

**SOBRE LA CONVENIENTE REFORMA DE LA LEY  
DE AGUAS Y OBSERVACIONES AL BORRADOR DE  
PROYECTO DE LEY DE MAYO DE 1997 (\*)**

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

*SUMARIO: — LAS CONFEDERACIONES HIDROGRÁFICAS. — LOS NUEVOS CONTRATOS DE LA LLAMADA CESIÓN DE DERECHOS AL USO DEL AGUA Y LOS LLAMADOS CENTROS DE INTERCAMBIO CONCESIONAL. — LAS AGUAS DESALINIZADAS. — LA REUTILIZACIÓN DE AGUAS DEPURADAS. — NECESIDAD DE ESTABLECER EXPRESAMENTE LA RE-*

(\*) El presente trabajo no es un artículo de revista normal y ni siquiera fue escrito con la intención inicial de ser publicado. En el mes de junio de 1997 fui invitado por la Sección Española de la Asociación Internacional de Hidrogeólogos a participar, junto con otros especialistas, en una mesa redonda sobre el borrador de proyecto de ley de aguas que se había conocido el mes anterior y a celebrar el día 18 de junio en el Hotel Euro-building de Madrid. Se me dijo también que se intentaría hacer un escrito de propuestas e ideas para hacerlo llegar luego a los responsables políticos de la prevista reforma legal, lo que se hizo en efecto en octubre de este mismo año 1997. En fin, con ese estímulo, con el lógico afán de poder influir algo en la futura reforma, y por aclarar un poco mis propias ideas, redacté las páginas siguientes, que sin duda están fuertemente marcadas por ese origen y esa intencionalidad y cargadas de una contundencia y una apasionamiento que, con seguridad, hubiera intentado atemperar y dulcificar en un artículo de revista normal. Sin embargo, después de algunas dudas, y tomada la decisión de publicarlo, he decidido mantener el escrito en sus términos originarios sin intentar convertirlo en otra cosa y manteniendo todas sus aristas y críticas más afiladas e hirientes, incluyendo el duro juicio que realizo de la obra de algún autor. La decisión de publicar el trabajo responde a que, pese a su origen e intencionalidad iniciales, no deja de contener las opiniones de un especialista en Derecho de aguas sobre diversos temas difíciles y de palpitante actualidad. Ruego no obstante al lector reflexivo que tenga en cuenta la advertencia de esta nota introductoria y el que lo que yo sobre todo pretendía con estas páginas es, dado el prestigio que todavía conserva la ley de aguas de 1985 no sólo en medios políticos y periodísticos sino incluso en un amplio sector de la doctrina jurídica, dar contra ella un trompetazo tan fuerte como esos que se dice lograron derribar en su tiempo las murallas de Jericó.

La explicación que doy sobre las confederaciones hidrográficas, que parecerá a los iniciados demasiado elemental, se debe a que los organizadores de la mesa redonda antes mencionada me encomendaron especialmente la explicación de ese punto y debe tenerse en cuenta que, previsiblemente, la mayor parte de la audiencia del acto iba a estar formada por personas sin formación jurídica.

En fin, a principios del verano envié el trabajo por correo a la Excm. Sra. Ministra de Medio Ambiente, Isabel Tocino Biscarolasaga, a la sazón profesora de Derecho civil y colega mía. No me consta que la carta llegara a su destino porque no he recibido hasta el momento acuse de recibo.

*TROACTIVIDAD DE LA LEY REFORMADORA. — VALORACIÓN DEL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY Y OPINIÓN SOBRE LA REFORMA DE LA VIGENTE LEY DE AGUAS QUE DEBERÍA HACERSE.*

### LAS CONFEDERACIONES HIDROGRÁFICAS

Las leyes de aguas de 1866-1879 supusieron la cristalización de una serie de normas que se habían ido dictando a lo largo de varias décadas y que respondían al proyecto de la paulatina construcción de nuestro Estado liberal y a la ideología liberal burguesa. Fueron unas leyes técnicamente muy buenas y que en sentido ideológico y profundo se pueden considerar como una parte de lo que los juristas llamamos la Codificación, aunque sólo una pequeña parte de los preceptos de la ley de 1879, ya entonces la única vigente, puesto que había sustituido a la ley de 1866, llegaron a ser recogidos en el Código civil. En la elaboración de estas grandes leyes liberales se discutió la posibilidad de privatizar o convertir en propiedad privada las aguas de los ríos concedidas a particulares para usos privativos, pero finalmente y por fortuna se prefirió respetar la tradición española procedente del Derecho romano y se consideró que las concesiones administrativas para usos privativos no modificaban la naturaleza pública del agua de los ríos distribuida por canalizaciones y acequias. Dichas aguas se podrían usar por los titulares de las concesiones administrativas, pero su titularidad última, su propiedad, seguiría perteneciendo siempre al Estado.

Puesto que el agua de los ríos iba a seguir siendo pública, como había sido siempre, se hacía necesario encargar su gestión a la Administración entonces existente, que en nuestro Estado era, desde 1833 y según una idea de Javier de Burgos, una Administración pública estructurada en provincias. Las primeras décadas de organización administrativa de la gestión del agua se basaron, por tanto, en amplios poderes de los Gobernadores civiles, con poderes también importantes del Ministerio de Fomento, por el centralismo característico de la época.

Pero pronto se empezó a advertir que la gestión de las aguas de los ríos se hacía mejor contemplando los problemas desde todo el ámbito de la cuenca hidrográfica y se inició un largo y complejo proceso para organizar a ese nivel de toda la cuenca el conjunto de la Administración hidráulica. Importantes hitos de este proceso general fueron la creación desde 1903 por el ministro Gasset de las Divisiones de Trabajos Hidráulicos, la creación, a partir de 1926, de las Confederaciones Hidrográficas, y la creación en 1932 de la figura administrativa de los Jefes de Aguas de las Cuencas, que recibieron gran parte de las antiguas competencias de los Gobernadores civiles. Salvo en el caso de un

Decreto de 13 de junio de 1936, dictado pocos días antes de que estallara la Guerra Civil, y que transmitía a la Generalidad de Cataluña sustanciales competencias administrativas sobre la gestión de las aguas del Ebro, el principio de la gestión del agua (de todas las aguas: también de las privadas) por cuencas se ha respetado siempre en nuestro país desde entonces, es escasamente discutido en teoría y aparece sólidamente establecido en nuestro Ordenamiento jurídico (cfr. art. 13 de la vigente ley de aguas de 1985 y la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional).

El origen de las Confederaciones Hidrográficas se sitúa en la Dictadura de Primo de Rivera, recogiendo en parte el ideal regeneracionista de la época y orientándose originariamente sobre todo hacia la construcción de nuevas obras públicas. Incluso desde 1959 hasta 1985 existió una cierta bifurcación en materia de Administración hidráulica, al existir paralelamente a las Confederaciones, con competencia como digo sobre todo en obras, también las Comisarías de Aguas, con competencia mientras existieron en la estricta gestión de las aguas. Desde la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 se viene calificando legalmente a las Confederaciones como Organismos autónomos, calificación que mantuvo la vigente ley de aguas de 1985 (art. 20.4), aunque más habitualmente las denomine «organismos de cuenca».

El principal protagonismo en la gestión del agua corresponde hoy en España a las Confederaciones Hidrográficas (a los organismos correspondientes de las Comunidades Autónomas, para los pequeños ríos de algunas cuencas intracomunitarias) y se rige por un típico régimen jurídico de Derecho administrativo, de Derecho público. Para los grandes ríos y en la mayor parte del territorio se trata por tanto de una típica Administración estatal o de la Administración central y con los principales poderes concentrados en el presidente del Organismo de cuenca, que es nombrado y cesado por el Gobierno, a propuesta del ministro del ramo (hoy MIMAM). Ello no obsta a que exista también una cierta participación en la gestión del agua de empresas de diverso tipo y de fórmulas más próximas (o menos alejadas) al Derecho privado en la gestión de ciertas aguas, como en el caso de ciertos canales (por ejemplo, el Canal de Isabel II, que es una empresa pública transferida a la Comunidad Autónoma de Madrid) o, sobre todo, en la gestión del abastecimiento de agua a las poblaciones, que es un servicio público gestionado por los municipios pero transferido en muchos casos a empresas de diverso tipo, dada la gran amplitud y flexibilidad en este punto de la legislación de régimen local.

Los vientos de privatización que soplan en el país han insinuado sobre este esquema general descrito posibles modificaciones de las que hay que dar también breve noticia.

En primer lugar, hay que recordar los radicales cambios que intentó introducir sin éxito en la Administración hidráulica el anteproyecto de ley de Plan Hidrológico Nacional conocido a finales de 1992 y elaborado por el equipo del ministro Borrell. En dicho anteproyecto se calificaba a las confederaciones hidrográficas como entidades de las contempladas en el artículo 5. 6 de la ley general presupuestaria de 1988, figura muy vaga que se remite en realidad a lo que posteriormente disponga la concreta ley de creación, modificación o reestructuración. El que las confederaciones hidrográficas se hubieran convertido en un «cinco seis», como califica a esta figura de moda la jerga administrativa, hubiera significado que hubieran dejado de ser organismos autónomos y que tampoco hubieran podido ser sociedades estatales. Se buscaba con esta reforma la agilización y la aproximación a fórmulas de Derecho privado, pero creo que poco prudentemente y además poco realísticamente (Fanlo Loras calificó como «falso espejismo» este concreto caso de «huida» del Derecho administrativo). Pero en el anteproyecto del equipo del ministro Borrell, inspirado en una fe entusiasta y creo que un poco ingenua en la idea de promoción de los trasvases intercuenas, se creaba una Entidad para el Equilibrio Hidráulico Nacional (EHNA), rígidamente dependiente en la práctica del ministro (MOPU entonces y MIMAM hoy) y del Gobierno de la Nación y con unos poderes formidables y omnímodos, que representaba un espectacular retroceso de la tímida descentralización que se había adoptado en 1833 y en 1926 y un fuerte robustecimiento del centralismo de nuestra Administración hidráulica, que era poco prudente políticamente y totalmente incoherente con el diseño constitucional del Estado de las Autonomías. Estudié este tema en un artículo sobre los trasvases intercuenas publicado en la Revista Jurídica de Navarra en 1993.

Después de las elecciones de marzo de 1996 el nuevo Gobierno del Partido Popular ha intentado facilitar legalmente la financiación privada de las obras hidráulicas con la llamada ley 13/1996 de acompañamiento de la ley presupuestaria para 1997, en la que se añaden algunos párrafos al artículo 21 de la ley de aguas de 1985 tendentes a facilitar la pertenencia de las confederaciones hidrográficas a sociedades estatales o a empresas mercantiles, en las que pueda haber también capital privado. Un nuevo intento de «huida» del Derecho administrativo, si bien intento tímido, puesto que la nueva ley declara querer modificar lo menos posible a la vigente ley de aguas de 1985, y puesto que el contrato que regula de «construcción y explotación de obras hidráulicas» no difiere apenas de los contratos sobre obras públicas regulados en la vigente ley de contratos de las Administraciones públicas de 1995 (del realizado para construir una carretera, por ejemplo), y puesto que el posible recurso de que la Administración se apoye en su actuación en so-

ciudades estatales estaba ya contemplado en la ley general presupuestaria de 1988 (art. 6.3).

En el nuevo Borrador de anteproyecto de ley de aguas que se ha conocido en mayo de 1997 se confirma acertadamente el carácter de organismos autónomos de las confederaciones hidrográficas y su sumisión genérica a la legislación administrativa (nuevo apartado 4.º del art. 20).

Aparte de ello, y de ciertos retoques puramente terminológicos (MIMAM en lugar de MOPU, por ejemplo), el Borrador añade ciertas normas de alguna importancia sobre derecho a la información en materia de medio ambiente (nuevo artículo 13 bis); un recurso en materia de otorgamiento de concesiones ante el Director General competente, que constituye una defendible norma centralizadora que impediría que todos los actos del Organismo de cuenca agoten la vía administrativa, como ocurría hasta ahora (cfr. nuevo apartado 2 del artículo 20); y otras normas que persiguen la mejor coordinación interna de la Administración hidráulica central con la autonómica y de una y otra con la Administración encargada de la ordenación del territorio o del urbanismo o del medio ambiente (nuevos apartados 2,3, y 4 del art. 23 y artículos 117 a 120).

Más importancia presentan las modificaciones introducidas en el artículo 26 de la ley de aguas y en cuanto a la declaración del carácter de interés general de las obras públicas (nuevos artículos 44 y 114, 115 y 121).

En el artículo 26 se amplían, en detrimento de las competencias del Presidente del Organismo de cuenca, las competencias de la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca, que se pretenden extender ahora a ciertas medidas dictadas en aplicación del artículo 53 de la ley en supuestos de emergencia, a ciertas decisiones sobre comunidades de usuarios reguladas en el apartado 4.º de los artículos 73 y 74 (no, en cambio, y aunque parezca poco coherente, a las reguladas en los artículos 79 y 80) y a ciertas determinaciones sobre las zonas húmedas. Esta ampliación de las competencias de la Junta de Gobierno, órgano amplio de composición compleja y con representaciones de comunidades autónomas y usuarios, me parece una decisión delicada y discutible. El tipo de decisiones que se contemplan (y lo mismo las correspondientes a declaración de acuíferos sobreexplotados y a determinación de perímetros de protección especial aludidos en el art. 54 de la ley) parecen decisiones urgentes y en las que la opinión técnica habría de resultar decisiva y acaso poco propicias a la solución más «política» o basada en la búsqueda de difíciles consensos. Las grandes dificultades que ha venido encontrando hasta ahora la declaración de sobreexplotación de acuíferos pueden ser un indicio del acierto de lo que sugiero, y acaso la Presi-

dencia del Organismo puede encarnar aquí con más naturalidad el interés social o general. Las cuestiones consideradas no interesan sólo a los concretos usuarios o implicados en el concreto conflicto o situación.

La reforma que introduce el Borrador de la declaración de interés general de las obras hidráulicas haciéndola competencia del Gobierno salvo en el caso de los trasvases intercuenas (cfr. artículos 44 y 115), y superando la rígida exigencia de ley en todo caso que impuso la vigente ley de aguas de 1985, me parece muy acertada. Sin duda aquí la experiencia habida con el embalse de Itoiz ha sido aleccionadora. Y acertada resulta también la excepción mantenida para el caso de los trasvases intercuenas, respetando un criterio muy ampliamente aceptado por los juristas desde hace un cuarto de siglo. Acertada me parece también la delimitación de las competencias de la Administración hidráulica con las competencias municipales y de la Administración urbanística que pretende introducir el nuevo artículo 116.

Llamo la atención sobre la deficiente y estrecha definición de obra hidráulica que da el artículo 114 del Borrador, que parece ignorar que hay lechos además de cauces, que unos y otros pueden ser de dominio público o de propiedad privada, que no dejan tampoco de existir obras hidráulicas de propiedad privada enclavadas en el dominio público, y que todavía son de propiedad privada las riberas de los ríos en ciertos casos (títulos históricos) en los que pueden existir además obras hidráulicas. Sobre esto véase mi libro de 1996, pgs. 603 y siguientes.

El retoque terminológico del artículo 51.4 de la ley de aguas cambiando la referencia a la reversión de las obras al Estado por reversión a la Administración, que se entiende posiblemente autonómica, como había exigido la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional, es acertada pero debe completarse con un similar retoque del artículo 60.4 de la ley de aguas.

Los artículos 104 y siguientes del Borrador mantienen los vigentes cánones de ocupación, de vertido y de regulación, aunque ampliando el ámbito de los dos primeros e introduciendo en el tercero una interesante norma, aunque de compleja introducción en la práctica, para facilitar el ahorro de agua. El art. 106.6 introduce una nueva tasa, insuficientemente precisada en su supuesto de hecho. El cobro de los tres cánones se encarga a la Administración tributaria del Estado, probablemente por el fracaso padecido hasta ahora en ese cometido por los Organismos de cuenca. Sigue sin aceptarse, aunque algunos la habíamos propugnado, la idea de imponer de modo general el pago de un canon por el mero uso del agua pública. Se extiende con acierto el pago del canon de vertido a los vertidos clandestinos, que de momento son la inmensa mayoría, pero no a todos los aprovechamientos de agua pública no autorizados o

clandestinos, según había propuesto yo en mi libro de 1990 (*El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, pg. 36). En el artículo 104.1.º se hace una afirmación que no tiene sentido, al aludir a unos supuestos terrenos de dominio público que se dice habrían sido «adquiridos por el concesionario a sus expensas».

En fin, no quiero dejar de manifestar mi satisfacción por la introducción de la norma contenida en el nuevo apartado 4.º del artículo 53 intentando introducir caudalímetros y sistemas de medida en los pozos. Lo había solicitado en mis trabajos y estoy persuadido de que, aunque este tipo de medidas tienen su costo económico y encontrarán resistencias en la práctica, son a la larga, también para las aguas públicas superficiales y en ambos casos combinadas con la regulación de un eficaz registro administrativo de los derechos sobre las aguas, la única vía posible para el aseguramiento en el futuro más preciso y eficaz de todos los derechos sobre las aguas, que tan importante será para el buen funcionamiento de la economía y para la seguridad jurídica.

#### LOS NUEVOS CONTRATOS DE LA LLAMADA CESIÓN DE DERECHOS AL USO DEL AGUA Y LOS LLAMADOS CENTROS DE INTERCAMBIO CONCESIONAL (1)

En la antigua ley de aguas de 1879 ya eran libremente transmisibles tanto los derechos sobre aguas privadas como las concesiones administrativas y los derechos adquiridos por usucapión sobre aguas públicas. No es de extrañar que fuera así puesto que la revolución liberal se hizo, entre otras finalidades, para abrir al mercado la circulación de los bienes económicos, y abundante jurisprudencia del Tribunal Supre-

(1) El tema de los mercados del agua es un tema políticamente de moda y sobre el que están escribiendo en España juristas, economistas e hidrogeólogos. En la doctrina jurídica, aparte de lo que he explicado yo en mis trabajos sobre transmisibilidad de derechos sobre aguas (y que en parte cito en las páginas siguientes), el tratamiento más directo del asunto se encuentra en un libro colectivo titulado «*Precios y mercados del agua*», editado por Cívitas y dirigido por EMBID IRUJO, Antonio, y libro que recoge las ponencias y comunicaciones de unas Jornadas sobre este tema celebradas en Zaragoza en marzo de 1996. Puede consultarse también el muy flojo artículo de MAESTU UNTURBE, Josefina, *Dificultades y oportunidades de una gestión razonable del agua en España: la flexibilización del régimen concesional*, en el libro colectivo *La economía del agua en España*, editado por la Fundación Argentaria y Ed. Visor, 1997. Y también el libro colectivo *Economía del agua*, coordinado por AGUILERA KLINK, Federico, 2.ª edición, editado por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 1996, 495 págs.

En general, cabe decir que la información jurídica sobre el Derecho de aguas español que manejan o presuponen los economistas e hidrogeólogos suele ser muy insuficiente, cuando no nula o claramente errónea, lo que dificulta mucho un diálogo interdisciplinar constructivo sobre este tema de la gestión del agua.

mo confirma esa transmisibilidad de los derechos tanto sobre aguas privadas como sobre aguas públicas. En realidad, la libre disponibilidad de los derechos sobre las aguas parece haber sido ya la regla general incluso bajo el Antiguo Régimen y el feudalismo.

Sin embargo, por complejas razones físicas y económicas, las transmisiones de derechos sobre aguas han sido siempre más bien escasas en nuestro país. Y en el caso de la transmisión de concesiones administrativas existen también, además de las mencionadas razones físicas y económicas, razones jurídicas difusas que dificultan su transmisión. Para comprender dichas difusas razones jurídicas hay que reparar en que al transmitir una concesión administrativa sobre aguas lo que se transmite no es sólo una determinada cantidad de agua, sino más bien el derecho a usar esa determinada cantidad de agua, procedente de una determinada fuente natural, para unos concretos fines y con unas determinadas condiciones especificadas en el título concesional. Eso es necesariamente así en sentido jurídico porque nadie puede transmitir lo que no tiene, aunque se me pueda decir que en la práctica, por la falta de medios de la Administración y por sus escasas posibilidades de control, se hayan vendido a veces concesiones de aguas públicas como si de aguas privadas se tratase y sin respetar el adquirente luego el destino fijado a las aguas en el título originario. Y en un sistema de aguas públicas y de concesiones administrativas la transmisión o venta de una concesión tiene siempre algo de anómalo, porque al fin y al cabo el concesionario obtuvo a la postre gratis la concesión, superando trabas burocráticas más o menos grandes, y la propiedad del agua pública nunca deja de pertenecer al Estado. Por eso, lo coherente en un sistema de aguas públicas es más bien que si un concesionario ha dejado de necesitar el agua que gratuitamente se le atribuyó se vea privado de dicha agua mediante un expediente administrativo de caducidad del derecho, recuperando esa agua el Estado, y que el que necesite agua, mejor que comprarla a otro concesionario que la desaprovecha (o le saca un provecho menor que el precio que el otro le va a pagar) y teniendo que adquirirla en las mismas condiciones en que el otro la tenía, solicite una nueva concesión al Estado y más adaptada a sus concretas necesidades, con condiciones que se fijarán en el nuevo título. Pero pese a estas importantes y difusas razones jurídicas, no había concreta prohibición legal de la disposición de concesiones en la ley de aguas de 1879 y el Tribunal Supremo solía admitir esas transmisiones un tanto anómalas cuando se producían.

Veamos ahora la cuestión en la vigente ley de aguas de 1985. En primer lugar, son libremente enajenables todas las aguas privadas, pese a que lo hayan negado, sin razón en absoluto, algunos autores, invocando el apartado 3.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la ley de

aguas. Esta afirmación es importantísima porque todavía quedan muchas aguas privadas en el país, incluso de las derivadas por acequias de los ríos cuando el carácter de agua privada venga establecido en algún título histórico, lo que no es infrecuente. Igualmente son libremente enajenables los derechos adquiridos por usucapión sobre aguas públicas, que también son bastante numerosos en nuestro país.

En cuanto a las concesiones administrativas, hay que distinguir entre las otorgadas después de la entrada en vigor de la vigente ley de aguas (1 de enero de 1986) y las otorgadas antes de dicho momento, que son la inmensa mayoría.

Para las primeras, la regla general, como en la ley anterior, es la de la libre transmisibilidad, aunque con el razonable condicionamiento de que se notifique la transmisión a la Administración a efectos de la inscripción del nuevo titular en el Registro de Aguas (art. 61, párrafo 2.º y arts. 144 y siguientes del Reglamento de 1986). En el proceso de esta inscripción no se exige legalmente que la Administración tenga que aprobar, ni siquiera *a posteriori*, la transmisión realizada (Menéndez Rexach, 1996). Y no obsta a esta interpretación el artículo 57.1 de la vigente ley de aguas, porque el artículo 61, párrafo 2.º, es norma más especial. La regla general de transmisibilidad de las concesiones tiene dos excepciones propias y una excepción impropia. La primera excepción son los aprovechamientos que impliquen un servicio público, que requieren autorización administrativa previa para su transmisión (art. 61, párrafo 1.º). La segunda excepción son las concesiones administrativas otorgadas para riego, que tienen prohibición absoluta de transmisión, sin que quepa ésta ni siquiera con autorización administrativa (arts. 59.4 y 60). La excepción impropia es la de que si la transmisión de la concesión implica además una modificación de la misma, supuesto que parece bastante verosímil, se requerirá también autorización administrativa previa (art. 62).

Para las concesiones administrativas otorgadas antes de la entrada en vigor de la ley de aguas de 1985, que son la inmensa mayoría de las concesiones existentes en el país, todas esas normas mencionadas se han de filtrar a través del apartado 1.º de la disposición transitoria primera y aplicarse en la medida en que puedan considerarse retroactivas. El resultado de ese delicado análisis lleva a pensar, en mi opinión, que es retroactiva la regla general de transmisibilidad del artículo 61 con el condicionamiento de la necesaria inscripción de la transmisión en el Registro de Aguas (arts. 144 y ss del Reglamento) y que son también retroactivas las excepciones de los artículos 61, párrafo 1.º, y 62. En cambio, me parece defendible la no retroactividad de la excepción de los artículos 59.4 y 60 y por tanto la libre transmisibilidad de las anti-

guas concesiones para riego conforme a la regla general del artículo 61. Por tanto, el actual marco legal para la existencia de un posible mercado de las aguas públicas y privadas es ya actualmente muy amplio, lo que obliga a relacionar la escasa dimensión de dicho mercado más con causas físicas y económicas que con causas jurídicas. Y conviene advertir que problema distinto del de la validez de las transmisiones sobre aguas privadas o públicas es el de su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad, inscribibilidad que, por ser los derechos sobre aguas bienes inmuebles y conforme al criterio general de la ley hipotecaria, requiere previa escritura pública. La requiere, como digo, para el refuerzo del derecho adquirido que la inscripción en el Registro supone y no para la adquisición misma del derecho. La necesidad de pagar el impuesto de transmisiones de inmuebles puede ser también una razón que en la práctica reduzca los pactos de transmisión de concesiones sobre aguas. O la solicitud acaso discutible de licencias de obras. La correcta explicación de todo ello puede verse en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, pgs. 16, 420 y ss., 436 y ss., 497 y ss., y 796-797.

El Borrador de proyecto de ley de aguas de mayo de 1997 (arts. 53 bis, 51.6 y 59.2) introduce como novedad unos llamados «*contratos de cesión de derechos de uso del agua*» que en realidad van a suponer sólo cesiones de caudales por tiempo limitado (transmisión temporal y acaso parcial del goce o ejercicio del derecho que recae sobre un objeto divisible) muy restrictivamente reguladas, admisibles sólo dentro de un plazo de vigencia previamente fijado, en un ámbito territorial limitado y teniendo que concurrir circunstancias excepcionales, y con una necesaria autorización administrativa previa del Ministerio (MIMAM) y una posibilidad de suspensión del «*contrato*» posterior en el plazo de un mes a cargo del Organismo de cuenca, que viene a ser como una autorización administrativa posterior al acto. Además, los compradores o «*cesionarios*» de estos supuestos derechos al uso del agua no pueden ser cualquier persona, sino necesariamente otros titulares de derechos de uso de otras aguas, que quieren comprar más agua para completar o aumentar su derecho. Y todavía se limita la eficacia del contrato exigiendo la forma escrita e imponiendo un derecho de adquisición preferente en favor del Organismo de cuenca. Se establece además que la vulneración de cualquiera de estas draconianas condiciones será causa de caducidad y pérdida de su derecho por el cedente. Y toda la regulación está claramente pensada y redactada para las aguas públicas y no para las aguas privadas.

Consideremos primero las consecuencias externas o generales de esta regulación y veremos luego brevemente la estructura interna de estos nuevos contratos. Es evidente que una interpretación *a contrario* de

esta regulación, que además resulta en esta ocasión insoslayable e imposible de eludir, conduce a la consecuencia de que se suprimiría la actual regla general de transmisibilidad de los derechos sobre aguas públicas contenida en el artículo 61 de la ley de aguas vigente. En efecto, como quien puede lo más puede lo menos, el que puede transmitir de modo pleno, total y definitivo (por lo que resta del plazo legal de la concesión, se entiende) su concesión administrativa también puede hacer una transmisión sólo temporal o sólo parcial de la misma con el mero requisito de la notificación a efectos de la inscripción en el Registro de Aguas. De modo que esos contratos a los que tantos requisitos pone el Borrador de anteproyecto de ley hoy son posibles y perfectamente factibles sin ninguna de esas propuestas exigencias y cortapisas legales, siempre que se transmita el derecho o parte del mismo. Y además, un resultado en la práctica similar (aunque sin voluntariedad de las partes) al de estos curiosos contratos del Borrador puede imponerlos también el Organismo de cuenca con base en el artículo 53.2 de la vigente ley de aguas. Y no para en esto la cosa, sino que creo que, vigente una regulación como la del Borrador, la supresión de la transmisibilidad de derechos sobre aguas públicas (también los adquiridos por usucapición sobre ellas) habría que extenderla a los derechos de propiedad sobre aguas privadas por aplicación del apartado 4.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª, que contempla el mismo tipo de situaciones de emergencia. Y todavía más. Como el Borrador no establece claramente (aunque seguramente se quería establecer) la retroactividad de la futura ley, y podría no ser suficiente el apartado 1.º de la disposición transitoria 1.ª de la ley de aguas de 1985, hasta sería defendible que la libre transmisibilidad de derechos se aplicara a todos los derechos anteriores en su constitución a la entrada en vigor de la futura ley del Partido Popular y que fuera esta ley la que suprimiese esa genérica transmisibilidad para todos los futuros derechos. Evidentemente, si así llegara a ocurrir, el Partido Popular habría engañado en esto a sus electores.

La regulación del Borrador sobre los «*centros de intercambio concesional*» o los llamados «*Bancos de agua*» tiene algún mayor sentido que los curiosos contratos arriba comentados. Es posible que con una interpretación un poco forzada del artículo 21, letra b, de la vigente ley de aguas y teniendo en cuenta la supletoriedad del Código civil (art. 38) se pudiera llegar a admitir la compra voluntaria a particulares (sobre la expropiación no hay cuestión) por el Organismo de cuenca de derechos sobre aguas públicas (aunque más que hacerse titular de ese derecho la Administración parece que, entonces, el derecho se disolvería en el dominio público, como en la consolidación de los derechos reales), pero lo que parece seguro es que con la legislación actual (cfr. art. 57.1 de la ley de aguas y acaso también la indisponibilidad del do-

minio público) nunca se podría llegar a justificar la venta de esos derechos si no la establecía como excepción al sistema actual alguna norma legal como la que consideramos del Borrador. Por lo demás, la concreta regulación por éste de esas «ventas» del Organismo de cuenca parece aproximarlas bastante a la regulación del otorgamiento de una concesión (cfr. apartado 2, letra b, y apartado 4, párrafo 2.º del art. 53 bis), con lo que la pretendida agilidad y flexibilidad que se persigue no acaba de lograrse del todo. Quizás nos estaríamos aproximando bastante, en cuanto al resultado práctico, a las concesiones para cuantías de escasa importancia que prevé el actual artículo 71-3.º de la ley de aguas vigente.

Por lo demás, toda la regulación y terminología del artículo 53 bis resulta muy defectuosa e imprecisa, sin dejar de verdad claro cuál es el objeto de la transmisión, afirmándose más bien que el derecho pero pensándose en realidad más en el agua misma, y confundiendo a veces el goce del derecho con su disposición (cfr. art. 59.2 del Borrador), sin que falten afirmaciones ininteligibles o defectuosas (cfr. apartado 2, letra a, al final, o el apartado 2, letra d, que parece olvidar la existencia de las servidumbres).

Una reforma sería que pretenda ampliar el mercado de aguas actualmente existente debe, ante todo, confirmar explícitamente la regla general de transmisibilidad de las concesiones sobre aguas públicas del artículo 61 y, probablemente, derogar la importante excepción a esa regla respecto de las concesiones para riego del artículo 59.4, excepción que he calificado como de criterio muy discutible en mi libro de 1996.

Una reforma que pretendiese alterar lo menos posible los actuales esquemas legales de la concesión administrativa sobre aguas públicas podría ser, por ejemplo, y estableciendo expresamente su alcance retroactivo, la siguiente:

*La transmisión o cesión, total o parcial y por el total del plazo restante o por parte del mismo, de derechos al uso del agua pública derivados de una concesión se regirá por el artículo 61 de esta ley, debiendo tener en cuenta el adquirente los límites y condicionamientos del título del derecho adquirido y los derivados del contrato de transmisión.*

*Los titulares de derechos adquiridos antes del primero de enero de 1986 por usucapión sobre aguas públicas, podrán transmitir libremente sus derechos, con el solo requisito de la notificación a la Administración a efecto de la inscripción del cambio de titular en el Registro de Aguas, y sin que, salvo resolución administrativa motivada en sentido contrario, exista condicionamiento ninguno para el adquirente en cuan-*

*to al destino a dar a las aguas, incluyendo una nueva transmisión en su caso.*

*Cuando el agua quiera transmitirse por el titular de la concesión con sustancial modificación de la misma o de las condiciones del uso del agua pública, como si se pretende destinar el agua por el adquirente a un concreto destino diferente del fijado en el título inicial, se requerirá para esta transmisión con modificación del derecho la autorización administrativa previa que establece el artículo 62 de esta ley.*

*En circunstancias excepcionales de sequías u otras similares se podrán autorizar con carácter temporal por el Organismo de cuenca (mejor probablemente que por el Ministerio) a los concesionarios de aguas públicas transmisiones de los caudales de agua que tenían atribuidos pero quedando desvinculado por ley el adquirente de todo condicionamiento derivado del originario título concesional y quedando legalmente equiparado, por el tiempo que dure su derecho así constituido, al titular del goce de unos caudales de aguas privadas.*

*En estos contratos de cesión de aguas se observarán las siguientes normas:...* Y aquí pueden añadirse todos los requisitos y cortapisas que se quiera a esta nueva figura, algo extraña pero que seguramente puede funcionar dada la divisibilidad y desplazamiento natural o transmisibilidad artificial del agua, introducible en nuestro Derecho de aguas con el fin de flexibilizarlo frente al mercado.

Obsérvese que en el párrafo 4.º, que es el verdaderamente novedoso respecto de lo que existe hoy en nuestro Derecho vigente, se hace referencia a transmisión de aguas y no a transmisión, ni a cesión, ni a subrogación en... derechos sobre aguas, como hace erróneamente el Borrador del anteproyecto de ley. Lo que parece perseguirse con la nueva regulación flexibilizadora son transmisiones de aguas, sólo del objeto del derecho, y no del derecho mismo, puesto que éste ya era transmisible en el sistema vigente. Y estas posibles cesiones de aguas, que serán posibles si la ley las autoriza, más que verdadera transmisión (se «transmite» el derecho que se tenía y tal como es, pero no otro) suponen como se ve una transmisión temporal sólo del agua y con simultánea transformación legal temporal del derecho, que más que «transmitido» resulta así constituido legalmente, aunque con el impulso de la iniciativa particular, como un derecho real limitativo de la concesión administrativa. Por las mismas razones, también resulta erróneo referirse, como hace el Borrador, a centros de «intercambio concesional»: no hay ni debe haber tal cosa en absoluto. Lo que ocurre es que en el Banco de aguas, tal como parece querer instaurarlo el legislador en el Borrador, la Administración tiene que recibir legalmente las aguas, como pura cantidad, con técnica de derechos de crédito quizás, y no

sólo aquí con facultad de goce como la de un propietario de aguas privadas (aunque sólo temporal y excepcionalmente) sino también y sobre todo con la facultad que caracteriza a éste de la libre disponibilidad de sus aguas.

El apartado 4.º del artículo 53 bis habría de redactarse, por ejemplo, como sigue: «*En las situaciones reguladas en los artículos... se podrán constituir centros u órganos dependientes de la Administración hidráulica legalmente autorizados para la adquisición o transmisión voluntarias mediante precio y por tiempo limitado de caudales de agua pública atribuidos a concesionarios con título todavía vigente, y en beneficio de otros titulares de derechos al uso de aguas públicas* (aunque no veo inconveniente en que las «ventas» se extendieran también a propietarios de aguas privadas o a quienes no tuvieran antes ningún previo derecho sobre otras aguas), *mediante acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Medio Ambiente... Las enajenaciones temporales de cantidades de agua pública concedida que se realicen conforme al apartado anterior deberán respetar los principios de publicidad y libre concurrencia y se realizarán conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine.* Las ofertas de adquisición de aguas por la Administración serán públicas o, más verosímilmente, privadas, pero es un poco ridículo aludir en este contexto a ofertas públicas y hasta podría introducirse la duda absurda de si quedarían excluidas legalmente las simples ofertas «privadas» de adquisición. Y por lo demás, me parece poco razonable someter, como hace la versión del precepto del Borrador, a los principios de publicidad y libre concurrencia incluso las adquisiciones o «compras» de caudales: si lo que se pretende es introducir en un ámbito reducido la lógica del mercado, la Administración entiendo que debería limitarse a comprar los caudales más baratos para ofrecerlos luego a los posibles «compradores» por precio a ser posible superior al de adquisición. Así es como se conseguiría verdaderamente la mayor agilidad o flexibilidad y mayor racionalización económica que se buscan y que justifican acaso toda esta compleja reforma legal. Es en la distribución o «venta» de las aguas donde parece que tiene mayor sentido que la Administración module con consideraciones de interés social o general, o aun de respeto a la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos, la pura lógica de mercado y de obtención del mayor precio posible.

Aparte de esta modesta reforma contemplada en el Borrador y rectificada en el sentido indicado, cabría pensar en una reforma flexibilizadora del régimen concesional de aguas públicas mucho más ambiciosa y de mayor calado, y que podría potenciar mucho, incluso fuera de situaciones excepcionales, la operatividad de la regla general de transmisibilidad de concesiones (art. 61), que es la reforma que consistiera en la

creación de nuevos tipos legales de concesión administrativa de aguas públicas, creación de diversos tipos, y con mayor o menor proximidad al modelo que históricamente ha representado siempre la propiedad privada (con mayor o menor libertad también, en ese sentido, para destinar o no las aguas atribuidas a dos o más, o a varios usos, o a cualquier uso). Repárese en que sólo en la propiedad privada o en derechos diseñados legalmente a imagen suya tienden a confundirse la transmisión del derecho y la transmisión de la cosa objeto de propiedad transmitida. Pero esta reforma presentaría gran complejidad y requeriría un estudio muy serio y reservado a especialistas muy cualificados (cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, pgs. 790 ss.).

### LAS AGUAS DESALINIZADAS

En la normativa anterior a la ley de costas de 1988 era dudoso si las aguas desalinizadas del agua del mar eran privadas o públicas, pero desde que entró en vigor dicha ley pareció quedar sentado el carácter de aguas públicas de las aguas desalinizadas de aguas del mar (cfr. mi libro de 1996, pgs. 329 ss.).

La nueva y deficiente regulación del Borrador de anteproyecto de ley vuelve a dejar poco clara esta cuestión cardinal. El apartado 2.º del artículo 12 bis parece considerar públicas en todo caso las aguas desalinizadas de aguas del mar al mencionar las concesiones otorgadas según la ley de costas de 1988. Pero el artículo 2 e) y el apartado 1.º del artículo 12 bis, interpretados *a contrario*, parecerían partir de la idea de que las aguas desalinizadas de aguas del mar serían en principio privadas si no se incorporaban o hasta que no se incorporasen al dominio público o a los «elementos» del dominio público, expresión sin valor conocido y que acaso haya querido significar incorporación a los cauces o lechos de dominio público (pero si es esto podría decirse claramente). No sería obstáculo a esa concepción el que el apartado 1.º del art. 12 bis exija autorizaciones administrativas para los vertidos y para la «incorporación» de las aguas desalinizadas de aguas del mar al dominio público.

La naturaleza pública o privada de las aguas desalinizadas de las aguas del mar se debe dejar claramente explicada en la ley. Si se quiere que sean siempre públicas se podría decir, por ejemplo, que la desalinización realizada no cambia la naturaleza de aguas públicas que las aguas del mar tenían (cfr. en tal sentido mi libro de 1996, pg. 811). El corolario de este planteamiento habría de ser el que el aprovechamiento de las aguas desalinizadas de las aguas del mar se sometiese al régimen de la concesión administrativa regulada en la ley de aguas de 1985, fi-

jando rígidamente un destino concreto a las aguas en el título concesional, y acaso integrando en el mismo expediente administrativo, mientras la competencia de los órganos administrativos lo permitiera, las autorizaciones administrativas de construcción de la planta y ocupación del terreno de dominio público, de impacto ambiental, de vertido en su caso, etc.

Si se quiere que dichas aguas sean privadas, lo que parecería coherente con la ideología liberal conservadora del actual Gobierno, debe afirmarse expresamente en la ley, con la salvedad de que dichas aguas privadas sean luego afectadas a un uso o servicio público (abastecimiento de poblaciones) o sin perjuicio de que se haga posteriormente pública la parte de dicha agua desalinizada que, como aguas sobrantes, pase a engrosar el agua existente en un cauce o lecho de dominio público. Esta incorporación de aguas sobrantes de aguas desalinizadas del mar podría ser perjudicial para el medio receptor si la desalinización de aguas no estaba bien conseguida o por la suciedad de estas aguas tras su utilización y, por ello, parece plausible que la misma se someta a algún tipo de control por la Administración hidráulica (al menos, notificación de esa incorporación, o quizás autorización administrativa previa, como parece hacer el Borrador). También parece lógico que se someta a autorización administrativa previa la construcción de la instalación de desalinización (ocupación normalmente del dominio público marítimo terrestre) y los posibles vertidos de esa instalación, si es que la misma los ha de producir.

El apartado 3.º del nuevo artículo 12 bis del Borrador es también muy defectuoso: parece confundir el aprovechamiento de las aguas desalinizadas de origen continental con la desalinización misma de dichas aguas, y es precepto demasiado general, que no parece tener en cuenta la casuística existente. Parece que se remite este precepto en todo caso al régimen de la concesión administrativa de aguas de la ley de aguas de 1985. Sin embargo, ello tendría muy poco sentido cuando se tratase de desalinizar aguas continentales privadas y salobres, caso en el cual parece que la desalinización debe ser una facultad del dominio del propietario de las aguas privadas, que como mucho se podría someter a autorización administrativa o a mera notificación de la actividad desalinizadora a la Administración, pero nunca a concesión administrativa. Ni tendría sentido pensar que las aguas privadas salobres se hacen públicas sólo por desalinizarse. Y tampoco en el caso en que la desalinización de aguas continentales la deba hacer quien sea ya titular de una concesión administrativa sobre esas aguas salobres parece que tenga ningún sentido la necesidad de una nueva concesión, sino más bien, y como mucho, una mera autorización administrativa, acaso en concepto de modificación de la concesión (cfr. art.62 de la vigente ley de aguas) o

algo parecido. O podría bastar sólo con que el concesionario notificase a la Administración la depuración de las aguas y su nueva reutilización. Sólo en el caso en el que se solicitara una nueva concesión de aguas continentales sabidas salobres, y con intención de desalinizarlas para luego aprovecharlas, parece que tendría sentido el procedimiento concesional, que acaso podría englobar entonces en el mismo expediente administrativo, de consentirlo la distribución legal de las diversas competencias administrativas, la autorización administrativa para la construcción de la planta desalinizadora.

Poco convincente me parece también el que la disposición transitoria segunda del Borrador de anteproyecto de ley aplique un criterio de irretroactividad expresamente declarada en norma de rango legal para las plantas desalinizadoras construidas bajo la vigencia del Decreto 1327/1995, que es norma de rango reglamentario muy reciente, muy parecida a la regulación que parece se pretende introducir y además norma técnicamente muy mala y llena de defectos y errores. Con esa disposición transitoria se crearía innecesariamente un régimen jurídico aparte del general para unas pocas plantas desalinizadoras, con diferencias por lo demás probablemente pequeñas respecto del régimen general, y régimen aparte que sólo se podría modificar ya en el futuro mediante preceptos de rango legal y retroactivos. No veo justificación para tal cosa.

#### LA REUTILIZACIÓN DE AGUAS DEPURADAS

Poco convincente me parece también la reforma del artículo 101 de la ley de aguas vigente, que aunque excesivamente conciso parece un precepto razonable. No considero razonable que la reutilización directa de las aguas procedentes de un aprovechamiento requiera concesión administrativa en cualquier caso, incluso cuando pretenda llevarse a cabo por el primer usuario (primer concesionario) de las aguas (apartado 2.º del nuevo artículo 101). Las aguas son las mismas y duplicar siempre la necesidad de concesión administrativa parece poner excesivas trabas burocráticas a la depuración que en teoría se pretende facilitar jurídicamente. Incluso caben varias depuraciones sucesivas y parecería bien poco razonable exigir una nueva concesión (en la práctica meses o años de tramitación) por cada nueva utilización del agua ya concedida. Como antes decía para el caso de la desalinización de aguas, habría que pensar para estos casos como mucho en una mera autorización administrativa de la reutilización, si se iba a hacer por el primer usuario o primer concesionario, o acaso mejor en una mera notificación a la Administración de la reutilización, acaso con facultades suspensivas durante un plazo contado desde dicha notificación.

Poco convincente resulta también que, además de lo dicho, quien ya ha obtenido por fin una concesión de reutilización directa de aguas depuradas, concesión a la que la Administración debería adjuntar ya de paso en buena lógica la correspondiente autorización administrativa de vertido, tenga que subrogarse por vía contractual en la autorización administrativa de vertido del primer usuario y además con un contrato que debería ser a su vez autorizado administrativamente por el Organismo de cuenca, y con una autorización que podría modificar las condiciones de la autorización inicial y sólo, al parecer, si lo solicitaba el concesionario de las aguas depuradas (apartados 3.º y 4.º del nuevo artículo 101). Todo esto es demasiado complicado y obstruccionista y no tiene mayor sentido. Aparte del poco sentido que tiene la transmisión a otra persona de una autorización administrativa (menor sentido aún que una concesión administrativa, y no hay previsión genérica en la ley de aguas sobre transmisibilidad de autorizaciones), se obliga al usuario a seguir dos expedientes administrativos (en la práctica, años de tramitaciones), uno de concesión y otro de autorización, y además a contratar con el primer usuario, quien negando su consentimiento o cooperación podría sin lógica alguna frustrar todo el proceso y el nuevo aprovechamiento del agua.

#### NECESIDAD DE ESTABLECER EXPRESAMENTE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY REFORMADORA

Como la futura ley cuyo Borrador de anteproyecto comento será una ley distinta de la ley de aguas de 1985, dicha ley deberá establecer su propia retroactividad en sus previsiones sobre las aguas públicas (sobre aguas privadas el Borrador no contiene apenas previsiones) si no se quiere que resulte irretroactiva y que se aplique sólo a las concesiones sobre aguas otorgadas con posterioridad a su propia entrada en vigor, lo que haría la ley inaplicable a la inmensa mayoría de las concesiones otorgadas en el país y la reduciría a un papel marginal y sólo simbólico. La oscura letra de la disposición transitoria 1.ª, apartado 1.º, de la ley de aguas de 1985 no facilita o garantiza que por el carácter complementario que se pretende dar a la nueva ley ésta pudiera considerarse ya sin más (con una disposición transitoria como la que actualmente contiene el Borrador) retroactiva respecto de las aguas públicas.

Si en el futuro se incorporan previsiones sobre las aguas privadas al Borrador del anteproyecto habrá que tener en cuenta que respecto de dichas aguas la ley de 1985 es genéricamente irretroactiva (cfr. disposiciones transitorias 2.ª a 4.ª), por lo que la futura ley de reforma debería también extender su retroactividad genérica más allá del primero de enero de 1986, fecha de entrada en vigor de la ley de aguas de 1985.

Debe advertirse también que en el apartado 1.º de la disposición transitoria del Borrador se utiliza el término «supletorias» erróneamente, debiendo haberse hecho referencia a normas «sustitutivas» o término similar.

#### VALORACIÓN DEL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE LEY Y OPINIÓN SOBRE LA REFORMA DE LA VIGENTE LEY DE AGUAS QUE DEBERÍA HACERSE

Para explicar mi opinión sobre el alcance y nivel técnico del Borrador de anteproyecto de ley de aguas objeto de este comentario, tengo que empezar realizando una afirmación que ya puse por escrito en mi libro de 1996 y es la de que estoy convencido de que la práctica totalidad de los políticos españoles de todos los partidos están persuadidos de dos ideas ambas gravemente erróneas: en primer lugar, la idea de que después de la ley de aguas de 1985 apenas quedan ya aguas privadas; y en segundo lugar, la idea de que esta ley de 1985 es una ley técnicamente buena.

En cuanto a que ya no queden casi aguas privadas en el Derecho español, aunque lo hayan afirmado muchos (pero políticos, periodistas o juristas que no habían estudiado la ley de un modo completo o de un modo serio), hay que decir que es una idea ya completamente abandonada por la doctrina jurídica que ha estudiado seriamente las disposiciones transitorias de la ley. En realidad, todas las aguas que eran privadas antes del 1 de enero de 1986 siguen siendo privadas tras esa fecha, y sólo hay que matizar esa rotunda afirmación con el reconocimiento de que una muy pequeña parte de dichas aguas privadas pasará al dominio público, según las previsiones de la vigente ley, en el año 2036. De modo que para la inmensa mayoría de las aguas privadas incluso más allá del año 2036 seguirá el actual carácter privado y la bifurcación clásica entre aguas públicas y aguas privadas que nuestro Derecho heredó del Derecho romano. Véanse los indiscutibles argumentos de esta explicación en mis libros *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, 1990, 267 pgs., y *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, 877 pgs. E igualmente en el libro del profesor Sebastián Martín Retortillo, *Derecho de aguas*, 1997, 734 pgs.

Veamos ahora lo que hay sobre el supuesto valor técnico de la ley de aguas de 1985. En el otoño de 1995 la actual ministra de Agricultura Loyola de Palacios, entonces responsable para cuestiones hidráulicas del Partido Popular, declaró en un debate televisado que de lo poco bueno que habían hecho los socialistas en materia hidráulica era la ley de aguas de 1985. A principios de este mes, don Carlos Escartín, actual Director General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas, declaró

en Zaragoza que la ley de aguas de 1985 es perfecta, aunque el problema sería únicamente la falta de dinero para poder ponerla en práctica (cfr. *Heraldo de Aragón* del día 2 de junio de 1997). Y la misma idea conformista de aceptación de la ley de aguas de 1985 se desprende, en realidad, del Borrador de anteproyecto de ley comentado en estas páginas, puesto que el mismo se limita más bien a añadir algunas cosas a dicha ley, pero apenas cambia nada de la misma (ni una sola alusión, por ejemplo, a las aguas privadas, muy mal reguladas y enormemente conflictivas en la práctica). Igualmente he podido escuchar juicios muy favorables sobre la ley de aguas de 1985 a políticos no sólo, por supuesto, del PSOE, sino también de Izquierda Unida.

¿De dónde sale esta opinión casi unánime y tan generalizada de los políticos españoles sobre el supuesto alto nivel técnico de la ley de aguas de 1985? Pues sale del desconocimiento real de la ley y del formidable esfuerzo de propaganda realizado durante muchos años por el PSOE (recuérdese la constante presencia en los medios del ministro Borrell y de las personas de su equipo) durante un tiempo en el que este partido político ha ejercido un dominio claramente hegemónico dentro de la prensa más influyente del país (hay, por ejemplo, una docena de artículos de *El País* ensalzando la proyectada planificación y afirmando que desde 1985 ya todas las aguas son públicas, lo cual es rigurosamente falso). Durante muchos años, desde las páginas de muchos periódicos, muchos expertos o supuestos expertos han cantado las alabanzas de la ley de aguas de 1985 y lo han hecho casi siempre con tanta buena fe como desconocimiento de la ley. Ya se sabe además que todo Gobierno tiene siempre un coro de aduladores que a veces le puede empujar hacia el error. Por otra parte, a esta ceremonia de la confusión, a estas injustificadas alabanzas a la ley vigente, ha contribuido también un sector de la doctrina jurídica del país, ya integrado por estudiosos de prestigio que habían estudiado algún punto muy concreto de la ley y generalizaban excesivamente por simpatía con el partido gobernante el juicio favorable a toda la ley, ya en algún caso también por autores estudiosos del Derecho de aguas pero sin la suficiente solvencia científica para tener autoridad en esta difícil materia. En este último concepto merece mención aparte la labor de don Emilio Pérez Pérez, funcionario de Murcia que intervino en la elaboración de la ley de 1985, a quien se suele tener por experto en estos temas, que es autor desde hace muchos años de varios libros y artículos sobre Derecho de aguas, y que ha sido estos años pasados el máximo defensor de la ley de aguas de 1985 en multitud de congresos, jornadas o reuniones científicas celebradas en torno a estos temas.

En mis trabajos sobre Derecho de aguas, sin embargo, vengo negando sistemáticamente la fiabilidad de los trabajos jurídicos de este

autor últimamente citado (cfr. por ejemplo mi libro de 1996, pg. 751). Como pretendo que estas páginas sean un *revulsivo* para las al parecer conformistas ideas de los máximos responsables del agua en el Gobierno de mi país, voy aquí a descender a la justificación (desde luego, incómoda para mí) de esa valoración fuertemente crítica que hago de la obra de don Emilio Pérez Pérez, cuya influencia a lo largo de muchos años en la doctrina del Derecho de aguas considero muy negativa. Este autor, por ejemplo, afirmaba en un trabajo suyo en 1983 (cfr. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de ese año, pg. 648) que en materia de aguas subterráneas «*apenas existe jurisprudencia civil*». Pues bien, desde 1866 hasta hoy calculo en unas 1500 las sentencias del Tribunal Supremo de todas las salas relativas a conflictos sobre pozos, buena parte de las cuales pueden verse citadas en diversos trabajos míos o de otros autores. En otra ocasión (*Comentarios a la ley de aguas de 1985*, editados por Edersa en 1991, páginas 8 y 69) razona este autor presuponiendo que la derogación expresa de una ley supone la retroactividad de la ley derogatoria, aunque no dispoga ésta su propia retroactividad, y salvo en lo que la propia ley disponga expresamente la irretroactividad. Esta errónea concepción es la que explica, probablemente, la concreta e irrazonable redacción del apartado 1.º de la disposición derogatoria de la ley de aguas de 1985 y de la disposición final primera de la misma, precepto que el autor (pero sólo él, que es quien seguramente lo redactó con dicho designio) proyecta absurdamente para las aguas privadas a los hechos y situaciones nacidos con anterioridad a la entrada en vigor de la propia ley de 1985, concluyendo en que a aquellos hechos no se aplicará la ley de aguas de 1879, sino sólo y exclusivamente el Código civil y nada menos que «*como Derecho supletorio*» (*sic*). De modo que en esta lamentable página de su libro el autor demuestra no entender cuándo las leyes son retroactivas y cuándo irretroactivas, qué signifique derogar una ley expresamente o hacerlo tácitamente, y qué significa Derecho supletorio. Como se ve, conceptos elementalísimos de los que se suponen adquiridos desde el segundo curso de la licenciatura. Para la crítica de toda esta errónea explicación del autor véase mi libro de 1996, pg. 369. Sólo dos botones de muestra sobre la criticada obra de este autor, pero encontrará muchos más quien tenga la paciencia de leerse completo mi libro.

Con estos antecedentes, extrañará ya menos saber que la doctrina española más especializada y sería, representada hoy por mis libros antes citados y, sobre todo, por el grueso volumen «*Derecho de aguas*» (1997) del profesor Sebastián Martín Retortillo, reconocido por todos como la primera autoridad española en Derecho de aguas, haya sometido a la ley de aguas de 1985 a una crítica severa e implacable. Se trata, ciertamente, de una ley con gran confusionismo en sus directrices o

principios inspiradores, y llena de graves lagunas, criterios desacertados, preceptos deficientemente redactados y uso impreciso y erróneo de la terminología jurídica. Hay por lo visto en esta materia, como supongo que en muchas otras, una distancia de años luz entre las opiniones de los periodistas y políticos y las opiniones de los investigadores que llevamos décadas (cuatro en el caso del profesor Martín Retortillo y dos en mi caso) estudiando y reflexionando sobre estos temas. Me parece imprescindible, en trance de iniciar una reforma legislativa sobre la gestión de las aguas, que los primeros hagan el esfuerzo (porque esfuerzo será, sin duda, e importante) de aproximar sus opiniones a las de los segundos. El infundado prestigio de la ley de aguas de 1985, basado más que nada en su desconocimiento, se va a desmoronar rápidamente a partir de ahora y sería una pena que nuestros gobernantes fueran los últimos en enterarse.

Y aquí es donde puedo dar ya mi opinión sobre el valor de lo que representa el intento de reforma legislativa contenido en el Borrador de anteproyecto de ley que he comentado parcialmente en las páginas precedentes. Sin perjuicio del acierto, en mi opinión, de algunas innovaciones que aporta el Borrador y que ya he señalado en su momento, debo decir con toda franqueza que se trata de un texto jurídico de bastante bajo nivel técnico. Al igual que nuestra vigente ley de aguas, el Borrador sólo explica bien las cosas muy fáciles de explicar, pero en cuanto aborda cuestiones complejas (que suelen ser casi siempre además las más importantes en la práctica) denota insuficiente conocimiento del Derecho que pretende derogar y errores en los conceptos jurídicos y en la terminología jurídica. Recuérdese lo explicado en estas páginas sobre el concepto de obra hidráulica, o sobre las cesiones de derechos, o sobre la desalinización o reutilización de aguas, o sobre el grado de retroactividad de la futura ley, etc. Y además de este bajo nivel técnico que tiene, en general, el Borrador, hay que decir que el mismo no deja de ser un simple parche en el muy complejo y deficiente sistema jurídico actual del Derecho español de aguas.

Hacer hoy en España una reforma inteligente y profunda del Derecho de aguas, reforma muy necesaria por lo demás, se presenta como tarea ardua por la gran complejidad que introducen en el sistema legal las disposiciones transitorias de la ley de 1985, disposiciones que contienen normas de gran trascendencia pero también de gran oscuridad y dificultad cuando se intentan interpretar conjuntamente con el resto del articulado de la propia ley de 1985 y en su caso también (cuando el criterio es de irretroactividad) con el articulado de la ley de aguas de 1879. Y téngase en cuenta que es absolutamente imprescindible entender bien el sistema legal vigente para intentar modificarlo legislativamente. Precisamente, uno de los grandes fallos de los redactores de la

ley de 1985 es el importante grado de desconocimiento que demostraron tener sobre la ley de aguas de 1879 a la que pretendieron sustituir. O recuérdese el fracasado intento del Borrador de anteproyecto de ley comentado en estas páginas al intentar abrir el régimen jurídico de las aguas públicas al mercado y conseguir sólo cerrarlo más de lo que estaba, por falta de claridad de ideas y acaso de conocimiento suficiente de la legalidad vigente a ese respecto.

La duda sobre si son o no retroactivos una serie de preceptos clave de la ley vigente es, en efecto, una de las que más frecuentemente se nos plantea y más graves consecuencias puede tener en la práctica. Es muy mala y deficiente en ese sentido, por ejemplo, la regulación de los lagos, lagunas y charcas, y la de los cauces, lechos y riberas (es muy difícil saber, por ejemplo, si son de propiedad privada o de dominio público las cauces de los arroyos que cruzan fincas privadas). En cuanto a la insensata opción introducida por el legislador para las aguas privadas en las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> está también muy deficientemente regulada, puede entenderse doctrinalmente de cinco o seis maneras diferentes (cfr. Moreu, 1996, pgs. 65 y ss.), ha producido inevitablemente con los ciento y pico mil expedientes necesarios para materializarla un monumental atasco en las confederaciones hidrográficas, y va a conducir en teoría para el año 2036 a unos resultados más bien absurdos o aberrantes. ¿Qué se podría hacer con este importante tema en una nueva ley de aguas? Se podría, desde luego, como hace el Borrador de anteproyecto de ley, dejarlo como está. Pero también se podría borrar retroactivamente la diferencia entre Registro de Aguas y Catálogo de aguas privadas y declarar de propiedad privada indefinida todas las aguas privadas inscritas en uno y en otro. O se podría también borrar esa diferencia entre ambos registros pero en el sentido de declarar que en el año 2036 se harán públicas tanto las aguas inscritas en uno como las inscritas en el otro, como las no inscritas en ninguno de los dos. Estas dos últimas soluciones tendrían la ventaja de desatascar las Confederaciones de la masa de complejos expedientes que actualmente las agobian y librarían los próximos años a la Administración de una muy previsible avalancha de recursos contencioso administrativos y de pleitos civiles que creo habrán de originar las resoluciones administrativas de esos expedientes de inmatriculación o inscripción conforme se vayan dictando. Sea cualquiera la decisión que se pudiera adoptar sobre dicho asunto, lo que sí conviene advertir que debiera mantenerse en todo caso es alguna forma de registro por la Administración de los derechos sobre aguas privadas. Por lo demás, la regulación de la propiedad privada del agua en las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> es sumamente defectuosa: habría que derogar o modificar drásticamente la absurda norma del apartado 3.<sup>o</sup> de ambas disposiciones transi-

torias y matizar y perfilar mejor la simplista norma del apartado 4.º de las mismas. En cuanto a los reglamentos de la ley de aguas de 1986 y 1988 sólo diré que están ambos ingenuamente redactados como si ya no existieran aguas privadas, a las que no se refieren en absoluto.

Una buena ley de aguas, una ley de aguas hecha por auténticos juristas, tiene que caracterizarse por un uso correcto y preciso de la terminología. En la vigente ley de aguas no se diferencia con claridad entre propiedad privada y derecho de aprovechamiento (hay que hacer un gran esfuerzo interpretativo para llegar a concluir que la propiedad privada del agua es verdadera propiedad privada: cfr. Moreu, 1996, pgs. 438 y ss.), o entre el derecho subjetivo y su objeto (sobre todo cuando es agua corriente y que produce sobrantes: cfr. Moreu, 1996, pgs. 450 y ss. y 580 y ss.), o entre titularidad y ejercicio del derecho subjetivo (cfr. Moreu, 1996, pgs. 475 y ss.), o no se diferencia adecuadamente entre autorización administrativa y concesión administrativa (cfr. apartado 3.º de las disposiciones transitorias segunda y tercera, o la regulación reglamentaria del artículo 62 de la ley, que convierte a la autorización para la modificación de una concesión por aumento de caudal en un verdadero título al uso privativo del agua pública, etc. )

En fin, en la ley de aguas vigente de 1985 se suprimieron institutos útiles con criterio muy discutible (la usucapión de aguas públicas, por ejemplo, o el antiguo artículo 152); se introdujeron institutos o preceptos de poca o ninguna utilidad que sin embargo crean inseguridad jurídica (la dominialización de acuíferos, o el artículo 52.2 de la ley, o la «protección administrativa» del artículo 72.3 y disposición transitoria 2.ª, apartado 2.º, de la ley, muy insuficientemente regulada...) y existen graves vacíos o carencias: como el de una seria regulación del registro administrativo de aguas y sus efectos y relaciones con el Registro de la Propiedad; falta completa de regulación de los derechos de los agentes de la Administración para penetrar en fincas privadas y para recabar información a los particulares y de las consecuencias de la resistencia de éstos; falta de una regulación consciente de los muy importantes títulos históricos; o falta de regulación de la desalinización de aguas del mar; o falta de criterios legales para la distribución del agua en caso de sequía (el artículo 8 de la ley de la sequía 8/1996, de 15 de enero, creo que resulta muy insuficiente), etc.

Una cuestión compleja y difícil sobre la que deberían reflexionar los autores de una reforma legal del Derecho de aguas es la del masivo desplazamiento de aguas públicas hacia pozos privados casi siempre clandestinos que se ha producido en nuestro país en las últimas décadas (el caso famoso del Acuífero 23 es paradigmático) con probable vulneración de la legalidad entonces vigente (cfr. el art. 23 de la ley de 1879

y sobre la cuestión mi libro de 1996, pgs. 282 ss.). En teoría, una nueva ley de aguas podría llegar a forzar una «restitución» de todas esas aguas ilegalmente alumbradas al dominio público, declarando retroactivamente la ilegalidad de esos antiguos alumbramientos y obligando a la Administración (al menos donde el problema ecológico fuera más grave y acuciante) a cerrar esos pozos, acaso empezando por los más recientes y siempre que se hiciera ello con respeto de los derechos adquiridos por usucapión veintenal (cfr. arts. 149 y 179 de la ley de 1879 y la disposición transitoria primera de la ley vigente). Esta enérgica medida legal acaso sería la única que podría llegar a restablecer efectivamente en ciertas zonas el equilibrio ecológico, aunque es desde luego una medida radical y difícil de adoptar para cualquier Gobierno.

Para terminar, diré que considero *absolutamente necesario* que la reforma de la ley de aguas sea supervisada por algún (o algunos) civilista(s) de prestigio. El no haber adoptado, al parecer, esta mínima precaución fue uno de los más clamorosos fallos de la desdichada política de fichajes del ministro Julián Campo. Y en este punto incluso sugeriría a la Excm. Sra. Ministra de Medio Ambiente el nombre de un catedrático de Derecho civil de Madrid a quien considero especialmente apto para esa mencionada labor de supervisión de los anteproyectos de ley de aguas.