

RECENSIÓN

F. Delgado Piqueras y I. Gallego Córcoles, ***Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial***, Albacete: Bomarzo, 2007, 148 pág. ISBN 978-84-96721-25-8

Santiago M. Álvarez Carreño*

La novedad más controvertida de la Ley de Aguas, de 2 de agosto, de 1985 residió en la decisión de demanializar las aguas subterráneas. El deseo del legislador de compatibilizar dicha decisión con el respeto de los derechos que los particulares venían disfrutando al amparo de la legislación anterior, provocó el establecimiento de un confuso régimen transitorio (disposiciones transitorias 3ª y 4ª) que, por una parte, pretendía forzar una conversión “voluntaria” de los títulos jurídicos que amparaban los aprovechamientos y, por otra, venían a garantizar que, si no se procedía a dicha conversión, los particulares podrían seguir gozando de sus derechos en la misma forma que lo habían venido haciendo hasta ese momento. La tensión contradictoria de estos dos principios que, por fuerza, debían de chocar en la práctica ha provocado un alto grado de inseguridad jurídica sin que, por otra parte, se hayan hecho evidentes los beneficios que de la decisión legislativa debían seguirse para la ordenada y sostenible gestión de las aguas subterráneas en España.

El libro *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, del que son autores los Profesores F. Delgado Piqueras y I. Gallego Córcoles, ambos en la actualidad Profesores de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha y discípulos del Prof. Luis Ortega, a quien dedican la obra, constituye un formidable intento de desentrañar, en la medida en que así lo permite la jurisprudencia emanada hasta estos momentos, cuáles son las soluciones que se han impuesto en relación con los derechos privados sobre aguas subterráneas. Una cuestión pues eminentemente práctica que afecta a miles de usuarios que, cuando han querido regularizar sus situaciones conforme a las prescripciones normativas, han sido sometidos a un auténtico *via crucis* y que todavía hoy encuentran sus derechos pendientes de inscripción, bien en sede administrativa o judicial.

La presente obra, publicada por la editorial Bomarzo, queda estructurada en nueve capítulos y un epílogo final a propósito del proceso actual de reforma del régimen de las aguas subterráneas que ha iniciado el Ministerio de Medio Ambiente. El primer capítulo tiene un carácter introductorio y centra la cuestión del problemático reconocimiento de los derechos privados sobre aguas subterráneas subrayando la insatisfactoria situación, a más de veinte años de vigencia de la Ley, que todavía persiste y denuncia la cortedad de miras con que se ha afrontado el problema, dado que “en este proceso el interés público no residía en restringir al máximo los derechos de los usuarios preexistentes. Por el contrario, lo que pretendía la Ley era que se declarasen y así conocerlos en su exacta dimensión, para poder efectuar una planificación hidrológica y hacer una gestión realista” (pág. 16). Paradójicamente, la falta de claridad normativa y de gestión ha conducido, en la práctica, a una situación de alegaldad propicia para los menos escrupulosos.

*Santiago M. Álvarez Carreño, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de Murcia. Departamento de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Universidad de Murcia. C/Santo Cristo, nº 1. 30001-Murcia, santialv@um.es.

El capítulo segundo estudia la doctrina constitucional sobre la demanialidad y su incidencia en los derechos privados sobre aguas subterráneas. Partiendo de la fundamental STC 227/1988, de 29 de noviembre (ponente: Leguina Villa) los autores destacan que la Ley de Aguas reconoce los derechos de naturaleza privada preexistentes y permite a sus titulares mantenerlos o convertirlos en aprovechamientos temporales de aguas privadas (FJ 6º). Por su parte, el Catálogo y el Registro suponen un distinto grado de acreditación y comportan un diferente régimen de protección administrativa que no supone una ilegítima desigualdad de trato (FJ 8º). En este sentido, la Ley respeta la utilidad real de los derechos preexistentes, los caudales totales aprovechados y la facultad de disponer de los mismos (FJ 12º). El incremento de los caudales utilizados o la modificación del régimen de aprovechamiento “sólo si supone incremento de caudales o variación esencial de su objeto” requieren una concesión (FJ 14º de la STC 17/1990, de 7 de febrero —ponente: De la Vega Benayas). Por último, la doctrina constitucional recuerda que también estos derechos privados deben ejercerse con sujeción a las normas de sobreexplotación de acuíferos, sequía grave y otras limitaciones del uso del dominio público.

La inscripción en el registro de aguas de los aprovechamientos temporales de aguas privadas constituye el núcleo esencial del capítulo tercero. La prueba en este específico procedimiento administrativo, de acuerdo a la jurisprudencia del TS, se refiere tanto a la posesión del aprovechamiento, sus características y aforo, así como la falta de afección a otros aprovechamientos preexistentes. Especialmente conflictiva se ha planteado la determinación de la carga probatoria. En efecto, para el Alto Tribunal el usuario tiene la carga de acreditar la posesión del aprovechamiento, sus características, esto es, el destino del agua y la superficie regable, y el aforo (STS, de 5 de octubre de 2005 —ponente: Fernández Valverde). La Administración, por su parte, tiene la carga de probar que el aprovechamiento no afecta a otros usuarios legales preexistentes (SSTS, de 29 de enero de 2004 —ponente: Yagüe Gil— y, de 12 de noviembre de 2004 —ponente: Fernández Valverde). Otra de las principales cuestiones que ha debido resolver la práctica jurisprudencial reside en la determinación de los medios de prueba y su valoración, teniendo en cuenta que “hasta la Ley de Aguas de 1985 el aprovechamiento de las aguas subterráneas era una facultad accesoria del derecho de propiedad de la tierra, que se ejercía por los dueños sin más intervención administrativa que la autorización y registro por parte de la autoridad de minas” (pág. 40). De acuerdo con la jurisprudencia, la falta de prueba preconstituida no es imputable a los usuarios (STS de 20 de octubre de 2004 —ponente: Enríquez Sancho—).

Una vez examinado el régimen de inscripción en el Registro de Aguas los autores estudian, en el capítulo cuarto, la problemática relacionada con la inscripción en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas no sin advertir que “éstos no son compartimentos estancos, en el sentido de que una parte de la disciplina es común, lo que permite establecer ciertas analogías” (pág. 59). Una atención especial merece la inscripción de los pozos alumbrados antes de la Ley de Aguas que, sin embargo, no estaban puestos en explotación a su entrada en vigor cuya titularidad privada era ya discutida incluso bajo la vigencia de la vieja y centenaria Ley de 1879 (págs. 73 a 78).

En el capítulo quinto, la monografía afronta el debatido tema de la protección administrativa de estos derechos que ofrece tanto su inscripción en el Registro de Aguas como en el Catálogo. Para los autores, existen argumentos extraídos de la propia jurisprudencia (STS, de 29 de noviembre de 2000 —ponente: Ledesma Bartret) por los cuales la inscripción en el Catálogo no debe ser tratada de igual forma que las aguas no declaradas. En este sentido “el Tribunal Supremo siempre ha mantenido la necesidad de respetar los derechos preexistentes y la virtualidad del Catálogo para la legalización de los aprovechamientos de aguas que sigan siendo privadas” (pág. 89).

La interpretación del apartado segundo de las disposiciones transitorias 2ª y 3ª de la Ley de Aguas —preceptos que en la práctica se han convertido en un auténtico “semillero de conflictos” (pág. 93)— se estudia en el capítulo sexto. El problema hermenéutico suscitado por este precepto ha sido determinar qué se entiende por

“modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento” y la jurisprudencia recaída hasta la fecha permite además extraer algunos criterios generales orientadores sobre el significado de estos conceptos tan indeterminados (págs. 96 a 104).

Por su parte, el apartado cuarto de las disposiciones transitorias 2ª y 3ª de la Ley de Aguas establece que tanto en el caso de que se optara por la conversión del derecho en aprovechamiento temporal de aguas privadas, como en el caso de que se mantuviera la propiedad como hasta ese momento, estos aprovechamientos de aguas privadas están sometidos a las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a las limitaciones de uso del dominio público hidráulico. En definitiva, “sentado que los aprovechamientos de aguas privadas no pueden quedar al margen de estos reglamentos de necesidad, desde un punto de vista pragmático se ha discutido si la imposición de dichas limitaciones es indemnizable” (pág. 105). Como se analiza en el capítulo séptimo, el TC confirmó que estas determinaciones carecen de virtualidad expropiatoria “por tratarse de prescripciones generales que delimitan el contenido del derecho de propiedad privada (art. 33. 2 CE), de acuerdo con la función social que los bienes sobre los que recae, en este caso los recursos hidráulicos, están llamados a cumplir” (FJº 12 de la STC 227/87).

El capítulo octavo expone las dificultades interpretativas y aplicativas que ha planteado la transmisibilidad de estos derechos, a través del contrato de cesión de usos del agua o mediante los centros de intercambio (págs. 115-124). Por último, en el capítulo noveno, se recuerda que la jurisprudencia del TS ha adelantado que el derecho preferente para la obtención de la concesión que contempla la disposición transitoria segunda para quienes hayan optado por transformar su derecho de propiedad en aprovechamiento temporal de aguas privadas no excluye criterios de racionalidad, contemplación del interés público y orden de preferencia en el otorgamiento de las concesiones a que se refieren los arts. 59. 2 y 4, 60. 1 y 3 del TRLAg (STS, de 22 de septiembre de 2003 —ponente: Garzón Herrero).

Los profesores Delgado Piqueras y Gallego Córcoles han identificado de este modo los principales problemas que ha suscitado en la práctica de los últimos veinte años, a partir de unos preceptos transitorios de oscura redacción, la implantación del régimen demanial sobre la realidad preexistente de aprovechamientos privados de aguas subterráneas. Este estudio ha tenido muy presentes las opiniones de juristas expertos y, sobre todo, la doctrina finalmente consolidada en los tribunales. Las dificultades en uno y otro terreno han sido notables y sólo la pericia de estos acreditados investigadores del Derecho de Aguas consigue exponer, con una redacción clara y precisa, la disparidad de situaciones fácticas existentes y los criterios interpretativos finalmente asumidos en la doctrina reiterada de nuestro Tribunal Supremo.

El análisis y sistematización de la jurisprudencia pone de manifiesto que muchas de las dudas e incertidumbres que en su momento surgieron han sido finalmente despejadas. La casuística jurisprudencial ha afianzado una serie amplia de criterios sólidos y fundados respecto de las cuestiones sustantivas y procedimentales más polémicas, coadyuvando a la definición del contenido de los derechos y de la forma de su ejercicio. La eliminación de la inseguridad jurídica, merced a la unificación de las interpretaciones de la Ley en sede jurisprudencial, en buena lógica, ha de suponer un apaciguamiento de las tensiones y controversias entre la Administración y los usuarios. Al menos desde el punto de vista jurídico, esta relación encuentra un cauce finalmente claro. Tal y como ha decidido los conflictos la doctrina legal consolidada, los autores estiman que “el estado de las numerosas cuestiones se ha resuelto en unos términos que, si bien no compartimos en todos sus extremos, puede considerarse desde una perspectiva general, muy aceptable” (pág. 128).

Una vez que, en lo que se refiere al panorama jurídico, se alcanza un momento de calma —lo cual no pretende negar que las aguas puedan correr turbias por otros motivos— cabría pensar que los esfuerzos gubernamentales pueden dirigirse hacia otros terrenos más desabastecidos y necesitados de compromiso, como pueden ser los

organizativos y de gestión. El Ministerio de Medio Ambiente, sin embargo, parece haberse propuesto volver a reformar el régimen de las aguas subterráneas en unos términos, de acuerdo a los borradores de Proyecto de Ley de reforma del vigente Texto refundido avanzados, restrictivos para los usuarios de aguas subterráneas, a los que se hace responsables de las situaciones de desorden existentes en determinadas comarcas. Este proceso de reforma, al que se dedica un último apartado en forma de epílogo, subraya la oportunidad y necesidad del estudio realizado por cuanto, en opinión de sus autores, “desconoce algunos de los criterios consolidados por la jurisprudencia o bien parece ir directamente contra los mismos, estableciendo una regulación más restrictiva de los derechos de los titulares de aguas privadas” (pág. 21).

Resulta difícil, en una pocas páginas, comunicar el muy rico contenido de la presente monografía de los Profesores Delgado Piqueras y Gallego Córcoles que constituye, por la inédita profundidad de su análisis, por el rigor y amplitud de sus planteamientos y la perspectiva polemista adoptada, un instrumento imprescindible para todos aquellos operadores jurídicos relacionados, tanto en su vertiente teórica como práctica, con la problemática del reconocimiento, extensión y límites de los derechos privados sobre aguas subterráneas. Las referencias realizadas deben ser pues entendidas como una sugerencia para la insustituible lectura de esta obra que, realizada con el tesón y la pericia propias de reconocidos investigadores universitarios, nos descubren las entrañas de una cuestión nuclear del Derecho de Aguas.