguas, esas aguas de los ríos eran necesariamente públicas, con la buena doctrina que acabó prevaleciendo, y creo que fue defendible que, pese a la existencia de cosa juzgada, pasaran a ser públicas desde la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, a la vista del texto de su Disposición Transitoria 1^a (véase mi libro de 1996, pg. 20, aunque para un problema muy próximo a éste). Sin embargo, ahora, con norma le-

gal expresa que da tanto valor (en la mente del legislador) a las sentencias judiciales firmes para el *reconocimiento* del carácter privado de las aguas, va a resultar difícil negar la inscribibilidad en el Catálogo de esas aguas de los ríos erróneamente calificadas como privadas en antiguas sentencias por el Tribunal Supremo. La ley de 2001 habría venido así a cristalizar y a convertir en definitivas e inatacables decisiones judiciales erróneas y coyunturales.

Una tercera razón menor o colateral para criticar la Disposición Transitoria 2ª de la Ley del Plan Hidrológico Nacional es la posible influencia negativa que puede tener en las interpretaciones doctrinales sobre el conjunto de las Disposiciones Transitorias reguladoras de las aguas privadas (las Disposiciones 2ª a 4ª). Se trata, como se ve, de una norma muy oscura, que ahora tendrá que formar sistema con otras normas también muy oscuras y defectuosas, con lo que viene a oscurecer y complicar un sistema legal, que ya ofrecía suficientes dificultades al intérprete. En particular, por ejemplo, el nuevo precepto podría dar nuevo aliento y argumentos a una línea doctrinal existente y muy irrazonable, en mi opinión, según la cual, la Administración podría desentenderse de los derechos sobre aguas privadas y perjudicarlos libremente, siempre que no figuraran inscritos en el Registro de Aguas. La crítica a esta irrazonable idea se sigue pudiendo hacer todavía, pero encontrará nuevas dificultades antes inexistentes.

La Disposición Transitoria 2ª de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 creo, por todo lo expuesto, que es una reacción crispada e imprudente de políticos que no entendían la compleja problemática jurídica de las aguas privadas y que no quisieron hacer el esfuerzo de enterarse de la misma, y que es inconstitucional en cualquiera de sus dos interpretaciones más asequibles gramaticalmente (o confiscación o cuasiconfiscación), y podría o debería ser impugnada como tal ante el Tribunal Constitucional, bien por los políticos por las vías que marca el artículo 162 de la Constitución, o bien por los jueces por la vía del artículo 163 de la propia Constitución. Y creo que no empece a esta afirmación

el hecho de que la regla general de nuestro Derecho sea el carácter de dominio público de las aguas (arts. 1 y 2 de la Ley vigente de 1985). Ni empece a esa afirmación la consideración de la evidente lógica y fundamento que tiene la aspiración del legislador a extender lo más posible la constancia registral de cualquier tipo de derechos sobre aguas, como medio de controlar en última instancia el cumplimiento de la legalidad (ya se ha señalado la casi total impunidad de los dueños de pozos, sobre todo si no constan en Registro alguno ni se sabe la profundidad del pozo, para profundizarlos libremente, incluso incrementando los caudales a que legalmente tuvieran derecho).

Ni cabe, intentando justificar esta norma aquí criticada, proponer establecer ningún parangón con los supuestos en que el legislador ha establecido excepciones a la regla de que los asientos del Registro de la Propiedad están bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1, párrafo 3º, de la Ley hipotecaria), como los establecidos en los procedimientos administrativos de deslinde de la zona marítimo terrestre (art. 13 de la Ley de Costas de 1988) o de deslinde de los cauces públicos de aguas continentales (art. 87-3º de la Ley de Aguas de 1985, modificado en esto por la Ley 46/1999). En estos supuestos excepcionales, en todo caso muy anómalos respecto de la vieja lógica del Derecho civil, el titular de la propiedad privada inscrito en el Registro de la Propiedad resulta desplazado por una resolución administrativa, que se adopta por un cauce legal y como resultado de un expediente administrativo en el que dicho titular habrá tenido al menos oportunidades de defender su derecho. No queda allí desplazado por el mero transcurso de un breve plazo de caducidad y por su mera pasividad durante el mismo, coincidente con igual pasividad durante dicho plazo de la Administración, como parece establecer esta Disposición Transitoria 2ª de la Ley del Plan Hidrológico Nacional aquí comentada.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PÚBLICAS

A) La autorización administrativa para la investigación de aguas subterráneas

El dueño de un terreno, a diferencia de en la regulación anterior (cfr. artículo 417 del Código civil), ya no puede como norma investigar libremente aguas subterráneas en su finca, sin obtener previamente autorización administrativa del Organismo de cuenca competente (o Administración autonómica correspondiente, dentro de las cuencas intracomunitarias y en su caso: entiéndase así en lo sucesivo), según el apartado 1º del artículo 66 de la vigente Ley de Aguas. La regulación completa de esta autorización administrativa se contiene en los artículos 65 a 68 y 52.2º de la Ley de Aguas y artículos 177 y siguientes y 104 y siguientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986.

En esta regulación, como ocurre también en la regulación genérica de las concesiones sobre aguas, se establece que al solicitar alguien, sea el dueño del terreno u otra persona, una autorización administrativa para investigar aguas subterráneas, se abre un procedimiento o trámite de competencia de proyectos para que la Administración elija discrecionalmente a cuál de los solicitantes otorga la autorización administrativa de investigación de aguas subterráneas. Según el artículo 65 de la Ley, el dueño del lugar gozará no obstante, de preferencia para obtener la autorización de investigación, aunque sólo entre solicitantes dentro del mismo orden de prelación a que se refiere el artículo 58 de la propia Ley de Aguas.

Cuando la investigación pretenda realizarse en terrenos ajenos o públicos hay que tener en cuenta, además del artículo 417 del Código civil, la regulación contenida en los artículos 66 y 67 de la Ley de Aguas y 177 a 183 y 186-2º del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986.

Conforme a esta regulación el Organismo de cuenca puede otorgar autorizaciones para investigación de aguas subterráneas, pre-

vio el trámite de competencia entre los proyectos de investigación que se presenten en el oportuno procedimiento, y el otorgamiento de la autorización llevará implícita la declaración de utilidad pública de los terrenos a efectos de la correspondiente ocupación temporal y realización de las labores necesarias en el terreno perteneciente a dueño o persona diferente de la autorizada para realizar la investigación (técnica expropiatoria). Creo que el artículo 417 del Código civil no ha sido derogado por la Ley de Aguas de 1985, cuyos artículos 66 y 67 adoptan un punto de vista un tanto simplista recurriendo siempre, al parecer, a una técnica expropiatoria (indemnizando los daños, desde luego) para posibilitar la investigación de aguas en finca ajena. En realidad, parece que ello sólo será necesario cuando el dueño del terreno en que se pretende realizar la investigación se niegue a dar su permiso para la misma (puede ser vecino o amigo del que pretende realizar la exploración, o pariente suyo, o arrendador, o nudo propietario, o haber llegado a un acuerdo con él y esperar alguna contraprestación...).

El artículo 66 de la Ley de Aguas puede incumplirse, y se incumple frecuentemente, cuando, sin requerir u obtener la preceptiva autorización administrativa para investigar aguas subterráneas, se alumbran clandestinamente las mismas, acaso sustrayéndolas de otros aprovechamientos ajenos. En estos supuestos, puede llegar a ocurrir en teoría que se incurra incluso en delito de usurpación (cfr. artículo 247 del Código penal de 1995, cuya letra no da facilidades a nuestra hipótesis) o en delito de defraudación de aguas (cfr. artículo 255 del propio Código penal). Más frecuentemente el alumbrador clandestino incurrirá en responsabilidad administrativa, sancionable con fuertes multas (arts. 108, letra b, y 109 de la Ley de Aguas, y arts. 314 y siguientes y en particular 316, letra c, del Reglamento de 1986, reformados, en el sentido de incrementar las multas, por la Ley 42/1994, de 30 de diciembre) y en responsabilidad civil, que conlleva la obligación de restaurar el dominio público hidráulico dañado (cfr. artículo 110 de la Ley de Aguas). Las infracciones administrativas prescribieron durante muchos años en el plazo absurdamente cor-

to de dos meses, aunque la obligación civil de restaurar el dominio público dañado sólo prescribe a los quince años, como en el artículo 1964 del Código civil (cfr. artículo 327 del Reglamento de 1986). El plazo de prescripción de las infracciones en materia de aguas fue por fin razonablemente reformado y equiparado al general de las infracciones administrativas del artículo 132-1º de la Ley 30/1992 (diversos plazos de tres años a seis meses, según la gravedad) por el Real Decreto 1771/1994, de 5 de agosto (Decreto que retocó el mencionado artículo 327 del Reglamento de 1986).

El régimen jurídico sancionador en materia de aguas, en este punto comentado como en otros, es, sin embargo, severo y de legalidad discutible en ciertos casos. La tensión provocada por la fuerte sequía que padeció el país en los primeros años noventa y la evidencia del alto grado de incumplimiento de la muy defectuosa Ley de Aguas de 1985, llevó a nuestro legislador a incrementar la cuantía de las multas hasta los 100 millones de pesetas en el caso de las infracciones muy graves, en la Disposición Adicional 9ª de la mencionada Ley 42/1994, cuantía enorme y discutible que ha mantenido la Ley 46/1999 (cfr. artículo 109-1º de la Ley de Aguas, considerando el apartado 3º todavía ampliables las multas por Decreto). Y el artículo 108, letra g, de la Ley de Aguas, y artículo 317, párrafo segundo, del Reglamento de 1986 recogen una infracción tan genérica, que es la negación misma del principio de tipicidad que exigen el artículo 129-1º de la Ley 30/1992 y el artículo 25-1º de la Constitución. En cuanto a la posibilidad de que la Administración recurra a medidas cautelares véase el artículo 111-2º de la Ley de Aguas, introducido por la Ley 46/1999.

Una vez realizado el alumbramiento clandestino surge, enclavada en la finca privada que normalmente pertenecerá al alumbrador, una nueva propiedad pública, el alumbramiento, que parece que el alumbrador ya no tendría derecho a eliminar o cerrar por su cuenta (el alumbramiento no es suyo; no le pertenece) y que el Organismo de cuenca podrá ordenar cerrar, pero que parece que también podrá utilizar por sí mismo o utilizar sus aguas para otorgar concesiones administrativas sobre ellas a terceros o incluso al mismo alumbrador clandestino, lo que, aunque podría

constituir un mal ejemplo (premiar con la legalización una actividad ilegal), no está estrictamente prohibido en norma alguna. Por otra parte, además de que como digo la Administración ni siquiera se enterará con frecuencia de la existencia del alumbramiento clandestino, la explicación dada de que surge dentro de la finca privada una propiedad pública (el alumbramiento) no deja de resultar un tanto teórica, por lo poco que ha facilitado la ley a los funcionarios de la Administración hidráulica la entrada en las fincas privadas (cfr. artículo 333 del Reglamento de 1986, art. 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y art. 96-3º de la Ley 30/1992), por los pocos funcionarios que tiene la Administración disponibles para este tipo de misiones, y por el carácter restrictivo con que contempla la jurisprudencia la aplicación de la llamada autotutela administrativa (artículo, entre otros, 8 de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964), que probablemente llevaría en muchos casos al Estado, para poder hacer valer el carácter público del alumbramiento clandestino, a tener que ejercitar ante los tribunales una acción reivindicatoria sobre sus aguas públicas frente al alumbrador clandestino propietario de la finca. Y es evidente que esto sólo muy raramente habrá de suceder. De modo que, como vemos, ha faltado implementación jurídica e instrumental de la declaración legal de pertenencia al dominio público de las aguas subterráneas (futuras: alumbradas después de 1986) y parece por ello probable que muchos alumbramientos clandestinos se vayan a seguir aprovechando, aunque ilegalmente, dentro de fincas privadas impenetrables en la práctica y como si fueran alumbramientos de aguas privadas. Lo que a la normativa vigente sobre aguas subterráneas públicas le espera, tal como ha sido prevista y regulada, es un alto nivel de incumplimiento. En mi libro de 1990 pronostiqué que sería frecuente la realización en la práctica de alumbramientos clandestinos y la realidad me ha dado cumplidamente la razón. Hoy la Administración hidráulica comprueba mediante fotos por satélite la continua expansión del regadío ilegal realizado mediante pozos clandestinos y se muestra casi impotente para hacer frente a esa realidad.

Si que es cierto, con todo, que el alumbrador clandestino de aguas subterráneas que pase a aprovecharlas realizará un uso ilegal de aguas públicas, bajo las posibles responsabilidades que he señalado, y uso que no se consolidará en derecho subjetivo ni siquiera al cabo de veinte años de aprovechamiento pacífico (cfr. art. 50-2º de la Ley de Aguas), a diferencia de en la normativa anterior (cfr. art. 149 de la Ley de Aguas de 1879). Como supuestos en los que los tribunales han conseguido amparar eficazmente actuaciones administrativas ordenando cesar aprovechamientos clandestinos e ilegales de aguas subterráneas se pueden citar las sentencias de la Sala 3ª, Sección 3ª, del Tribunal Supremo de fechas 25 de enero y 2 de febrero de 1996 y 27 de abril de 1998.

B) La concesión administrativa de aguas alumbradas y la protección de derechos preexistentes

La concesión administrativa sobre aguas subterráneas, una vez otorgada, no difiere significativamente de cualquier otra concesión administrativa sobre aguas públicas de las reguladas en la ley vigente. Se trata de un derecho respecto del que se han robustecido las potestades administrativas, aunque en forma bastante difusa e imprecisa, respecto de las concesiones administrativas de aguas de la anterior Ley de Aguas de 1879. También permanece el concepto mismo de concesión administrativa de la legislación de aguas anterior, estableciendo la ley vigente, conforme a dicho concepto, que el agua que se concede queda adscrita a los usos indicados en el título concesional, sin que pueda ser aplicada a otros distintos, ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos (cfr. artículo 59, apartados 2º y 4º, retocados ambos apartados por la Ley 46/1999, sobre todo para salvar la aplicabilidad del nuevo artículo 61 *bis*).

La Administración tiene amplia discrecionalidad en esta materia, pero más bien al otorgar la autorización de investigación de aguas subterráneas que al otorgar luego su concesión administrativa una vez alumbradas las aguas. En la jurisprudencia de

nuestro Tribunal Supremo se detecta una tendencia a no interrumpir fácilmente la investigación de aguas subterráneas una vez autorizada ésta, aunque se produzcan impugnaciones de terceros. Véanse, por ejemplo, las sentencias de la Sala 3ª, Sección 3ª, de dicho Tribunal Supremo de 9 de diciembre 1997 y de 30 de marzo de 1998.

Como en la Ley de Aguas anterior (art. 150) y como en toda una antigua tradición que se remonta al Derecho romano, la Ley de Aguas vigente establece que toda concesión se entenderá hecha sin perjuicio de tercero (cfr. art. 59-1º), para lo que articula la regulación, compleja y poco clara, del artículo 68 de la Ley y artículo 184, apartados 4º a 9º, del Reglamento de 1986. Esta compleja regulación la he explicado en mi libro de 1990. También presenta gran complejidad la explicación técnico jurídica de las acciones y medios de defensa de derechos sobre aguas subterráneas, ya sean de propiedad privada, ya concesiones administrativas. En cuanto a estas últimas junto a remedios específicos regulados en la normativa sobre aguas coexisten remedios o medios de defensa genéricos del Derecho civil, como acciones reales o interdictos posesorios. Todo ello lo he explicado en mis libros de 1990 y 1996.

C) El régimen jurídico del artículo 52.2º de la Ley de Aguas

El artículo 52.2 de la Ley sustrae al control administrativo habitual de las aguas públicas el aprovechamiento por el dueño de la finca (hay que entender, aunque el precepto no alude expresamente a él) de aguas de pequeños manantiales y pozos de hasta un total de 7.000 metros cúbicos anuales. Se trata indudablemente de un uso privativo de aguas públicas por disposición de ley (cfr. arts. 50.1, 51.5 y 57.1 de la Ley) y así lo ha reconocido la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (F.J. nº 23, letra e). Estas aguas cuasiprivadas se destinarán a un uso doméstico, siendo indisponibles jurídicamente (cfr. art. 84.3 Reglamento de 1986).

Pese a su aparente sencillez, el artículo 52.2 plantea un difícil problema de delimitación de su ámbito y de armonización con las Disposiciones Transitorias 2ª a 4ª de la Ley. Es dudoso si dicho precepto se aplicará sólo en los supuestos en que el dueño de la finca no tenga ningún otro derecho sobre las aguas originadas en esa finca, como parece sugerir la *ratio* del precepto, o si podrá aplicarse acumulativamente en casos en que el dueño de la finca tenga ya o adquiriera otros derechos distintos sobre las aguas de su finca. El precepto parece irretroactivo, aplicable sólo a manantiales y pozos formados o alumbrados después del primero de enero de 1986, y probablemente sólo cuando (y mientras) el dueño de la finca carezca de todo otro derecho (propiedad o concesión administrativa) sobre las aguas originadas en su finca.

Además, este precepto del artículo 52.2, combinado con los artículos 414 y 417 del Código civil, que no han sido derogados, puede desvirtuar en gran medida el control administrativo de los futuros alumbramientos de aguas subterráneas que la ley parece querer procurar. Parece muy probable que se haga en el futuro un uso excesivo o abusivo de este artículo 52.2 de la Ley, en detrimento de la necesaria autorización administrativa previa exigida legalmente para investigar aguas subterráneas (art. 66). No hay de momento, ni será fácil que haya en el futuro, dada la escasa cuantía de los asuntos relacionados con este precepto, jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el mismo.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PRIVADAS

A) La propiedad privada de las aguas subterráneas

Durante los últimos veinticinco años de vigencia de la anterior Ley de Aguas de 1879 se difundió bastante en la doctrina una idea según la cual la llamada propiedad privada de ciertas aguas corrientes, como las de los manantiales naturales, no era una verdadera propiedad privada sino un mero derecho real de aprove-

chamiento privado de una corriente de agua pública, que incluso era, según algunos, indisponible jurídicamente (no susceptible de venderse o enajenarse). Y algún autor ha extendido esa explicación incluso a las corrientes de aguas subterráneas alumbradas (Pérez Pérez, 1983 y 1991, aunque parece rectificar en 1998).

Sin embargo, los argumentos de dicha teoría son en realidad muy endebles (Moreu, 1985, 1990, y 1996; Sebastián Martín Retortillo, 1995 y 1997) y, por otra parte, dicha equivocada teoría no ha tenido ninguna influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que durante más de un siglo ha sostenido siempre sin ninguna vacilación que la propiedad privada de las aguas, corrientes o no, era una de las clases de propiedad privada. Y en particular, también son abundantes las sentencias del Tribunal Supremo que reconocen o presuponen la plena disponibilidad o transmisibilidad jurídica sobre las aguas privadas.

Ahora bien, las injustificadas dudas de la doctrina sobre si era o no posible una verdadera propiedad privada sobre el agua corriente en la anterior normativa han enturbiado un tanto la terminología de la Ley de Aguas de 1985 e incluso la de la importante sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico nº 6). En cuanto a la primera elude siempre el término «dominio» o «propiedad privada» y se refiere en dos ocasiones a «aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta ley» (cfr. la Disposición Transitoria cuarta de la Ley vigente). Sin embargo, pese a esta ambigüedad terminológica de la Ley de 1985, es evidente que las Disposiciones Transitorias de la Ley de 1985 mantienen la propiedad privada sobre ciertas aguas (sobre las de los pozos, en particular). La letra del apartado 2º de la Disposición Adicional 2ª de la Ley 46/1999 ha venido a dar un nuevo indicio de esta indiscutible interpretación. Y este planteamiento de pervivencia de la propiedad privada sobre ciertas aguas ha quedado todavía más claro en las leyes canarias de aguas de 1987 y de 1990.

La sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional reconoce también la pervivencia de la propiedad privada de ciertas aguas, aunque con menos claridad y rotundidad de la que hubiera sido conve-

niente (cfr. párrafo 2º del Fundamento Jurídico nº 8 y párrafo 4º de los Fundamentos Jurídico 11º y 12º). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido también en alguna ocasión la propiedad privada de ciertas aguas, como en la sentencia de la Sala 1ª de 28 de abril de 1994, en la que se reconoce la propiedad privada de unos pozos y su posible venta mediante un contrato privado de compraventa. O véanse también en el mismo sentido, y también sobre aguas subterráneas, las sentencias de la Sala 3ª, Sección 6ª, del Tribunal Supremo de 30 de enero y 14 de mayo de 1996, la de 18 de marzo de 1999, y la de la Sala 3ª, Sección 3ª, de 4 de marzo de 1998.

Es cierto que las mismas Disposiciones Transitorias que mantienen la propiedad privada de las aguas la someten luego a unas limitaciones draconianas a juzgar por la letra de la ley de los correspondientes preceptos (apartados 3º y 4º de las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª). No obstante, creo que la nueva propiedad privada sobre el agua habrá de representar libertad del titular en cuanto al uso o destino a dar a las aguas; imposibilidad de gravar con un canon las mencionadas aguas; susceptibilidad de éstas para ser enajenadas o usucapidas; y que deban quedar sustancialmente sustraídas a la planificación hidrológica. Aparte de ello, la propiedad privada del agua o los derechos derivados de la misma tendrán la plena protección del Registro de la Propiedad cuando hayan tenido acceso al mismo, y también serán, en principio, susceptibles de posesión en concepto de dueño. Por exigencias del sistema, junto con el conocimiento de los antecedentes históricos, no cabe interpretar con normalidad o amplitud dichos preceptos limitativos de la propiedad privada, como hacen equivocadamente algunos autores (Del Saz, 1990; y sobre todo Pérez Pérez, 1991 y 1998, y Más Badía, 1993).

B) El apartado tercero de la disposición transitoria tercera

Según el apartado 3º de las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª: «En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los

caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, según lo establecido en la presente ley».

Se ha dicho expresivamente de esta norma que «congela» los derechos sobre aguas privadas que perviven bajo la Ley de 1985 (Ariño Ortiz, 1985). La norma se redactó para un anteproyecto de ley del otoño de 1983 en el que estaba prevista la total publicación de todas las aguas y la extinción de las aguas privadas, y en aquel anteproyecto tenía sentido. En el sistema de las actuales Disposiciones Transitorias, en cambio, la norma es profundamente ilógica, pese a haber recibido la bendición de la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico nº 12). Por eso, se ha interpretado en la doctrina restrictivamente, afirmándose que no debería impedir las reformas del aprovechamiento que traten de mantener el equilibrio económico del mismo o el caudal utilizado (De la Cuétara, 1989); o que no debería impedir las reformas que, como la profundización de pozos, se dirijan a mantener el caudal anteriormente aprovechado (Del Saz, 1990); o que no debería impedir las reformas del aprovechamiento que no perjudiquen a otros usuarios o que no perjudiquen cuantitativa o cualitativamente el acuífero (Moreu, 1990 y 1996; Martín Retortillo, 1997; y Morell Ocaña, 2001). La Disposición Transitoria tercera, apartado 2, letra b, de la Ley de Aguas Canaria de 1990 coincide con ésta última directriz interpretativa propuesta para la ley estatal de aguas de 1985. Las opiniones de Pérez Pérez (1991 y 1998) apartándose de estas orientaciones doctrinales señaladas y pretendiendo tomarse en serio, hasta sus últimas consecuencias, la «congelación» de la propiedad privada del agua, me parecen completamente irrazonables. Inspirándose en esta idea de la «congelación», en algunas Confederaciones Hidrográficas se ha pretendido, por ejemplo, muy irrazonablemente, impedir el riego a dueños de aguas privadas recientemente compradas y que intentaban poner en regadío, trayendo dichas aguas desde su origen, fincas de su propiedad.

Uno de los problemas más importantes en la práctica para los pozos de propiedad privada es el de si se pueden profundizar o

no para mantener el mismo caudal que tenían antes (ya se ha dicho que Del Saz opta en términos genéricos por la afirmativa), dado que suele ser un fenómeno frecuente el constante descenso de los niveles freáticos, incluso en acuíferos no declarados sobreexplotados o incluso que no estén especialmente sobreexplotados en realidad. La solución negativa me parecería claramente preferible para pozos situados en acuíferos declarados sobreexplotados. Para los demás, la cuestión es discutible, porque ni siquiera está clara, en términos genéricos, para un concesionario de aguas públicas de un pozo, para el que la profundización del pozo más bien parece que debería reconducirse al régimen jurídico de la modificación de las concesiones del artículo 62 de la Ley de Aguas. Y para el pozo de propiedad privada si, por una parte, puede decirse que la profundización puede no suponer «incremento de los caudales totales autorizados», más difícilmente puede afirmarse también que no suponga al menos «modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento» del pozo. Lo que sí parece que puede afirmarse es que la susceptibilidad de libre profundización o no del pozo podrá en ocasiones deducirse del concreto título de propiedad privada o de concesión administrativa, si la cuestión se ha previsto en el mismo expresa, o incluso implícitamente. Existen, por ejemplo, títulos civiles (escrituras públicas de compraventa del pozo de propiedad privada) en los que las partes o los condueños de un pozo se comprometen a distribuirse, proporcionalmente a la cuantía de sus participaciones respectivas en el caudal, caso de que éste disminuya o aumente, la propia disminución o aumento de dicho caudal, lo que, unido a una descripción minuciosa del pozo en el propio título, aludiendo, entre otros extremos, a la profundidad del mismo, parece excluir implícitamente la libre profundización del pozo. Pero podría quizá el título civil haber previsto expresamente la libertad de profundización del pozo cuando se hiciera necesaria para mantener una determinada cuantía de caudal. Y algo parecido podría decirse de las concesiones administrativas. Por lo demás, en la práctica, en los pozos de propiedad privada lo que con frecuencia se hace es realizar las profundizaciones del pozo con el

pretexto de que se hace una limpieza del mismo, y sin que la Administración tenga apenas posibilidades de llegar a conocer el hecho.

La regla del apartado 3º de las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª resulta muy peligrosa para la seguridad jurídica. Las decisiones de los tribunales sobre ella podrán ser previsiblemente muy diferentes, y se trata de una cuestión vital que el legislador debió dejar resuelta con claridad.

C) El apartado cuarto de la disposición transitoria tercera

Otra regla limitativa de la propiedad privada, y también muy importante, es la recogida en el apartado 4º de las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª: «En todo caso, a los aprovechamientos de aguas privadas a que se refiere esta Disposición Transitoria, les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad, y en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico.» Entre las normas que expresamente declara el precepto aplicables a las aguas privadas está el artículo 56 de la Ley de Aguas, que para casos de sequía grave permite al Gobierno ordenar por Decreto restricciones del aprovechamiento del agua. Estos Decretos, por tanto, imponen restricciones tanto al aprovechamiento de los titulares de concesiones administrativas como a los propietarios privados de aguas, sin que tenga sentido pretender obligar a la Administración a indemnizar a estos últimos por dichas restricciones, como sin razón han ordenado hacer las sentencias de la Sala 3ª, Sección 6ª, del Tribunal Supremo de 30 de enero y de 14 de mayo de 1996. Se trata de una desafortunada doctrina jurisprudencial, que ha rectificado, como veremos posteriormente, la Disposición Adicional 2ª de la ley 46/1999.

Como se ve por su propia redacción, el precepto del apartado 4º de la Disposición Transitoria 3ª, lógicamente, no ordena la necesaria y plena aplicación a las aguas privadas de todas las

reglas relativas al dominio público hidráulico, sino genéricamente la posible aplicación de algunas de ellas a las aguas privadas. Por exigencias sistemáticas, y aun a la vista del artículo 53-1º de la Constitución y 5-1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, el precepto, peligroso para la seguridad jurídica, deberá interpretarse con prudencia y restrictivamente. Por ejemplo, no todas las reglas sobre planificación hidrológica, sino más bien una minoría de ellas, serán a estos efectos «relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico». Ni parece que pudiera imponerse el pago de un canon por ley en el supuesto de mero uso de aguas privadas, invocando esta norma considerada. Ni parece que, con base en la misma, pudiera la Administración imponer una sustitución de caudales como la prevista en el artículo 59.3 de la Ley de Aguas al propietario de unas aguas privadas. Ni parece que pudiera ser aplicable a las aguas privadas la caducidad por falta de uso durante 3 años regulada en el artículo 64.2º de la Ley de Aguas. En general, parece que no son relativas a las «limitaciones sobre el uso» las normas relativas a la constitución o extinción de los derechos sobre aguas públicas. En cambio, y aunque se haya discutido, creo que la Administración podría imponer en ciertos casos a los propietarios de aguas privadas la formación obligatoria de comunidades de usuarios (cfr. arts. 79 y 80, además del art. 54, de la Ley de Aguas), interpretación claramente reforzada por las nuevas versiones de estos preceptos introducidas por la Ley 46/1999.

D) La «protección administrativa» de las aguas subterráneas

Otro punto en que el legislador ha dejado poderes excesivos a la Administración y a los tribunales es el de la «protección administrativa» que se promete a los titulares de derechos sobre aguas privadas que se hubieran inscrito en el Registro de Aguas en el plazo de los tres primeros años de vigencia de la nueva ley (cfr.

art. 72.3 y apartado 2º de las Disposiciones Transitorias segunda y tercera).

Esta expresión de «protección administrativa» ha sido inventada e introducida con dudoso acierto por los autores de la Ley de Aguas de 1985 y carecía hasta ahora de sentido técnico preciso. Entendiendo por «protección administrativa», como parece hacer el artículo 72.3 de la Ley, los actos administrativos ejecutorios dictados en conflictos entre particulares en favor de los titulares de derechos sobre aguas privadas inscritos en el Registro de Aguas (Del Saz, 1990; Pérez Pérez, 1991; Más Badía, 1993; Moreu 1996); el precepto merecerá también una aplicación prudente y restrictiva, aparte de que, por su vaguedad, ha de producir innumerables dudas. Quizá, la jurisprudencia más sensata al respecto pueda orientarse un tanto, a falta de todo otro apoyo normativo, en la doctrina y la jurisprudencia elaboradas en torno al artículo 41 de la Ley hipotecaria, que presenta considerable semejanza con el mencionado artículo 72.3 de la Ley de Aguas. Pero este precepto legal es una pieza muy difícil de encajar en el sistema de protección de derechos subjetivos de nuestro Ordenamiento jurídico y plantea muchas dudas sustantivas y procesales (Moreu, 1996).

Por otra parte, algunos autores, invocando el artículo 68 de la Ley de Aguas, han defendido que la «protección administrativa» consiste también en que la Administración podrá desconocer los derechos no inscritos en el Registro de Aguas cuando otorgue nuevas concesiones administrativas sobre aguas (Del Saz, 1990; Más Badía, 1993). Sin embargo, considero dicha tesis insostenible e incompatible con las reglas del procedimiento administrativo y con el sistema de protección de los derechos subjetivos de nuestro Ordenamiento jurídico (Moreu, 1990 y 1996). Una sentencia de nuestro Tribunal Supremo en la que se comprueba lo peligrosa que resulta esta noción e interpretación de «protección administrativa» es la del la Sala 3ª, Sección 6ª, de 18 de noviembre de 1998, en la que se acepta absurdamente que por falta de inscripción de la propiedad privada de un manantial en el Registro de Aguas, y por falta de la consiguiente «protección ad-

ministrativa», la Administración pueda impunemente dañar la propiedad privada de esas aguas y sustraerlas mediante la realización de unas obras de derivación.

LA SOBREEXPLOTACIÓN DE ACUÍFEROS Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

La sobreexplotación de acuíferos está regulada en los artículos 26, letra f, 54-1º y apartado 4º de las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª de la Ley de Aguas de 1985 y artículo 171 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986. Esta normativa, según el Fundamento de Derecho nº 23, letra f, de la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional, sería sólo supletoria de la que pudieran llegar a dictar las Comunidades Autónomas con competencias legislativas en materia de aguas. De momento, parece que la misma sigue rigiendo en toda España, salvo en Canarias. La Ley de Aguas Canaria de 1990 contiene en efecto una regulación de la sobreexplotación de zonas o acuíferos bastante detallada, pero no muy diferente de la normativa estatal que recuerdo a continuación (cfr. en esa Ley canaria los artículos 45 a 49, 84 y apartado 5º de la Disposición Transitoria 3ª). En Canarias, la sobreexplotación de acuíferos es fenómeno muy frecuente y acaso general de todo el Archipiélago. La Ley 46/1999 ha retocado levemente la regulación estatal de la sobreexplotación de acuíferos en los términos a que aludo posteriormente.

El artículo 171-2º del Reglamento define la sobreexplotación por referencia a un peligro inmediato o a largo plazo para la subsistencia de los aprovechamientos existentes en el acuífero, como consecuencia de venirse realizando extracciones anuales superiores o muy próximas al volumen medio de los recursos anuales renovables, o que produzcan un deterioro grave de la calidad del agua. Esta noción de sobreexplotación del acuífero hubiera permitido una amplísima intervención administrativa en teoría, dado lo extendido que está el fenómeno de la sobreexplotación en nuestro país, puesto que posibilitaría la intervención incluso en acuíferos muy deteriorados cuantitativa o cualitativamente

por razones históricas, aunque actualmente se estuvieran realizando extracciones inferiores a la capacidad natural de recarga del acuífero. Sin embargo, la declaración de sobreexplotación de acuíferos se ha usado poco hasta ahora, por diversas razones, como la propia debilidad de la Administración hidráulica y acaso la inadecuación del órgano administrativo con competencias en esta materia (la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca, órgano acaso demasiado *político* y por ende más preocupado seguramente por los intereses económicos actuales que por los llamados derechos de las generaciones futuras). Obsérvese que, según el artículo 54-1º de la Ley, esta competencia administrativa «podrá» usarse, luego también podrá no usarse: no hay específica obligación para la Administración, que quizá hubiera sido razonable imponer legalmente. En todo caso, cuando la Administración decida iniciar de oficio el expediente de sobreexplotación podrá desde luego hacerlo incluso contra la voluntad mayoritaria o incluso contra la voluntad unánime de los usuarios. Y en otro sentido, obsérvese que la declaración de sobreexplotación puede recaer tanto sobre el conjunto del acuífero (cfr. la letra del art. 171-2º del Reglamento y del art. 26, letra f, de la Ley) como sólo sobre parte del mismo (cfr. la referencia a «zona» del apartado 1º del art. 54 de la ley y el conjunto del espíritu de ese artículo).

Según el artículo 171 del Reglamento la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca podrá dictar una declaración provisional de sobreexplotación del acuífero, que supondrá la paralización de los expedientes administrativos en curso sobre las aguas del acuífero, y la constitución forzosa de la comunidad de usuarios del acuífero, además de la aprobación por el mismo órgano de un Plan de Ordenación de las aguas del acuífero elaborado por el Organismo de cuenca, cuyo cumplimiento habrá de ser vigilado por una Junta de Explotación, todo lo cual dará paso a la declaración definitiva de sobreexplotación del acuífero, lo que a su vez significará la revisión del correspondiente Plan Hidrológico. El Plan de Ordenación tiene la ejecutividad propia de los actos administrativos y podrá imponer la colocación de aparatos de me-

dida de todos los consumos del acuífero (medida ahora generalizada por la Ley 46/1999 en el artículo 53-4º, como vimos).

La norma deja bastante libertad sobre la configuración del mencionado Plan de Ordenación del acuífero sobreexplotado, pero en definitiva el mencionado Plan no podrá apuntar sino a una ordenada reducción de todos los consumos de agua y a impedir o reducir en su caso las actividades contaminantes de las aguas del acuífero. La reducción de los consumos habrá de ser, en principio, proporcional a las cuantías de los derechos, al menos dentro de cada tipo de usos de los contemplados en el artículo 58-3º de la Ley de Aguas. Quizá hubiera sido bueno que la Ley precisase más concretamente los criterios de esta ineludible reducción de los consumos, que se presenta como cuestión crucial de esta regulación y evidentemente problemática. Recuérdesse la llamada a la «racionalidad» que formula el artículo 54-1º de la Ley y que conecta con el mismo concepto recogido en el artículo 45-2º de nuestra Constitución. Hay en esta regulación una acentuación del aspecto comunitario en la gestión del acuífero y una idea de autogestión por los usuarios de sus recursos amenazados aunque controlada por la Administración.

Esta regulación alcanza desde luego a los propietarios de aguas de pozos, como a los propietarios de aguas de manantiales naturales y de lagos y lagunas (cfr. apartado 4º de las Disposiciones Transitorias 2ª y 3ª y apartado 1º de la Disposición Transitoria 4ª). Todos ellos son «usuarios» del acuífero (art. 171-3º del Reglamento) y todos realizan «extracciones» del mismo (art. 54-1º de la ley). Todos ellos pueden, en particular, promover, en igualdad de condiciones que los concesionarios de aguas públicas, el expediente de declaración de la sobreexplotación del acuífero (art. 171-3º del Reglamento, que exige por cierto, creo que con exceso y poco razonablemente, nada menos que la voluntad de usuarios que representen más de la mitad de las extracciones de agua anuales del acuífero).

En cuanto a la sobreexplotación de acuíferos, la Ley 46/1999 introduce en la nueva versión del artículo 54-1º de la Ley una nueva regulación parecida a la que ya establecía el artículo 171 del

Reglamento de 1986, aunque ahora elevada a rango de ley, y se añaden dos nuevos párrafos al artículo 79 de la Ley recordando y reforzando la obligación de los usuarios de constituir una comunidad de usuarios, con competencia expresa del Organismo de cuenca para constituirla de oficio si los usuarios no la constituyen en cierto plazo. En el apartado 3º del artículo 79 introducido por la nueva Ley se prevén unos posibles convenios entre el Organismo de cuenca y las comunidades de usuarios para el mejor control del régimen de explotación del acuífero. La única novedad importante (y novedad relativa: cfr. art. 91 de la Ley) en esta regulación es la de que el Plan de Ordenación del acuífero sobreexplotado se dice que podrá establecer la sustitución de las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias, transformándose los títulos y derechos individuales en uno colectivo. Y esta transformación se prevé incluso como posible fuera de los casos de sobreexplotación de acuíferos (cfr. art. 79-3º de la Ley). Es una idea interesante pero que ha de provocar innumerables dudas jurídicas (ni siquiera se dice si esa transformación es irreversible y cómo podría revertirse en su caso). Quizá el origen de esta idea se encuentre en Aguilera Klink, economista y profesor universitario buen conocedor de la explotación de las aguas en Canarias, que había sostenido en algunas ocasiones que la cantidad de agua obtenida en esas islas por el actual sistema de competencia feroz y anárquica entre multitud de pozos individuales podría haberse obtenido de forma mucho más barata y económica mediante la perforación de pocos y grandes pozos colectivos. La idea ha sido recogida alguna vez por Pérez Pérez (en 1991, por ejemplo), autor próximo todos estos años a la labor legislativa.

La Disposición Adicional 2ª, apartado 2º, de la Ley 46/1999 dispone que a las aguas privadas de los pozos les serán aplicables, sin derecho a indemnización, las restricciones derivadas de los Planes de Ordenación del acuífero sobreexplotado y las derivadas del artículo 56 de la Ley de Aguas. Es una razonable aunque acaso precipitada previsión, que se hubiera debido derivar ya de la regulación anteriormente vigente, pero que se ha

querido recoger en una nueva norma expresa, dada la criticable doctrina en sentido contrario de las ya mencionadas sentencias de la Sala 3ª, Sección 6ª, del Tribunal Supremo de fechas 30 de enero y 14 de mayo de 1996. Antes que la Ley, había rectificado ya esa doctrina la sentencia de las mismas Sección y Sala del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1999. El problema que esta nueva norma de la Ley 46/1999 puede plantear ahora es el de que alguien pretenda sostener, mediante una poco deseable interpretación *a contrario* del precepto, que lo que el mismo establece no vale para todas las restantes aguas privadas distintas de las de pozos.

Ya me he referido críticamente también a los seguramente innecesarios artículos 27 y 29 de la nueva Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001, que mencionan unos nuevos planes sobre las sequías y sobre las aguas subterráneas, que probablemente van a interferir y a desdibujar, si es que llegan a hacerse, la posible aplicación de la regulación de los acuíferos sobreexplotados aquí resumida.

PROPUESTAS DE MEJORA PARA LA GESTIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Mis opiniones sobre lo que se debería hacer para mejorar el marco jurídico de las aguas y su gestión están explicadas con cierto detalle al final de mi libro de 1996 y en mi trabajo publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública, número 11, de 1997, ambos trabajos citados con mayor detalle en la bibliografía que va al final. Remitiéndome a lo que allí se explica mejor, doy aquí alguna breve noticia sobre estas opiniones y propuestas de reforma. Véase también lo explicado anteriormente sobre la Disposición Transitoria 2ª de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001.

Ante todo, y como queda dicho en lo precedente, soy partidario de una reforma a fondo de las vigentes Leyes de Aguas de 1985 y 1999, leyes que considero muy deficientes técnicamente. En mi li-

bro de 1996 había propuesto una solución que podría resumirse quizá afirmando que reclamaba a la vez una publicación de todas las aguas privadas (y aquí entran, como se sabe, la mayoría de las subterráneas) a través de un periodo transitorio largo (podría valer el límite de los 50 años, o acaso otro menor) y una cierta privatización del régimen jurídico de la concesión administrativa o de ciertas clases de concesión administrativa. O sea, que todas las aguas sean públicas y los derechos sobre ellas sean, a la larga, concesiones administrativas, pero que se flexibilice el régimen jurídico de algunos tipos de concesión administrativa, de modo que el agua se diera ya no necesariamente vinculada a un fin o destino económico fijo y rígido, sino que cupieran legalmente concesiones de agua para varios usos alternativamente, o incluso para cualquier uso. Y es curioso notar que el artículo 59-2º de la vigente Ley de Aguas daría, literalmente, cierta base para una exploración en dicho sentido absolutamente excluida hasta ahora en la práctica administrativa, por el enorme y aplastante peso doctrinal de una noción de concesión administrativa rigurosamente finalista. Todo lo propuesto, entiéndase en el contexto de una Administración hidráulica potenciada y robustecida. Estos posibles nuevos tipos de concesión administrativa sí que posibilitarían de modo natural y vigorizarían presumiblemente en la práctica, incluso al margen de situaciones de sequía o emergencia, el llamado mercado de las aguas, las compraventas de derechos sobre aguas. Estas compraventas de concesiones administrativas sobre aguas creo que deberían admitirse legalmente sin la rigurosa restricción que impuso la Ley de 1985 para las de riego (art. 59,2º y 4º de la Ley de Aguas), y sin las rigurosas restricciones que ha impuesto recientemente el art. 61 *bis* de la Ley 46/1999, siendo discutible dentro de este planteamiento hipotético, para las de riego o para cualesquiera otras, si se debería someter o no su enajenación a autorización administrativa previa. En mi libro de 1996 dejo abierta esta duda, aunque sugiero alguna fórmula de control más leve por la Administración de estas enajenaciones de concesiones administrativas sobre aguas, o que se requiera la autorización para algunos tipos de concesión y no para otros.

Propongo también en mi libro de 1996 restablecer en nuestro Derecho la usucapión de aguas públicas (suprimida por la Ley de Aguas vigente: art. 50-2º), cuya operatividad me parece coherente con el funcionamiento económico de nuestra sociedad liberal, y aun con las modestas fuerzas de la Administración hidráulica para enterarse de lo que pasa dentro de las fincas privadas. Propuse también robustecer jurídicamente los instrumentos de la Administración, como el Registro de Aguas, y robustecer, en general, a la misma Administración hidráulica, dotándola de más personal y con la preparación necesaria para las futuras necesarias labores de gestión del agua y de defensa de su calidad: no sólo ingenieros, sino también hidrogeólogos, economistas, biólogos, químicos, juristas, acaso hasta médicos. Había insistido también en mi libro en la importancia de las redes de información de datos de la Administración, tema ahora abordado por el artículo 53-4º, introducido por la Ley 46/1999, como vimos. Lo que llaman algunos ecologistas la «revolución del contador».

Ya se ve que se trata de una reforma muy ambiciosa y considerablemente difícil de realizar, no sólo por su previsible costo económico y por la enorme complejidad que tiene actualmente el sistema jurídico de las aguas establecido en la Ley de 1985 (sistema que hay que conocer muy bien para reformarlo tan a fondo como aquí se propone), sino porque la reforma propuesta, según cómo se formulara, podría rozar o vulnerar tanto la protección constitucional a la propiedad privada (aunque creo que este riesgo no es tan grande como otros dicen), como la exigencia constitucional de indisponibilidad del dominio público (cfr. arts. 33-3º y 132 de la Constitución, respectivamente).

Con un planteamiento más modesto o menos general puedo señalar también algunas normas o grupos de normas de las actualmente vigentes, cuya supresión o modificación sustancial podría mejorar sensiblemente las cosas. En primer lugar, sería necesaria una amplia reforma o complemento de los reglamentos de 1986 y 1988 de la Ley de Aguas, puesto que ambos están ingenuamente redactados suponiendo equivocadamente que ya no subsisten aguas privadas, lo que es evidentemente falso (muy especialmen-

te falso para las aguas subterráneas), y, por tanto, su aplicabilidad a las aguas privadas (posible en cierta medida a través del apartado 4º de la Disposición Transitoria tercera de la Ley de Aguas) resulta hoy gravemente insuficiente y sumamente problemática.

En segundo lugar, haría falta una reforma a fondo de la pésima regulación del Registro de Aguas, a cuyos asientos o inscripciones no se reconocen efectos jurídicos determinados, y prever de alguna manera las relaciones de dicho Registro con el Registro de la Propiedad. Esta cuestión es vital para la seguridad jurídica y creo que para la propia verosimilitud de la planificación hidrológica. Ya hemos visto cómo la Ley del PHN de 2001 (art.33) ha empeorado o complicado probablemente, todavía, el panorama existente hasta ahora en cuanto a esto.

En tercer lugar, habría que suprimir o regular con detalle y precisión la llamada «protección administrativa» del artículo 72-3º de la Ley de Aguas, discutible invento del legislador de 1985 que, tal y como hoy está regulada, crea una enorme inseguridad jurídica.

En cuarto lugar, habría que regular en normas claras y con rango de ley los poderes de los funcionarios de la Administración hidráulica para penetrar en fincas privadas, incluso cercadas, para ejercer su control ordinario de policía de aguas, tanto públicas como privadas. El actual artículo 333 del Reglamento de 1986 resulta totalmente insuficiente, por su carácter reglamentario, por no contemplar la mera investigación de aguas subterráneas, y por no contemplar las aguas privadas (o sea, entre otras, la mayoría de las subterráneas actualmente existentes). Recuérdese que casi todos los pozos de una cierta importancia están, en cuanto se refiere a la boca del pozo y a la maquinaria de la bomba de extracción, dentro de pequeñas construcciones o casetas, lógicamente cerradas bajo llave.

En quinto lugar, habría que suprimir el actual artículo 52-2º de la Ley de Aguas, que, como he explicado anteriormente, es una invitación permanente a la indisciplina y al incumplimiento de la ley (del artículo 66 de la Ley de Aguas, en particular) en este país tan dado a la picaresca.

En sexto lugar, habría que suprimir el trato legal diferenciado a las llamadas «aguas subterráneas no renovables», trato le-

gal diferenciado (art. 2 de la Ley) totalmente injustificado y que ha sido criticado de forma prácticamente unánime en la doctrina jurídica.

En séptimo lugar, habría que intentar borrar, con la fuerza retroactiva de la ley, las perniciosas consecuencias que ha producido en la práctica la desafortunada opción que reconocieron a los titulares de derechos sobre aguas privadas las Disposiciones Transitorias 2^a a 4^a de la Ley de Aguas de 1985, consecuencias que dibujan para los años 2036-2038 un mapa de distribución de las aguas privadas y públicas carente de toda racionalidad. Creo que sería mejor unificar los derechos inscritos en el Registro de Aguas y los inscritos en el Catálogo de Aguas Privadas y declarar todas esas aguas, hacia el futuro, o bien todas públicas o bien todas privadas. Se atenuaría así, además, el gigantesco atasco de expedientes administrativos que creó la mencionada opción legal de 1985 y que las Confederaciones Hidrográficas todavía no han terminado de solucionar (y habrá que ver luego, durante muchos años más, sus secuelas en los tribunales). Ya he explicado también cómo la brutal norma introducida por la Disposición Transitoria 2^a de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 ha empeorado todavía más el oscuro panorama existente.

En octavo lugar, creo que es necesario reformar sustancialmente los apartados 3^o y 4^o de las Disposiciones Transitorias segunda y tercera, importantes normas aplicables a todas las aguas privadas y que producen, según se explicó, una enorme inseguridad jurídica para todas las aguas privadas y para las subterráneas, en particular.

En noveno lugar, convendría establecer criterios legales sobre la distribución de los riesgos de las sequías, estableciendo el principio de igual reducción de las concesiones administrativas y de la propiedad privada de las aguas, y acaso preferencias de menor o nula reducción de ciertos derechos o de los derechos más antiguos sólo en ciertos casos tasados. Estableciendo, en suma, como criterio general, un principio de reducción en el ejercicio de todos los derechos sobre aguas, salvo los exceptuados. La reforma del artículo 63 de la Ley de Aguas que hizo el Real Decreto Ley

6/1995, de 14 de julio, y luego también la Ley 9/1996, de 15 de enero, llamada ley de la sequía, fue una muy desafortunada reforma, que engendra una aterradora inseguridad jurídica. Y los nuevos planes para las sequías del artículo 27 de la Ley del PHN de 2001 no parecen añadir gran cosa a nuestra legislación, en la que existía ya el artículo 56 de la Ley de Aguas y la planificación hidrológica.

En décimo lugar, y aunque esta cuestión resulte más difícil y vi-driosa, creo que habría que reflexionar, ante una reforma legal de envergadura del Derecho de aguas, sobre el problema del masivo desplazamiento de aguas públicas hacia pozos privados casi siempre clandestinos que se ha producido en nuestro país en las últimas décadas (el caso famoso del Acuífero 23, con desvío de aguas, entre otras, del alto Guadiana, es paradigmático) con probable vulneración de la legalidad entonces vigente (cfr. artículo 23 de la Ley de Aguas de 1879). En teoría, una nueva ley de aguas podría llegar a forzar una «restitución» al dominio público de todas o de parte de esas aguas ilegalmente alumbradas, declarando retroactivamente la ilegalidad de esos antiguos alumbramientos y obligando a la Administración (al menos donde fuera socialmente posible y el problema ecológico fuera más grave y acuciante) a cerrar esos pozos, acaso empezando por los más recientes o por los de quienes más tierra y agua tuvieran (que verosímilmente también mayor cantidad de agua habrían sustraído a las corrientes públicas) y siempre que se hiciera ello con respeto a los derechos adquiridos por los alumbradores por usucapión veinteñal (cfr. arts. 149 y 179 de la Ley de Aguas de 1879 y la Disposición Transitoria primera de la Ley de Aguas vigente). Una reforma de la normativa de las aguas podría, con la fuerza retroactiva de la ley, forzar el cierre de pozos en acuíferos gravemente sobreexplotados, sin reconocimiento de indemnización a esos titulares aparentes de derechos sobre las aguas alumbradas (sustraídas, en realidad), y como medida quirúrgica y dolorosa pero acaso necesaria para salvar el acuífero a largo plazo. Esta enérgica medida legal acaso sería la única que podría llegar a restablecer efectivamente en ciertas zonas el equilibrio ecológico, aunque sería desde luego una medida radical y política-

mente difícil de adoptar para cualquier Gobierno. Se trataría de intentar contrarrestar de un golpe, con la autoridad del Estado democrático y la fuerza y la retroactividad de la ley, los abusos ilegales sostenidos durante décadas por un capitalismo agrario salvaje e insaciable. Puede parecer políticamente muy radical, pero acaso no lo sea tanto, si se piensa que el artículo 4-1º, letra b, de la Directiva marco europea 2000/60, de 23 de octubre, impone el restablecimiento de un marco de equilibrio en los acuíferos sobreexplotados en el plazo máximo de 15 años, aunque ciertamente que con posibles prórrogas y excepciones, que habrán de debilitar bastante la imperatividad de dicha norma.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, G. (1985). «Informe jurídico al Proyecto de Ley de Aguas». *Instituto de Estudios Económicos*, Madrid, pgs. 82 a 166.
- ARIÑO ORTIZ, G. y SASTRE BECEIRO, M. (1999). «Leyes de aguas y política hidráulica en España». Editorial Comares, Granada, 345 pgs.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. (1989). «El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España». Ed. Tecnos. Madrid, 189 pgs.
- DEL SAZ CORDERO, S. (1990). «Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo derecho de aguas». Ed. Marcial Pons, Madrid, 387 pgs.
- GUAITA MARTORELL, A. (1986). «Derecho administrativo, aguas, montes, minas». Ed. Civitas, Madrid, pgs 109 y siguientes.
- LLAMAS MADURGA, M.R. y CUSTODIO GIMENA, E. (1985). «Informe científico-técnico al Proyecto de Ley de Aguas». *Instituto de Estudios Económicos*. Madrid, pgs 1 a 81
- MARTÍN RETORTILLO BAQUER, S. (1997). «Derecho de aguas». Ed. Civitas, Madrid, 734 pgs.
- MÁS BADIA, M. D. (1993). «El nuevo régimen jurídico de las aguas». Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 308 pgs.
- MORELL OCAÑA, L. (2001). «Las titularidades sobre aguas privadas». *Revista de Administración Pública*, nº 154, pgs. 7 a 45.
- MOREU BALLONGA, J.L. (1985). «El régimen jurídico de las aguas subterráneas y su proyectada reforma». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. pgs 166 a 262.
- (1990). «El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas». Publicaciones Universitarias de Zaragoza (PUZ), 267 pgs.
 - (1996). «Aguas públicas y aguas privadas». Editorial Bosch de Barcelona, 877 pgs.
 - (1997). «Sobre la conveniente reforma de la Ley de Aguas. Observaciones al Borrador del proyecto de ley de mayo de

1997». *Revista Aragonesa de Administración Pública*. nº 11, pgs. 165 a 189.

PÉREZ PÉREZ, E. (1991). «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, Artículos 407 a 427 del Código y Ley de Aguas». Ed. *EDERSA*. Madrid, 657 pgs.

– (1998). «La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario». Editorial Bosch de Barcelona, 214 pgs.

SANZ RUBIALES, I. (1997). «Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico». Ed. Marcial Pons, Madrid, 281 pgs.

VVAA, (2000). «Libro Blanco del Agua en España». Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 637 pgs.

¿CUÁL ES EL CONTENIDO DE LOS DERECHOS PRIVADOS SOBRE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS?

por Silvia del Saz

LA LEY DE AGUAS DE 1985: UN GIRO COPERNICANO EN EL TRATAMIENTO LEGAL DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Desde 1866 en que se aprueba la primera Ley de Aguas, la mayoría de las aguas superficiales forman parte del dominio público. La declaración de dominio público responde a la idea de que los particulares y el mercado, por sí solos, no pueden garantizar un reparto adecuado de un recurso limitado y es, por tanto, el Estado el que debe intervenir asignado, ordenando y compatibilizando los diferentes usos. El legislador sabía ya entonces que no había bastante agua para todos los usos pretendidos por los particulares y que, en consecuencia, era necesario establecer una jerarquía entre ellos favoreciendo aquellos que, como rezaba la Exposición de Motivos de la Ley, más contribuyeran a fomentar la riqueza de la Nación.

Estas mismas razones eran, incluso en el siglo XIX, también predicables de las aguas subterráneas. No obstante, quedaron excluidas de la declaración de dominio público porque se consideró una cuestión baladí, una cuestión menor. No hay que olvidar que entonces las técnicas de perforación y extracción eran muy rudimentarias, casi arcaicas y por ello ni se tenía conocimiento de la importancia de los recursos hídricos almacenados en el subsuelo, ni los particulares podían hacer un uso intensivo de ellos. A ello todavía había que añadir la creencia, basada en la ignorancia, de que las aguas subterráneas eran de peor calidad que las superficiales y poco recomendables para el consumo humano.

Finalmente, en el contexto político liberal decimonónico no hay que olvidar el peso del derecho de propiedad fundiaria que era con-

siderado un derecho casi absoluto —alejado por completo de lo que hoy se entiende por derecho de propiedad sometido en todo caso a su función social— por lo que la privación de algunas de las facultades dominicales suponía una verdadera «revolución política» que no siempre conseguía sacarse adelante. Téngase en cuenta que el Proyecto original de Ley de Aguas de Cirilo Franquet incluía también las aguas subterráneas en el demanio, y, sin embargo, esta medida, de gran calado político, fracasó estrepitosamente, entre otros motivos por la oposición de los propietarios.

En fin, todas estas razones hicieron que las Leyes de Aguas de 1866 y 1879 permitieran la existencia de un doble régimen jurídico, es decir, de un distinto tratamiento de las aguas según su condición superficial o subterránea. Y así, mientras que la utilización de las primeras estuvo intervenida por la Administración, las aguas subterráneas quedaron en manos de los particulares que, conforme a los principios liberales, podían alumbrarlas y apropiarse libremente de ellas. Según prescribía claramente la Ley de Aguas de 1979, las aguas subterráneas pertenecían a perpetuidad al alumbrador, como parte de su derecho de propiedad sobre el suelo, ya hubieran sido alumbradas mediante pozos ordinarios, pozos artesianos, socavones o galerías.

Las limitaciones de este derecho de propiedad eran, por otra parte, mínimas pues con ellas sólo se trataba de evitar el perjuicio de terceros, esto es, de impedir que la extracción de aguas subterráneas pudiera perjudicar los aprovechamientos de terceros (distancias mínimas entre pozos), o distraer aguas públicas (límite éste de muy escasa aplicación) o, finalmente, garantizar la seguridad de edificios, ferrocarriles y carreteras.

En este contexto legal, puede decirse que la declaración de dominio público de todas las aguas que contiene el artículo 1.2 de la Ley de Aguas de 1985 («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»), supone una verdadera revolución, no desde luego para las aguas superficiales que ya en buena medida

eran de dominio público y su aprovechamiento venía siendo ordenado por la Administración y sujeto en consecuencia a una serie importante de limitaciones, sino para las aguas subterráneas para las que se produce una verdadera inversión en su tratamiento jurídico. De ser aguas de propiedad privada y, por tanto, sujetas a la libre disposición del propietario con muy escasas limitaciones, pasan a ser aguas públicas y sometidas a las mismas reglas en cuanto a su gestión y aprovechamiento que las aguas superficiales.

LA DECLARACIÓN DE DOMINIO PÚBLICO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS, ¿ERA UNA OPCIÓN NECESARIA?

La inclusión en el dominio público de las aguas subterráneas viene en buena medida determinada, tal y como se justifica en la propia Exposición de Motivos de la Ley, por la afirmación de la unidad del ciclo hidrológico, premisa básica y punto de partida de la Ley de Aguas de 1985, de acuerdo con la cual todas las aguas forman parte de un mismo sistema de manera que cualquier actuación que se lleve a cabo sobre las aguas superficiales repercute sobre las subterráneas y viceversa.

Desde este enfoque, política y jurídicamente hablando, resulta una consecuencia necesaria unificar la titularidad de las aguas sean del tipo que sean pues, al menos tal y como se desprende de la propia ley, resultaría de muy difícil justificación mantener determinadas aguas bajo la titularidad privada y sujetas, por tanto, a las reglas del mercado mientras que otras, aunque, pertenecientes al mismo ciclo, se excluyen de dichas reglas y se sujetan a una rigurosa intervención y a severas limitaciones.

¡Pero no sólo eso! El legislador de 1985 apuesta tan decididamente por la unificación de régimen de las aguas superficiales y subterráneas que para garantizar su tratamiento uniforme en todo el territorio nacional las declara de dominio público no ya de las Comunidades Autónomas sino del Estado, incluso en el caso de las cuencas que no sobrepasan el territorio de una Comunidad Autónoma.

Esta atribución a la titularidad del Estado cuya constitucionalidad quedó salvada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 227/1988, sobre la Ley de Aguas no tuvo, sin embargo, demasiadas consecuencias prácticas pues, como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, una cosa es la titularidad y otra bien distinta el ejercicio de competencias. En otras palabras, la titularidad estatal del demanio hidráulico no atribuye al Estado más competencias que las que vengan asignadas por otros títulos competenciales constitucionales; a falta de éstos prácticamente de nada le vale al Estado, le da igual, ser o no, dueño de las aguas continentales.

No obstante, lo que a la fin y a la postre se presenta por el legislador como una opción necesaria e inevitable, fue largamente discutida durante la elaboración del Proyecto de Ley. Si algo quedó claro entonces es que existía un consenso generalizado entre la opinión pública y entre los estudiosos de las aguas subterráneas sobre la necesidad de instrumentar títulos de intervención pública sobre dichas aguas pues era un lugar común que el derecho de propiedad del alumbrador no podía ser, como había sido hasta entonces, un derecho ilimitado. Este extremo estaba, pues, fuera de todo debate.

Cuál debía ser el alcance o la intensidad de la intervención pública o la limitación de derechos, no era, sin embargo, una cuestión pacífica. En definitiva, el debate se planteaba en torno a dos posibles alternativas:

a) mantener la propiedad privada y asegurar la intervención y control administrativo de las aguas mediante la imposición de una serie de límites; opción ésta que se enfrentaba con el problema del contenido esencial del derecho de propiedad que nunca puede ser desconocido ni siquiera por el legislador. Ni que decir tiene que esta opción permitía sin lugar a dudas una intervención pública mucho más limitada.

b) declarar las aguas subterráneas de dominio público lo que suponía legitimar jurídicamente las limitaciones especialmente intensas que se pudieran imponer a los aprovechamientos.

Los partidos políticos se polarizaron en torno a esas dos posturas. De un lado los socialistas, autores del proyecto que finalmente salió adelante se pronunciaron inequívocamente en favor de la demanialización de las aguas subterráneas. De otro, el Grupo Popular, entonces en la oposición, se manifestó en contra. Tanto, que planteó un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Aguas, entre otros motivos porque consideró que la declaración de dominio público era una medida desproporcionada, arbitraria y excesiva, argumentando que para garantizar el respeto al interés público hubiera bastado con someter a una mayor intervención la explotación de las aguas privadas por lo que el legislador debía haber escogido la fórmula menos gravosa para los intereses particulares y menos restrictiva para la libertad individual.

También los autores se mostraban divididos y frente a quienes, quizá por tener arte y parte en la elaboración del proyecto, luego ley, apoyaban claramente la opción demanializadora, otros se mostraron decididamente partidarios de la otra opción, destacando las consecuencias económicas negativas que podrían producirse, y alegando la crisis generalizada que afectaba a la gestión indirecta de los servicios públicos mediante la fórmula de la concesión.

En el fondo, los temas de discusión podían reconducirse a dos cuestiones claves:

a) si los aprovechamientos de aguas subterráneas debían o no limitarse cuantitativamente y someterse a las previsiones de la planificación hidrológica.

b) si las aguas debían estar sujetas a las leyes del mercado, y, por tanto, el precio debía marcar la prioridad de usos, o si, por el contrario, las aguas subterráneas, como las superficiales habían de ser excluidas del mercado, del comercio *inter privatos*, y por tanto debía ser el Estado el que ordenase y estableciese cuáles habían de ser los usos preferentes.

Finalmente, la que salió adelante fue la opción demanializadora con la bendición del Tribunal Constitucional que, lejos de con-

siderar arbitraria la declaración de dominio público como postulaba el Grupo Popular, entendió que la Constitución no ofrecía una garantía absoluta del derecho de propiedad, y, por tanto, que no cabía pensar que amparaba la idea que la propiedad privada hubiera de extenderse a todo tipo de bienes. El legislador en este caso había elegido una de las alternativas permitidas en la Constitución y su decisión era, por lo tanto, perfectamente legítima desde el punto de vista constitucional.

EL PROBLEMA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS: SE DEJA A LA LIBRE ELECCIÓN DE LOS PROPIETARIOS LA INCORPORACIÓN O NO DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS ALUMBRADAS AL DOMINIO PÚBLICO

Como ocurre siempre que se plantea un cambio legislativo de gran calado, no cabe hacer *tábulas raras* de los derechos preexistentes y es necesario arbitrar medidas que compensen de forma adecuada la privación de derechos consecuencia de la modificación. A menudo, este principio jurídico que sirve para garantizar los derechos adquiridos, y que es una premisa indispensable en un Estado de Derecho, viene a limitar la discrecionalidad del legislador pues es muy posible que la importancia de la indemnización debida convierta en irrealizable el cambio previsto.

Esto es lo que explica, en la práctica, que el Tribunal Constitucional haya tenido que admitir en otros casos, a fin de no congelar a perpetuidad las regulaciones preexistentes, indemnizaciones limitadas a los afectados por un cambio legislativo que, desde luego, no cubren la totalidad del derecho expropiado, pero que de acuerdo con los parámetros constitucionales cumplen con el requisito de la «indemnización adecuada y suficiente».

Precisamente por el temor a que la modificación de la regulación de las aguas subterráneas pudiera no superar el test de constitucionalidad del artículo 33 de la Constitución, la decidida opción de la Ley de Aguas de 1985 por la declaración de dominio

público de las aguas subterráneas se compensó con el mantenimiento indefinido, aunque en términos harto confusos, de las propiedades privadas sobre aguas subterráneas. En otras palabras, la demanialización se vio adulterada por el respeto del legislador a las propiedades privadas hasta entonces existentes a las que se impuso una serie de límites si bien redactados de forma ambigua; concepción ésta que inspiró la redacción de las Disposiciones Transitorias segunda y tercera de la Ley. Es muy posible que si la Ley de Aguas hubiera sido posterior a la Ley de Costas de 1988, mucho más radical en este aspecto, el panorama de las aguas subterráneas habría cambiado radicalmente.

En efecto, la Disposición Transitoria tercera de la Ley en relación con las aguas subterráneas, establece un régimen opcional que permite a los titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías «en explotación» elegir entre mantener su propiedad en los mismos términos en que venían disfrutándola anteriormente o convertirla en lo que la Ley denomina «aprovechamiento temporal de aguas privadas».

Hay que destacar, en primer lugar, el carácter opcional o voluntario de la alternativa. La Ley no obliga a convertir el derecho pues ésta es una elección que corresponde al propietario. Precisamente por ello la Ley excluye cualquier indemnización («el carácter opcional de la alternativa que se regula en este apartado excluye cualquier obligación compensatoria de la Administración a favor de quien la ejercite como consecuencia de la transformación de su derecho»). En cuanto que la expropiación de derechos supone necesariamente la privación forzosa, si falta el requisito de la obligatoriedad falta la expropiación y no cabe, por tanto, siquiera analizar si la indemnización es o no adecuada. Si la Ley permite a los propietarios continuar con sus derechos y no lo hacen ¿cómo van éstos a alegar que se ha desconocido su derecho de propiedad?

Por otra parte, la libertad de elección sólo está garantizada en la medida en que no se fuerza siquiera indirectamente a convertir la propiedad en un título administrativo puesto que se permite a los propietarios mantener la titularidad de sus derechos en la misma forma, con el mismo grado de aprovechamiento mate-

rial o de utilidad con que han venido disfrutándolos. En caso contrario, se estaría forzando por privación del contenido de los derechos a convertirlos en un título administrativo.

Este es el argumento que manejó el Tribunal Constitucional para consagrar la constitucionalidad de la regulación legal sin tener que entrar a juzgar si la conversión de los títulos privados en administrativos compensaba de forma adecuada a los antiguos propietarios. Si la Ley hubiera dispuesto imperativamente la privación de la facultad de aprovechar aguas subterráneas en la forma y volumen material determinantes del contenido de los derechos preexistentes, razona el Tribunal, podría haberse discutido en que medida el despojo expropiatorio es indemnizable, pero como esto no ha ocurrido no cabe hablar en ningún caso de expropiación.

En segundo lugar, del carácter opcional de la alternativa depende algo tan fundamental como es la definición y el alcance del dominio público hidráulico y, junto con él, el éxito de la planificación y las posibilidades de intervención pública sobre los aprovechamientos.

En la práctica, lo que ha ocurrido es que con diferencias según las cuencas, la mayoría de las aguas subterráneas no se han incorporado al dominio público pues han permanecido, por opción de sus propietarios, en la propiedad privada, con lo que la Administración se ha visto forzada a interpretar con una excesiva generosidad, y excediéndose incluso, las facultades de intervención pública sobre los aprovechamientos privados.

El tercer lugar, la Ley establece un plazo tasado de tres años para el ejercicio de esta opción. Transcurridos estos tres años no pueden reconocerse aprovechamientos temporales de aguas privadas por lo que se condena a los propietarios a mantener a perpetuidad la propiedad privada pues en caso contrario, se les equipara a los demás propietarios fundiarios, es decir, sólo tendrían un derecho preferente a solicitar y obtener una concesión —este derecho preferente lo es para cualquier titular del predio en que se alumbren las aguas— sometida claro ésta al orden de prelación de usos y las previsiones del correspondiente Plan Hidrológico sobre reservas de caudales para determinados usos y a la preten-

didada discrecionalidad a la hora de otorgar el aprovechamiento sobre aguas públicas.

Esta limitación del plazo de la opción que se explica desde el momento en que el legislador pretendía fomentar que los propietarios convirtiesen su titularidad en un derecho administrativo, pero ha producido, sin embargo, resultados negativos al condenar a los propietarios que no declararon su aprovechamientos en el plazo previsto a mantener su propiedad privada a perpetuidad.

NO SÓLO HUBIERA SIDO CONSTITUCIONAL LA CONVERSIÓN DE LAS PROPIEDADES PRIVADAS EN APROVECHAMIENTOS TEMPORALES SINO QUE LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE TODAS LAS AGUAS SUBTERRANEAS, HUBIERA SIDO UNA MEJOR ALTERNATIVA

¿Era necesario consagrar el carácter opcional o hubiera bastado, desde el punto de vista constitucional, con obligar a la conversión de los derechos privados, o lo que es lo mismo, someterlos a un plazo?

La conversión de los derechos privados en derechos administrativos, es decir, la conversión forzosa de la propiedad privada en una concesión administrativa, es lo que ha hecho la Ley de Costas de 1988 para los titulares de enclaves privados en la zona marítimo terrestre. En este caso, los propietarios de un terreno en la zona que la Ley de Costas declara de dominio público se convierten en concesionarios de este mismo terreno del que antes eran titulares, durante treinta años prorrogables automáticamente por otros treinta.

En otras palabras, los antiguos propietarios dejan de serlo y se convierten, *ope legis*, en titulares de un derecho subjetivo a exigir la correspondiente concesión administrativa a la que debe necesariamente acceder la Administración salvo que de ella derivase un notorio perjuicio para el interés público en cuyo caso hay que indemnizar la lesión patrimonial producida como consecuencia de la denegación. A estos propietarios se les reconoce, pues, el

mismo aprovechamiento que venían realizando, sin posibilidad de aumentarlo.

Aun así, la solución prevista por la Ley de Costas resulta más radical que la conversión en aprovechamientos temporales de aguas privadas. Como su propio nombre indica, los aprovechamientos temporales lo son de aguas privadas aunque sometidos a un plazo de cincuenta años y ello implica la posibilidad de disponer de las aguas, como más tarde veremos, sin afectación a un uso determinado. Por otra parte, transcurrido este plazo, los titulares de aprovechamientos temporales tienen un derecho preferente a obtener la correspondiente concesión mientras que en la Ley de Costas, los antiguos propietarios pierden cualquier derecho puesto que caducada la concesión se producirá la demolición de lo edificado.

El tratamiento de la Ley de Costas de los derechos adquiridos ha sido, sin embargo, legitimada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 149/1991, sobre la Ley de Costas en que entendió que aunque existía una verdadera expropiación, la indemnización prevista por la ley equivalía a un justiprecio suficiente. En opinión del Tribunal, siempre ha de guardarse un proporcional equilibrio entre el valor económico del bien que se expropia —en este caso la propiedad privada del enclave en zona marítimo terrestres— y la cuantía de la indemnización. En el caso de la Ley de Costas, el equilibrio está a salvo, según el Tribunal, pues se mantiene el mismo derecho de uso y disfrute por parte de los antiguos propietarios. La clave es, en definitiva, mantener el uso y disfrute en los mismos términos en los que lo tenían reconocido antes de la ley. Nada importa que se someta a un plazo el uso y disfrute de estos derechos, que la concesión pierda valor según va transcurriendo el plazo, al fin y al cabo, señala el Tribunal Constitucional, aunque se hubiera mantenido la propiedad privada hubiera estado igualmente sujeta a las limitaciones impuestas por la ley a la utilización del demanio marítimo.

Pues bien, si el Tribunal declaró constitucional la conversión de la propiedad privada en una concesión sobre el demanio ma-

rítimo terrestre aun a pesar de que las condiciones resultan mucho más gravosas para su titular, ¿cómo no iba a considerar constitucional en el caso de las aguas subterráneas, la conversión obligada de la propiedad privada en un derecho de aprovechamiento temporal de aguas privadas?

Cierto es que, como en el caso antes referido, se hubiera tratado de una expropiación en toda regla, pero la Constitución no prohíbe las expropiaciones, sólo obliga compensarlas de forma adecuada y suficiente. Y la conversión forzosa en un aprovechamiento temporal de aguas privadas es una indemnización adecuada si se garantiza el mantenimiento durante un plazo prolongado de tiempo el mismo aprovechamiento del que venían disfrutando los anteriores propietarios y ésta es precisamente la filosofía de la ley: «la Administración respetará el régimen de explotación de los caudales realmente utilizados por un plazo de cincuenta años».

Entiendo, por tanto, que la conversión forzosa, al menos a la luz de la jurisprudencia del alto Tribunal no hubiera sido inconstitucional e incluso, en mi opinión, hubiera resultado más conveniente en cuanto que hubiera permitido integrar en un plazo más o menos breve las aguas al dominio público lo que en la actualidad no va a ocurrir habida cuenta del número especialmente importante de titulares de derechos privados que han optado por mantenerlos como hasta ahora (aproximadamente el ochenta por ciento de los aprovechamientos declarados).

La opción publicadora va, por otra parte, en la línea de lo que exige el Derecho Comunitario y la Directiva Marco del agua que insiste en someter el aprovechamiento de aguas a la previa intervención administrativa para intensificar los poderes públicos en esta materia que se llevan muy mal con la propiedad privada y para garantizar el éxito de la planificación.

La conversión de los aprovechamientos privados en aprovechamientos temporales permitiría unificar, en un plazo breve de tiempo, el régimen jurídico de todas las aguas subterráneas y habría evitado agravios comparativos —piénsese en un caso de sobreexplotación de acuíferos cuando existen propietarios privados

y concesionarios— y diferencias que dificultan la gestión racional de las aguas.

LA INSEGURIDAD JURÍDICA DE LOS TITULARES DE AGUAS PRIVADAS POR LA INDEFINICIÓN LEGAL DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Como se anticipó, el legislador, lejos de imponer forzosamente la conversión de títulos permitió a los titulares de aguas subterráneas que optaran por mantener a perpetuidad la titularidad privada en la misma forma que hasta ahora. La cuestión fundamental es, por tanto, qué debe entenderse por «la misma forma en que hasta ahora», puesto que de ello depende cuál sea el contenido de los actuales derechos sobre aguas privadas. ¿Significa, acaso, que el derecho de propiedad se mantendrá en los mismos términos y por tanto con las mismas, escasas por otra parte, limitaciones que establecía la Ley de Aguas de 1879?; ¿se refiere esta expresión, por el contrario, a la misma utilidad o aprovechamiento económico que reportaba a sus titulares antes de la nueva Ley? La Ley ofrece un inmejorable ejemplo de oscuridad en lo que se refiere a este aspecto.

De un lado, evita hablar directamente de propiedad privada sobre las aguas y prefiere utilizar expresiones tales como «derecho de aprovechamiento», o «titulares de algún derecho de aprovechamiento», aunque lo cierto es que como más tarde ha señalado la jurisprudencia, estos derechos de aprovechamiento son verdaderas propiedades sobre las aguas.

De otro, aunque en sus Disposiciones Transitorias la Ley de Aguas permite mantener los derechos preexistentes «en la misma forma en que hasta ahora» impone a continuación una serie de límites como son la «congelación de caudales» o de las «condiciones o régimen de aprovechamiento» y la sujeción a las demás limitaciones de uso del dominio público que a simple vista se contradicen con lo anterior. La duda está pues servida ¿a qué debe hacerse caso?

Ante el silencio legal no es extraño que la Administración hidrológica haya pretendido llenar este vacío interpretando y rellenando a su antojo las equívocas previsiones legales y reglamentarias. Ello conlleva una tremenda inseguridad para los titulares de aguas privadas que han tenido que ejercitar la opción sin conocer exactamente el contenido de las dos alternativas posibles y que después han quedado a merced de la Administración que es la que al fin y a la postre, salvo posterior revisión judicial, quien está supliendo indebidamente al legislador. Pero, además, se presta a tremendas desigualdades pues cada Confederación, a falta de criterios reglados, actúa con independencia de criterio con respecto a la Ley y a las demás Administraciones hidráulicas, obligando a que sean los tribunales los que caso por caso y no siempre de forma uniforme, tengan que decidir.

LA CONGELACIÓN DE LOS CAUDALES OBJETO DE APROVECHAMIENTO

¿Cuál es el caudal al que tienen derecho los propietarios de aguas privadas? Frente al derecho de propiedad sobre aguas subterráneas regulado en la Ley de Aguas de 1879, que suponía la posibilidad de apropiarse de las alumbradas según las necesidades de cada cual, apropiación que podía ir progresivamente en aumento y sin más límites que el respeto a los derechos de terceros y de los aprovechamientos ya existentes, la Ley de Aguas sólo respeta los aprovechamientos reales y efectivos de aguas existentes a su entrada en vigor pues el incremento de los caudales totales utilizados requerirá la oportuna concesión que ampare la totalidad de la expropiación.

En este sentido cabe desechar las teorías iniciales que pretendían reducir los caudales aprovechados al límite de los 7.000 metros cúbicos previstos para el aprovechamiento legal del art. 52.2 de la Ley (Sánchez Morón, 1985).

¿Cómo salvar la constitucionalidad de esta medida en cuanto que no conlleva indemnización alguna? Pues bien, el Tribunal

Constitucional recurre a la socorrida teoría de la limitación de derechos: no se trata de una verdadera expropiación de derechos que sí exigiría una indemnización sino de una simple actividad de limitación de facultades que puede realizar el legislador sin indemnización al definir el contenido del derecho de propiedad. Y esto lo razona a partir de un doble argumento:

a) los derechos privados sobre aguas subterráneas al amparo de la Ley de 1879 no eran derechos ilimitados lo cual, sencillamente, no es cierto: «el derecho a apropiarse de las aguas alumbradas es un derecho accesorio a derecho de propiedad privada donde surgen o se extraen en la superficie derechos que no eran de extracción o disposición ilimitada sino condicionados por su alcance por razones de interés general y en atención a los derechos preferentes de terceros» (STC 227/1988).

b) en todo caso, las aguas alumbradas no aprovechadas en cuanto que no se habían incorporado al patrimonio del titular sólo son expectativas de derechos que pueden perfectamente eliminarse en una nueva definición del derecho de propiedad.

En consecuencia, en cuanto que, en opinión del Tribunal Constitucional, la Ley «respeto íntegramente con el mismo grado de utilidad y aprovechamiento material con que hasta la fecha se habían venido disfrutando los derechos y facultades anejas a la propiedad fundiaria, es decir, en la medida en que forman parte del patrimonio del titular» no se lesiona el contenido esencial del derecho de propiedad.

Sensu contrario, sin embargo, lo que está afirmando el Tribunal Constitucional es que el contenido esencial del derecho de propiedad implica que el propietario de aguas privadas que haya optado por seguir siéndolo tiene derecho a mantener el mismo aprovechamiento que ya había incorporado a su patrimonio; en otras palabras, derecho a mantener y aprovechar los mismos caudales totales utilizados que es, en definitiva, en lo que necesariamente se traduce el «mismo grado de utilidad».

LA REALIZACIÓN DE OBRAS CON LAS QUE SE PRETENDE MANTENER EL APROVECHAMIENTO PREEXISTENTE

Es en función de este límite, de mantener la misma utilidad y el mismo grado de aprovechamiento, que fija expresamente el Tribunal, como hay que interpretar las disposiciones legales que pudieran plantear dudas. En otras palabras, la contradicción entre el hecho de que cualquier modificación en las condiciones o régimen de aprovechamiento requiera una concesión que ampare la totalidad del aprovechamiento, y el derecho a mantener una misma utilidad, debe necesariamente resolverse a favor del segundo.

Con este criterio es como ha que abordarse la cuestión de las obras necesarias para mantener el caudal objeto de aprovechamiento: ¿debe considerarse la realización de obras un cambio en las características del aprovechamiento que producen la caducidad del derecho privado?

La Ley de Aguas de 1985 no habla de obras y en consecuencia esta es una cuestión que no se abordó por el Tribunal Constitucional en su sentencia 227/1988, sobre la Ley de Aguas. Sí, sin embargo, se pronunció sobre ella en su sentencia 17/1990, de 7 de febrero, sobre la Ley de Aguas de Canarias, de forma contradictoria, pues si bien es verdad que consideró inicialmente que la realización de obras debía necesariamente incluirse en la expresión utilizada por la Ley de Aguas «modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento», su razonamiento posterior vino a contradecir esta afirmación.

En efecto, lo único que vino a dejar claro el Tribunal, recordando su anterior sentencia, es que la constitucionalidad de la Disposición Transitoria tercera de la Ley estatal en cuanto que dependía como requisito *sine qua non* del respeto a los aprovechamientos efectivamente realizados, lo que prohíbe son, exclusivamente, los incrementos sobre los caudales apropiados. De ahí, inequívocamente se deduce que la realización de las obras necesarias para mantener el aprovechamiento efectivo que se venía realizando en cuanto que permite mantener el derecho de

propiedad en los mismos términos no sería causa de pérdida del derecho con la consiguiente necesidad de tramitar una nueva concesión:

«La prohibición prevista en la DT3^a de la Ley de Aguas del incremento de los caudales o de la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento resulta también comprensiva de la realización de obras por cuanto las mismas inciden en las propias condiciones o régimen de aprovechamiento. La cuestión estriba, por ello, en la compatibilidad constitucional de la prohibición establecida si no media la correspondiente concesión que ampare la totalidad de la explotación. Cuestión que ya fue abordada en la STC 227/1988 señalándose al respecto que esta congelación del sustrato material de los derechos consolidados con anterioridad no implica en modo alguno una expropiación pues con ello sólo quedan eliminadas las simples expectativas de caudales superiores que eventualmente pudieran obtenerse de manera que desde el momento en que todas las aguas superficiales y subterráneas renovables se transforman en aguas de dominio público es lícito que, aunque partiendo del estricto respeto a los derechos ya existentes, los incrementos de los caudales apropiados sólo puedan obtenerse mediante concesión administrativa» (FJ 14 STC 17/990, sobre la Ley de Aguas de Canarias).

Esta interpretación, a la luz de la jurisprudencia constitucional es la única posible y vincula tanto a la Administración como, en su caso, a los jueces. Ciertamente es que lógicamente, dentro de las obras, hay que distinguir según se trate de un nuevo alumbramiento que, obviamente, requeriría una concesión o simplemente de modificar el pozo existente, por muy intensa que sea la modificación cuando con ella se pretende mantener el caudal. No obstante, ésta ya es una cuestión técnica, un concepto jurídico indeterminado de los que las normas están llenas.

Por ello, la Administración hidrológica, cuando se comunica la realización de unas determinadas obras, no puede sistemáticamente obligar al titular de un derecho privado a solicitar la correspondiente concesión. Eso constituiría una actuación ilegal y, por tanto, recurrible ante los tribunales.

EL MANTENIMIENTO DE LAS CONDICIONES Y DEL RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO

La opción por mantener la «titularidad en los mismos términos en que hasta ahora» se identifica por el legislador con el mantenimiento de *las condiciones y el régimen de aprovechamiento*, pues cuando éstos varían, se produce la caducidad del derecho y se obliga a su titular a solicitar la correspondiente concesión.

El problema es que ni el legislador en la Ley de Aguas, ni el Consejo de Ministros al aprobar el Reglamento del Dominio Público Hidráulico han establecido, ni de forma aproximada, qué debe entenderse por tales. Y tampoco cabe extraer conclusión alguna de las condiciones que el Reglamento exige se acrediten para la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas, pues se limita a decir que «harán constar sus características y destino de las aguas» (art. 195.2 RDPH).

De ahí no cabe, sin embargo, derivar una absoluta discrecionalidad de la Administración a la hora de interpretar estos conceptos; en otras palabras, no cabe concluir que las Confederaciones son libres para determinar o establecer cuáles son las condiciones y régimen de aprovechamiento y cuándo se han producido modificaciones que provocan la caducidad del derecho y mucho menos para vaciar de contenido, a partir de esta indeterminación, el derecho de propiedad que el legislador ha optado por mantener.

Hubiera sido deseable, desde luego, una mayor precisión normativa pero a falta de ella nos enfrentamos a conceptos jurídicos indeterminados cuya aplicación corresponde controlar caso por caso a los tribunales.

El Reglamento del Dominio Público Hidráulico, en relación con las concesiones, enuncia entre las características del aprovechamiento: el caudal, el uso y destino de las aguas, la profundidad máxima de la obra y profundidad máxima de la instalación de la bomba de elevación, el plazo de la concesión, y otra serie de condiciones que se estimen oportunas tales como las que afectan a la realización e inspección de las obras.

No obstante, no parece que esta previsión reglamentaria pueda trasladarse sin más, como de hecho están haciendo algunas Confederaciones, a los aprovechamientos de aguas privadas y considerar que los cambios en cualquiera de los conceptos mencionados requieren necesariamente la caducidad del derecho privado y la necesidad de obtener la correspondiente concesión. *A priori*, algunas de estas condiciones no son siquiera aplicables a los titulares de aguas privadas, como es el caso del plazo concesional o las condiciones que afectan a la realización e inspección de las obras, puesto que por tratarse de derechos privados y en cuanto que la Ley así lo prevé, estos lo son a perpetuidad. Pero, además, debe tenerse en cuenta que la que la garantía del derecho de propiedad consiste en mantener la misma utilidad o grado de aprovechamiento, y que, por tanto, las modificaciones de aquellas otras características como la profundidad máxima de la obra, el caudal máximo o el caudal máximo instantáneo, el tipo de riego al que se aplica el agua, las obras etc., sólo podrán considerarse alteraciones en el régimen de aprovechamiento cuando no vayan dirigidas a esta finalidad.

LA AFECTACIÓN A LOS USOS PREEXISTENTES. ¿ES POSIBLE EL MERCADO DE AGUAS PRIVADAS?

Muchos problemas se plantean también con relación al destino o uso de las aguas, que es, sin duda una de las características de los aprovechamientos de aguas privadas. La congelación de las condiciones anteriores del aprovechamiento, ¿afecta también a los posibles usos de las aguas de forma que no cabe modificar su destino so pena de perder el derecho de propiedad?

En principio, el destino de las aguas es una característica determinante del régimen de aprovechamiento que, a mayor abundamiento, el art. 195 Reglamento del Dominio Público Hidráulico, obliga a justificar ante la Administración a efectos de inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas. No obstante, el afirmar que el propietario no puede alterar a su voluntad el

uso existente, que no puede disponer de los frutos de su propiedad y afectarlos a una u otra finalidad, es tanto como afirmar que las aguas privadas quedan, como las públicas, excluidas del mercado.

Al contrario de lo que ocurre con las concesiones en las que la libertad de uso y disposición del concesionario aparece seriamente limitada por los fines para los que ha sido concedida ya que no puede ser aplicada a otros distintos, la libertad de disposición es una facultad definidora del derecho de propiedad cualquiera que sea el alcance que se pretenda dar a este derecho. En consecuencia, admitir que el titular del derecho privado que antes venía dedicando el agua al riego no puede afectarlo a otro uso es tanto como eliminar una facultad que puede considerarse esencial del derecho de propiedad lo que vulneraría su contenido esencial.

Por otra parte, admitir la vinculación de las aguas privadas a los usos previos disminuye drásticamente la facultad que tiene todo propietario de disponer de sus bienes a cambio de un precio y según las reglas del mercado. Con sus límites, pues es indiscutible que nadie puede disponer de más de lo que tiene, el propietario es libre de transmitir sus bienes de acuerdo con su voluntad y en principio y salvo que la ley así lo prevea (reserva de ley para la limitación del ejercicio de los derechos) sin que la Administración tenga que autorizar dicha transmisión o venta. Si negamos esta posibilidad estaríamos reduciendo la facultad de disposición del propietario a la que tiene un concesionario que puede también transmitir su concesión en los términos legalmente establecidos. ¡Esto no puede considerarse, desde luego, el resultado pretendido por la Ley cuando se refiere a mantener la titularidad en la misma forma en que hasta ahora pues se priva a los titulares de una facultad esencial, la de disposición, que forma parte del contenido esencial de su derecho!

No obstante, el legislador, con la Ley 14/1999, ha venido a complicar aún más esta cuestión. El nuevo art. 61 *bis* regula la cesión temporal de aguas que pueden realizar los concesionarios a favor de otros titulares de derechos de igual o mayor rango, cesión que

no tiene explicación desde la propia filosofía legal pues si el concesionario no necesita todo el caudal concedido, presunción *iuris et de iure* cuando la cede a un tercero, cabe la modificación de la concesión para acomodar el caudal concedido a las necesidades del usuario. De esta forma el concesionario se convierte en un intermediario privilegiado que no paga un canon a cambio del uso del agua y, sin embargo, puede transmitirla temporalmente a un tercero a cambio de un precio.

Pues bien, aunque en su Exposición de Motivos, la Ley confiesa que la regulación de esta nueva figura responde a la finalidad de flexibilizar el actual régimen concesional y permitir optimizar socialmente los usos de un recurso tan escaso, lo cierto es que luego, en su regulación concreta, el contrato de cesión de aguas no sólo es aplicable a las aguas que se disfrutaban como consecuencia de una concesión sino también a las que los que tienen algún derecho al uso privativo de las aguas, y ello incluye lógicamente a los titulares de aprovechamientos privados.

Hasta donde se me alcanza, los derechos sobre aguas sólo pueden adquirirse mediante concesión, aprovechamiento legal y derechos privados. Por ello cuando se refiere la Ley a otros titulares de derechos sobre aguas, se tiene necesariamente que estar refiriendo a los titulares de aguas privadas. ¿Implica esto acaso que la cesión de derechos sobre aguas, aun cuando son privadas, sólo pueden realizarse en las condiciones previstas legalmente y previa autorización administrativa?

Aun cuando la autorización administrativa previa tiene carácter reglado y ello implica que deberá otorgarse necesariamente cuando se compruebe por la Administración que la cesión cumple los requisitos legalmente establecidos, se permite denegar la autorización solicitada cuando afecte negativamente al régimen de explotación de recursos de la cuenca, a los derechos de terceros, o a los caudales medioambientales o al estado de conservación de los ecosistemas acuáticos. Estos límites, ¿operan también en relación con las cesiones que puedan realizar los titulares de aprovechamientos privados? De ser así y en cuanto que la Ley elimina la indemnización, se estaría

produciendo una limitación esencial en la capacidad de disposición de los propietarios.

Por otra parte, el obligar a los propietarios de aguas privadas a solicitar la correspondiente autorización que antes no necesitaban, con el consiguiente retraso y el riesgo de que sea denegada basándose en conceptos jurídicos indeterminados de muy difícil interpretación, lo que provocará la existencia de numerosas cesiones no autorizadas o ¿acaso es lógico pensar que quienes no tienen siquiera declarados sus aprovechamientos a la Administración van a solicitar una autorización administrativa?

Pero además de la autorización administrativa previa, lo cierto es que el que la cesión de aguas procedentes de aprovechamientos de aguas privadas se someta a las mismas normas que la cesión de aguas públicas significa limitar la capacidad de disposición de los propietarios con relación a los usos puesto que la cesión sólo puede realizarse a favor de otros concesionarios o titulares de derechos de igual o mayor rango.

Finalmente, resulta más que dudoso que al amparo de esta previsión legal se admita una intervención administrativa sobre los precios del agua, intervención que habilita la Ley de Aguas al establecer que la Administración pueda intervenir reglamentariamente en el precio fijando el importe máximo de dicha compensación.

LA OBLIGACIÓN DE INSCRIPCIÓN EN EL CATÁLOGO DE AGUAS PRIVADAS. EL CIERRE DEL CATÁLOGO DE AGUAS PREVISTO EN EL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL. LA PRIVACIÓN DE LA PROTECCIÓN DEL REGISTRO ADMINISTRATIVO

Para favorecer el conocimiento por la Administración de los aprovechamientos de aguas privadas, la Ley de Aguas de 1985 obliga a crear en cada Organismo de cuenca un Catálogo de Aguas Privadas en el que se inscriben las que siendo privadas al amparo de la anterior legislación se mantengan con esta naturaleza por elección de sus propietarios.

El Catálogo es, pues, un registro administrativo que ofrece a la Administración hidráulica una información indispensable para el control de los recursos y aprovechamientos, la planificación y la puesta en práctica de medidas de protección de los acuíferos como son la declaración de sobreexplotación y salinización.

La declaración de los aprovechamientos preexistentes a la Administración para su posterior inclusión en el Registro de Aguas o en el Catálogo es en todo caso una obligación legal de los propietarios. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los aprovechamientos temporales de aguas privadas para los que la acreditación ante la Administración y la inscripción en el Registro de Aguas, no sólo es obligatoria sino que, además, es constitutiva del ejercicio mismo de la opción —no hay más aprovechamientos temporales de aguas privadas que los que constan en el Registro—, los que no declarasen en el plazo de tres años su aprovechamiento seguían siendo propietarios pues la inscripción en el Catálogo no es requisito necesario para la existencia del derecho de propiedad.

En efecto, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria cuarta de la Ley de Aguas de 1985, los titulares de aprovechamientos privados tenían que declararlos al Organismo de cuenca para que éste, constatadas sus características y aforo, los incluyera en el Catálogo. Transcurrido el plazo de tres años para declarar dichos aprovechamientos, la ley autoriza a la Administración para imponer multas coercitivas a fin de forzar las inscripciones. De aquí deriva la posibilidad de proceder a nuevas inscripciones una vez transcurrido el plazo previsto —esa es precisamente la finalidad de la multa coercitiva— y la imposibilidad, en los términos en los que aparece redactada la Ley de Aguas de 1985, de cerrar el Catálogo.

Esta previsión legal ha resultado, no obstante, modificada por la Disposición Transitoria segunda de la Ley del Plan Hidrológico Nacional que contempla el cierre en un plazo breve del Catálogo, pues otorga a los titulares de aprovechamientos de aguas privadas un plazo improrrogable de tres meses desde la entrada en vigor para solicitar su inclusión en el Catálogo de Aguas Privadas, trans-

currido el cual sólo podrán acceder al mismo si obtuvieran la correspondiente sentencia judicial firme.

Se trata con ello de forzar a los propietarios, que dieciséis años después de la aprobación de la Ley no tienen todavía declarados los aprovechamientos, a hacerlo, para así poder elaborar un inventario fiable de los aprovechamientos realmente existentes y tener un conocimiento exacto de los recursos disponibles. En definitiva, se trata de intentar acomodar el Catálogo a la realidad para lo cual se obliga al titular de un aprovechamiento de aguas privadas no declarado en el plazo previsto a tener que recurrir y soportar un largo y costoso procedimiento judicial que puede demorar muchos años el reconocimiento por la Administración de su aprovechamiento.

Obsérvese, sin embargo, que la obligación que impone la nueva Disposición Transitoria segunda es simplemente la de solicitar la inclusión en el Catálogo, lo que supone, en primer lugar, que los propietarios podrán durante este plazo limitarse a presentar la correspondiente petición, pudiendo posteriormente, a solicitud del Organismo de cuenca y al amparo de la Ley 30/1992 de Procedimiento administrativo común, completar la documentación acreditativa del derecho cuya inscripción se solicita.

Pero en segundo lugar, la previsión legal no implica necesariamente una actualización inmediata del Catálogo; es más, este resultado no parece demasiado probable a la vista de los cientos de expedientes de inscripción en el Catálogo que, habiéndose presentado en los tres primeros años de vigencia de la Ley, hoy por hoy siguen sin ser resueltos.

Pues bien, una vez previsto el cierre del Catálogo, resulta esencial determinar el valor de la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas y la situación de los propietarios no inscritos.

Si consideramos que la inscripción en el Catálogo es algo más que un medio de prueba, que constituye la forma de legalizar los aprovechamientos preexistentes («la Administración considerará para el otorgamiento de concesiones de aguas subterráneas su afección a captaciones anteriores legalizadas»), resultaría que la Administración podría ignorarlos a la hora de otorgar nuevas con-

cesiones de acuerdo con lo previsto en el artículo 68 de la Ley de Aguas, sin perjuicio de que al amparo de la cláusula «sin perjuicio de terceros» sea siempre posible un posterior juicio civil que determine definitivamente la propiedad sobre las aguas y los daños ocasionados (Del Saz, 1990; Morell, 2001).

Por otra parte, la situación del propietario resultaría muy debilitada, pues la Administración, no teniendo constancia de la existencia del aprovechamiento privado al no estar inscrito en el Catálogo, podría sancionarle al amparo del art. 108 b) de la Ley por aprovechar aguas subterráneas sin la correspondiente concesión o autorización pudiendo incluso proceder cautelar y definitivamente a la clausura del pozo.

Esta interpretación parece resultar confirmada por la nueva redacción de la Disposición Transitoria segunda a la que antes me referí. En efecto, en su apartado segundo se establece que transcurridos los tres meses sin haber sido declarados los aprovechamientos no se reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas.

Pues bien, esta prohibición de reconocimiento o lo que es lo mismo de legalización, lo es a todos los efectos: no sólo para la inscripción en el Catálogo sino también cuando se hayan de otorgar nuevas concesiones o a la hora de cerrar los pozos y sancionar a los titulares de aprovechamientos privados no declarados por aprovechar aguas sin el correspondiente título. La razón es muy sencilla: si la prohibición fuera sólo de inscribir en el Catálogo pero la Administración estuviera obligada a tener en cuenta los aprovechamientos no declarados en todos los demás aspectos, ¿para qué iba a servir, entonces, el cierre del Catálogo?

Existen por el contrario quienes defienden que la legalización de cualquier aprovechamiento se produce *ope legis* desde el momento en que la Ley permite mantener la propiedad privada, lo que implica que la Administración, antes de otorgar una concesión, deberá considerar todas las captaciones aun cuando se trate de aprovechamientos privados no declarados (De la Cuétara, 1989; Moreu, 1996), siempre y cuando los particulares puedan probar, por cualquier medio, su existencia y sus características.

Según esta interpretación, la inscripción en el Catálogo no tendría más valor que el de ser un medio de prueba más, y la falta de inscripción una presunción de la inexistencia del aprovechamiento que podría ser destruida por cualquier otro medio, por lo que el cierre del Catálogo en nada afectaría al derecho de propiedad que podría ser acreditado y probado, aun sin estar inscrito, por cualquier otro medio de prueba. Por ello, desde este punto de vista, la medida contemplada en la nueva Ley no tendría utilidad ni sentido alguno pues se limitaría únicamente a impedir que los titulares de aprovechamientos privados pudieran acceder al Catálogo salvo en virtud de una sentencia judicial firme pero la Administración estaría en todo caso obligada a permitirles el ejercicio de su derecho de propiedad si pudieran acreditarlo de otro modo. En otras palabras, los aprovechamientos privados no tendrían acceso al Catálogo pero la Administración tendría que respetarlos si se acreditara de alguna forma su existencia y características.

No es por otra parte la primera vez que una ley sectorial establece nuevos límites al derecho de propiedad y fortalece la posición y poderes de la Administración en detrimento de la propiedad privada con la finalidad exclusiva de defender el dominio público. Así, la Ley de Costas de 1988, en su artículo 13 establece que en ningún caso, ni siquiera contando con la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, las propiedades privadas pueden prevalecer frente al acto administrativo de deslinde que permite a la Administración incorporar bienes al dominio público sin tener que respetar la propiedad privada y modificar la situación posesoria existente. La titularidad pública así declarada prevalece sobre la propiedad privada aun cuando se encuentre en el Registro de la Propiedad, pues la resolución de aprobación del deslinde es título para rectificar las situaciones jurídicas registrales contradictorias.

Se salva, desde luego, en la Ley de Costas la posibilidad de que los propietarios afectados recurran a la jurisdicción civil en ejercicio de sus derechos pero ello se producirá desde la posición de demandantes y una vez privados de sus bienes, a la vez que se

acorta sustancialmente el plazo de recurso que la Ley reduce a cinco años contados a partir de la aprobación del deslinde. Pues bien, desde el momento en que queda a salvo el recurso a los tribunales, ningún reparo de inconstitucionalidad puede oponerse, y así lo afirmó el Tribunal Constitucional en su sentencia 149/1991, de 4 de julio (F.J.2).

De la misma forma, cabría argumentar, se interprete como se interprete, que la nueva Disposición Transitoria, aun cuando pueda tachársela de contener una regulación limitativa del derecho de propiedad, no sería inconstitucional. En efecto, si consideramos que a pesar de la prohibición de inclusión en el Catálogo de los aprovechamientos privados una vez transcurrido el plazo previsto, la Administración debe tenerlos en todo caso en cuenta, si sus titulares pueden acreditar su existencia y características por cualquier otro medio y, en consecuencia, no puede sancionar ni cerrar los aprovechamientos, ninguna lesión existiría del contenido esencial del derecho de propiedad salvo que se le priva a su titular del derecho de acceso a un registro que no tiene más valor que el informativo.

Pero incluso si consideráramos que la inscripción en el Catálogo es la forma de legalizar los aprovechamientos, y que los aprovechamientos no inscritos no deben ser respetados ni tenidos en cuenta en forma alguna por la Administración, su propietario siempre tiene abierta la vía del recurso a los tribunales y una vez obtenida la correspondiente sentencia declarativa de su propiedad podría exigir a la Administración que reconociese su derecho a todos los efectos pudiendo pedir incluso la correspondiente responsabilidad administrativa por los daños producidos.

En relación con el procedimiento para la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas según reza el art. 105 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, comienza con la presentación por escrito de una declaración, a la que debe acompañarse el título que acredite el derecho al aprovechamiento y en la que se hagan constar las características y destino de las aguas. Esta declaración otorga derecho a una inscripción provisional que se elevará a definitiva previo el reconocimiento por la Administración de las

características del aprovechamiento. ¿Qué ocurre, entonces, si la Administración deniega la inscripción definitiva una vez comprobadas las características del aprovechamiento?

Inicialmente, la negativa a la inscripción es un acto de la Administración sujeto al Derecho administrativo contra el que cabe recurso contencioso administrativo. No obstante, en cuanto lo que se está ventilando en el fondo es una cuestión de propiedad, de la existencia de un derecho privado sobre aguas y de sus límites, la controversia excede de los límites de la jurisdicción contenciosa y queda también bajo la jurisdicción de los tribunales ordinarios.

Queda, por fin la cuestión de la protección del Registro de Aguas de la que se ven privados los titulares de aprovechamientos privados. La Ley, sin embargo, no precisa qué debe entenderse por «protección administrativa» y el Reglamento se limita a decir que se ejercerá por el Organismo de cuenca frente a quien sin derecho inscrito se oponga al derecho del titular o perturbe su ejercicio.

Pues bien, cuando el titular de un aprovechamiento de aguas privadas no tenga inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, en los conflictos que se susciten con aprovechamientos de aguas públicas inscritos en el Registro de Aguas, podrá acudir a la jurisdicción civil pero siempre lo hará en situación de demandante ya que la Administración habrá actuado ejecutoriamente en protección del concesionario o de un titular de un aprovechamiento temporal de aguas que sí que goza de la protección administrativa. El Registro de la Propiedad se convierte de esta forma en un instrumento clave para la protección de un titular de un aprovechamiento de aguas privadas ya que aparece privado de la protección administrativa que deriva de la inscripción en el Registro.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, mal podría la Administración intervenir para la protección de derechos que ni tiene ni está obligada a tener por acreditados. Por tanto, el Tribunal considera que no hay infracción alguna del principio de igualdad puesto que no se trata de la misma situación —titulares de aprove-

chamientos temporales y titulares de aguas privadas— todo ello sin perjuicio de que el titular de un aprovechamiento privado pueda solicitar la tutela judicial del mismo así como a la protección reforzada que dispensan otros instrumentos registrales.

LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR POR LAS LIMITACIONES DEL USO DEL DEMANIO

De acuerdo con la Disposición Transitoria tercera de la Ley de Aguas, a los aprovechamientos de aguas privadas les serán de aplicación las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones del uso del dominio público.

Tanto en el caso de sobreexplotación como de sequía, las limitaciones más importantes son las que derivan de la constitución forzosa de comunidades de usuarios; de la disminución de los caudales aprovechados bien provisionalmente en tanto en cuanto se aprueba el plan de ordenación para la recuperación del acuífero o permanece la situación de sequía o necesidad, bien de forma definitiva; de la obligación que ha introducido la nueva Ley de sustituir las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias ajustadas al nuevo plan de ordenación. No son éstas, sin embargo, las únicas limitaciones que resultan de aplicación, a los titulares de aprovechamientos de aguas privadas, y así por ejemplo las establecidas en el art. 53 de la Ley de Aguas que permite fijar el régimen de explotación conjunta de aguas superficiales y subterráneas, o limitar o condicionar temporalmente el uso de las aguas para garantizar la explotación racional, o finalmente la constitución forzosa de comunidades de usuarios fuera de los casos de sobreexplotación (art. 79.1 de la Ley).

La Ley deja bien claro que dichas limitaciones son aplicables, y aquí no cabe ninguna duda, a los aprovechamientos de aguas privadas lo que ya no lo está tanto es si son o no indemnizables, al menos no antes de la reforma de la Ley de Aguas. Es obvio que

las concesiones pueden ser revisadas a la baja sin necesidad de compensar o indemnizar al concesionario y que en ningún caso la Administración garantiza el caudal concedido. Así está previsto en el art. 63 a) de la Ley. Pero ¿ocurre lo mismo con los titulares de aprovechamientos de aguas privadas?

Si se considera que estas limitaciones constituyen una simple delimitación del derecho de propiedad, una determinación de su contenido y de las facultades que éste comprende, la disminución de los caudales efectivamente aprovechados o la modificación de sus características, o el traslado a una Comunidad forzosa de Usuarios de las decisiones que afectan al uso del agua y las características de su aprovechamiento, habría que concluir que no cabe indemnización alguna. Por el contrario, si se considera que se trata de verdaderas expropiaciones por cuanto inciden en una disminución del grado de utilidad del aprovechamiento, y producen un sacrificio que su titular no tiene obligación de soportar, la conclusión ha de ser la contraria pues el derecho de propiedad consagrado por el art. 33 de la Constitución garantiza una indemnización adecuada por su privación.

El problema es que no siempre es fácil determinar dónde está la frontera entre ambas y cuándo las limitaciones, a pesar de afectar a un grupo indeterminado de personas, se convierten en una expropiación. Son muchos los esfuerzos de construcción teórica que ha realizado la doctrina pero al final son los tribunales y en su caso el Tribunal Constitucional, quienes determinan conforme a criterios no siempre claros, cuándo hay o no lugar a indemnización.

En principio, el Tribunal Constitucional en su sentencia 227/1988, sobre la Ley de Aguas, nada objetó sobre la previsión de la Disposición Transitoria tercera de la Ley sobre la aplicación a los titulares de aprovechamientos privados de las limitaciones de los usos del demanio. Pero también es verdad que no se le preguntó, y que en ningún momento el Tribunal se planteó si la aplicación de estos límites debía realizarse con o sin indemnización.

Por otra parte, en su sentencia sobre la Ley de Costas, uno de los argumentos que maneja el Tribunal para confirmar la constitucionalidad de la conversión de las propiedades privadas en bienes de

dominio público es que si se hubieran conservado como bienes privados, los enclaves en todo caso habrían estado afectados por las servidumbres y límites establecidos por la Ley y que, por tanto, la situación de los propietarios, como consecuencia de la aplicación de dichos límites, hubiera sido muy similar a la de los concesionarios. En otras palabras, vino a afirmar indirectamente que esas servidumbres y límites serían pura delimitación del derecho de propiedad y que, por tanto, no cabría indemnización.

Pues bien, el Tribunal Supremo inicialmente (SSTS 30 enero de 1996 RJ 1996/395 y STS 14 de junio de 1996 RJ 1996/4368) reconoció el derecho de los titulares de aprovechamientos privados a recibir una indemnización por la suspensión de la extracción de aguas subterráneas destinadas al riego por considerar que se trata de medidas de contenido expropiatorio y que la previsión de la Disposición Transitoria tercera de la Ley de Aguas no impedía la indemnización. La diferencia entre la delimitación o regulación del derecho de propiedad y la privación singular de derechos, la centra el Tribunal en la existencia de una lesión individualizada en cada uno de los usuarios afectados que no tenían obligación de soportar.

Sin embargo, posteriormente rectificó este criterio, negando el derecho a la indemnización por lo que considera limitaciones naturales de uso y aprovechamiento (STS de 18 de marzo de 1999).

Precisamente para acabar con esta ambigüedad y dejar las cosas mucho más claras, el legislador, al modificar la Ley de Aguas, ha introducido en la Disposición Adicional segunda la previsión expresa de que los derechos de aprovechamiento legal y los derechos sobre aguas privadas estarán sujetos a las restricciones derivadas de la sobreexplotación de la sequía en los mismos términos que los concesionarios de aguas, sin derecho a indemnización.

En todo caso, no es ésta una cuestión zanjada. En primer lugar, porque nada prevé el legislador para el caso de otras limitaciones que no necesariamente han de derivar, como se vio, de la sobreexplotación o sequía, de donde cabría deducir que dichas limitaciones sí que son indemnizables porque si no lo fueran, el legislador las habría incluido en la nueva disposición.

En segundo lugar, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, es muy posible que cuando se vuelva a plantear el problema ante los tribunales, éstos no se atrevan a resolver y planteen la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, lo que quizá sería lo más conveniente a efectos de clarificar definitivamente esta cuestión, en cuanto que la privación del derecho a la indemnización previsto por la Ley, y de acuerdo con los argumentos manejados por el Tribunal Supremo, suponen la infracción del artículo 33 CE.

LA INCIDENCIA DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA SOBRE LOS APROVECHAMIENTOS PRIVADOS

La planificación hidrológica casa muy mal con la existencia de aprovechamientos de aguas privadas. Sólo del catálogo de objetivos entre los que figuran la mejor satisfacción de las demandas de agua y el equilibrio y armonización del desarrollo regional (art. 38 de la Ley de Aguas), se desprende que no pueden conseguirse a partir de la distribución de los recursos por el criterio anteriormente vigente de la prioridad de la apropiación.

La congelación del *status quo*, el mantenimiento de los aprovechamientos preexistentes no permite hacer una distribución de los usos conforme a las necesidades, o las prioridades marcadas por la planificación. Los usos son los que son, los que han adquirido los propietarios, y contra ellos choca cualquier pretensión de ordenación de acuerdo con criterios de interés público o satisfacción de necesidades generales. De la misma forma, los planes urbanísticos contienen un proyecto de futuro para los espacios pendientes de urbanización pero no pueden afectar a la ciudad ya construida.

Los Planes Hidrológicos de cuenca comprenderán obligatoriamente, dice el art. 40 de la Ley de Aguas, el inventario de los recursos hidráulicos; los usos y demandas existentes y previsibles —factor éste poco cuantificable si los propietarios de aprovechamientos no declaran sus aguas al Catálogo—; los criterios de prio-

ridad y compatibilidad de usos y el orden de preferencia de los distintos aprovechamientos —lo que no afecta a los derechos preexistentes para los que la Ley respeta a perpetuidad al menos el uso al que estaban destinados sino la libre disposición de las aguas—; y, finalmente, la asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros —reserva que sólo se puede producir respecto de las aguas no alumbradas si se quieren respetar los aprovechamientos preexistentes—.

En efecto, la planificación hidrológica es un instrumento de futuro, de ordenación de los recursos susceptibles de aprovechamiento y, sin embargo, los aprovechamientos de aguas privadas, indefinidos en el tiempo, deben ser respetados. La congelación de los aprovechamientos lo es también *sine die* para la capacidad de ordenación del planificador.

LA POTESTAD SANCIONADORA

Ya se trate de aguas públicas o privadas, la Administración se sitúa en una posición privilegiada que se traduce, de un lado, en una suerte de actividad arbitral que permite resolver las controversias que surgen entre titulares de aprovechamientos y que desencadena, a favor de los titulares inscritos en el Registro de Aguas Públicas, la protección del registro administrativo, en el caso de que éstos tengan derecho a él, y de otro en una potestad sancionadora sobre la actividad de los particulares que le permite reprimir en los términos legalmente establecidos, las conductas contrarias al ordenamiento.

La Ley no distingue entre titulares de aprovechamientos de aguas privadas o públicas a la hora de tipificar las infracciones y sanciones administrativas y, por tanto, unos y otros están sometidos a la potestad sancionadora administrativa. En cuanto que el art. 108 de la Ley de Aguas tipifica como infracción la derivación y alumbramiento de aguas subterráneas cuando no se cuente con la correspondiente concesión o autorización, resultaría posible sancionar la modificación de las condiciones o régimen de apro-

vechamiento de los aprovechamientos privados o incluso, quizá, tras la nueva redacción de la Disposición Transitoria por la Ley del Plan Hidrológico Nacional, los aprovechamientos privados no declarados —aunque la interpretación de este concepto suscita, como se ha visto, problemas importantes— como falta leve, menos grave o muy grave atendiendo a criterios tales como la repercusión en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, y al grado de malicia, participación y beneficio obtenidos.

En este punto, los propietarios privados están, por tanto, como los concesionarios, sujetos a la potestad sancionadora de la Administración que deberá actuarla siguiendo el procedimiento regulado en el Reglamento. Asimismo, la reforma de la Ley de Aguas de 1999 ha intensificado los poderes de la Administración hidrológica a la que permite adoptar medidas cautelares, lógicamente temporales y sometidas a lo que resulte del expediente sancionador para evitar, ya desde el principio, la continuación de la actividad infractora como son el sellado de instalaciones, aparatos, equipos, pozos y cese de las actividades.

A efectos de incrementar la eficacia de la represión administrativa de las infracciones, la Ley 14/1999 ha introducido un procedimiento abreviado y sumario, que habrá de regularse reglamentariamente para la sanción de las infracciones leves y menos graves.

Cuando se trata de infracciones muy graves, se plantea, sin embargo, el problema de deslindar la competencia sancionadora administrativa y las sanciones penales. Según prescribe la Ley, la jurisdicción penal es preferente, de donde se deduce que iniciado el procedimiento sancionador, si la Administración constatase que pudiera tratarse de un comportamiento constitutivo de delito o falta, está obligada a suspender las actuaciones y remitir las actuaciones al tribunal competente.

Esta regla que pretende evitar la imposición de la doble sanción por una misma conducta, el principio *non bis in idem* (art. 25 de la Constitución) y garantizar la preferencia de la jurisdicción penal produce, sin embargo, en la práctica, resultados negativos por cuanto por la rapidez del procedimiento sancionador

comparado con la mayor lentitud del procedimiento penal, la posibilidad de adoptar medidas cautelares que permiten suspender la actividad presuntamente infractora y, finalmente, la prerrogativa de la ejecución forzosa de las sanciones impuestas aun cuando sean recurridas ante los tribunales contenciosos, hacen de la potestad sancionadora administrativa un arma mucho más eficaz que la sanción penal.

Por otra parte, en la práctica es fácil constatar, no sólo en las aguas sino en otros ámbitos donde la potestad sancionadora funciona con especial intensidad, que a menudo la Administración ignora la preferencia de la jurisdicción penal y opta por sancionar directamente las conductas infractoras y más aún cuando la cuantía de la sanción es especialmente importante.

LOS DERECHOS DE LOS TITULARES DE APROVECHAMIENTOS TEMPORALES DE AGUAS PRIVADAS. LA ACREDITACIÓN ANTE LA ADMINISTRACIÓN Y LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO

Para el ejercicio de la opción de la conversión en un aprovechamiento temporal de aguas privadas era necesario acreditar ante el Organismo de cuenca, en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la Ley, a efectos de su inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal, el derecho a la utilización del recurso y la no afección a los aprovechamientos preexistentes.

Desde este punto de vista, la acreditación del derecho y la posterior inscripción en el Registro de Aguas tiene carácter constitutivo pues el derecho sólo surge una vez se da cumplimiento a este requisito. A estos efectos, la Ley establece que los titulares deberán acreditar su derecho a la utilización del recurso, la no afección a aprovechamientos legales preexistentes y, lógicamente, aunque la Ley omita este extremo, las características del aprovechamiento y su destino, requisitos éstos que se exigen para la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas.

A menudo, cuando se trata de acreditar el derecho a fin de ejercitar la opción, acreditación de la que dependerán las carac-

terísticas del nuevo aprovechamiento (caudales, régimen de aprovechamiento, etc.), los problemas derivan de la existencia de aprovechamientos que eran ilegales al amparo de la anterior legislación, pero sobre los cuales, como ha confirmado la jurisprudencia, existe un verdadero derecho de propiedad, y de la dificultad de acreditar las condiciones del aprovechamiento, pues la legislación anterior permitía la apropiación ilimitada de las aguas alumbradas sin perjuicio del respeto de los derechos de terceros.

Al fin y al cabo se trata de un problema de prueba del aprovechamiento, y a estos efectos, la Ley, y a falta de previsión legal tampoco podría haberlo hecho el Reglamento, ni establece medios tasados y ni siquiera, a título de ejemplo, indica los criterios o medios por los que el particular podrá acreditar su derecho. En otras palabras, la Ley deja en total y absoluta libertad al particular para utilizar cualquier medio de prueba, siempre y cuando con ello se acredite suficientemente la existencia del derecho y las características del aprovechamiento. Por ello, el que las Confederaciones impongan criterios tasados de los que hacen depender la acreditación y posterior inscripción en el Registro es una limitación de derechos que por carecer de la correspondiente habilitación legal viola el principio de reserva de ley consagrado por la Constitución para la regulación del ejercicio de los derechos y, por tanto, es controlable por los tribunales.

La conversión del título, según reza la Ley, permite a su titular mantener el mismo régimen de explotación de los caudales realmente utilizados durante cincuenta años, es decir, como ha señalado la jurisprudencia, el titular de un aprovechamiento temporal de aguas tiene un verdadero derecho de propiedad sobre ellas de las mismas características que los que optan por mantener su titularidad a perpetuidad y, por tanto, con las mismas limitaciones aunque es un derecho limitado en tiempo; transcurrido el plazo legal, el titular sólo tiene un derecho preferente para obtener la concesión sobre esas mismas aguas, derecho en todo caso sometido al orden de prelación de usos establecido en el Plan Hidrológico o en su ausencia en la propia Ley.

Así pues, los aprovechamientos temporales de aguas privadas, además de las limitaciones generales del uso del demanio hidráulico, lo están temporalmente —cincuenta años—, cuantitativamente —el aprovechamiento se limita a los caudales realmente aprovechados y cualquier modificación de los mismos obliga al titular a solicitar una concesión—, y cualitativamente —cualquier modificación de las condiciones del aprovechamiento exige la tramitación de una concesión en los términos vistos para los aprovechamientos privados—. Se produce así una especie de «congelación» de la situación jurídica de los titulares de los aprovechamientos durante cincuenta años, transcurridos los cuales, las aguas que continuaban siendo privadas pasan a formar parte del demanio.

¿Cuáles son entonces las ventajas del ejercicio de esta opción? Si se trataba con ella de mantener la propiedad privada en los mismos términos pero sujeta, sin embargo, a un plazo que, por mucho que diga el Tribunal Constitucional, es esencial, lo lógico es que los titulares de aprovechamientos privados no hubieran encontrado ventajas en la conversión como en la práctica así ha sido. La única diferencia entre ambos tipos de aprovechamientos es, precisamente, que los primeros gozan de la protección del Registro de Aguas, esto es, es un medio de prueba que permite a los titulares de derechos inscritos solicitar la protección administrativa —solución de controversias a partir del acto ejecutorio— en defensa de sus derechos, mientras que los que optan por mantener su propiedad privada están excluidos de la misma.

Esta situación de desigualdad entre unos y otros titulares de aprovechamientos fue declarada constitucional por la STC 227/1988, que consideró que la Administración no tenía la carga de suministrar una protección específica a derechos que ella misma no ha otorgado, que no han sido previamente acreditados ante ella y afectan a bienes ajenos a su titularidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO, G., LLAMAS, M.R y CUSTODIO, E. (1985). «Informe sobre el Proyecto de Ley de Aguas». Madrid.
- DE LA CUÉTARA, J.M. (1989). «El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España». Ed. Tecnos. Madrid, 189 págs.
- DEL SAZ, S. (1990). «Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo derecho de aguas». Ed. Marcial Pons, Madrid, 387 págs.
- MORELL, L. (2001). «Las titularidades sobre aguas privadas». Revista de Administración Pública nº 154, págs. 7 a 45.
- MOREU, J.L. (1996). «Aguas públicas, aguas privadas». Editorial Bosch de Barcelona, 877 págs.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (1985). «Transformación y pérdida futura o limitación del contenido de la propiedad privada de las aguas: sobre algunos aspectos del régimen transitorio de la nueva Ley de Aguas». Revista Española de Derecho Administrativo, nº 46.