

EL MALTRATO ORIGINARIO Y CRECIENTE, POR LA LEGALIDAD VIGENTE, A LA PROPIEDAD PRIVADA DEL AGUA

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

I. EL MALTRATO ORIGINARIO POR LA LEGALIDAD, ANTES DE LA LEY 11/2012, A LA PROPIEDAD PRIVADA DEL AGUA.—II. RETÓRICA Y REALIDADES EN EL PREÁMBULO DE LA LEY 11/2012.—III. ALGUNAS DE LAS REFORMAS DEL TRLA DE 2001 POR LA LEY 11/2012: 1. *La modificación por ampliación del apartado 3.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª del TRLA.* 2. *La inclusión de una nueva disposición transitoria 10.ª del TRLA.* 3. *La inclusión de una nueva disposición adicional 14.ª del TRLA.* 4. *El enésimo y discutible aumento por la Ley 11/2012 de la cuantía de las sanciones.*—IV. LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS AL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO SEGÚN EL DECRETO 670/2013.—V. SUGERENCIAS PARA LA ELABORACIÓN DE UNA MEJOR LEY DE AGUAS. REMISIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

El primer apartado del trabajo muestra las graves deficiencias que presenta el actual Derecho español de aguas en el tratamiento dado a las aguas de propiedad privada. En los apartados segundo y tercero se comentan las reformas introducidas por la Ley 11/2012 y por el Decreto 670/2013, intentando mostrar que ambas reformas van no solo contra el concepto tradicional de propiedad privada, sino contra el artículo 17 de la Carta de Niza de 2000 sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea, que se inspira precisamente con claridad en dicho concepto tradicional, y que es precepto vinculante para el Estado español. Los apartados cuarto y quinto comentan críticamente la cuantía de las multas y el tratamiento de la valoración de daños introducidos por esas normas de la Ley 11/2012 y D. 670/2013.

Palabras clave: propiedad privada; contenido esencial de los derechos; transmisibilidad de la propiedad privada; cuantía de las multas; responsabilidad civil.

ABSTRACT

The first section of this paper identifies serious failures in Spanish Water Law regarding privately-owned waters. In the second and third section of the work, the amendments introduced by Act 11/2012 and Decree 670/2013 are discussed, trying to make the point that both reforms are directed not only against the traditional concept of private ownership but also against Article 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, proclaimed in

Nice in 2000, which is clearly based on this traditional concept and has binding character upon Spanish Law. The fourth and the fifth sections issue critical comments concerning the amount of fines to be paid and the assessment of the damage introduced by the aforementioned Act 11/2012 and Decree 670/2013.

Key words: private ownership; core content of rights; trasferability of private property; amount of fines; civil liability.

I. EL MALTRATO ORIGINARIO POR LA LEGALIDAD, ANTES DE LA LEY 11/2012, A LA PROPIEDAD PRIVADA DEL AGUA

Explico en este trabajo, ante todo, lo más esencial del que fuera Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de «medidas urgentes en materia de medio ambiente», y que hoy es ya la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, tras la rápida convalidación y tramitación por el procedimiento de urgencia, sin cambios de importancia, de ese Decreto-ley. Esta regulación, cuyos criterios prolonga el D. 670/2013, y antes ya inspiradores de la DA 2.^a, apartado 2.º, de la Ley 46/1999¹ y de la DT 2.^a de la Ley 10/2001, regulaciones todas dictadas por el PP, han empujado la ya muy oscura regulación de la Ley de Aguas de 1985 (LA, en adelante) sobre las aguas privadas hacia un gran debilitamiento de la propiedad y una enorme inseguridad jurídica.

Mi opinión sobre la LA de 1985, que vengo manteniendo desde ese mismo año, es bastante crítica en aspectos muy esenciales de su regulación, sin dejar de reconocer que era una Ley bien orientada genéricamente hacia un robustecimiento de la intervención administrativa y que tuvo también sus aciertos.

Pero tanto en su técnica jurídica y en su trato al idioma como en el punto más difícil y más decisivo acaso de la Ley, como era la domi-

¹ Esa DA 2.^a de la Ley 46/1999, hoy la DA 7.^a-2.º del TRLA, se sabe además que se dictó para confirmar el criterio de una Sentencia del Tribunal Supremo (TS, en adelante), de 18 de marzo de 1999 (RJ, núm. 3153), que rectificó, creo que con acierto aunque forzando un tanto la letra de la Ley, el criterio de otras dos Sentencias del TS de 1996 que habían impuesto indemnización a los propietarios de aguas privadas provisionalmente expropiados o limitados en el ejercicio de sus derechos (regadíos prohibidos) en casos de sequía extrema amparados por el precepto que hoy es el artículo 58 del TRLA (entonces el art. 56 de la LA). Cfr. las SSTs de 30 de enero y 14 de mayo de 1996 (RJ, núm. 395, y RJ, núm. 4368). El criterio de la STS de 18 de marzo de 1999 fue seguido establemente y durante años por varias docenas de SSTs posteriores. Pero la técnica de la DA 2.^a-2.º de la Ley 46/1999 de recoger lo establecido por el TS fue desacertada y no derogó, como debió hacerse, el (actual) artículo 58, párrafo final, y su exigencia de expropiación para las lógicas reducciones de consumo provisionales de aguas públicas o privadas que allí establecía. La DA 2.^a-2.º dio literalmente peor trato a las aguas privadas que a las concesiones administrativas sobre aguas públicas.

nialización o demanialización de algunas aguas privadas y en las correspondientes disposiciones transitorias (DD.TT., en adelante) de la Ley (las DD.TT. 2.^a a 4.^a, más concretamente, hoy del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001: TRLA, en adelante), la regulación fue muy defectuosa por el contenido de las pocas normas que se dieron sobre las aguas privadas y por lo muy desacertado de dar una opción legal a los dueños de aguas privadas sobre si querían que se les dominializasen o no sus aguas a largo plazo (cincuenta años), opción que ha sido de complejísima aplicación y que ha conducido a un verdadero caos e impotencia de la Administración hidráulica, durante los ya casi veintiocho años de vigencia de la Ley de 1985. Esto se inscribe, además, en el marco del desarrollo de la planificación hidrográfica, idea estrella de la LA de 1985 y frente a la que siempre me he situado en el bando doctrinal, últimamente creciente, de los escépticos².

Esa opción legal de las DD.TT. del TRLA de 2001, cuyo contenido doy por conocido, creo que fue una ingenuidad y grave error de los legisladores de 1985, que se sabe la introdujeron para disminuir las posibilidades de éxito del recurso de inconstitucionalidad que el PP había anunciado que iba a interponer contra la (entonces futura) Ley y que, interpuesto, en efecto, produjo la ya muy estudiada Sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (TC, en adelante). Por una conversación que tuve con el diputado ponente del PSOE de la LA de 1985 durante su elaboración (era de Zaragoza y químico de profesión, no jurista) supe que pensaban (ingenuamente) los autores de la Ley que la casi totalidad de los dueños de aguas privadas se inscribirían en el Registro de Aguas, que es lo que el PSOE recomendó, en efecto, sin omitir en ocasiones presiones a los dueños de las aguas privadas.

Sin embargo, el resultado de lo que decidieron los dueños de las aguas privadas en el plazo de tres años que se les otorgó fue muy distinto de lo que esperaban los autores de la Ley y resultó muy perjudicial e ilógico para la buena salud de la futura gestión de las aguas de nuestro país. Ante todo, porque la mayoría de los dueños de aguas no se inscribió dentro de los tres primeros años ni en el Catálogo de Aguas

² Afirmó en 1990 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA que la planificación hidrográfica tenía mucho de «ilusión tecnocrática», más que de instrumento jurídico eficaz. Cfr. su Prólogo al libro de Silvia DEL SAZ CORDERO, *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de aguas)* (1990: 6). Para mi opinión sobre el tema, véase mi libro *Aguas públicas y aguas privadas* (1996: 741 a 746). La Directiva Marco del Agua de 2000 ha consolidado la técnica planificadora poniendo el énfasis en la defensa de la calidad del agua. Hoy añadiría que a los funcionarios de la Administración hidráulica les da la elaboración de los planes de cuenca un cauce útil para la mediación entre intereses contrapuestos y para la negociación política y la explicación a los agentes sociales de sus propias posiciones. La experiencia demuestra que esta difícil negociación, junto a la compleja elaboración de los planes, hacen que se incumplan siempre los plazos legales para aprobarlos.

Privadas ni en el Registro de Aguas y, dentro de los que se inscribieron, los porcentajes fueron muy diversos según las confederaciones hidrográficas y, además, las inscripciones en el Catálogo fueron mayoritarias en los terrenos más secos y con más aguas privadas y pozos de estas aguas, y fueron minoritarias, en cambio, en los lugares con más abundancia de agua y menos aguas privadas y menos sobreexplotación de acuíferos. O sea, donde más necesaria era la intervención administrativa, por problemas de escasez y de sobreexplotación, más reivindicaron y obtuvieron los dueños de aguas la pervivencia indefinida de sus derechos de propiedad privada sobre el agua y, a la inversa, los dueños de aguas privadas mostraron mayor docilidad ante la nacionalización futura de sus aguas donde menor era la necesidad de una fuerte intervención administrativa y de una dominialización sobre aguas de pozos y manantiales de propiedad privada. Aparte de ello, durante los años siguientes a 1989 fueron realizándose algunas, o incluso bastantes, solicitudes de inscripción de derechos sobre aguas privadas en el Catálogo, pero seguían estando muchísimos de esos derechos al margen de los dos registros administrativos establecidos.

Y, sobre todo, muchas de las decisiones administrativas admitiendo o denegando inscripción de derechos, o fijando la cuantía de los derechos, en cualquiera de ambos registros administrativos han dado lugar a recursos administrativos y contencioso-administrativos, con lo que más de veintiocho años después de que entrara en vigor la LA de 1985 (1 de enero 1986) la Administración todavía viene sosteniendo centenares de pleitos en relación con este asunto y siguen saliendo aún sentencias, incluso del TS, sobre esta espinosa cuestión³. Así que se creó un gigantesco atasco burocrático con estos expedientes de ejercicio de la opción legal de la LA de 1985, que aún dura. Con la idea de la opción legal de las transitorias podría afirmarse que al PSOE o a los legisladores les salió el tiro por la culata. Este enorme e indudable fracaso, nunca reconocido por los políticos, ha recibido poca atención de la doctrina y, sin embargo, es una cuestión fundamental, que no se puede ignorar⁴, y

³ Así que a algunos dueños de aguas privadas les ha costado un cuarto de siglo, o más, fijar la cuantía de su derecho de propiedad. Sirve el ejemplo de la STS de 23 de abril de 2013 (RJ 2013, núm. 3445). En el caso, la solicitud de inscripción en el Catálogo fue de 27-12-1988; la resolución administrativa favorable de inscripción de 15-12-2005, y la fijación definitiva de la cuantía de 23-5-2013.

⁴ El primer estudio valorativo de nuestra doctrina con datos contrastados sobre inscripciones de derechos de propiedad privada sobre aguas, ya en el Registro de Aguas, ya en el Catálogo de Aguas Privadas, es, según creo, el de mi libro citado (1996: 88 a 97). Allí se explicó cómo las solicitudes de inscripción de derechos sobre aguas privadas en el Registro de Aguas eran, según estimaciones fiables, una pequeña minoría, lo que significaba que acaso en torno al 80%, o más, de los derechos sobre aguas privadas existentes a la entrada en vigor de la LA de 1985 (o sea, aquellos derechos con solicitud de inscripción en el Catálogo o sin solicitud entonces ni en el Registro de Aguas ni en el Catálogo, lo que venía a ser lo mismo) iban

que nos ha dado la razón a los que desde el principio señalamos las graves deficiencias de la LA de 1985 y la complejidad extrema del sistema legal que estaba introduciendo⁵. Otro fracaso claro de la LA de 1985 fue que su designio de que los titulares de aguas privadas dejaran las sociedades civiles en las que suelen integrarse y pasasen a formar comunidades de regantes no se ha producido en absoluto.

Hagamos breve alusión también aquí a lo defectuoso de las pocas normas sobre la propiedad privada del agua que introdujo en sus DD.TT. la LA de 1985, hoy TRLA de 2001. Las dos únicas normas del TRLA de 2001 que, leídas por separado, podrían tener un cierto sentido razonable resultan absurdas, por contrarias, cuando se leen a la vez. Me refiero al apartado 4.º de las DD.TT. 2.ª y 3.ª del TRLA y a la disposición final 1.ª del propio TRLA. Según la primera norma, a las aguas privadas se les aplicarán «*en general*» las normas relativas a las limitaciones del uso del dominio público hidráulico. Según la segunda norma, en «*todo lo que no esté expresamente regulado en esta Ley*» (lo que podría excluir literalmente acaso hasta lo dispuesto expresamente en los reglamentos de la propia LA) se estará al Código civil, que regula el concepto de propiedad en un sentido fuertemente liberal (arts. 348 y 424), y lo mismo la propiedad privada de las aguas (arts. 412 a 419). Difícil haber creado mayor inseguridad jurídica con ambas contradictorias afirmaciones. Pero es que, además, y para colmo, en ninguna norma, ni en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986 (RDPH, en adelante), ni en el de la Planificación Hidrológica de

a seguir siendo derechos de propiedad privada perpetua (no solo por cincuenta años) en el futuro. O sea, la pretendida y tan anunciada por entonces dominialización o demanialización de aguas privadas era sobre todo una dominialización hacia el futuro de los alumbramientos de pozos que se hicieran a partir de 1986, pero no una verdadera dominialización de todos los derechos de aguas privadas, que eran muchísimos y no solo relativos a pozos, existentes en 1985. Hubo estimaciones fiables sobre la existencia de medio millón de pozos de aguas privadas y serían, sin duda, muchas decenas de miles los manantiales o lagunas de propiedad privada. Y predominó el principio general de la irretroactividad de las leyes respecto de las aguas privadas. Antonio PÉREZ MARÍN, especialista en el Derecho de aguas y que ha coordinado un robusto libro sobre la Ley andaluza 9/2010, de Aguas, se ha ocupado recientemente de poner al día (2011) los datos sobre el Registro de Aguas y el Catálogo de Aguas Privadas, y concluye, en el mismo sentido de lo que explico en el texto, que la situación es al respecto «muy desalentadora». Cfr. su libro *Derecho de las aguas continentales* (2011: 215 a 220), y para la afirmación transcrita, véase la pág. 215. Y Valentina ERICE BAEZA ha reconocido también el mal resultado que ha dado el Registro de Aguas, que no ha evitado la proliferación de muchos alumbramientos clandestinos e ilegales de pozos, así como los malos resultados que ha producido en la práctica el régimen transitorio de la LA de 1985. Cfr. *La Protección de las Aguas Subterráneas en el Derecho Español* (2013: 198-199 y 216).

⁵ Véase principalmente la explicación del profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en el sentido indicado en el texto, y por cierto que recogiendo en gran medida explicaciones mías tomadas de un libro publicado en 1990 por la Universidad de Zaragoza sobre las aguas subterráneas. Cfr. su libro citado *Derecho de aguas* (1997: 68, 101-102, 140 y ss., 274 y ss., y 305-306).

1988 (RAPAPH, en adelante), ni en ninguna de sus sucesivas reformas, se afirma ya prácticamente nada más sobre las aguas privadas, fuera de levísimas alusiones al tratar las dos modalidades del registro de derechos. Esto facilita, sin duda, la arbitrariedad administrativa, prohibida en el artículo 9-3.º de la Constitución (CE, en adelante).

Otra regla del TRLA criticada por toda la doctrina jurídica sería es la que limita la futura dominialización o ingreso en el dominio público de las aguas subterráneas a las aguas «*renovables*», excluidas las «*fósiles*» [arts. 1-3.º y 2, letra a)].

La mayoría de la doctrina critica también con razón la norma del apartado 3.º de las DD.TT. 2.ª y 3.ª del TRLA. Esta norma, que ha dado lugar a lo que algunos denominan la «congelación» de las aguas privadas en nuestro Derecho, la explicaré posteriormente, porque es una de las modificadas por la Ley 11/2012.

Otra norma vigente que ha incrementado mucho el maltrato sobre las aguas privadas es la DT 2.ª de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, dictada bajo un Gobierno del PP. Esta norma, abstrusa, como veremos, intentó atajar el caos ya descrito que provocó la tan dificultosa aplicación de la opción legal de las DD.TT. de la LA, pero mediante una disposición gravemente injusta e inconstitucional. Lo veremos al comentar la Ley 11/2012 y la nueva DT 10.ª que esta ha introducido en el TRLA.

Otra norma que plantea una grave duda es la del artículo 2, apartados letras b) y c), del TRLA, que regulan los cauces y lechos de arroyos y de lagunas pero no se sabe si retroactivamente o no, lo que produce una inseguridad jurídica enorme sobre la propiedad privada de esas fincas que contienen los mencionados cauces o lechos de corrientes o masas de aguas, que ocupan miles y miles de kilómetros a lo largo y ancho de todo el país. El TC, y en particular en la STC 227/1988, nada ha resuelto sobre esto.

En mi libro de 1996 estudié por extenso el régimen jurídico de las aguas privadas en la LA de 1985, sin que quepa aquí ni siquiera enumerar las muchas carencias y oscuridades de dicha Ley en esta materia⁶. En fin, es muy deficiente la redacción de casi todas las DD.TT. del TRLA, en las que se llega a aludir un par de veces, en la DT 4.ª, a «*aguas calificadas como privadas por la Ley de 13 de junio de 1879*». O sea, que los autores de la LA de 1985 ni siquiera tenían claro que las aguas privadas eran en esa Ley de 1879, y luego lo mismo en el Código civil de

⁶ Quiero mencionar la poco estudiada cuestión de los títulos históricos sobre aguas anteriores a las Leyes de 1866 y 1879. Cfr. mi libro (1996: 159 y ss.) y el libro de Fernando LÓPEZ RAMÓN, *Sistema jurídico de los bienes públicos* (2012: 230-231 y 235-236).

1889, con toda nitidez, un caso particular de aguas privadas, como lo entendió el TS ininterrumpidamente durante más de un siglo⁷.

Por otra parte, el D. 670/2013 ha pretendido de nuevo reformar y mejorar un poco la pobre regulación anterior del RDPH de 1986 (arts. 189 a 197) sobre el Registro de Aguas y el Catálogo de Aguas Privadas, en particular intentando imitar difusamente algunas normas del Registro de la Propiedad (como si se pensase que este modesto reglamento lo pudiera sustituir) y previendo su informatización, que se deberá haber producido antes del 1 de enero de 2020 (cfr. DA 3.^a D. 670/2013). Sin embargo, esta regulación nueva no deja de ser muy modesta e insuficiente, porque en ningún lugar del D. 670/2013 se alude siquiera al Registro de la Propiedad, en el que están inscritos, desde la LH de 1861, también muchos derechos tanto sobre aguas privadas como sobre aguas públicas, y siendo que la relación entre ambos registros, e incluso de ambos con el Catastro, es el gran tema pendiente de resolver⁸. Y, además, porque la regulación con rango legal del Registro de Aguas y del Catálogo de Aguas Privadas (art. 80 y DT 4.^a del TRLA) es vacua y deficiente, y ni siquiera remite (cfr. art. 80-1.^o) al desarrollo reglamentario en cuanto a los «efectos» de ambos registros, que es la cuestión crucial. De modo que este tema decisivo sigue pendiente de resolverse casi tres décadas después de la LA de 1985 y no cabe resolverlo con solo normas reglamentarias. Por lo demás, este olvido absoluto de la existencia del Registro de la Propiedad al legislar sobre aguas está llevando en la práctica a un fenómeno sumamente nocivo

⁷ Pese a ello, creo que por sustancial desconocimiento de la LA de 1879, María Dolores MAS BADÍA se esforzó en construir una teorización sobre la LA de 1985 según la cual la propiedad privada habría sido desde entonces un mero derecho real de aprovechamiento. Cfr. su libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas* (1993: 57 a 79). Y Mónica ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, aunque teniendo claro, tras una buena explicación histórico-dogmática del Derecho de aguas español, que en la LA de 1879 se recogía verdadera propiedad privada del agua, acaba aceptando la equivocada tesis de que la LA de 1985 reconoció solo una propiedad privada de agua «petrificada». Cfr. su libro *El abastecimiento de agua en España* (2004: 36 a 80, 173 y ss., y 423 a 426). Todo ello va en la línea de una vulgarización del Derecho de aguas que yo anuncié en mi libro (1996: 729 y ss., 381 y ss., y 450 y ss.), que produciría la LA de 1985 y que, en efecto, se nota ya en muchas SSTS, incluso entre las más recientes, confunden ahora la posesión o las situaciones fácticas de las aguas o los aprovechamientos con las titularidades sobre derechos subjetivos. El TS no ha conseguido reconstruir los destrozos dogmáticos que la LA de 1985 causó. Y esto representa, en mi opinión, un retroceso cultural en el sentido más profundo respecto de lo que tan bien dejó explicado la EM de la Ley de Aguas de 1866 y estuvo claro durante más de un siglo.

⁸ Cfr. sobre el Registro de la Propiedad mi libro (1996: 672 a 682 y 800 a 805). También, Esperanza ALCAÍN MARTÍNEZ, *El aprovechamiento privado del agua y su protección jurídica* (1994: 246 a 265). Es significativo que el único precepto, y aún vigente, de la LA de 1985, su DA 1.^a, que mencionó el Registro de la Propiedad estableciese norma muy irrazonable, mercedora de interpretación correctora, y que demuestra que los autores de esa LA no tenían claros ni los conceptos más elementales de la normativa hipotecaria. Cfr. FRANCISCO DELGADO PIQUERAS, *Derecho de aguas y medio ambiente* (1992: 134-135), y mi citado libro (1996: 295 a 303). Cfr. también hoy artículo 95-3.^o TRLA.

que se detecta en el estudio de la jurisprudencia. Apenas hay sentencias de la Sala de lo Civil del TS y los abogados se olvidan cada vez más en sus demandas del Código civil y la Ley Hipotecaria, y lo mismo les está ocurriendo, me temo, a los jueces de lo contencioso-administrativo⁹, lo que representa un verdadero retroceso cultural en sentido profundo y una fractura de la percepción de la unidad del ordenamiento jurídico, percepción que es clave en los llamados operadores jurídicos para no deslizarse hacia la vulgarización y la general inseguridad jurídica¹⁰.

II. RETÓRICA Y REALIDADES EN EL PREÁMBULO DE LA LEY 11/2012

El Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, tras su convalidación el 18 de mayo de 2012, ha llegado a ser la vigente Ley 11/2012, casi idéntica al Decreto-ley y con su mismo Preámbulo. En este Preámbulo insiste la Ley reiteradamente en su finalidad o propósito de realizar una simplificación administrativa, aspirando a eliminar aquellos mecanismos de intervención que por su propia complejidad resultan ineficaces, y que imponen demoras difíciles de soportar para los ciudadanos y dificultades de gestión para las Administraciones públicas. Se afirma que la reforma parte del presupuesto de que la eficacia de las normas ambientales no puede identificarse con la yuxtaposición de planes, programas, autorizaciones, permisos y otras medidas de difícil aplicación real y práctica. Antes al contrario, se afirma, una protección eficaz está reñida con el exceso retórico y normativo que lleva a la atrofia.

Suscribiría totalmente todas estas finalidades recordadas del Preámbulo, que están en la línea de lo que venimos afirmando digamos que los escépticos sobre la planificación hidrográfica y los críticos de la excesiva complejidad y oscuridad que tiene el sistema legal de nuestro TRLA.

Pero la Ley 11/2012 carece de un diagnóstico serio y profundo de la crítica al excesivo burocratismo actual de nuestro Derecho de aguas, diagnóstico que, sobre todo en lo que toca a las aguas privadas y a su distinción con las públicas, lo que es cuestión crucial, necesitaría ha-

⁹ Hasta qué preocupante punto ha desaparecido de la jurisprudencia contencioso-administrativa del TS el Registro de la Propiedad puede verse, por ejemplo, en el cuidadoso estudio de esta jurisprudencia de DELGADO PIQUERAS y GALLEGO CÓRCOLES, quienes no citan ni una sola sentencia en que se discuta mínimamente sobre este importante tema. Cfr. su libro *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial* (2007: *in totum*).

¹⁰ Sobre la gran importancia de la unidad profunda del ordenamiento jurídico, en particular explicada al tratar el desarrollo del Derecho administrativo frente al Derecho civil, véase Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en su libro *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones* (1996: 21 a 67; 1960, la 1.ª edición).

ber reparado en consideraciones doctrinales de mucho calado como las realizadas en el epígrafe anterior. No se entiende bien por los autores de la Ley que nuestra legislación de aguas no solo es excesivamente burocrática y farragosa y con reiteraciones y oscuridades y carencias, sino que el gran armatoste burocrático, encima, está montado sobre unos cimientos legales, dogmáticos e ideológicos poco claros, que parecen partir de la idea falsamente progresista de que todo se puede resolver a base de incrementar siempre el intervencionismo administrativo y de reforzar siempre las potestades administrativas, aunque sea en detrimento de los derechos subjetivos de los particulares y del derecho de propiedad, muy en particular. Por eso, muchas de las nuevas regulaciones que introduce la Ley 11/2012 sobre el TRLA de 2001, en realidad, y pese a buscar pretendidamente la simplificación administrativa, innovan muy poco y más bien vienen a reforzar las potestades administrativas sobre ideas que estaban ya casi todas en el TRLA. Cuando innova la Ley 11/2012, paradójicamente, intensifica el burocratismo y la apuesta por fórmulas del TRLA oscuras, discutibles, complejas o que ya se sabían fracasadas.

Es muy representativo de lo que acabo de afirmar que algunas de las medidas que introduce la Ley 11/2012 no son sino una generalización de las mismas soluciones que se habían establecido en la DA 2.^a del Decreto-ley 9/2006, de 15 de septiembre, dictado en la etapa de la ministra socialista Cristina Narbona, para intentar solucionar los graves conflictos existentes en la cuenca del Alto Guadiana. Eran medidas muy estatalizadoras, que podrían acaso tener sentido en ese concreto contexto de intensa sobreexplotación de los acuíferos, pero que es sumamente discutible que deban ahora generalizarse a todo el Derecho español de aguas. La exministra Cristina Narbona es representativa, incluso dentro del PSOE, del pensamiento más estatalista, ecologista y antiliberal. Por eso es curioso que la Ley 11/2012, patrocinada por Arias Cañete, político supuestamente liberal, muestre riguroso seguidismo y continuismo con ideas provenientes de la etapa de la ministra Narbona, e incluso generalizando, como explico, esas ideas desde la cuenca del Alto Guadiana a todo el territorio español, lo que supone en cierto modo una exacerbación de ese pensamiento estatalista y ultraburocrático.

Pasan los políticos, pero quedan los oscuros y poderosos asesores. Unos asesores de modesta cultura jurídica o, acaso mejor, de cultura jurídica demasiado escorada hacia un administrativismo alicorto. Creo que hay una malquerencia encubierta contra las aguas privadas en muchos funcionarios de la Administración hidráulica, y acaso hasta una actitud despectiva con el Derecho civil, debida, más que a (respe-

tables) motivos ideológicos, a una actitud comodona y temerosa de su estudio y tendente a tener, por dicha actitud, el mayor número de competencias posibles sobre las aguas.

III. ALGUNAS DE LAS REFORMAS DEL TRLA DE 2001 POR LA LEY 11/2012

1. *La modificación por ampliación del apartado 3.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª del TRLA*

Según el apartado 3.º de las DD.TT. 2.ª y 3.ª del TRLA, introducido en 1985 y que el apartado 1.º de la DT 4.ª del propio TRLA, regla general de las aguas privadas, extiende, más allá de manantiales y pozos, a todas las aguas privadas: «*En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente ley*».

El apartado 15 del artículo 1 de la Ley 11/2012 introduce una DT 3.ª bis, con cinco apartados, que amplía bastante la extensión de esta norma del TRLA, que había sido mayoritariamente criticada por la doctrina antes de su reciente reforma.

Los tres apartados fundamentales de la nueva DT 3.ª bis son el primero, el quinto y el sexto, cuyo texto es el siguiente:

1.º «*A los efectos de aplicación del apartado tercero de las disposiciones transitorias segunda y tercera, se considerará modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, entre otras, las actuaciones que supongan la variación de la profundidad, diámetro o localización del pozo, así como cualquier cambio de uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamiento de regadío*».

5.º «*Cuando la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento no haya sido comunicada por su titular al organismo de cuenca para su autorización, sin perjuicio de la aplicación del procedimiento sancionador previsto, el organismo de cuenca requerirá al interesado para que solicite y obtenga la correspondiente concesión*».

6.º «*El otorgamiento de la concesión comportará la extinción simultánea del derecho sobre aguas privadas reconocido hasta ese momento*».

Estas normas de la Ley 11/2012 son en buena parte de las traídas, como se ha advertido, de la DA 2.^a del Decreto-ley 9/2006, inspirado por la entonces ministra Cristina Narbona, y aunque dictadas solo, entonces, para los pozos de los acuíferos con aguas privadas del Alto Guadiana y tras una prolongada sequía (2005-2008). También han venido a coincidir estas normas con alguna doctrina muy minoritaria, aunque avalada por la Sentencia contencioso-administrativa del TS de 27 de octubre de 2009, y doctrina que ha venido a calificarse como la partidaria de la teoría de la «congelación» de la propiedad privada del agua, «congelación» que se habría derivado, según estos autores¹¹, del apartado 3.º de las DD.TT. 2.^a y 3.^a del TRLA. Según tal teoría, en suma, desde que entró en vigor la LA de 1985, el 1 de enero de 1986, todos los propietarios de aguas privadas de España no podrían, so pena de ver extinguida por ley la propiedad privada sobre su agua, usar ya esa agua para un uso o goce distinto del que venían realizando en esa fecha (no podrían, por ejemplo, cambiar el uso de abrevadero de su agua, si ya no tenían animales, para regar su huerto), ni podrían cambiar de sitio el agua que venían usando en un lugar determinado. O sea, no podrían vender o transmitir y trasladar su agua privada o, correlativamente, no podrían otros comprarla como tal agua privada. Como la propiedad privada consiste en esencia, y así la entiende la gente, en el goce libre y la libre transmisión de la cosa (corriente o masa de agua) objeto de propiedad (arg. art. 348 del Cc), según la teoría de la «congelación», el propietario que ejerciese ese libre goce o esa libre transmisión o adquisición mediante transmisión de su agua privada vería automáticamente extinguida su propiedad privada y convertida, *ex lege*, en concesión administrativa ahora ya irremisiblemente sobre aguas públicas.

Pero hay que saber que la norma del apartado 3.º de las DD.TT. 2.^a y 3.^a se redactó originariamente para un anteproyecto de ley del otoño de 1983 en el que estaba previsto, tras un breve plazo de caducidad para la inscripción de las aguas privadas en el Registro de Aguas, el total ingreso en el dominio público de todas las aguas y la extinción de todas las aguas privadas al cabo de un plazo de cincuenta años, y en

¹¹ Los autores que han defendido la teoría de la «congelación» son Emilio PÉREZ PÉREZ y Antonio EMBID IRUJO, que muy significativamente han estado muchos años ambos colaborando, con estupenda buena fe, en las labores legislativas y de política hidráulica del PSOE, pero siendo su interpretación muy minoritaria en la doctrina, y los autores críticos con la idea de la «congelación» de la propiedad privada son (somos) más y dan (damos) sus opiniones sobre este tema en robustas monografías con amplios desarrollos argumentales. En la línea de la teoría de la «congelación», también, véase la poco convincente explicación de María Dolores MAS BADÍA (1993: 57, 62 a 64 y 75 a 93). En fin, recuérdese lo explicado en el segundo epígrafe sobre el Preámbulo de la Ley, que queda confirmado por lo aquí explicado. Para todas estas opiniones doctrinales mencionadas, véase mi trabajo «Evolución histórica y normativa estatal actual sobre aguas subterráneas» (2009: 1854 a 1856).

aquel anteproyecto tenía sentido. En el sistema conservacionista de la propiedad privada del agua de las DD.TT. de la LA de 1985, en cambio, la norma era profundamente ilógica, pese a haber recibido la bendición de la STC 227/1988 (FJ 12)¹². Por eso se había interpretado tal norma en la doctrina mayoritaria restrictivamente, afirmándose que no debería impedir las reformas del aprovechamiento que traten de mantener el equilibrio económico del mismo o el caudal utilizado¹³; o que no debería impedir las reformas que, como la profundización de pozos, se dirijan a mantener el caudal anteriormente aprovechado¹⁴; o que no debería impedir la transmisibilidad de la propiedad ni las reformas del aprovechamiento que no perjudiquen a otros usuarios o que no perjudiquen cuantitativa o cualitativamente el acuífero¹⁵. La DT 3.^a, apartado 2, letra b), de la Ley de Aguas canaria de 1990, no modificada por la Ley 11/2012, coincide con esta última directriz interpretativa sobre la LA de 1985. La norma básica de las DD.TT. 2.^a a 4.^a del TRLA está en el apartado 2.º de dichas disposiciones, y es la de que los dueños de aguas privadas que lo eran en 1985 «mantendrán su titularidad en la misma forma que hasta ahora», y la «forma» en la que hasta entonces habían venido manteniendo su titularidad, o sea, su propiedad privada, no era ninguna clase de «congelación» de su derecho, sino que era con libre goce y con libre disposición del agua privada.

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 acaso 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

¹² Cfr. el comentario y matizaciones que hice a la doctrina en esto del TC, 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 (1996: 542 a 544).

¹³ Cfr. Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España* (1989: 118 a 121).

¹⁴ Cfr. Silvia DEL SAZ CORDERO (1990: 76 a 78 y 217 a 222).

¹⁵ Cfr. mi libro (1996: 540 y ss., y 547 en particular). También, entre otros, y aceptando ampliamente mi explicación de un libro publicado en 1990 sobre las aguas subterráneas, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO (1997: 144 a 146 y nota 110). En la misma línea, Esperanza ALCAÍN MARTÍNEZ, libro citado (1994: 97 a 99, 84 y 89 a 92), y Luis MORELL OCANA, «Las titularidades sobre aguas privadas» (2001: 39-40). Valentina ERICE BAEZA recoge la polémica doctrinal sin tomar partido y afirma que el TS prefirió la teoría de la «congelación», lo que no había sido cierto en general antes de la STS de 27 de octubre de 2009, Sentencia que la autora no cita. Recoge la autora la posterior Ley 11/2012 en esta materia, también sin criticarla especialmente, aunque se muestra crítica con el conjunto del Derecho transitorio del TRLA, que incluye hoy esta última y reciente reforma legal. Cfr. de la autora su libro (2013: 212 a 216).

«congelado» es un 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 excepcionalísimos, se muestra muy peligroso para la seguridad jurídica. No es sensato en una sociedad liberal convertir por ley al propietario del agua privada, o a su sucesor, en una especie de funcionario conservador, con obligaciones rígidas, del aprovechamiento concreto del agua que tenía exactamente el día en que entró en vigor la LA de 1985. Como si fuera su derecho de propiedad, vaciado de todo contenido volitivo posible de su titular, un minimuseo intocable que a nadie interesa. Ni creo que valiera aquí el ejemplo de las cosas «fuera de ordenación» de los planes urbanísticos.

Además, defender la intransmisibilidad del derecho de propiedad privada sobre aguas privadas, con base en su pretendida «congelación», plantea también problemas irresolubles desde el punto de vista de la lógica del sistema legal de las aguas y de la coherencia del ordenamiento jurídico, puesto que intentar imponer esa intransmisibilidad a las aguas privadas (intransmisibilidad que, como tales aguas privadas, sería además absoluta), siendo que incluso para los derechos sobre las aguas públicas la regla general, y como era ya en la LA de 1879, es la libre transmisibilidad de las concesiones (arg. art. 63, párrafo 2.º, del TRLA, regla general no eclipsada del todo ni por el art. 63, párrafo 1.º, ni por el art. 61-4.º, ni por las reglas de los arts. 67 y ss. del TRLA), parece irrazonable, sin que sea lógico un criterio más restrictivo y rígido para la propiedad privada que para una concesión administrativa sobre aguas públicas.

Estos y otros argumentos han fracasado, con todo, en un caso ante el TS. La Sentencia contencioso-administrativa del TS de 27 de octubre de 2009, que acepta por primera vez claramente (sin usar este término doctrinal) en nuestro país la teoría de la llamada «congelación» de la propiedad privada del agua, y con ello, aunque de forma solo indirecta y vergonzante, ha reconocido como *ratio decidendi* del caso resuelto la intransmisibilidad de la propiedad privada del agua, la he estudiado a fondo en una ocasión anterior¹⁶, y no es este el lugar ni siquiera

¹⁶ Cfr. mi trabajo «La propiedad privada “congelada” del agua según el Tribunal Supremo» (2011a: 931 a 988). La Sentencia, que no aceptó la casación de la Sentencia 53/2005, de 28 de enero, del TSJ de Murcia, puede consultarse en RJ 2010, núm. 1210. La Sociedad Agraria de Transformación (SAT) Carce Raspay interpuso contra la STS, el 22-1-2010, un recurso de amparo invocando los artículos 24 y 25 de la CE, recurso que, como la casi totalidad de los que de esta clase se interponen, fue inadmitido a trámite el 28-7-2010 por el TC. Un amplio y meritorio estudio de la abundante jurisprudencia del TS sobre las aguas privadas, aunque con juicio que creo demasiado benévolo sobre esta jurisprudencia, puede verse en FRANCISCO DELGADO PIQUERAS e ISABEL GALLEGO CÓRCOLES (2007: *in totum*). También sobre esa jurisprudencia, y valorando entre otros ese trabajo citado, mi trabajo (2009: 1839 a 1875).

de resumir mis muy serias objeciones a la misma. Solo afirmaré aquí que esta Sentencia ve muy mermada su autoridad científica (es un claro ejercicio del famoso «poder fáctico» del Alto Tribunal) en la medida en la que ha dejado absolutamente de contestar todos los argumentos de la doctrina mayoritaria española tanto civilista como administrativista sobre esta cuestión, argumentos que iban cuidadosamente recogidos en el recurso de casación, y, además, ha prescindido claramente de las exigencias constitucionales del Derecho administrativo sancionador, basadas en el artículo 25-1.º de la CE. Esto último necesitó hacerlo el TS para poder llegar a convertir con sus argumentos en un hecho ilícito y sancionable algo que siempre se había hecho por mucha gente en España, que cumple una función económica y social evidentemente útil, y que el propio TS había venido aceptando con total normalidad desde hace, al menos, ciento cincuenta años: el que se puedan comprar o vender aguas privadas sin el necesario permiso de la Administración y su corolario de que las aguas compradas se puedan trasladar de modo igualmente libre respetando los requisitos civiles tradicionales de la servidumbre de acueducto (art. 48 TRLA). La citada STS de 2009 ha ratificado una tenaz persecución (seis expedientes sucesivos) por la Confederación del Segura contra los socios y la SAT Carche Raspay, propietarios de las aguas privadas, inscritas estas además en el Registro de la Propiedad de Yecla, que ha representado una verdadera guerra jurídica durante más de una década en la comarca de Jumilla y que ha tenido en vilo durante doce años a más de doscientas familias¹⁷.

¹⁷ Se instruyeron por la Confederación Hidrográfica del Segura, a partir del verano de 2000, hasta seis sucesivos procedimientos administrativos sancionadores o por daños a la SAT Carche Raspay, y algunos de los sancionadores nada menos que por pretendida infracción muy grave. Y se instruyeron también siete procedimientos judiciales sobre este conflicto, dos ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Murcia, que en dos (muy flojas, en mi opinión) sentencias dio la razón a la Administración; y cinco ante el TS, que ha dado la razón a la Administración en la (floja) STS de 27 de octubre 2009 y ha declarado inadmitido a trámite uno de los recursos y dictado sentencias de inadmisibilidad en los otros tres. La última Sentencia que aceptó la teoría de la «congelación» de la propiedad fue la 993/2010, de 16 de noviembre, del TSJ de Murcia. Esta Sentencia ratificó una sanción de la Confederación del Segura de 18.000 euros, una indemnización de 3.450 euros por daños al dominio público hidráulico y, lo que era más esencial, «el levantamiento de todas las tuberías» a cargo de los propietarios de las aguas. Contra esta Sentencia, la SAT interpuso el 16-3-2012 recurso de casación ante el TS. En el *petitum* de la demanda del recurso se solicitaba la anulación de la multa; que se declarase la propiedad privada de las aguas de dos caudalosos pozos de aguas privadas alumbrados hacia 1970 (más de 200 litros/segundo entre ambos) y la legalidad de los riegos; la anulación de la orden de «levantar las tuberías» de riego; y una indemnización de 150.000 euros en concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración. Sin embargo, el Auto del TS de 27-9-2012, con magistrado ponente cuyo nombre es más elegante no mencionar, y resolviendo el incidente de invalidez previo al recurso de amparo, comunicó a la SAT su resolución de inadmisión a trámite «total» por insuficiencia de cuantía de 150.000 euros (recuérdese que esa era justamente la cuantía de la pretensión de la indemnización, apar-

Esta STS de 27 octubre de 2009 nos muestra bien a qué extremos de burocratismo ilógico y divorciado de los conceptos de la gente¹⁸ está llegando nuestra Administración hidráulica, a la vez que nos muestra el escaso vigor intelectual de parte de nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa (la civil, por desgracia, dicta pocas sentencias sobre aguas), con frecuencia ante casos con envidia civilista, para oponerse y reaccionar contra esas tendencias de burocratismo estéril¹⁹.

A la idea de la «congelación» de la propiedad privada sobre el agua cabe oponer no solo el concepto de propiedad privada de nuestro Código civil (arts. 348 y 424), que, por cierto, sintetiza siglos de sabia evolución jurídica en un sentido progresivo²⁰, sino los artículos 33-1.º y 3.º y 38 de la CE. Al artículo 33-3.º de la CE aludo porque considero defendible que la congelación tal y como la regula la nueva Ley 11/2012 pueda llegar a constituir una verdadera confiscación de la propiedad pri-

te de que la propiedad de los dos pozos, objeto de otra pretensión, puede estimarse en muchos cientos de miles de euros). La SAT interpuso en diciembre de 2012 nuevo recurso de amparo ante el TC invocando el artículo 24 de la CE, pero de nuevo, y como es al parecer casi inevitable, el recurso fue inadmitido a trámite por el TC en resolución de 22 de julio de 2013. Mala propaganda para la reforma del recurso de amparo por LO 6/007.

¹⁸ He conocido de cerca el desarrollo de este pleito, del que he sido asesor, y puedo asegurar que los modestos labradores y ganaderos sometidos a los procedimientos sancionadores y judiciales han vivido todo el prolongado proceso (doce años), que les ha causado indudable daño económico más allá de los gastos causados por su defensa jurídica, como una para ellos incomprensible agresión de la Administración. Y cabría recordar aquí el pensamiento de IHERING de la gran tenacidad con la que los campesinos suelen defender su propiedad privada; cómo esa tenaz defensa puede considerarse, en general, no solo un deber del individuo para consigo mismo, sino para con toda la sociedad; y cómo no es solo el interés material el que empuja a alguien a un pleito, sino también el dolor moral que le causa la injusticia de que ha sido víctima. Cfr. su libro *La lucha por el derecho* (1985, esa edición: 75-76, 80 a 84).

¹⁹ Terminando ya el presente trabajo (diciembre de 2013), me cuentan los abogados del pleito de Jumilla resumido en lo anterior que la Sentencia del TSJ de Murcia de 16 de noviembre de 2010 y la STS de 27 de octubre de 2009 parece que no se van a ejecutar en lo más esencial del «levantamiento de las tuberías» de riego, y que los propietarios de las aguas que perdieron este costoso pleito, al final, están negociando con la Administración la conversión de sus derechos en concesiones administrativas. Así que los riegos van a seguir. Parece que algún político valenciano o madrileño ha considerado demasiado duro, en un país con casi seis millones de parados, engrosar esa lamentable lista, empujando al paro a muchas decenas de familias más, derrotadas en este duro pleito aquí resumido, que viene a significar una confiscación encubierta y tolerada por las discutibles doctrinas del TS y el TC.

²⁰ Recordemos que introducir la propiedad inmueble, de la que tradicionalmente forman parte las aguas privadas originadas en la finca en todos los países europeos de tradición romanizada, en un mercado libre en su sentido capitalista moderno, fue uno de los grandes logros de la revolución burguesa. Rudolph IHERING ponía la libre disposición de la propiedad territorial, junto a otros grandes logros de la humanidad como la abolición de la esclavitud, de la servidumbre, la libertad de industria o la libertad de conciencia, entre esos grandes principios que solo se pudieron lograr con vivas luchas de siglos de duración, y a veces luchas que costaron torrentes de sangre. Cfr. con referencia a la traducción citada en la bibliografía (1985: 65-66). Conviene tenerlo en cuenta para entender que cuando el legislador europeo definió la propiedad privada como un derecho esencialmente transmisible en el artículo 17 de la Carta de Niza de 2000, a la que aludo en el texto posteriormente, sabía, desde luego, muy bien lo que hacía.

vada del agua, lo que podría plantearse acaso, ya que no se dio en su momento un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley, por algún juez en cualquier momento futuro por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 de la CE). Y la «congelación» de la propiedad privada supondría confiscación, en la medida en la que supone imposición al propietario del agua, desde el 1 de enero de 1986 y sin pago de justiprecio alguno, ni etapa de Derecho transitorio alguna que dulcificase el proceso, de la transformación inevitable por ley de la propiedad privada del agua, que es un derecho pleno y perpetuo, en una mera concesión administrativa de aguas públicas, que es derecho de menos valor económico y temporal. Y también cabe oponerle a esa regulación de la Ley 11/2012, muy especialmente, el artículo 53-1.º de la CE, que impone al legislador el deber de respetar el «*contenido esencial*» de los derechos subjetivos. Y este «*contenido esencial*» debe entenderse, según la STC de 8 de abril de 1981, de la que fue ponente el maestro Díez-Picazo, que debe impedir al legislador (por ejemplo, en la propiedad privada) imponer «*limitaciones que lo hagan (tal derecho) impracticable, lo dificulten más allá de lo razonable o lo despojen de la necesaria protección*».

Y la idea de la «congelación» de la propiedad privada del agua parece contradecir también a la Carta de Niza de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000, desde que ha entrado en vigor para España, tras la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, que ratificó el Tratado de Lisboa de 2007. Cfr. artículo 2 de la Ley 1/2008. Esta Carta de Niza, desde que han aprobado todos los Estados miembros de la misma (entonces 27) ese Tratado de 2007 de la UE (a principios de 2010), goza de máxima autoridad moral, y es aquí desde la Ley 1/2008 Derecho vigente y con valor complementario y superior incluso a la Constitución, por el principio de supremacía del Derecho comunitario europeo sobre el Derecho de los Estados miembros de la UE.

Pues bien, el artículo 52-1.º de la Carta de Niza de 2000 recoge, como nuestra CE (art. 53-1.º), la idea de la necesaria protección por todo legislador del «*contenido esencial*» de los derechos fundamentales que regula (y la propiedad privada entre ellos), y define, en su artículo 17, la propiedad privada del siguiente modo: «*toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos... El uso de los bienes podrá regularse por la Ley en la medida que resulte necesario para el interés general*». Como se ve (la negrita es mía), el legislador estatal podría, y solo con fundamento en el interés general (idea parecida a la «función social» de nuestro artículo 33-2.º de la CE), matizar o limitar solo el «uso» o goce de la cosa por su propietario, pero no parece permitirse al legislador or-

dinario limitar o suprimir la titularidad misma o la facultad de disposición o transmisibilidad de la cosa por su propietario.

También cabría invocar aquí útilmente el artículo 16 de la Carta de Niza, que, como el artículo 38 de nuestra CE, impone como derecho fundamental la libertad de empresa. Por todo ello, la Carta de Niza de 2000 refuerza claramente la tesis ya sostenible desde nuestra misma CE de que una norma legal que imponga la llamada «congelación» de la propiedad privada del agua supondría una confiscación e incurriría, por tanto, en inconstitucionalidad y en vulneración de la propia Carta de Niza. La STC 227/1988 (FJ 12) no afirmó lo contrario, al referirse a las DD.TT. 2.^a y 3.^a de LA de 1985, porque en absoluto describió la propiedad privada como intransmisible.

Y no obsta a lo razonado el Considerando 1.º de la Directiva Marco europea (D. 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre), que afirma que *«el agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal»*. La norma no equivale a una dominialización estricta de todas las aguas de los territorios de los Estados miembros. Se refiere en general al agua como conjunto o como bien de la naturaleza y no a derechos individuales sobre porciones de la misma, aparte de que es norma conscientemente ambigua que no pretende entrar, como todas las normas europeas, en las interioridades dogmáticas de cada Derecho nacional²¹. Y creo que en nada disminuye tampoco la fuerza de la argumentación aquí propuesta el hecho cierto de que el Derecho comunitario europeo haya impuesto, pero solo como excepciones al sistema, prohibiciones genéricas de realizar libremente ciertos cultivos.

La consecuencia de esos preceptos de la Carta de Niza recordados es, en mi opinión, que los jueces españoles, que son también jueces europeos en el contexto de vigencia también del principio de subsidiariedad del Derecho europeo en relación al español, podrían, al juzgar un caso sometido a su jurisdicción, dejar inaplicada la norma que impone la «congelación» de la propiedad privada del agua (o sea, no solo el apartado 3.º de las DD.TT. 2.^a y 3.^a del TRLA, sino también la completa DT 3.^a bis introducida por la Ley 11/2012) con la mera invocación del concepto preferente de propiedad privada del artículo 17 de la Carta de Niza²². Además, creo que también podrían los

²¹ Sobre esta dualidad terminológica y conceptual entre el Derecho comunitario europeo y el Derecho español de aguas, cfr. mi trabajo «Propiedad, usos, transmisión y “precio” de las aguas públicas y de las aguas privadas» (2006a: 45-46 y 54 a 56).

²² Creo que no cabría objetar a la interpretación que propongo en el texto desde el artículo 51 de la propia Carta de Niza de 2000, que recuerda el principio de subsidiariedad del Derecho comunitario europeo y afirma que las disposiciones de la Carta solo van dirigidas a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. El artículo 17

jueces, en su caso (art. 163 de la Constitución), someter a una cuestión de inconstitucionalidad una futura regla legal inspirada en el criterio de la llamada «congelación» de la propiedad privada del agua por la evidente relación que tienen los artículos 33 y 53-1.º de la CE con los artículos 17 y 52-1.º de la Carta de Niza de 2000. Y también por aplicación del artículo 9-3.º de la CE, como razono posteriormente.

Esta nueva norma de la DT 3.ª bis de la Ley 11/2012 ha dado una nueva vuelta de tuerca a la progresiva implantación en nuestro Derecho de aguas del nocivo concepto y criterio ultraburocrático de la «congelación» de la propiedad privada del agua²³. La mencionada «congelación» parece concebirla el legislador como una configuración de la propiedad indefinida o para siempre, de modo que se perpetuará para los siguientes sucesores particulares *inter vivos* de la finca continente del punto de aguas privadas o a través de las futuras generaciones, si contemplamos sucesiones *mortis causa*. Pero es muy discutible esta nueva regulación, como hemos visto²⁴.

Un posible agarradero literal que, para limitarla, deja la desafortunada reforma del apartado 3.º de la nueva DT 3.ª bis, apartado 1.º, del TRLA es el de que, atendiendo a su letra, aún cabe entender que la concepción de la «congelación» del agua privada se impone solo, aunque parece que retroactivamente, para las aguas privadas dedicadas al regadío, pero que ello es formalmente una excepción, y que la regla general para el agua privada sigue siendo la del libre goce y libre transmisibilidad de la misma. Cabría entonces una interpretación *a sensu contrario*, aunque cierto que no favorecida por el rótulo del precepto, que alude a «disposiciones comunes». Pero favorecería tal interpretación la idea de que habría un paralelismo con el criterio legal de vincular a la tierra más rígidamente las concesiones de aguas para riego que el resto de las concesiones (art. 61-4.º, o incluso 61-5.º, TRLA). El concepto habitual de propiedad privada podría subsistir, entonces, para los de-

de la Carta, que además regula un «derecho fundamental» según la propia Carta, parece que debe entenderse como Derecho de la Unión aplicable en España y, por tanto, directamente relevante para la cuestión analizada en el texto.

²³ Cfr. en tal sentido, citando la STS de 27 de octubre 2009 y el Decreto-ley 17/2012, la opinión de Fernando LÓPEZ RAMÓN (2012: 234).

²⁴ Sin referirse a la Carta de Niza de 2000 ni apoyarse en la mucha doctrina que tenía a su disposición sobre el apartado 3.º de las DD.TT. 2.ª y 3.ª del TRLA, también Antonio PÉREZ MARÍN ha sido muy crítico con la nueva DT 3.ª bis, apartado 1.º, del TRLA, introducida por la Ley 11/2012, señalando la absurda deformidad que introduce en el concepto de propiedad privada, deformidad que ve inadaptable al mundo de la agricultura y el regadío, y sugiriendo con buen sentido que ello puede suponer una confiscación de dicha propiedad por la nueva Ley 11/2012. Cfr. su trabajo «Adenda» al libro *Derecho de las aguas continentales* (2013: 75 a 77).

rechos de propiedad que el 1 de enero de 1986 no estuvieran sometidos a ningún uso concreto o para los que estuvieran destinados a cualquier otro uso distinto del regadío (usos ganaderos, avícolas, domésticos, piscifactorías, turísticos, recreativos, industriales, etc.). Véanse en apoyo de tal tesis la DF 1.^a del TRLA de 2001 y el artículo 17 del Convenio de Niza de 2000, ya explicado. Lo que ocurre es que esta interpretación acaso no será fácil que se imponga en la jurisprudencia y que la inmensa mayoría de las aguas privadas, que son subterráneas, se dedican en España al regadío. Pero ya vemos que la nueva regulación, carente del valor del sistema, ni se orienta en la buena dirección, ni aclara del todo cuál sea el concepto general de propiedad privada del agua, ni consigue ser clara y rotunda para lo que pretendía.

Por lo demás, aunque el apartado 5.^o de la nueva DT 3.^a bis da a entender que la modificación del régimen de aprovechamiento sería automáticamente sancionable, no parece que deba ser así, puesto que lo que la norma establece va contra el concepto común de la gente sobre propiedad privada y que la jurisprudencia del TS exige siempre para que se dé infracción administrativa la existencia de culpa por el infractor y un elemento subjetivo en ese sentido (culpa o dolo). Parece que para algunos el mero hecho de ser titular de aguas privadas les hace pensar en una especie de presunción (aberrante) de ilicitud y de abuso nocivo de su derecho contra la sociedad. Además, aparte de la posible sanción administrativa que la DT 3.^a bis presenta como independiente, la norma en su conjunto, con proyección retroactiva tácita indudable (intención interpretativa; alcance para todas las aguas privadas existentes y supuestamente «congeladas» el 1 de enero de 1986), supone sobre todo, respecto de la regulación existente antes de la Ley 11/2012 (o del Decreto-ley 17/2012), un indudable agravamiento de una importantísima sanción civil (extinción o privación de la propiedad privada del agua en más supuestos de los que, aunque discutidos, antes había), desfavorable para derechos subjetivos, y que sería contraria palmariamente al artículo 9-3.^o de la CE. Y de la comparación de este precepto con el artículo 25-1.^o de la CE deducimos fácilmente, por cierto, que el artículo 9-3.^o incluye las sanciones civiles, a veces, como aquí, más graves que las administrativas.

Un problema de entidad que se ha relacionado con la «congelación» de la propiedad privada del agua, pero que se discurre mejor separándolo de esta desorientadora noción, es el de si se pueda o no, y en su caso con qué requisitos y consecuencias, realizar por el propietario de un pozo de aguas privadas una profundización de su pozo, acaso para mantener en el mismo la misma cuantía de caudal de agua que tenía, en situaciones, frecuentes en nuestro país, en las que van descen-

diendo en la zona los niveles freáticos del acuífero²⁵. Por los demás, la nueva regulación de 2012 de la «congelación» de la propiedad del agua incide en el difícil problema de saber si sean de propiedad privada o de dominio público los cauces de arroyos y los lechos de lagunas situados en fincas privadas, problema aludido al principio del presente trabajo.

2. *La inclusión de una nueva disposición transitoria 10.^a del TRLA*

El apartado 16 del artículo 1.º de la Ley 11/2012 introduce en el TRLA una nueva DT 10.^a, a la que pone el rótulo de «*Transformación de derechos privados en concesionales*», y cuyo texto más importante establece lo siguiente:

«1. *Los titulares de aprovechamientos de aguas inscritos en el Catálogo de aguas privadas de la cuenca a que se refiere la disposición transitoria cuarta, podrán solicitar en cualquier momento la inscripción en el Registro de Aguas de la cuenca, para lo que instarán el otorgamiento de la correspondiente concesión.*

(...)

3. *La concesión a otorgar tendrá las siguientes características:*

a) *El término de la concesión será el 31 de diciembre de 2035, teniendo preferencia en ese momento el concesionario para obtener una nueva concesión.*

b) *Recogerá las características con que el aprovechamiento esté incluido en el Catálogo de Aguas privadas de la cuenca, singularmente en lo que se refiere al uso del agua, previa comprobación de la adecuación de estas características a la realidad por parte del organismo de cuenca».*

El resto del apartado 16 del artículo 1.º de la Ley 11/2012 tiene menos interés para un comentario reducido como este. En el apartado 2.º se describen los menores requisitos que deberá cumplir el otorgamiento de la concesión administrativa que se regula (otorgamiento aquí menos discrecional, lógicamente, «*sin competencia de proyectos*»), y en el apartado 4.º se ponen limitaciones o impedimentos a la busca-

²⁵ Este problema quizás sí lo ha resuelto la nueva norma introducida por la Ley 11/2012, aunque tampoco de la mejor manera posible, en mi opinión. Cfr. sobre ello mi trabajo (2009: 1857 a 1861).

da transformación de derechos cuando se trate de derechos correspondientes a masas de agua subterránea declaradas en riesgo de no alcanzar un buen estado (los acuíferos tradicionalmente denominados sobreexplotados, aproximadamente, ya que la DA 15.^a del TRLA los equipara ahora a esas masas de agua). Estas normas de la nueva DT 10.^a del TRLA incluidas por la Ley 11/2012 provienen también de la DA 2.^a del Decreto-ley 9/2006, de la exministra Narbona.

Si recordamos que, en la originaria opción legal que se reconoció a los propietarios de aguas en la LA de 1985, la inscripción de sus derechos en el Registro de Aguas tenía plazo de caducidad de tres años y que no tenía plazo alguno la inscripción de esos mismos derechos en el Catálogo de Aguas Privadas, veremos que la nueva norma de esta DT 10.^a supone una rectificación en teoría bastante fundamental de los principios sentados en 1985, lo que, por cierto, nos viene a dar la razón a los críticos de esa opción legal y hasta viene acaso a suponer el reconocimiento del fracaso de tal opción legal. La nueva DT 10.^a lo que esencialmente rompe es la caducidad del plazo de los tres años que se otorgó en 1985 para inscribir derechos de propiedad privada sobre aguas en el Registro de Aguas, caducidad que buscaba proteger la propiedad privada de las aguas cuando sus dueños decidían optar por mantener indefinidamente esa propiedad. Además, la propiedad privada inscrita en el Registro de Aguas seguía siendo propiedad privada temporal por cincuenta años, mientras que aquí la propiedad privada ya deja de serlo, desde que se otorga la concesión sobre las mismas aguas, y lo inscrito en el Registro de Aguas va a ser ya una concesión. Habría aquí, además, al menos un argumento para entender que se transforman ahora por ley en concesiones administrativas todos los antiguos «aprovechamientos temporales de aguas privadas», lo que tampoco es seguro y consideraría interpretación menos conveniente. De modo que, curiosamente, estamos ante una nueva norma del Partido Popular (PP) genéricamente en contra de la propiedad privada del agua.

La norma contiene como una invitación al propietario inscrito en el Catálogo, y se supone que con el vacuo e inconsistente estímulo de la «protección administrativa», que es un nebuloso efecto del Registro de Aguas²⁶, a renunciar a la propiedad privada del agua y a transformarla, eso sí, voluntariamente y a instancia suya («potestativamente», según el Preámbulo de la Ley), en una concesión administrativa sobre aguas que ya devendrán, evidentemente, aunque la DT 10.^a no lo advierta expresamente, aguas públicas. Si el propietario se decide a hacer

²⁶ Cfr. sobre esa «protección administrativa» mis trabajos (1996: 639 a 721) y (2009: 1867 a 1875).

esta especie de renuncia voluntaria a su propiedad privada sobre el agua, las cosas las regula la DT 10.^a como procurando una especie de ficción de retroactividad y organizando la situación resultante como si desde el principio, y dentro del plazo originario de caducidad de los tres años que se reconoció en 1985 al dueño de las aguas, hubiera optado el tal dueño por el Registro de Aguas y no por el Catálogo. Lo cual no quitará el hecho, dado el principio de irretroactividad de las leyes, de que haya sido el solicitante pleno propietario del agua en el intervalo, acaso durante muchos años, sin las sutiles limitaciones que se han impuesto en la LA a los inscritos en el Registro de Aguas frente a los inscritos en el Catálogo, hasta el momento en que se le otorgue la nueva concesión administrativa con base en esta nueva DT 10.^a. Además de que, como vimos, quien inscribió su propiedad del agua antes de 1989 en el Registro de Aguas siguió siendo propietario todavía por cincuenta años más y lo será aún, sin que le alcance la DT 10.^a.

Al contemplar la DT 10.^a una transformación voluntaria del derecho de propiedad privada resulta inútil, estando admitida desde siempre la renuncia a la propiedad y la derelicción, buscar cualquier tacha de inconstitucionalidad de esta norma por contradecir o la CE, o la Carta de Niza de 2000, o el artículo 9-3.º de la CE. Pero la terminología de la norma sí que está teñida de la nociva idea ya criticada de la «congelación» de la propiedad privada, y se elude, como en la LA 1985, aludir a la transformación de derechos de «propiedad privada» (concepto para el legislador «terrible», según expresión del título de un famoso libro de RODOTÁ) sobre aguas...

La DT 4.^a es la norma del TRLA menos contaminada por la nociva idea de la «congelación» de la propiedad del agua privada que parece inspirar algunos otros preceptos de este TRLA²⁷. Y es cierto que el artículo 196-2.º del RDPH de 1986, ya en su versión del Decreto 606/2003, de 23 de mayo, y también en la actual del D. 670/2013, de 6 de septiembre, incluye la necesidad de que en las inscripciones en el Catálogo figuren datos como el uso o usos del agua en el momento de inscribir o, tratándose de riegos, la superficie de riego en hectáreas. Pero entiendo que tales datos inscritos, respecto del Catálogo, podrían acaso considerarse ilegales o irrelevantes, por contrarios a la DT 4.^a del TRLA, y pese a la nueva DT 3.^a bis, al menos cuando no se trate de regadíos, si se entendieran como dando pie para la idea de la «congelación».

Otra cuestión que merece considerarse es la relación de la nueva DT 10.^a con la DT 2.^a de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional, ya mencionada al inicio de este trabajo. Esta norma, todavía vigente,

²⁷ Esto lo explica bien, por ejemplo, la STS de 18 marzo de 2010 (RJ 2010, núm. 2576).

vino en la práctica a extinguir, con fórmula legal abstrusa y acaso torticera, todos los derechos de propiedad privada existentes en el país y todavía no inscritos por entonces ni en el Registro de Aguas ni en el Catálogo de Aguas Privadas, derechos de propiedad privada sobre aguas que eran todavía muchísimos, siempre que, estableció la tal norma de 2001, no se inscribieran en el Catálogo de Aguas Privadas en el plazo (de caducidad) de tres meses a partir de la vigencia de esa Ley 10/2001. Es curioso que ni la DT 10.^a ni ninguna otra norma de la bastante extensa Ley 11/2012 mencionen en absoluto esta importante DT 2.^a de la Ley 10/2001. Esta norma legal, que podría causar un daño enorme e injusto acaso a decenas o centenares de miles de propietarios de aguas privadas del país, la invoca a veces la Administración y la ha contemplado y aplicado con rigor pero en pocos casos el TS²⁸, parece que porque en muchos otros se olvida de la misma²⁹, y la Ley 11/2012 la ha olvidado totalmente. Con todo, lamentablemente, no parece defendible hoy la deseable tesis de la derogación tácita de la DT 2.^a de la Ley 10/2001, porque la misma parece perfectamente compatible con la letra de la nueva DT 10.^a del TRLA.

Y la nueva redacción dada al artículo 196-1.º del RDPH por el D. 670/2013 ha confirmado esta explicación aportada al establecer expresamente que en el Catálogo de Aguas Privadas solo se podrán contener en adelante derechos de propiedad privada sobre aguas inscritos antes

²⁸ Algunas SSTs son muy rigurosas, impidiendo la inscripción de las aguas privadas en el Catálogo si han pasado los tres meses de caducidad fijados por la norma de la Ley 10/2001 y si no hay una sentencia civil firme y previa a la solicitud de la inscripción. Cfr. las de 1 de junio de 2010 (RJ 2010, núm. 5468), de 22 de marzo de 2011 (RJ 2011, núm. 4302) y de 21 de diciembre de 2011 (RJ 2012, núm. 2932). Pero esta jurisprudencia tan literalista y conformista está lejos de trazar un cuadro coherente, convincente ni completo. Nunca menciona la existencia del Registro de la Propiedad, como si este no existiera, y no deja claro hasta qué punto seguiría existiendo la propiedad privada esa que necesita una sentencia civil y firme previa para acto tan humilde como la inscripción en el Catálogo. La Sentencia de 22 de marzo de 2011, por ejemplo, aunque acepta la DT 2.^a de la Ley 10/2001, en realidad anula una multa impuesta por el Gobierno al propietario del agua privada partiendo de que su derecho sigue existiendo y afirmando que la Administración no probó que el dueño incrementase el uso de caudales del pozo. O sea, que, como debería ser, el derecho de propiedad no inscribible en el Catálogo se puede defender ante los tribunales con toda normalidad.

²⁹ Por ejemplo, en la STS de 28 de febrero de 2011 (RJ 2011, núm. 1846) se deniega una inscripción solicitada en junio de 2003 de un pozo de aguas privadas en el Catálogo, pero por razones como la falta de acreditación de su aforo y de la superficie de riego existente anterior a 1986, sin que nadie se acuerde ni mencione la existencia de la DT 2.^a de la Ley 10/2001. Y en la STS de 20 de junio de 2008 (RJ 2008, núm. 4217), en un caso planteado mucho después del 27 de octubre de 2001 y en supuesto en el que el dueño del pozo de aguas privadas nunca, en quince años, había inscrito en ningún Registro, el TS anula la multa impuesta al dueño de las aguas por el Gobierno, e incluso afirma (cfr. FJ 6.º) que sería bueno realizar una reforma legal para imponer la necesidad de la inscripción en el Catálogo durante un plazo preclusivo, con la consiguiente pérdida del derecho de no haberse practicado aquella a tiempo. O sea, lo mismo que ya existía desde la DT 2.^a de la Ley 10/2001, pero que nadie se acordó de mencionar en el pleito como norma vigente.

del 27 de octubre de 2001, que fue la fecha final del plazo de tres meses que dio para el «cierre» del Catálogo la DT 2.^a de la Ley 10/2001. Así que el D. 670/2013 ha venido a confirmar, aunque como norma meramente reglamentaria, esa nociva norma legal de 2001 y, sobre todo, nos ha venido a mostrar que el legislador pensó siempre esa norma legal como produciendo algo sustancialmente parecido a una extinción de la propiedad privada de las aguas de todas clases y destinos.

Pero pareciendo bastante consistentes los argumentos doctrinales que han señalado en la DT 2.^a de la Ley 10/2001 una confiscación inconstitucional y masiva de aguas privadas³⁰, parece claro que, al menos, debería considerarse dicha norma al alcance de eventuales cuestiones de constitucionalidad planteadas por los jueces.

Obsérvese que, entonces, la Ley 11/2012 todavía ha venido a dar como una vuelta de tuerca más a la injusticia que supuso esta norma de la Ley 10/2001, al negarles ahora a todos los propietarios de aguas privadas entonces afectados por ella incluso esta vía o última oportu-

³⁰ Cfr. en tal sentido mi trabajo «Las aguas privadas y la disposición transitoria 2.^a de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional» (2010: 517 a 541). De entre los varios argumentos que en este trabajo aduje destacaría el de que la mencionada norma legal de 2001 impuso a los dueños de aguas privadas, por su retraso en la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas de catorce años, una brutal y desproporcionada sanción civil de confiscación o cuasi-confiscación de las aguas privadas, en clara vulneración de la prohibición constitucional de sanciones retroactivas y desfavorables (art. 9-3.º de la CE). Además, he calificado en el texto de torticera la reforma establecida por esta DT 2.^a de la Ley 10/2001 porque se incluyó la norma en una Ley destinada a tratar el Plan Hidrológico Nacional, con lo que es fuertemente previsible que ni en tres meses ni en mucho más tiempo, ni seguramente muchos todavía hoy en día, los propietarios de aguas afectados por la subrepticia reforma se hayan llegado a enterar de la existencia de esa norma y del grave perjuicio que les causaba al confiscarles, en la práctica, la propiedad privada de su agua. El profesor GARCÍA CANTERO se ha adherido a las conclusiones de este trabajo mío, que califica como una «seria y profunda exégesis de la norma que convence a cualquier civilista». Cfr. su recensión al citado *Libro en Homenaje a Garrido de Palma*, realizada en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 77, enero-marzo 2011, pág. 640. Valentina ERICE BAEZA, en cambio, con apoyo en la STS de 22 de marzo de 2011, da por bueno que se pueda considerar subsistente la propiedad privada del agua no inscribible en el Catálogo («cerrado») de Aguas Privadas y que habría devenido en un derecho de propiedad sobre el agua solo ejercitable en la práctica tras obtener una sentencia firme que lo declarase existente. Cfr. de la autora su libro (2013: 196-197). Y parecida resignación ante esta extraña norma de 2001 parece mostrar Fernando LÓPEZ RAMÓN (2012: 233-234). Pero ello acaso presupone un concepto muy anómalo de la propiedad privada que quedaría ahora ya no solo «congelada», sino casi «encarcelada» o legalmente inmovilizada salvo declaración expresa y firme de los tribunales sobre su existencia. ¿No podría defenderse un dueño como tal, sin previa sentencia firme en su favor, de un expediente administrativo sancionador? Si hubiera propiedad privada, ¿qué impediría su tutela judicial efectiva? (art. 24 CE). No se ve razón sería por la que la Ley pueda, como hace, negar ni siquiera la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas a derechos de propiedad privada existentes si este Catálogo apenas tiene otra función que la meramente estadística y la de «medio de prueba», que no es decir nada en nuestro Derecho, donde cabe siempre cualquier prueba. Creo que el inculco legislador de 2001 lo que quiso, sin saber ni poder hacerlo bien, es extinguir esos derechos que no se inscribieran en tres meses. Y no parece haberse pronunciado el TC sobre este asunto. ERICE BAEZA, en el lugar citado, alude a tres sentencias del TC, pero por error, porque se trata en todos los casos de sentencias del TS, ya citadas aquí anteriormente.

nidad de acogerse voluntariamente a una transformación reductora de su derecho en una concesión administrativa a través de la nueva DT 10.^a del TRLA.

Otro problema que veo a la nueva DT 10.^a del TRLA es que, como es habitual en toda la legislación de aguas española desde 1985, y aquí hay que incluir hasta el nuevo D. 670/2013, que ha vuelto a omitir al regular los registros sobre aguas toda mención del Registro de la Propiedad, la norma parece haber olvidado la hipótesis frecuente e importante de que haya aguas privadas inscritas o inmatriculadas en el Registro de la Propiedad (cfr. art. 66 del Reglamento Hipotecario). En estos casos, existiendo aguas privadas inscritas en el Catálogo pero también en el Registro de la Propiedad (por cierto, un Registro en teoría mucho más serio y con más intensos efectos jurídicos que el Registro de Aguas), parece que se producirían por la aplicación de la DT 10.^a del TRLA importantes disfunciones, ya que aunque tras el procedimiento administrativo que prevé la DT 10.^a resultarían finalmente las antiguas aguas privadas convertidas e inscritas ya como concesiones administrativas en el Registro de Aguas, en realidad, en el Registro de la Propiedad seguirían figurando, y acaso con intensos y plenos efectos frente a terceros y para el propio titular registral, y con prevalencia en principio frente al Registro de Aguas, como aguas privadas. El resultado sería, entonces, por la flagrante contradicción entre ambos registros públicos, un tanto absurdo y fuente de gran inseguridad jurídica. No sería claro, por ejemplo, si sería efectivo, y en su caso en qué casos y con qué efectos, aquí el artículo 34 de la LH. Era difícil haber regulado peor tan compleja materia. Y el estudio de la jurisprudencia sobre aguas que llevo haciendo muchos años me indica que si un dueño de aguas privadas inscritas en el Registro de la Propiedad es sometido a un expediente administrativo sancionador de discutibles fundamentos puede tener serios problemas. Muchos funcionarios en esto se comportan como si sus potestades fueran ilimitadas.

Finalmente, la nueva y criticable DT 10.^a del TRLA parece que habrá de tener escasa aplicación puesto que invita a los propietarios a algo nada favorable para ellos, como es cambiar el derecho de propiedad privada sobre sus aguas por el derecho menos valioso y ya no perpetuo de una concesión administrativa y, además, a través de un engorroso expediente administrativo. Nadie en sus cabales tira piedras a su propio tejado. Y los propietarios de aguas tienen una desconfianza frente a la Administración no injustificada, aparte de que muchísimos de ellos es probable que ni se enteren de la existencia de esta DT 10.^a. Y, además, para los pocos propietarios de aguas que quisieran utilizar esta posibilidad que la norma les brinda, en esos casos lo que tendríamos es

nuevos expedientes sobre la opción legal del TRLA y, en ciertos casos, nuevos pleitos derivados de ellos (para discutir la cuantía, por ejemplo), con lo que justamente se habría logrado, dado el gigantesco atasco que estos expedientes y pleitos han provocado y que está lejos de resolverse, justamente lo contrario de la simplificación administrativa que propugna el Preámbulo de la Ley 11/2012.

3. *La inclusión de una nueva disposición adicional 14.^a del TRLA*

El apartado 13.º del artículo 1.º de la Ley 11/2012 introduce en el TRLA, bajo el rótulo «*Cesión de derechos en el ámbito del Plan Especial del Alto Guadiana*», una DA 14.^a que establece lo siguiente: «1) *Los titulares de aprovechamientos de agua, inscritos en el Registro de Aguas, en las Secciones A y C, o anotados en el Catálogo de Aguas privadas, en el ámbito del Plan Especial del Alto Guadiana y sujeto a la vigencia del mismo, podrán transmitirlos de forma irreversible y en su totalidad, a otros titulares de aprovechamientos, que serán adquiridos mediante la correspondiente concesión otorgada por el Organismo de cuenca de conformidad con el procedimiento establecido en el Real Decreto 13/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Plan Especial del Guadiana y sujeta a las siguientes prescripciones...*». Y entre estas prescripciones que principalmente interesan aquí se recoge la de que el volumen de agua concedido será un porcentaje del volumen objeto de transmisión, determinándose por la Administración ese porcentaje (o sea, fijándose una reducción de la cuantía del derecho subjetivo sobre el agua) vinculado al «programa de actuación» para la recuperación del buen estado de la masa de agua. Y que las concesiones se otorgarán por un plazo que finalizará el 31 de diciembre de 2035, teniendo preferencia en ese momento el concesionario para obtener una nueva concesión. O sea, se supone que los dueños de aguas privadas inscritos en el Catálogo renuncian a la perpetuidad de su derecho y que les va a ser aplicable, por efecto de la DA 14.^a, y como a los propietarios de aguas inscritos en el Registro de Aguas ya se les venía haciendo o aplicando, el plazo de cincuenta años que estableció la LA de 1985 para los dueños de aguas privadas que optaran, al entrar en vigor esa Ley y dentro del plazo de tres años, por inscribirse en el Registro de Aguas. Y hasta se contempla en la nueva DA 14.^a un supuesto excepcional de otorgamiento de nuevas concesiones administrativas a titulares de explotaciones agropecuarias en el marco del «programa de actuación» para recuperar la zona o el acuífero.

En otro sentido, la nueva DA 14.^a es una aplicación bastante normal, en principio, de las reglas sobre la que se llamó regulación del «mercado

del agua» desde la Ley 46/1999, del PP, y que hoy está contenida en los artículos 67 a 72 del TRLA. Esta regulación creo que es, y aunque haya sido con razón negada su inconstitucionalidad por la STC 149/2011³¹, de técnica jurídica muy defectuosa y con un uso deplorable de la terminología jurídica, planteando muchas dudas su ámbito y alcance. Y resultando también previsible, ya desde que se publicó en 1999, como advertí yo desde el principio, el que iba a tener esta regulación una aplicación práctica escasa y marginal³², como hoy ya podemos, en general, confirmar.

La nueva DA 14.^a insiste, por tanto, aunque trayéndolo al caso concreto de una zona problemática como la del Alto Gadiana, en algo que casi se puede considerar fracasado en general³³. Sin embargo, creo que hay un matiz nuevo en la regulación de la nueva DA 14.^a respecto de la general de los artículos 67 a 72 del TRLA, y es el de que ahora, y creo que por primera vez en norma con rango de ley, se aplica este contrato mal denominado de «cesión de derechos» sobre aguas a la también mal llamada «transmisión» de aguas privadas, y no se aplica solo a aguas públicas, aunque exigiendo que estén inscritos esos derechos en el Registro de Aguas o en el Catálogo de Aguas Privadas. Antes del Decreto-ley 17/2012 (hoy ya Ley 11/2012) creo que se podía sostener la tradicional libre transmisibilidad de las aguas privadas y que los artículos 67 a 72 del TRLA no eran aplicables a las mismas. Y aunque el artículo 343 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986, en versión del D. 606/2003, pareció extender el llamado contrato de «cesión» de derechos a las aguas privadas, creo que debió considerarse ilegal el precepto en cuanto a eso, precisamente por ir contra la libre transmisibilidad de las aguas privadas, establecida por ley en varias normas del TRLA y del Código civil. Hoy ya no solo es un Decre-

³¹ Cfr. la STC 149/2011, de 28 de septiembre, en la que el TC desestima un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Diputación General de Aragón, en época en que esta era controlada por el PSOE. Esta STC la ha valorado críticamente Antonio EMBID IRUJO en un reciente trabajo incluido en la obra colectiva, dirigida por él mismo, titulada *Usos del Agua (Concesiones, Autorizaciones y Mercados del Agua)* (2013: 42 a 49).

³² Cfr. sobre ello mi estudio «La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua» (2006b: 1209 a 1286, y en particular 1281). Bastante sensata me parece, en cambio, la regulación de los artículos 63 y 64 del TRLA, que proviene también de la LA de 1985 y que hoy está oscurecida por los mencionados artículos 67 a 72 del TRLA.

³³ Muy crítico se mostró también con esta regulación de la Ley 46/1999 sobre el llamado «mercado» del agua, aunque desde posiciones distintas de las mías y comentando todavía el proyecto de la que llegaría a ser, casi sin modificaciones, esa Ley, Gaspar ARINO ORTIZ. Consideraba el autor la reforma defectuosa, ridícula y que quedaría como algo marginal. Cfr. su libro *Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España. Los mercados regulados* (1999: 301 y ss., y en particular 319-320). Antes de la Ley 46/1999 había reflexionado sobre un posible «mercado» de aguas, ciñéndose a las públicas, y recomendando se introdujera para las concesiones para riego, Isabel CARO PATÓN CARMONA, *El derecho a regar. Entre la planificación hidrológica y el mercado del agua* (1997: 324 a 339).

to, sino una norma de rango legal, como la DA 14.^a, con lo que las cosas han cambiado, evidentemente³⁴.

Siendo esto así, con todo, podemos preguntarnos una vez más si la nueva DA 14.^a podría tener tacha de inconstitucionalidad o posibilidad de incurrir en confiscación de este derecho de propiedad sobre el agua. Pues bien, parece no existir tacha de inconstitucionalidad en el precepto que consideramos, porque, dentro de lo extraño y abstruso de la regulación de esta DA 14.^a, y aun existiendo un indudable condicionamiento o limitación legal de la libre transmisibilidad de la propiedad privada del agua, o acaso mejor del agua objeto de esa propiedad, ese peculiar negocio o engendro, al que creo es imposible darle nombre en la terminología inventada hasta ahora por los juristas, no deja de ser potestativo o voluntario para el dueño, lo que le quita a la norma cualquier connotación de inconstitucionalidad. En última instancia, el propietario siempre puede renunciar a su propiedad, sobre el agua o sobre cualquier otro bien.

De modo que lo que podemos afirmar de esta nueva DA 14.^a del TRLA corre paralelo a lo que hemos explicado ya sobre la nueva DT 10.^a del propio TRLA. No interesará tampoco en la práctica, salvo presiones o incentivos de la Administración, este extraño contrato-petición de una concesión administrativa a los dueños del agua a los que se les ofrece; y produce problemas interpretativos muy difíciles de integración sistemática en el conjunto del ordenamiento legal español (lo explicado sobre la DT 2.^a de la Ley 10/2001; o la necesidad de una reforma paralela de la legislación hipotecaria; o la trascendencia en la difícil en esto delimitación de jurisdicciones; etc.). Creo que la DA 14.^a, digamos que en su contenido más explícito y en sus varias normas o preceptos, no va a servir probablemente para resolver los problemas de la sobreexplotación de acuíferos (del Acuífero 23) en el Alto Guadiana y en las Tablas de Daimiel y que, por el contrario, aumentará el embrollo que ya crearon, y que no cesa de enmarañarse cada vez más, las desafortunadas DD.TT. de la LA de 1985.

³⁴ No señala este matiz importante Antonio EMBID IRUJO, quien ha comentado de forma descriptiva, y consciente de la gran marginalidad en la práctica de esta regulación sobre los llamados «mercados» del agua, la DA 14.^a del TRLA en su reciente trabajo ya citado (2013: 63 a 79). La explicación de este autor sobre los llamados mercados del agua creo que se resiente mucho de no partir del estado de la cuestión sustancial doctrinal existente y de no abarcar todas las normas del TRLA e hipotecarias que configuran esta difícil cuestión. Su juicio sobre los artículos 67 a 72 del TRLA es, así, bastante más benévolo que el mío. Y por cierto que la cita de este autor, casi dos décadas enteras propagandista de la modesta LA de 1985 y de casi todo lo que hizo el PSOE en política hidráulica, dado que parece seguir siendo considerado como un gran experto por el PP en la actualidad, me ayuda a completar lo que he explicado en este trabajo en el epígrafe dedicado al Preámbulo de la Ley 11/2012. Sobre la anómala relación que mantengo con este prestigioso colega mío zaragozano, que nos ha impedido colaborar en nada durante más de tres décadas, véase mi citado trabajo (2009: 1829 a 1833).

4. *El enésimo y discutible aumento por la Ley 11/2012 de la cuantía de las sanciones*

La Ley 11/2012 ha vuelto a subir las cuantías de las sanciones por infracciones administrativas sobre aguas. Recordemos algunos datos. Las magníficas leyes de aguas de 1866 y 1879, conforme a su ideología liberal, apenas mencionaban las sanciones, dándolas por supuestas en la función de policía administrativa sobre las aguas y abandonándolas en parte a los Jurados de Riego de las comunidades de regantes³⁵. Durante ciento veinte años, las infracciones y multas tiendo a pensar que se impondrían por entonces con unas cuantías moderadas y compatibles con la reparación, aparte, de los daños detectados y causados por las actuaciones ilícitas. Bajo el franquismo, y superada su etapa más represiva y brutal (sanción de arresto o detención personal bastante extendida), y en lo que no se relacionara con el orden público, se racionalizó la cuestión en el marco de la buena Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, con el Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces de diciembre de 1958. El límite máximo de las multas se estableció allí en 10.000 pesetas y 20.000 pesetas, solo si había reincidencia³⁶.

Sin embargo, la Ley de Aguas (LA) del PSOE de 1985 graduó las infracciones en leves, menos graves, graves y muy graves, y fijó las cuantías de las mismas en la cantidad de hasta un máximo de 100.000 pesetas, para las leves, y de hasta 50 millones de pesetas, para las muy graves, a imponer estas por el Gobierno de la Nación. Cuantías, además, ampliables por mero Decreto. Y, en 1994, el PSOE, mediante una Ley de «acompañamiento» de los Presupuestos Generales, la Ley 42/1994, prácticamente duplicó esas muy duras cuantías. Fijó las sanciones para las faltas leves en un máximo de un millón de pesetas y para las muy graves en un máximo de 100 millones de pesetas. El PP, en su Ley 46/1999, de la LA de 1985 mantuvo esas enormes sanciones. Y en otra reciente reforma, ya en plena crisis económica, en el Decreto-ley 17/2012

³⁵ En cuanto al marco general de la legislación sancionadora del siglo XIX, véase la explicación de Alejandro NIETO en su libro *Derecho administrativo sancionador* (2000: 49 a 79).

³⁶ Estas sanciones del Reglamento de 1958 sin duda que, como advertía Ramón MARTÍN MATEO, eran bastante leves y podían verse casi como una invitación a pagar las multas y a seguir cometiendo la infracción, por ejemplo contaminando aguas o explotando cantidad mayor de agua de la permitida. Cfr. del autor su *Tratado de Derecho ambiental*, vol. 2.º (1992: 139 a 141). No se niega, pues, que en 1985 hiciera falta un cierto incremento por la Ley de la cuantía de las multas. Pero conviene notar que el Reglamento de 1958 contemplaba también la posible caducidad de la concesión o autorización a consecuencia de la infracción (art. 30-1.º); la posible exigencia al infractor, aparte, de responsabilidad civil o criminal (art. 32); y la obligación en principio de restaurar la situación anterior (arts. 34 y 35), con competencia ya entonces de la Administración para valorar los daños (art. 35).

y Ley 11/2012 ha vuelto el PP a aumentar sustancialmente las cuantías de las sanciones. La sanción máxima de las infracciones leves ha pasado de 6.010,12 euros a 10.000 euros, y la de las muy graves de 601.102,10 euros a un millón de euros (cfr. art. 117 del TRLA). Estas sanciones se entienden, además, aparte de la obligación de reparar los daños causados y con competencia de la Administración para fijar la cuantía del daño (art. 118-1.º del TRLA). Y hay leyes en otros ámbitos que fijan límite mínimo pero no máximo de la cuantía. Y las leyes autonómicas suelen imitar también estas multas enormes.

Juristas prestigiosos³⁷ han criticado, en general, estas multas que pueden representar varias veces el valor del negocio culpable de la infracción y que vendrían a representar una especie de confiscación encubierta, además de empobrecer al infractor acaso de por vida. La actual crisis económica nos ha enseñado el papel clave de las pequeñas y medianas empresas y de los emprendedores, y sería bueno que se empezara a pensar en echar freno y dar marcha atrás en esa especie de carrera existente en ciertos ámbitos hacia sanciones draconianas e imposibles de cobrar que se inició hace tres décadas, muestra cierto autoritarismo latente en nuestra clase política, hunde muchas empresas y sobrecarga además el trabajo de nuestros tribunales.

IV. LA VALORACIÓN DE LOS DAÑOS AL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO SEGÚN EL DECRETO 670/2013

El Decreto 670/2013, de 6 de septiembre, ha introducido una nueva y extensa reforma del RDPH de 1986 sobre la valoración de los daños al dominio público hidráulico. Esta última regulación se lleva a los nuevos artículos 326, 326 bis, 326 ter y 326 quáter. Este último precepto supone una evidente mejora y es consecuencia de la STS de 4 de noviembre de 2011, que había anulado parcialmente la Orden del MAM/85/2008, de 16 de enero. Las minuciosas reglas establecidas en este artículo 326 quáter del RDPH son normas garantistas para que las tomas de muestras de aguas contaminadas que hayan de servir para probar la contaminación de aguas no se manipulen por la Administración ni al tomarlas ni al custodiarlas, y dando oportunidades al particular sometido a un procedimiento administrativo sancionador o por daños de controlar esos procesos sobre la toma de muestras y aun de realizar por su parte una contraprueba, con técnicos propuestos por él, sobre las mencionadas muestras.

³⁷ Cfr. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho administrativo*, II (2011: 204 a 206).

En los nuevos artículos 326, 326 bis y 326 ter se aportan muy minuciosos y burocráticos criterios para valorar los daños causados al dominio público hidráulico, daños identificados en el espíritu de la regulación con toda clase de aguas o toda clase de cauces. El artículo 326 bis regula los daños en los casos en los que no se vea afectada la calidad del agua, supuestos que se identifican con los de extracciones o derivaciones ilegales de caudales de aguas, y en los que se determina la cuantificación del daño a partir del volumen de agua derivada o extraída, multiplicado por el coste unitario del agua extraída determinado en función del uso de esta conforme a lo establecido en el propio RDPH. Se sugieren diversos criterios para la medición del agua extraída (contadores, si los hubiera; métodos indirectos o indiciarios; etc.). Y algo parecido se prevé para extracciones ilegales de áridos de los cauces de dominio público. Y el nuevo artículos 326 ter regula los daños en la calidad del dominio público mediante una fórmula aritmética que tiene en cuenta una serie de variables que el propio precepto explica.

Esta minuciosa y tecnocrática regulación, con su rígida distinción en daños en la cantidad del dominio público y daños en su calidad, evidentemente redactada por funcionarios y por ingenieros, creo que tiene carencias y limitaciones muy considerables desde el punto de vista jurídico y de la complejidad del Derecho de daños, Derecho que no puede eludir las complejas teorizaciones del Derecho civil y su casuística y del Derecho administrativo y aun los presupuestos profundos de la teoría general del Derecho.

En efecto, el artículo 118-1.º del TRLA limita literalmente la imputación de daños a los «infractores» y el cálculo de los mismos al «órgano sancionador» y no define en absoluto, aunque es el precepto que podría hacerlo, el concepto de daño ni remite a reglamento alguno para esa definición, por lo que este concepto debe tomarse en esencia del Derecho y el Código civil (arts. 1902 y ss.), sin perjuicio de que dicho concepto se pueda matizar con los artículos 92 y ss. del TRLA, entre los que destaca sobre todos el artículo 93, que sí tiene una definición de «contaminación», o se pueda matizar también con los criterios, discutiblemente basados en una responsabilidad civil rígidamente objetivada, de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, Ley elaborada en la etapa de la ministra Cristina Narbona y de inspiración ecologista radical, aunque en su artículo 5 parece dejar cierto ámbito a los artículos 1902 y ss. del Código civil³⁸.

³⁸ Solo sobre el concepto de daño ambiental, que ya se ve que no cubre toda la casuística de los daños en el Derecho de aguas, es abundantísima la doctrina existente y en clave sobre todo de Derecho civil. Aunque su libro haya quedado algo antiguo desde la perspectiva

Como explico, esta modesta regulación del D. 670/2013 habrá que aplicarla a un complejo contexto en el que podrán confluír todos los difíciles problemas del Derecho administrativo sancionador (por ejemplo, tipificación directa o indirecta de infracciones; regla *non bis in idem*; prescripción de infracciones, de sanciones y de acciones por los daños; etc.)³⁹, junto a todos los problemas complejos sobre la responsabilidad civil, cuya enumeración elemental ahorro al lector; y junto a la problemática de los diversos tipos de derechos subjetivos sobre aguas (propiedad privada; concesión administrativa; derechos de aprovechamiento otorgados por ley; derechos adquiridos por usucapión sobre aguas públicas, bastante abundantes estos en la práctica; etc.).

Además, la responsabilidad civil se puede relacionar también, aunque el D. 670/2013 ni mencione el tema, con daños causados a o por aguas privadas y a o por cauces o lechos de dominio privado. Y los daños al dominio público hidráulico los puede exigir la Administración incluso en casos en que no haya infracción administrativa, pese al tenor literal del artículo 118-1.º del TRLA y al espíritu del Decreto 670/2013. Y no es cierta la rígida separación que el Decreto traza entre daños solo en la cantidad del agua y daños ambientales o solo en la calidad del agua, ya que en la práctica muchos daños son mixtos; y en general, en la realidad, la sobreexplotación de aguas acaba deteriorando también la calidad de esas aguas⁴⁰. Es importante en los problemas de calidad no olvidar la contaminación difusa y contar con la fuerte tendencia a la regeneración de las corrientes o masas de agua naturales.

Es complejo el tema de los sujetos activos y pasivos de los daños, sobre todo si se contemplan comunidades de regantes o sociedades civiles que aprovechan aguas. Un tercero puede causar daños no solo a un concesionario de aguas, en su cantidad o en su calidad, sino al Estado, que es el propietario de esas mismas aguas públicas. O puede ser el concesionario el que cause daños al Estado al sobreexplotar o contaminar las aguas, pero también podría suceder al revés. O puede el Estado tener responsabilidad patrimonial por los daños causados por

normativa, puede consultarse con provecho la muestra amplia de doctrina española y extranjera que aporta sobre la noción de daño ambiental CABANILLAS SÁNCHEZ, en su libro *La reparación de daños al Medio Ambiente* (1996: 123 a 162). Sobre daños específicamente en el Derecho de aguas, cfr. Esperanza ALCAÍN MARTÍNEZ (1994: 188 a 234) e Isabel CARO PATÓN CARMONA (1997: 365 a 373).

³⁹ El profesor Alejandro NIETO GARCÍA ha ganado autoridad especial en esta materia elaborando una parte general del Derecho sancionador en el libro citado en la bibliografía (2000: 287 y ss., 298 y ss., 398 y ss., y 456 y ss.), por citar solo sus explicaciones relacionadas con los problemas que menciono en el texto.

⁴⁰ Hay un ejemplo de ello muy conocido y espectacular, que es la desaparición de muchos humedales de nuestro país bajo la LA de 1879 por la intensa sobreexplotación de acuíferos con fines agrícolas, fenómeno bien estudiado por Francisco DELGADO PIQUERAS (1992: 265-267 y 94 y ss.).

inundaciones, gestión inadecuada de infraestructuras, desembalses, materias en las que la jurisprudencia aparece difusa y poco asentada y en las que el TS acude a veces a citar artículos del Código civil⁴¹.

Y pueden ser arduos los problemas de prueba del daño, que se deberá enfrentar a la presunción de inocencia cuando haya de fundar una infracción sancionable. Por ejemplo, el titular de unas aguas de un pozo, si son aguas privadas, extrayendo más cantidad de agua de la que le corresponde, y solo entonces, puede estar produciendo mermas en otros varios pozos próximos que sean tanto de aguas públicas como privadas, o de unas y de otras a la vez, y en proporciones muy difíciles de determinar. Un titular de un derecho sobre aguas públicas puede extraer o mermar aguas, a través de un pozo o de una derivación de una corriente, a un titular de un derecho sobre aguas privadas, y viceversa. Y seguramente que tendrá distinta consideración al final, sobre todo si hubiere sequía, la merma o daño causado a un propietario de aguas privadas o a un concesionario de aguas públicas, que la merma producida a una reserva dominial o a unos «caudales ecológicos». La experiencia que conozco de evaluaciones por la Administración de pretendidos daños al dominio público hidráulico me muestra criterios a veces muy simplistas e injustos, por ignorancia o por comodidad de los funcionarios (evitarse mediciones o dictámenes complejos o caros). Los buenos conocimientos jurídicos ayudarían más a la Administración en las difíciles evaluaciones de daños que reglamentos, como el del D. 670/2013, burocráticos y prolijos pero que ignoran absolutamente las aguas, cauces y lechos de propiedad privada, y de pobre bagaje jurídico general.

V. SUGERENCIAS PARA LA ELABORACIÓN DE UNA MEJOR LEY DE AGUAS. REMISIÓN

Soy partidario, y más tras la desafortunada Ley 11/2012, de una reforma a fondo del TRLA de 2001, o incluso de una nueva Ley de Aguas⁴²,

⁴¹ La afirmación sobre esa «difusa» o poco asentada jurisprudencia la tomo de José Francisco FERNÁNDEZ GARCÍA, en su trabajo «La responsabilidad patrimonial de la Administración hidráulica en el supuesto de inundaciones» (2010: 123 y ss. y 156 a 158).

⁴² También Antonio PÉREZ MARÍN ha solicitado que se haga una nueva Ley de Aguas, o «Código de Aguas Continentales», con un contenido genérico y sencillo y que recupere la vocación de permanencia y generalidad de la Ley. Cfr. (2013: 104 a 118). Podría afirmarse que pide el autor, sin saberlo, recuperar la buena técnica de la LA de 1879. Mientras llega esa posible y difícil reforma a fondo del actual TRLA, sí que hay que afirmar que, al menos, sería fácil derogar, acaso retroactivamente, el apartado 3.º de las DD.TT. 2.ª y 3.ª y su ampliación con la DT 3.ª bis del TRLA, y añadir a su artículo 80-1.º la expresión «sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Hipotecaria»; así como derogar la DT 2.ª de la Ley 10/2001. Solo con ello se

que habría de hacerse por un equipo en el que hubiera no solo administrativistas, como ocurrió con la Ley de 1985, sino también civilistas e hipotecaristas⁴³. Probablemente, habría que desmontar retroactivamente, aunque la tarea no sería sencilla, y en forma más radical y en dirección contraria a la que lo ha intentado levemente hacer la Ley 11/2012, el sistema de las DD.TT. de la LA de 1985, con su muy desafortunada idea de la opción legal ofrecida a los dueños de aguas privadas, que fue un innegable fracaso, y que ha introducido una excesiva e irrazonable complejidad en nuestro sistema legal de las aguas, aparte de un enorme atasco burocrático para varias décadas en nuestra Administración y casi irresoluble, o al menos no resoluble satisfactoriamente.

En cierta medida, y en lo que hace a la dogmática básica y a la buena técnica jurídica, el modelo sigue siendo para mí el de la LA de 1879, que fue, a la postre, parte esencial y aun destacada de la obra brillante de la Codificación española realizada tras la Restauración borbónica de 1874⁴⁴. Los autores de la LA de 1985 enfrentaron la difícilísima tarea de reformar la LA de 1879 carentes de estudios serios (suyos: de otros sí los había) sobre la misma, con cierta prepotencia y sobrados de ideología. Como se ha advertido⁴⁵, estaban convencidos de traer la solución de todo en el bolsillo del chaleco. No entendieron que definir y perfilar bien la propiedad privada del agua era también, en el fondo, perfilar bien el dominio público y los demás derechos subjetivos implicados, ni la importancia de perfilar bien también el objeto de esos derechos (cauces, lechos, cuotas de corrientes o de masas de aguas, etc.).

En descargo de los políticos y técnicos del PSOE de los primeros años ochenta que elaboraron la LA de 1985 hay que decir que hubo una

pondría nuestro Derecho acorde a la mayoritaria doctrina española y a la Carta de Niza de 2000 (art. 17) y se daría un paso formidable hacia la seguridad jurídica. Casi la tercera parte del regadío español, y el más competitivo económicamente, se hace con pozos de propiedad privada. Es tema muy importante, como lo demuestra también la abundante jurisprudencia del TS que hay sobre aguas privadas.

⁴³ Me gusta recordar la lúcida advertencia de José CASTÁN TOBEÑAS, hecha en 1962, de que en la preparación de cualesquiera leyes, y en particular administrativas, habría que contar siempre, junto a los administrativistas y otros técnicos, con civilistas con criterio, para intentar evitar «la triste realidad de las acometidas constantes del Derecho público contra el Derecho privado» que podrían alterar el concepto civilístico de la propiedad. Cfr. su libro *La propiedad y sus problemas actuales* (1962: 115-116).

⁴⁴ Lo que en mi principal libro sostuve es volver a la buena técnica jurídica de la LA de 1879 y no tanto, al menos siempre, a sus contenidos. Cfr. (1996: 759 a 819). Creo que quien más lejos ha llevado la crítica a la LA de 1985 y ha propuesto incluso el recuperar algunos de sus contenidos más genuinamente liberales es Gaspar ARIÑO ORTIZ. El autor, por ejemplo, propuso que las aguas subterráneas alumbradas deberían concederse de nuevo en propiedad privada al alumbrador; calificó la LA de 1985 de burocrática y poco democrática, y sus efectos en 1999 como «desastrosos». Cfr. su libro (1999: 52-53, 72 y 73 y ss., respectivamente). El autor, con todo, parte de la consideración, que creo errónea, de que la publicación de las aguas privadas había sido en 1985 mucho más intensa de lo que, entonces, lo fue en realidad.

⁴⁵ Cfr. Gaspar ARIÑO ORTIZ, Prólogo de su libro citado (1999: XVIII).

razón que justifica en parte su error estratégico al abordar, contando solo con administrativistas, la difícilísima reforma de la admirable LA de 1879. Se trata de que, por razones difíciles de explicar, entre las que puede estar un cierto o difuso debilitamiento de la ideología liberal en la doctrina civilista durante el largo periodo del franquismo, la doctrina civilista española de la segunda mitad del siglo XX prácticamente abandonó a los administrativistas este campo del estudio del Derecho de aguas, que había sido ámbito de estudio también civilista, con toda normalidad, a lo largo del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX.

En realidad, entre los juristas afines al PSOE y al PP no ha habido una rigurosa discusión ideológica que pueda reconducirse, como parece que debiera haber ocurrido en un país culturalmente más maduro, a las ideologías liberal-conservadora y socialdemócrata⁴⁶. Lo que ya resulta, con todo, más extraño es que en los últimos años, y por Gobiernos del PP, se haya seguido insistiendo en reformas legales como las de la Ley 46/1999 (DA 2.^a-2.^o), o las de la Ley 10/2001 (DT 2.^a), o la Ley 11/2012, o el D. 670/2013, con orientación ideológica contraria y opresora de la propiedad privada del agua y, además, con técnicas normativas subrepticias y abstrusas (atacando y deformando a la propiedad privada en leyes que parece que tratan en principio de asuntos diferentes y en disposiciones adicionales o transitorias que pasan desapercibidas para la gente). Ya he explicado cómo el Preámbulo de la Ley 11/2012 demuestra, al parecer, que los políticos del PP están, si no engañados por sus asesores, al menos muy desorientados.

El actual sistema legal sobre la propiedad privada del agua, insuficientemente conocido por los operadores jurídicos, además, proyecta una larga sombra de inseguridad jurídica, ya que sus preceptos clave sobre la propiedad privada podrían (y deberían, en mi opinión) ser sometidos a cuestión de inconstitucionalidad por cualquier juez (art. 163 de la CE, vía en la que sus arts. 33-3.^o y 38 deberían releerse por el TC junto al art. 17 de la Carta de Niza: art. 2 de la LO 1/2008) o podrían someterse a una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE, con base en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento (Tratado de Lisboa) de la propia UE, o someterse a un recurso ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) de Estrasburgo⁴⁷. Ni en 1985

⁴⁶ Véase sobre esto mi libro citado, donde también afirmé, con acierto, que no era descartable que gobiernos futuros liberal-conservadores introdujeran reformas dominializadoras (1996: 749, nota 37, y 775-776). Y la primera idea, más ampliamente explicada, en mi trabajo citado (2006b: 1278 a 1286).

⁴⁷ La jurisprudencia europea, tanto del Tribunal de Estrasburgo como del de Luxemburgo, ha enfatizado siempre como resquicio último y mínimo, e infranqueable, del derecho de propiedad, en sintonía con la noción tradicional de ese derecho, las facultades de goce y de disposición. Cfr. el valioso libro de Dolores UTRILLA FERNÁNDEZ BERMEJO, *Las garantías del*

ni después se ha indemnizado a los propietarios de aguas. Las sucesivas «acometidas», por usar la expresión de CASTÁN TOBEÑAS, del legislador, y sobre todo la DT 2.ª de la Ley 10/2001 y la Ley 11/2012, han convertido el derecho de propiedad privada del agua, indiscutible «derecho fundamental» desde la Carta de Niza de 2000, en un penoso trampanito. Casi nadie sabe lo que es la anticresis, pero todo el mundo sabe lo que es la propiedad privada y solo un legislador negligente puede pretender configurar tan básico derecho a su completo arbitrio. Tras esa configuración legal realizada late desconfianza hacia la sociedad civil y hasta algo de desprecio al ciudadano o al propietario. Y esa mala política legislativa no puede hoy justificarse so pretexto de un pretendido progresismo. Y la Directiva Marco del Agua (Considerando 18) nos exige «un marco legislativo coherente, efectivo y transparente», en cuyas antípodas cabría afirmar que están hoy, al menos por lo que hace a la propiedad privada del agua, nuestro TRLA y sus prolijos y burocráticos reglamentos, de muy pobre bagaje jurídico y conceptual.

Desde la STC 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley de Costas de 1988, supimos, en mi opinión, que, por entonces y en principio, era una opción política constitucionalmente legítima y abierta, y creo que compatible con el carácter liberal de nuestra sociedad y economía, la plena dominialización o demanialización de todas las aguas privadas sin necesaria expropiación⁴⁸. Personalmente he reflexionado sobre esta cuestión, con simpatía por esa opción, en un par de ocasiones⁴⁹, pero

derecho de propiedad en Europa (Prólogo de Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ), Ed. Civitas-Thomson Reuters, 2012, 220 págs.

⁴⁸ En este sentido, de una verdadera nacionalización sin necesaria indemnización habíamos explicado la STC 149/1991, por ejemplo, Gaspar ARIÑO ORTIZ (1999: 43 a 47) o yo mismo. Cfr. «Límites constitucionales a la publicación de la propiedad privada» (2003: 219 y ss.). Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (q.e.p.d.), en cambio, había dado de esta importante STC una explicación más matizada y diferente, razonando que la misma no admitía exactamente las nacionalizaciones sin indemnización, sino que, simplemente, había «bajado algo el listón» de la protección a la propiedad privada. Cfr. del maestro de juristas los trabajos *Contestación al Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia del profesor Sebastián Martín-Retortillo Baquer* (1995: 290 a 296) y «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas» (1996: 134 a 152).

⁴⁹ Mis propuestas de reforma legal de la legislación de aguas las desarrollé en mi libro citado (1996: 757 a 819). Más recientemente puede consultarse también mi trabajo «La cuestión de si “dominializar” o no las aguas privadas» (2011b: 1789 a 1823). Y no deja de ser curioso que este tema tan crucial de si dominializar o no las aguas privadas haya recibido escasa atención doctrinal. El primero que lo planteó, me parece, fue el profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en su libro *Aguas públicas y obras hidráulicas* (1966: 192 a 198). Y su hermano, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, revitalizó la cuestión cuando, siendo senador constituyente, intentó a través de una enmienda que el actual artículo 132 de la CE aludiera expresamente al conjunto de las aguas continentales, lo que de haber sido aceptado hubiera obligado al legislador ordinario a nacionalizar todas las aguas privadas del país. Cfr. su libro *Materiales para una Constitución* (1984: 328 a 334). No es cierto, en cambio, aunque algunos lo hayan afirmado, que Joaquín COSTA propusiera ya en su tiempo la nacionalización en sentido estricto de las aguas privadas. COSTA nunca estudió en serio el Derecho de aguas.

he llegado a la conclusión final de que el asunto es más complejo de lo que parece también desde el punto de vista técnico-jurídico, incluso al margen de sus indudables matices ideológicos. En la legislatura 2004-2008, la ministra Narbona pretendió basarse en los argumentos de la STC 149/1991 (transformación por ley directa y automática de la propiedad del agua en concesiones administrativas) elaborando un proyecto de ley para dominializar o nacionalizar las aguas privadas minerales y termales, lo que finalmente, por las resistencias encontradas, no se llevó a cabo.

Y cabe afirmar que si el PSOE y el PP de verdad están de acuerdo en suprimir del todo las aguas privadas deberían hacer de acuerdo, y contando con civilistas, una nueva y buena Ley de Aguas y plantear ese debate en el Parlamento. Pero se han elegido vías legislativas indirectas y subrepticias y carentes de publicidad socialmente eficaz y de la necesaria visión de conjunto. Además, actualmente, una plena dominialización abierta y transparente de las aguas privadas por una nueva ley, acaso resultaría hoy ya imposible de hacer sin recurrir a mecanismos expropiatorios, por la vigencia directa en España, desde 2008, del artículo 17 de la Carta de Niza de 2000 de la UE, en el que veo un nivel de protección a la propiedad privada frente al legislador ordinario superior al de los artículos 33-3.º y 38 de la Constitución. Y recuérdese también el artículo 17-2.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que prohíbe privar a nadie arbitrariamente de su propiedad. En fin, por razones de espacio, tengo que remitirme a reflexiones mías anteriores citadas en nota a pie de página.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza (1994): *El aprovechamiento privado del agua y su protección jurídica*, Bosch Editor, Barcelona, 285 págs.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica (2004): *El abastecimiento de agua en España*, Ed. Thomson-Civitas, Madrid, 824 págs.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar, y SASTRE BECEIRO, Mónica (1999): *Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España. Los mercados regulados*, Ed. Comares, Granada, 345 págs.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (1996): *La reparación de los daños al Medio Ambiente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 337 págs.
- CARO PATÓN CARMONA, Isabel (1997): *El derecho a regar. Entre la planificación hidrológica y el mercado del agua*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 407 págs.
- CASTÁN TOBEÑAS, José (1962): *La propiedad y sus problemas actuales* (Discurso de Apertura de los Tribunales del 15 de septiembre 1962), Instituto Editorial Reus, Madrid, 129 págs.
- CUÉTARA, Juan Miguel de la (1989): *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Ed. Tecnos, Madrid, 189 págs.

- DELGADO PIQUERAS, Francisco (1992): *Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de los humedales*, Ed. Tecnos, 348 págs.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2007): *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Ed. Bomarzo, Albacete, 148 págs.
- EMBID IRUJO, Antonio (2013): «La crisis del sistema concesional y la aparición de fórmulas complementarias para la asignación de recursos hídricos. Algunas reflexiones sobre los mercados de derechos de uso de agua», en la obra colectiva, dirigida por el propio autor, *Usos del Agua (Concesiones, Autorizaciones y Mercados del Agua)*, Thomson Reuters-Aranzadi, págs. 25 a 82.
- ERICE BAEZA, Valentina (2013): *La Protección de las Aguas Subterráneas en el Derecho Español*, ICS Universidad de Navarra y Thomson Reuters-Aranzadi, 306 págs.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, José Francisco (2010): «La responsabilidad patrimonial de la Administración hidráulica en el supuesto de inundaciones», *Revista de Administración Pública*, núm. 182, págs. 123 a 158.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1995): *Contestación al Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del profesor Sebastián Martín-Retortillo Baquer, el 29 de mayo de 1995*, Madrid, págs. 281 a 296.
- (1996): «Las expropiaciones legislativas desde la perspectiva constitucional. En particular, el caso de la Ley de Costas», *Revista de Administración Pública*, núm. 141, págs. 131 a 152.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2011): *Curso de Derecho administrativo*, II, 12.^a ed., 767 págs.
- IHERING, Rudolph von (ed.) (1985): *La lucha por el derecho*, Cuadernos Civitas, versión española y nota introductoria de Adolfo POSADA, presentación por Luis Díez-PICAZO, 136 págs.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando (2012): *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Civitas-Thomson Reuters, Navarra, 317 págs.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1992): *Tratado de Derecho ambiental*, vol. 2.º, 1.^a ed., Editorial Trivium, Madrid, 772 págs.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1984): *Materiales para una Constitución*, Akal Editor, Madrid, 455 págs.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián (1966): *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Editorial Tecnos, Madrid, 458 págs.
- (1995): *Titularidad y aprovechamiento de las aguas*, discurso leído el 29 de mayo de 1995 para la recepción como Académico en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 302 (1 a 280) págs.
- (1996) (1.^a ed. 1960): *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, 2.^a ed., Editorial Civitas, Madrid, 249 págs.
- (1997): *Derecho de aguas*, Editorial Civitas, Madrid, 734 págs.
- MAS BADÍA, María Dolores (1993): *El nuevo régimen jurídico de las aguas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 308 págs.
- MORELL OCAÑA, Luis (2001): «Las titularidades sobre aguas privadas», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, págs. 7 a 45.
- MOREU BALLONGA, José Luis (1996): *Aguas públicas y aguas privadas*, Bosch, Barcelona, 877 págs.
- (2003): «Límites constitucionales a la publicación de la propiedad privada», en el *Libro Homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, págs. 219 a 249.
- (2006a): «Propiedad, usos, transmisión y “precio” de las aguas públicas y de las aguas privadas», en el libro colectivo *Hacia las cuentas económicas del agua en España*, Colección Ecos del Consejo General de Economistas, Madrid, págs. 29 a 90.

- MOREU BALLONGA, José Luis (2006b): «La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua», en el *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo 1.º, págs. 1209 a 1286.
- (2009): «Evolución histórica y normativa estatal actual sobre aguas subterráneas», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 714, págs. 1771 a 1899.
- (2010): «Las aguas privadas y la disposición transitoria 2.ª de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional», en el *Libro en Homenaje al Notario Víctor Manuel Garrido de Palma*, Consejo General del Notariado y Ed. Thomson Reuters-Civitas, págs. 517 a 541.
- (2011a): «La propiedad privada “congelada” del agua según el Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 3.º, págs. 931 a 988.
- (2011b): «La cuestión de si “dominializar” o no las aguas privadas», en el *Libro Homenaje al profesor Vicente Montes Penadés*, tomo 2.º, Ed. Tirant lo Blanch, págs. 1789 a 1823.
- NIETO GARCÍA, Alejandro (2000; 1994): *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, pág. 494.
- PÉREZ MARÍN, Antonio, y SÁNCHEZ NÚÑEZ, Pedro (2011): *Derecho de las aguas continentales (A propósito de la Ley de Aguas para Andalucía con comentario a su articulado)*, Ed. Iustel e Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, Madrid, 759 págs.
- (2013): «Adenda» al libro *Derecho de las aguas continentales (A propósito de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, y del RD 1290/2012, de 7 de septiembre)*, Iustel, 126 págs.
- SAZ CORDERO, Silvia del (1990): *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de Aguas)*, Ed. Pons, Madrid, 387 págs.

