

Evolución histórica y normativa estatal actual sobre aguas subterráneas

por

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO

- I. LA REGULACIÓN EMINENTEMENTE CIVILISTA DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS DE LAS LEYES DE 1866-1879 Y SU APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL:
 - A) OCUPACIÓN Y ACCESIÓN COMO PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LAS LEYES DE 1866-1879.
 - B) LA DEBILIDAD DE LOS TÍTULOS DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN ESTA ETAPA HISTÓRICA.
- II. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA REFORMA LEGAL DE 1985 Y DE LAS REFORMAS NORMATIVAS POSTERIORES:
 - A) SIGNIFICADO TÉCNICO ESENCIAL DE LA REFORMA LEGAL DE 1985 Y SU CRÍTICA:
 - a) *La opción legal establecida y la amplia irretroactividad del sistema.*
 - b) *El binomio autorización de investigación-concesión de aguas públicas.*
 - B) LAS LLAMADAS AGUAS SUBTERRÁNEAS «NO RENOVABLES».
 - C) LAS AGUAS MINERALES Y TERMALES.
 - D) SIGNIFICADO DE LA REFORMA LEGAL DE LA LEY 46/1999.
 - E) EL TEXTO REFUNDIDO DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2001, DE 20 DE JULIO.
 - F) LA LEY 10/2001, DE 5 DE JULIO, DEL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL. REMISIÓN.
 - G) LA REFORMA REGLAMENTARIA DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO POR EL DECRETO 606/2003, DE 23 DE MAYO.
 - H) LA LEY 62/2003, DE 30 DE DICIEMBRE, DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO EUROPEA DEL AGUA DE 2000.
 - I) LA APROBACIÓN DE UN NUEVO REGLAMENTO DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA POR DECRETO 907/2007, DE 6 DE JULIO.
 - J) LA NUEVA LEY 26/2007, DE 23 DE OCTUBRE, DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL.

III. LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PÚBLICAS:

- A) LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA INVESTIGACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS.
- B) ALUMBRAMIENTOS CLANDESTINOS E INCUMPLIMIENTOS DE LA AUTORIZACIÓN DE INVESTIGACIÓN DE AGUAS.
- C) LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA DE AGUAS ALUMBRADAS Y LA PROTECCIÓN DE DERECHOS PREEXISTENTES.
- D) UNA ARGUMENTACIÓN EN LEGÍTIMA DEFENSA.
- E) EL ARTÍCULO 54.2.^º DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE AGUAS.
- F) LA PROTECCIÓN DE LA CALIDAD DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PÚBLICAS.

IV. LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PRIVADAS:

- A) LA PROPIEDAD PRIVADA DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.
- B) EL APARTADO TERCERO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA.
- C) EL APARTADO CUARTO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA.
- D) LA «PROTECCIÓN ADMINISTRATIVA» DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.
- E) COMENTARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.^a DE LA LPHN DE 2001.

V. LA DECLARACIÓN DE SOBREEXPLOTACIÓN DE ACUÍFEROS Y OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

VI. LAS COMUNIDADES DE USUARIOS Y LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS.

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

A) OCUPACIÓN Y ACCESIÓN COMO PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LAS LEYES 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 tradicionalmente por la ley, ha entendido siempre nuestro legislador las aguas alumbradas artificialmente, incluyendo, según creo, y aunque ello sea hecho poco frecuente, las alumbradas casualmente o sin haber realizado previas búsquedas deliberadas (aguas alumbradas haciendo excavaciones con una finalidad diferente de la de alumbrar aguas) (1). Al explicar la reforma legal introdu-

(1) La casuística puede ser bastante variada. Las aguas pueden ser buscadas acaso disimuladamente para aprovecharlas, o el alumbramiento casual puede producir mermas no buscadas intencionalmente en otros aprovechamientos, por ejemplo. En la sentencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo (en adelante: TS), de 30 de marzo de 1998, Repertorio Aranzadi, núm. 2835 (en adelante *RAr.*, núm....), se resuelve un caso en el que unas personas intentaban aprovechar aguas existentes en una mina de hierro cuya concesión databa de 1920 pero abandonada desde 1970, intentando eludir fraudulentamente la normativa sobre aguas. En la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 22 de marzo de 2004 (*RAr.* de 2005, núm. 3295), se discutió sobre la compleja situación creada al haberse aflorado con ocasión de las obras del Acueducto Tajo Segura, en la provincia de

cida por la Ley 62/2003 veremos que hoy contamos con una definición legal de aguas subterráneas, contenida en el artículo 40 bis del Texto Refundido de Aguas, y diferente del mencionado concepto tradicional, y veremos cómo podrían intentar armonizarse ambos conceptos legales diferentes.

El planteamiento básico sobre los pozos de la Ley de Aguas de 1879 y del Código Civil, que fueron ambas leyes evidentemente de inspiración liberal y preocupadas por impulsar la iniciativa privada, fue un planteamiento privatista y esencialmente de Derecho Civil. Dicho planteamiento consistió, en esencia y con matizaciones de las que cabe aquí prescindir, y advirtiendo que aquella Ley no contemplaba para nada la existencia de acuíferos, existencia ignorada entonces al menos por los juristas y políticos, en atribuir la propiedad privada de las aguas alumbradas mediante pozos *ordinarios* (pequeños pozos para uso doméstico: cfr. art. 20 de la Ley de 1879) al dueño del terreno en que se hacía la perforación, y en atribuir la propiedad privada de las aguas alumbradas mediante pozos *artesianos* o galerías, como regla general, 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 privada de los (más importantes) pozos *artesianos* al alumbrador era una solución original del Derecho español (2), 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, no contempladas como contenido de acuíferos, sino como contenido de *vetas*, como leemos en la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866) (3). Las aguas subterráneas eran adquiridas también

Albacete, aguas subterráneas en muy importante volumen. El TS confirmó la validez de una concesión de 7,7 hectómetros cúbicos anuales de aguas derivadas del Acueducto Tajo Segura realizada por Orden Ministerial de 23 de marzo de 1993 en beneficio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y en compensación al agua alumbrada por infiltración en el túnel del embalse de Talave. Se discutía, entre otras cosas, si esa Orden encubría un trasvase intercuenca hecho sin legitimación de una norma con rango de ley.

(2) Que el legislador español, después de muchas dudas, decidió atribuir las aguas subterráneas de mayor importancia económica al alumbrador y no, como en el Derecho romano, al dueño del terreno, lo explicó clara y brillantemente la célebre Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866, que se suele atribuir al gran jurista español Pedro GÓMEZ DE LA SERNA. He reproducido este párrafo decisivo de esa Exposición de Motivos en mi libro de 1996, *Aguas públicas y aguas privadas*, Editorial Bosch de Barcelona, pág. 132, nota 127. En adelante citaré este libro únicamente como «mi libro de 1996».

(3) Cabía una cierta duda sobre si la propiedad privada de las aguas subterráneas se adquiría sólo por el mero alumbramiento o hallazgo de las aguas, como parecía indicar el artículo 418 del Código Civil, o si se requería siempre además, como parecía exigir el artículo 22 de la Ley de Aguas de 1879, el *hacer surgir las aguas a la superficie del terreno*, en los casos en los que las mismas no surgían por sí mismas (en aquellos otros casos en que las aguas sí surgían por sí mismas, cierto que excepcionales en la práctica,

por ocupación o por accesión, por cierto, incluso en los casos excepcionales (pozos más próximos a otro aprovechamiento que las distancias legales mínimas; o pozos en Canarias a partir de la Orden Ministerial de 27 de noviembre de 1924; o pozos regulados en normas especiales para ciertos territorios) en los que la investigación y el alumbramiento estaban sometidos a autorización administrativa previa.

El principio jurídico clave sobre las aguas subterráneas, que era el de la ocupación, estaba recogido en el artículo 22 de la Ley de Aguas de 1879 y en el artículo 418 del Código Civil (4), aunque la operatividad de ese prin-

parece claro que el mero alumbramiento debería haber bastado para la adquisición de la propiedad). En todo caso, no se exigía la toma de posesión de las aguas (*corpus*), y el propio artículo 22 citado denominaba *dueño* de las aguas alumbradas al que no construyese acueducto para poseerse de la corriente, y aunque dejase las aguas surgidas, con o sin su ayuda, luego *abandonadas a su curso natural*, explicando también el precepto que este dueño a perpetuidad no perdía su derecho de propiedad *aunque las aguas salieran de la finca donde vieron la luz*. No parece que cupiera, por tanto, la toma de posesión válida y eficaz por alguien de una corriente subterránea de aguas ya alumbrada por otro, salvo que éste la derelinquiese con voluntad clara y expresa y autodespojo o abandono posesorio inequívoco, en su caso. Esta concreta explicación legal de este caso particular de ocupación era coherente con la que considero noción correcta de ocupación en nuestro ordenamiento jurídico, según la cual, el descubridor de cosas ocultas, faltas de dueño y vacantes de posesión siempre debe prevalecer frente a su ocupante primero. Por ejemplo, deben prevalecer frente al ocupante primero, el descubridor del tesoro oculto; o del hallazgo oculto de interés histórico o arqueológico; o de la cosa derelicta oculta; o de la cosa perdida oculta a los efectos de la adquisición del artículo 615 del Código Civil; o, antes de 1986, como hemos visto, el alumbrador de unas aguas subterráneas ocultas hasta entonces. Con todo, la necesidad de una cierta toma de posesión de la corriente o *corpus* sobre la misma por parte del alumbrador parecía venir exigida por la necesidad de precisar la cuantía de la corriente adquirida en propiedad, de la cuantía de los caudales adquiridos. En teoría, la cuantía de la corriente adquirida era toda la que se hubiera llegado a ocupar posesoriamente sin perjudicar otros derechos sobre aguas preexistentes (*prior tempore potior iure*), aunque hay que suponer que, en la práctica, lo que sería más fácil de probar por el alumbrador sería la cuantía de agua subterránea utilizada establemente y con cierta habitualidad. Medios serios de prueba debieron y deberían ser todavía hoy, aforos realizados de la corriente del pozo por profesionales solventes o las cuantías de caudales reflejadas en el antiguo Registro de Manantiales de la Administración Minera o en el Registro de la Propiedad. Para una explicación más cuidadosa de todo ello, véase mi libro ya citado en la nota anterior de 1996, págs. 249 a 257.

(4) Que bajo la Ley de Aguas de 1879 las aguas subterráneas eran *res nullius* adquiribles por ocupación lo defendió el primero, con buenos argumentos, GUAITA MARTORELL, Aurelio, en 1970, con quien vine a coincidir yo, con esos y otros argumentos, en mi tesis doctoral de 1980 y luego en muchos otros trabajos. Esta explicación, importante todavía hoy a muchos efectos aunque la Ley de 1879 esté ya derogada, ha pasado a ser la opinión doctrinal más común sobre el problema. Cfr. GUAITA MARTORELL, *Derecho Administrativo especial*, 1970, Tomo 5.º, pág. 166 y sigs. En cuanto a mi tesis doctoral, cfr. *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, págs. 647 a 650. Para la explicación más completa véase mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, Barcelona, Editorial Bosch, 1996, págs. 132 a 134 y 218 y sigs. También Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Derecho de aguas*, 1997, págs. 137, 160 y 161. También Víctor MENDOZA OLIVÁN, en los *Elementos de Derecho Civil* de LACRUZ BERDEJO, Tomo III, 3.ª ed., 1991, págs. 425 a 427. También

cipio de la ocupación requiriera haber obtenido previamente la autorización para alumbrar del dueño del terreno, conforme al artículo 417 del Código (5). A falta de dicha autorización por el dueño del terreno, las aguas de todos modos alumbradas por el alumbrador extraño quedaban para el dueño del lugar ilícitamente invadido, por accesión (6). El artículo 417 del Código regulaba una mera y simple autorización, que era en principio un negocio jurídico unilateral; que no implicaba una transmisión al autorizado de la propiedad de las aguas todavía no alumbradas, y que era un negocio jurídico que sólo muy excepcionalmente podía articularse como constitutivo de un derecho real de servidumbre de investigación de aguas subterráneas en finca ajena (7). Los artículos 407-6.^º y 408-3.^º del Código Civil, inspirados en la idea de accesión, o acaso en el artículo 350 del Código, eran erróneos en su pura literalidad y requerían una interpretación restrictiva y relativizante para integrarse sistemáticamente en aquel ordenamiento legal de los pozos (8).

Emilio PÉREZ PÉREZ, *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, Barcelona, 1998, págs. 24, 50 y 62. Sin llegar a referirse con total exactitud al principio de ocupación, son muchos los autores que explican que las aguas subterráneas eran atribuidas como regla por el legislador al alumbrador (no al dueño del terreno) y en tanto que *res nullius*. Por ejemplo, Alejandro NIETO GARCÍA (1968); José Luis LACRUZ BERDEJO (1979); Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ (1989); Ramón MARTÍN MATEO (1992); Francisco CAPILLA RONCERO (1993); Luis DÍEZ PICAZO (1996); Mónica SASTRE BECEIRO (1999). Han recogido esta opinión acaso ya mayoritaria de que, bajo la anterior legalidad, las aguas subterráneas eran *res nullius* algunas sentencias del TS y la importante sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (FJ núm. 12). Cfr. Sentencias contencioso-administrativas del TS de 28 de mayo de 1986 (*RAR.*, núm. 4470) y de 4 de marzo de 1998 (*RAR.*, núm. 2290).

(5) La sentencia civil del TS, de 30 de junio de 1881, dio por buena la utilización por el dueño del terreno de un interdicto de recobrar, que había resultado victorioso, frente a quien había hecho una galería para alumbrar aguas subterráneas invadiendo su terreno y sin su autorización. Cfr. CL, tomo 46, núm. 310, págs. 597 a 601.

(6) Véanse en tal sentido, aunque con razonamientos no totalmente claros, las sentencias del TS de la Sala de lo Civil, de 3 de julio de 1907, Colección Legislativa del Ministerio de Justicia (en adelante, CL), tomo 108, núm. 6, págs. 24 a 35; y contencioso-administrativa del propio TS de 13 de octubre de 1969, *RAR.*, núm. 4.411.

(7) Sobre esta cuestión, una de las más difíciles de la antigua regulación, véase mi libro de 1996, págs. 231 a 233, y sobre todo nota 27 de ese capítulo, y allí información sobre la curiosa jurisprudencia existente sobre las llamadas «ventas de subsuelo» de Canarias con fines de futuro alumbramiento de aguas. Allí también la explicación de cómo el alumbrador extraño autorizado por el dueño del lugar tenía, gracias a la ocupación, un título suficiente para, con la correspondiente acta notarial, inmatricular, por la vía del título público del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, en el Registro de la Propiedad, el bien inmueble que era el nuevo alumbramiento de aguas subterráneas. Por lo demás, era claro que el derecho de propiedad sobre un alumbramiento nacía con éste. Por eso tuvo razón la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 8 de marzo de 1921, que confirmó la negativa del Registrador de la Propiedad de Mataró a inscribir en el Registro de la Propiedad el supuesto derecho a unas aguas subterráneas que se pretendían alumbrar en el futuro. Cfr. CL, 1921, núm. 76, págs. 485 a 494.

(8) Estos artículos citados del Código Civil no puede llegar a defenderse que, en buena doctrina, excluyeran el principio jurídico de la ocupación, como explico en el texto,

Sin embargo, bastantes sentencias del Tribunal Supremo y un sector amplio de la doctrina (9), sobre todo administrativista, no acertaron a explicar siempre así las cosas y más bien dedujeron de la normativa anterior, con planteamiento simplificador y empobrecedor, que las aguas subterráneas pertenecían como regla general, o incluso siempre, al dueño del terreno en que se alumbraban (principio de accesión, o art. 350 del Código Civil, o similar, en todo caso). El Tribunal Supremo, ni en realidad el conjunto de los operadores jurídicos, no supieron en este punto estar a la altura intelectual de los autores de nuestra gran Ley de Aguas de 1879. Concepción errónea, esa señalada que reducía todo a casos de adquisición por accesión, aparentemente sin inconvenientes prácticos en la mayoría de supuestos en que el alumbrador era el mismo dueño del terreno, pero que producía resultados injustos en los supuestos de alumbradores extraños autorizados por el dueño del terreno conforme al artículo 417 del Código Civil (vecino; usufructuario o arrendatario de la finca; mandatario del dueño de la finca; ente público; particulares autorizados por Administraciones dueñas del terreno, etc.) (10), y que, en

pero sí que representaron en su momento un cierto giro más «propietarista», o «romanista» o respetuoso del *statu quo* de la propiedad inmueble, respecto de la regulación de la facultad de alumbrar aguas subterráneas en terreno ajeno con mero permiso del Gobernador Civil en ciertos casos (fincas de secano), que, inspirada por Cirilo FRANQUET Y BERTRAND, había establecido la más progresista Ley de Aguas de 1866 (cfr. arts. 51 y 59). Y este giro más conservador o «propietarista» respondía a la nueva lógica que también en muchos otros temas habría de imponerse a partir de la Restauración borbónica de 1874. He explicado con detalle toda esta evolución legislativa en mi libro de 1996, págs. 223 a 227. Han afirmado DÍEZ PICAZO y GULLÓN que la protección del *statu quo* de la propiedad es perfectamente llamativa en el Código Civil, incluso frente a aquellas actividades que pueden engendrar una creación de riqueza o de utilidad social, como se ve al estudiar el régimen jurídico de la accesión. Cfr. *Sistema de Derecho Civil*, vol. 3.º, 7.ª ed., pág. 141. Como vamos a ver, esta protección del *statu quo*, como demuestra la historia normativa de las aguas subterráneas, era más fuerte o más profunda todavía en la sociedad española o en sus operadores jurídicos que en la propia letra del Código Civil.

(9) En la página 221 de mi libro de 1996 cito, en dicho sentido de explicaciones a mi entender erróneas, las aportadas por las monografías de DE LA CUÉTARA (1989); DEL SAZ CORDERO (1990); y DELGADO PIQUERAS (1992). Cfr., respectivamente, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, págs. 88-89; *Aguas subterráneas, aguas públicas*, pág. 112; y *Derecho de aguas y medio ambiente*, págs. 100-101. Véase también CALVO CHARRO, María, *El régimen jurídico de los humedales*, Madrid, 1995, págs. 123-124. Todos estos autores, y otros, que explicaban el régimen jurídico de los pozos sólo en clave de accesión, hay que advertir que lo hacían y hacen siempre no sólo sin rebatir la teoría preferible basada en la idea de la ocupación, sino sin siquiera recoger o tomar en consideración en absoluto esta diversa y preferible explicación, que además algunos de sus partidarios hemos argumentado con gran cuidado y minuciosidad.

(10) Las razones por las que prescindir de la idea de ocupación, como bastantes veces hizo el Tribunal Supremo, no sólo iba contra el sentido claro literal y sistemático de la legislación de entonces, además explicado en la Exposición de Motivos de 1866, sino que suponía alcanzar soluciones menos justas, las he explicado en mi libro de 1996, págs. 236 a 241. El TS tendía a pensar, erróneamente, influido por el peso de la tradición romanista y de su principio de accesión, que las aguas subterráneas eran propiedad del dueño de la

todo caso, como tal concepción errónea, presentaba en forma globalmente deformadora el conjunto del sistema legal (11). Sin duda que también esta

finca de la que brotaban y que, a través del artículo 417 del Código Civil, ese dueño simplemente las transmitía al alumbrador extraño autorizado. Repare el lector, por ejemplo, en la muy significativa sentencia civil del TS, que allí comento, de 27 de junio de 1992, *RAr.*, núm. 5561. O ratificando de nuevo dicha errónea doctrina, mediante remisión expresa a aquella sentencia, la sentencia civil del mismo TS de 29 de marzo de 2004, *RAr.*, núm. 2069. O véase también la interesante sentencia civil del TS de 14 de mayo de 1962, en la que había un minucioso contrato sobre unas aguas subterráneas futuras y pendientes todavía de alumbramiento, y en la que el Alto Tribunal eludió entrar en explicar el artículo 22 de la Ley de Aguas de 1879 y artículo 418 del Código Civil, aunque ello se le había pedido expresamente en el recurso de casación. Cfr. *RAr.*, núm. 2357. La sentencia civil del TS de 5 de octubre de 1965 (CL, núm. 618, págs. 86 a 104) contempla un caso de división en ocho partes de los caudales de propiedad privada de un pozo, que se inició con la compra de una finca condicionada a que fuera cierta (y luego lo fue) la promesa de un zahorí de que en ese lugar se podrían alumbrar aguas. Supuestos muy interesantes de autorizaciones *ex artículo 417* del Código Civil ensambladas con convenios entre dueño del lugar y futuro alumbrador sobre las aguas alumbradas futuras y acaso repartiéndoselas ambos, pueden verse en las sentencias contencioso-administrativas del TS de 22 de diciembre de 1983 (*RAr.*, núm. 6411); de 29 de abril de 1996 (*RAr.*, núm. 3384); y de 20 de septiembre de 2001 (*RAr.*, núm. 7454); y en la sentencia civil de 31 de octubre de 1991 (CL núm. 759, págs. 451 a 455), en la que, habiendo existido un alumbramiento entre dos socios con propósito de repartirse la propiedad privada del agua en los años setenta del siglo pasado, el TS rechaza la existencia de una sociedad civil entre ellos, pero por no considerar probada la participación de uno de los dos alumbradores. En la sentencia contencioso-administrativa del TS de 18 de noviembre de 1998 (*RAr.*, núm. 7969) se contempla un curioso caso de pacto en Canarias, vigente ya la Ley canaria de aguas de 1987, de aceptación contractual de mutuas afecciones en los respectivos aprovechamientos de aguas subterráneas, discutiéndose su posible eficacia frente a tercero, que se niega en ese caso. También se percibe muy bien el sesgo romanista y favorable al principio de accesión, en detrimento del de ocupación, en la sentencia civil del TS de 5 de noviembre de 1990 (*RAr.*, núm. 8522) y en la curiosa sentencia civil del TS de 13 de diciembre de 1985 (*RAr.*, núm. 6526), y en la sentencia contencioso-administrativa de 17 de febrero de 2004 (*RAr.*, núm. 3159).

Afortunadamente, también otras sentencias del TS, de las que cito alguna en el mismo lugar de mi libro de 1996, afirmaron o explicaron bien, aunque sin sólida o detenida argumentación, que las aguas eran *res nullius* antes del alumbramiento y que correspondían al alumbrador, aunque fuera persona distinta del dueño del terreno. Cfr., por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 28 de febrero de 1968 (*RAr.*, núm. 1226); de 8 de octubre de 1970 (*RAr.*, núm. 3792); de 28 de mayo de 1986 (*RAr.*, núm. 4470); de 4 de marzo de 1998 (*RAr.*, núm. 2290) y la sentencia civil de 28 de octubre de 1994 (*RAr.*, núm. 7873).

(11) Obsérvese además, que cuando el pozo era alumbrado por una persona casada en régimen de gananciales (el marido, por ejemplo) en una finca privativa suya, había que pensar que mientras que si jugaba el principio de accesión el pozo sería siempre de su exclusiva propiedad y privativo, si podía entenderse, en cambio, que jugaba el principio de ocupación, lo que sería, según explico, lo más común para los *pozos artesianos*, la consecuencia sería, entonces, al menos en la mayoría de los supuestos, la de que el pozo alumbrado devendría bien ganancial y por así decir propiedad por mitad del otro cónyuge. He explicado el problema, aunque para el similar supuesto del descubrimiento de un tesoro en finca privativa de persona casada con gananciales, en mi tesis doctoral *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, págs. 391 a 393. Ni que decir tiene

errónea concepción o interpretación prevalente en la práctica debió desalentar un tanto los alumbramientos de aguas subterráneas realizados por personas o empresas diversas de los dueños de las fincas y que el legislador de 1879 había pretendido, inteligentemente, estimular.

B) LA DEBILIDAD DE LOS TÍTULOS DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN ESTA ETAPA HISTÓRICA

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 durante más de un siglo para intentar controlar y poner algo de orden en el incesante incremento del uso y aprovechamiento de aguas subterráneas en nuestro país.

Si prescindimos del Archipiélago canario o de otros territorios con normativa especial o, en el Derecho general, de supuestos excepcionales de alumbramientos a distancia menor de la legalmente establecida (12), el intento más serio de dotar a la Administración española de instrumentos jurídicos eficaces para controlar o influir algo en el aprovechamiento de aguas subterráneas se dio 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

que estos problemas son todavía relevantes hoy para determinar la titularidad de los actuales pozos de propiedad privada.

(12) Algunos preceptos legales, en efecto, establecían unas distancias mínimas a las que se podían alumbrar aguas subterráneas, como las de 40 metros o 100 metros, según los casos, y conforme al artículo 24 de la Ley de Aguas de 1879. Cfr. también, artículo 25 del Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces de 1958 (Decreto de 14 de noviembre de 1958). O el artículo 236 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, contenido en el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, en relación con el artículo 590 del Código Civil. En cuanto al comentario y la jurisprudencia sobre estos preceptos, véase mi libro de 1996, págs. 272-273. Sólo entenderse que en algunos de estos supuestos sí era admisible el alumbramiento de aguas subterráneas a distancia menor de la legal, pero con previa autorización administrativa para ello. El sistema legal era, por tanto, entonces, de adquisición de aguas subterráneas *nullius* por ocupación o por accesión, pero a través de una autorización administrativa y su consiguiente expediente administrativo. Lo que se entiende de menos difícilmente si se presupone la noción de la ocupación como el modo de adquirir la propiedad de las cosas vacantes de posesión y faltas de dueño por un acto o hecho jurídicamente suficiente (el alumbramiento, aquí) y en las condiciones de la ley. Un concepto de ocupación prescindiendo de los tres requisitos clásicos (*corpus; animus; res nullius*). Este es el concepto de ocupación que propuse (y propongo todavía) a la doctrina en mi tesis doctoral de 1980. Véase la nota núm. ... del presente trabajo relativa al Derecho especial canario.

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 subterráneas), 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 (13).

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 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 usucapión, 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. Podría resumirse toda esta persistente orientación jurisprudencial afirmando que el alumbrador clandestino también adquiría la propiedad privada de las aguas alumbradas, pese a calificar retóricamente como *abusivo* al aprovechamiento las normas administrativas (14).

(13) Este Registro de Manantiales sigue presentando hoy mucha importancia porque nos proporciona todavía los aforos de los pozos antiguos justificados con el valor de un documento público y, con ello, proporcionan una información oficial que, cuando existe, debiera ser tenida muy en cuenta por los tribunales en los continuos pleitos sobre aguas subterráneas que los pozos producen. Por desgracia, la falta de claridad de ideas que se instaló en la Ley de Aguas de 1985 y que ha acabado impregnando a alguna jurisprudencia conducen a veces a una cierta depreciación probatoria, casi siempre injusta, de las certificaciones sobre los aforos de los pozos inscritos en los Registros de las Jefaturas de Minas. Es muy significativa, al respecto, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 12 de mayo de 2004 (*RAR.*, núm. 4716), que deja injustamente de tomar en consideración una de estas certificaciones. Por lo demás, me han llegado noticias de que en algunos lugares la Administración minera se resiste u opone dificultades a emitir estas importantísimas certificaciones sobre pozos antiguos. Quizá para dar mayor fuerza a los escritos de solicitud a la Administración, convenga recordar a ésta su posible responsabilidad penal, en caso de negativa injustificada, con base en el artículo 412, apartado 3.º, párrafo 3.º, del vigente Código Penal de 1995.

(14) Cfr. mi libro de 1996, págs. 260 a 273, con minuciosa exposición de la jurisprudencia pertinente. O también similar explicación recogida por DEL SAZ CORDERO, Silvia,

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, en principio discontinua, de agua; a un volumen de agua por unidad de tiempo que incluía sobre todo las aguas futuras que allí habrían de brotar en lo sucesivo (la propiedad de un chorro de agua), y volumen concreto de agua que debe ser precisado porque, de no hacerse así, sería imposible delimitar ese derecho de otros derechos próximos y, en definitiva, sería imposible protegerlo con rigor 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 o de menor trascendencia económica 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 adquiría todas las aguas subterráneas que consiguiera llegar a ocupar sin mermar las aguas de otros derechos o aprovechamientos preexistentes (15). Quizá los artículos 384 y siguientes del

«¿Cuál es el contenido de los derechos privados sobre las aguas subterráneas?», en el Libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, 2002, págs. 68 y 86. El libro Blanco del Agua de 2000 ha recogido también esa explicación mía sobre el fracaso ante los tribunales del Registro de Manantiales instaurado en 1934. Cfr. su pág. 340.

(15) Cfr. mi libro de 1996, págs. 246 a 257. En esa explicación critico la bastante diversa de la aquí ofrecida y que en 1968 había dado Alejandro NIETO GARCÍA en un importante artículo suyo en la Revista de Administración Pública, y explicación que, como allí mismo indica, ha tenido bastantes seguidores entre los administrativistas. NIETO GARCÍA venía a pensar que el alumbramiento daba al alumbrador un mero interés y que sólo la toma de posesión de los caudales otorgaba la propiedad privada sobre ellos, pero en su parte sólo superficial y artificialmente conducida. Frente a ello, propuse y propongo que, más probablemente, como he explicado al principio de este trabajo, era el alumbramiento lo que otorgaba el derecho de propiedad sobre la corriente de aguas subterráneas y, sobre todo, que ésta era inescindible como tal corriente de agua (normalmente discontinua e impulsada por la fuerza de un motor) en su tramo oculto bajo tierra y en su tramo ya extraído y conducido por la canalización. La corriente completa de agua con sus dos tramos era y es el objeto del derecho de propiedad sobre las aguas alumbradas. Por eso, como también expliqué en mi libro de 1996, el TS reconoce en ocasiones la acción reivindicatoria a los dueños de pozos de aguas privadas que reclaman la restitución de las mermas de caudal que se les causan desde otros pozos. Es el tramo oculto de la corriente de aguas privadas el más vulnerable y el que con mayor urgencia necesita una protección enfática por el Derecho. Otra cosa es, como se ha explicado al principio de este trabajo,

Código Civil, sobre deslinde de propiedades inmuebles, podía prestar también algún auxilio interpretativo, al menos por analogía. 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 (cfr. art. 23 de la Ley de Aguas de 1879). Los tribunales o bien, hay que suponer, a veces también los acuerdos amistosos entre vecinos, anteriores o posteriores al alumbramiento, 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 de 1879, 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. A la formidable expansión de la explotación de las aguas subterráneas ha acompañado, y por las mismas razones explicadas, una tradicional despreocupación por la progresiva contaminación de los acuíferos (16).

que una cierta toma de posesión de la corriente descubierta por el alumbrador se hiciera necesaria para precisar la cuantía de la corriente de agua adquirida por éste por ocupación. Recientemente, DELGADO PIQUERAS y GALLEGÓ CÓRCOLES parecen dar a entender, recordando las opiniones del profesor NIETO y la mía, que el TS habría venido a dar la razón más bien al primero, lo que no creo que sea cierto en general si se leen con cuidado las dos opiniones doctrinales recordadas y las doctrinas invocadas por el TS, que no creo que hayan negado nunca, éstas últimas, al menos frontalmente y con argumentos estimables, la explicación que di en 1996 y que mantengo todavía. Cfr. De estos últimos autores, su libro *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Albacete, 2007, págs. 73 a 78.

(16) En dicho sentido, en general, y bastante crítico con las soluciones legales sobre ello, que tiende a considerar insuficientes, SANZ RUBIALES, Íñigo, *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1997, 261 págs. Cfr. también CALVO CHARRO, María, *El régimen jurídico de los humedales*, Madrid, 1995, págs. 123-124.

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 o incluso urbanizaciones, 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 manantiales 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 que se denominó 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 peligrosa situación fue uno de los factores que en mayor medida propiciaron 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 pasado a aguas que se consideran ahora (con criterio discutible: cfr. art. 23 de la Ley de 1879) subterráneas privadas (17). 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 y firme aseguran en este momento del todo la pacífica posesión de las aguas. Hay una sensación de crisis o de impotencia en este ámbito de nuestro sistema legal de protección de los derechos subjetivos. Nadie está del todo seguro con su pozo o su agua superficial en la actual situación y nadie está tampoco de verdad a salvo de que otros le contaminen sus aguas. Frente a la lenta maquinaria de la Justicia algunas empresas perforadoras ofrecen hacer el nuevo pozo más profundo en un solo día, y la contaminación de los acuíferos puede producirse en lugares y por razones muy diversas y muy difíciles de controlar.

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 pozos más profundos y

(17) Cfr. sobre este difícil problema, completamente desatendido por la doctrina y parece que no discutido ante el Tribunal Supremo, mi libro de 1996, págs. 282 a 287.

bombas extractoras más potentes y puedan pagar mejores abogados para defender lo conseguido con ellas. Hoy en día se hacen sin dificultad pozos de 700 u 800 metros de profundidad. Se ha hablado y escrito sobre una *guerra de profundidades*. 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, lo mismo con los tecnócratas del franquismo, que con el PSOE, que con el PP. La Administración, tanto en el Libro Blanco de las Aguas Subterráneas de 1994, como en el Libro Blanco del Agua de 2000 ha hecho un honesto esfuerzo por informar seriamente de todo este proceso, que, naturalmente, no se ha producido, por lo demás, en todas partes con igual intensidad.

II. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA REFORMA LEGAL DE 1985 Y DE LAS REFORMAS NORMATIVAS POSTERIORES

A) SIGNIFICADO TÉCNICO DE LA REFORMA LEGAL DE 1985 Y SU CRÍTICA

a) *La opción legal establecida y la amplia irretroactividad del sistema*

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 por entonces en la cifra de medio millón (18).

La vigente Ley de Aguas de 1985, Ley 29/1985, de 2 de agosto, 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 presentaba, en su Preámbulo y en sus dos primeros artículos, como publificadora de todas las aguas, todas ellas pertenecientes, se afirma repetidamente y con toda razón, a un único ciclo hidrológico. Sin embargo, la publificación o dominialización (19) de todas las aguas que pretendidamente hace la Ley de 1985

(18) Cfr. LLAMAS MADURGA, Ramón, y CUSTODIO, Emilio, en *Informe científico técnico sobre el Proyecto de Ley de Aguas*, 1985. Y sobre ese informe, mi libro de 1996, pág. 95, nota 24.

(19) Advierto al lector de que personalmente me resisto a utilizar el término «dominialización», de uso ya muy mayoritario entre los juristas españoles, pero que es palabra italiana introducida sobre todo por comodidad y creo que sin una reflexión seria, y que, aunque ya aceptada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, no está todavía, por fortuna, en la Constitución ni en el Código Civil, ni en las leyes españolas más importantes y genuinas sobre dominio público. Con el término «dominialización», que reconozco también discutible, y que usan también otros autores, soy fiel a lo que me enseñó en las aulas universitarias el profesor GUAITA MARTORELL, Aurelio.

queda muy desvirtuada por los criterios adoptados en las disposiciones transitorias de la mencionada Ley. Estos criterios, en efecto, insertos además en un contexto legal muy desafortunadamente diseñado (20), han sido el de

(20) Conviene recordar que antes del actual Texto Refundido de Aguas de 2001, la Ley de Aguas de 1985 afirmó a la vez, en su Disposición Derogatoria, derogar absolutamente la Ley de Aguas de 1879 y derogar el Código Civil sólo en cuanto a sus artículos 407 a 425 y sólo *en cuanto se opongan a lo establecido en la presente ley* (Disposición Derogatoria, apartado 1, párrafo 3.^o), pero a la vez que afirmaba, incoherenteamente, en su Disposición Final 1.^a, que *en todo lo que no esté expresamente regulado por esta Ley, se estará a lo dispuesto por el Código Civil*. La triple afirmación legal producirá perplejidad a cualquier jurista sensato que conozca algo del Derecho de aguas, primero por las dos fórmulas utilizadas, tan diversas e incompatibles, para mantener cierta vigencia del Código Civil, y segundo, porque los señalados artículos 407 a 425 del Código no eran o son sino un resumen fidelísimo de la regulación de la Ley de Aguas de 1879, sin la que ese resumen fidelísimo no termina de entenderse del todo. Hubiera tenido mayor lógica, por eso, derogar absolutamente esos artículos del Código Civil y mantener vigente, en lo no contradictorio con la nueva Ley de 1985, la Ley de 1879. Como he explicado en mi libro de 1996 (cfr. pág. 369) la explicación de todas estas irrazonables afirmaciones legales se encuentra muy clara en la explicación que Emilio PÉREZ PÉREZ, uno de los principales autores de la Ley de Aguas de 1985, dio de la cuestión en un libro suyo de 1991. Explicaba allí el autor que la propiedad privada subsistente sobre algunas aguas se regiría sólo por el Código Civil y no por la Ley de Aguas de 1879 y que el Código Civil se aplicaría en dichos supuestos como «Derecho supletorio». Cfr. sus *Comentarios a la Ley de Aguas de EDERSA*, dirigidos por el profesor ALBALADEJO, 1991, págs. 8 y 69. No cabe otro comentario sobre tan insólitas afirmaciones que el de que PÉREZ PÉREZ consideraba, cuando redactó la Ley de 1985 y después, que las leyes posteriores que derogan expresamente a otras se harían sólo por eso retroactivas salvo en lo que establecieran expresamente en contrario y que *Derecho supletorio* era o podía ser el Derecho aplicable a derechos constituidos antes de la entrada en vigor de la ley nueva y fruto de la retroactividad expresamente establecida por el legislador. O sea, que este autor, considerado por algunos como un gran especialista en Derecho de aguas, ignora (o ignoraba entonces, pero todavía no ha rectificado estos tremendo errores) lo que es la derogación de las leyes y la irretroactividad de las leyes y el Derecho supletorio. Es evidente que la no retroactividad parcial de la Ley de Aguas de 1985, sobre todo en relación a las aguas privadas, supondrá hacia el futuro cierto tipo de «vigencia» especial para esas aguas privadas de las soluciones de la Ley de 1879, por muy derogada que esté formal y expresamente, y también por cierto del Código Civil, y no entonces como *Derecho supletorio*, digan lo que dijeron las dos fórmulas de derogación de nuestro primer cuerpo legal usadas por la Ley de Aguas de 1985. Esas dos fórmulas de derogación que se habían utilizado simplemente delimitaban el grado de coexistencia del Código Civil con la Ley de Aguas de 1985, no en cuanto al ámbito de irretroactividad de esa Ley, sino en cuanto al grado de coexistencia de su eficacia normal o general con la del Código Civil que se quería respetar como —ahora sí— Derecho supletorio o complementario. Además de ello, cuando explique la llamada *protección administrativa* en la parte final de este trabajo, se verá que los autores de la Ley de Aguas de 1985 no tenían claras las funciones o potestades de la Administración en relación con las aguas ni la delimitación entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa en relación también con las aguas, en particular.

El Texto Refundido de aguas de 2001 ha reducido, pero no suprimido del todo, la defectuosa construcción de estos muros maestros de nuestro ordenamiento de las aguas. Ha derogado, en su propia Disposición Derogatoria, la Ley de 1985, y con ella, la derogación expresa y completa de la Ley de Aguas de 1879 y la derogación del Código Civil en los

genérica irretroactividad respecto de las aguas privadas (apartado 1.^º de la Disposición Transitoria 4.^a como regla general de irretroactividad y Disposiciones Transitorias 2.^a a 4.^a, también hoy del TR de aguas de 2001) y el de genérica retroactividad, atenuada a ciertos efectos importantes, respecto de las aguas públicas (Disposición Transitoria 1.^a, también hoy del TR). Aunque la irretroactividad de la Ley para las aguas privadas se enfrenta a las inercias y concepciones de muchísimos funcionarios de la Administración hidráulica y de un amplio sector de la doctrina administrativista, lo cierto es que no puede dejar de significar una fuerte pervivencia en ese ámbito de la Ley de Aguas de 1879 y del Código Civil y de sus planteamientos eminentemente civilistas.

Según la interpretación de las Disposiciones Transitorias 2.^a a 4.^a, que parece más sólida y que sostienen la mayoría de los autores, además del Tribunal Constitucional (sentencia 227/1988, Fundamentos Jurídicos 6 a 8) (21) y que presuponen muchísimas sentencias del Tribunal Supremo, los titulares de algún derecho sobre aguas privadas tuvieron durante tres años 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 cincuenta años en una preferencia para la obtención de una concesión administrativa sobre las mismas aguas (publificadas, por tanto), o bien, por el contrario, si lo preferían, seguir disfrutando sus derechos de propiedad privada *en el mismo modo y forma que hasta ahora*, indefinidamente, pero también con las limitaciones impuestas por los números 3.^º y 4.^º de dichas Disposiciones Transitorias y sin gozar de una pretendida *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 dio a elegir entre regir sus aprovechamientos indefinidamente por la Ley antigua con ciertas importantes y oscuras limitaciones añadidas o regirlos por la Ley nueva plenamente, pero reducidos sus derechos de propiedad por esas mismas oscuras limitaciones y abocados a transformarse en concesiones

artículos 407 a 425 y sólo en lo contradictorio con la Ley de 1985, pero ha mantenido la Disposición Final 1.^a de dicha Ley de 1985 y su idea de que el Código Civil sigue vigente en lo que no haya sido *expresamente* contradicho por *esta Ley*. Queda ahora, por tanto, la irrazonable derogación absoluta de la magnífica Ley de Aguas de 1879 (cfr. art. 2, apartado 2.^º, inciso 2.^º del Código Civil) y una, escasamente coherente con ésta, amplísima vigencia del Código Civil (de interés para las aguas privadas, sobre todo) como Derecho supletorio. Cfr. mi nota crítica al libro de PÉREZ PÉREZ, *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, de 1998, en el Anuario de Derecho Civil, julio-septiembre de 2000, págs. 1054-1072.

(21) Para una valoración de esta estimable y trabajada sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, que flojea en cuanto a las cuestiones de Derecho Civil, véase mi comentario y valoración en mi libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Publicaciones Universitarias de Zaragoza, 1990, págs. 139 a 253.

administrativas (en públicas las aguas, por tanto), una vez que transcurrieran cincuenta años (22).

(22) En otro sentido, la opción legal regulada en la Ley vigente está muy contaminada por la equivocada teoría de que la propiedad privada del agua sería, según algunos, en realidad sólo un derecho real del aprovechamiento del agua; se apoya excesivamente en la novedosa y endeble noción de «protección administrativa»; y está, en general, muy defectuosamente redactada y regulada, haciendo muy difícil la delimitación entre las jurisdicciones ordinaria y contencioso-administrativa en estas cuestiones y muy oscuro el posible significado y alcance de las resoluciones administrativas y sentencias judiciales sobre todo ello.

Sin poder argumentar con detalle sobre todo esto en un trabajo de las dimensiones del presente, explicaré que, para cuando todavía no estaba vigente la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 10/2001, que analizo posteriormente, había considerado como solución menos mala la de entender que la resolución administrativa estimatoria de la inmatriculación temporánea (dentro del plazo de los tres años) de un derecho sobre aguas privadas en el Registro de Aguas cerró legalmente el Catálogo de aguas privadas de modo definitivo para dicho derecho de propiedad y de forma rígidamente vinculante para la Administración y para los tribunales. El cierre del Catálogo sería el efecto constitutivo e irreversible del ejercicio de una facultad potestativa de modificación jurídica implícita en la opción legal reconocida por el legislador. En cambio, parecía bastante defendible que los derechos sobre aguas privadas inadmitidos por la Administración en el Registro de Aguas conservaran una segunda oportunidad de inmatriculación directa en el Catálogo de aguas privadas pese a la existencia de la previa solicitud de inscripción del derecho en el Registro de Aguas, que no había dejado de ser ejercicio de la opción legal potestativa en ese sentido concreto y determinado. La naturaleza potestativa de la opción legal no parece suficiente, en un caso así, y visto el conjunto del sistema legal, para dejar al solicitante inadmitido en el Registro de Aguas definitivamente fuera tanto del Registro de Aguas como del Catálogo. Cfr. mi libro de 1996, págs. 71 y sigs., y 86-88. La sentencia contencioso-administrativa del TS, de 29 de noviembre de 2000 (*RAR.*, 2001, núm. 43), contempla un caso en el que el Alto Tribunal, sin reflexión ninguna sobre estas cuestiones y creo que poco razonablemente, admite que un dueño de pozos de propiedad privada parece que ya inscrito en el Registro de Aguas solicite luego, con algunas variantes respecto de la solicitud originaria, su inclusión o inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas.

Podría completarse esa explicación, afirmando que sentencias contencioso administrativas firmes que nieguen la inscripción y la propiedad privada de determinadas aguas al solicitante de la inscripción en el Registro de Aguas o en el Catálogo no necesariamente producirán cosa juzgada material para dicho solicitante, pareciéndome que, si esas sentencias habían negado la propiedad privada de las aguas por mera falta de prueba de los requisitos necesarios para la inscripción solicitada, debería quedar al solicitante inadmitido, al menos en ciertos casos, el resquicio del llamado peregrinaje de jurisdicciones, de modo que pudiera ejercitarse todavía, ante la jurisdicción ordinaria, acciones declarativas de propiedad o reivindicatorias sobre la propiedad privada de sus aguas. Lo que parece que debería tener vedado la posible sentencia civil firme, lograda tras el ejercicio de dichas acciones, habría de ser la orden directa a la Administración de la inscripción de esas aguas privadas en el Registro de Aguas o en el Catálogo y ello salvo, acaso, que la denegación de la inscripción de la Administración o de la sentencia contencioso administrativa firme se hubieran apoyado decisiva o exclusivamente en la falta de prueba de la propiedad privada del agua del correspondiente solicitante de la inscripción administrativa. Y si el solicitante de inscripción inadmitido hubiera sido al principio solicitante de inscripción en el Registro de Aguas, creo que, para que el sistema mantenga alguna coherencia, incluso con una ulterior sentencia civil firme declarativa de la propiedad privada de sus aguas debería poder pedir sólo de nuevo la inscripción en el Registro de Aguas, pero no ya,

Pero incluso en este último supuesto, la propiedad privada del agua, aunque constreñida ahora también por las limitaciones legales de los aparta-

cambiando ahora su elección inicial, en el Catálogo de Aguas Privadas. No debería poder haber marcha atrás en el ejercicio del derecho potestativo que la ley reconoció al propietario de aguas privadas, aunque sea también discutible si esa irreversibilidad debería entenderse producida ya desde la mera presentación a la Administración de la solicitud de inscripción en el Registro de Aguas (aquí no se regula algo así como una admisión a trámite) o sólo desde la existencia de una resolución administrativa sobre dicha solicitud de inscripción, admitiéndose con anterioridad a ésta última, entonces, que todavía el solicitante de la inscripción hubiese podido retirar su solicitud ya presentada y admitida, acaso con el designio de presentar otra ante el Catálogo. Ya se ve que intentar construir con cierta lógica sistemática el conjunto de las posibilidades de la regulación legal conduce a una complejidad excesiva y al discutible resultado de posibles pleitos de acaso veinte años de duración para que el propietario pueda defender cabalmente su derecho de propiedad sobre las aguas.

La antes citada sentencia contencioso-administrativa del TS, de 29 de noviembre de 2000 (*RAr.* de 2001, núm. 43) sí parece acertar en su afirmación, frente a la petición del Abogado del Estado de que no sustituyese a la Administración en el expediente administrativo de inscripción de unas aguas privadas subterráneas en el Catálogo, de que la propia sentencia podía contener pronunciamiento directo sobre la necesaria inscripción en el Catálogo de esas aguas y en qué medida o circunstancias.

En todo caso, lo que sí es seguro, pero acaso no inútil advertirlo, es que posibles sentencias contencioso administrativas firmes declarando determinadas aguas como privadas y bien hecha su inscripción o en el Registro de Aguas o en el Catálogo de Aguas Privadas no son cosa juzgada frente a personas distintas del solicitante de esa inscripción y luego titular registral administrativo (cfr. art. 222 de la LEC de 2000). De modo que esas personas diversas podrán siempre ejercitar acciones declarativas de la propiedad privada de esas aguas o acciones reivindicatorias sobre las mismas, ante la jurisdicción ordinaria, creo que incluso bajo la nueva Ley 29/1998 sobre la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y contra esos titulares registrales administrativos de las correspondientes aguas privadas.

En todo caso, desde este punto de vista, y pese a tanta complejidad, se comprende bien la irracionalidad de fondo de toda esta regulación. El legislador puso un cauce o examen muy difícil para acceder a un *status* bastante desfavorable (Registro de Aguas) y un cauce mucho más amplio y fácil para acceder al *status* más favorable (Catálogo de Aguas Privadas). Es como si un profesor fijara el aprobado como nota máxima para quienes superasen un difícil examen y concediese de antemano sobresaliente a todo alumno que no se presentase al examen. Y todavía más: es como si el alumno que se presentase a ese examen y no consiguiera aprobarlo, tuviera asimismo garantizado el sobresaliente. Un aprobado para el que hiciese bien el difícil examen y un sobresaliente para el que lo hiciese mal. Adelantando el significado de la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 10/2001, que comenté posteriormente, podría afirmarse, siguiendo con la misma metáfora, que nuestro arbitrario profesor ha puesto más tarde un nuevo examen sin anunciarlo, y del que casi nadie se ha enterado, convocado en el perentorio plazo de tres meses y destinado a los alumnos con sobresaliente, de modo que los que se presentasen mantendrían seguro (o casi seguro) el sobresaliente, pero los que no se presentaron, fueron privados del sobresaliente y quedaron suspendidos. En esto ha desembocado finalmente la irrazonable forma de legislar del legislador de 1985.

Los dos ministros responsables de la legislación de aguas de la democracia, don Julián CAMPO SÁINZ DE ROZAS, del PSOE (1985), y doña Isabel TOCINO BISCAROLASAGA, del PP (1999), han incurrido, en mi opinión, en una clara culpa *in eligendo* al buscar los autores de esta tan difícil reforma legal como lo era la del régimen jurídico de las aguas. Ambos ministros ignoraron también algo que para mí ha sido siempre evidente, como es el que

dos 3.^º y 4.^º de la Disposición Transitoria 3.^a, perduraría como tal propiedad privada durante el mencionado plazo legal de los cincuenta años (23). 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 3.^a, Sección 3.^a, del Tribunal Supremo de 30 de enero y 14 de mayo de 1996, y la de la Sección 6.^a de 18 de marzo de 1999 (24), además de muchas otras posteriores. Alguna otra sentencia califica también, con todo, a la propiedad privada inscrita en el Registro de aguas, creo que sin razón, como derecho *administrativo* (25). La opción legal explicada conllevaba que no se pudieran inscribir derechos sobre aguas privadas en el Registro de Aguas una vez transcurrido el plazo de caducidad de tres años, pero que, en cambio, sí se pudieran inscribir dichos derechos en el Catálogo de Aguas Privadas una vez transcurrido el plazo de los tres años, que para el Catálogo no funcionó como plazo de caducidad (26). El nuevo texto reformado de las Disposiciones Transito-

una reforma legal sería del régimen jurídico de las aguas no pueden hacerla sólo administrativistas, sino que ellos tienen que contar también, ineludiblemente, con civilistas e hipotecaristas. Es útil advertir también al lector que, pese a la amplísima doctrina aparecida en España sobre Derecho de Aguas en los últimos veinte años, no parece que nadie más, aparte de quien aquí escribe, por lo que conozco, se haya preocupado por reflexionar sobre estas graves complejidades que doctrinalmente plantea la opción legal introducida por el legislador de 1985. Y tampoco encuentro críticas claras como la que aquí formulo, pese a que se sabe ya con razonable certeza que el funcionamiento de las disposiciones transitorias de la Ley de 1985 ha sido defectuoso y ha creado muchos problemas que todavía permanecen en gran parte irresueltos. Ha habido y sigue habiendo en esto una gran conflictividad. Dicho funcionamiento bien podría considerarse como desastroso. Pero los políticos, habitualmente mal asesorados, en mi opinión, en estas cuestiones, han mirado siempre para otra parte.

(23) Para una explicación cuidada de esta interpretación, mayoritaria en la doctrina, y según la cual los *aprovechamientos temporales de aguas privadas* son verdaderos derechos de propiedad temporales, véase mi libro de 1996, pág. 435 y sobre todo nota 103 de ese capítulo. En esta misma línea pueden citarse a SÁNCHEZ MORÓN (1985); GUAITA MARTORELL (1986); DE LA CUÉTARA (1989); y DEL SAZ CORDERO (2002). El pensamiento en esto del profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO aparece algo dubitativo y poco claro, aunque más bien parece inclinarse finalmente por considerar los *aprovechamientos temporales de aguas privadas* como meros derechos de aprovechamiento de aguas. Cfr. *Derecho de aguas*, 1997, págs. 144 a 150.

(24) Cfr. las sentencias del TS citadas en el texto en el Repertorio Aranzadi de 1996, núm. 395 y núm. 4368, y Aranzadi de 1999, núm. 3153, respectivamente. Con anterioridad a éstas podría citarse también, en el mismo sentido, la sentencia civil del TS de 14 de diciembre de 1992 (*RAr.*, núm. 10.401).

(25) Por ejemplo, y en ambos casos en afirmaciones que no parecen sustanciales para la argumentación del TS, en las sentencias contencioso-administrativas de 2 de abril de 2001 (*RAr.*, núm. 8987) y de 20 de marzo de 2002 (*RAr.*, núm. 2621).

(26) Sin que obste a ello la existencia del plazo de tres años del artículo 195-2.^º del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986. Cfr., en tal sentido, con cita de otras varias sentencias anteriores en el mismo sentido, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 8 de marzo de 2004 (*RAr.* de 2005, núm. 2935).

rias 2.^a a 4.^a por el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 pudo, pero no consiguió, dejar esto, que era y es una exigencia mínima de racionalidad del sistema legal, definitiva y totalmente claro.

Se conocen ya los datos sobre el ejercicio de la opción que concedieron las Disposiciones Transitorias 2.^a a 4.^a de la Ley de Aguas de 1985 (27). A la vista de esos datos puede estimarse que entre el 10 y el 20 por ciento de propietarios de pozos se inscribieron en el Registro de Aguas y, por tanto, perderán su propiedad privada al final del plazo de los cincuenta años (el 1 de enero de 2036, lo que ha sido precisado por el TR de 2001); y que, correlativamente, más del 80 por ciento de los propietarios de pozos no se inscribieron en el Registro de Aguas y que, por tanto, éstos conservarán indefinidamente la propiedad privada de sus aguas alumbradas (salvo lo que se dirá sobre la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001). Esta explicación, en la que vengo insistiendo desde hace años, se va generalizando en la doctrina, que va comprendiendo que la pretendida dominialización o publicificación de las aguas subterráneas fue más bien una pseudodominalización (28). Salvo las aguas de pozos alumbrados después de 1986 y salvo lo que se explicará sobre la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 10/2001, todas las aguas que eran privadas bajo la Ley de Aguas de 1879 siguen siendo hoy aguas privadas, ya temporalmente (cincuenta años), ya indefinidamente.

(27) Cfr., sobre este asunto, mi libro de 1996, págs. 88 a 97. Han vuelto ha añadir datos al respecto, aunque menos completos que los que aporté yo, pero confirmando su sentido general y explicando que hay todavía (2007) miles de expedientes recurridos y, por tanto, una situación caótica sobre la situación jurídica de los pozos, DELGADO PIQUERAS, Francisco, y GALLEGÓ CORCOLES, Isabel, en *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, 2007, págs. 15-16.

(28) Estas Disposiciones Transitorias 2.^a a 4.^a las he estudiado bastante a fondo en dos libros. El primero, *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1990, 267 págs.; y el segundo *Aguas públicas y aguas privadas*, Barcelona, Editorial Bosch, 1996, 877 págs. El profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO elogió y aceptó casi en su integridad esta interpretación mía sobre esos difíciles preceptos en otros dos libros suyos. El primero, *Titularidad y aprovechamiento de las aguas*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Discurso de recepción como Académico de Número, Madrid, 1995, 302 págs.; y el segundo, *Derecho de Aguas*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, 734 págs. Véase, para el elogio de mi interpretación la pág. 143, nota 108, y para su explicación del asunto, fuertemente inspirada por la mía, págs. 141 y sigs. y 305-306. Han acogido sustancial y explícitamente también mi interpretación, aunque en forma concisa, entre otros varios, PRATS ALBENTOSA, L, en la obra colectiva *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Tirant lo Blanch, 1994, págs. 302-303; y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, en la obra colectiva *Curso de Derecho Civil, Derechos Reales*, Editorial Colex, 2004, págs. 150-151. Hay que decir también en esta misma línea que, contra lo que muchos explicaban o daban a entender o presuponían hasta hace poco, el Tribunal Supremo reconoce ya en muchísimas sentencias la subsistencia en muchos casos de una auténtica propiedad privada de las aguas bajo la vigencia de la Ley de Aguas de 1985.

Es prácticamente unánime la opinión de que el legislador y el Gobierno de la época no dotaron a la Administración hidráulica, ni de lejos, de los medios que hubiera necesitado para abordar con éxito la inmensa tarea de los cientos de miles de expedientes que habrían de representar el cumplimiento de la opción legal de las disposiciones transitorias de la Ley de 1985. Todavía hoy no está del todo acabada esa tarea y hay miles de recursos administrativos y contencioso administrativos pendientes de resolución. Se ha escrito fundadamente sobre un verdadero *caos jurídico* en materia de aguas subterráneas y sobre una muy real *insumisión hidrológica* de los usuarios de las mismas (29). Y podría reconocerse también, a consecuencia de esta reforma legal, el efecto socialmente muy nocivo del descrédito o des prestigio de la ley.

Son cuantitativamente muy importantes las aguas subterráneas privadas en España y casi todas las que lo son hoy parece que van a seguir siéndolo también después del año 2036 (30). Cuando la Ley de 1985 declaró que se

(29) Por LLAMAS MADURGA, Manuel Ramón, quien dirigió un importante proyecto de investigación sobre las aguas subterráneas en el que intervinimos muchas docenas de estudiosos españoles y extranjeros, y en la redacción de las conclusiones finales de dicho proyecto de investigación. Cfr. *El proyecto Aguas Subterráneas: resumen, resultados y conclusiones*, Fundación Marcelino Botín, 2003, págs. 74 y 81-82, en cuanto a las afirmaciones recogidas en el texto. Hay que decir que juristas de mucho prestigio, como Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, o Sebastián MARTÍN RETORTILLO habían hecho desde el principio diagnósticos lúcidos y muy pesimistas sobre el desarrollo futuro de la Ley de Aguas de 1985, con los que coincidió mi modesta opinión en mi trabajo de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, de 1985, titulado *El régimen jurídico de las aguas subterráneas y su proyectada reforma*, págs. 165 y sigs., y 248 y sigs., en particular, para las críticas al proyecto de ley de 1985. Sin embargo, la Ley de Aguas de 1985 gozó de un apoyo mediático enorme y tenaz durante los muchos años de gobiernos del PSOE, apoyo mediático que llegó a convencer a los políticos del PP, y aun después durante el Gobierno de este partido, y contó con los elogios de una serie de juristas de más dudosa autoridad. A la larga, la mala calidad de la Ley de Aguas de 1985 ha resultado inocultable. Hoy, hasta EMBID IRUJO, Antonio, tenacísimo defensor y propagandista de la Ley en multitud de foros durante muchos años ha terminado por reconocer su mal funcionamiento, al menos respecto de las aguas subterráneas, y ha solicitado que se haga una nueva Ley de Aguas. Cfr. su trabajo *A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa*, en *Propiedades públicas*, número extraordinario de *Justicia Administrativa*, 2006, págs. 193-194 y nota 50, y 203 a 205. También PÉREZ PÉREZ, Emilio, uno de los principales autores de la Ley ha llegado a reconocer que la situación actual parece incluso peor que la anterior a la Ley de 1985, aunque, sin capacidad ninguna de autocritica, echa toda la culpa de ello a la Administración y sigue insistiendo tozudamente en que la Ley de 1985 fue una buena Ley. Cfr. «El papel de los usuarios en la gestión de las aguas subterráneas», en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín y Mundi Prensa, 2002, págs. 231 a 233.

(30) El Libro Blanco del Agua de 2000, editado por el Ministerio de Medio Ambiente, alude ya a la probable existencia de un millón de pozos en España y estima que se bombean desde los mismos 5.532 hectómetros cúbicos de agua anuales. Véanse, entre otras, págs. 159 a 166.

integrarían en el dominio público las aguas subterráneas *renovables*, pero dejó de propiedad privada medio millón de pozos, hizo un arriesgado acto de fe considerando que, con semejante lastre, las acuíferos serían capaces de *renovarse* o sobreponerse cuantitativamente y regenerarse de forma natural (cfr. arts. 1 y 2 de la Ley). En realidad, en muchas zonas de España, en 1985 los niveles freáticos llevaban muchos años descendiendo y han seguido descendiendo también después hasta hoy mismo. Explico posteriormente cómo también la calidad de estas aguas privadas de acuíferos sobreexplotados, y la del conjunto de dichos acuíferos, por tanto, se defiende también con dificultad con los instrumentos jurídicos genéricamente previstos en nuestra legislación contra la contaminación del agua.

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 (no de las Comunidades Autónomas). 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 o subterránea 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) (31).

Y obsérvese, para mejor comprender la situación, que todas esas corrientes de aguas alumbradas de propiedad privada (medio millón, al menos), 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 y al margen del Registro de manantiales instaurado por el Decreto de 23 de agosto de 1934. 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, fecha de entrada en vigor de la Ley, y públicas las alumbradas después de esa fecha), pero en la práctica no podía ser más problemático y complejo dicho régimen, siendo como son tan difíciles los problemas de prueba en los conflictos jurídicos sobre el agua y

(31) Cfr., en ese sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en mi libro de 1996, págs. 725-726, 248 y 222.

tan compleja la geología del agua. Por eso también se ha señalado, con una cierta razón, que en muchos humedales se produce la situación paradójica de que sean las aguas subterráneas públicas y las superficiales supraestantes privadas (32).

Por otro lado, la gran heterogeneidad de los resultados que se dieron en las solicitudes de ejercicio de la opción legal de las Disposiciones Transitarias 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 surgieron). Paradójicamente, se optó por los dueños de pozos con mayor entusiasmo por el mantenimiento de la propiedad privada del agua allí donde la conflictividad era mayor y más precisa se hacía la publificación y el intervencionismo administrativo, y viceversa. Y para colmo, la Administración controlada por el PSOE, a la vez que sus políticos pregonaban machaconamente en sus discursos las virtudes del dominio público y de la planificación, abandonaba negligentemente durante los años ochenta y noventa las redes de toma de datos sobre las aguas subterráneas que trabajosamente se habían ido desarrollando los años anteriores (33).

Aunque la Ley de Aguas de 1985 fue recibida por la derecha española como una ley radical y *nacionalizadora* y fue impugnada (sin éxito) ante el Tribunal Constitucional, lo cierto es que fue una Ley políticamente bastante conservadora y que no estuvo a la altura de los tiempos (34). La creciente

(32) Cfr., en tal sentido, la explicación de CALVO CHARRO, María, *El régimen jurídico de los humedales*, Madrid, 1995, págs. 125-126. Afirmo en el texto que la afirmación de la autora que recojo tiene cierta razón, porque, aportando la misma reflexiones útiles, creo que no ha entendido bien la naturaleza residual del carácter de aguas públicas que tienen las aguas subterráneas del acuífero y cómo los derechos sobre las aguas subterráneas recaen como derecho subjetivo sobre una corriente de aguas con un tramo oculto y otro superficial, y cómo ocurre algo parecido con los manantiales naturales, y cómo, por tanto, en las zonas encharcadizas o humedales es esencial tener en cuenta el origen de las aguas, siendo perfectamente posible que sean aguas privadas en cierta proporción y públicas en otra proporción.

(33) Cfr. Libro Blanco del Agua, Ministerio de Medio Ambiente, 2000, págs. 97 a 100.

(34) Desde antes de la elaboración de la Ley de Aguas de 1985 existe una línea de pensamiento más radical o progresista, que no fue atendida por el legislador ni entonces ni después, acaso por un excesivo miedo a incurrir en vulneración del artículo 33-3.^º de la Constitución. En un importante trabajo del año 1968, publicado en la RAP, Alejandro NIETO GARCÍA decía que eran muchos quienes reclamaban la publificación de las aguas subterráneas, aunque no citaba a nadie en particular y creo que se debía tratar más bien de ingenieros o funcionarios que de juristas con prestigio o con obra significativa en esta materia. En la fase de elaboración de la Constitución el profesor Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, entonces senador constituyente, intentó, sin éxito, incluir todas las aguas continentales, incluidas las subterráneas, en el dominio público (art. 132 de la Constitución). En mi tesis doctoral de 1980 (*Ocupación, hallazgo y tesoro*, Editorial Bosch, Barcelona, pág. 644) solicité también la publificación o nacionalización de todas las aguas subterrá-

conciencia ecológica de la sociedad y de la comunidad científica, el cada vez menos discutido cambio climático que se avecina, así como el Derecho comunitario, empujan en el sentido de una más seria y activa y profesional intervención de la Administración hidráulica en la explotación de las aguas subterráneas. Recuérdese que el artículo 4-1.º, 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 quince años, aunque ciertamente que con posibles prórrogas y excepciones, que habrán de debilitar bastante la imperatividad de dicha norma. Sin embargo, una sustancial recuperación de nuestros acuíferos más esquilados en tan breve plazo no parece posible sin una reforma radical de la legalidad actual, que yo había propugnado en trabajos míos anteriores. Muchas situaciones de sobreexplotación producidas parecen ya sustancialmente irreversibles.

b) *El binomio autorización de investigación-concesión de aguas públicas*

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, en paralelo a la legislación minera, el acceso a una concesión administrativa a través de una previa autorización administrativa de investigación). Hoy hay que referirse a los artículos 2, 54 y 73 a 76 del Texto Refundido 1/2001, de 20 de julio. Es importante entender que la principal ventaja de este nuevo sistema

neas y desde entonces vengo manteniendo esta tesis en numerosos trabajos sobre la materia, aunque mi mejor conocimiento actual de cómo funciona la Administración hidráulica no ha dejado de erosionar un tanto mi fe en esa solución que todavía propongo. Recientemente, ante el evidente fracaso de la Ley de 1985, van surgiendo algunas opiniones en esta misma línea, como las de SAZ CORDERO (2002) y CALVO CHARRO (1995 y 2003). En 2003, el profesor LLAMAS MADURGA, recogiendo en un pequeño libro unas conclusiones de los esfuerzos y reflexiones de más de cien especialistas españoles y extranjeros sobre la situación de las aguas subterráneas en España (un Proyecto de Investigación que ha durado tres años), y a pesar de ser persona de ideología liberal conservadora y muy entusiasta del liberalismo económico, considera imprescindible superar el actual «caos jurídico»; que la mayoría de los acuíferos españoles están con sus «condiciones perturbadas»; y que se hace necesaria una intervención más activa de la Administración, cuya reforma institucional reclama; y aunque no llega a reclamar la publificación o dominialización de todas las aguas subterráneas, declara que son un «bien colectivo» y un «patrimonio común». En fin, insiste en la necesidad de «protección» y de «gestión sostenible» de las aguas subterráneas. Se trata del libro de dicho profesor *El Proyecto Aguas Subterráneas: resumen, resultados y conclusiones*, Fundación Marcelino Botín, Madrid, 2003, 101 págs., y para las conclusiones, en particular, págs. 73 a 93.

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 subjetivos y reales sobre aguas subterráneas en todo caso.

La concreta 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 otorgará un derecho, del que quedará constancia documental pública y precisa, 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 debería poder poner algo de orden en teoría 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 sus efectos jurídicos con base legal son insignificantes) y si se consigue hacer funcionar la planificación hidrológica (lo que no parece que se esté consiguiendo, porque 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: las determinaciones normativas de los planes de cuenca, contenidas sobre todo en una serie de órdenes ministeriales del verano de 1999, no invitan precisamente al optimismo) (35).

Parte de la doctrina ha advertido con razón que la nueva autorización administrativa de investigación de aguas subterráneas es constitutiva y no declarativa (36). Hay creación de un derecho nuevo por la Administración, aunque en dos fases sucesivas, apareciendo el derecho real administrativo sobre el agua sólo en la segunda, y no mera remoción por ésta de un obstáculo previo al ejercicio de un derecho preexistente del particular. Con estas autorizaciones administrativas constitutivas la Administración atribuye ya un derecho subjetivo y empieza a preparar la creación del derecho para el particular sobre un bien cuya titularidad última retiene ella (el agua subterrá-

(35) Los planes hidrológicos de cuenca se aprobaron genéricamente por el Gobierno en el Decreto 1664/1998, de 24 de julio, correspondiendo las Órdenes Ministeriales de agosto y septiembre de 1999 a que aludo en el texto a los planes del Norte I; Norte II; Norte III; Duero; Tajo; Guadiana I; Guadiana II; Guadalquivir; Sur; Segura; Júcar; Ebro y Cuencas intracomunitarias de Cataluña. Posteriormente, el Decreto 378/2001, de 6 de abril, aprobó el Plan Hidrológico de las Islas Baleares; y el Decreto 103/2003, de 24 de enero, aprobó el plan hidrológico de Galicia Costa.

(36) Cfr. DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, «El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España», 1989, pág. 143; o mi libro *Nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 1990, pág. 22.

nea del acuífero es genéricamente pública o del Estado) y, por tanto, crea o no ese derecho, o debería crearlo, con un gran margen de libertad o «discrecionalidad», que parece existir tanto en la fase de autorización administrativa como en la fase de definitiva concesión. Gracias a este amplio margen de libertad, puede o podría en definitiva la Administración anticiparse al proceso de uso futuro de las aguas subterráneas y programarlo o planificarlo. Otra cosa es que la Administración española no parezca sobrada de energías como para abordar con eficacia esta compleja tarea de la planificación hidrológica.

La reforma del régimen jurídico de las aguas en Canarias ha seguido, en las leyes autonómicas de aguas de 10/1987, de 5 de mayo, y 12/1990, de 20 de julio, las grandes líneas de la Ley estatal de 1985 descritas en lo precedente (37). Es útil advertir que la que fuera Disposición Adicional 3.^a de dicha Ley de Aguas de 1985, relativa a Canarias, y clave en la transformación del sistema legal canario, ha pasado a ser la Disposición Adicional 9.^a en el vigente Texto Refundido de aguas de 2001.

B) LAS LLAMADAS AGUAS SUBTERRÁNEAS «NO RENOVABLES»

Y hay que señalar todavía que la Ley de Aguas (cfr. art. 2, hoy del TR de 2001) ha excluido de dicha genérica publicificación hacia el futuro a las llamadas aguas subterráneas *no renovables*, o aguas *fósiles*, según se suele entender dicho problemático término por la mayoría de la doctrina jurídica, que, por otra parte, suele criticar con toda razón, de forma prácticamente

(37) La originalidad del sistema canario de aguas deriva de que la escasez de las mismas en el Archipiélago, que a principios del siglo pasado eran casi todas aguas subterráneas (hoy las hay desaladas también), obligó a una prematura publicificación de su régimen jurídico. Desde la Real Orden de 27 de noviembre de 1924, dictada durante la Dictadura de PRIMO DE RIVERA, se instauró la necesidad de una autorización administrativa previa para investigar aguas subterráneas que, con ciertos informes administrativos previos, concedían las Comisarías de Aguas. Esta autorización administrativa de investigación de aguas subterráneas se desarrolló después por la Ley de 24 de diciembre de 1962 y por el Decreto de 14 de enero de 1965. El sistema legal era, por tanto, hasta 1987, de adquisición de aguas subterráneas *nullius* por ocupación o por accesión, pero a través de una autorización administrativa y su consiguiente expediente administrativo. Lo que se entiende de menos difícilmente si se presupone la noción de la ocupación como el modo de adquirir la propiedad de las cosas vacantes de posesión y faltas de dueño por un acto o hecho jurídicamente suficiente (el alumbramiento, aquí) y en las condiciones de la ley. Un concepto de ocupación prescindiendo de los tres requisitos clásicos (*corpus; animus; res nullius*). Este es el concepto de ocupación que propuse (y propongo todavía) a la doctrina en mi tesis doctoral de 1980. Que yo conozca, dicho novedoso concepto de ocupación, en mi opinión no rebatido por nadie convincentemente (no, en particular, por Fernando PANTALEÓN PRIETO, que lo intentó sin especial empeño en 1987), ha sido aceptado por mi maestro, José Luis LACRUZ BERDEJO (1979); por José Antonio ÁLVAREZ CÁPEROCHIPÍ (1986 y 2005) y por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE (2004 y 2008).

unánime, 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 mediante lluvia, para declararlas públicas y proporcionarles la mejor protección que la mayor intervención administrativa representa en teoría. Y lo mismo en cuanto a las competencias administrativas para la protección de la calidad del agua, porque la supuesta no renovabilidad de esas aguas ocultas no será garantía de que no se puedan llegar a contaminar. En rigor, leyendo a los biólogos o geólogos que explican estos posibles acuíferos de aguas fósiles parece claro que el principio legal que se les hubiera debido de aplicar hubiera debido ser el de la prohibición absoluta o casi absoluta de cualquier explotación de sus aguas (38).

Es discutido además que haya en España verdaderamente aguas subterráneas fósiles, o acuíferos de gran antigüedad e incomunicados, que algunos autores relacionan más bien con zonas o países desérticos como el Sahara, Libia o Arabia Saudí (39). El Libro Blanco del Agua de 2000 no ha señalado tales acuíferos en nuestro país. En las dos décadas largas de vigencia de la nueva legislación no parece haber aparecido ninguna jurisprudencia sobre alumbramientos de aguas fósiles e incomunicadas. Si fuera cierto que se puede en rigor hablar en España de unas aguas subterráneas *no renovables* (*no fluyentes*, en la terminología acaso más acertada del Proyecto de ley del Gobierno de febrero de 1985) habría que entender, absurdamente, 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), cfr. la Disposición Final 1.^a del TR de Aguas de 2001. O sea, en

(38) Explica PÉREZ COBO, José Carlos, que, en general, la mayor profundidad a la que realmente circula el agua de forma activa es de alrededor de un kilómetro. Más abajo no llega la «capa freática» y no suele poder profundizar el agua, por la gran presión a que están sometidas a esa profundidad las rocas, presión que disminuye la porosidad de éstas incluso cuando tal porosidad existe. Explica que hay dos tipos de acuíferos, lo que explica que se ignoraba en el siglo XIX. Unos menos extensos y más superficiales y con un tiempo de renovación de algunos años o décadas. Estos ofrecen básicamente recursos de aguas renovables, formadas por su flujo, no por su reserva. Otro tipo de acuíferos lo son los grandes y profundos como los existentes en Australia, Arabia Saudita o el Sahara, cuyos tiempos de renovación se miden por miles de años (4000 ó 5000, o incluso 20.000 años). Las aguas fósiles del Sahara, por ejemplo, son las que llovieron en la era glacial, hace unos 10.000 años. Explica PÉREZ COBO que los problemas de explotación de aguas fósiles son graves en todo caso y similares a los de los recursos mineros o no renovables. Opina que, en general, las alternativas a la explotación de recursos de agua no renovables son escasas y económicamente gravosas, ya que, en definitiva, la explotación de acuíferos hasta su agotamiento implica que el agua consumida en la actualidad la estén pagando o la hayan de pagar, de hecho, las generaciones futuras. Cfr. Voz «Agua», «El agua en la Tierra», «Recursos hídricos», en la Nueva Enciclopedia Universal, Durval, S. A., 4.^a ed., vol. 1.^º, 2005, págs. 208-210.

(39) Cfr. POSTEL, Sandra, *El último oasis. Cómo afrontar la escasez de agua*. Traducción de Marita OSÉS, Apóstrophe Divulgación, Barcelona, 1993, págs. 30-31 y 139-140.

lugar de la conveniente prohibición absoluta o casi absoluta de su explotación que recomendaría la ciencia, un sistema de libérrima y prácticamente incontrolada explotación de esas aguas fósiles. Este es uno de los puntos, por eso, en los que más claramente se percibe la falta de claridad de ideas y de rigor de los autores de la muy deficiente Ley de Aguas de 1985.

Este tratamiento legal diferenciado de las aguas subterráneas *no renovables*, como digo irracional en sí y criticado por casi toda la doctrina, puede además contribuir a oscurecer, por diversas razones técnico jurídicas, una regulación jurídica ya suficientemente difícil y compleja. En mi libro de 1996 he señalado algunas de las razones concretas de este posible oscurecimiento legal (40).

C) LAS AGUAS MINERALES Y TERMALES

El apartado 4.^º del artículo 1.^º de la Ley de Aguas de 1985 establecía que «*Las aguas minerales y termales se regularán por su legislación específica*». Estas aguas suelen extraerse de manantiales naturales, o de pozos, o de manantiales reconvertidos en pozos mediante reprofundizaciones u obras en el manantial. El precepto parecía excluir totalmente de la regulación legal de las aguas, a diferencia de lo que sucedía bajo la Ley de Aguas de 1879, y poco razonablemente, a estas aguas también procedentes, como las demás, de los acuíferos. Parecía el precepto dejar la cuestión exclusivamente a la legislación específica sobre esta clase de aguas y a la legislación minera. Por ello, la mayoría de la doctrina, aunque ha habido dudas y polémica, ha entendido limitadamente esa exclusión expresa que formuló la Ley de 1985, y ha aplicado, con razón, en lo relativo a la titularidad y a la protección de dichas aguas, el conjunto de la Ley de Aguas, incluidas sus Disposiciones Transitorias, que mantienen de momento como de propiedad privada, y con fuerte incidencia del Derecho Civil, casi todas estas aguas minerales y termales (41). Esta explicación de la doctrina mayoritaria, aceptada también por la jurisprudencia (42), ha quedado sancionada y robustecida en cierta

(40) Cfr. *Aguas públicas y aguas privadas*, págs. 278 a 282.

(41) Cfr. *Aguas públicas y aguas privadas*, pág. 217 y nota 7. Viene a coincidir sustancialmente con el enfoque que era mayoritario, sobre la cuestión de la titularidad de estas aguas minerales o termales, BARRIOERO MARTÍNEZ, Ignacio, autor de una monografía sobre la cuestión, donde profundiza en diversos aspectos de interés, como el papel en la materia de las legislaciones autonómicas. Cfr. *El régimen jurídico de las aguas minerales y termales*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006. Para la cuestión aludida en el texto, cfr. págs. 171 a 218.

(42) Cfr., por ejemplo, en dicho sentido, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 9 de junio de 2003 (*RAr.*, núm. 7090, ponente: Jesús Ernesto PESES MORATE), muy elaborada y con valiosa información histórica sobre la evolución normativa relativa a

forma con la nueva versión del artículo 1.º del Texto Refundido de aguas de 2001, tras la reforma realizada por la Ley 62/2003, que ha introducido un nuevo artículo 1-2.º y ha retocado el antiguo precepto, que ha pasado a ser ahora el artículo 1-5.º

Los balnearios y el agua embotellada son negocios en alza y que originan complejos pleitos (43). La ministra Cristina Narbona (PSOE), que lo fue hasta abril de 2008, manejó en 2007 un anteproyecto de ley sobre aguas minerales y termales que preveía la publificación o paso al dominio público hidráulico de todas estas aguas, pero el anteproyecto de ley no se llegó a presentar dentro de los plazos de la legislatura correspondiente.

D) SIGNIFICADO DE LA REFORMA LEGAL DE LA LEY 46/1999

La Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de reforma de la Ley de Aguas de 1985, dejó 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 quisieron o supieron abordar la compleja y decisiva regulación de las Disposiciones Transitorias de la Ley de Aguas de 1985 y de las aguas privadas, en particular, con lo que las cosas respecto de las aguas subterráneas siguieron más o menos como estaban hasta entonces. Con optimismo ingenuo y digno de mejor causa, la Exposición de Motivos de la nueva Ley calificaba como un *nítido marco normativo* el establecido por la muy deficiente Ley de Aguas de 1985. En realidad el sistema diseñado por nuestro poco preparado legislador de 1985 es complejísimo (44).

Resultó en su momento un tanto sorprendente la extrema modestia y falta de ambición de esa reforma legal de 1999, sobre todo sabiendo que bajo la sabia coordinación de Francisco Cabezas Calvo Rubio se había elaborado un *Libro Blanco de las Aguas en España*, documento ciertamente 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

aguas minero-medicinales. O también la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 5 de mayo de 2004 (*RAr.*, núm. 3470).

(43) Cfr., por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 4 de julio de 2000 (*RAr.*, núm. 4788); de 27 de septiembre de 2004 (*RAr.*, núm. 5972); o de 21 de octubre de 2005 (*RAr.*, núm. 7359), en un interesante supuesto esta última en el que un balneario no consiguió que los tribunales hicieran respetar un perímetro de protección de sus aguas acaso excesivamente amplio por extenderse el acuífero a una amplia zona intercomunitaria, situada entre Navarra y La Rioja.

(44) Como ha explicado insistentemente el profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO, el administrativista que mayor esfuerzo ha hecho, en mi opinión, por pensar el conjunto del sistema legal de las aguas sin excluir las decisivas disposiciones transitorias. Cfr. su *Derecho de aguas*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 305 y 102.

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 político) 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, 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, el Partido Popular se debió dejar convencer por el PSOE sobre la conveniencia del mantenimiento casi íntegro de la desafortunada Ley de Aguas de 1985. En mi libro de 1996 (45) 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 pareció darme la razón en esto.

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 (art. 55-4.^º TR de 2001), 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 de aguas privadas, 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 53-4.^º (55-4.^º TR) a sólo los concesionarios de aguas públicas, aunque pone plazos al cumplimiento de esta obligación de poner sistemas de medida de consumos y vertidos (cuatro años de plazo), y califica como infracciones graves las relativas a incumplimientos de dicha obligación. Quizá el apartado 4.^º de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a pueda ayudar a resolver la señalada contradicción o discrepancia. Véase también el artículo 42-5.^º, letra a), y 8.^º de la Ley catalana 6/1999, de 12 de julio, de Aguas.

(45) Cfr. *Aguas públcas y aguas privadas*, 1996, pág. 749.

Los ecologistas se refieren a la *revolución del contador*, que suelen reclamar, con bastante razón, en sus escritos y manifiestos. Esta norma del artículo 55-4.^º TR 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 (46). 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 (art. 15 del TR), 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 art. 14 de la Directiva marco 2000/60, de 23 de octubre). Véase todavía, en la misma línea, el artículo 33-3.^º de la Ley del PHN de 2001.

En el artículo 61 *bis* de la nueva Ley de 46/1999, recogido luego en los artículos 67 a 72 del TR de 2001, 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. La principal novedad de esa regulación es que abre nuevas vías, aunque bastante restrictivas, para eludir la innovadora y muy discutible idea de la Ley de Aguas de 1985 de vincular las concesiones para riego a la propiedad privada de las fincas destinatarias del riego (art. 59-4.^º, y hoy art. 61-4.^º del TR de 2001). Contra lo que opina algún autor, creo que es bastante evidente que dicha regulación, que presupone en sus muchos apartados y preceptos 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 (47). Y aunque se hubiera afirmado que esta regu-

(46) DÍAZ MORA, José, informaba en el año 2000 (la publicación se retrasó un par de años) de experiencias muy positivas en la cuenca del Guadiana, donde con el esfuerzo común de usuarios y administraciones se habían instalado ya 4.500 caudalímetros y se tenía la perspectiva de instalar a corto plazo otros 6.000. Cfr. «La clarificación jurídica en los acuíferos sobreexplotados. El caso de La Mancha Occidental». En el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 2002, págs. 254-255.

(47) 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, pág. 281 y sigs. Y una versión ampliada y puesta al día (comentando el Decreto 606/2003) de dicho trabajo puede verse en «La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua», en el libro colectivo en homenaje al profesor AMORÓS GUARDIOLA, Tomo 1.^º, Centro de Estudios del Colegio de los Registradores de la Propiedad, Madrid, 2006, págs. 1209 a 1287. En este trabajo he criticado con cierto cuidado las opiniones de Carlos VÁZQUEZ, en un trabajo suyo publicado en 2000 y que había impartido como conferencia en Zaragoza, autor que pareció presentarse como persona próxima a la labor legislativa o incluso como uno de los autores de esta muy defectuosa reforma legal. Conviene advertir que la mayor parte de la doctrina existente sobre este asunto, prescinde de la situación y jurisprudencia anteriores a la Ley de Aguas de 1985, del cuidadoso análisis de ésta, de buena parte de la restante doctrina existente sobre este asunto respecto de la nueva legalidad vigente (Ley 46/1999) y de la legislación

lación sobre el llamado mercado del agua no era aplicable mientras no se desarrollase reglamentariamente (48), creo que ello no era cierto en absoluto, siendo que la transmisibilidad de los derechos patrimoniales, incluidas las concesiones administrativas sobre aguas, era la regla general en nuestro Derecho (art. 63, párrafo 2.º, del TR de 2001 y arts. 609 y 1.255 del Código Civil). Otra cosa hubiera sido que, si alguien se hubiera aventurado a acogerse a esta irrazonable regulación legal, la falta de regulación reglamentaria presumiblemente hubiera incrementado las dudas en la aplicación o ejecución de unos contratos que a todas luces hubieran podido ser jurídicamente válidos. El Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, ha desarrollado, desde ideas poco claras, esta deficiente y parece que generalmente inaplicada regulación de los artículos 67 a 72 del TR de 2001 (49).

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 (cfr. hoy los arts. 92 y sigs. del TR). 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, aparte de la mayor o menor severidad en la jurisprudencia que se vaya produciendo o en los futuros controles de la calidad del buen estado de las aguas realizados por la Unión Europea.

hipotecaria, que tiene incidencia considerable en la cuestión. De estos defectos participa, en particular, el trabajo más extenso existente sobre la cuestión, que es el libro de NAVARRO CABALLERO, Teresa María, *Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico. Estudio especial del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y de los Bancos públicos del agua*, Editum-Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, 421 págs.

(48) Cfr., en tal sentido, EMBID IRUJO, Antonio, «Evolución del Derecho y de la política del agua en España», en la obra colectiva dirigida por él mismo, *El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Civitas, tomo 1.º, Madrid, 2002, págs. 39 y 42.

(49) El empeño de la Administración en aplicar esta regulación sobre el «mercado del agua», para no dejar mal a sus malos asesores jurídicos autores de la Ley 46/1999, parece explicar que, con los años, hayamos podido llegar a tener noticia de alguna aplicación concreta de dicha regulación legal, a la que no se ve, por cierto, ventajas claras sobre el remedio tradicional de la expropiación de derechos sobre aguas. Se cita por algunos un Acuerdo del Consejo de Ministros, de 15 de octubre de 2004, que autorizó a la Confederación del Júcar a realizar OPAS a través de centros de intercambio de derechos de agua a tal fin constituidos, o una Resolución de 27 de diciembre de 2006 del Presidente de dicha Confederación Hidrográfica anunciando una licitación para un pretendido contrato de adquisición de derechos de uso del agua mediante oferta pública.

E) EL TEXTO REFUNDIDO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1/2001, DE 20 DE JULIO

Este Texto Refundido, que entró en vigor el 25 de julio de 2001, lo elaboró el Gobierno, autorizado para *refundir y adaptar* las sucesivas reformas legales habidas en materia de aguas (aparte de las dos comentadas de 1999 y 2001 había habido otras varias de menor entidad), según preceptos de la Ley 46/1999 (Disposición Final segunda) y de la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de reforma de la Declaración de Impacto Ambiental (Disposición Adicional segunda).

El Texto Refundido ha puesto rótulos a los artículos, con lo que no dejará de influir en su interpretación futura, y en cuanto a las muy importantes Disposiciones Transitorias de la Ley de Aguas de 1985, las ha retocado y modificado bastante, introduciendo algunas precisiones útiles, que disiparán incertidumbres en algún caso, y suprimiendo algún párrafo (por ejemplo, el apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley de Aguas de 1985, o el que era reiterado párrafo 2.^º de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a, que excluía expresamente cualquier obligación compensatoria de la Administración a los propietarios de aguas que ejercitasen su alternativa u opción legal), y dando nueva redacción a otros párrafos con intención de respetar los textos de 1985, pero procurando aligerar la farragosidad y la mala redacción de los preceptos originarios. Una precisión útil que ha añadido el TR es la de fijar el inicio del cómputo del plazo de cincuenta años de protección que las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a ofrecen a los dueños de aguas que se inscribieran en el Registro de Aguas en la concreta fecha del 1 de enero de 1986. En la versión legal de 1985 esto no quedaba claro y más bien parecía que el plazo de cincuenta años habría de empezar a contarse desde que se lograra la concreta inscripción del derecho de propiedad privada sobre el agua en el Registro de Aguas.

Aunque en las supresiones y hasta modificaciones mencionadas quizás se ha sobrepasado algo el estricto encargo de *adaptar* las reformas legales anteriores, y aunque el artículo 83, letra b,) de la Constitución hace especialmente vidrioso que los cambios introducidos por el Texto Refundido se hayan ido a centrar precisamente en las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas, es sumamente improbable que se discuta el nuevo texto ante el Tribunal Constitucional, único Tribunal legitimado, según la buena doctrina, para poder anular parcialmente, en su caso, dicho Texto Refundido, dado su rango legal.

La propia Disposición Derogatoria del Texto Refundido de aguas ha derogado la Ley de Aguas de 1985 y, con ella, la Disposición Derogatoria de ésta, muy deficiente, lo que supone una cierta mejora, como explicaré posteriormente, aunque no se ha recuperado la vigencia, en lo no contradictorio con la legalidad actual, de la vieja Ley de Aguas de 1879, lo que hubiera sido

una bendición para nuestro modesto sistema legal sobre las aguas, lleno de carencias, errores y oscuridades.

En otro sentido, como en la Ley de Aguas de 1985 había dos normas diversas e incompatibles que delimitaban el ámbito de aplicación del Código Civil, de las que una, la Disposición Derogatoria, apartado 1.º, párrafo 3.º, de la Ley, era más reductora (aunque más técnica y lógica) y la otra, la de la Disposición Final 1.^a de la Ley, más expansiva respecto del ámbito de aplicabilidad del Código, y el Texto Refundido sólo ha mantenido esta segunda, suprimiendo la primera, el resultado es que se habrán favorecido para en adelante interpretaciones con mayor incidencia del Código Civil y, por tanto, con un tendencial robustecimiento de la idea de la propiedad privada del agua, y de la propiedad privada de las aguas subterráneas, más en particular. En adelante, el Código Civil se afirma que será aplicable nada menos que en todo lo no *expresamente* regulado en la legislación específica de aguas. Esta norma de significado objetivamente muy liberal contrasta estridentemente con la norma dictada casi a la vez por el mismo Gobierno del PP y contenida en la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional, norma, como veremos, cuasiconfiscatoria de muchas aguas privadas y de la que bien podría decirse que se inspira, paradójicamente, y aunque ignorándolo sus autores, en un marxismo radical.

En las Disposiciones Adicionales del TR, el Gobierno ha incluido una discutible mezcla de algunas de las originarias de la Ley de 1985, junto con otras disposiciones de algunas de las leyes reformadoras de ésta, y haciendo modificaciones en la numeración de los mencionados preceptos.

F) LA LEY 10/2001, DE 5 DE JULIO, DEL PLAN HIDROLÓGICO NACIONAL. REMISIÓN

Escaso interés para nuestro propósito tienen también algunas normas de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de julio de 2001, Ley 10/2001, de 5 de julio, 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 deficiente normativa sobre aguas. La Ley 10/2001 entró en vigor el 27 de julio de 2001, dos días después que el Texto Refundido de aguas contenido en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, en vigor éste desde el 25 de julio de 2001.

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 art. 59-7.^º del TR de 2001), aunque con alguna otra previsión de interés (el apartado 3.^º de dicho art. 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 de 2001 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 prever 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 art. 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. 29-2.º), lo que no parece añadir gran cosa al artículo 79 de la Ley de Aguas, ya retocado también por la Ley 46/1999 (art. 87 TR). 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 4.º, en particular, y art. 111 TR).

En la misma línea, aunque ahora encargando el cometido al Gobierno, mediante Real Decreto, se previó, 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). Parece que este Plan existe ya, aunque ignoro si culminado o en ejecución. Lo que la ministra Cristina Narbona, del PSOE, impulsó, como luego veremos, es el Decreto-ley 9/2006, de 15 de septiembre, con medidas urgentes y coyunturales para intentar paliar la sequía en la cuenca del Guadiana.

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 trasmisos intercuenca), 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 una especie de 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, ya traspuesta a nuestro Derecho,

según explico a continuación. Y el Decreto 1327/1995 estableció, en su artículo 7, un Registro de desaladoras, que todavía no ha empezado a funcionar. Y en los años ochenta y noventa, como vimos que reconoce el Libro Blanco del Agua, la Administración abandonó lamentablemente las redes de toma de datos de aguas subterráneas. 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 o registro 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 y de imprecisión en el que actualmente se encuentra. Cuanto más legisla sobre este aspecto básico nuestro poco preparado legislador, más oscura, embrollada e insuficiente resulta nuestra legislación de aguas. Se echa en falta muy especialmente aquí, de forma acuciante, la intervención en la tarea legislativa de civilistas e hipotecaristas serios.

Ya me he referido anteriormente a la Disposición Adicional duodécima de esta Ley del PHN de 2001, reiterando el artículo 53-4.^º de la Ley de Aguas (art. 55-4.^º TR), 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 1.^º el artículo 51.3 de la Ley de Aguas de 1985 (art. 53-3.^º TR).

A la muy importante Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, que afecta gravemente a muchos derechos de propiedad privada sobre aguas subterráneas de pozos, me refiero al tratar posteriormente, y en un subepígrafe específico, el régimen jurídico de las aguas subterráneas privadas.

G) LA REFORMA REGLAMENTARIA DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO POR EL DECRETO 606/2003, DE 23 DE MAYO

Este Decreto 606/2003, de 23 de mayo, dictado y publicado en la etapa de Gobierno del Partido Popular, ha venido a realizar una reforma parcial del extenso Reglamento del Dominio Público Hidráulico contenido en el Decreto 849/1986, de 11 de abril, ya se ve que dictado por el PSOE pocos meses después de entrar en vigor la Ley de Aguas de 1985. Este extenso y farragoso Reglamento de 1986, muy minucioso a veces en los extremos burocráticos de la regulación pero dictado desde ideas jurídicas poco claras, tiene técnica jurídica sumamen-

te modesta, como se ve, en particular, en que se olvida completamente de las aguas privadas, que tienen una presencia e importancia muy considerables en el país. La Exposición de Motivos del Reglamento de 1986 consideraba ingenuamente que las disposiciones transitorias de la Ley de 1985 eran suficientemente precisas y, por eso, los autores del Reglamento se permitieron olvidarse por completo, y algo frívolamente, de las aguas privadas.

El nuevo Decreto 606/2003 continúa esta misma senda de olvido casi completo de las aguas privadas y de los cauces privados (que también es defendible que los haya) y además anuncia en su Preámbulo que va a hacer una reforma reglamentaria sólo sobre algunas cuestiones concretas, reconociendo que se aplaza de momento la completa revisión de la normativa reglamentaria sobre aguas, entre otras razones, explica, porque todavía estaba pendiente entonces la transposición de la Directiva Marco Europea sobre el Agua de 2000 al Derecho español de rango legal. Es muchísimo, por tanto, lo que, regulado en el Reglamento de 1986, continúa vigente conforme a su versión originaria.

Ni siquiera modificó, por ejemplo, el Decreto 606/2003 el originario artículo 333 del Reglamento de 1986 que permitía sólo, al menos según su letra, la penetración en fincas privadas a los funcionarios de la Administración hidráulica en relación con bienes y aguas de dominio público hidráulico, con olvido de las aguas y cauces y lechos de dominio privado, que eran acaso los supuestos más necesitados de control por los guardias fluviales (pozos de propiedad privada, por ejemplo, sobre los que la Administración podía carecer de toda información y hasta del conocimiento de su existencia). Esta importante y defectuosa norma de 1986 parece haber estado vigente casi veinte años, hasta la Ley 11/2005, de 22 de junio, de modificación del Plan Hidrológico Nacional, que ha dado nueva redacción al artículo 94, apartado 3.º, letra a) del Texto Refundido de aguas, sobre policía de aguas, y que permite por fin entrar a los funcionarios en todos los lugares sujetos a inspección, sin más distinciones, y con respeto, únicamente, a la inviolabilidad de domicilio. Tengo la impresión, con todo, de que los guardias fluviales han entrado libremente en las fincas a controlar las aguas privadas incluso bajo la vigencia del alicorto y deficiente artículo 333 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, que todavía se mantiene formalmente vigente en el texto de dicho Reglamento.

La reforma del Decreto 606/2003 no se preocupó demasiado de las aguas subterráneas. Algunas modificaciones sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas sí que ha introducido el Decreto 606/2003. Hagamos algunas breves alusiones a las mismas.

El Decreto de 2003 ha realizado algunos retoques de modesto alcance en el extenso artículo 171 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986, regulador de la sobreexplotación de acuíferos, y precepto que examino

en un epígrafe posterior. Además, la Disposición Transitoria 1.^a del Decreto 606/2003 estableció que en los acuíferos que, a la entrada en vigor del mismo, contasen con una declaración provisional de sobreexplotación o de riesgo de estarlo, el Organismo de cuenca debería aprobar en el plazo máximo de dos años un plan de ordenación de los recursos como el que regula este artículo 171 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

El Decreto de 2003 ha realizado una regulación mucho más extensa y minuciosa de las autorizaciones administrativas de vertidos en aguas subterráneas, en sus artículos 257 a 259, que reforman los originarios artículos 257 a 259 del Reglamento de 1986. Se amplían, por ejemplo, la regulación del estudio hidrológico previo o la del condicionado de las autorizaciones de vertido en aguas subterráneas. O en el nuevo artículo 257-5.^º se someten a autorización administrativa previa, las recargas artificiales de acuíferos, que es una técnica todavía en fase de experimentación y con unos resultados todavía por ahora bastante problemáticos. El artículo 259-3.^º del Reglamento contempla ahora por primera vez el importante problema de que la autorización de vertidos en aguas subterráneas afecte o pueda afectar a aguas subterráneas transfronterizas.

El Decreto de 2003 ha dado también nueva y más amplia redacción a la regulación originaria sobre el Registro de Aguas y el Catálogo de Aguas Privadas (arts. 189 a 197), lo que afecta a las aguas subterráneas. La nueva redacción de esta normativa hace una descripción más amplia de los derechos sobre aguas públicas inmatriculables en el Registro de Aguas y saca de entre lo allí inscribible o inmatriculable, con buen criterio, las autorizaciones administrativas relativas al dominio público hidráulico. Una autorización administrativa para investigar aguas subterráneas no parece necesario que se inscriba en el Registro de Aguas, como acaso exigían los originarios artículos 189-2.^º y 191-1.^º (aunque el primero de ellos aludía a «autorizaciones especiales», que podía entenderse que fueran sólo las del art. 57-5.^º de la Ley de Aguas, hoy art. 59-5.^º del TR de 2001, lo que sí podía tener sentido). Por otra parte, las autorizaciones administrativas de vertidos en aguas subterráneas o superficiales tienen ya su propio Censo de vertidos regulado en el artículo 254 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico (art. 255 en la versión originaria de 1986), con una remisión parcial a lo regulado en el Registro de Aguas.

El Decreto 606/2003 ha ampliado un poco una modesta regulación sobre reglas formales relativas al Registro de Aguas, reglas formales que imitan vagamente las del Registro de la Propiedad pero se ve que sin entenderlas del todo. Pero en cuanto a la cuestión clave de los efectos de la inscripción de los derechos subjetivos en el Registro de Aguas, como no podía por menos de ocurrir, dado el rango reglamentario de esta reforma, la situación ha quedado igual que antes, resultando que el único y modestísimo efecto que tiene

la inscripción del derecho subjetivo en el Registro de Aguas o en el Catálogo de Aguas Privadas es el de ser medio de prueba del derecho, además de la llamada y muy problemática *protección administrativa* que proporcionaría a sus titulares registrales el Registro de Aguas, según el artículo 80-3.^º del Texto Refundido de aguas de 2001. Vuelvo en un epígrafe posterior sobre esta llamada *protección administrativa*.

Otra reciente reforma del Reglamento de 1986 es la realizada por el Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre, sobre régimen jurídico de la reutilización de aguas depuradas, regulación bastante burocrática o tecnocrática y pensada exclusivamente para aguas públicas, y que podrá tener alguna relevancia también para las públicas subterráneas, sobre todo en el caso de las destinadas al abastecimiento de poblaciones. No tiene relevancia directa para el régimen jurídico de las aguas subterráneas la nueva reforma del Reglamento del Dominio Público Hidráulico realizada por el Decreto 9/2008, de 11 de enero, que ha reformado, con vistas a paliar los daños producidos por las inundaciones, la regulación de los cauces públicos y sus zonas de policía, y que ha incorporado un nuevo título al Reglamento de 1986 relativo a la seguridad de presas, embalses o balsas.

H) LA LEY 62/2003, DE 30 DE DICIEMBRE, DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO EUROPEA DE 2000

La Directiva Marco europea de 2000 ha sido transpuesta al Derecho español por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (Ley de las llamadas «de acompañamiento» de los Presupuestos para el año 2004). Esta Ley 62/2003 ha introducido una veintena de modificaciones o añadidos al articulado del vigente Texto Refundido 1/2001 de aguas, que no suponen en conjunto grandes modificaciones en esta norma estatal sobre las aguas. Se incorporan los «objetivos de protección y medioambientales» a conseguir en cuanto a la calidad de las aguas, así como los plazos y prórrogas para conseguir esos objetivos (arts. 92, 92 bis, 92 ter y 92 quáter, y Disposición Adicional undécima del TR); se extienden los planes hidrológicos a la «demarcación hidrográfica» nueva que se crea, para extenderlos a las llamadas «aguas costeras y de transición»; se crea un «Comité de Autoridades Competentes» para articular la Administración hidráulica con la Administración competente en costas y zona marítimo terrestre; se acogen, a ciertos efectos, una serie de definiciones establecidas en la Directiva Marco y se introducen retoques terminológicos o de contenido en diversos preceptos; y se introduce el principio de recuperación de costes de los servicios hidráulicos en beneficio de la Administración hidráulica (art. 111 bis). Todos estos nuevos contenidos normativos, que recogen

con razonable fidelidad los de la Directiva Marco europea, están ya en vigor en España desde el 1 de enero de 2004 (Disposición Adicional decimonovena de la Ley 62/2003).

Alguna incidencia sobre las aguas subterráneas, sobre todo en las públicas, podrán tener los planes hidrológicos de cuenca, genéricamente aprobados por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, y de los que sus «determinaciones normativas» han ido apareciendo publicadas en diversas, y muy modestas por su contenido, órdenes ministeriales a lo largo del verano de 1999 (50). Como se acaba de indicar, los planes hidrológicos de cuenca van a tener que reformarse y adaptarse a lo previsto en la Ley 62/2003, que ha transpuesto al Derecho español la Directiva Marco europea de 2000, norma que vuelve a enfatizar, por cierto, la importancia de la gestión de los ríos por cuencas y a revitalizar un tanto la mortecina trayectoria de estos planes de cuenca. La Ley 62/2003 va a modificar un tanto el sentido de los planes de cuenca que serán menos en el futuro, débiles intentos de cristalización de criterios para racionalizar la distribución cuantitativa del recurso agua y más vehículo para facilitar los controles por la Unión Europea de los exámenes periódicos que ésta realizará sobre los esfuerzos de nuestra Administración hidráulica por perseguir la consecución de los objetivos de protección ambiental del agua que ha fijado la Directiva Marco. Por lo demás, aunque ésta no mencione los planes hidrológicos nacionales, no cabe deducir de ello que aspire a prohibirlos. No se olvide tampoco que las posibles intervenciones o medidas que pueda adoptar la Unión Europea serán necesariamente subsidiarias de las que los Estados miembros adopten dentro de sus competencias.

Aunque la planificación hidrológica goza en nuestro país de buena prensa y suscitó en los años siguientes a 1985 gran entusiasmo entre algunos jóvenes juristas inexpertos y poco conocedores de la jurisprudencia en la materia y de la crudeza de los conflictos sociales y jurídicos suscitados en la disputa por el agua, la verdad es que hoy por hoy, como en cierto modo ha venido a recono-

(50) En el verano de 1998 el Gobierno del PP se decidió a promulgar un peculiar Decreto de 15.000 folios (con el conjunto de la prolífica información de todos los planes de cuenca), sin carácter normativo e impublicable por su misma extensión en el BOE y del que se pensó publicar resúmenes. Sin cobertura financiera ni priorización de las muchas obras hidráulicas que relacionaba, no comprometía jurídicamente a nada al Gobierno. Anunciaba un incremento de los regadíos enorme, económicamente irrazonable y casi imposible de realizar, y resultaba una actuación gubernamental poco seria, lo que provocó justas críticas de la Ministra de Agricultura Loyola DE PALACIOS a la Ministra de Medio Ambiente Isabel TOCINO y tensiones en el Gobierno del PP. Mientras según los planes de cuenca había previsiones para 1.200.000 hectáreas de nuevos regadíos, la Ministra de Agricultura proponía reducir esa cifra a unas 230.000 hectáreas de nuevos regadíos. Véase sobre el conflicto, el reportaje del diario «El País» de 1 de abril de 1998, o la explicación al respecto de Javier MARTÍNEZ GIL en «Nudos gordianos de las políticas del agua en España», en el libro colectivo *El agua a debate desde la Universidad. Hacia una nueva cultura del agua*, Institución Fernando el Católico, 1999, págs. 114 a 117 y 122-123.

cer el Libro Blanco del Agua de 2000 (51), la Administración hidráulica no tiene, ni con mucho, pese a las ventajas que proporciona la informática, los medios técnicos ni humanos ni los datos sobre el agua que necesitaría para llevar adelante una planificación hidrológica seria y eficaz y, en particular, para controlar los consumos de agua y las actividades contaminantes dentro de las fincas privadas. Recuérdese, en particular, lo que se acaba de explicar sobre las aguas subterráneas. Todo esto es, en esencia, lo que ya desde el principio había advertido la doctrina jurídica más seria, informada e independiente. Muy autorizadamente se ha dicho (52) que este tema de la planificación hidrológica ha sido tratado por algunos con «ampulosidad», o que se ha dado en dicho trato mucho de «exaltación mítica» o de «ilusión tecnocrática».

Personalmente, he defendido siempre que el gran reto no sólo inmediato e ineludible, sino también más importante en cuanto al fondo de los problemas de la gestión del agua en nuestro país, que al fin y al cabo se va a realizar en una geografía de clima árido e inestable y en una sociedad capitalista sin planificación económica e integrada en un mundo globalizado e inseguro, es el del establecimiento de unas redes de datos efectivas y fiables sobre cuantía de los consumos y sobre calidad de las aguas, redes de datos que facilitarían, en cada momento, la correcta toma de decisiones de nuestra Administración hidráulica. Necesita ésta, más que planes rígidos, buena información sobre la variable realidad hidrológica y económica. Los grandes retos de la lucha contra la contaminación del agua y contra la sobreexplotación de los ríos y acuíferos no necesitan tanto planes, que ya los tenemos y cuya modestísima influencia ya se está empezando a demostrar, como una Administración hi-

(51) Se afirma en el mismo (LBA, pág. 337) que la mayoría de los cambios aparentemente radicales de la Ley de Aguas de 1985, y la planificación hidrológica entre ellos, «no han tenido aplicación práctica ni incidencia real alguna», y se da cumplida cuenta, haciendo oportuna comparación con otros países europeos que las necesitarían menos en teoría, de las enormes carencias que tenemos en las redes de toma de datos españolas sobre consumos y sobre estado de calidad de las aguas (págs. 96 a 100 y 203 a 205, sobre todo). Sobre las inmensas deficiencias y carencias del Registro de Aguas: págs. 347 y 614. El diario «*El País*», que se pasó muchos años elogiando en editoriales y artículos (sin conseguir firmas para ello de juristas destacados ni opiniones de calidad) la planificación hidrológica, terminó reconociendo en un artículo de una página completa, y con grandes titulares, que la Administración hidráulica desconocía la ubicación, propiedad, uso y consumo de unos 400.000 aprovechamientos de agua. Recogía el testimonio de Carlos ESCARTÍN, entonces Director General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, quien explicaba cómo la Administración había comprobado la expansión incesante del regadío mediante fotografías obtenidas desde satélite y cómo ello sucedía a la vez que la «inexplicable» desaparición de cauces de ríos. Véase el diario «*El País*» del domingo 9 de mayo de 1999. En enero de 2005 la ministra de Medio Ambiente, Cristina NARBONA ha vuelto a declarar que aún no se sabe «quién usa el agua», ni «para qué», ni «cuánta». Véase el *Heraldo de Aragón* del (último) 25 de enero.

(52) Cfr. Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Derecho de aguas*, 1997, págs. 306 y 273 a 276.

dráulica bien dotada e informada, que no la tenemos todavía. Es cierto que se requiere una cierta visión de conjunto o gestión integrada del agua, pero eso lo proporciona más la buena información que la existencia de planes rígidos proyectados hacia plazos largos. La Directiva Marco es rotunda en la exigencia de las redes de datos, que afirma vendrán a ser «sólida base» para las medidas que se hayan de tomar (Considerando 36 y art. 8). Tras dos décadas de vigencia de la Ley de Aguas de 1985, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre planificación hidrológica es casi inexistente y las pocas alusiones al tema que se encuentran en ella son para afirmar que la inexistencia de plan hidrológico de cuenca no impide la aplicación de los criterios habituales. La primera sentencia del Tribunal Supremo que ha profundizado algo en el tema de la planificación, que es la de 20 de octubre de 2004, ha anulado parte de la Orden Ministerial de 13 de agosto de 1999, que contiene el Plan de la Cuenca del Júcar y parte del Decreto 1664/1998, que es el que aprobó el conjunto de los planes hidrológicos de cuenca.

Tampoco debe dejar de mencionarse que a las aguas privadas, puesto que están íntimamente mezcladas en la Naturaleza con las aguas públicas y pertenecen con ellas al ciclo hidrológico único, les alcanza de modo sustancial o tendencialmente pleno la normativa estatal y comunitaria de protección de la calidad de las aguas. Creo que no les alcanza la misma, con todo, de modo pleno y absoluto, aunque el legislador parezca ser poco consciente de ello, puesto que nunca menciona las aguas privadas en la normativa de protección de la calidad del agua. Pero compárense, por ejemplo, para mejor entender lo que aquí se afirma, una laguna o un pequeño pozo de propiedad privada, acaso con vinculación nula o insignificante con el ciclo hidrológico, y una laguna o un pozo de aguas públicas. En realidad, todo el Derecho comunitario europeo de aguas ignora, acaso por necesidad, no sólo las aguas privadas, sino lo más sustancial de la tradición jurídica romana sobre las aguas y todas las clases de derechos subjetivos sobre las mismas (en particular, también las concesiones administrativas) con los que se trenza y se organiza el conjunto del aprovechamiento del agua en las sociedades liberales y capitalistas en las que el Derecho comunitario tiene que ser aplicado. Esta técnica jurídica, en este sentido tan burocrática y tosca, del Derecho comunitario, requerirá del intérprete, tras la transposición a los Derechos estatales, un amplio margen de flexibilidad interpretativa para discurrir, al resolver los problemas reales, sobre los límites de las diversas clases de derechos subjetivos en presencia.

En la normativa comunitaria destaca la importancia de la ya mencionada Directiva Marco 2000/60, de 23 de octubre, que ha pretendido refundir y reordenar normativa comunitaria anterior, bastante confusa y deficiente, de las dos últimas décadas. Esta Directiva, que señala unos objetivos de calidad del agua bastante ambiciosos, y los plazos para alcanzarlos, y que obliga a hacer planes de cuenca cada seis años, ha sido transpuesta, como se ha indi-

cado, a nuestro Derecho por la Ley 62/2003, y tendrá que ser aplicada por nuestra, por ahora, bastante modesta Administración hidráulica (53). En las tres últimas décadas sí que se ha conseguido que la mayor parte de las ciudades grandes y medianas de nuestro país cuenten ya con estaciones depuradoras de sus aguas residuales, aunque estemos ante un proceso inacabado.

En un trabajo sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas como el presente, hay que plantear en qué medida la nueva Ley 62/2003, que transpone preceptos comunitarios europeos de jerarquía superior al Derecho interno, puede haber modificado el concepto tradicional de aguas subterráneas, concepto no formulado pero claramente presupuesto siempre por el legislador, que las venía entendiendo como las aguas de procedencia subterránea y alumbradas artificialmente por el hombre. No se contraponían a las aguas continentales superficiales, sino que, tras el alumbramiento, pasaban a ser aguas superficiales, aunque evidentemente que con un tramo de su corriente oculto o subterráneo. Pero el objeto de los derechos subjetivos era la completa corriente de agua con un «tramo» oculto (un «cono» de deyección, normalmente, explican los hidrogeólogos) y con otro tramo superficial, que precisamente es el que era susceptible de aprovechamiento.

El nuevo artículo 40 bis del Texto Refundido de Aguas de 2001, introducido por la Ley 62/2003, entre otras definiciones legales, contiene las de «aguas subterráneas», «acuífero», «aguas superficiales», y «masa de agua subterránea», definiciones que se dictan *a los efectos de la planificación hidrológica y de la protección de las aguas objeto de esta Ley*. Aguas subterráneas serían *todas las aguas que se encuentran bajo la superficie en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo*. La zona de saturación no se define legalmente. La «masa de agua subterránea» se define como *un volumen claramente diferenciado de aguas subterráneas en un acuífero o acuíferos*. Y las «aguas superficiales» se definen como *las aguas continentales, excepto las aguas subterráneas; las aguas de transición y las aguas costeras, y, en lo que se refiere al estado químico, también las aguas territoriales*. Por tanto, al menos a los efectos de la planificación hidrológica y de la protección de la calidad

(53) Entre las Directivas europeas anteriores habría que mencionar, al menos, la Directiva 91/271/CEE, que dio lugar a la aprobación por nuestro Gobierno, el 17 de febrero de 1995, del documento administrativo, y no normativo, denominado Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales; y la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre de 1996, transpuesta por la Ley española estatal 16/2002, de 1 de julio, de prevención integrada de la contaminación, y que ha creado la llamada «autorización ambiental integrada». Más recientemente, la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, que es aplicable a la planificación hidrológica, ha transpuesto también la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001. Debe mencionarse también finalmente, aunque ésta no ha sido transpuesta todavía al Derecho español, la Directiva 2006/118/CE, de 12 de diciembre, de protección de las aguas subterráneas contra la contaminación.

de las aguas, la noción de *aguas subterráneas*, con una visión muy estática del problema, parecería circunscribirse a aguas que se encuentren bajo la superficie y en uno o varios acuíferos, pero sólo mientras se encuentren así y allí, dejando de ser subterráneas las alumbradas y extraídas, que pasarían a considerarse «superficiales». ¿Cabe sostener que este es, en general, el nuevo concepto de «aguas subterráneas» del Derecho español?

El interrogante es de mucho calado, porque la respuesta afirmativa supondría una rectificación dogmática muy considerable del muy acertado y lúcido sistema legal vigente desde las Leyes de aguas de 1866 y 1879, sistema legal original y diverso respecto de la tradición romana y respecto del de otros países, en su idea de distinguir nuestro legislador nítidamente el régimen jurídico de los pozos (ocupación) del de los manantiales naturales (accesión o idea parecida), y aquella posible respuesta afirmativa podría acaso tener efectos en cuestiones y problemas muy diversos y difíciles de precisar con antelación.

En mi opinión, hay que sostener al menos que el concepto general de aguas subterráneas, en tanto que objeto de derechos subjetivos y para toda la problemática de su alcance cuantitativo y de los conflictos por la distribución cuantitativa del agua, conflictos que son muy importantes en la práctica en España y mucho más importantes que en los países en los que se ha gestado principalmente la Directiva Marco europea, sigue siendo el concepto tradicional que permite calificar como aguas subterráneas a las subterráneas ya alumbradas y que permite, a la inversa, calificar también como alumbradas a las aguas subterráneas del tramo oculto de la corriente de aguas que todavía no ha salido a la luz. Ese es el concepto que presuponen multitud de preceptos legales del conjunto de la legislación de aguas, incluidas las muy importantes y no modificadas legalmente disposiciones transitorias del Texto Refundido de aguas, y ese es el concepto más ajustado a la naturaleza de las cosas. Habría que invocar para ello el concepto o elemento sistemático de interpretación de las leyes. Una corriente de agua procedente de un pozo se mide por unidades de volúmenes de agua por unidad de tiempo, y sería absurdo a muchos efectos, y contrario a la *ratio* y a la historia de muchos preceptos legales, pretender seccionar esa corriente de agua, prescindiendo de la perspectiva dinámica, en dos partes pretendidamente diferentes y sometidas a dos regímenes jurídicos diversos. Ello iría contra la realidad del agua en la Naturaleza, contra la naturaleza de las cosas.

Responder al interrogante planteado en cuanto a los exclusivos efectos de la protección de la calidad de las aguas (o de la planificación hidrológica organizada con esa finalidad) ofrece mayor dificultad, aparte de por lo tajante de las definiciones legales recordadas del artículo 40 bis del TR de 2001, porque sí que la naturaleza de las cosas muestra innegables diferencias en las posibilidades de tratamiento o de protección de la calidad del agua, según esté

la misma bajo tierra o esté ya en la superficie del suelo. A estos efectos, puede tener algo más de sentido distinguir entre el tramo externo y el tramo oculto todavía de una misma corriente de aguas subterráneas. Y el tramo oculto sólo se forma normalmente cuando funciona la bomba del motor de extracción, estando antes de eso las aguas de ese tramo mezcladas con las otras aguas del acuífero y en situación estática o casi estática, con flujos mucho más lentos que los que el agua alumbrada alcanza sobre la superficie de los terrenos. Aun así, si el agua está muy contaminada en el acuífero, muy contaminada seguirá, en principio, cuando se alumbre y fluya por la superficie, por lo que parece que la cuestión general planteada debería prudentemente remitirse a la concreta casuística que pueda plantearse en la práctica que resulta casi inabordable con antelación en su posible complejidad. En algunos casos convendrá probablemente restringir el concepto legal de aguas subterráneas del artículo 40 bis, letra c), a sólo las aguas subterráneas estáticamente contempladas o no extraídas del acuífero o no alumbradas aún. Quizás debería proponerse para ciertas situaciones una reducción teleológica de la norma. Considérese, además, que aunque la Directiva Marco europea de 2000 es de rango superior al Derecho interno, al ser la Ley 62/2003, que la ha transpuesto, irretroactiva, no puede extenderse su ámbito a todo el conjunto de la regulación legal anterior sobre las aguas subterráneas, por lo que esta última regulación legal y los nuevos criterios legales procedentes de la Directiva Marco deben intentar armonizarse y delimitarse con sus ámbitos respectivos.

El concepto legal de «aguas subterráneas» del artículo 40 bis, letra c), del Texto Refundido de aguas de 2001 creo, por eso, que debe verse como un concepto más bien excepcional y de aplicación que merecería ser prudente y delicada y circunscrita sólo al tratar cuestiones relativas a la protección de la calidad del agua.

I) LA APROBACIÓN DE UN NUEVO REGLAMENTO DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA POR EL DECRETO 907/2007, DE 6 DE JULIO

Como explica la Exposición de Motivos de este Decreto 907/2007, su contenido afecta sólo a la planificación hidrológica y no se desarrolla lo relativo a la Administración Pública del agua. Se trata, por tanto, de una reforma reglamentaria parcial, aunque su Disposición Final primera advierte de que gran número de sus preceptos, que enumera, tienen carácter básico. Entre los años 1999 y 2003 se fueron publicando todos los planes hidrológicos de cuenca y, en el momento de dictarse este Decreto de 2007, ya se estaba procediendo a redactar unos nuevos planes de cuenca.

El Reglamento de la Planificación Hidrológica, que se presenta como nuevo y no como mera reforma del Reglamento dictado por el Decreto 927/

1988, de 29 de julio, incorpora lógicamente toda la regulación sobre planificación de la Directiva Marco europea de 2000, ya transpuesta a nuestro Texto Refundido de aguas de 2001 por la Ley 62/2003. El nuevo Reglamento incluye en su regulación, por tanto, además de una serie de definiciones para la pretendida mejor comprensión de su contenido (art. 3), referencias a las aguas costeras y de transición, junto a las aguas continentales que habían sido tradicionalmente el objeto de la legislación de aguas; la sustitución del concepto de cuenca hidrográfica por el nuevo de «demarcación»; la necesaria inclusión en los planes hidrológicos del análisis económico y del llamado principio de recuperación de costes; el señalamiento de los objetivos ambientales de la protección del agua y sus plazos correspondientes; y ciertas regulaciones incorporadas más o menos recientemente a nuestra legislación de aguas, como las redes de control de datos (arts. 26 y 34); recargas artificiales de acuíferos (art. 53); alusiones a la contaminación difusa (art. 15), de la que se había olvidado la normativa de 1985-1988, regulación de los caudales ecológicos; reservas naturales fluviales (art. 22); o alusiones al cambio climático (arts. 11-4.^º y 21-4.^º). Por supuesto, se alude profusamente en muchos preceptos a la necesaria sostenibilidad y al desarrollo sostenible. Elaborado el Reglamento por la ex ministra de Medio Ambiente, Cristina Narbona, que se rodeó de asesores de ideas ecologistas radicales, el Reglamento resulta bastante tecnocrático y con cierta penetración, acaso excesiva, de terminología y conocimientos científicos y técnicos o burocráticos. Véase, por ejemplo, en dicho sentido, el vidrioso concepto que ofrece el artículo 3 sobre el concepto «recursos disponibles de aguas subterráneas».

Dentro de sus esquemas tecnocráticos, el Reglamento hace continuas alusiones a las aguas subterráneas, aunque no añade gran cosa a lo que ya establecía el Texto Refundido de aguas de 2001, en su versión reformada por la Ley 62/2003. Deroga el Reglamento el artículo 256 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986, que era una mera reproducción del artículo 94, originario de la Ley de Aguas de 1985, porque, como explica la Exposición de Motivos del Decreto 907/2007, el nuevo Texto Refundido de aguas de 2001, en su artículo 100-2.^º, introdujo el nuevo criterio del enfoque combinado en la autorización de los vertidos, por lo que dicho nuevo criterio ha sido necesario recogerlo en el artículo 51 (cfr. también art. 50) del nuevo Reglamento de la Planificación Hidrológica.

En relación a las aguas subterráneas, es reseñable que el nuevo Reglamento ha modificado un tanto la terminología legal, respecto de la que se venía utilizando, y por adaptarse a la terminología de la Directiva Marco europea del agua de 2000, lo que no dejará de producir dudas interpretativas de concretos preceptos. Por ejemplo, suele aludir el Reglamento a «masas de aguas subterráneas» (cfr. arts. 9, 10, 16, etc.) y pocas veces a «acuíferos» (término, con todo, definido en el art. 3), que era la terminología, más con-

creta y acaso preferible, que se venía utilizando hasta ahora. Por ejemplo, desde la preocupación por la protección de la calidad de las aguas subterráneas elude hacer referencias a los acuíferos sobreexplotados, y se refiere sólo a masas de agua subterránea declaradas administrativamente en riesgo de no alcanzar el buen estado de sus aguas (arts. 32 a 34 y 54-2.^o), lo que se superpone pero sin duda con un alto grado de coincidencia en la práctica con la cuestión, mucho más concretamente regulada, de la declaración de sobreexplotación de acuíferos (arts. 56 del TR de aguas de 2001 y 171 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986). En la práctica, el exceso de explotación y el deterioro de la calidad o la salinización de los acuíferos suelen ir unidas. Y el Reglamento (arts. 43 y sigs. y 54) olvida, a la hora de la verdad, regular un expediente o procedimiento administrativo que conduzca a una declaración de riesgo de incumplimiento de los objetivos ambientales en el que se pueda basar una concreta resolución administrativa limitativa de derechos subjetivos e incluso olvida encomendar a los planes hidrológicos la regulación de dicho posible procedimiento administrativo (art. 54-4.^o). Vuelvo sobre la cuestión al tratar la declaración de sobreexplotación de acuíferos.

Aunque para los algo lejanos horizontes temporales de diciembre de 2015 o de diciembre de 2027, el Reglamento recoge el objetivo de garantizar el equilibrio entre extracción y recarga de los acuíferos (arts. 35 y 36) y admite, en ciertas condiciones, que puedan existir descensos de los niveles freáticos de los acuíferos (art. 39). Pero no ha dado el legislador criterios claros y directos sobre si se pueden o no profundizar los pozos y, en su caso, con qué requisitos y en qué casos, lo que, como explico posteriormente, era un problema acuciante en la práctica y que se había planteado en la doctrina y en la jurisprudencia.

En general, como ocurría ya con el Reglamento para la Administración Pública del Agua y la Planificación Hidrológica de 1988 y en realidad con toda la legislación de aguas dictada desde 1985, el nuevo Reglamento es jurídicamente bastante deficiente, aparte de muy poco realista. Es deficiente técnicamente porque sus autores demuestran no conocer la complejidad enorme del sistema legal de las aguas tal y como lo dejó la Ley de Aguas de 1985 y sus muy deficientes disposiciones transitorias. Este sistema legal, además, es un sistema basado en derechos subjetivos sobre las aguas de naturalezas muy distintas y lo importante, por eso, hubiera sido regular con cuidado las medidas que eventualmente puedan llegar a reducir o a limitar o a reconducir el ejercicio de esos derechos subjetivos. En este sentido, las «medidas» que se aportan en la nueva normativa tienen escasa originalidad y perfiles muy difusos en ocasiones. Es muy significativo además que, como ya ocurriera en el Reglamento de 1988, el de 2007 no aluda ni una sola vez a aguas privadas, ni a derechos sobre aguas públicas adquiridos por usucapión, ni a los títulos

históricos sobre aguas (títulos anteriores a 1879), ni al Registro de la Propiedad, ni a arroyos, lagunas, torrentes, cauces o lechos de las masas o corrientes de aguas, etc. Se siguen ignorando olímpicamente los saberes de los civilistas y de los hipotecaristas, y que la regulación del Registro de Aguas y de sus efectos es sumamente defectuosa e insuficiente, y se tiene una visión administrativista simplona y estrecha. Evidentemente, como el estudio de la jurisprudencia muestra todos los días, todas estas realidades complejas que nuestro legislador se obstina en ignorar desde hace más de un cuarto de siglo, no por eso dejan de existir ni pierden su complejidad. Y sin duda que estas graves carencias de la normativa de 2007 suponen un mayor grado de responsabilidad por negligencia del legislador hoy que en 1988, porque ahora todas estas cuestiones sí que están explicadas en la doctrina y su innegable realidad está demostrada con el señalamiento preciso de la jurisprudencia correspondiente. Así que se podría decir de nuestro legislador aquello de que no hay peor sordo que el que no quiere oír.

En la misma línea de señalamiento de las carencias de este Reglamento de la Planificación Hidrológica de 2007 debe señalarse que el mismo no ha resuelto absolutamente nada sobre su grado posible de retroactividad, que tiendo a pensar que es considerable, pero grado de retroactividad que planteará sin duda, para cada norma o bloque de normas, dudas interpretativas sumamente difíciles.

Afirmaba también que el Reglamento de 2007 es poco realista porque impone un entramado burocrático sumamente complejo y difícil de llevar a la práctica con eficiencia, y porque sabemos que las medidas eficaces para mejorar la calidad de las aguas son o caras (la depuración, por ejemplo, especialmente compleja y técnicamente difícil para las aguas subterráneas ocultas en los acuíferos; o la expropiación de derechos subjetivos) o muy problemáticas social y políticamente, porque las actividades más contaminantes suelen coincidir con las más productivas económicamente (ciertas industrias; agricultura o ganadería intensivas, etc.). Por lo demás, se sigue legislando sobre estas materias como si nuestra Administración hidráulica estuviera dotada de miles de funcionarios abnegados y magníficamente preparados y sedientos de trabajo difícil y engorroso y de miles de guardias fluviales bien instruidos sobre la complejísima normativa. Y se sigue legislando como si se estuvieran haciendo continuamente investigaciones de campo eficaces y correctamente coordinadas. Pero se sabe que esto dista mucho de ser así. Como puso de manifiesto el Libro Blanco del Agua de 2000, la legislación de aguas dictada a partir de 1985 apenas había incidido por entonces en la realidad social española y la mera instalación de redes de toma de datos, que es el mínimo para empezar remotamente a pensar en una modesta planificación de la gestión del agua, estaba entonces —y sigue todavía— sumamente retrasada, después de haberse abandonado por completo en los años ochenta.

J) LA NUEVA LEY 26/2007, DE 23 DE OCTUBRE, DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

La nueva Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, ha transpuesto la Directiva Europea 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, y es Ley que, en su ámbito específico, está inspirada por el ecologismo más radical, e intenta imponer un criterio de responsabilidad objetiva para proteger ciertos bienes y valores medioambientales, entre los que se encuentran las aguas y las aguas subterráneas, más en particular. En su Preámbulo, por cierto, esta Ley reconoce el relativo fracaso de la política de protección ambiental seguida hasta ahora, lo que ya se ha señalado aquí, en concreto, en relación con la protección de la calidad de las aguas subterráneas.

No cabe aquí abordar ni muy resumidamente el tratamiento de esta severa, y muy burocrática Ley, pero sí dejar constancia de que, una vez más, el legislador parece haber olvidado la existencia de las muy importantes aguas privadas, con lo que las deja en una incierta penumbra, con la consiguiente inseguridad jurídica.

En efecto, explica el legislador que la Ley, sobre todo en lo referente a la imposición de una responsabilidad objetiva, se aplicará a los operadores que se dediquen a actividades de las señaladas en el Anexo III (actividades sometidas a autorización administrativa integrada contra la contaminación de las reguladas en la Ley 16/2002, y también a vertidos autorizados en aguas subterráneas o a captación autorizada de nuevas aguas subterráneas) y que se les aplicará cuando causen daños a las aguas, *«entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de agua superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas»*. Añadiendo que, a tales efectos, *«se estará a las definiciones que establece la legislación de aguas»* (art. 2, apartado 1.^º, letra b). Pero en el apartado 7.^º de dicho artículo 2.^º, parecen restringirse las aguas protegidas en la Ley, aunque sin total claridad, a sólo las aguas públicas. Define, en concreto «Aguas» del siguiente modo: *«Todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas, costeras y de transición definidas en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, así como los restantes elementos que forman parte del dominio público hidráulico»*. Y el Preámbulo de la Ley, al explicar el artículo 7 de la misma, así como dos de los apartados de este mismo artículo 7, también insisten en que se trata de proteger *«los bienes de dominio público de titularidad estatal»*. Y el artículo 5 de la Ley establece que: *«Esta Ley no ampara el ejercicio de acciones por lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada (a las aguas de propiedad privada,*

por tanto), *a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños o cualesquiera otros daños patrimoniales que no tengan la condición de daños medioambientales, aunque sean consecuencia de los mismos hechos que dan origen a responsabilidad medioambiental. Tales acciones se regirán por la normativa que en cada caso resulte de aplicación».* Y a continuación establece, con toda lógica, y habiéndose adelantado ya la idea en el Preámbulo, que los particulares mencionados no podrán ya reclamar indemnización de daños cuando, por aplicación de la Ley 26/2007 de responsabilidad medioambiental, dichos daños hayan quedado ya reparados.

De modo que, un poco contra el criterio que parecía hasta ahora el general de aplicar la normativa legal de protección de la calidad del agua con abstracción de la naturaleza pública o privada de las aguas, criterio que encuentra apoyo en el apartado 4.^º de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a del Texto Refundido de Aguas de 2001, la nueva Ley 26/2007, y su artículo 5, que puede considerarse la norma aplicable más especial, parece dejar un cierto ámbito a la aplicabilidad del artículo 1.902 y siguientes del Código Civil, y parece que invocables ante la jurisdicción ordinaria, a los daños causados por alguien a la calidad de las aguas de propiedad privada y, entre ellas, a las procedentes de pozos de propiedad privada. Solución discutible y difícil de precisar en la práctica, en buena medida, dado que en la realidad natural las aguas privadas están íntimamente relacionadas con las otras aguas públicas del acuífero correspondiente. Superamos ya las dos décadas de legislación española sobre aguas con olvido sistemático de las que lo son de propiedad privada y prescindiendo siempre del punto de vista de los civilistas y de los hipotecarios, con daño serio al nivel técnico de las leyes y a la seguridad jurídica.

Por lo demás, el régimen de responsabilidad que, aunque en forma en buena medida irretroactiva, se intenta imponer en esta Ley 26/2007 a los agricultores y ganaderos que utilicen aguas públicas en sus explotaciones es excesivamente maximalista y resultará opresivo y difícil de aplicar a unos agricultores y ganaderos que están en muchos casos en situaciones socialmente precarias. También considero esta Ley 26/2007 de excesiva complejidad técnica y burocrática para las modestas fuerzas de nuestra Administración hidráulica, tantas veces puestas de manifiesto. Temo que la ministra Cristina Narbona, rodeada de asesores que se inspiraban en el ecologismo más radical, legislara con grave desconocimiento de la realidad social y económica de los destinatarios de las normas que dictaba. Quizá por eso, tras las elecciones de 9 de marzo de 2008, ha dejado de estar en el Gobierno.

III. LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PÚBLICAS

A) LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA INVESTIGACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

El dueño de un terreno, a diferencia de la regulación anterior (cfr. art. 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, como recuerda la Disposición Adicional 2.^a del TR: entiéndase así en lo sucesivo), según el apartado 1.^º del artículo 74 del vigente Texto Refundido 1/2001, de 20 de julio, de aguas (54). La regulación completa de esta autorización administrativa se contiene en los artículos 73 a 76 y 54.2.^º del citado Texto Refundido, y artículos 177 y siguientes y 104 y siguientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986, reformado por el Decreto 606/2003, de 23 de mayo. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 227/1988 (cfr. FJ 23, letra k), consideró como legislación básica del Estado estos artículos 65 a 68 de la Ley de Aguas de 1985, recogidos hoy en los artículos 73 a 76 TR.

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 73 del Texto Refundido, el dueño del lugar en el que se van a investigar las aguas gozará, no obstante, de preferencia para obtener la autorización de investigación, aunque sólo entre solicitantes dentro de cada uno de los niveles del mismo orden de prelación a que se refiere el artículo 60 del propio Texto Refundido de aguas. El artículo 73 del TR limita un tanto, como se ve, la discrecionalidad administrativa. Y el artículo 59-7.^º del TR completa hoy el orden de prelación del artículo 60, introduciendo en el mismo, con el máximo grado de preferencia, los caudales ecológicos o medioambientales. La concesión administrativa de aguas públicas subterráneas es hoy, por eso, hasta cierto punto, una de las excepciones legalmente admitidas al principio de que todas las concesiones administrativas deben

(54) En todo caso, Administración hidráulica. No Administración municipal o urbanística, ni, en principio, licencia de obras, como recuerda la sentencia contencioso-administrativa del TS de 4 de diciembre de 2007 (*RAR* de 2008, núm. 284). La tendencia de la Administración municipal a protagonizar injerencias en cuestión de gestión de aguas subterráneas es antigua. Véase mi libro de 1996, págs. 267-268.

otorgarse en régimen de concurrencia (art. 93-1.^º de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

Sin embargo, la práctica, que se vislumbra a través del estudio jurisprudencial parece mostrar que, al menos en el supuesto más frecuente de solicitud de autorizaciones administrativas de investigación de aguas, que es el de solicitud para obtener luego concesiones administrativas de aguas subterráneas para riegos, el requisito de la competencia de proyectos es bastante teórico y que es bastante frecuente que sólo el propietario del terreno sea el que solicita la autorización de investigación a la Administración, sin tener que competir con nadie más.

Lo afirmado quita algo de importancia a la seria dificultad teórica que ofrece justificar y aclarar cómo funciona concretamente la limitación de la discrecionalidad administrativa que representa la remisión del artículo 73 del TR al oscuro precepto del artículo 60 del TR, precepto oscuro en su alcance y discutible en su concreto contenido y hoy, como se ha indicado, complicado todavía más por su relación con el artículo 59-7.^º del TR.

En una primera consideración, el artículo 73 TR parece querer indicar que la discrecionalidad administrativa jugará solo, eventualmente a través del procedimiento del trámite de competencia de proyectos, dentro de cada uno de los aprovechamientos enumerados en la jerarquización del Plan de Cuenca, de haberlo y existir la previsión o del artículo 60 TR. Según esto, la Administración tendría que elegir discrecionalmente entre propietarios que solicitaran autorizaciones de investigación o sólo todos para riegos; o sólo todos para usos hidroeléctricos; o sólo todos para acuicultura, etc. En cambio, el artículo 73 TR parecería vedar rígidamente a la Administración que otorgase autorizaciones administrativas de investigación de aguas solicitadas para cualquier otra clase de uso de los inferiores al riego (por ejemplo, uso hidroeléctrico; uso industrial; acuicultura, etc.), y por muy buenos que fueran los proyectos presentados y muy justificadas sus razones o su interés social, siempre que existiera alguien que solicitase la autorización pensando en esta última clase de uso del agua preferente (riego), y por malo que fuese el proyecto presentado o pobres las razones que fundasen esta solicitud digamos que de rango preferente. También parecería vedar imperativamente el artículo 73 del TR a la Administración que se otorgase una autorización de investigación de aguas a un propietario de tierras que pretendiese una concesión para riego de esas tierras suyas, siempre que se interpusiese una solicitud de autorización de investigación dirigida a obtener una concesión para abastecimiento de agua a la población de una futura urbanización todavía no constituida ni acaso aprobada urbanísticamente (art. 124-1.^º del Reglamento de 1986).

Sin embargo todo esto, siendo el principio general la discrecional atribución de concesiones administrativas sobre aguas públicas (art. 59-4.^º del TR), y conllevando eso la posibilidad siempre de denegación motivada de la soli-

citud, parece una regulación bastante poco razonable. En particular, la preferencia del dueño del terreno sobre solicitantes de autorizaciones pensadas para aprovechamientos de nivel inferior al del riego podría ser ejercitada abusivamente, acaso pensando únicamente en negociar privadamente, a cambio de dinero, la propia retirada o desistimiento de su solicitud de autorización de investigación. Hubiera sido mucho más razonable que el legislador hubiera reconocido una genérica o flexible preferencia del dueño del terreno, y de efecto no rígido o absoluto, y sólo para aquellos casos en los que el uso o aprovechamiento del agua se fuera a hacer o a realizar establemente en concreto terreno de propiedad privada del eventual beneficiario de la concesión administrativa sobre aguas subterráneas. Es razonable y lógica en principio la prioridad o preferencia del dueño del terreno sobre otros solicitantes o aspirantes al agua subterránea pública que de allí se pretenda sacar, pero no es lógico que se limite o se condicione dicha preferencia, parece que imperativamente, por la jerarquización de usos del agua del artículo 60 del TR. Y también deja el artículo 73 TR una cierta duda sobre si ese condicionamiento imperativo derivado del artículo 60 va a tener aplicación o sólo o más intensa para las aguas subterráneas que para las concesiones administrativas de aguas públicas superficiales, lo que también carecería de un lógico fundamento. Como siempre que la Ley de Aguas de 1985 entra en temas de Derecho Civil, flojea técnicamente. No parece que se haya pronunciado o haya reflexionado todavía el Tribunal Supremo sobre este problemático artículo 73 del TR 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 74 y 75 del Texto Refundido y 177 a 183 y 186-2.^º del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. Y véase, muy en particular, el artículo 179-3.^º del Reglamento. Y véase también lo explicado más abajo sobre protección de la calidad de las aguas, autorización integrada y declaración de impacto ambiental. Las consideraciones ambientales inciden tanto en la fase de otorgamiento de la autorización de investigación de aguas como en posibles límites fijados en el título de la autorización (art. 98 del TR).

Conforme a esta regulación, el Organismo de cuenca puede otorgar autorizaciones para investigación de aguas subterráneas, previo el trámite de competencia entre los proyectos de investigación que se presenten en el opportuno 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 ni por sus reformas posteriores (cfr. Disposición Final primera del TR), y que los artículos 74 a 76 del TR

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...). De nuevo vemos que nuestra legislación de aguas flojea en lo que tiene que ver con el Derecho Civil.

Ofrece alguna duda el significado jurídico de los plazos de la autorización de investigación, que tiene un máximo de dos años, y el de seis meses, que se reconoce al alumbrador desde el alumbramiento para formalizar la solicitud de la concesión administrativa (art. 74-2.^º y 3.^º TR y art. 180 del Reglamento de 1986-2003). Aunque de los artículos 182, letra b), y 183, letra b), del Reglamento parecería más bien deducirse una cierta idea de que fueran plazos ambos de caducidad, creo que ello sería poco razonable y que es mejor considerar estos plazos, establecidos en norma de rango legal, como de prescripción, y considerar incluso que no es descartable del todo que se otorgase la concesión administrativa a un alumbrador que hubiera sobrepasado ligeramente cualquiera de esos plazos.

B) ALUMBRAMIENTOS CLANDESTINOS E INCUMPLIMIENTOS DE LA AUTORIZACIÓN DE INVESTIGACIÓN DE AGUAS

El artículo 74 del Texto Refundido 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. art. 247 del Código Penal de 1995, cuya letra no da facilidades a nuestra hipótesis) o en delito de defraudación de aguas (cfr. art. 255 del propio Código Penal). Más frecuentemente el alumbrador clandestino incurirá en responsabilidad administrativa, sancionable con fuertes multas [arts. 108, letra b), y 109 de la Ley de Aguas de 1985, y arts. 314 y sigs. 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 hoy recogidos en los arts. 116 y 117 del TR] y en responsabilidad civil, que conlleva la obligación de restaurar el dominio público hidráulico dañado (cfr. art. 118 del Texto Refundido).

Las infracciones administrativas prescribieron durante muchos años en el plazo absurdamente corto de dos meses, aunque la obligación civil de restau-

rar el dominio público dañado se afirma que sólo prescribe a los quince años, como en el artículo 1.964 del Código Civil (cfr. art. 327 del Reglamento de 1986). Este plazo de quince años para la acción de daños al dominio público parece algo excesivo y acaso ilegal por vulnerar el principio de jerarquía normativa, a la vista de que el plazo para la exigencia de responsabilidad civil extracontractual es de un año, aunque contado, muy razonablemente, desde que conoció el daño el agraviado (art. 1968-2.^º del Código Civil). 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 132-1.^º de la Ley 30/1992 (diversos plazos que oscilan de tres años a seis meses, según la gravedad) por el Real Decreto 177171994, de 5 de agosto (Decreto que retocó el mencionado art. 327 del Reglamento de 1986). Y todavía estos plazos pueden resultar cortos para infracciones que suponen contaminación del agua, que sobre todo siendo subterránea, puede no dejarse sentir sino al cabo de plazos prolongados de tiempo desde que se realizó el evento dañoso.

El régimen jurídico sancionador en materia de aguas, en este punto comentado como en otros, es sin embargo severo y hasta como legalidad (o incluso en su constitucionalidad) 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 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 9.^a de la mencionada Ley 42/1994, cuantía enorme y discutible que ha mantenido la Ley 46/1999 (cfr. hoy art. 117 del Texto Refundido, considerando el apartado 3.^º todavía ampliables las multas por Decreto). Y el artículo 116, letra g), del Texto Refundido, y artículo 317, párrafo segundo, del Reglamento de 1986 recogen una infracción tan genérica (cualquier contravención de la legislación de aguas), que es la negación misma del principio de tipicidad que exigen el artículo 129-1.^º de la Ley 30/1992 y el artículo 25-1.^º de la Constitución. En cuanto a la posibilidad de que la Administración recurra a medidas cautelares, como el cierre del pozo, véase el artículo 119-2.^º del Texto Refundido de 2001 de aguas, importante precepto introducido por la Ley 46/1999. En fin, la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, han añadido un nuevo párrafo al artículo 116 del TR, intentando precisar el supuesto de los alumbramientos clandestinos, y extendiendo la responsabilidad al titular del terreno, al promotor de la captación, al empresario que ejecuta la obra y al técnico director de la misma (55). Se introdujo también el criterio

(55) Esta reforma legal acaso estuvo ocasionada por la sentencia contencioso-administrativa del TS de 21 de diciembre de 2001 (*RAr.* de 2002, núm. 4916), que había declarado, frente a las pretensiones de la Administración, invocando los principios de lega-

de la presunción de responsabilidad administrativa solidaria cuando intervienen varios sujetos en la causación del daño (art. 116-2.^º del TR de 2001).

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 en ocasiones de la existencia del alumbramiento clandestino, la explicación dada de que surge dentro de la finca privada una propiedad pública (el alumbramiento) no dejaba de resultar, al menos hasta hace poco, un tanto teórica por varias razones. Primera, por lo poco que había facilitado la Ley a los funcionarios de la Administración hidráulica la entrada en las fincas privadas, hasta la Ley 11/2005, de 22 de junio, que ha resuelto decididamente el problema y dado nueva redacción al artículo 94 del TR (cfr. sobre todo art. 94-3.^º) de aguas (cfr., para la regulación de las dos últimas décadas, art. 333 del Reglamento de 1986, art. 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y art. 96-3.^º de la Ley 30/1992 y art. 8-5.^º de la Ley 6/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Segunda, por los pocos funcionarios que tiene la Administración disponibles para este tipo de misiones. Y tercera, por el carácter restrictivo con que contemplaba la jurisprudencia la aplicación de la llamada autotutela administrativa (artículo, entre otros, 8 de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964), que probablemente habría llevado en muchos casos al Estado, para poder hacer valer el carácter público del alumbramiento clandestino, a tener que ejercitarse 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 habría de suceder. En la práctica, la Administración incoa procedimientos sancionadores y es en ellos donde, con más o menos dificultades, debe probar el carácter público de las aguas que pretende se hayan alumbrado clandestinamente. Además, hoy parece sostenible que el Estado, con base en el artículo 55-2.^º de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las

lidad y tipicidad de las sanciones administrativas, y la reserva de ley en esa materia, que el artículo 108 de la Ley de Aguas no alcanzaba a los propietarios de máquinas de sondeos, por lo que no se podía sancionar a las empresas que hicieran perforaciones sin haberse cerciorado previamente de que los dueños de los terrenos tenían la correspondiente autorización administrativa de investigación de aguas.

Administraciones Públicas, pueda ejercer en cualquier tiempo su facultad de recuperación de bienes *demaniales*, como lo sería el alumbramiento clandestino realizado de que llegara a tener noticia la Administración.

De modo que, como vemos, faltó originariamente 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, incluso hoy, que muchos alumbramientos clandestinos se vayan a seguir aprovechando, aunque ilegalmente, dentro de fincas privadas hasta hace poco casi 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, y pese a algunas mejoras sobrevenidas por reformas legales recientes, es un considerable nivel de incumplimiento. En mi libro sobre aguas subterráneas de 1990 pronosticué que sería frecuente la realización en la práctica de alumbramientos clandestinos (56) y la realidad me ha dado cumplidamente la razón. Hoy la Administración hidráulica comprueba mediante fotos por satélite (del satélite Landsat, en particular) la continua expansión del regadío ilegal realizado mediante pozos clandestinos y se muestra en buena medida impotente para hacer frente a esa realidad.

Sí 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. 52-2.^º del Texto Refundido), a diferencia de en la normativa anterior (cfr. art. 149 de la Ley de Aguas de 1879).

Pese a lo explicado, se encuentran también, desde luego, supuestos en los que los tribunales han conseguido amparar eficazmente actuaciones administrativas ordenando cesar aprovechamientos clandestinos e ilegales de aguas subterráneas públicas (57). Hay en ello, por lo demás, una continuidad con los supuestos en los que, antes de la legalidad actualmente vigente, existían también alumbramientos clandestinos en los casos entonces excepcionales en los que era legalmente precisa autorización administrativa previa del alumbramiento (distancias «álicas»; aguas subáeveas; Canarias u otros territorios con legislación especial) (58). La resolución de estos últimos su-

(56) Cfr., mi libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Zaragoza, 1990, pág. 136, nota 140. Ninguna otra de las varias monografías existentes sobre estas cuestiones acertó a realizar este certero pronóstico y casi ni habían reflexionado, ninguna de ellas, sobre este supuesto de los alumbramientos clandestinos, como hice yo con cierta amplitud en dicho libro, págs. 33 a 41.

(57) Cfr., por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 2 de febrero de 1996 (*RAr.*, núm. 978); de 27 de abril de 1998 (*RAr.*, núm. 3645); y 29 de junio de 1999 (*RAr.*, núm. 4345).

(58) Cfr., por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 7 de abril de 1989 (*RAr.*, núm. 3158); de 26 de abril de 1990 (*RAr.*, núm. 2898); de 18 de

puestos se ha prolongado hasta mucho después de la entrada en vigor de la Ley de 1985.

C) 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 real administrativo 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 el Texto Refundido vigente, conforme a dicho concepto, que el agua que se concede queda adscrita a *los usos*, con un plural que da en teoría un pequeño margen de saludable flexibilidad, indicados en el título concesional, sin que pueda ser aplicada a otros distintos, ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos. Cfr. del TR el artículo 61, apartados 2.^º y 4.^º, en la versión de ambos apartados retocada por la Ley 46/1999, sobre todo para salvar la aplicabilidad del nuevo artículo 61 *bis* de aquella Ley, precepto hoy recogido en los artículos 67 y siguientes del TR. La concesión administrativa podrá tener limitaciones en su título para compatibilizarla con la protección ambiental e interviene la autoridad ambiental en el mismo otorgamiento si hubiere peligro para el medio ambiente (art. 98 del TR). La concesión administrativa es obligatoriamente inscribible en el Registro de Aguas (art. 80 del TR) y voluntariamente inmatriculable en el Registro de la Propiedad (arts. 31 y 64-65 del Reglamento hipotecario) (59).

septiembre de 1990 (*RAr.*, núm. 7121); de 25 de enero de 1996 (*RAr.*, núm. 454); de 1 de julio de 1997 (*RAr.*, núm. 5825); de 6 de julio de 1998 (*RAr.*, núm. 7601); y de 8 de junio de 1998 (*RAr.*, núm. 5716).

(59) Creo que no se deberían considerar inmatriculables en el Registro de la Propiedad, faltando preceptos específicos al respecto, y a la vista de la regulación genérica sobre inmatriculación de inmuebles, ni los acuíferos ni las reservas dominiales de aguas públicas de la Administración. Los acuíferos, en particular, aunque puedan teóricamente señalarse ya como bienes inmuebles objeto de un derecho de propiedad del Estado y aproximadamente identificables en términos geográficos, no parece por ahora que puedan ser rigurosamente inscribibles en Registro de la Propiedad ni que tendría sentido relajar las exigencias habituales de su inmatriculación, por lo difuso también de los efectos que habría de tener esa inmatriculación. No parece que se vislumbre por hoy, al menos mientras no haya progresos decisivos y cualitativos de la planificación hidrográfica y del régimen jurídico del Registro de Aguas, hoy por hoy prácticamente inocuo, la suficiente utilidad social y jurídica de una tal inmatriculación de los acuíferos. Para las reservas dominiales sí está prevista su inscripción en el Registro de Aguas (art. 92-2.^º del Reglamento de 1986-2003).

La Administración tiene en principio amplia discrecionalidad en esta materia, pero en la práctica más bien al otorgar la autorización de investigación de aguas subterráneas que al otorgar luego su concesión administrativa una vez alumbradas las aguas. El artículo 74-3.^º del TR establece que la solicitud de la concesión administrativa por el alumbrador autorizado se tramitará sin competencia de proyectos. Y el artículo 180-4.^º del Reglamento parece partir de la idea de que el autorizado para investigar aguas que consiga encontrarlas tendrá en principio derecho a que se le otorgue la concesión administrativa. Además, en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, siempre que no haya declaración formal de sobreexplotación del acuífero, y aunque sin apoyo expreso en ese precepto reglamentario, se detecta una tendencia a no interrumpir fácilmente la investigación de aguas subterráneas una vez autorizada ésta, aunque se produzcan impugnaciones de terceros con derechos preeexistentes. Se alude en bastantes ocasiones, en tal sentido, a un derecho de los ciudadanos a buscar y alumbrar aguas subterráneas y al beneficio social que éstas representan (regadío, por ejemplo), lo que acaso es más bien un residuo de las concepciones profundas de la anterior Ley de Aguas de 1879 que una idea realmente inspiradora de la Ley vigente y sus principios cardinales (60).

Pero sí que es cierto, con todo, que algunos preceptos del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986-2003 parecen contemplar un cierto derecho a obtener la concesión administrativa por parte del investigador autorizado administrativamente que encuentra el agua (61), lo que formalmente es contradictorio con el criterio legal de la discrecionalidad de las concesiones sobre aguas (art. 59-4.^º del TR) y permitiría cuestionar la legalidad de dichos preceptos reglamentarios. Porque, en puridad, que el alumbrador autorizado que ha encontrado agua pueda formular su petición de una concesión sin competencia de proyectos (art. 74-3.^º del TR y 184-10.^º del Reglamento) no parece que excluya del todo la discrecionalidad de la Administración. Así que se percibe una cierta falta de claridad de ideas del legislador y un oscurecimiento en el desarrollo normativo de la conveniente discrecionalidad en

(60) Véanse, por ejemplo, en la línea señalada en el texto, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 9 de diciembre de 1997 (*RAr.*, núm. 9515, ponente: Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ); de 9 de marzo de 1998 (*RAr.*, núm. 2296); de 30 de marzo de 1998 (*RAr.*, núm. 2837); de 16 de diciembre de 1999 (*RAr.*, núm. 9737); de 24 de enero de 2000 (*RAr.*, núm. 658); de 14 de julio de 2000 (*RAr.*, núm. 6162); y de 23 de noviembre de 2000 (*RAr.*, núm. 9138).

(61) Se trata del artículo 180, apartado 4.^º, y del artículo 184, apartado 10.^º, párrafo 2.^º, del mencionado Reglamento, que establece, en concreto, en este segundo precepto, que «*si la concesión tuviera que ser denegada, el interesado tendrá derecho a la indemnización del importe justificado de las obras y trabajos realizados desde que obtuvo la autorización de investigación*». He intentado razonar una conveniente interpretación restrictiva de dicho precepto en mi libro de 1990, *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, págs. 27 a 31.

este asunto y, como en otras partes de esta normativa, un debilitamiento de la protección de los derechos preexistentes, protección que era más nítida y rotunda en la anterior Ley de Aguas de 1879.

Todavía no existe suficiente jurisprudencia del Tribunal Supremo que permita valorar en qué medida la planificación hidrológica, cuyo papel ha sido magnificado por algunos autores, y que está teniendo tropiezos de consideración ante los tribunales (62), canaliza o condiciona o limita aquella discrecionalidad para otorgar concesiones administrativas sobre aguas subterráneas públicas (63). Algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo (64), bien razonadas, apuntan una interesante dirección al apoyarse en los planes de cuenca para reforzar la discrecionalidad administrativa y denegar nuevas concesiones administrativas sobre aguas subterráneas, acaso frenando políticas de transformaciones en regadío, y para negar que exista una especie de derecho genérico de cualquier ciudadano a solicitar este tipo de concesiones, como hemos visto que tiende a considerar otra jurisprudencia del propio Tribunal. Pero es curioso que también algunas de las sentencias que deniegan concesiones administrativas sobre aguas subterráneas no se apoyan apenas, en sus razonamientos, en el principio crucial de la discrecionalidad (65).

(62) La importante sentencia contencioso-administrativa del TS, de 20 de octubre de 2004 (*RAr.m* núm. 8004, ponente: Pedro José YAGÜE GIL) ha anulado, por contrarios a la doctrina del Tribunal Constitucional de la sentencia 227/1988, y por vulnerar competencias autonómicas, buen número de preceptos del Plan Hidrológico de la Cuenca del Júcar, regulado en la Orden Ministerial de 13 de agosto de 1999 y del Decreto 1664/1998, que es el Decreto que aprobó la gran mayoría de los planes hidrológicos de cuenca del país.

(63) Lo que el TS suele declarar más bien en algunas sentencias es que la falta de Plan Hidrológico de Cuenca no impide que se apliquen las normas ordinarias sobre la cuestión de que se trate, o que no se puede denegar la concesión administrativa sobre aguas subterráneas so pretexto de que todavía no había plan de cuenca. Cfr., por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas de 30 de junio de 1998 (*RAr.*, núm. 5903); de 18 de diciembre de 1999 (*RAr.*, núm. 8783); de 10 de abril de 2000 (*RAr.*, núm. 2950); y de 14 de julio de 2000 (*RAr.*, núm. 6162), varias de ellas con cita de otras sentencias anteriores. La sentencia contencioso-administrativa del TS, de 8 de marzo de 2000 (*RAr.*, núm. 966) argumenta, poco convincentemente, desde los artículos 68 y Disposición Transitoria 6.^a de la Ley de Aguas de 1985, que en los casos de falta de plan de cuenca, se convierte en reglada la potestad administrativa de otorgar concesiones sobre aguas subterráneas públicas. O véanse también las dos sentencias contencioso-administrativas del TS de 5 de febrero de 2004 (*RAr.*, núm. 1081 y de la misma fecha *RAr.*, núm. 663), que dieron por buena la denegación de sendas concesiones administrativas sobre aguas subterráneas en un momento en el que, ya aprobada, el 5 de abril de 1995, la propuesta de Plan Hidrológico de la Cuenca del Guadalquivir, todavía no había verdaderamente Plan de Cuenca.

(64) Véanse, por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas del TS, de 3 de noviembre de 2005 (*RAr.*, núm. 10.099); y la de 7 de abril de 2006 (*RAr.*, núm. 4983), ésta con cita precisa de otras cuatro sentencias anteriores. Fue ponente de ambas sentencias Segundo MENÉNDEZ PÉREZ.

(65) Cfr., por ejemplo, en dicho sentido, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 26 de octubre de 1999 (*RAr.*, núm. 8253) y la de 19 de junio de 2003 (*RAr.*,

Cuando las concesiones administrativas sobre aguas subterráneas se pretenden para urbanizaciones privadas, de construcción tan frecuente y polémica en los últimos tiempos, la cuestión adquiere complejidades específicas. En ocasiones, aunque insuficientes a la vista del urbanismo salvaje que sabemos que ha prevalecido en España los últimos años, la jurisprudencia las deniega oponiendo el incumplimiento de requerimientos urbanísticos o de calidad sanitaria o de la necesaria potabilidad de las aguas o de evacuación de las aguas residuales (66), u opone otras razones o inconvenientes acaso más discutibles (67), a veces relacionadas con complejas relaciones previas de sociedades o cooperativas con los ayuntamientos correspondientes (68). Pero si la urbanización ya está construida o el abastecimiento de poblaciones con aguas de pozos ya está establecido, la jurisprudencia no puede eludir la fuerte incidencia en el planteamiento de los problemas del carácter legal de servicio público que tiene ya esta modalidad del abastecimiento de poblaciones (69).

Como en la Ley de Aguas de 1879 (art. 150) y como en toda una antigua tradición que se remonta al Derecho romano, el Texto Refundido vigente establece que toda concesión se entenderá hecha sin perjuicio de tercero (cfr. art. 61-1.º), para lo que articula la regulación, compleja y poco clara, y conteniendo una vidriosa e irrazonable discrecionalidad administrativa del artículo 76 del TR y artículo 184, apartados 4.º a 9.º, del Reglamento de 1986, regulación que enturbia el sano y lógico principio tradicional de prioridad en la adquisición (art. 61-1.º del TR). Muy representativa del defectuoso planteamiento normativo es la definición de *afección* que da el artículo 184-6.º del Reglamento como merma producida en los caudales *real o anteriormente aprovechados* del derecho preexistente, en lugar de aludir a merma en los caudales aprovechables conforme al título de ese derecho preexistente. Esta compleja regulación la he explicado en mi libro de 1990 en la línea de una

núm. 4403), esta última con proljas reflexiones, en cambio, sobre la significación de normativas especiales sobre la sequía existentes en el supuesto.

(66) Cfr., por ejemplo, en cuanto a los requisitos últimamente citados, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 15 de noviembre de 2006 (*RAr.*, núm. 10.053).

(67) Por ejemplo, la discutible sentencia, sobre la que vuelvo posteriormente, del TS de 14 de abril de 2004 (*RAr.*, núm. 4955), dio por buena una resolución de la Junta de Aguas de Cataluña, de 10 de septiembre de 1996, en la que denegaba el cambio de uso de unas aguas privadas de un pozo de su anterior uso para riego a un nuevo uso para campos de golf, cierto que en zona correspondiente a un acuífero muy contaminado y sobreexplotado y con otras varias urbanizaciones en la zona.

(68) Cfr. la muy significativa, en dicho sentido, sentencia contencioso-administrativa del TS de 12 de abril de 2006 (*RAr.*, núm. 4692).

(69) Porque, entonces, este carácter de servicio público del abastecimiento de poblaciones, aunque sea con aguas de pozos, hunde sus raíces en las exigencias propias del Estado Social de Derecho, como bien explica la sentencia contencioso-administrativa del TS de 24 de febrero de 2000 (*RAr.*, núm. 1333, ponente: Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ).

interpretaciones forzadas o hasta correctoras de los defectos legales que considero más nocivos para la seguridad jurídica (70).

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 vigente 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 (71). La incidencia posible y dañosa en los últimos años de un urbanismo muy expansivo en el dominio público hidráulico (aguas, cauces, acequias, etc.) ha llevado al legislador a imponer la norma preventiva del artículo 99 bis-5.^º del TR. Es inevitable también advertir en esta materia, y en ocasiones el Tribunal Supremo se hace eco expresamente de ello y se ve obligado a reflexionar (72), la gran dificultad de prueba que con frecuencia conlleva la defensa de derechos preexistentes frente a los nuevos derechos sobre aguas del acuífero.

D) UNA ARGUMENTACIÓN EN LEGÍTIMA DEFENSA

Por cierto que esta cuidada explicación mía sobre la protección de los derechos preexistentes, y por extensión toda mi monografía de 1996, ha recibido la crítica radical y despectiva de un colega mío zaragozano, quien, con sólo dos muy simples y endebles argumentos concretos, ha pretendido

(70) El artículo 76 del TR, en cuya compleja explicación no cabe entrar aquí, parece mostrar también una conexión con el artículo 59-3.^º del TR. Lo que está detrás de esta regulación legal, defectuosa y peligrosa para la seguridad jurídica, es el erróneo concepto de propiedad privada del agua como mero derecho de aprovechamiento, teoría que defendió, entre otros, Emilio PÉREZ PÉREZ, uno de los autores de la Ley de Aguas de 1985. Y dicho erróneo concepto parece contaminar también el concepto mismo de concesión administrativa. Cfr. mi libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 1990, págs. 42 a 51. Y sobre todo, cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 475 a 481 y nota 149 para la crítica al pensamiento del autor citado.

(71) Cfr. de nuevo mi libro de 1990, págs. 121 a 128. También, aceptando sustancialmente esa explicación mía y remitiéndose a la misma en bloque, Sebastián MARTÍN RETORTILLO, en su libro *Derecho de aguas*, 1997, pág. 157 y notas 133-134.

(72) Cfr., por ejemplo, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 9 de octubre de 1987 (*RAR.*, núm. 7131), que afirma que no puede exigirse en esto una prueba concluyente, exacta y actual de las afecciones. Y en la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 27 de septiembre de 2004 (*RAR.*, núm. 5972) se desestima el motivo de casación basado en la vulneración de las reglas de la prueba, afirmando que estaba constatada la existencia en el mismo perímetro de otros 69 pozos, de modo que, aunque se limitase el bombeo del pozo nuevo cuestionado, no podrían obtenerse resultados concluyentes. Y se constata la dificultad de encontrar un perito, por no poseer ningún colegiado del Colegio Oficial de Ingenieros de Minas de Cataluña un aparato que, al parecer, se necesitaba, denominado «Flowmeter».

descalificar de un plumazo el conjunto de mi voluminosa monografía e incluirme, en consecuencia, en su opinión, en el grupo, que parece considerar desde fuera y desde lo alto como muy amplio, de los que llama *malos profesores*. Afirma, entre otras cosas de tono similar, que «*agotado por tantas horas de estudio baldío*» me habría mostrado «*espantado ante el horrible planteamiento de tener que discurrir constructivamente sólo cinco minutos*» (73). Veamos sus dos argumentos. Según el primero mi explicación habría puesto un énfasis exagerado en la cuestión de las distancias legales mínimas entre pozos, con lo que mi palabrería, explica, le suena totalmente caduca y ridícula al contemplar posibles soluciones a conflictos sobre pozos con el anticuado procedimiento de *medir los pasos* entre los mismos. Según el segundo argumento del autor, yo defendí —y es cierto, con los matices que ahora precisaré— que todavía podría entenderse defendible bajo la actual legislación, en ciertos casos, la utilización del antiguo *interdicto administrativo* del artículo 23 de la Ley de Aguas de 1879 ejercitado inicialmente ante el Alcalde. Esta opinión la presenta como absolutamente ridícula y risible.

En cuanto a las distancias denominadas por algunos «álicas», o distancias legales mínimas entre pozos, no es cierto en absoluto que yo enfatizara demasiado ese planteamiento puesto que casi sólo le dediqué página y media (cfr. págs. 272 y 273) en un libro que tiene 877 páginas, recogiendo por cierto allí lo que sigo considerando mejor de la doctrina y jurisprudencia sobre el asunto. Y esa explicación está situada en un contexto que sigo viendo como muy adecuado, como es el del estudio de en qué casos bajo la antigua legislación podían entenderse ilegales los alumbramientos clandestinos de aguas subterráneas, cuestión no estudiada en profundidad antes por nadie entre nosotros y muy importante, porque casi todos los pozos alumbrados durante décadas en nuestro país lo fueron clandestinamente, y porque todavía hoy,

(73) Se trata de Antonio EMBID IRUJO, Catedrático de Derecho Administrativo en Zaragoza, en su recensión al libro de Emilio PÉREZ, *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, recensión publicada en la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 12, 1998, págs. 465 a 469, y en particular, sobre todo, págs. 467-468. Conviene advertir que el autor no llega en ningún momento, con criterio bien tortuoso y discutible, a mencionar mi nombre (o sea, el nombre del autor cuyo libro critica tan acerbamente), pero en la frase final hace un guiño al lector dando a entender que él habrá adivinado perfectamente el fantasmal destinatario de sus críticas. Ignoro si ese guiño sería o no suficiente para sacar de la duda a los posibles lectores de su recensión en mi Facultad de Derecho de Zaragoza. Pero al menos fuera de la misma lo escrito por este autor supongo que tendría que producir, cuando menos, perplejidad y asombro en el lector sensato. El profesor EMBID intentaba, ya se verá que muy torpemente, oponerse a las muy concretas críticas que yo había formulado a la mala técnica de la Ley de Aguas de 1985 y a los tremendos errores doctrinales escritos por alguno de los autores conocidos de esta Ley. A Emilio PÉREZ PÉREZ, en particular, le califica como un gran «sabio», opinión en la que, después de conocida a fondo la obra de este autor desde hace muchos años, estoy en radical desacuerdo.

bajo la nueva y vigente legislación, parece depender de esa posible legalidad o ilegalidad originarias el que exista o no ahora la propiedad privada de las aguas del correspondiente alumbramiento. El Libro Blanco del Agua en España de 2000 cita expresamente este análisis de mi libro de 1996, afirmando que permite entender mejor la enorme expansión de las aguas subterráneas en España en las últimas décadas (cfr. pág. 340 del LBA).

Pero es que además, las distancias legales mínimas entre pozos no son cosa sólo del pasado, puesto que los artículos 184-1.^º, 188-2.^º y 87-2.^º y 3.^º del Reglamento de Dominio Público Hidráulico siguen insistiendo en esa idea, lo mismo en la versión originaria de 1986 que tras la amplia reforma reglamentaria de 2003, y el primer precepto ordena a los planes hidrológicos de cuenca que fijen esas distancias legales mínimas, lo que han hecho en efecto la mayoría de dichos planes. Y también el Reglamento para la Planificación Hidrológica, tanto en su versión de 1988 (art. 84, apartado 4.^º), como en su versión muy ampliada de 2007 (art. 54, apartado 4.^º), establecen que el plan hidrológico fije las distancias legales mínimas entre aprovechamientos en cuanto a las masas de agua subterránea. A mayor abundamiento, también alude al tema el artículo 590 del Código Civil, que sigue vigente y supletoriamente aplicable en su caso. Y el artículo 259, apartado 1.^º, letra b), del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, también exige, al tratar el tema de los vertidos en aguas subterráneas, que se tome en cuenta la *proximidad* entre captaciones. Y ni que decir tiene que la importante doctrina y jurisprudencia que yo recogí en mi libro de 1996, representativa de un siglo de experiencia en la cuestión, es precedente importante e ineludible para reflexionar sobre todos estos nuevos pero continuistas preceptos sobre las distancias legales mínimas entre pozos de la legislación actualmente vigente.

En cuanto a la posibilidad de que todavía resulte aplicable el antiguo *interdicto administrativo* del artículo 23 de la Ley de Aguas de 1879 e inicialmente ante el Alcalde, lo defendí como algo discutible y que ya estaba poco claro y discutido antes de la Ley de Aguas de 1985 (cfr. págs. 697-698) y como algo posiblemente alternativo como solución al ejercicio inicial del mencionado *interdicto* frente al Organismo de cuenca, y en el contexto de una explicación compleja y creo que muy bien informada que no tendría sentido reproducir aquí. La explicación no era nada ridícula, y sí perfectamente defendible, puesto que estaba contemplando la protección posible a aguas de propiedad privada, y la Ley de Aguas de 1985 partió, como se ha explicado, de un principio o regla general de irretroactividad sobre todas las aguas privadas (apartado 1.^º de la Disposición Transitoria 4.^a), lo que representa un cierto mantenimiento genérico de «vigencia» de la Ley de Aguas anterior de 1879, con inclusión perfectamente posible o defendible de contenidos tuyos atinentes a la competencia de órganos administrativos, y que perfectamente podía incluir el antiguo artículo 23 en sus propios términos y con la corres-

pondiente competencia del Alcalde, artículo que había sido utilizadísimo durante más de un siglo (74).

Todo ello además, en el contexto de la difícilísima explicación del artículo 72-3.^º de la Ley de Aguas (hoy, art. 80-3.^º del TR). A mayor abundamiento, el artículo 335 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, con una regla que estaba ya en la versión inicial de 1986 y que se ha mantenido en todas las reformas posteriores del Reglamento, contempla la colaboración

(74) Veamos lo que ha decidido el Tribunal Supremo después de 1986 sobre esta cuestión. Es cierto que en algunas sentencias, siempre sin una reflexión detenida o seria sobre las Disposiciones Transitorias de la Ley de Aguas de 1985, ha sostenido el TS que, tras su entrada en vigor, resultarían inaplicables los artículos 23 y 24 de la antigua Ley de Aguas de 1879 o la correspondiente competencia municipal o del Alcalde. Por ejemplo, en la sentencia contencioso-administrativa de 22 de marzo de 1991 (*RAR.*, núm. 2250); o en la sentencia civil de 3 de diciembre de 1991 (*RAR.*, núm. 8911, aunque en esta sentencia sólo por no considerar probados los hechos que darían lugar a la aplicabilidad del artículo 23 de la Ley de 1879); y en la sentencia contencioso-administrativa, de 25 de abril de 1997 (*RAR.*, núm. 3274, aunque en esta sentencia sí se consideró aplicable el artículo 23 de la Ley de 1879, pero considerando que la competencia había pasado del Alcalde a la Administración hidráulica).

Pero ya se ve que, dos de esas tres sentencias, más bien presuponen al menos la aplicabilidad de los artículos 23 y 24 de la Ley de 1879 ya vigente la Ley de 1985. Y lo mismo otras varias sentencias del TS que no reflexionan, en general, específicamente sobre de quién sea la competencia administrativa, y que parecen referirse (aunque caben ciertas leves dudas en algunos casos) a supuestos en los que estaba ya en vigor respecto del supuesto correspondiente la Ley de 1985. Así, la sentencia civil de 12 de diciembre de 1990, en la que no se datan los hechos ni el alumbramiento pero en la que la sentencia de Primera Instancia es de 14 de junio de 1987 (CL, 1990, núm. 781, págs. 1107 y sigs., y *RAR.*, núm. 9996). O la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 17 de mayo de 1996, que incluso defendió, aunque sin ser *ratio decidendi*, que la competencia para aplicar el artículo 23 de la Ley de 1879 correspondía al Alcalde (cfr. Fundamento de Derecho 1.^º) (*RAR.*, núm. 4443). O la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 2 de julio de 1997 (*RAR.*, núm. 5828). O la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 9 de junio de 1998 (*RAR.*, núm. 5718). O la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 22 de junio de 2000, que aplica los artículos 23 y 24 de la Ley de Aguas de 1879 y acepta la denegación por la Administración autonómica e hidráulica de Cataluña, cuya competencia había sido discutida, de la autorización de un sondeo que había solicitado una empresa de curtidos, pero a la que se habían opuesto propietarios vecinos y titulares de derechos preexistentes sobre el agua (*RAR.*, núm. 4602).

En fin, la aplicabilidad del artículo 23 de la Ley de 1879, ya vigente la Ley de 1985, y la correspondiente competencia municipal para suspender la perforación de pozos (o más exactamente, la del Gobernador Civil, revocando un acuerdo municipal que había negado la aplicabilidad de ese artículo 23 de la Ley de 1879) la ha defendido, con razón y en la línea de lo que yo había considerado defensible, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 26 de abril de 1993 (*RAR.*, núm. 2745). El Tribunal Supremo aceptó que el Gobernador Civil, cuya competencia administrativa defendió expresamente siguiendo a la sentencia apelada del Tribunal Superior de Justicia de Granada, de 28 de mayo de 1990, suspendiera la ejecución de un sondeo por aplicación del artículo 23 de la Ley de Aguas de 1879. Y naturalmente que el que hoy esté suprimida la figura del Gobernador Civil no le quita valor indicativo a esta sentencia ni permitiría criticar en absoluto la explicación que di sobre esta cuestión en 1996.

de los Alcaldes con los Organismos de cuenca en sus labores de inspección y policía sobre las aguas. Y véase también, en parecidos términos, el llamamiento al Alcalde del artículo 201-1.^º del mismo Reglamento. En fin, ya he indicado en nota también que precisamente toda esta parte de mi libro (el de 1990, pero la explicación es sustancialmente coincidente en mi posterior libro de 1996, al que se refiere la feroz crítica de mi colega zaragozano que he recordado) sobre la protección de derechos preexistentes había sido expresamente aceptada en bloque por el profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO (q.e.p.d.), para casi todos nuestra primera autoridad en Derecho de aguas.

Como conclusión de este ejercicio de legítima defensa que me he visto forzado a realizar, afirmaría que uno desearía fervientemente que todas las críticas rotundas, descalificadoras, generales y desabridas que haya de recibir en su obra o en su persona resultaran tan mal informadas y tan sencillas de rebatir como las aquí recordadas (75).

E) EL ARTÍCULO 54.2.^º DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE AGUAS

El artículo 54.2 del Texto Refundido sustrae al control administrativo habitual de las aguas públicas el aprovechamiento por el dueño de la finca (hay que entender que por él, aunque el precepto no le alude expresamente) de aguas de pequeños manantiales y pozos de hasta un total de 7.000 metros

(75) Puedo explicar además al lector que la frivolidad de las críticas recordadas del profesor EMBID IRUJO respecto de mi libro de 1996, deben enjuiciarse junto al curioso dato, que puedo afirmar sin temor a equivocarme (yo sí suelo leer habitualmente a mi colega en sus trabajos sobre aguas, a veces incluso con provecho), de que esas pintorescas alusiones a mi libro son las únicas que ha realizado en toda su bastante extensa obra de muchos años sobre las aguas, puesto que parece haber adoptado casi como un rígido criterio metodológico (sin duda justificadísimo, desde sus particulares opiniones, visto el criterio que sobre mí se ha atrevido a poner por escrito) el no recoger ni citar nunca, bajo ningún concepto, ninguno de mis numerosos trabajos sobre Derecho de aguas, ni siquiera para criticarlo con o sin argumentos. En general, el citado profesor mantiene una actitud despectiva y de completo desinterés sobre toda la doctrina civilista relativa a aguas. Curiosamente, el maestro del profesor EMBID, Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, conocido y amigo mío desde hace cuatro décadas, en el prólogo que puso a mi primer libro sobre Derecho de aguas de 1990 reprimaba a algunos de sus colegas administrativistas en general el que, siendo que yo les citaba a ellos, ellos no me hubieran citado, por entonces, a mí. Incluso puedo contar que yo empecé a ocuparme de las aguas, en particular subterráneas, por la amable y persistente insistencia del profesor MARTÍN RETORTILLO, en la época en la que elaboraba mi tesis doctoral de Derecho Civil sobre la ocupación. Ya se ve, por tanto, el poco caso que el profesor EMBID hizo a su maestro en un consejo tan sabio como el de procurar escribir habiéndose enterado antes seriamente del estado de la cuestión sobre los temas, y de qué metodología tan distinta parte de la que siempre ha practicado y enseñado su maestro. Para la mencionada opinión del profesor MARTÍN RETORTILLO, cfr. su prólogo a mi libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Publicaciones Universitarias de Zaragoza, 1990, pág. XII.

cúbicos anuales. Se trata indudablemente de un uso privativo de aguas públicas por disposición de ley (cfr. arts. 52.1, 53.5 y 59.1 del Texto Refundido) y así lo ha reconocido la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (FJ núm. 23, letra e). Estas aguas cuasiprivadas se destinarán a un uso doméstico, siendo, al parecer, indisponibles jurídicamente (cfr. art. 84.3 del Reglamento de 1986-2003, aunque este precepto sea poco coherente con la regulación legal de los arts. 63 y 67 y sigs. del TR). Sobre extinción de estos derechos véase el artículo 169 del Reglamento de 1986-2003. Estos derechos son inmatriculables tanto en el Registro de Aguas como en el Registro de la Propiedad.

Pese a su aparente sencillez, el artículo 54.2 plantea un difícil problema de delimitación de su ámbito y de armonización con las Disposiciones Transitorias 2.^a a 4.^a del Texto Refundido. Es dudososo 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 adquiera 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, fecha de entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, 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.

Creo que introducir este precepto del artículo 54-2.^º TR fue un error de nuestro legislador de 1985 (76). Sólo tenía sentido en un esquema de total publificación de todas las aguas privadas, que estaba en los anteproyectos de ley, pero al que finalmente renunció el legislador. En particular, en relación a los manantiales naturales, que desde hace muchos años disminuyen en lugar de aumentar, parece que el artículo 54-2.^º del TR no se aplicará de momento prácticamente nunca, quedando todos los manantiales bajo la aplicación de ámbito mayor de la Disposición Transitoria 2.^a del TR.

Sólo cuando, a partir del 1 de enero de 2036, los *aprovechamientos temporales de aguas privadas* se transformen en concesiones administrativas, tendrá operatividad este precepto pensado originariamente como una atenuación o consolación frente a la nacionalización de las aguas privadas diferida, para algunos casos, a esas lejanas fechas. Pero, incluso para entonces, parece oscuro y problemático el sentido del precepto, al estar previsto que el ex dueño de las aguas privadas del manantial o pozo obtenga una concesión

(76) DÍAZ MORA, José, afirma, con razón, que la gran cantidad de estos pequeños pozos que existe no los hace, ni mucho menos, despreciables en el balance global de las extracciones de un acuífero. Cfr. «La clarificación jurídica en los acuíferos sobreexplorados. El caso de La Mancha Occidental», en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, 2002, pág. 253.

administrativa sobre las aguas devenidas públicas por ministerio de la ley y en principio sobre la total cuantía de las aguas que tuviera el manantial o pozo, dentro de la que no se ve para qué habría de permanecer subsumida esta titularidad especial y cuasiprivada sobre una parte (7.000 metros cúbicos anuales) de esas mismas aguas objeto de concesión. Se le daría a esa concesión, toda ella sobre aguas públicas, una especie de extraño e innecesario carácter mixto en su régimen jurídico. Una vez más comprobamos que en materias próximas al Derecho Civil o simplemente difíciles la Ley de 1985 flojea en su consistencia técnica.

Además, este precepto del artículo 54.2 TR, combinado con los artículos 414 y 417 del Código Civil, que no han sido derogados, puede desvirtuar en importante medida el control administrativo de los futuros alumbramientos de aguas subterráneas que la Ley parece querer procurar. Parece muy probable que se haya hecho y que se haga en el futuro un uso excesivo o abusivo de este artículo 54.2 del TR, en detrimento de la necesaria autorización administrativa previa exigida legalmente para investigar aguas subterráneas (art. 74 TR). No parece haber de momento, ni será fácil que haya en el futuro, dada además la escasa cuantía de los asuntos relacionados con este precepto, jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el mismo.

Según la Disposición Adicional 7.^a, apartado 2.^º del TR de 2001, a estos aprovechamientos del artículo 54-2.^º TR se les podrán imponer limitaciones por el cauce del artículo 58 del TR, en situaciones de urgencia, sin que las mismas den lugar a indemnización, lo que es perfectamente lógico.

El Decreto catalán 328/1988, de 11 de octubre, sometió a autorización administrativa previa de la Junta de Aguas la apertura o alumbramiento de estos (en teoría) pequeños pozos del artículo 52-2.^º de la Ley de Aguas de 1985 (cfr. arts. 1-2.^º, letra b, y 9 del Decreto). Intento completamente razonable en su intención, pero creo que ilegal. Aparte del mayor rango de la norma del artículo 52-2.^º de la Ley de 1985 (54-2.^º TR), la misma tiene carácter de legislación básica del Estado (cfr. FJ 23, letra e, de la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre).

F) LA PROTECCIÓN DE LA CALIDAD DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS PÚBLICAS

Ya se ha indicado que es tradicional en nuestro país la actitud de despreocupación por la contaminación de los acuíferos. Esa actitud ha favorecido que bastantes de nuestros acuíferos estén hoy ampliamente contaminados por salinización, por influencia de los nitratos, de los metales pesados y de plaguicidas y otros compuestos orgánicos, como explica cumplidamente el Libro Blanco del Agua de 2000, documento que también explica la enorme dificultad técnica y gran costo económico de las operaciones de descontaminación de acuíferos,

por lo que recomienda, con toda razón, que se inspiren los agentes sociales y la Administración en el principio de prevención o precaución.

La Ley de Aguas de 1985 muestra una encomiable preocupación, en general, por la protección de la calidad de las aguas continentales, aunque acogió criterios discutibles y discutidos sobre la regulación de los vertidos y omitió regular en aquella versión originaria el fenómeno muy importante de la llamada contaminación difusa, debida sobre todo a actividades agrícolas y ganaderas. La cuestión fue luego abordada por el Decreto 261/1996, de 16 de febrero. Y las leyes 46/1999 y la del Plan Hidrológico Nacional de 2001 han mantenido y procurado robustecer los instrumentos jurídicos creados a este fin de la protección de la calidad del agua por la Ley de 1985. Aparte de la normativa sobre aguas, estatal o autonómica, tiene mucha importancia en esta materia la normativa sobre competencias de los municipios y la sectorial, desde el benemérito Reglamento estatal sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas contenido en el Decreto de 30 de noviembre de 1961, que mantiene en parte su vigencia, hasta las leyes estatales reguladoras de los residuos peligrosos como la Ley 20/1986 y su reglamento contenido en el Decreto 833/1988 y hoy la Ley 10/1998, de 21 de abril. Hay también legislaciones autonómicas sobre los residuos.

Entre los instrumentos de la legislación estatal, cabe mencionar, aparte de la misma planificación hidrológica en su conjunto, las zonas de protección especial (art. 43-2.º TR); la sobreexplotación de acuíferos y perímetros de protección (art. 56 TR); protección de zonas húmedas (art. 111 TR); el conjunto de medidas y competencias reguladas en los artículos 92 a 99 del TR; la casi absoluta prohibición de vertidos (art. 102 TR), que no parece dejar casi resquicio a la aplicabilidad aquí del canon de vertidos (77), aunque desde la Ley 46/1999 se liquida también, muy razonablemente, el canon de vertidos por los realizados clandestinamente o sin autorización (art. 105 TR); la potestad sancionadora de la Administración hidráulica (art. 116 y sigs. TR); y la responsabilidad civil por daños al dominio público hidráulico (art. 118 TR). Los artículos 325 a 331 del vigente Código Penal de 1995 regulan los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (78). Los tribunales penales suelen ser bastante restrictivos en la aplicación de estos tipos penales, con frecuencia tipificados en forma vaga o deficiente (79).

(77) Cfr. SANZ RUBIALES, Íñigo, *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, 1997, pág. 103 y sigs. y 173 y sigs. y 260. Véanse sobre vertidos en aguas subterráneas, los artículos 257 a 259 del Reglamento de 1986-2003.

(78) Cfr. sobre esto el libro de BLANCO LOZANO, Carlos, *La tutela del agua a través del Derecho Penal*, José María Bosch Editor, 2000, 607 págs.

(79) En el año 2003 informó la prensa de que fueron procesados el entonces Presidente y otros altos funcionarios de la Confederación Hidrográfica del Segura por, al parecer, los pretendidos abusos cometidos por algunos agricultores con pozos ilegales en

Desde hace un cuarto de siglo inciden también en las técnicas de protección y objetivos de calidad de nuestras aguas subterráneas buen número de directivas del Derecho Comunitario europeo, como la Directiva 80/68, de 17 de diciembre de 1979, sobre aguas subterráneas; la Directiva 85/337, de 27 de junio de 1985, que dio lugar a la Declaración de Impacto Ambiental; y la Directiva-marco europea 2000/60, de 23 de octubre, que aspira a armonizar y resumir en buena medida las diversas directivas anteriores. La Declaración de Impacto Ambiental, creación más destacada de toda esta regulación europea, inspirada en el Derecho norteamericano, fue regulada inicialmente en nuestro país por el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio. Esta norma ha tenido que ser reformada para integrar una nueva directiva europea, la Directiva 97/11/CE, de 3 de marzo, y la sentencia del Tribunal Constitucional, de 22 de enero de 1998. La reforma se ha llevado a cabo primero por el Real Decreto-ley 9/2000, de 6 de octubre; y, finalmente, por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del mencionado Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación del impacto ambiental. Esta normativa tiene carácter básico, pero coexiste con normativas autonómicas del mismo tipo y significado. Más recientemente, la Ley estatal 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, ha creado la llamada *autorización ambiental integrada*, al trasponer al Derecho español la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre de 1996. Hoy contamos también con la Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a las aguas subterráneas.

Ateniéndonos a la normativa estatal simplemente, digamos que su ámbito de protección respecto de las aguas en general y respecto de las aguas subterráneas en particular es, en teoría, bastante amplio y que esta normativa fija multas de enorme cuantía para las infracciones muy graves (2.404.048,40 euros, o sea 400 millones de pesetas) (80). Pero, aun así, la normativa estatal de aguas todavía supera o amplía ese teórico amplio marco de protección de

la cuenca de ese río. Realmente, el Segura se ha convertido en un río fantasmal, que casi nunca lleva agua. Y no es el único. Pero a mí me parece que, con una Ley como la que se hizo en 1985, este lamentable resultado era muy difícilmente evitable. En otro sentido, en la sentencia penal del TS, de 30 de mayo de 2007 (*RAr.*, núm. 3725) se dan por buenas las tomas de muestras y pruebas sobre contaminación de aguas de acuíferos (prueba pericial química) realizadas por el Servicio de Protección de la Naturaleza de la Guardia Civil (SEPRONA), con cita de abundante jurisprudencia del propio TS y del Tribunal Constitucional.

(80) Esta normativa, enumerándolos en diversos anexos, distingue un grupo de proyectos y obras que deben ser sometidos obligatoriamente a Declaración de Impacto Ambiental y otro grupo de proyectos y obras, en principio de importancia menor que los anteriores, que son sometidos a la misma cuando la Administración (el «órgano ambiental» competente) lo decide así discrecionalmente. Más de una docena de normas incluyen diversas obras o proyectos relativos a aguas subterráneas, o relacionables con las mismas, en uno u otro anexos.

la genérica Declaración de Impacto Ambiental (81). Véase, en efecto, siguiendo la estela del originario artículo 90 de la Ley de Aguas de 1985, de texto genérico y amplísimo (82), el nuevo texto del artículo 98 del Texto Refundido de Aguas de 2001, en versión procedente de la Ley 46/1999 (art. 90). Y véase también, en la misma línea, el artículo 59 de la Ley de Costas de 1988. El mero otorgamiento de una autorización administrativa o de una concesión sobre aguas públicas puede dar lugar a la necesidad del trámite de una Declaración de Impacto Ambiental, lo que en principio puede parecer un tanto excesivo. La Declaración de Impacto Ambiental es un instrumento jurídico que está empezando a arraigar en nuestro Derecho y en el que algunos tienen puestas grandes esperanzas. Ya me he referido también, al final del segundo epígrafe de este trabajo, a la incidencia para las aguas subterráneas de la nueva Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

Por el momento, a pesar de la amplia batería de instrumentos jurídicos que ha previsto la legislación para velar por la protección de la calidad de las aguas, la doctrina advierte que, salvedad hecha del importante y eficaz control sanitario del agua potable y del abastecimiento de poblaciones (83), toda esta legislación ha tenido una incidencia escasa y que las normas de poco sirven en este concreto ámbito cuando falta la voluntad política y cuando la Administración no está dotada de medios humanos y materiales para afrontar con seriedad el ejercicio de estas competencias (84). Es de esperar que la mayor preocupación por la calidad del agua que inspira las normas vigentes se vaya abriendo paso pero lentamente (85). Además, como he advertido ya,

(81) Cfr. UTRERA CARO, Sebastián, «La evaluación de impacto ambiental de las obras hidráulicas», en el *Comentario a la legislación de evaluación de impacto ambiental*, dirigido por Tomás QUINTANA LÓPEZ, 2002, pág. 233 y sigs.

(82) Ese artículo 90, originario de la Ley de Aguas, muchos años vigente, no parece haber producido apenas jurisprudencia del TS. La sentencia contencioso-administrativa del mismo, de 30 de mayo de 2001 (*RAr.*, núm. 4550) consideró inaplicable ese precepto en un caso de un pozo de aguas privadas inscrito en el Registro de Aguas y consideró además el precepto como norma de carácter excepcional respecto del uso especial o privativo del agua.

(83) Tema éste sobre el que la preocupación sigue manteniéndose viva, con toda razón. La Ley 11/2005, de 22 de junio, ha introducido una nueva Disposición Final 4.^a al TR de aguas en la que ordena al Gobierno regular, entre otras cosas, la *protección de las captaciones* de aguas destinadas al consumo humano.

(84) Cfr., por ejemplo, CALVO CHARRO, María, *El régimen jurídico de los humedales*, 1995, págs. 300-301; o también SANZ RUBIALES, Iñigo, «La contaminación de las aguas subterráneas en España: diagnóstico y propuesta de actuaciones», en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, Mundi Prensa, 2002, págs. 101 y sigs. y 120.

(85) Un paso significativo en esa dirección lo constituye la sentencia contencioso-administrativa del TS de 4 de mayo de 2006 (*RAr.*, núm. 3033), que declaró no haber lugar al recurso contencioso-administrativo presentado contra el Decreto 436/2004, de 12 de

se solía afirmar con razón que dificultaba mucho los controles de los funcionarios de la Administración hidráulica el hecho de que para entrar en las fincas privadas, dentro de las que se realizan con frecuencia las actividades contaminantes, aquéllos necesitasesen una previa autorización judicial según exige el artículo 91-2.^º reformado de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y el artículo 8-5.^º de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (86). Esto último, con todo, ha sido razonablemente modificado en el nuevo artículo 94-3.^º del TR, según su versión procedente de la Ley 11/2005, de 22 de junio, que posibilita ampliamente a los agentes de la Administración la entrada en fincas y ámbitos privados.

IV. 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, sobre todo administrativista, 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 aprovechamiento privado de una corriente de agua pública, que incluso era, dicho derecho, según algunos, derecho accesorio a la finca e indisponible jurídicamente (no susceptible de venderse o enajenarse). Y algún autor había extendido esa explicación relativa a un mero derecho de aprovechamiento e indisponible, sin razón en absoluto a la vista de la tradición histórica y de la tajante letra de aquella legalidad, incluso a las corrientes de aguas subterráneas alumbradas (87).

Sin embargo, los argumentos de dicha teoría son en realidad muy endebles (88) y, por otra parte, dicha equivocada teoría no ha tenido ninguna

marzo, sobre tratamiento de purines, dictado al final de la etapa de Gobierno del PP, e interpuesto por la Asociación de Empresas para el Desimpacto Ambiental de los Purines.

(86) Cfr., por ejemplo, mi libro sobre aguas subterráneas de 1990, págs. 39-40; o SANZ RUBIALES, Íñigo, «La contaminación de las aguas subterráneas en España: diagnóstico y propuesta de actuaciones», en el libro colectivo, *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 2002, pág. 107.

(87) Cfr., en tal sentido, PÉREZ PÉREZ, Emilio, en su comentario a la Ley de Aguas en los *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, de EDERSA, dirigidos por el profesor ALBALADEJO, Tomo 5.^º, 1991, págs. 11 a 17, y esta última, sobre todo, y para la indisponibilidad de las aguas subterráneas, muy oscuramente, págs. 31-32, 578-579 y 583. Más abajo veremos que el TS no ha dado la razón en absoluto a esta infundada opinión.

(88) Esta cuestión, que considero cardinal, la tengo explicada, entre otros lugares, y con amplia información doctrinal, en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, de 1996, págs. 381 a 450. Posteriormente vino a coincidir sustancialmente con esa explicación,

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, y aunque con límites legales, era una de las clases de propiedad privada. Alguna vez recuerda el Tribunal Supremo la terminología del Código Civil de *propiedad especial* (89). Y en particular, también eran muy abundantes las sentencias del Tribunal Supremo que, aplicando la Ley de Aguas de 1879, reconocían o presuponían la plena disponibilidad o transmisibilidad jurídica sobre las aguas privadas (90).

cambiando su opinión anterior, citándome, y aunque citando mi menos completo libro de 1990 y con alguna vacilación en algún punto, la explicación del profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO, a quien muchos consideramos la primera autoridad española en Derecho de aguas. Cfr. su *Derecho de aguas*, 1997, págs. 151 a 157, entre otras. Por lo demás, la brillantísima explicación de la célebre Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866, atribuida al excelente jurista Pedro GÓMEZ DE LA SERNA y verdadero monumento de la historia del Derecho español de todos los tiempos, ya había dejado tajantemente zanjada y explicada la cuestión de la posibilidad de la propiedad privada sobre aguas corrientes, como tengo recogido en mi citado libro de 1996, págs. 382-383. A partir de entonces (1866), y durante un siglo, la doctrina ya no dudó seriamente sobre la posibilidad de la existencia de una propiedad privada sobre las aguas corrientes, aunque la falta de sentido histórico de la doctrina administrativista creó en los últimos veinticinco años la falsa polémica (sólo académica y sin apenas trascendencia jurisprudencial) a la que me refiero en el texto y que tanto ha degradado la técnica de la Ley de Aguas de 1985 y ha enturbiado su dogmática profunda. En la doctrina administrativista actual sigue faltando, al parecer, en gran medida, el conocimiento de esta realidad incuestionable de la existencia de una auténtica propiedad privada del agua como punto de partida para todo lo demás y como categoría claramente contrapuesta a la del dominio público del agua. EMBID IRUJO, Antonio, por ejemplo, ha vuelto a argumentar, pero desde un plano difuso de política legislativa y de Derecho comparado, y omitiendo la tajante y rotunda toma de postura en esto del Derecho español en las Leyes de 1866 y 1879, que es el que nos interesa, sobre una pretendida dificultad objetiva de configurar conceptualmente una propiedad privada sobre el agua, lo que, por cierto le lleva, al final de su trabajo, que pretende inspirar en un pensamiento político progresista, a considerar que no sería imprescindible la nacionalización de las aguas privadas en el futuro. Cfr. «A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa», en *Propiedades públicas*, número extraordinario de *Justicia Administrativa*, 2006, págs. 185 y sigs. y 204-205.

(89) Cfr., por ejemplo, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 30 de junio de 1998 (*RAr.*, núm. 5903).

(90) Cfr. de nuevo mi libro de 1996, págs. 420 a 433, donde aporto toda esa abundante y significativa jurisprudencia, que no he visto estudiada en ninguna otra obra, aparte de las argumentaciones jurídicas sobre la cuestión que considero correctas. Es posible, con todo, que la defectuosa doctrina que señalo en el texto haya causado algunos perjuicios, incluso antes de la Ley de Aguas de 1985, a la hora de oscurecer el concepto claro de lo que debía ser la cuantía de los derechos de propiedad privada sobre aguas. Por ejemplo, la sentencia civil del TS, de 31 de enero de 1980 (*RAr.*, núm. 339) afirmaba erróneamente, en mi opinión, que aunque un manantial natural propiedad de un heredamiento canario tenía un caudal de dos litros por segundo, según unos oficios oficiales recogidos en una escritura pública notarial, ello no probaba suficientemente que ese volumen de agua hubiera sido efectivamente aprovechado por el heredamiento y que lo respetable de ese derecho era únicamente lo «realmente aprovechado» de ese caudal posible y legalmente aprovechable.

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 núm. 6). En cuanto a la primera (hoy, el TR de 2001) 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 4.^a del TR vigente, que recoge tres veces esa frase). Es un ejemplo perfecto de cómo la degradación doctrinal acaba produciendo degradación de la técnica legislativa.

Sin embargo, pese a esta ambigüedad terminológica de la Ley de 1985, es evidente que las Disposiciones Transitorias de la Ley de 1985 mantuvieron la propiedad privada sobre ciertas aguas (sobre las de los pozos, en particular). La letra del apartado 2.^º de la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 46/1999 ha venido a dar un nuevo indicio de esta indiscutible interpretación (hoy Disposición Adicional 7.^a, apartado 2.^º del TR). Y lo mismo los nuevos rótulos puestos a las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a por el TR de 2001, en los que se alude, por fin con propiedad, a *titulares de derechos sobre aguas privadas* procedentes de manantiales o de pozos. 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. En realidad, del apartado 1.^º de la Disposición Transitoria 4.^a de dicha Ley (y hoy del TR de 2001) se deducía, según he advertido ya, una regla general de pervivencia de la propiedad privada del agua para todas las aguas que eran privadas bajo la Ley de 1879. La pretendida dominialización de las aguas privadas por la Ley de 1985 fue, en realidad, una pseudodominalización.

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 conveniente (cfr. párrafo 2.^º del Fundamento Jurídico núm. 8 y párrafo 4.^º de los Fundamentos Jurídico 11.^º y 12.^º). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido también en muchísimas ocasiones la propiedad privada de ciertas aguas, como en la sentencia de la Sala 1.^a 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 3.^a, Sección 6.^a, 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 3.^a, Sección 3.^a, de 4 de marzo de 1998, y otras muchas sentencias más con posterioridad. Ninguna sentencia del Tribunal Supremo ha negado, por supuesto, el carácter de propiedad privada de las aguas privadas. Aun así, veremos también que la degradación técnica y terminológica de la Ley de Aguas de 1985 tampoco ha dejado de perjudicar, a veces, a la doctrina del mismo Tribunal Supremo.

Incluso antes de que entrara en vigor la perturbadora Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional, que comenté posteriormente, podemos decir ya que la Ley de Aguas de 1985 dejó en mayor penumbra de la que ya tenía antes bajo la Ley de 1879 la cuestión absolutamente crucial de cuál sea la cuantía de los derechos de propiedad privada sobre aguas subterráneas alumbradas con anterioridad al 1 de enero de 1986, día de entrada en vigor de dicha Ley de 1985.

Aunque puedan ayudar en casos concretos, a ese respecto, las sentencias existentes sobre conflictos anteriores sobre dichas aguas, o las inscripciones de esos derechos en el antiguo Registro de Manantiales de la Administración Minera de 1934 o en el Registro de la Propiedad, el punto de partida creo que debe de ser el de que la cuantía de los derechos de propiedad sobre aguas alumbradas subterráneas se debe entender determinado desde las nociones de ocupación y, en su caso, pese a su menor utilidad en esto, accesión, que dieron causa a las adquisiciones de esas propiedades, como regla general, y que, para los *aprovechamientos temporales de aguas privadas* temporáneamente inscritos en el Registro de Aguas (inscritos en el plazo inicial de los tres primeros años), la Ley ha puesto, como excepción no generalizable, el difícilísimo límite o restricción de que se protejan o mantengan sólo *en lo que se refiere al régimen de explotación de los caudales* (91). Esta última expresión legal ha sustituido para mejor, aunque todavía con dudoso alcance, y gracias a la reforma por el Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001, que ha reformado la redacción del apartado 1.^º de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a de la Ley de Aguas, la fórmula originaria de mantenimiento o respeto del *régimen de explotación de los caudales realmente utilizados*, puesto que esa redacción originaria, oscuramente y con escasa lógica, sólo afirmaba respetar derechos de propiedad sobre aguas de *pozos o galerías en explotación* al entrar en vigor la Ley de 1985 y ya se ve que, además, *realmente utilizados*. Ya se ha indicado también que en la nueva redacción del TR de 2001 se alude correctamente, en el rótulo de la Disposición Transitoria 3.^a, a *titulares de derechos sobre aguas procedentes de pozos*.

En general, influida por la defectuosa terminología legal de las Disposiciones Transitorias de la vigente Ley de Aguas, y seguramente también que arrastrada por un planteamiento algo simplista de los recursos o demandas de los abogados, la abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre las mismas, discute de modo inmediato casi siempre sólo sobre las superficies concretas de riego a inscribir en los dos registros administrativos

(91) Sobre esta problemática limitación legal de la cuantía del objeto de los derechos de propiedad privada sobre aguas subterráneas inscritos en el Registro de Aguas, que es fruto de la falta de claridad de ideas y del insuficiente conocimiento de nuestra Ley de 1879 por los autores de la Ley de Aguas de 1985, véase el detenido análisis que realicé en mi libro de 1996, págs. 450 y sigs. y 481 y sigs.

sobre aguas existentes, y no sobre los caudales inscribibles, que son en rigor el verdadero objeto de la inscripción o inmatriculación, puesto que se trata de inmatricular en esencia la titularidad de derechos subjetivos de propiedad privada sobre caudales de agua determinados. Es también una mala línea de razonamiento la aceptada en alguna sentencia (92) de que, discutiéndose los caudales concretos de un pozo, se afirme simplemente que serían éstos los suficientes para cubrir las necesidades propias del cultivo a que se destinan los terrenos. En algunas ocasiones, absurda pero muy significativamente, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar en sus razonamientos, creyéndose a la letra la defectuosa terminología legal sobre inscripción de *aprovechamientos*, que lo inscribible en esos registros administrativos eran hechos y no derechos subjetivos (93). Por lo demás, conviene recordar que una cierta confusión entre derechos y hechos o aprovechamientos la introdujo también el legislador de 1985 respecto de las concesiones administrativas, por ejemplo, cuando decidió vincular en principio rígidamente las concesiones para riego a la propiedad privada sobre la finca del titular de la concesión correspondiente en el discutible y problemático artículo 59-4.^º de la Ley de Aguas de 1985 (hoy art. 61-4.^º del TR de 2001), por completo ajeno a la mejor regulación al respecto de la Ley de 1879.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, a pesar de todo, aunque con dudas y vacilaciones, ha acertado a señalar en ocasiones, con buen sentido, que existían o eran inscribibles en el Registro de Aguas o en el Catálogo de aguas privadas, derechos sobre aguas privadas sin exigir que estuvieran en explotación exactamente en el momento de entrar en vigor la Ley de Aguas de 1985 (94); o considerando que no se había probado que no estuvieran en

(92) Cfr., en tal sentido, la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 11 de febrero de 2004 (*RAR.*, núm. 1030).

(93) Véanse, por ejemplo, en dicho sentido, las sentencias contencioso-administrativas del TS, de 9 de junio de 2004 (*RAR.*, núm. 6311), y de 15 de diciembre de 2005 (*RAR.*, de 2006, núm. 4190). Con toda razón critican esta afirmación jurisprudencial, respecto de la primera de estas sentencias, DELGADO PIQUERAS, Francisco, y GALLEGÓ CÓRCOLES, Isabel, en su libro *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, 2007, pág. 90, nota 73.

(94) Véase, en dicho sentido, y muy bien argumentada (Ponente: Fernando LEDESMA BARTRET), la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 20 de septiembre de 2001 (*RAR.*, núm. 7454). En sentido contrario, pero con argumentaciones más turbias y desorientándose el TS con la discutible idea de la «congelación» de los derechos subjetivos, véase la sentencia contencioso-administrativa de 23 de abril de 2003 (*RAR.*, núm. 3726). O también la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 12 de mayo de 2004 (*RAR.*, núm. 4716), que afirma muy discutiblemente que lo que se trataba de inscribir en el Registro de Aguas era el régimen de explotación que antes existía, y no el que fuera posible con los *caudales utilizados*. Sin embargo, aunque esa afirmación no deja de tener algo de apoyo en la letra de la ley, dada la falta de claridad de ideas de los autores de la Ley de Aguas de 1985, si se reflexiona en serio sobre lo que sea la propiedad privada de una corriente de agua, creo que conviene concluir que lo que deberían inscribirse serían

explotación en dicho momento (95); o que era inscribible en el Catálogo de Aguas Privadas la propiedad privada de un pozo cuando se solicitaba la inscripción de una cuantía de caudales inferior a la que se había adquirido y se tenía, pero con transformaciones en las técnicas de regadío y para regar una superficie mayor que la que antes se venía regando (96); o que eran inscribibles en el Registro de Aguas derechos sobre aguas privadas en los que el solicitante de la inscripción o inmatriculación de su propiedad sobre un pozo no había conseguido probar la *no afección* a otros aprovechamientos preexistentes, prueba que, irrazonablemente y con rigor excesivo, le exige la letra de la ley para poder llevar a cabo la mencionada inscripción (97).

Incluso ha llegado el Tribunal Supremo en una ocasión (98) a dar por buena como contenido de una inscripción en el Registro de Aguas de un pozo de aguas privadas, a las aguas alumbradas con autorización administrativa, pero ya vigente la Ley de 1985, en otro pozo situado a menos de 30 metros del ori-ginario inscrito, y pozo diverso del que se pasó a obtener aguas complementa-

los *caudales utilizables* en su momento por el propietario del pozo, mejor que no los *caudales utilizados*, expresión legal desafortunada y que nos aboca a una inesquivable inseguridad jurídica.

(95) Así, por ejemplo, y sin considerar decisivas en sentido contrario fotografías por satélite aportadas por la Administración que pretendidamente demostrarían la no utilización anterior de los pozos, las sentencias contencioso-administrativas del TS, de 12 de noviembre de 2004 (*RAr.*, de 2005, núm. 1932); y de 21 de junio de 2005 (*RAr.*, núm. 8966). Hay abundante jurisprudencia del TS sobre estos métodos de teledetección de regadíos, como modo de probar indirectamente los caudales de los pozos de propiedad privada, y que muestra, como no podía por menos de ocurrir, y como han demostrado cumplidamente DELGADO PIQUERAS, Francisco, y GALLEGÓ CÓRCOLES, Isabel, que el TS aprecia dichas fotografías por satélite como una prueba más sometida al principio de libertad de prueba. Cfr., de estos autores, *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Albacete, 2007, págs. 42 a 47 y 55.

(96) Se trata de la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 29 de noviembre de 2000 (*RAr.*, de 2001, núm. 43, ponente: Fernando LEDESMA BARTRET).

(97) Muy claras en esta línea de argumentación, formalmente difícil de argumen-tar, pero razonabilísima, por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas, y todas del ponente Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, del TS de 12 de noviembre de 2004 (*RAr.*, de 2005, núm. 1932); de 1 de marzo de 2005 (*RAr.*, núm. 5672); y de 21 de junio de 2005 (*RAr.*, núm. 8966). También dos sentencias cont. advas. del TS de la misma fecha de 29 de enero de 2004 (*RAr.*, núm. 156 y núm. 662). Contra, en cambio, exigiendo con rigor la prueba de la *no afección* de su derecho a otros derechos preexistentes para admitir, a lo que no se accede, la inscripción en el Registro de Aguas del pozo, la sentencia del TS de 11 de noviembre de 2004 (*RAr.*, núm. 8093). Sobre la cuestión, y también aprobando la línea jurisprudencial del TS que aquí se considera preferible, cfr. DELGADO PIQUERAS, Francisco, y GALLEGÓ CÓRCOLES, Isabel, *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Albacete, 2007, págs. 38 a 40.

(98) Se trata de la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 30 de mayo de 2001 (*RAr.*, núm. 4550, ponente: Óscar GONZÁLEZ GONZÁLEZ). Por las razones que explico en el texto, no me convence la opinión de DELGADO PIQUERAS y GALLEGÓ CÓRCOLES, quienes aprueban expresamente el criterio de esta sentencia. Cfr. *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, 2007, págs. 103-104.

rias (que no se declaran públicas, por tanto) de las del pozo originario e inscrito, porque esas nuevas aguas de sustitución cabían cuantitativamente dentro de la cuantía reflejada en el asiento de inscripción del Registro de Aguas relativo al pozo de propiedad privada originario. Esta sentencia ya me parece excesivamente flexible y poco convincente y debería hacerse imposible, al menos hacia el futuro (99), una vez que el rótulo de la Disposición Transitoria 3.^a alude a titulares de derechos sobre *aguas privadas de pozos y galerías*, lo que además es más coherente con la regulación parcialmente «mantenida» de la Ley de Aguas de 1879, que pensaba siempre en aguas procedentes de pozos y no en aguas procedentes del mismo acuífero o en aguas del más brumoso concepto de *aprovechamiento*. Y debería quedar claro que la Administración no es capaz ni tiene potestad para crear nuevas aguas privadas a su antojo (100).

(99) También la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 4 de julio de 2000 (*RAr.*, núm. 4788, ponente: Segundo MENÉNDEZ PÉREZ) aceptó en cierto modo que se mantuviera un aprovechamiento de aguas minero-medicinales, abriendo, con autorización administrativa de la Administración autonómica catalana, una nueva captación con la condición previa de la inutilización de otros pozos que se estaban agotando por los descensos del nivel freático, y con la finalidad de mantener los mismos caudales de agua de que se venía disponiendo por los titulares del aprovechamiento originario y de que se evitara la disminución de la temperatura del agua, lo que perjudicaba su uso terapéutico. Aunque la sentencia está bien argumentada, a mí me parece, no habiéndose planteado la cuestión como de profundización de los pozos antiguos, que lo que en un supuesto así convendría reconocer es que la Administración hidráulica, en uso de su discrecionalidad, puede otorgar una nueva concesión administrativa, ya sobre aguas públicas, y todo lo parecido que se quiera al antiguo aprovechamiento de aguas minero medicinales. Pero no que está la Administración obligada a respetar el antiguo *aprovechamiento* autorizando apertura de pozos nuevos que pretendidamente siguen perteneciendo al mismo.

(100) Muy interesante es también la sentencia contencioso-administrativa del TS de 3 de octubre de 2006 (*RAr.*, de 2007, núm. 4205), que, casando la sentencia impugnada y estimando la demanda del recurso contencioso-administrativo originario, acepta la validez y eficacia de un acuerdo celebrado entre la Administración autonómica catalana, expropiante de un pozo de aguas privadas inscrito en el Registro de Aguas, acuerdo en el que se sustituyó el justiprecio por el compromiso de la Administración expropiante de autorizar en el futuro un nuevo pozo por el mismo caudal que se venía disfrutando y nuevo pozo que habría de sustituir al otro reemplazado y tapado por una autopista que se necesitaba construir. La Administración autonómica sí que autorizó un nuevo pozo, pero incumpliendo el acuerdo, al asignar un caudal inferior al del pozo de propiedad privada preexistente, lo que motivó la demanda y el recurso de dueño de aquel pozo. El TS niega, con razón, que hubiera en el supuesto una revisión de una concesión; parece negar, aunque menos claramente, que se trate de un otorgamiento de una concesión nueva; y no relaciona el supuesto con el apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a de la Ley de Aguas. Cuando el TS ordena respetar en el nuevo pozo unos caudales con la cuantía de los originarios por lo que reste del plazo de cincuenta años, creo que está ordenando que se otorgue una peculiar concesión administrativa nueva, cuyo clausulado se determina *per relationem* con el contenido del acuerdo realizado en el expediente de expropiación y, de forma mediata, con el contenido de la propiedad privada de los caudales del pozo originario. Pero la Administración, mediante el acuerdo que firmó, no puede desplazar físicamente la ubicación del pozo ni, como indico en el texto, crear supuestos nuevos de propiedad privada de aguas.

Podríamos concluir esta parte de la explicación afirmando que el legislador de 1985, en la línea de lo que también estableció respecto de las antiguas concesiones administrativas sobre aguas públicas en la Disposición Transitoria 7.^a de la Ley de 1985 (en el actual TR de 2001 es la Disposición Transitoria 6.^a) (101), pretendió sin duda aprovechar el trámite de la inscripción de los derechos sobre aguas privadas en el Registro de Aguas (no en el Catálogo de Aguas Privadas) para *reducir* en lo posible las cuantías de esos derechos desde su entidad teórica o documental hasta el nivel de la cantidad de agua que efectivamente viniera utilizándose en el momento de entrar en vigor la nueva Ley de 1985, y que dicha intención, aunque muy torpemente formulada, difícilmente puede desconocerse por el intérprete (102). Pero lo que éste no debe tampoco desconocer es que esa torpeza en la formulación legal de la acaso lógica aspiración a la reducción de los derechos de propiedad sobre las aguas, al estar profundamente anclada en el desconocimiento de los contenidos de la antigua Ley de 1879 y de su dogmática y al apoyarse en un pensamiento confuso y dogmáticamente deficiente, resulta extraordinariamente difícil de precisar o concretar, en particular, en cuanto a la cuantía concreta de la posible reducción de las cuantías de esos derechos sobre aguas privadas. Sobre pensamiento del legislador deficiente y abstruso es imposible construir doctrinalmente con solidez al servicio de la seguridad jurídica (103).

En fin, tampoco debería olvidar el intérprete que se enfrente a estas cuestiones que el principio civil tradicional sobre la propiedad aplicable también a la propiedad privada del agua es que la propiedad no se pierde por no uso (cfr. además, art. 411 del Código Civil, *a sensu contrario*) (104) y que es una

(101) Sobre las razones del completo fracaso de dicho precepto legal, véase mi libro de 1996, págs. 493 a 497.

(102) Véase el importante esfuerzo interpretativo que realicé sobre la cuestión en mi libro de 1996, págs. 475 a 493.

(103) De ahí que no comparta el diagnóstico demasiado optimista y benévolos, en mi opinión, de DELGADO PIQUERAS y GÁLLEGU CÓRCOLES sobre la mucha utilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años sobre las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas, que creen suficiente como para dejar sin reformar legalmente dicho tan deficiente sistema normativo. Cfr. en su conjunto el, por lo demás, interesante trabajo, casi sólo jurisprudencial, de estos autores *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*. Es indudable que saben más Derecho los magistrados del Tribunal Supremo que los autores de la muy modesta Ley de Aguas de 1985 y no debe dejar de reconocerse el esfuerzo de racionalización hecho por el Alto Tribunal, pero este esfuerzo no cambia ni ha podido llegar a superar los graves defectos técnicos de la regulación legal y, como se intenta demostrar en este trabajo, no se han podido evitar por el TS, a la postre, algunas incoherencias e incluso claras injusticias. Debe decirse que algunos presentan una imagen bastante favorable del sistema transitorio de la Ley de Aguas. REVERTE NAVARRO, Antonio, lo califica curiosamente de *sutil*. Cfr. su Prólogo a la Legislación de Aguas de la Editorial Tecnos, 6.^a ed., 2000, pág. 23.

(104) La sentencia contencioso-administrativa del TS, de 22 de julio de 1998 (*RAR*, núm. 6909) declara inaplicables y caducadas unas antiguas autorizaciones administrativas (otorgada en 1931 y ampliada en 1952) para alumbrar aguas o para profundizar un pozo

hipótesis más bien académica la de alumbradores de pozos anteriores a 1986 que no hayan querido o podido utilizar sus aguas subterráneas nunca durante años; que nunca llegaran a posesionarse de ellas y a utilizarlas. Es inverosímil la hipótesis de meros alumbradores del agua privada nunca usuarios de la misma. Las personas que se habían esforzado mucho en alumbrar aguas, por cierto que entonces con tecnologías mucho menos sofisticadas y eficientes que las actuales, evidentemente que lo hicieron para utilizarlas luego con algún fin. Los alumbramientos de aguas privadas anteriores a 1986 tendrán siempre una cuantía concreta de caudales, aunque pueda ser, sobre todo para los pozos no inscritos en Registros públicos, difícil de determinar o de probar. La hipótesis desde la que hay que trabajar es la de que cuantía del derecho respetado por la Ley de 1985, haberla, la hay conforme a la ley, y que la Administración la tiene que respetar. No se le dio a ésta una discrecionalidad para modificarla libremente a su antojo y ni siquiera para hacerlo en base a directrices de su política hidráulica, por muy justificadas o socialmente convenientes que éstas puedan ser.

Es cierto, por otra parte, que las mismas Disposiciones Transitorias que mantienen la propiedad privada de las aguas la someten luego a unas limitaciones aparentemente draconianas, a juzgar por la letra de la ley de los correspondientes preceptos (apartados 3.^º y 4.^º de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a TR).

No obstante, creo que la nueva propiedad privada sobre el agua habrá de representar la libertad del titular en cuanto al uso o destino a dar a las aguas (105), sin que le pueda afectar el orden de prelación de usos del ar-

en Canarias, para lo que propone una aplicación analógica del artículo 411 del Código Civil, argumentando que el pozo llevaba sin usarse más de treinta años, y citando jurisprudencia anterior del propio TS que había declarado caducables y temporales las autorizaciones administrativas para alumbrar aguas subterráneas.

(105) El TS ha afirmado sin razón en un par de ocasiones que el titular de aguas privadas subterráneas no podía cambiar el uso a que venía destinando las aguas al entrar en vigor la nueva Ley de Aguas. Así, en la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 14 de abril de 2004 (*RAR.*, núm. 4955), en relación al discutido cambio de destino a riego agrícola de las aguas para pasar a utilizarse para regar un campo de golf, pero en un supuesto en el que había en la zona muchas urbanizaciones y existía temor a la contaminación del acuífero. También en la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 21 de septiembre de 2005 (*RAR.*, núm. 6906), en el que el TS se opuso a que aguas de pozos que se venían destinando a abrevadero pasaran a destinarse a aguas de regadío. Esta doctrina jurisprudencial no me parece convincente en absoluto. Obsérvese que el TS crea al propietario de las aguas una especie de obligación legal de uso de sus aguas para un fin determinado, que carece de toda justificación racional o legal. U obsérvese que, como luego veremos, el TS reconoce ampliamente al dueño de aguas privadas la capacidad de realizar todo tipo de actos de disposición sobre sus aguas y le niega en estas sentencias, sin lógica alguna, la capacidad de realizar actos de administración sobre sus propias aguas (el cambio de uso de las aguas es un acto de administración). En fin, veremos posteriormente la irracionalidad intrínseca de la idea de «congelación» de derechos subjetivos sobre aguas. Afortunadamente, también otras sentencias del TS defienden, con mucho mejor

tículo 60 del TR; imposibilidad, en principio, de gravar con un canon las mencionadas aguas privadas (106); susceptibilidad de éstas para ser libremente enajenadas (107), sin que les sean aplicables los artículos 67 a 72 del TR;

criterio, la libertad completa de uso o destino de las aguas privadas del propietario de las mismas. Así la sentencia contencioso-administrativa, de 21 de diciembre de 2000 (*RAR.*, núm. 9735), aunque en relación a aguas privadas pluviales, y la sentencia contencioso-administrativa de 1 de junio de 2004 (*RAR.*, núm. 3680), que afirma para aguas subterráneas privadas que el aprovechamiento de las mismas debe hacerse para aquello que se necesite. La sentencia contencioso-administrativa del TS, de 21 de julio de 1997 (*RAR.*, núm. 6329), en relación a un supuesto de aguas subterráneas en Canarias que se consideran muy discutiblemente públicas, pero en un caso en el que el alumbramiento había sido autorizado administrativamente, sí que acepta, con razón, que las aguas del pozo estuvieran vinculadas a su destino de riego y de ciertos terrenos, pero como tales aguas públicas y porque así se había establecido expresamente en una cláusula de la autorización administrativa del alumbramiento. Por todo lo dicho no me convence la explicación de DELGADO PIQUERAS, Francisco, y GALLEGÓ CÓRCOLES, Isabel, quienes recogen las dos sentencias primeramente citadas del TS y parecen dar por bueno o resignarse a tan desacertado e injustificado criterio jurisprudencial. Cfr. *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 99 a 101.

(106) Según el artículo 115-2.^º del TR, repetido también en el artículo 313-2.^º del Reglamento de 1986-2003, el impago de los cánones o exacciones sobre el dominio público hidráulico dará lugar a la pérdida del derecho a la *utilización del dominio público hidráulico*. No, por tanto, en su caso, a la pérdida del uso del agua por su propietario, posibilidad que ninguna norma de rango legal establece.

(107) Véanse, admitiendo la libre transmisibilidad de aguas privadas subterráneas, y únicamente entre las sentencias más recientes y ya vigente la Ley de Aguas de 1985, las sentencias de nuestro TS de 28 de abril de 1994 (*RAR.*, núm. 2976); de 30 de septiembre de 1996 (*RAR.*, núm. 6532); implícitamente la de 30 de octubre de 1998 (*RAR.*, núm. 9837); de 18 de noviembre de 1998 (*RAR.*, núm. 7969); de 15 de enero de 1999 (*RAR.*, núm. 12); y de 25 de marzo de 1999 (*RAR.*, núm. 2295). Véase también la sentencia contencioso-administrativa del TS de 2 de abril de 2001 (*RAR.*, núm. 8987), que acepta con total normalidad una donación hecha en escritura pública de un derecho sobre aguas privadas de un pozo y afirma, en general, la transmisibilidad de las aguas privadas tanto *inter vivos* como *mortis causa*. O también las sentencias contencioso-administrativas del TS de 20 de marzo de 2002 (*RAR.*, núm. 2621); y de 23 de diciembre de 2002 (*RAR.*, de 2003, núm. 1393). Igualmente la sentencia contencioso-administrativa del TS de 29 de enero de 2004 (*RAR.*, núm. 662), y la sentencia civil del TS, de 29 de marzo de 2004 (*RAR.*, núm. 2069). Implícitamente también la sentencia contencioso-administrativa del TS de 3 de noviembre de 2004 (*RAR.*, núm. 6415). Véanse sobre esta cuestión, por ejemplo, los artículos 348, 557, 563 y 424 del Código Civil y los artículos 22, 85 y 257 de la Ley de Aguas de 1879. O también los artículos 66 del Reglamento Hipotecario o 173 del Reglamento Notarial de 1944. Parece que nadie ha podido citar nunca una sola sentencia del Tribunal Supremo que se haya atrevido a negar la libre transmisibilidad de las aguas privadas, parece que mantenida siempre por el Alto Tribunal desde que el mismo existe. Recogiendo algunas de estas sentencias del TS, se muestran favorables a la libre transmisibilidad de las aguas privadas subterráneas DELGADO PIQUERAS, Francisco, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, 2007, págs. 115 a 124. Debo advertir al lector que en este punto de la transmisibilidad de los derechos sobre aguas, la doctrina existente hasta el momento, la mayoría administrativista, me resulta bastante insatisfactoria por razones metodológicas de peso como, casi siempre, ignorar la tradición doctrinal y jurisprudencial en el tema o la incidencia importante en el mismo de la normativa hipotecaria. Tengo estudiado

o susceptibilidad de ser usucapidas (art. 52-2.^º del TR, *a sensu contrario*, y arts. 609 y 1.930 del Código Civil); o para ser susceptibles de posesión en concepto de dueño; y que deban quedar estas aguas privadas sustancialmente sustraídas a la planificación hidrológica (108). El requisito de la disponibilidad de las aguas privadas también representa o presupone, en particular, la presunción de libertad del dominio; el que se puedan libremente negociar gravámenes o derechos personales sobre el dominio de las aguas; que la propiedad del agua sea hipotecable (arts. 107-5.^º y 108-1.^º de la Ley Hipotecaria) o embargable o expropiable (art. 423 del Código Civil, sin que obste el art. 83-2.^º TR); la posibilidad de celebrar contratos con los propietarios de fincas vecinas para la constitución de servidumbres de acueducto u otras servidumbres voluntarias o de pedir a la Administración la constitución forzosa de servidumbres en su favor cuando las requieran los dueños de pozos (art. 48 TR y art. 557 del Código Civil); o la posibilidad de renunciar libremente al dominio del agua, haciéndose entonces públicas las aguas automáticamente por ministerio de la ley, y ello sin necesidad de recurrir, como los concesionarios de aguas públicas, a un expediente administrativo para renunciar a su derecho y sin necesitar la aceptación de la Administración hidráulica para que la renuncia tenga efectos administrativos (cfr. art. 53-1.^º, letra d, y 2.^º del TR y art. 167 del Reglamento de 1986-2003, *a sensu contrario*).

Cuando exista copropiedad de aguas privadas, lo que es muy frecuente en los pozos profundos y de gran caudal administrados a veces por Sociedades Agrarias de Transformación u otras sociedades civiles, serán aplicables los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Y salvo que negocialmente se excluya, lo que con frecuencia se hace al enajenar aguas privadas, será aplicable a las aguas privadas en copropiedad, el retracto de comuneros del artículo 1.522 del Código Civil (109). Y desde luego, los propietarios de aguas

el tema intentando reflexionar sobre toda la complejidad que tiene y con todos los datos que parecen imprescindibles en mi trabajo *La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua*, en el Libro Homenaje al profesor AMORÓS GUARDIOLA, Tomo 1., Madrid, 2006, págs. 1209 a 1287.

(108) Sobre esta trascendente cuestión creo que no existe todavía ninguna sentencia del TS que aporte afirmaciones o reflexiones apreciables.

(109) La breve pero interesante Ley de Heredamientos de Aguas para Canarias, de 27 de diciembre de 1956, aparte de regular muy bien la inscripción en el Registro de la Propiedad tanto de los derechos sobre las aguas privadas en conjunto de dichos Heredamientos como la de las cuotas de agua de cada comunero, como «fincas independientes» éstas últimas, entendía, para facilitar el buen funcionamiento del mercado del agua, que por ley quedaban excluidas la acción divisoria de la cosa común del artículo 400 del Código Civil y el retracto de comuneros del artículo 1.522 del Código Civil. En toda España en las ventas de cuotas o «acciones» de aguas privadas de caudales de grandes pozos de propiedad privada, se usa en efecto, al menos donde los notarios tienen experiencia en estos contratos, la introducción de la renuncia al retracto de comuneros en el título transmisor de las correspondientes «acciones» de aguas privadas de pozos. Imagino que también, aunque no lo he comprobado, la renuncia a la acción divisoria de la cosa común,

privadas de pozos o de otro tipo (manantiales o lagunas) son perfectamente libres de crear asociaciones de cualquier tipo o sociedades civiles o mercantiles o sociedades agrarias de transformación, o cooperativas, o comunidades de bienes, etc. (art. 1.255 y 35-2.^º, 1.665 y 1.670 del Código Civil), sin necesidad de aprobación de la Administración hidráulica, siendo ese el principio general, del que son sólo excepciones legales los casos (cfr. arts. 87 y 88 del TR) en los que el Organismo de cuenca puede imponer motivadamente, y como acto administrativo en última instancia discutible ante los tribunales, la constitución de comunidades de usuarios de las reguladas en los artículos 81 y siguientes del TR, legalmente calificadas como corporaciones de Derecho público (110). La problemática operatividad de estas excepciones legales sí que acaso podrían llegar a impedir la constitución de nuevas sociedades privadas de titulares de pozos de aguas privadas, con todo, como veremos posteriormente, cuando estén ya constituidas o en constitución en el mismo acuífero o unidad hidrogeológica comunidades de regantes o de usuarios de las reguladas en los artículos 81 y siguientes del TR.

En otro sentido, y puesto que no es raro el supuesto de comunidades de regantes que tienen a la vez aguas públicas de acequias y aguas privadas de pozos (111) y que, eventualmente, las mezclan en cauces o conductos, conviene advertir que el hecho de mezclarse unas y otras aguas no supone en principio la conversión de las aguas privadas en públicas, sino el surgimiento de una cotitularidad sobre dos clases de aguas que siguen mezcladas físicamente pero no en su naturaleza jurídica, y debiéndose respetar cuotas de proporcionalidad de una u otra naturaleza según las cuantías de los caudales mezclados de una y de otra. La posible intervención administrativa que autoriza el artículo 88 del TR no podrá llegar al extremo de cambiar esta cotitularidad o mezcla de aguas de naturalezas distintas digamos que estructural y basada en los títulos originarios de cada clase de aguas (112).

acaso con todo menos necesaria en la práctica. Cfr. mi libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Publicaciones Universitarias de Zaragoza, 1990, págs. 216 a 218.

(110) Me parece, por tanto, claramente errónea y mal argumentada la doctrina de la sentencia contencioso-administrativa del TS de 30 de enero de 2004 (*RAR.*, núm. 919), que considera irregular la constitución de una asociación de propietarios de pozos de aguas privadas por haberse realizado tal constitución cuando ya estaba vigente la Ley de Aguas de 1985, pensando que, por ese solo hecho y sin que mediara, al parecer, requerimiento ninguno por parte de la Administración hidráulica, los dueños de aguas privadas tenían que haber constituido una comunidad de usuarios de las de los artículos 81 y siguientes del TR. El TS, además, consideró que la actividad de esa asociación que administraba los pozos destinados al riego era una actividad empresarial que devengaba el Impuesto del Valor Añadido.

(111) Han tenido que resolver supuestos como esos, por ejemplo, la sentencia civil del TS, de 30 de enero de 1990 (*RAR.*, núm. 106); o la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 8 de marzo de 2000 (*RAR.*, núm. 965).

(112) Sobre este complejo asunto, véase mi libro de 1996, págs. 522 a 531 y 397 a 406.

Y desde luego, las asociaciones, sociedades, cooperativas o comunidades propietarias de pozos de aguas de propiedad privada podrán, pero con toda libertad en línea de principio, celebrar convenios con la Administración con finalidad de mejorar la explotación de sus aprovechamientos y en beneficio del acuífero (art. 1.255 del Código Civil y art. 87-3.^º del TR, por clara analogía).

En otro sentido, y aunque sea asunto de compleja explicación, creo que bajo el sistema legal actual, las aguas sobrantes de un pozo de aguas privadas (o si se quiere, la parte de la corriente alumbrada y extraída y no aprovechada por su dueño en un momento dado) son en principio también aguas privadas, como lo eran cuando estaba vigente el artículo 22 de la Ley de Aguas de 1879, de texto clarísimo en dicho sentido (113). El flujo de aguas sobrantes de un pozo se puede iniciar ya en la boca misma del alumbramiento, ya en el punto final al que se hayan conducido las aguas para su previsto destino económico, si llegan más de las que se aprovechan efectivamente, ya incluso por pérdidas ocasionales de aguas durante la conducción. Estas aguas podrían aprovecharse como mero aprovechamiento eventual (arg. arts. 5 a 14 de la Ley de 1879) por dueños de fincas vecinas o inferiores, por mera tolerancia del dueño. Como explicaba el artículo 22 de la Ley de 1879, las aguas subterráneas privadas no tienen cauce y el dueño alumbrador puede darles la dirección que quiera, como llevarlas a otra finca suya alejada de la de origen o a la finca ajena de quien las haya comprado.

(113) Así lo ha explicado, con gran acierto, y considerando el derecho precario a unas aguas sobrantes de un pozo de una mina con aguas privadas, como derecho inscribible en el Catálogo de Aguas Privadas y derecho al que no era aplicable el artículo 55 de la Ley de Aguas de 1985 (hoy art. 57 del TR de 2001), la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 20 de marzo de 2002 (*RAr.*, núm. 2621). Véase también el artículo 175 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico. Véase también sobre esto la interesante sentencia contencioso-administrativa del TS de 21 de febrero de 2000 (*RAr.*, núm. 3851), que, aunque mantiene en relación a las aguas sobrantes de un manantial de propiedad privada la tesis contraria a la que aquí sostengo, contiene un voto particular contrario y coincidente con la tesis aquí mantenida, en el que se citan tres sentencias civiles del TS a favor de esta última tesis. La sentencia contencioso-administrativa del TS, de 30 de abril de 2003 (*RAr.*, núm. 4537) acepta como buena la inscripción por la Administración en el Catálogo de Aguas Privadas de unas aguas sobrantes de un pueblo de Jaén (Jodar), cedidas gratuitamente y a perpetuidad por el mismo a un Grupo sindical que acabaría convirtiéndose en una Comunidad de Regantes y pese a que la mencionada Comunidad no quería esa inscripción como aguas privadas y recurrió ante los tribunales solicitando que esas aguas se le reconociesen como públicas. La interesante sentencia civil del TS, de 13 de marzo de 2006 (*RAr.*, núm. 1884), aunque refiriéndose a las aguas sobrantes de una acequia (con mayor razón habría que pensarla, entonces, de un pozo de aguas privadas) da por buena la afirmación de la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, de 17 de septiembre de 1997, de que esta materia corresponde a la jurisdicción ordinaria. Para la explicación de esta compleja cuestión de las aguas sobrantes, casi totalmente carentes de regulación en nuestra defectuosa regulación legal, y generalizadamente abandonada por la doctrina administrativista, véase mi libro de 1996, págs. 580 a 596.

Aparte de ello, la propiedad privada del agua o los derechos derivados de la misma tendrán la plena protección del Registro de la Propiedad (114) cuando hayan tenido acceso al mismo mediante la pertinente inmatriculación (115). Y más en general, como ya se ha indicado al tratar de la protección de los derechos preeexistentes, los propietarios de aguas tendrán todas las acciones civiles de defensa de su derecho, como la acción reivindicatoria o declarativa de propiedad (incluso frente a los ataques del tramo subterráneo de la corriente de aguas privadas objeto del derecho de propiedad, ataques que son los más frecuentes); las acciones posesorias; la acción real registral, en su caso, etc. En cuanto a la cuantía de los derechos de propiedad sobre aguas subterráneas

(114) Plena protección del Registro de la Propiedad sobre las aguas privadas, o incluso públicas en su caso, que es indudable y que fue reconocida de pasada en la importante sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre. No conozco ninguna sentencia del TS que se haya expliado en explicar o argumentar con cuidado esta importante cuestión, aunque sí que hay muchas que, más o menos incidentalmente, afirman esa protección del Registro de la Propiedad sobre las aguas privadas, en particular. Cfr. por ejemplo, la sentencia civil del TS, de 6 de diciembre de 1887 (CL, tomo 62, núm. 152, págs. 620 a 638); que por cierto afirma también el carácter de derecho real del relativo a unas aguas cuyo título originario databa de 1488 y de las que no se llega a afirmar si eran aguas públicas o privadas. O la sentencia civil del TS de 4 de marzo 1997 (*RAR.*, núm. 1648), en la que se afirma rotundamente la superioridad y prevalencia del Registro de la Propiedad sobre el Catastro. Cfr. también las sentencias contencioso-administrativas del TS, de 5 de julio de 1963 (*RAR.*, núm. 3453); de 17 de febrero de 1979 (*RAR.*, núm. 1364); la civil de 31 de enero de 1980 (*RAR.*, núm. 339); de 21 de diciembre de 2000 (*RAR.*, núm. 9735); o de 27 de junio de 2006 (*RAR.*, núm. 5972). En fin, tengo citadas muchas otras sentencias en esta línea descrita en mi libro de 1996, págs. 672-673, nota 394.

(115) La pertinente inmatriculación en el Registro de la Propiedad se realizará por los medios ordinarios de la legislación hipotecaria y hay que tener en cuenta el artículo 66 del Reglamento Hipotecario, relativo a las aguas privadas. Este precepto, que permite con gran acierto la inmatriculación de pozos de propiedad privada como «fincas independientes», contra lo que algunos han opinado, sigue sustancialmente vigente y perfectamente útil. Hoy hay que tener también en cuenta los artículos 317 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Sobre la cuestión, puede verse la reflexión de mi libro de 1996, págs. 242 a 246. Véase también la muy solvente explicación de ROCA SASTRE, Ramón Marí; ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis, y MADRILEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso, *Derecho Hipotecario*, Tomo 5.º, 8.ª ed., Barcelona, 1997, págs. 198 a 232. Criticable y muy insuficiente y defectuosamente argumentada me parece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 2005 (*RAR.*, núm. 5368), que consideró que para la inmatriculación de un pozo de aguas privadas en el Registro de la Propiedad se necesitaba previamente el requisito de la inscripción de ese mismo pozo, y la certificación correspondiente, en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca. El criterio razonable es el de la sentencia civil del TS, de 7 de diciembre de 1961 (*RAR.*, núm. 4452), que consideró válida la inscripción de un aprovechamiento de aguas públicas hecha en el Registro de la Propiedad sin la correspondiente previa inscripción en el Registro Administrativo entonces vigente. En la misma línea, véase la Resolución de la DGRN, de 6 de febrero de 1960 (*RAR.*, núm. 166). Sobre la cuestión, mi libro de 1996, págs. 675-676, y nota 406. La citada Resolución de la DGRN, de 23 de abril de 2005, la he criticado en mi trabajo *La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua*, en el Libro Homenaje al profesor AMORÓS GUARDIOLA, 2006, Tomo 1.º, págs. 1270 a 1271.

se determinarán por aplicación del bloque de normas de la Ley de Aguas de 1879 y del Código Civil, aplicables por la irretroactividad de las Disposiciones Transitorias 2.^a a 4.^a del TR de aguas de 2001, y además, o por dicha irretroactividad o al menos subsidiariamente, por los artículos 384 y siguientes del Código Civil sobre deslinde de propiedades inmuebles, que sin duda lo son las propiedades sobre aguas, incluidas las propiedades que son dominio público hidráulico, aplicables al menos, a falta de criterio legal claro, por analogía. En fin, ya ha quedado explicado que la propiedad privada de los pozos es indefinida en la mayor parte de los casos y temporal por cincuenta años en otros, con prevista conversión entonces, al final de ese plazo, del derecho en una concesión administrativa.

Por exigencias del sistema, junto con el conocimiento de los antecedentes históricos, no cabe interpretar con normalidad o amplitud aquellos preceptos limitativos de la propiedad privada de las Disposiciones Transitorias del TR, como hacen equivocadamente algunos autores (116). Y menos desde que el Texto Refundido de 2001 ha suprimido la (razonable, por lo demás) idea de la subsistencia del Código Civil sólo en lo no contradictorio con la legislación de aguas (Disposición Derogatoria de la Ley de Aguas de 1985, apartado 1.^º, párrafo 3.^º) y ha dejado sólo el rotundo e irrazonable principio de que el Código Civil se aplica en todo lo no *expresamente* regulado en la legislación de aguas (Disposición Final 1.^a del TR). Aquí la torpeza tantas veces denunciada del legislador de 1985 proyectaba una directriz general de interpretación propietaria y liberal de todo nuestro sistema legal de las aguas privadas. Y hoy aparece potenciada, así, al mantenerse el precepto, dicha directriz liberal.

Añadamos, finalmente, que esta explicación en clave civilista clásica sobre el régimen jurídico de las aguas privadas tiene el sólido anclaje constitucional en la reserva legal del derecho de propiedad; en la prohibición para el legislador de modificar el *contenido esencial* del derecho de propiedad y en la protección general de la propiedad privada que impone nuestra Constitución (arts. 53-1.^º y 33) (117).

(116) Entre esos autores podrían incluirse, por ejemplo, PÉREZ PÉREZ, Emilio; DEL SAZ CORDERO, Silvia, aunque ha rectificado un tanto en trabajos posteriores; y MÁS BADÍA, María Dolores. Cfr., respectivamente, los citados comentarios a la Ley de Aguas del primero en los *Comentarios de EDERSA*, dirigidos por ALBALADEJO, 1991, 657 págs.; de la segunda, *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de aguas)*, Madrid, 1990, 387 págs.; y de la tercera *El nuevo régimen jurídico de las aguas (Intereses privados en la Ley de Aguas)*, Valencia, 1993, 308 págs.

(117) La ya comentada e interesante sentencia contencioso-administrativa del TS de 3 de octubre de 2006 (*RAr.*, de 2007, núm. 4205, ponente: Jesús Ernesto PESES MORATE) afirma que, en un supuesto en que la Administración intenta sustituir un pozo de aguas privadas e inscrito en el Registro de Aguas por otro diferente, y situado en otro lugar, que autorizó en efecto, pero con menos caudales que el pozo originario, dicha Administración incurrió en vulneración de los artículos 33-3.^º de la Constitución, 349 del Código Civil, y 9 a 52 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa.

B) EL APARTADO TERCERO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA

Según el apartado 3.^º de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a del TR: «*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 (118). La norma se redactó para un anteproyecto de ley del otoño de 1983 en el que estaba prevista la total publificación de todas las aguas y la extinción de todas las aguas privadas al cabo de un plazo de cincuenta años 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 (FJ 12) (119). 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 (120); o que no debería impedir las reformas que, como la profundización de pozos, se dirijan a mantener el caudal anteriormente aprovechado (121); o que no debería impedir las reformas del aprovechamiento que no perjudiquen a otros usuarios o que no perjudiquen cuantitativa o cualitativamente el acuífero (122). La Disposición Transitoria tercera, apartado 2, letra b), de la Ley de Aguas canaria de

(118) Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Informe Jurídico al Proyecto de Ley de Aguas*, junto con LLAMAS MADURGA, Manuel Ramón, multicopiado, 1985, págs. 119 a 122. La afirmación, que hizo fortuna en la doctrina posterior, la hacía el autor como una metáfora graciosa y pedagógica, junto a la de la similitud de estos derechos con las «reservas» de los indios norteamericanos.

(119) Cfr., el comentario y matizaciones que hice a la doctrina en esto del Tribunal Constitucional, doctrina que ya he señalado flojeaba claramente en algunos aspectos de Derecho Civil, aunque tuvo la prudencia de reducir al mínimo los pronunciamientos sobre esa rama del Derecho, en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 542 a 544.

(120) Cfr. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, 1989, págs. 118 a 121.

(121) Cfr. DEL SAZ CORDERO, Silvia, *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de Aguas)*, 1990, págs. 76 a 78 y 217 a 222.

(122) Cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 540 y sigs. y 547, en particular. También, aceptando ampliamente mi explicación, Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Derecho de aguas*, 1997, págs. 144 a 146 y nota 110. Cfr., también, MORELL OCAÑA, Luis, «Las titularidades sobre aguas privadas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, págs. 39-40. Cfr. también en la misma línea, SASTRE BECEIRO, Mónica, «Propiedad pública o privada de los humedales y aguas subterráneas», en el libro colectivo *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*, Fundación Marcelino Botín, Ediciones Mundi Prensa, 2003, págs. 84 a 92.

1990 coincide con esta última directriz interpretativa propuesta para la Ley estatal de aguas de 1985.

Las opiniones de PÉREZ PÉREZ y de EMBID IRUJO (123) apartándose de estas orientaciones doctrinales señaladas y mayoritarias y pretendiendo tomarse en serio, hasta sus últimas consecuencias, la *congelación* de la propiedad privada del agua, me parecen completamente irrazonables. Y aparte de irrazonables, pueden ser legitimadoras o alentadoras de comportamientos de la Administración que signifiquen una auténtica desviación de poder, si se utiliza la potestad sancionadora como forma de presionar a los propietarios de aguas privadas para que soliciten una concesión administrativa (o sea, en el fondo, para que renuncien a la propiedad privada de sus aguas).

Conozco casos, en este sentido, de tenacísima persecución administrativa mediante procedimientos sancionadores a dueños de aguas privadas compradas o heredadas que simplemente las usaban con evidente licitud para regar sus propias fincas, siendo que éstas, antes de la adquisición de estas aguas privadas, eran fincas de secano. Con estas tácticas administrativas, la *protección administrativa*, a la que posteriormente me refiero, adquiere unos tintes cuasimafiosos, puesto que, al que no acepta someterse al régimen concesional del apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a, so pretexto de una leve modificación de las circunstancias del *régimen del aprovechamiento*, se le ataca y se le hace la vida imposible como propietario de aguas privadas, amenazándole con sanciones enormes y cerrándole eventualmente el pozo con medidas cautelares, si algún tribunal no lo impide ya en la vía del recurso contencioso administrativo, vía que, hasta alcanzar una sentencia de fondo y firme, puede llevar a veces ocho o diez años de incertidumbre, gastos y disgustos. Así que algunas Administraciones están diciendo a los propietarios de aguas privadas que o les entregan dicha propiedad privada sobre el agua renunciando a la misma para que ellas se la *protejan*, o les hunden el nego-

(123) Aparte de lo ya antes señalado del primer autor en su libro de 1991, véase también su libro *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, Barcelona, 1998, págs. 51 a 82 y 121 y sigs. Sobre dicho libro, véase la cuidada recensión que publiqué en el Anuario de Derecho Civil de 2000, fascículo 3.^º, págs. 1054 a 1073. En cuanto a EMBID IRUJO, Antonio, también considera que el apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a es un precepto legal coherente, aunque con una dura solución, pero que es la de la Ley, y entiende que los derechos de propiedad quedaron *absolutamente congelados*, hasta el punto de que se impediría su transmisibilidad, según él, y ello, porque, de no entenderse así el precepto, cree que se vendría abajo todo el régimen de opciones y consecuencias previsto en la Ley de 1985. El autor ha prescindido de la abundatísima doctrina existente sobre la cuestión y cita una única sentencia del TS, la de 14 de abril de 2004, sentencia que recoge y elogia. Cfr. su citado trabajo *A vueltas con la propiedad de las aguas*, ...en el número extraordinario de *Justicia Administrativa*, 2006, págs. 192, 194, nota 5.^a, 200 y 203. Aparte de todas las razones que explico en el texto, en este mismo trabajo he dado razones de peso para considerar también esa sentencia de 14 de abril de 2004, incoherente con muchísimas otras sentencias del propio TS, poco sensata en su solución e incoherente con el conjunto de nuestro sistema legal de las aguas.

cio agrícola o ganadero. La utilización del apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a, literalmente interpretado, contra la libre transmisibilidad de las aguas privadas, puede conducir a consecuencias completamente absurdas (124), lo que hace necesario que el Tribunal Supremo declare tajantemente, cuanto antes, y puesto que todavía no ha tenido clara ocasión de hacerlo, que dicho precepto legal no impide dicha transmisibilidad.

Se conocen además otras actuaciones administrativas en el sentido de presionar a los propietarios de aguas privadas para que se inscribieran en el Registro de Aguas y para que eludieran el Catálogo de Aguas Privadas. Por ejemplo, durante la vigencia del plazo de tres años (1986 a 1988, inclusive) para el ejercicio de la opción legal y libre que concedieron las Disposiciones Transitorias de la Ley de 1985, se sabe que algunas Confederaciones Hidrográficas negaban, abusivamente y con desviación de poder, en mi opinión, toda colaboración o atención a los dueños de aguas privadas hasta que no se inscribían en el Registro de Aguas. Y en el mundo rural español hay que tener en cuenta que es muy común que las comunidades de regantes o las sociedades civiles o Sociedades Agrarias de Transformación o las comunidades de bienes se relacionen con la Administración hidráulica a través de la mediación de ingenieros agrónomos o de hidrogeólogos sin conocimientos jurídicos y que se limitan a transmitir a sus representados las consignas que les dan a ellos los funcionarios de las Confederaciones hidrográficas, consignas muchas veces sesgadas e inconsistentes en su fundamentación jurídica. De modo que, por este sistema, es sumamente previsible que muchos dueños de pozos de aguas privadas miembros de sociedades civiles o de otras entidades, o propietarios particulares de tales pozos, hayan sido víctimas, incluso a partir de 1989, de una aplicación para ellos perjudicial (pérdida de la propiedad

(124) Piense el lector en el siguiente caso, perfectamente posible en la realidad del regadío español de muchas zonas de España. Una Sociedad Agraria de Transformación administra un pozo profundo de 200 litros por segundo de caudal y del que viven 400 pequeños agricultores dispersos por toda una comarca. Pues bien, si uno solo de esos 400 agricultores solicita la transformación en concesión de su cuota de riego, que podría ser de medio litro por segundo de caudal, literalmente lo que el apartado tercero de la Disposición Transitoria tercera parece establecer es que la totalidad de la explotación (el conjunto del agua de ese importante pozo) debería quedar amparado por el régimen concesional y, por tanto, sus aguas convertidas en públicas (lo que es un caso claro de disposición en sentido jurídico). O sea, sin contar con la voluntad de 399 de los copropietarios del pozo. Mientras que en buena doctrina civil, para disponer de la propiedad de todas las aguas del pozo sería precisa la unanimidad de todos los 400 copropietarios del pozo, según la letra de esta errónea o peligrosa norma legal, la voluntad de uno solo de los 400 copropietarios del pozo podría ser suficiente para disponer de la total copropiedad de las aguas de propiedad privada del pozo. Ya se ve que ello es absurdo y que dejaría en ridículo toda la argumentación de la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional para negar que la Ley de Aguas de 1985 hubiera realizado, como pretendían los recurrentes, una confiscación de la propiedad privada de las aguas subterráneas. La interpretación literal del apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a se desacredita por sí misma.

privada del agua) del apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a, guiados o conducidos por estos asesores legos en Derecho y poco conscientes del grave perjuicio que su ignorancia causaba a sus contratantes o representados, a quienes aconsejaban solicitar concesión administrativa sobre aguas que eran ya suyas.

En fin, creo que la mencionada idea de la *congelación* de la propiedad privada es la cuadratura del círculo: un inconsciente o involuntario invento de personas, las redactoras de la norma, que no tenían clara ni la noción de propiedad privada ni la de dominio público. Los derechos subjetivos, con el derecho de propiedad en cabeza, los reconocen las leyes para la vida social, que es movediza y cambiante y, si bien se piensa, esto de un pretendido derecho subjetivo *congelado* es un auténtico sinsentido. Pero el sueño de la razón engendra monstruos y este sinsentido con cierta apariencia de norma legal, y que hasta puede llegar a tener sentido en algunos casos excepcionales, se muestra muy peligroso para la seguridad jurídica, como se acaba de explicar.

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, 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. En estos acuíferos no sólo parece presumible que será socialmente dañoso el incremento del consumo de agua producido por la profundización, sino que ésta puede ayudar a extender la posible contaminación a nuevas capas del manto freático. Para los demás acuíferos, la cuestión es discutible, porque ni siquiera está del todo 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 64 del TR de aguas, al menos a falta de previsiones específicas en el título de la autorización de investigación o de la propia concesión. Y para el pozo de propiedad privada si, por una parte, puede decirse que la profundización conservativa puede no suponer *incremento de los caudales totales autorizados*, más difícilmente puede afirmarse acaso también que no suponga al menos *modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento del pozo* (cfr. DT 3.^a, apartado 3.^º) (125).

(125) Según la Disposición Adicional 2.^a del Real Decreto-ley 9/2006, de 15 de septiembre, dictado por razón de una prolongada sequía y con alcance sólo respecto de la zona del Alto Guadiana (así lo indica el rótulo del precepto): «*A los efectos del apartado tercero de la Disposición Transitoria tercera del texto refundido de la Ley de Aguas, las actuaciones que supongan el aumento de la profundidad o del diámetro del pozo, así como*

La forma en que cabe argumentar la posibilidad de reprofundización meramente conservativa (126) es, por eso, la de que, en efecto, cuando el legislador declara que el dueño del pozo *mantendrá su titularidad en la misma forma que hasta ahora* (véase apartado 2.^º de las Disposiciones Transitatorias 2.^a y 3.^a del Texto Refundido de aguas de 2001), lo hace sin condicionar esa tajante declaración legal a que el acuífero mantenga su nivel freático en la cuantía que tuviera el mismo al entrar en vigor la Ley de Aguas de 1985, lo que es especialmente significativo en un sistema legal que también calificaba genéricamente a las aguas subterráneas como *recursos renovables* (arts. 1-3.^º y 2, letra a, del propio Texto Refundido de aguas de 2001), o sea, para lo que aquí interesa, como recursos naturales que, en hipótesis general, la Ley de 1985 suponía que se mantendrían, por efecto de la lluvia y a lo largo del tiempo, tendencialmente estáticos y con los mismos niveles freáticos en todos los acuíferos.

O si se quiere, la Ley de 1985, al fin y al cabo dictada para el conjunto del territorio español en el que las condiciones climáticas son bastante heterogéneas, y con la generalidad que debe de caracterizar a toda norma jurídica o a toda norma legal, pareció partir de que las aguas subterráneas serían *renovables* porque tanto las bajadas como las subidas de los niveles freáticos de los diversos acuíferos tenderían a compensarse de un modo natural mediante las lluvias o tendrían un carácter, en principio y a la larga, coyuntural. Y ello, aparte de que la reprofundización de pozos no está tipificada como infracción administrativa por el artículo 116 del TR de aguas. Y aparte de que también está legalmente prevista la recarga artificial de acuíferos, que de-

cualquier cambio en su ubicación, se considerarán modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento. Las actuaciones de limpieza de pozos requerirán la previa autorización de la Confederación Hidrográfica. El artículo 1.^º de este Decreto Ley 9/2006 afirmaba expresamente que su ámbito de aplicación era territorialmente limitado. De modo que el precepto más bien parecería autorizar en general las reprofundizaciones conservativas *a contrario sensu*.

(126) Véanse en cuanto a la dirección doctrinal explicada favorable a la admisión de la profundización de pozos con fines de mera conservación de los caudales, las opiniones, en tal sentido, de DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, 1989, págs. 118 a 121; DEL SAZ CORDERO, Silvia, *Aguas subterráneas, aguas públicas*, 1990, págs. 76 a 78 y 221; mi citado libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 540 y 547; y sobre todo, la explicación que he aportado en mi trabajo *Los problemas de la legislación sobre aguas subterráneas en España: posibles soluciones*, en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, y Ediciones Mundi Prensa, 2002, págs. 32-33. Finalmente, también DELGADO PIQUERAS, Francisco, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, *Aguas subterráneas, teledetección y riego*, Albacete, 2007, págs. 101 a 104. En la minuciosamente argumentada sentencia contencioso-administrativa del TS, de 12 de noviembre de 2004, aunque no se discute directamente la posibilidad o no de profundizar los pozos de aguas de propiedad privada, se contempla un supuesto con profundización, lo que no impide al Tribunal Supremo sostener la inscribibilidad de dicho pozo que se supo profundizado por su dueño en el Registro de Aguas. Véase RAr., de 2005, núm. 1932.

bería en teoría frenar el descenso de los niveles freáticos o incluso subirlos (art. 257-5.^º del Reglamento de 1986-2003). Y de que tampoco parece extraerse argumento serio en contra de lo aquí sostenido de la definición reglamentaria de investigación de aguas subterráneas (art. 177 del Reglamento de 1986), que incluye sólo entre las labores que la integran la *profundización en los terrenos*. Y aparte de que un pozo es jurídicamente y en esencia un chorro de agua, una corriente discontinua de agua, y no un agujero en la corteza terrestre de cierta profundidad. El chorro (acaso discontinuo) de agua es el objeto del derecho de propiedad privada y éste es lo que la Ley de Aguas de 1985 ordenó conservar y respetar. Además, el Decreto 606/2003 parece haber recogido esta doctrina de la profundización conservativa en el nuevamente redactado artículo 171-5.^º, letra c), del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, aunque discutiblemente, porque lo hace al regular la declaración de sobreexplotación de acuíferos, lo que ya parece excesivo y contradictorio con la finalidad de esa excepcional declaración administrativa. En las situaciones de normalidad, por tanto, el argumento es invocable *a fortiori*.

Lo que sí parece que puede afirmarse es, desde otro punto de vista más concreto, que la susceptibilidad de libre profundización o no del pozo podrá en ocasiones deducirse del concreto título de propiedad privada o de concesión administrativa (127), 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 quizás el título civil, a la inversa, 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 ha venido haciendo los últimos años es realizar las profundizaciones del pozo con el pretexto de que se hacía una limpieza de los lodos del mismo, y sin que la tolerante Administración tuviera muchas veces apenas interés o posibilidades efectivas de llegar a conocer la concreta significación del hecho.

(127) En la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 8 de marzo de 2000 (*RAr.*, núm. 966, Fundamento de Derecho 3.^º) se da la interesante información de una concesión administrativa en la que el volumen anual de agua concedido se ha condicionado a la evolución futura de los niveles piezométricos y de los futuros análisis de las calidades de agua del acuífero.

Conviene advertir todavía que el artículo 84-4.^º del Reglamento para la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica de 1988 establece que el plan de cuenca establecerá para cada unidad hidrogeológica, y en la medida en que sea posible, normas, entre otras, sobre profundidades de perforación y de instalación de bombas, lo que no parece que se haya hecho en la mayoría de los planes de cuenca.

En fin, en Canarias u otros territorios españoles en los que legalmente se había establecido la necesidad de autorización administrativa previa para el alumbramiento de aguas subterráneas con anterioridad a la Ley de Aguas vigente (128), me parecería lógico exigir también autorización administrativa previa, actualmente (bajo la Ley canaria de aguas de 1990, por ejemplo), para reprofundizar un pozo de aguas privadas incluso sólo con finalidad conservativa de los caudales, por coherencia con esos peculiares sistemas normativos excepcionales y tradicionales en dichos territorios. La jurisprudencia muestra casos de discutidas profundizaciones de pozos de aguas privadas que se alumbraron en Canarias bajo la Ley de Aguas de 1879 en los que, tras pleitos de muchos años, el Tribunal Supremo declara caducadas las autorizaciones administrativas de dichos pozos y prohíbe la continuidad o reanudación del aprovechamiento de esas aguas privadas (129). En la práctica estas resoluciones judiciales equivalen prácticamente a la declaración de la extinción de la propiedad privada sobre esas aguas, pero ya se ve que, formal o rigurosamente, no es exactamente lo mismo, por lo que quizás debería reconocerse en tales casos, o en algunos de ellos, la posibilidad todavía de defender la propiedad privada del agua ante la jurisdicción ordinaria.

En los casos en los que el dueño de un pozo de aguas privadas realice profundización que le aumente el caudal originariamente accesible o consiga dicho aumento de cualquier otro modo (instalación de bomba extractora más potente, por ejemplo), deberá la Administración poder sancionar al infractor y, exigiendo en su caso indemnización de daños al dominio público hidráulico, forzar la reducción obligada del consumo de agua a sus iniciales niveles autorizados por el derecho de propiedad. Pero tampoco se debería derivar de dicha conducta, incluso siendo dolosa, en mi opinión, por aplicación del

(128) Existen algunas sentencias contencioso-administrativas del TS relativamente recientes que todavía resuelven conflictos de profundizaciones de pozos de aguas privadas alumbrados bajo la Ley de Aguas de 1879. Por ejemplo, la de 25 de enero de 1996 (*RAR.*, núm. 454); la de 17 de noviembre de 1997 (*RAR.*, núm. 9661) y la de 5 de marzo de 1998 (*RAR.*, núm. 2292). Véase cómo en esta tercera sentencia, por ejemplo, el TS se muestra partidario de que se solicite a la Administración la profundización de un pozo de aguas privadas, y de desbloquear un expediente de autorización administrativa de la misma, que estaba atascado por resoluciones administrativas ordenando el archivo de la solicitud de la autorización administrativa para la profundización.

(129) Véanse, por ejemplo, con dicho significado y alcance, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 28 de mayo de 1998 (*RAR.*, núm. 4198) y la de 22 de julio de 1998 (*RAR.*, núm. 6909).

apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a, y por ministerio de la ley, la automática sanción de la pérdida de la propiedad privada sobre esas aguas y su total transformación en aguas públicas, susceptibles ya sólo en adelante de concesión administrativa.

Volvamos ahora al sentido general del apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a. Una interpretación cuasicorrectora y muy forzada pero que, acogida por el Tribunal Supremo, conseguiría restablecer en parte la razonabilidad del sistema legal, sería la que sostuviera, poniendo todo el énfasis en la frase de este apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a: *según lo establecido en la presente ley*, que la oportuna concesión a que alude el precepto para *amparar la totalidad de la explotación* sería sólo una concesión solicitable y otorgable respecto del «exceso» de caudales necesitados y solicitados sobrepasando el caudal inicial y objeto del derecho de propiedad originario, derecho inicial que, en el límite de su misma cuantía, seguiría en todo caso como tal propiedad privada del agua. Y ello, de modo que la *modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento* que permitiría la petición de una nueva concesión extendida al total de la explotación sería sólo la de apertura de nuevos pozos o perforaciones para intentar mantener el mismo caudal que se tenía antes en el conjunto de la misma explotación o *aprovechamiento*. De modo que todas las otras modificaciones (menores) del aprovechamiento de aguas privadas, distintas de abrir nuevos pozos, podrían ser reconducidas, mucho más razonablemente, a la mera autorización administrativa del artículo 64 del TR de 2001 (cfr. también art. 80-1.^º del TR) a través de la remisión general que hace el apartado 4.^º de la Disposición Transitoria 3.^a del TR. Porque si la mera autorización administrativa basta para admitir modificaciones de los derechos típicos (concesiones) sobre aguas públicas, con mayor razón debiera de bastar esa misma autorización administrativa para admitir modificaciones de los más consistentes derechos típicos (propiedad privada) sobre aguas privadas. Quizá con esta forzadísima interpretación conseguiría superarse esta desdichada norma sobre la llamada *congelación* de la propiedad privada del agua, cuya rigurosa aplicación, por lo demás, tampoco resulta nada fácil en la práctica para la Administración.

Y todavía creo que se puede admitir, no obstante, que podrían llegar a existir supuestos, aunque excepcionales, en los que el apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a del Texto Refundido de Aguas, a pesar de la explicada gestación errónea de la norma, podría llegar a tener alguna utilidad o viabilidad aplicativa. Habría de tratarse, en mi opinión, de supuestos probablemente relacionados casi siempre con pozos con caudales de modesta cuantía y siempre que se cuente además con que es la voluntaria y consciente petición del propietario de las aguas privadas la que desencadene la eficacia del precepto, bien conocida en sus efectos por aquél. Un precepto que, digamos, encierra una trampa en su aplicación más asequible u ordinaria, podría llegar también a te-

ner sentido como cauce razonable a una voluntad negocial sana y no viciada del dueño de las aguas privadas. Al fin y al cabo la renuncia a la propiedad privada del agua es admisible y parece que produce, por ministerio de la ley, la transformación en públicas de las aguas objeto de la misma (130). Por ejemplo, si un propietario de una finca con un pozo con caudales de propiedad privada de dos litros por segundo decide voluntariamente solicitar a la Administración hidráulica una concesión por otros dos litros por segundo, quizás sería razonable, en aras a una simplificación del régimen jurídico y en beneficio de la seguridad jurídica, que su pozo, acaso luego profundizado o con instalación de nueva bomba extractora más potente, se entendiera para en adelante como plenamente de aguas públicas y en régimen de concesión administrativa, mejor que no como un pozo en el que la mitad de sus caudales fueran de propiedad privada y la otra mitad fueran de dominio público.

O lo mismo si el propietario de una finca con un pozo con unos caudales de propiedad privada de dos litros por segundo, que viniera dedicando esas aguas al riego de vides o de coles, decidiera dedicar las aguas a algún nuevo destino económico que fuera a producir posible contaminación del acuífero (refrigeración de una nueva industria química que se instala; granja de gran tamaño de cerdos, que producirá abundantes purines de difícil eliminación, etc.).

En casos como éstos podría llegar a reconocerse un fundamento razonable a la aplicabilidad del apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a del Texto Refundido de aguas de 2001. Pero la aplicabilidad del precepto debe entenderse siempre, por las razones explicadas y como aconseja toda la doctrina científica seria, muy restrictivamente y condicionada a ese fundamento razonable en los efectos prácticos conseguidos en el caso concreto. Las limitaciones a la propiedad privada deben tener siempre un fundamento razonable y cumplir una *función social* (art. 33-2.^º de la Constitución Española). En conclusión, la regla del apartado 3.^º de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a, nacida conocidamente de retoques precipitados y poco meditados sobre el borrador de los anteproyectos de la Ley de Aguas de 1985, resulta muy peligrosa para la seguridad jurídica. Y hoy puede complicarse todavía más su eventual aplicación si se relaciona con la eventual necesidad de Declaración de Impacto Ambiental que podría derivarse en algún caso respecto de un pozo de aguas privadas del artículo 98 del Texto Refundido de 2001. Las decisio-

(130) Cfr., en tal sentido, mi libro de 1996, págs. 513 a 515. Quizá hasta podría defenderse que todo propietario de aguas privadas pudiera, renunciando a su propiedad sobre el agua, obtener una concesión administrativa sobre las mismas aguas y poder solicitar, entonces, lógicamente (art. 80-1.^º del TR) la inscripción de esa concesión en el Registro de Aguas. Podría acaso conducir a esto una jurisprudencia inteligente la defectuosa norma del apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a, que tanta inseguridad jurídica ocasiona hoy.

nes de los tribunales sobre dicha regla podrán ser previsiblemente muy diferentes, y se trata de una cuestión vital que el legislador debió haber dejado 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 4.^º de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a del TR: «*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 58 del TR 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, que forman parte del estatuto legal ordinario de la propiedad privada del agua, indemnizaciones que sin razón impusieron a la Administración las sentencias de la Sala 3.^a, Sección 6.^a, del Tribunal Supremo de 30 de enero y de 14 de mayo de 1996 (131). Se trató de una desafortunada doctrina jurisprudencial, que rectificó pronto el propio Tribunal Supremo, desde su sentencia de la misma Sala y Sección de 18 de marzo de 1999, luego seguida por otras muchas sentencias más del propio Tribunal (132). Aparte de ello, ha zanjado también la cuestión en el plano normativo, con discutible oportunidad y acierto, la Disposición Adicional 2.^a de la Ley 46/1999 (hoy Disposición Adicional 7.^a, apartado 2.^º del TR).

Como se ve por su propia redacción, el precepto del apartado 4.^º de la Disposición Transitoria 3.^a, 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

(131) Véanse ambas sentencias, respectivamente, en *RAR.*, núm. 395 y *RAR.*, núm. 4368.

(132) Cfr. respecto de la plenamente convincente sentencia de 18 de marzo de 1999, *RAR.*, núm. 3153, ponente: José Manuel SIEIRA MÍGUEZ. La doctrina de esta sentencia ha sido seguida fielmente por otras veintitántas sentencias posteriores del propio TS. Cfr. también sobre esta cuestión, DELGADO PIQUERAS y GALLEGU CÓRCOLES, *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, 2007, págs. 105 a 114.

aguas privadas. La delimitación precisa del ámbito del precepto no es fácil porque muchas de las reglas aludidas en el mismo hubieran podido aplicarse a las aguas subterráneas aunque todas ellas hubieran sido mantenidas privadas por la ley. Por exigencias sistemáticas, y aun a la vista del artículo 53-1.^º de la Constitución y 5-1.^º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, el precepto, peligroso para la seguridad jurídica, deberá interpretarse con prudencia y restrictivamente. Recuérdese que las aguas privadas y las públicas son diferentes desde hace siglos y que la propia Ley de 1985 se atrevió a poner un límite temporal imperativo (cfr. Disposición Transitoria 1.^a: setenta y cinco años) a las concesiones administrativas perpetuas o a derechos perpetuos adquiridos por usucapión sobre aguas públicas, pero no a la propiedad privada del agua; y que la Administración ha tenido hasta hace muy poco (Ley 11/2005, de 22 de junio) más dificultada la entrada en las fincas privadas para controlar las aguas subterráneas privadas que para controlar las aguas subterráneas públicas (cfr. art. 333 del Reglamento de 1986).

En esta línea, por ejemplo, no todas las reglas sobre planificación hidrológica, sino más bien una minoría de ellas (133), serán a estos efectos normas *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 (134). Ni parece en principio que, con base en la misma, pudiera la Administración imponer una sustitución de caudales como la prevista en el artículo 61.3.^º del TR de aguas al propietario de unas aguas privadas. Ni parece que la normativa sobre reutilización de aguas depuradas (art. 109-1.^º del TR y Decreto 1620/2007, de 7 de diciembre) sea aplicable, en principio, a las aguas subterráneas privadas, de modo que el dueño podría libremente por su cuenta y a su costa desalinizarlas o depurarlas, sin necesidad de control administrativo, salvo que haya implicada una fuerte exigencia de calidad del agua o de potabilidad, por estar

(133) Cfr., en tal sentido, mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 596 a 603. O también DEL SAZ CORDERO, «¿Cuál es el contenido de los derechos privados sobre las aguas subterráneas?», en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín y Mundi Prensa, 2002, págs. 83-84.

(134) Parece hacerlo (imponer un canon por consumo de aguas privadas que concibe como un impuesto con finalidad ecológica), sin embargo, la vigente Ley catalana 6/1999, de 12 de julio, Ley evidentemente redactada por administrativistas y que no distingue en ningún momento entre aguas públicas y aguas privadas (cfr. arts. 37-3.^º; 39-1.^º y 2.^º, y 41-2.^º, por ejemplo). Aunque el criterio de esta Ley es sin duda razonable, y reconociendo que desconozco cómo se está aplicando la misma, debo decir que me ofrece dudas su legalidad. El Tribunal Supremo tiene insistentemente declarado que, por ser de propiedad privada de los usuarios el embalse de Alarcón, no tienen éstos que pagar el canon de regulación a la Confederación Hidrográfica del Júcar. Véase la sentencia de la Sección 2.^a de la Sala contencioso-administrativa del Alto Tribunal, de 2 de abril de 2002, *RAR*, núm. 3545, y las otras varias sentencias allí mismo citadas. El Tribunal Supremo explica que es irrelevante que la Confederación del Júcar viniera encargándose de la conservación y explotación del embalse de Alarcón.

destinada al abastecimiento de poblaciones (aunque ese destino al servicio público ya la habrá publicado antes). Ni parece que pudiera ser aplicable a las aguas privadas el severísimo régimen de revisión por gestión ineficiente del artículo 65, apartados 2.^º y 4.^º (normas procedentes de la Ley 9/1996, dictada bajo una agobiante sequía); ni la caducidad por falta de uso durante tres años regulada en el artículo 66.2.^º, ambos del TR de aguas. En general, parece que no son relativas a las *limitaciones sobre el uso*, a los efectos de esta genérica norma transitoria, las normas relativas a la constitución o extinción de los derechos sobre aguas públicas.

En cambio, y aunque se haya discutido, creo que, con las matizaciones que se harán en el último epígrafe de este trabajo, la Administración podría imponer en ciertos casos a los propietarios de aguas privadas la formación obligatoria de comunidades de usuarios, ya entre ellos, ya junto con concesionarios u otros titulares de derechos sobre aguas públicas (cfr. arts. 79 y 80, además del art. 54 de la Ley de Aguas de 1985), interpretación claramente reforzada por las nuevas versiones de estos preceptos introducidas por la Ley 46/1999, y hoy recogidas en los artículos 87 y 88 del TR. Parece que también se podrán imponer a los titulares de aguas subterráneas privadas sistemas de medición o caudalímetros (art. 55-4.^º del TR, y pese a la letra de la Disposición Adicional duodécima de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional). Igualmente se deberán aplicar a los pozos de aguas subterráneas privadas, la normativa de seguridad sobre pozos que está pensada para las minas (135).

En cuanto a la normativa sobre protección de la calidad de las aguas y de las subterráneas, en particular, se ha afirmado que dicha normativa resultará igualmente aplicable a las mismas tanto si se trata de aguas públicas como si de aguas privadas (136). Y lo mismo parecen pensar implícitamente las Directivas europeas y las normativas sobre Declaración de Impacto Ambiental, y el resto de la legislación sobre la protección de la calidad del agua, que no mencionan para nada las aguas privadas y parecerían acaso presuponer que todas fueran públicas, y los muchos autores que, al estudiar este tema, ni siquiera se molestan en mencionar la existencia de las aguas privadas. La

(135) Véanse, por ejemplo, insistiendo en la aplicabilidad de esas normas sobre seguridad minera a los pozos de aguas subterráneas, y en particular en la aplicabilidad del Decreto 863/1985, de 2 de abril, las sentencias contencioso-administrativas del TS de 4 de julio de 2000 (*RAR.*, núm. 4788); de 14 de julio de 2003 (*RAR.*, núm. 6034); y de 24 de marzo de 2004 (*RAR.*, núm. 2361). La segunda de estas tres sentencias considera las normas del Decreto de 1985 como normas imperativas mínimas aplicables en todo el territorio nacional, aunque con exigencias ampliables por las Comunidades Autónomas. Por lo demás, el viejo Reglamento de policía minera, de 23 de agosto de 1934, fue también modificado en varias ocasiones y, entre ellas, el 3 de junio de 1986, para adaptarlo a la Ley de Aguas y contemplar expresamente las aguas subterráneas.

(136) Cfr., en tal sentido, SANZ RUBIALES, Íñigo, *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Madrid, 1997, págs. 20-21.

Directiva Marco europea de 23 de octubre de 2000, creo que muy conscientemente aunque con discutible criterio dada la fuerte influencia del Derecho romano en todo el Derecho continental, no hace la más mínima mención de las aguas privadas o sobre la titularidad pública o privada de las aguas.

Sin embargo, a mí me parece, para el Derecho español, por las razones genéricas dadas al principio de este subepígrafe, y aun reconociendo una genérica vocación retroactiva a las normas relativas a la calidad del agua, que esa supuesta equiparación entre ambas clases de aguas sólo puede aceptarse como algo tendencial y no como algo total. Parece que la Administración habrá de velar con mayor rigor por la calidad de las aguas públicas que por la de las privadas, y que el rigor en velar por la calidad de las aguas privadas deberá ser tanto mayor cuanto mayor sea la interconexión o comunicación de las aguas privadas con las aguas públicas más próximas. No parece que puedan ser idénticas las competencias de la Administración hidráulica en cuanto a esto, por ejemplo, en una laguna pública, que en una laguna privada. Y lo mismo si comparásemos pozos. En compensación, también me parece probable que el dueño de aguas privadas tenga, en tanto que dueño (cfr., por ejemplo, art. 1908-4.^º del Código Civil), una responsabilidad civil por posibles daños causados por sus aguas algo más intensa que la que en casos similares pueda tener sobre sus aguas públicas un concesionario de las mismas. Éste parece que debería tener tras de sí a la Administración hidráulica (arts. 139 y sigs. de la Ley 30/1992) en muchas más ocasiones que un propietario de aguas privadas, acaso no amparado, como sabemos, por ejemplo, por la llamada *protección administrativa*.

Obsérvese, además, que las aguas privadas y las subterráneas privadas, en particular, escaparán de modo prácticamente general (salvo, acaso, si se solicitan obras de reforma o incrementos de los caudales de agua: art. 98 TR) del control que supondrá en el futuro la Declaración de Impacto Ambiental, por la vocación puramente preventiva de este instrumento jurídico, que no contempla actuaciones ya realizadas ni derechos subjetivos ya consolidados. En buena lógica, donde ya haya muchos derechos sobre aguas privadas, la Declaración de Impacto Ambiental habrá de servir para dificultar el otorgamiento de nuevos derechos sobre aguas públicas de ese mismo acuífero (nuevas concesiones), porque está demostrado que la disminución de la cantidad de agua disponible agudiza los problemas de la calidad del agua. Véase, con todo, la Disposición Adicional 7.^a del TR de 2001. Por ahora, no conozco que exista jurisprudencia relevante del Tribunal Supremo sobre aplicación de la Declaración de Impacto Ambiental ni siquiera a aguas subterráneas públicas (137).

(137) Con la salvedad, acaso, de la sentencia contencioso-administrativa del TS de 30 de mayo de 2001 (*RAr.*, núm. 4550), que he citado al tratar de la protección de la calidad de las aguas públicas.

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, al menos en teoría, el de la *protección administrativa* que, con gran generalidad, se promete, junto a los titulares de concesiones administrativas sobre aguas públicas acaso también subterráneas (no, al menos literalmente, a los titulares de otros títulos administrativos, como autorizaciones) inscritos en el Registro de Aguas, a los titulares de derechos sobre aguas privadas que se hubieran inscrito también en el Registro de Aguas en el plazo de los tres primeros años de vigencia de la nueva Ley (cfr. art. 80.3.^º y apartado 2.^º de las Disposiciones Transitorias segunda y tercera del TR, y apartado 1.^º de la Disposición Transitoria 4.^a, que generaliza la idea a todas las aguas privadas, lo que creo incluye a las lagunas con tales aguas).

Esta expresión de *protección administrativa* ha sido inventada e introducida con muy dudoso acierto por los autores de la Ley de Aguas de 1985 y carecía hasta ahora de sentido técnico preciso. En los antecedentes de esta Ley se encuentra la errónea idea de sus autores, que no entendían bien la diferenciación entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa, de que la solución de conflictos entre particulares, o incluso de propietarios de aguas privadas entre sí, era en su creencia uno de los cometidos ordinarios de la Administración. Quizá confundían ese inexistente cometido ordinario o potestad de la Administración con sus facultades de policía o con las denuncias a la Administración que pueden desencadenar sanciones y hasta decisiones administrativas que inciden, evidentemente, sobre los conflictos entre los particulares y sobre sus concretas posiciones jurídicas y derechos subjetivos (138). Entendiendo por *protección administrativa*, un poco en la

(138) Cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 71 a 74 y sigs. Ejemplos de cómo en la jurisprudencia sobre sanciones administrativas se pueden declarar en cierta medida y se declaran en la práctica derechos subjetivos sobre aguas, incluso privadas, y de cómo a veces también se ha impedido el ejercicio de esos derechos o, en particular, se han clausurado pozos, pueden encontrarse muchos tanto antes como después de la vigencia de la actual Ley de Aguas de 1985. Cfr., por ejemplo, en un caso de Canarias anterior tanto a la Ley estatal de 1985 como a la Ley canaria de 1987, la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 25 de enero de 1996 (*RAr.*, núm. 454), en el que se da por bueno el taponamiento de un sondeo de un pozo de aguas privadas alumbrado en 1946 y que se pretendía profundizar solicitando esto a la Administración el 25 de noviembre de 1986. O véase la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 15 de noviembre de 1999 (*RAr.*, núm. 8265), en la que el TS, poniendo el énfasis en la congruencia de su decisión, declaró, rechazando que se hubiera de acudir necesariamente a la jurisdicción civil para ello, el derecho a aprovechar ciertos caudales de aguas de un pozo en El Egido (Almería), aunque disfrazándolo como derecho meramente al uso del agua y que no implicaba cuestión de propiedad, y aunque considerando ilícito el establecimiento de un nuevo invernadero, y rebajando la sanción administrativa con ocasión de un procedimiento sancionador. A la inversa, la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 27 de abril de 1998 (*RAr.*, núm. 3645) ordenó la prohibición de usar un pozo mientras no se obtuviese

línea de esa errónea idea originaria, como parece hacer el originario artículo 72.3 de la Ley (art. 80-3.^º del TR), por lo que aquí interesa, 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 y a instancia de parte (139), el precepto merecerá también una aplicación prudente y restrictiva, aparte de que, por su nulo desarrollo legislativo y su vaguedad, producirá innumerables dudas sustantivas y procesales (140).

concesión administrativa, aunque anulándose la sanción impuesta al titular, por falta de la necesaria culpabilidad, dentro también de un procedimiento sancionador. El TS, significativamente, deja *a salvo lo que, con posterioridad a las resoluciones recurridas, haya podido suceder, que este Tribunal desconoce*. En muchas resoluciones como éstas, me parece claro, cuando estén en juego derechos de propiedad privada sobre aguas, que cabrá en teoría, y en principio, una defensa ulterior de dicha propiedad ante la jurisdicción civil.

(139) Cfr., en primer lugar, en tal sentido, DEL SAZ CORDERO, Silvia, *Aguas subterráneas, aguas públicas*, 1990, págs. 233-234, 296-297, 301 y 305 y sigs.; y también, PÉREZ PÉREZ, Emilio, en su comentario a la Ley de Aguas en los *Comentarios de EDERSA*, 1991, pág. 378; MÁS BADIÁ, M.^a Dolores, *El nuevo régimen jurídico de las aguas*, 1993, págs. 247 y sigs. y 254 y sigs.; y mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 657 a 663.

(140) Quizá no se pueda descartar del todo, en estos tiempos de un cierto vulgarismo jurídico y de «pensamiento débil», que tenga algún futuro en nuestro ordenamiento legal la expresión *protección administrativa*, pero parece difícil que cuaje la idea como noción jurídica consistente y uniforme sin un desarrollo legal concreto y socialmente útil. El artículo 47-3.^º de la Ley 13/1985, de 25 de junio, sobre Patrimonio Histórico Español, ofrece una muy brumosa *protección administrativa* al patrimonio etnográfico. La Ley de Costas de 1988, más inteligente y progresiva que la Ley de Aguas de 1985, no sólo no recoge, al regular su Registro Administrativo correspondiente (art. 37), esta peculiar criatura de la *protección administrativa*, sino que allí mismo advierte de que en caso de ocupación por un tercero del dominio público marítimo terrestre: «*la Administración no asumirá responsabilidades de ningún tipo respecto al titular del derecho a la ocupación o a terceros*» (art. 37-1.^º). Reflexioné sobre el futuro de una *protección administrativa* de las aguas mejor regulada legalmente que la actual, en mi libro de 1996, págs. 805 a 811. Para mis reflexiones en un planteamiento de *lege lata*, sobre el encaje de nuestro problemático precepto, sin apenas base o desarrollo normativo legal, en la cuestión de la delimitación de jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa y más bien presuponiendo que no se planteara formalmente conflicto de jurisdicción entre la Administración y los tribunales (Ley 2/1987, de 18 de mayo), y procurando explorar una incidencia posible del precepto sobre dichos esquemas legales generales en beneficio de una mejor protección de los derechos subjetivos sobre las aguas, véase ese mismo libro de 1996, págs. 694 a 704 y 704 a 706.

En ese mismo libro he hecho alusión, sin explicarla del todo, a una anécdota histórica que quizás esté en el origen de la curiosa regulación del artículo 72-3 de la Ley de 1985. Un día de la primavera de 1985 mantuve en un bar zaragozano una entrevista con el diputado ponente de la que sería luego la Ley de Aguas de 1985, que era de Zaragoza y químico de profesión, intentando prevenirle de varios muy graves defectos que yo percibía en el proyecto de ley. El intento de diálogo resultó imposible. Fui adoctrinado con un aluvión de consignas políticas y el químico y diputado no entendió nada de lo poco que pude llegar a decirle. Sin embargo, parece que tomó nota de que le dije, con insistencia, que eso de la *protección administrativa* los juristas estudiosos del Derecho de aguas no entendíamos qué quería decir. El artículo 72-3.^º de la Ley de 1985 puede que fuera la respuesta a esa interpellación de nuestro poco preparado legislador. Cfr. mi libro de 1996,

Quizá la futura jurisprudencia (si es que llega a haberla de importancia) 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, precepto de frecuentísimo uso, y hoy desarrollado en sus aspectos procesales en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y precepto que presenta considerable semejanza con el mencionado artículo 80.3.^º del TR de aguas. Pero este precepto legal del TR, nacido o gestado como explico desde una cierta confusión o un error doctrinal, es una pieza muy difícil de encajar en el sistema de protección de derechos subjetivos de nuestro Ordenamiento jurídico y plantea, como queda explicado, muchas dudas sustantivas y procesales (141).

Parece claro que el conjunto de las potestades administrativas de la Administración hidráulica, y entre ellas la de imponer indemnizaciones por daños causados al dominio público hidráulico (art. 118-1.^º del TR) o incluso indemnizaciones entre particulares por reajustes de caudales impuestos por la Administración en caso de necesidad (art. 55-2.^º del TR), o las habituales resoluciones de expedientes de autorizaciones o concesiones administrativas, se podrán ejercer plenamente contra los titulares de derechos inscritos en el Registro de Aguas, pero es mucho más difícil saber en qué incrementa esas potestades el artículo 80-3.^º del TR cuando se ejerzan contra titulares de derechos sobre aguas que no estén inscritos en el Registro de Aguas, siendo que se reconoce siempre que este Registro tiene naturaleza meramente declarativa y no está bajo la salvaguardia de los tribunales (142).

pág. 654, nota 354. Por otra parte, mis concretas (y creo todavía que sensatas y oportunas) propuestas de retoque del borrador de la que habría de ser la Ley de Aguas de 1985 las envié al Grupo parlamentario socialista en el Congreso, antes de publicarlas en mi trabajo sobre aguas subterráneas de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia de 1985, donde todavía pueden consultarse. No se me hizo ningún caso. Por ello, el profesor Lorenzo MARTÍN RETORTILLO aludió a una cierta *altivez* del legislador de 1985 en su prólogo a mi libro sobre aguas subterráneas de 1990 (cfr. pág. XXI).

(141) Cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 682 a 728.

(142) La sentencia contencioso-administrativa del TS, de 30 de mayo de 2001 (*RAr.*, núm. 4550) reconoce esa naturaleza declarativa del Registro de Aguas, pese a que estaba interesado el Alto Tribunal en rechazar la casación y la reclamación de un Ayuntamiento que sostenía, en su impugnación y en su recurso de casación, que la cuantía de los caudales de un pozo de propiedad privada inscrito en el Registro de Aguas a favor de una comunidad de regantes era realmente menor de la que reflejaba el asiento de inscripción. El TS afirma que hay una «presunción de verdad» del Registro de Aguas, llega a relacionar la cuestión con el artículo 72-4.^º de la Ley de Aguas relativo a la «protección administrativa», y afirma también, acaso con exceso de formalismo en el caso concreto, que no se podía entrar en casación a conocer si se había o no destruido la «presunción de verdad» que emana del mencionado Registro. Muy interesante es también la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 20 de junio de 2007 (*RAr.*, núm. 5345), en la que se anula una sanción por pretendida infracción muy grave impuesta por el Gobierno (más de trescientos mil euros) a la comunidad de bienes copropietaria de un cortijo con pozos de propiedad privada inscritos en el Registro de Aguas con un determinado caudal, que se pretendía se había sobrepa-

Entre otras, se plantea la duda, en el fondo, puesto que el artículo 72-3.^º de la Ley de 1985 (y art. 80-3.^º del TR) alude literalmente a derechos inscritos en el *correspondiente Registro*, y según una versión procedente de un anteproyecto de ley de 1984 en el que todavía no existía el Catálogo de Aguas Privadas y versión mantenida luego al crearse éste, de porqué no habría de alcanzar a los derechos inscritos en este último Catálogo ese nuevo y problemático cometido ordinario de la Administración hidráulica de proteger, en conflictos entre particulares, derechos subjetivos sobre aguas inmatriculados en su(s) registro(s). La duda, en fin, de porqué y cómo habría de proteger a instancia de parte la Administración al titular de un pozo de aguas privadas inscrito en el Registro de Aguas frente al titular de un preexistente pozo de aguas privadas inscrito en el Catálogo de Aguas privadas o no inscrito en ningún registro (143). Y si estas dudas caben, acaso deben caber también las de si proporciona algún tipo o modalidad de *protección administrativa* la inscripción a nombre del Organismo de cuenca de las reservas de caudales en el Registro de Aguas (art. 92-2.^º del Reglamento de 1986-2003) o el Registro de Zonas Protegidas por razones ambientales instaurado por la Ley 62/2003.

Pero todas estas dudas, dado el origen último en una confusión o error de los autores de la Ley de 1985, temo que no puedan nunca responderse coherentemente en el plano dogmático. No supusieron tal respuesta, en concreto, algunas alusiones de pasada al tema, y en esto poco convincentes, hechas por

sado, consumiendo más agua de la debida. La inscripción y fijación de ese caudal se ordenó por un acuerdo del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, de 6 de agosto de 1998. Pero una sentencia posterior, de 11 de mayo de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, reconoció como caudal de los pozos de los copropietarios una cantidad superior al doble de la que había reconocido en la inscripción la Administración, a consecuencia de lo cual, evidentemente, decayó la idea de un supuesto exceso en el consumo de agua por los recurrentes y el TS anuló la sanción impuesta, obligando a la Administración a restituir el importe de la misma, de la indemnización pagada por pretendidos por daños al dominio público y el interés legal de ambas cantidades.

(143) Aunque sin relacionar expresamente la cuestión que resuelve con la «*protección administrativa*», no invocada tampoco por el titular registral impugnante y luego recurrente en casación, la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 19 de junio de 2003 (*RAR*, núm. 5874, ponente: Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO), dio por buena muy razonablemente, demostrando implícitamente que el Registro de Aguas no está bajo la salvaguardia de los tribunales, una resolución administrativa de la Confederación Hidrográfica del Segura, de 20 de diciembre de 1994, que había ordenado la anulación de la inscripción de un pozo en el Registro de Aguas y la clausura del sondeo, por haberse probado en un expediente administrativo la existencia anterior de otro pozo incompatible con el inscrito. Y la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 29 de enero de 2004 (*RAR*, núm. 662), casa la sentencia impugnada por la empresa compradora de un pozo a cuya inscripción en el Registro de Aguas se oponía la Confederación Hidrográfica del Tajo, y ordena esa inscripción, que considera injustificadamente rechazada, de un pozo de aguas privadas que había sido autorizado por la Administración en 1974 y próximo a las aguas del río Algodor. Pero advierte el TS, con toda razón, al final de su argumentación, que lo que sí podría hacer la Administración es investigar en un expediente específico si el pozo inscrito sustraía o no aguas del río, y acordar, en su caso, el cese de dicho aprovechamiento.

la sentencia 227/1988 (FJ 8.º), intentando defender las transitorias de la Ley de 1985, y afirmando que la Administración no tiene por qué defender los derechos ajenos que no conoce ni controla. El Tribunal Supremo no ha aportado hasta ahora doctrina elaborada y de interés o enjundia sobre este complejo asunto (144).

Por otra parte, algunos autores, invocando el artículo 68 de la Ley de Aguas de 1985 (hoy art. 76 TR), han defendido que la *protección administrativa* consiste también, aparte de lo ordenado en el artículo 80-3.º del TR, en que la Administración podrá desconocer los derechos no inscritos en el Registro de Aguas cuando otorgue nuevas concesiones administrativas sobre aguas (145). Sin embargo, considero dicha tesis, aparte de contraria a la tradición de nuestro Derecho, insostenible e incompatible con las reglas del procedimiento administrativo y con el sistema de protección de los derechos subjetivos de nuestro Ordenamiento Jurídico (146). Y por supuesto, además, la inscripción de un derecho sobre aguas privadas en el Registro de Aguas, que el Tribunal Supremo suele considerar además de efecto meramente declarativo, nunca puede prevalecer sobre la inscripción o inmatriculación que exista sobre esas mismas aguas en el Registro de la Propiedad (147).

Alguna jurisprudencia, sin embargo, ha venido a coincidir con la tesis doctrinal que he criticado extensamente y a la que acabo de aludir. Así que la curiosa criatura legal de la *protección administrativa*, que no ha aportado beneficios conocidos a la jurisprudencia en más de veinte años, sí parece haberla desorientado en ocasiones.

Una sentencia de nuestro Tribunal Supremo en la que se comprueba lo peligrosa que resulta esa noción e interpretación criticada de *protección administrativa*, según la cual la Administración podría libremente desconocer los derechos subjetivos no inscritos en el Registro de Aguas, es la de la Sala 3.ª, Sección 6.ª, de 18 de noviembre de 1998 (148), en la que se acepta

(144) En algunas ocasiones el TS ha afirmado que la *protección administrativa* del artículo 72-3.º de la Ley de Aguas (art. 80-3.º del TR) no es aplicable contra titulares de aguas subterráneas que contaban con una autorización administrativa en su favor. Cfr., por ejemplo, las sentencias contencioso-administrativas de 9 de diciembre de 1997 (*RAR.*, núm. 9515); o de 23 de noviembre de 2000 (*RAR.*, núm. 9138). Véase también la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 2 de abril de 2001 (*RAR.*, núm. 8987) con algunas afirmaciones sobre nuestro asunto, pero no demasiado trascendentales para la resolución del caso y bastante discutibles.

(145) Cfr. DEL SAZ CORDERO, Silvia, *Aguas subterráneas, aguas públicas*, 1990, págs. 297, 233 y 60-61; y MÁS BADÍA, M.ª Dolores, *El nuevo régimen jurídico de las aguas*, 1993, págs. 121 a 124, 150 a 152; 251-252, y 262 a 264.

(146) Cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 663 a 672.

(147) Cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, págs. 672 a 682.

(148) El manantial de aguas privadas estaba situado en Canarias y había sido aforado en 1972, y el Tribunal Superior de Justicia de Canarias había dado la razón al propietario del manantial, reconociendo responsabilidad patrimonial de la Administración por las obras

absurdamente que por falta de inscripción de la propiedad de las aguas privadas de un manantial en el Registro de Aguas, y por falta de la consiguiente protección administrativa, la Administración pueda impunemente dañar, sin tener que indemnizar al dueño de las aguas, la propiedad privada de esas aguas y sustraerlas mediante la realización de unas obras de derivación de la corriente y cauce del manantial de propiedad privada. Y en otra sentencia contencioso-administrativa del propio Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2004 (149), se vuelve a usar semejante doctrina, aceptando absurdamente que la Administración hidráulica otorgue una concesión administrativa sobre aguas que en realidad eran aguas privadas de la corriente de un manantial natural (concesión administrativa sobre esa corriente y no sobre meras aguas sobrantes o idas del mismo, únicas sobre las que se hubiera podido otorgar una concesión administrativa y sólo, entonces, necesariamente, *a precario*). En fin, en la sentencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 2003 (150), y aunque aquí sólo como argumento que no era *ratio decidendi* sino dado a mayor abundamiento, el Alto Tribunal argumenta, en un proceso sobre la discutida necesidad de nueva valoración de la propiedad privada de un pozo sometido a expropiación, que no procedía acceder a la nueva valoración de ese pozo de propiedad privada, entre otras razones, porque no constaba en autos que se hubiese solicitado la inscripción del pozo durante los tres años correspondientes en el Registro de Aguas.

Desde luego que, ante tan inaceptables soluciones y argumentaciones (151), por fortuna no seguidas en otros casos por el Tribunal Supremo (152), no

invasoras de la propiedad privada del agua. El TS revoca sin razón ese criterio. Cfr. *RAr.*, 1998, núm. 9306, ponente: Juan José GONZÁLEZ RIVAS.

(149) Véase, para esta sentencia del TS de 29 de junio de 2004, *RAr.*, núm. 5220, ponente: Pedro José YAGÜE GIL.

(150) Cfr. esta sentencia del TS en *RAr.* de 2003, núm. 3756, ponente: Agustín PUENTE PRIETO.

(151) DELGADO PIQUERAS y GALLEGUERO CÓRCOLES, que han recogido las dos sentencias primeramente citadas en el texto, las critican moderadamente y afirman, con mucha razón, que con las mismas se hace *difícil de entender* cómo se van a poder conservar los derechos adquiridos antes de 1986 y que el sistema transitorio de la nueva legislación ha afirmado mantener. Este juicio me parece demasiado benévolos tanto con las sentencias enjuiciadas como, en el fondo, con la legalidad subyacente que las hace posibles y que ha propiciado incluso posturas doctrinales que tienden objetivamente a justificarlas, según se ha explicado. Añaden estos autores también que los derechos que en ningún caso podría desconocer la Administración serían los inscritos en el Catálogo de Aguas Privadas. Ambas sentencias son decisiones judiciales poco sensatas; que representan una quiebra grave de la seguridad jurídica; que son esencialmente injustas y, en definitiva, imposibles de aceptar en un sistema legal de protección de los derechos subjetivos y de sometimiento de la Administración a la ley como principio cardinal del sistema. Cfr. de estos autores *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Albacete, 2007, págs. 81 a 88 y pág. 86 para la afirmación aquí recogida.

(152) Por ejemplo, la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 8 de marzo de 2000 (*RAr.*, núm. 965) se pronuncia, aunque sin vincular sus razonamientos al tema de los

cabe sino argumentar que se debe poder recurrir al llamado «peregrinaje de jurisdicciones», sin perjuicio de la posibilidad de plantear en sus casos también conflicto de jurisdicción entre la Administración y los tribunales, y admitir que la propiedad privada sobre esos manantiales de aguas privadas (y lo mismo sería si se tratase de manantiales que de pozos o de cualesquiera otras aguas privadas) se pudieran amparar y restituir, entonces, y sin vinculación de cosa juzgada (art. 222 de la LEC) (153), por una nueva sentencia de la jurisdicción ordinaria (154). En particular, con una acción reivindicatoria de las aguas pri-

efectos del Registro de Aguas, con toda naturalidad, en un conflicto sobre pozos que reconoce «no legalizados», en una cuestión entre un comunero concreto y una comunidad de regantes, afirmando el TS, además de que los acuerdos de la comunidad vinculaban a aquél, que podía la comunidad reclamarle los gastos ocasionados por la construcción e instalaciones de los pozos no legalizados, aunque parece que este comunero no tenía interés en el agua del pozo. Y más clara todavía es la sentencia contencioso-administrativa del TS de 10 de abril de 2000 (*RAr.*, núm. 2950), en la que se mantienen, invocando reiteradamente la presunción de legalidad de los actos administrativos, concesiones administrativas sobre aguas subterráneas impugnadas por titulares de posibles derechos preeexistentes que sí estaban inscritos en el Registro de Aguas y que invocaron expresamente, entre otros, los artículos 68 y 72-3.^º de la Ley de Aguas de 1985.

(153) Ello pese a la nueva delimitación trazada por la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, muy favorable al ámbito de esta jurisdicción frente a la jurisdicción ordinaria (cfr. su art. 3, letra a, en particular), pero que, precisamente ante ejemplos como los aquí considerados, se percibe especialmente bien la sensatez del criterio legal tradicional de asignar siempre en principio, y hoy al menos habría que afirmar que como cierre del sistema, las cuestiones de propiedad a la jurisdicción ordinaria. Sobre la cuestión de la delimitación de jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa en materia de aguas, y evidentemente que antes de la Ley vigente de 1998, véase mi explicación en el libro de 1996, págs. 691 a 693 y 699-700. En cuanto a la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es también importante recordar que restringió mucho el acceso al recurso de casación, mediante el filtro previo de la «preparación» del recurso (art. 89) y, sobre todo, estableciendo unos requisitos de admisibilidad sumamente estrictos (art. 93-2.^º). Dato normativo que también avala la tesis de un protagonismo importante todavía de la jurisdicción civil en materia de aguas. En una sociedad liberal, la «vis atractiva» de la jurisdicción civil se hace tanto más necesaria cuanto más deficientes son (y lo suelen ser hoy con demasiada frecuencia) las leyes administrativas que inciden en la propiedad privada.

(154) Así lo reconoce con claridad, entre otras, la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 19 de junio de 2001 (*RAr.*, de 2002, núm. 437). En el caso, el TS no reconoce la propiedad privada de las aguas de un manantial que reclamaba el recurrente, porque el mismo no estaba situado en la finca de dicho recurrente y porque no lo tenía inscrito en el Registro de Aguas (erróneo argumento éste, como se ha explicado), y aunque el recurrente contaba con una autorización de la Administración minera que se le había otorgado en 1983 sobre las aguas de dicho manantial. Pues bien, aunque el TS no reconoce la propiedad privada sobre las aguas que se le solicitaba, añade que ello debía de entenderse «sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponderle para el caso de que fuera otro el derecho que a su favor pudiera dimanar del régimen transitorio de la Ley de Aguas». En el supuesto existía un arroyo y era difícil delimitar si se trataba de aguas privadas o públicas y dónde estaba la exacta línea divisoria entre unas y otras. Esta sentencia de 19 de junio de 2001 es interesante también porque, con cita de otras varias, rechaza con criterio muy flexible y sensato la inadmisibilidad del recurso de casación que

vadas ilegalmente sustraídas por la Administración en el primer supuesto, y con una similar acción, junto a la de anulación de la concesión administrativa otorgada ilegalmente sobre aguas privadas, en el segundo supuesto. Pero esto,

se le solicitaba y entra, un tanto forzadamente, pues no había acto administrativo que hubiera puesto fin a la vía administrativa, sobre el fondo del asunto. También podría invocarse en el mismo sentido la sentencia civil del TS, de 13 de marzo de 2006 (*RAr.*, núm. 1884), en la que el TS decide sobre el fondo de la cuestión planteada relativa a unas aguas sobrantes de una acequia, declarando no haber lugar a la casación, y razonando sobre el caso, a pesar de reconocer que ya existía cosa juzgada sobre el asunto creada por la anterior sentencia del TS, de 16 de septiembre de 2003, y de afirmar que se debieron acumular ambos procesos, y declarando que la demanda civil contra el Ayuntamiento en el segundo pleito que decidia el TS definitivamente «sólo hubiera alcanzado sentido si los demandantes hubieran tenido el derecho al agua que se les negó» (cfr. FD 3.º).

Creo que no aporta argumentos de consideración frente a esta explicación, en cambio, la sentencia civil del TS, de 13 de junio de 1991 (*RAr.*, núm. 4449) en un caso de conflicto entre pozos de particulares que no se llega a aclarar del todo si son anteriores o posteriores en su alumbramiento a 1986 (o sea, si son aguas privadas o públicas). Se maneja en el caso un concepto un tanto atípico de *protección administrativa*, aunque dándole ese nombre, porque, sin invocar el artículo 72-3.º de la Ley de Aguas de 1985, gracias a la denuncia del titular de uno de los pozos se consiguió una resolución administrativa del Organismo de Cuenca en la que se sancionaba al otro titular y se le impedía además utilizar el pozo hasta que fuera autorizado por la Administración hidráulica. En el proceso civil paralelo entre los titulares de los dos pozos, la Audiencia de Granada estimó la apelación contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Málaga que había estimado la demanda ordenando la clausura del pozo que mermaba las aguas del pozo del demandante, y se declaró incompetente sobre el asunto, declarando que las partes podían acudir a la Autoridad administrativa correspondiente. No se había planteado formalmente conflicto de jurisdicción entre la Administración y los tribunales. El TS dio la razón a la Audiencia de Granada, y no dio lugar a la casación, explicando que lo que el demandante había solicitado era la ejecución en vía civil de un acto administrativo en sí mismo inmediatamente ejecutivo, y que lo procedente hubiera sido que ejecutase el acto administrativo la propia Administración y que luego se hubiera interpuesto el ulterior recurso contencioso administrativo contra esas eventuales actuaciones. Sin embargo, con ello, sin negar cierta coherencia formal a su argumentación, el TS lo que les está diciendo a las partes, habiendo llegado la cuestión hasta el más alto Tribunal al cabo de muchos años de pleito, es que la existencia del acto administrativo impide al TS dar una solución definitiva sobre la cuestión y que acudan, una vez se consiga la ejecución del acto administrativo, al llamado peregrinaje de jurisdicciones. Tal discutible solución es poco razonable socialmente, y poco coherente con el artículo 24 de la Constitución, porque la Sala de lo Civil del TS creo que es o debiera ser el tribunal español más capacitado técnicamente para dilucidar si la explotación de un pozo quita o merma las aguas de otro pozo próximo y preexistente no sólo si ambos pozos o uno de ellos fueran de aguas privadas, sino incluso si fueran ambos de aguas públicas. Se trataría en todo caso de un típico conflicto sólo entre particulares, de naturaleza o índole esencialmente civil. Recuérdese que, como expliqué en mi libro de 1996, la jurisprudencia habitual del TS solía reconocer que correspondían a la jurisdicción ordinaria los supuestos que se iniciaban con el denominado *interdicto administrativo* ante el Alcalde del artículo 23 de la Ley de Aguas de 1879, que fue una técnica de defensa o un recurso muy utilizado durante más de un siglo. Recuérdense también los artículos 254-1.º y 81 de la gran Ley de Aguas de 1879 con reconocimiento rotundo de la competencia de la jurisdicción ordinaria sobre cuestiones de propiedad sobre aguas públicas y sobre aguas privadas.

como ya he advertido al explicar el sentido general del sistema transitorio de nuestra legislación de aguas, podría representar para el propietario tener que pleitear acaso durante dos décadas, sucesivamente ante las dos jurisdicciones, para hacer respetar efectivamente, y sólo si para entonces quedaba aún agua, la clarísima y desde el principio evidente propiedad privada de las aguas privadas de su manantial o de su pozo. Y recuérdese también lo explicado anteriormente sobre un uso cuasimafioso por algunas Administraciones del apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 3.^a del TR de Aguas. Todo lo que precisamente demuestra lo muy defectuoso del sistema legal creado en 1985 sobre las aguas privadas de nuestro país. El precepto que se commenta a continuación convierte ya definitivamente, como vamos a ver, lo sólo defectuoso en verdaderamente desastroso desde el punto de vista de la técnica jurídica.

E) COMENTARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 2.^a DE LA LEY DEL PHN DE 2001

El complejo y lamentable panorama actual de las aguas privadas ha sido abordado por la Disposición Transitoria 2.^a de la nueva Ley del Plan Hidrológico Nacional de julio de 2001 (Ley 10/2001, de 5 de julio). Esta norma otorgó, 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*».

Lo primero que debe decirse de este precepto legal es que, desgraciadamente, no está derogado por el TR de Aguas 1/2001, de 20 de julio, promulgado por el mismo Gobierno del PP que promulgó la Ley del PHN de 2001 casi a la vez que ésta, y que incluso entró en vigor un par de días antes que esta Ley de 2001. Ello, aparte de que tampoco el TR de Aguas hubiera podido derogar, aunque hubiera sido posterior, una norma legal importante como la Disposición Transitoria 2.^a aquí comentada. Y tampoco está derogada esta norma legal ni por el Decreto-ley 2/2004, de 18 de junio, con el que el PSOE, ganador de las elecciones de marzo de 2004, derogó el trasvase del Ebro y parte de la Ley 10/2001 del PHN, ni por la Ley 11/2005, de 22 de junio, del PSOE, y derogatoria de parte de esa misma Ley del PHN de 2001.

La norma podría entenderse como afirmando que, si no se solicitaba 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, que se extinguiría) 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 (155), aunque jurídicamente muy anómala.

Si se piensa lo primero (existencia de una sentencia declarativa del derecho y anterior a la entrada en vigor de la LPHN, que sucedió el 27 de julio de 2001), la norma habría establecido directamente la extinción del derecho de propiedad «desconocido» sobre aguas cuya inscripción en el Catálogo no se hubiera solicitado en el plazo de los tres meses en todos aquellos casos (el 99 por 100 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, a su vez, son muchísimos) en los que el propietario careciera con antelación de una sentencia judicial firme que le declarase y reconociera su derecho de propiedad. Se trataría de una confiscación del derecho de propiedad pura y simple, contraria al artículo 33-3.^º de la Constitución, y que habría afectado quizás, si sus titulares no llegaron 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 mencionada 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 laberinto, que ha hecho posibles en la doctrina hasta seis o siete interpretaciones diferentes).

No podría ser excusa ni justificación de dicha norma aquí criticada el hecho de que los dueños de aguas privadas hubieran 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 hubieran

(155) Silvia DEL SAZ CORDERO sólo ha considerado esta segunda posible interpretación del precepto y tiende a no considerar inconstitucional la norma, con una poco clara e indecisa argumentación, en la que presupone una interpretación creo que errónea del artículo 68 de la Ley de Aguas de 1985, interpretación que yo había criticado minuciosamente en mi libro de 1996. Además, la autora mezcla confusamente argumentos que se habían dado sobre el papel del Registro de Aguas antes de la LPHN de 2001 con argumentos relativos al papel o eficacia del Catálogo tras entrar en vigor la LPHN y su Disposición Transitoria 2.^a Véase de la autora, «¿Cuál es el contenido de los derechos privados sobre las aguas subterráneas?», en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, Ediciones Mundi Prensa, 2002, págs. 75 a 80. Para mi crítica a su interpretación del artículo 68 de la Ley de 1985 (art. 76 del TR de 2001), véase mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, págs. 663 a 672.

hecho. Esa desidia, muy tradicional en nuestro país, pudo sancionarse con multas coercitivas, según el apartado 3.^º de la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley de Aguas de 1985, instrumento de presión éste de las multas coercitivas muy apropiado al fin al que servía, y que, si no fue utilizado por la Administración (que, ciertamente, solía desconocer la existencia de los pozos, pero que en teoría podía haberla investigado), no fue cosa luego de culpabilizar a los particulares que no se hubieran 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 quince años, propio sólo de la prescripción de acciones personales (art. 1.964 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 idea misma de 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 ya anunciada de la norma aquí criticada. Según esa interpretación, los propietarios de aguas que no hubieran inscrito 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 y tras haber desaprovechado la ocasión de inscribir su derecho en el plazo legal de los tres meses. 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 ocho o doce 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 art. 53-1.^º de la Constitución). Según la citadísima sentencia 11/1981 del Tribunal Constitucional, de 8 de abril, de la que fue ponente el profesor DÍEZ PICAZO, se atenta legalmente contra el *contenido esencial* de un derecho cuando se le priva de una garantía de efectividad y se le ponen límites que lo hacen impracticable

(cfr. FJ núm. 8.º). Probablemente se vulneraría también el principio de la tutela judicial efectiva del artículo 24-1.º 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, como sucede con la primera de las interpretaciones consideradas, 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 (civil) desproporcionada y brutal, en la práctica equivalente a una confiscación del derecho de propiedad. Estaríamos ante una cuasiconfiscación (156).

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 llegaron a enterarse, verosímilmente, 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, según se indicó al principio del trabajo, tiene el apartado 1.º de la Disposición Transitoria 4.ª de la Ley de Aguas (hoy TR de 2001).

Así sucederá, verosímilmente, con los propietarios de lagos y lagunas, supuesto que en la doctrina muchos autores (erróneamente, en mi opinión, según justifiqué en mi libro de 1996) no han relacionado con la opción de la Disposición Transitoria 4.ª de la Ley de Aguas, al existir la aparente norma especial de la Disposición Adicional 1.ª 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 juris-

(156) Por las razones que explico en el texto, no me convence la opinión de DELGADO PIQUERAS, Francisco, y GALLEGU CÓRCOLES, Isabel, de que la Disposición Transitoria 2.ª de la LPHN de 2001 no sea inconstitucional porque se limita sólo a *dificultar* el ejercicio del derecho, sin extinguirlo directamente. Cfr. *Aguas subterráneas, teledetección y riego*, Albacete, 2007, pág. 67, nota 50. Muestran estos autores unas tragaderas excesivas, en mi opinión, con lo que debemos admitir que pueda hacer el legislador, que en este caso ha puesto al ejercicio del derecho de propiedad, que es el derecho subjetivo por autonomásia, un límite u obstáculo que lo convierte en algo monstruoso e irrazonable. Lo que ocurre acaso, en el fondo, es que muchos administrativistas ven las aguas privadas como algo anticuado y están dispuestos a admitir cualquier condicionamiento, por absurdo que sea.

prudencia del Tribunal Supremo (157). 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 (158). O será también especialmente injusta la norma que consideramos con aquellos dueños de aguas privadas que, con estupenda buena fe, estuvieran al promulgarse la Ley de PHN de 2001 en fase de tramitación de sus expedientes de inscripción en el Registro de Aguas y que vieran 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 habrían 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 2.^a 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 (159). La expresión legal *no se reconocerá*, se entendería, según esto, limitada a la Administración, y ello podría parecer coherente con el limitado alcance del titulillo o rótulo de la Disposición Transitoria (*cierre 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. FJ núm. 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*

(157) Véase esta jurisprudencia citada en el trabajo sobre esta cuestión de los títulos históricos que he publicado en el número 26 de la Revista Gallega de Administración Pública, año 2000, pág. 21. También, antes, en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, Editorial Bosch, 1996, págs. 159 y sigs.

(158) Por ejemplo, la propiedad privada del lago de Bañolas, en Gerona, pertenece al municipio y se ha discutido o está discutiéndose en estos momentos, según tengo entendido, en los tribunales.

(159) Dentro de la señalada imprecisión de la explicación de Silvia DEL SAZ CORDERO, en su trabajo anteriormente citado, parece que la autora considera defendible una interpretación como ésta.

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 íntegramente el régimen jurídico de las aguas privadas no inscritas en ningún registro administrativo en los mismos términos en que existía dicho robusto 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 energéticos 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 8.º 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 5-3.º 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 24-1.º 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 o presuntivamente públicas e ilegales (160), como ello sólo podrá ser conocido en la práctica por nuestra

(160) Dentro de la imprecisión de su explicación, ésta parece ser la explicación preferida por Silvia DEL SAZ CORDERO en su citado trabajo de 2002.

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 2.^a del Plan Hidrológico Nacional es un aumento de la ya hasta ahora enorme inseguridad jurídica en esta materia de las aguas privadas. Recuérdese lo que en mi libro de 1996 expliqué sobre el relativo absurdo o muy considerable dificultad, 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 al final de ese mismo libro. El absurdo de la solución legal se ve también en que si la Administración otorgaba alguna concesión administrativa sobre estas aguas presuntivamente públicas o quasi públicas, si luego el «dueño» teórico o platónico de las aguas conseguía la sentencia judicial de su derecho de propiedad, habría que resolver, acaso varios años después, la concesión administrativa que se habría demostrado sobrevenidamente otorgada sobre aguas en realidad privadas. En tal caso, la Administración parece que debería acaso indemnizar, por ello, al concesionario que perdiera la reivindicación frente al dueño. Todo bastante anómalo y surrealista.

Aparte de estas críticas formuladas anteriormente a la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001, 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 2.^º 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 2.^º de la Disposición Transitoria 4.^a de la Ley de 1985 es tan absurdo, que sencillamente la doctrina prescinde del mismo y lee habitualmente mal el precepto, aunque de modo inconsciente (161). 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

(161) Cfr., en dicho sentido, mi libro de 1996, pág. 71.

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 de 2001 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, en cuyo caso hay que respetar ese título histórico, esas aguas derivadas 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 (162). Sin embargo, ahora, con norma legal 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, si llega a solicitarse, 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 «legalizar» y a convertir en definitivas e inatacables decisiones judiciales erróneas y coyunturales y ya generalmente criticadas por la doctrina.

Una tercera razón menor o colateral para criticar la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 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 2.^a a 4.^a). 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, y ya con algún eco jurisprudencial, 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 encuentra nuevas dificultades antes inexistentes.

La Disposición Transitoria 2.^a 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

(162) Cfr. mi libro de 1996, pág. 20, aunque para un problema muy próximo a éste.

privadas y que no quisieron hacer el esfuerzo de enterarse de la misma (163), y que es inconstitucional en cualquiera de sus dos interpretaciones más aseables 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 (lo que es harto improbable, porque vendría a ser como un reconocimiento por ellos de sus propios errores), 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 de propiedad privada, 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). Pero el procedimiento empleado para lograr ese razonable fin ha sido brutal y desproporcionado y probablemente, como digo, inconstitucional. Curiosamente, además, esta reforma legal, que por su contenido y eficacia casi podría calificarse como de inspiración marxista, la ha impuesto, poco conscientemente de ello, un Gobierno conservador como el del PP (164). La ignorancia es muy atrevida y puede llegar a ser fuente de contradicciones.

(163) Es probable que el legislador, imprudentemente, haya atendido solicitudes de funcionarios agobiados por el caos jurídico que tienen planteado las Confederaciones Hidrográficas con las aguas privadas, funcionarios que quizás ni siquiera sean licenciados en Derecho. Es significativo, a este respecto, lo que escribía en el año 2000 (aunque la publicación apareciera en el año 2002), don José DÍAZ MORA, que era en ese momento Comisario de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Guadiana y que algunos meses después sería ascendido a Presidente de dicha Confederación Hidrográfica, lo que parece demostrar el crédito que le otorgaba el Partido Popular. Se quejaba el autor, que es ingeniero y no licenciado en Derecho, de que transcurridos quince años desde la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 todavía existieran decenas de miles de inscripciones de derechos sobre aguas privadas por realizar por la Administración y de que todavía en ese momento se siguieran presentando nuevas solicitudes de inscripción por millares, lo que entendía que producía alarma e inseguridad jurídica para los titulares ya inscritos, además de dificultar toda gestión razonable del recurso, por lo que concluía que se hacía necesario «*dotar a la Administración Hidráulica de un instrumento normativo que cercene de raíz esta posibilidad*» de seguir presentando todavía solicitudes de inscripción de derechos sobre aguas privadas en el Catálogo de aguas privadas. Véase su trabajo «*La clarificación jurídica en los acuíferos sobreexplotados. El caso de La Mancha Occidental*», en la obra colectiva *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín y Mundi-Prensa, 2002, págs. 248 y 255.

(164) En mi libro de 1996, pensando en una nacionalización de las aguas privadas más gradual y flexible y ponderada y controlada, había afirmado yo que, en principio, tal medida legal debería corresponder más bien a un Gobierno socialdemócrata, pero que no

No cabe tampoco, 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 3.^º, 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. 87-3.^º 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 y razonable lógica del Derecho civil, el titular de la propiedad privada inscrito en el Registro de la Propiedad resulta (provisionalmente) 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 2.^a de la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 aquí comentada.

V. LA DECLARACIÓN DE SOBREEXPLOTACIÓN DE ACUÍFEROS Y OTRAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN

La sobreexplotación de acuíferos estuvo regulada inicialmente en los artículos 26, letra f), 54-1.^º, y apartado 4.^º de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a 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 núm. 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 (o sea, todas ellas, en cierta medida, tras la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre). Veo discutible la conveniencia de que en un tema como el de la sobreexplotación, en el que los aspectos de distribución cuantitativa del recurso son tan importantes, se reconozcan competencias legislativas a las comunidades autónomas. De momento, parece que la regulación estatal sigue rigiendo sustancialmente en toda España, salvo en Canarias, donde también sería supletoria. 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

podía descartarse tampoco que llegara a hacerla, según cómo evolucionaran los acontecimientos, un Gobierno conservador. Cfr. págs. 775-776.

canaria los arts. 45 a 49, 84 y apartado 5.^º de la Disposición Transitoria 3.^a). 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. Con los retoques de esta última Ley de 1999, hoy los preceptos legales más importantes relativos a sobreexplotación están en el artículo 28, letra f), y 56-1.^º y 4.^º, y Disposición Adicional 7.^a y apartado 4.^º de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a del Texto Refundido de 2001. Además, el artículo 171 del Reglamento de 1986 ha sido reformado y ampliado considerablemente por el Decreto 606/2003. Estas considerables reformas introducidas en 1999 y en 2003 deben considerarse, en principio, irretroactivas.

El artículo 171-2.^º del Reglamento de 1986-2003 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 interanual de recarga* (o sea, a la renovación estimada del acuífero por lluvias), o que produzcan un deterioro grave de la calidad del agua, o que se ponga en peligro a largo plazo la sostenibilidad de los aprovechamientos incluso sin *un balance global desequilibrado*. Como se ve, esta definición, forzando bastante el significado castellano de los términos, incluye dentro de la *sobreexplotación* tanto la explotación excesiva como el deterioro de la calidad del agua de los acuíferos, aunque es cierto que ambos fenómenos suelen producirse simultáneamente en la práctica. En otro sentido, esta noción de sobreexplotación del acuífero hubiera permitido ya desde 1986 una amplísima intervención administrativa en teoría, dado lo extendido que está el fenómeno de la sobreexplotación en nuestro país, puesto que habría posibilitado la intervención incluso en acuíferos muy deteriorados cuantitativamente 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 muy 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» debido a su composición, con amplia representación de los usuarios, 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 56-1.^º del TR, esta competencia administrativa *podrá* usarse, luego también podrá no usarse: no hay específica obligación para la Administración, que quizás hubiera sido razonable imponer legalmente, al menos en los casos más graves. 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. 171-2.^º del Reglamento y del art. 28, letra f, del TR) como sólo sobre parte del mismo (cfr. la referencia a *zona* del apartado 1.^º del art. 56 del TR y el conjunto del espíritu de ese artículo).

El Libro Blanco del Agua en España de 2000 constató el sustancial fracaso de esta técnica de declaraciones de sobreexplotación de acuíferos (165) y varias sentencias del Tribunal Supremo de diciembre de 2003 han anulado (166), por graves defectos formales en su tramitación, la declaración definitiva de sobreexplotación, acordada el 15 de junio de 1994, del acuífero probablemente más sobreexplotado y famoso de España, el Acuífero 23 en la cuenca alta del Guadiana.

Según el artículo 171 del, parcialmente derogado, Reglamento de 1986, la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca podía dictar una declaración provisional de sobreexplotación del acuífero, que suponía 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 había de ser vigilado por una Junta de Explotación, todo lo cual daba paso a la declaración definitiva de sobreexplotación del acuífero, lo que a su vez significaba la revisión del correspondiente plan hidrológico de cuenca. El Plan de Ordenación tiene la ejecutividad propia de los actos administrativos y podrá imponer la colocación de aparatos de medida de todos los consumos del acuífero (medida ahora generalizada por la Ley 46/1999 en el art. 53-4.^º, como vimos, y hoy recogida en el art. 55-4.^º del TR).

En cuanto a la sobreexplotación de acuíferos, la Ley 46/1999 introdujo en la nueva versión del artículo 54-1.^º 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 (hoy art. 56-1.^º TR), y añadió 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 Orga-

(165) Según el mencionado Documento, en esa fecha de 2000 sólo habían alcanzado la declaración provisional de sobreexplotación quince «unidades hidrogeológicas» de las que sólo dos habían alcanzado la declaración definitiva. Cfr. pág. 165.

(166) Cfr. las sentencias contencioso-administrativas del TS de 1 de diciembre de 2003 (*RAr.*, 2004, núm. 304, ponente: Ricardo ENRÍQUEZ SANCHO); dos sentencias de fecha 3 de diciembre de 2003 (*RAr.*, 2004, núm. 311 y 506); la de 9 de diciembre de 2003 (*RAr.*, 2004, núm. 507); y la de 10 de diciembre de 2003 (*RAr.*, 2004, núm. 509). Las dos últimas también del mismo ponente citado.

nismo de Cuenca para constituirla de oficio si los usuarios no la constituyen en cierto plazo (hoy arts. 87 y 88 del TR). En el apartado 3.^º del artículo 79 introducido por esa Ley de 1999 se previeron unos posibles convenios entre el Organismo de Cuenca y las comunidades de usuarios para el mejor control del régimen de explotación del acuífero (hoy art. 87-3.^º TR).

La única novedad importante (y novedad relativa: cfr. art. 91 de la Ley y hoy art. 99 del TR) 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 (art. 56-1.^º TR). Y esta transformación se prevé incluso como posible fuera de los casos de sobreexplotación de acuíferos (cfr. art. 79-3.^º de la Ley y hoy art. 87-3.^º TR). Es una idea interesante pero que, aparte el presumible alto costo económico y la probable dificultad social de la operación, 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 bien 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 7.^a, apartado 2.^º, del TR 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 58 del propio TR. El precepto se introdujo por la Disposición Adicional 2.^a, apartado 2.^º, de la Ley 46/1999. Fue 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 3.^a, Sección 6.^a, del Tribunal Supremo de fechas 30 de enero y 14 de mayo de 1996. Antes que la Ley de 1999, como he explicado anteriormente, había rectificado ya esa doctrina la sentencia de las mismas Sección y Sala del Tribunal Supremo, de 18 de marzo de 1999, y luego otras muchas sentencias más. 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. No suele ser una técnica correcta la de que el legislador se apresure a rectificar las decisiones judiciales.

El Decreto 606/2003 ha reformado el artículo 171 del Reglamento de 1986 recogiendo todas estas reformas de la Ley 46/1999 e introduciendo algún otro retoque, como la supresión en el procedimiento de la previa declaración provisional de sobreexplotación y poniendo mayor énfasis en la posibilidad desde el principio de recurrir a las medidas cautelares para la protección del acuífero. Parece que el Decreto 606/2003 ha pretendido, acaso insuficientemente todavía, desburocratizar y hacer más eficaz y ágil esta técnica, tan poco utilizada en el pasado, de la declaración de sobreexplotación de los acuíferos.

La norma del artículo 171 del Reglamento deja bastante libertad sobre la configuración del mencionado Plan de Ordenación del acuífero sobreexpolido, 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 (cfr. art. 56 TR) (167). 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 60-3.^º del TR. 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. Recuérdese la llamada a la *racionalidad* que formula el artículo 56-1.^º del TR y que conecta con el mismo concepto recogido en el artículo 45-2.^º 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, como se ha explicado, tanto a los propietarios de aguas de pozos, como a los propietarios de aguas privadas de manantiales naturales y de lagos y lagunas [cfr. apartado 4.^º de las Disposiciones Transitorias 2.^a y 3.^a y apartado 1.^º de la Disposición Transitoria 4.^a TR, y hoy art. 171-6.^º, letra c), del Reglamento]. Todos ellos son *usuarios* del acuífero (art. 171-3.^º del Reglamento) y todos realizan *extracciones* del mismo (art. 56-1.^º del TR). 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. 171-3.^º del Reglamento). Este precepto exige por cierto, creo que con exceso y poco razonablemente, nada menos que la voluntad de usuarios que representen más de la mitad del

(167) Algunas sentencias del TS han afirmado, con toda razón, que cuando por la declaración sobrevenida de sobreexplotación del acuífero se haga necesaria la reducción del consumo del titular del pozo, ello no obsta a que a efectos de la inscripción de su derecho en el Registro de Aguas haya que tomar en consideración la cuantía originaria y no la sobrevidamente reducida. Cfr., por ejemplo, la sentencia contencioso-administrativa del TS de 23 de marzo de 2004 (*RAr.*, 2006, núm. 4117).

volumen medio interanual extraído legalmente del acuífero. Voluntad mayoritaria de intereses que hay que presumir difícil de conseguir, tanto por el posible ámbito físico muy amplio y acaso impreciso del acuífero, como por la tendencia previsible de los usuarios a seguir egoístamente usando el agua.

Ya me he referido críticamente también, en la introducción histórica de este trabajo, 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. La declaración de sobreexplotación de acuíferos tiene también unos límites algo difusos con los *perímetros de protección* del mismo artículo 56-2.^º a 4.^º del TR y artículo 172 del Reglamento de 1986-2003; y con la técnica de protección del acuífero frente a la *intrusión de aguas salinas* de los artículos 99 del TR y 244 del Reglamento de 1986-2003. Todas estas técnicas parecidas debieron haberse unificado y es un defecto de técnica legislativa su dispersión. Véanse también las normas sobre las zonas húmedas del artículo 111 del TR y artículos 275 a 283 del Reglamento de 1986-2003 y sobre las llamadas *zonas protegidas* del artículo 99 bis del TR, introducidas por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

Difícil problema planteará también la parcial superposición del régimen recordado de la sobreexplotación de acuíferos con la nueva regulación del artículo 54 del Reglamento para la Planificación Hidrológica en su versión del Decreto 907/2007, de 6 de julio, precepto que, como competencia directa de la Administración (del Presidente de los organismos de cuenca, parece: art. 30-1.^º del TR), y sin regular un expediente o procedimiento específico y relativamente complejo como el del artículo 171 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, parece permitir la imposición de un plan de actuación o programa de actuación, que regule el régimen de extracciones y la explotación racional de los recursos (art. 54, apartados 2.^º y 3.^º) en todas las masas de agua subterránea sobre las que se haya alcanzado a afirmar formalmente por la Administración el riesgo de no alcanzar el buen estado ecológico. En ambos procedimientos se desemboca en una regulación parecida y se cumplen fines parcialmente similares, lo que muestra una sistemática defectuosa y posibles desajustes en el funcionamiento de ambos cauces de protección de la calidad de las aguas subterráneas. El nuevo artículo 54 del Reglamento para la Planificación Hidrológica (2007), y sus normas concordantes, podría haber convertido en innecesaria la vía más dificultosa de la declaración de sobreexplotación de los acuíferos, vía también más respetuosa con los derechos de los usuarios de las aguas públicas o privadas. Los reglamentos sobre la legislación de aguas están sumamente necesitados de sistematización, drástica reducción y mejora técnica.

VI. LAS COMUNIDADES DE USUARIOS Y LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Las comunidades de usuarios están reguladas en los artículos 81 a 91 y Disposición Final 3.^a del Texto Refundido de aguas de 2001, que recogen los artículos 73 y siguientes y Disposición Final 4.^a de la Ley de Aguas de 1985, reformada en algunos extremos por la Ley 46/1999. Estos preceptos sobre comunidades de usuarios son, en su mayor parte, legislación básica del Estado (cfr. FJ 24 de la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre). Véanse también los artículos 198 a 231 del Reglamento de 1986-2003. La regulación del Texto Refundido se aplica de modo genérico retroactivamente a unas comunidades de regantes que tienen con frecuencia mucha antigüedad, incluso multiselular y que tienen ordenanzas anteriores o muy anteriores (anteriores en siglos, a veces) a 1985. Esta antigüedad y el hecho de que el Texto Refundido respete, en principio, las viejas ordenanzas de estas comunidades (art. 85 y Disposición Final 3.^a, por remisión al similar precepto del art. 231 de la Ley de 1879) y su *autonomía interna* (art. 81-1.^º) atenuan muy considerablemente el alcance genérico retroactivo de la nueva normativa y hacen que la vida de estas comunidades esté todavía bastante impregnada del espíritu de la vieja y magnífica Ley de Aguas de 1879 (168). Toda la vigente regulación, elaborada por modestos administrativistas y desde ideas bastante simplistas, adolece de desconocimiento de la realidad jurídica y social que pretendía reordenar y de una gran carencia de cultura iusprivatista. Probablemente, por estas razones, ha tenido influencia muy escasa en la práctica.

La Ley de 1985 calificó a las comunidades de usuarios, siguiendo la opinión de la doctrina administrativista entonces y ahora mayoritaria (169), como corporaciones de Derecho Público (art. 82-1.^º del TR). Sin embargo, frente a esta opinión mayoritaria, existe otra (170), con razones de peso, que

(168) No se va a tratar aquí el problema de una pretendida adaptación de esas antiguas ordenanzas a *los principios constitucionales de representatividad y estructura democrática*, que impuso la Disposición Final 4.^a de la Ley de Aguas de 1985 (Disposición Final 3.^a del TR) y la Disposición Transitoria 1.^a del Reglamento de 1986, sin que ello tenga lógica digna de consideración; ni el problema de la adaptación de las antiguas ordenanzas de las comunidades de regantes, por voluntad de los comuneros, a la nueva legalidad introducida en 1985 (art. 77 de la Ley de 1985 y art. 85 del TR y art. 215 del Reglamento de 1986). Todo ello lo estudié cuidadosamente en mi libro de 1996, págs. 21 a 28.

(169) Cfr., por ejemplo, en tal sentido, BOLEA FORADADA, José Antonio, *Régimen jurídico de las comunidades de regantes*, 1969, págs. 22 a 32; o, sobre todo, con explicación muy bien informada y matizada, y que llega a aproximarse un tanto a la tesis que menciono a continuación, MARTÍN RETORTILLO, Sebastián, *Derecho de aguas*, 1997, págs. 511 a 519, y 549 a 566. Con todo, el autor no ha reflexionado sobre el intento de extender las comunidades de regantes a los propietarios de aguas privadas de pozos.

(170) Cfr., por ejemplo, en tal sentido, GUAITA MARTORELL, Aurelio, *Derecho administrativo. Aguas, montes, minas*, 2.^a ed., 1986, págs. 174 a 179; o mi propia opinión,

ve más acertado calificar a las comunidades de regantes como asociaciones de interés público (cfr. art. 35-1.^º del Código Civil). La jurisprudencia, incluida la del Tribunal Constitucional, no ha respaldado en esto claramente, en mi opinión, a la que es opinión mayoritaria en la doctrina. Sí parece que ha decidido la jurisprudencia en cambio, sustancialmente, la cuestión, relacionada con esa pero distinta, de si las resoluciones de los Jurados de las comunidades de usuarios son sentencias firmes civiles o penales e irrecuperables (art. 125 de la Constitución; art. 19.4.^º de la Ley Orgánica del Poder Judicial), rechazando tal posibilidad, e inclinándose por la de que son actos administrativos recurribles en la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. art. 227 y 213 del Reglamento de 1986) (171).

Y es que, sin poder negar la rotunda calificación de nuestra legislación a las comunidades de regantes como *corporaciones de Derecho Público*, lo cierto es que este término es para nuestro legislador como un cajón de sastre donde mete realidades muy diferentes; y que, por debajo de las calificaciones formales, las comunidades de regantes constituyen un supuesto típico de autoadministración; o sea, de gestión autónoma por los propios interesados de funciones originariamente administrativas, actuando éstos como agentes descentralizados de la Administración. De modo que hay un poder delegado de la Administración en estos entes cuando actúan como entes públicos y dictan verdaderos actos administrativos (sanciones o cobro de cantidades debidas,

siguiendo a este autor, en mi libro de 1996, pág. 23, nota 10, donde explico y justifico cómo a finales del siglo XIX y principios del XX todavía existía jurisprudencia que negaba la personalidad jurídica de las comunidades de regantes.

(171) Véase sobre la cuestión la interesante sentencia 113/2004, de 12 de julio (Sala 1.^a), del Tribunal Constitucional, relativa al Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia y otros tribunales consuetudinarios sobre aguas. La sentencia desestima el recurso de amparo contra una sentencia de 11 de octubre de 2001, del Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia, que había decidido una concreta polémica sobre una valla construida junto a una acequia y en la que no se veían implicados derechos fundamentales y se discutía sólo la suficiencia del respeto por esa sentencia a la garantía de la motivación que se derivaría de los artículos 24 y 120-3.^º de la Constitución. La sentencia del Tribunal Constitucional explica bien la compleja historia de esta vieja cuestión, con aportación de la antigua jurisprudencia, y explica las razones que pueden invocarse hoy a favor de la naturaleza administrativa de los Jurados de aguas, sin negarles cierta naturaleza también jurisdiccional, y cómo progresivamente, yo creo que sin argumentos legales por completo definitivos, evolucionó la cuestión, más bien en la segunda mitad del siglo XX, hacia la impugnabilidad de las sentencias de esos jurados ante la jurisdicción contencioso administrativa, sin ninguna limitación. En el concreto tema de la motivación exigible, el TC mantiene que debe moderarse esa exigencia legal y constitucional en estos supuestos, dado que juzgan hombres legos en Derecho y que aplican normas casi siempre consuetudinarias. Cfr., sobre el tema, MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, «La fórmula “cuestiones de hecho” como delimitadora de la competencia de los jurados de riego», en *Revista de Administración Pública*, 1971, núm. 65, págs. 159 a 234; y FAIRÉN GUILLÉN, Victor, *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso*, Valencia, 1988 (antes también 1975), 640 págs.

por ejemplo), pero, en lo demás, las comunidades de regantes, que realmente tienen naturaleza híbrida, más bien actúan como asociaciones o sociedades privadas, defienden sus intereses particulares y privados, y se les aplica también el Derecho Privado o criterios de Derecho Privado transferidos al Derecho administrativo. El estudio de la jurisprudencia no puede sino mostrar esta realidad profunda de las comunidades de regantes. No es del todo cierto que sean Administración. También el Libro Blanco del Agua de 2000 manifiesta algo el insatisfactorio funcionamiento actual de las comunidades de regantes, que creo debido, en parte, a su discutible o vacua calificación legal (172).

La Ley de Aguas de 1985 previó, incluso como posiblemente obligatoria, la constitución de comunidades de usuarios de aguas privadas o públicas de un mismo acuífero o *unidad hidrogeológica*, creo que sin conciencia suficiente de lo que acabo de explicar y acaso sin reparar suficientemente tampoco en que la mayoría de los miembros de estas nuevas comunidades de regantes o usuarios con pozos iban a ser propietarios privados de sus aguas. En ocasiones, se ha esperado tanto de esta idea de agrupamiento de todos los usuarios de los acuíferos, que la misma se ha presentado como una de las claves de la solución futura de la buena gestión de éstos, hasta el punto de presentar la idea como sustitutiva o alternativa de la aspiración a dominializar o publicificar todas las aguas privadas subterráneas (173). Pero temo que sea demasiado optimista y poco realista esa explicación o análisis.

Además, si se comparan con cuidado los artículos 81-1.^º (obligatoriedad automática para los comuneros de pertenencia a la comunidad pensada para los concesionarios de aguas públicas de acequias derivadas de los ríos) y 87-1.^º del TR, referido a las aguas de pozos en general, se advertirá que la ley admite perfectamente la posibilidad de un titular de aguas subterráneas

(172) El Libro Blanco menciona esa polémica clásica sobre su naturaleza sin profundizar, y razona pensando exclusivamente en comunidades de regantes con aguas públicas de acequias o de ríos, que son las que efectivamente existen en la realidad. Señala, con olvido acaso del importante papel que tienen en estas comunidades sus ordenanzas, que su régimen legal es demasiado vago e impreciso y que su contabilidad suele ser rudimentaria y opaca, dificultando el conocimiento de su verdadera situación económica. Cfr. págs. 414-415. Lo que no llega a explicar el Libro Blanco es que no es totalmente nítida la regulación del régimen de responsabilidad patrimonial de los miembros de la comunidad de regantes o usuarios. Temo, además, que no contemos con jurisprudencia del TS que haya clarificado tan importante cuestión. Tiendo a pensar que de los artículos 82 y 83-1.^º y 4.^º del TR se deduce que, en defecto de previsiones diversas de las ordenanzas, dichos comuneros no responden de las deudas de la comunidad de usuarios con la totalidad de su patrimonio personal, pero sí con el valor de la finca regada o de la industria beneficiaria del uso privativo del agua pública, y que además podrá haber, en ciertos casos, en las deudas frente a terceros, una responsabilidad subsidiaria del Organismo de cuenca.

(173) En esta línea la explicación en 2001 de DEL SAZ CORDERO, Silvia, quien consideraba innecesaria una reforma de la Ley de Aguas de 1985-1999, en «Cuestiones legales en la gestión de las aguas subterráneas», en el libro colectivo *Aguas subterráneas: retos y oportunidades*, Fundación Marcelino Botín y Mundi Prensa, 2001, pág. 256-258.

públicas aislado o no integrado en ninguna comunidad de usuarios, lo que es imposible para un usuario de aguas de una acequia. Y ello porque se exige como requisito al posible comunero la pertenencia a un mismo acuífero o *unidad hidrogeológica*, lo que parece que requerirá una cierta comprobación o declaración formal previa por la Administración, y además se le exige, para la constitución de la comunidad de usuarios de pozos, el *requerimiento* del Organismo de cuenca, requerimiento que no parece que debiera ser totalmente discrecional, admitiéndose también que la comunidad se constituya *a instancia de parte* y no de oficio. El Reglamento reconoce la existencia de *usuarios individuales* de aguas (art. 204-2.º), aunque también establece, con dudoso alcance, y sin poder contradecir al TR, que los usuarios que *de forma colectiva* utilicen aguas de manantiales, pozos o corrientes naturales tienen obligación de constituirse en comunidad de usuarios (art. 198-2.º). O sea, incluso aquí parece presuponerse la posibilidad de uso en forma no colectiva de algún pozo (174).

El requerimiento del Organismo de Cuenca podrá existir, en principio, incluso cuando los dueños de pozos lo sean muy mayoritariamente de pozos de aguas privadas y estén agrupados ya en algún tipo de asociación o sociedad privada civil o mercantil. Pero si esa asociación o sociedad funcionaba bien y si, como suele suceder, la Administración hidráulica anda falta de medios y de ideas, el mencionado requerimiento, objetable formalmente desde luego en vía de recurso administrativo o judicial, puede que sea una iniciativa discutible o incluso muy desafortunada. En la práctica, no parecen haber sido nada frecuentes requerimientos como esos, para intentar transformar en comunidades de usuarios de las de los artículos 81 y siguientes del TR, o para absorber en ellas, sociedades civiles o comunidades de dueños de aguas subterráneas privadas. Las comunidades de usuarios que hay hoy en el país son, básicamente, las comunidades de regantes que existían ya antes de 1986 (unas 5.000 en todo el país), relativas a aguas públicas de acequias. Los inexistentes o muy escasos intentos de la Administración hidráulica por extender ese modelo a las aguas subterráneas privadas son la causa de que no podamos hoy ponderar si en este ámbito la planificación hidrológica habría servido o no para robustecer en esto los poderes administrativos y su discrecionalidad.

(174) Así viene a afirmarlo la sentencia contencioso-administrativa del TS, de 4 de diciembre de 2007 (*RAR.*, de 2008, núm. 284), en la que se contempla un posible pozo de aguas públicas que no llega a existir ni a ser autorizado administrativamente, y en la que afirma el TS que, aun de haber tenido el dueño de la finca un pozo legalizado correctamente (conforme a la legislación de aguas, lo que no fue el caso), el titular de ese pozo no tenía porqué haberse dado de alta en la comunidad de regantes de la acequia de esa zona, razón por la que, entre otras, faltó en el caso concreto nexo de causalidad para que pudiera haber nacido el derecho a ser indemnizado por el Ayuntamiento que le negó la apertura del pozo, y por razón de los pagos económicos que el dueño de la finca había hecho ya y adelantado a la citada comunidad de regantes de la zona.

Los regantes con aguas privadas de pozos se han venido agrupando en España, sobre todo cuando explotaban pozos profundos y de caudal importante, en sociedades civiles, acogiéndose con frecuencia a una legislación específica sobre Sociedades Agrarias de Transformación, reguladas en el Decreto estatal de 3 de agosto de 1981 y disposiciones complementarias. La autoridad administrativa (agraria y, últimamente, autonómica) autorizaba o intervenía, también después de 1986, en la constitución de estas sociedades civiles. Con frecuencia los socios pertenecientes a estas sociedades civiles son, a la vez copropietarios *pro indiviso* de los caudales de los pozos, concretando sus participaciones sobre ellos en forma de *acciones* sobre las que existe un activo mercado socialmente aceptado, en principio, dentro de la inseguridad jurídica reinante (175).

Esta estructura típicamente de Derecho Privado se ajusta bien a la gestión de dichos intereses genuinamente privados y de ahí que los esfuerzos de los políticos y de la Administración para animar a los dueños de pozos a que constituyan *comunidades de usuarios*, que se dice han de ser *corporaciones de Derecho Público*, encuentren muchas dificultades en la práctica (176). No es sólo, como a veces se dice, que falte sensibilidad ecológica o sentido de la solidaridad en los agricultores, sino que lo que se les pide (que se integren, en cierto modo, en la Administración) es algo un tanto *contra natura* o de discutible racionalidad (177). La legislación de aguas, en sus

(175) Esta importante realidad social de pozos de aguas privadas administrados por sociedades civiles o por sociedades agrarias de transformación, o por comunidades de propietarios o por cooperativas o sociedades mercantiles no ha sido estudiada en nuestra doctrina y se intuye que mostrará realidades complejas y acaso bastante diferentes entre sí. Pueden imaginarse realidades de entidades que simplemente hayan organizado una serie de servicios comunes para una amplia pluralidad de pozos diversos y de funcionamiento muy independiente, pero puede imaginarse también, por ejemplo, que varios pozos sumen sus aguas y las viertan a una tubería o balsa común para luego redistribuirla en los términos que se pacten, lo que podría ofrecer ventajas de transporte, o de dilución de contaminación o salinización existente en zonas muy determinadas, o de asunción conjunta más o menos aleatoria del riesgo futuro de descenso de los niveles freáticos en el acuífero, etc. Consta, por ejemplo, que es especialmente complejo y opaco el mundo del aprovechamiento de las aguas subterráneas privadas en Canarias.

(176) Cfr., en tal sentido, por ejemplo, CODINA ROIG, Jordi, y HERRÁEZ VILAS, Pablo, «Los sistemas colectivos de gestión de aguas subterráneas y la legislación vigente. Ejemplo de Cataluña», en el libro colectivo *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín y Mundi Prensa, 2002, págs. 275 y sigs. y 279 a 283. El primer autor explica que la única comunidad de propietarios de pozos de aguas privadas que conoce que funcione, que es la de la zona del Delta del Llobregat, curiosamente se constituyó ya bajo la Ley de Aguas de 1879. E informa allí mismo de otros varios intentos fracasados de constitución de comunidades de usuarios de aguas privadas de pozos.

(177) En mi libro sobre aguas subterráneas de 1990 ya anuncié, y hoy se puede ver que con buena intuición, que la aplicación a los propietarios de pozos de aguas privadas seguramente encontraría muchas dificultades en la práctica. Cfr. pág. 136.

reformas de 1999 y 2001, y la Administración hidráulica, incluso a través de la planificación hidrológica, siguen por ahora apostando enfáticamente por esta vía de la constitución obligatoria de las comunidades de usuarios de aguas privadas, pero debería estar claro que si ello sólo se pudiera conseguir mediante amenazas de sanciones y métodos represivos esa iba a ser una mala solución para la gestión de las aguas subterráneas (178). Además, el artículo 228-3.^º del Reglamento de 1986 admite con acierto que una *causa debidamente justificada* pueda paralizar el requerimiento del Organismo de cuenca a los dueños de aguas subterráneas privadas de constituir obligatoriamente comunidad de usuarios y sus correlativas potestades de ejercer la potestad sancionadora y de redactar los futuros Estatutos de oficio. Nunca podrá ser igual la explotación de un conjunto de pozos que la explotación de una acequia con sus ramales, cuyas aguas están a la vista de todos (incluida la Administración), y con usuarios que cuentan, en ocasiones, con una inercia de siglos en aceptar la disciplina de la autogestión. Otra cosa será, y esto sí podrá estar mucho más justificado, que la Administración, desde fuera, imponga contadores y sistemas obligatorios de control de los consumos o de la calidad de las aguas, o en general, que ejerza su potestad de policía. Esto sí parece plenamente justificado, aunque resulte caro y difícil de llevar a la práctica.

En todo caso, a la inversa, los propietarios de aguas privadas de pozos, incluso si lo fueran todos tales en el acuífero o *unidad hidrogeológica*, lo que será muy raro, pueden solicitar si quieren una comunidad de regantes o de usuarios de las de los artículos 81 y siguientes del TR, o una agrupación atípica de la que tratan los artículos 81-5.^º y 61-5.^º del TR, sometiéndose voluntariamente a un cierto control por la Administración hidráulica para lo sucesivo (art. 87-1.^º del TR), y sin que ello afecte desde luego a la naturaleza privada de sus aguas, o pueden también constituir, por el contrario, si lo prefieren, según expliqué al comentar la propiedad privada del agua, asociaciones o sociedades o comunidades privadas al margen del estricto control administrativo de los artículos 81 y siguientes del TR (art. 1.255 y 35-2.^º del Código Civil), al menos si no está constituida ya, o en constitución, una comunidad de usuarios de las reguladas en esos preceptos del TR y en la que parte de los pozos en explotación lo sean ya de aguas públicas. Porque es cierto que parece algo en sí indeseable la partición o troceamiento del acuífero, o de la *unidad hidrogeológica* en su caso, en cuanto a su gestión y al control de la Administración, digamos que dejándola en parte esencialmente

(178) Recuérdese la crítica que he formulado, al explicar el sentido general de la propiedad privada sobre las aguas, a la sentencia del TS, de 30 de enero de 2004, que pretendió considerar ilícita la libre formación de una asociación de propietarios de pozos de aguas privadas después de 1986.

privada y en parte esencialmente intervenida por la Administración. Sería esto complejo y poco operativo (179).

Aunque también es cierto que si se constituyen efectivamente asociaciones privadas para gestionar parte de los pozos de aguas privadas de un acuífero en el que existe ya constituida una estricta «comunidad de usuarios» de las de los artículos 81 y siguientes del TR, la situación, interviniendo con su requerimiento y sus potestades la Administración, podría ser compleja, porque la Administración hidráulica, más que poder declarar la nulidad de esa asociación o sociedad privada, lo que está reservado a los tribunales, en principio a los ordinarios, lo que podría hacer es sólo dictar actos administrativos impeditivos o sancionadores (art. 228 del Reglamento), también eventualmente discutibles ante los tribunales, en este caso contencioso administrativos. Y en fin, no creo que quepa derivar del bastante flexible artículo 81-5.^º del TR la idea de que toda asociación o entidad privada constituida después de 1986 por propietarios de pozos de aguas privadas deba entenderse sometida, en concepto de *convenio específico* a la aprobación del Organismo de cuenca. A pesar de la amplitud y flexibilidad de dicho precepto, creo que el mismo todavía contempla corporaciones de Derecho público de las aludidas en el artículo 82-1.^º y que es, formalmente, una excepción a los artículos 1.255, 35-2.^º y 1.665 del Código Civil.

Y para el caso de sobreexplotación declarada del acuífero, véase el artículo 87-2.^º del TR, que parece reforzar la obligatoriedad de la constitución de la comunidad de usuarios, aunque dejando abierta la posibilidad de que se encomiende por la Administración la gestión del acuífero sobreexplotado, aunque con *carácter temporal*, a un, bastante brumoso y no reglamentariamente precisado, *órgano representativo de los intereses concurrentes*. Posibilidad que, evidentemente, relaja o flexibiliza la intensidad de los efectos del agrupamiento de usuarios buscado por la ley, precisamente cuando dicho agrupamiento parece hacerse más necesario por la declarada sobreexplotación del acuífero.

RESUMEN

AGUAS SUBTERRÁNEAS

El autor, que se ha ocupado ya otras veces durante las tres últimas décadas

ABSTRACT

UNDERGROUND WATER

The author, who has already addressed the subject of underground water le-

(179) Con todo, el Reglamento de 1986-2003 admite, en ciertos casos, tanto la agrupación de comunidades de usuarios como la segregación de comunidades de regantes de otras más amplias (art. 202), asunto éste sobre el que ha debido pronunciarse en ocasiones el TS.

del régimen jurídico de las aguas subterráneas, vuelve sobre este importante tema, muy conflictivo social y jurídicamente. El trabajo intenta ser una síntesis o una descripción del estado de la cuestión tanto, primero, en la vertiente de su evolución histórica desde las leyes codificadoras de aguas de 1866-1879, pasando por la importante legislación de 1985, y llegando hasta las reformas normativas más recientes del régimen jurídico de los pozos, como, en segundo lugar, una personal reflexión dogmática y exegética de la legislación hoy en día vigente sobre aguas subterráneas, ya públicas, ya privadas. El trabajo contiene aportación y valoración de doctrina y jurisprudencia muy seleccionadas. Characteriza al trabajo, aparte de su rigurosa puesta al día, el intento de poner de manifiesto, sin renunciar a la explicación de los aspectos jurídico administrativos más importantes, la hondura y dificultad de los problemas de Derecho civil, y hasta procesal, presentes en este tema, así como algunas observaciones, meditadas e importantes, sobre la vertiente hipotecaria del mismo. Según el autor, la general irretroactividad del sistema legal sobre las aguas subterráneas privadas, mayoritarias en el país dentro de las subterráneas, es clave en el correcto planteamiento de los problemas jurídicos en todos esos ámbitos y en la forma de discurrirlos. Discurso y reflexión dificultados por lo bastante deficiente de la regulación legal y porque los dos muy defectuosos y extensos reglamentos de la legislación de aguas, engañosamente, no mencionan prácticamente nunca ni las aguas privadas ni el Registro de la Propiedad.

gislation on other occasions over the last three decades, now returns to this important subject that arouses so much social and legal conflict. The paper endeavours to be a synthesis or description of the state of the matter, first, in terms of the historical evolution of underground water legislation since the water laws of 1866-1879, including the important legislation of 1985 and arriving at the most recent legislative reforms of well laws, and second, as a personal, dogmatic, exegetic reflection on the legislation in force nowadays on underground waters, both public and private. The paper furnishes and assesses some carefully selected doctrine and case law. The paper is characterised not only by its being very much up to date, but also by its attempt to show -without neglecting to explain the more important administrative legal aspects- the depth and difficulty of the problems of civil and even procedural law that lurk in this subject, as well as a number of well thought-out, important observations about the subject's mortgage-related facet. According to the author, the general non-retroactive nature of laws on private underground water, which forms the majority of the country's underground water, is key in how to approach the legal problems in all those fields correctly and how to meditate on said problems. The author's discourse and reflection have to defeat the obstacles thrown up by the fact that legal regulation is rather deficient and the fact that, misleadingly, the two highly defective, extensive regulations that purport to deal with water legislation practically never mention private water or the property registration system.

(Trabajo recibido el 05-06-08 y aceptado para su publicación el 29-05-09)