

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXIV, FASCÍCULO III

Julio-septiembre, 2011



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)
Catedrático de Derecho civil

Dirección

JUAN VALLET DE GOYTISOLO (†)
Notario
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS
Letrado de la DGRN, Profesor Titular de Derecho civil
LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN
Catedrático de Derecho civil

Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO
Catedrático de Derecho civil

Coordinación

NIEVES FENOY PICÓN
Profesora Titular de Derecho civil

Consejo de Redacción

MARIANO ALONSO PÉREZ Catedrático de Derecho civil	FRANCISCO NÚÑEZ LAGOS Notario
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ Catedrático de Derecho civil	MANUEL OLIVENCIA RUIZ Catedrático de Derecho mercantil
JORGE CAFFARENA LAPORTA Catedrático de Derecho civil	FERNANDO PANTALEÓN PRIETO Catedrático de Derecho civil
GABRIEL GARCÍA CANTERO Catedrático de Derecho civil	ANTONIO PAU PEDRÓN Registrador de la Propiedad
ANTONIO GORDILLO CAÑAS Catedrático de Derecho civil	JOSÉ POVEDA DÍAZ Registrador de la Propiedad
VICENTE GUILARTE ZAPATERO Catedrático de Derecho civil	LUIS PUIG FERRIOL Catedrático de Derecho civil
ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS Catedrático de Derecho civil	IGNACIO SOLÍS VILLA Notario
JOSÉ ÁNGEL MARTÍNEZ SANCHIZ Notario	TEODORA F. TORRES GARCÍA Catedrática de Derecho civil
JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ Catedrático de Derecho civil	EVELIO VERDERA Y TUELLS Catedrático de Derecho mercantil

Colaboran en las tareas de redacción: Lis Paula San Miguel Pradera, Profesora Titular de Derecho civil; Máximo Juan Pérez García, Profesor Titular de Derecho civil, y Beatriz Gregoraci Fernández, Investigadora Ramón y Cajal de Derecho civil.

SUMARIO

Pág.

Estudios monográficos

Fernando PANTALEÓN: «Responsabilidad precontractual: propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos»	897
José Luis MOREU BALLONGA: «La propiedad privada “congelada” del agua, según el Tribunal Supremo»	931
M. ^a Eugenia RODRÍGUEZ MARTÍNEZ: «Garantías reales sobre bienes muebles comprados a plazos (hipoteca inmobiliaria extendida a los bienes muebles, hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento sobre bienes no pagados íntegramente)»	989
Silvia GASPAR LERA: «Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad»	1041

Vida jurídica

Carmen JEREZ DELGADO: «Fundación del Instituto Europeo de Derecho. European Law Institute»	1075
Reinhard ZIMMERMANN: «Retos del Instituto de Derecho Europeo», traducción de Antoni Vaquer Aloy	1079

Crónica de Derecho Privado Europeo

Coordinación: Esther ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: Miriam ANDERSON, Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, Lidia ARNAU RAVENTÓS, Esther ARROYO I AMAYUELAS, Alejandra DE LAMA AYMÀ, Martin EBERS, Mirko FACCIOLI, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, Laura HUICI SANCHO, Sonia MARTÍN SANTISTEBAN, Cédric MONFORT, Leire MUGUETA GARCÍA, Pedro DEL OLMO, Bárbara PASA, Javier POU DE AVILÉS SANZ, Rodolfo SACCO, M. ^a Paz SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Héctor SIMÓN MORENO, Mauro TESCARO, Belén TRIGO GARCÍA, Stefano TROIANO, M. ^a Luisa ZAHINO RUIZ	1099
---	------

Bibliografía

REVISTAS ESPAÑOLAS

Por Isabel ARANA DE LA FUENTE	1225
-------------------------------------	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIAS COMENTADAS

Luis DíEZ-PICAZO: «Sustitución fideicomisaria y derecho de acrecer (en torno a la STS de 18 de marzo de 2011)»	1259
--	------

SENTENCIAS

Coordinación: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Margarita CASTILLA BAREA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, M. ^a Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Gemma MINERO ALEJANDRE, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Juan David SÁNCHEZ CASTRO, Laura ZUMAQUERO GIL	1289
--	------

La propiedad privada «congelada» del agua, según el Tribunal Supremo

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El primer epígrafe del trabajo está dedicado a exponer una descripción del «estado de la cuestión» doctrinal y jurisprudencial sobre la propiedad privada de las aguas en el vigente Derecho español. A continuación, el trabajo se centra en explicar al lector la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, con aportación de sus antecedentes fácticos, además de los administrativos y judiciales. Esta Sentencia, según el autor, es la primera en la que el Tribunal Supremo se enfrenta directamente con el precepto legal de la disposición transitoria 3.ª, apartado 3.º, de la Ley de Aguas de 1985, precepto de significado oscuro y ampliamente estudiado por la doctrina científica. El sentido de la Sentencia de 27 de octubre de 2009, sorprendentemente, ha sido contrario al que había defendido con amplios argumentos la doctrina mayoritaria y de más autoridad, y además se ha dictado la Sentencia sin recoger ni contestar en absoluto esos argumentos mayoritarios cuidadosamente expuestos, en cambio, por las empresas recurrentes en su Recurso de Casación. En esencia, la Sentencia estudiada desconoce y contradice el principio tradicional de nuestro Derecho de la libre venta o transmisibilidad por el propietario privado de las aguas privadas de su propiedad. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias entienden, en cambio, subsistente ese principio jurídico en el Derecho actualmente vigente. En el último epígrafe se intenta reflexionar por el autor sobre la incidencia que pueda tener en el futuro la importante Sentencia aquí estudiada y sobre la problemática general de la aplicación de la Ley de Aguas vigente.

PALABRAS CLAVE

Propiedad privada del agua. Potestades administrativas. Procedimiento administrativo sancionador. Transmisibilidad del derecho de propiedad privada. «Contenido esencial» de la propiedad privada.

ABSTRACT

The first section of the present paper offers an introduction to the authoritative precedents and jurisprudence on private property of water resources in Spanish Law and provides a summary of the question. Then the paper focuses on the Judgment handed down by Supreme Court on October 27, 2009, considering also the administrative and judicial background and the facts in issue. According to the author, this Judgment represents the first occasion on which the Supreme Court had to deal directly with legal doctrine specified in temporary provision 3, section 3 of Water Act 1985. The above-mentioned legal doctrine is of doubtful interpretation and much scientific attention has been paid to it. The Supreme Court Judgment surprisingly contradicts what was so far considered the consistent and authoritative doctrina based on sound arguments. Besides, the Judgment has been rendered passing over the carefully displayed arguments presented by the appealing companies and therefore leaves them unanswered. The paper argues that this Judgment stands in contradiction to the traditional principle of free sale or conveyance by private owners of water on their property. The jurisprudential majority as well as the authoritative doctrina support instead the subsistence of this legal principle according to current regulation in Spanish Law. In the conclusion the paper evaluates the future impact of this far-reaching Judgment and discusses the general issue of current Water Act applicability.

KEY WORDS

Private property of water resources. Administrative discretionary power. Administrative disciplinary procedure. Conveyance of private property rights. “Contenido esencial” of private property.

SUMARIO: A. Breves indicaciones introductorias sobre la propiedad privada del agua. B. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009. 1. El supuesto de hecho y la resolución administrativa. 2. La doctrina de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia núm. 53/2005, de 28 de enero. 3. La doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009. 4. Valoración crítica de la doctrina sobre la pretendida propiedad privada «congelada» del agua. 5. Valoración resumida de algunos otros aspectos de la doctrina de la Sentencia estudiada. C. Enseñanzas de la Sentencia estudiada sobre el actual Derecho español de aguas.

A. BREVES INDICACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE LA PROPIEDAD PRIVADA DEL AGUA

Durante los últimos veinticinco años de vigencia de la anterior Ley de Aguas de 1879 se difundió bastante en la doctrina, sobre todo administrativista, una idea según la cual la llamada propiedad privada de ciertas aguas corrientes, como las de los manantiales naturales, no era una verdadera propiedad privada sino un mero derecho real de aprovechamiento privado de una corriente de agua pública, que incluso era, dicho derecho, según algunos, derecho accesorio a la finca e indisponible jurídicamente (no susceptible de venderse o enajenarse). Y algún autor había extendido esa explicación, más bien pensada para los manantiales naturales, y relativa a un mero derecho de aprovechamiento e indisponible, sin razón en absoluto a la vista de la tradición histórica y de la tajante letra de aquella legalidad, incluso a las corrientes de aguas subterráneas alumbradas¹.

Sin embargo, los argumentos de dicha teoría son en realidad muy endebles² y, por otra parte, dicha equivocada teoría no ha teni-

¹ Cfr. en tal sentido PÉREZ PÉREZ, Emilio, en su comentario a la Ley de aguas en los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, de EDERSA, dirigidos por el profesor ALBALADEJO, Tomo 5.º, 1991, pp. 11 a 17 y ésta última, sobre todo, y para la indisponibilidad de las aguas subterráneas, muy oscuramente, pp. 31-32, 578-579 y 583. Más abajo veremos que el TS no ha dado la razón, en general y salvo lo que se dirá sobre la Sentencia de 27 de octubre de 2009 aquí comentada, a esta infundada opinión. En este primer epígrafe voy a reproducir, en gran medida, una explicación sobre la propiedad privada del agua que he aportado en mi trabajo *Evolución histórica y normativa estatal actual sobre aguas subterráneas*, en el n.º 714 de la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2009, pp. 1769 a 1897, y en particular, pp. 1839 y ss.

² Esta cuestión, que considero cardinal, la tengo explicada, entre otros lugares, y con amplia información doctrinal, en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, de 1996, pp. 381 a 450. Posteriormente vino a coincidir sustancialmente con esa explicación, cambiando su opinión anterior, citándome, y aunque citando mi menos completo libro de 1990 y con alguna vacilación en algún punto, la explicación del profesor Sebastián MARTÍN RETORTILLO, a quien muchos consideramos la primera autoridad española en Derecho de aguas. Cfr. su *Derecho de aguas*, 1997, pp. 151 a 157, entre otras. Por lo demás, la brillantísima explicación de la célebre Exposición de Motivos de la Ley de aguas de 1866, atribuida al excelente jurista Pedro GÓMEZ de la SERNA y verdadero monumento de la historia del Derecho español de todos los tiempos, ya había dejado tajantemente zanjada y explicada la cuestión de la posibilidad de la propiedad privada sobre aguas corrientes, como tengo recogido en mi citado libro de 1996, pp. 382-383. A partir de entonces (1866), y durante un siglo, la doctrina ya no dudó seriamente sobre la posibilidad de la existencia de una propiedad privada sobre las aguas corrientes, aunque la falta de sentido histórico de la doctrina administrativista creó en los últimos veinticinco años la falsa polémica (sólo académica y sin apenas trascendencia jurisprudencial) a la que me refiero en el texto y que tanto ha degradado la técnica de la Ley de Aguas de 1985 y ha enturbiado su dogmática profunda. En la doctrina administrativista actual sigue faltando, al parecer, en gran medida, el conocimiento de esta realidad incuestionable de la existencia de una auténtica propiedad privada del agua como punto de partida para todo lo demás y como categoría claramente contrapuesta a la del dominio público del agua. EMBID IRUJO, Antonio, por ejemplo, ha vuelto a argumentar, pero desde un plano difuso de política legislativa y de Derecho comparado, y omitiendo la tajante y rotunda toma de postura en esto del Derecho español en las Leyes de

do prácticamente ninguna influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que durante más de un siglo ha sostenido siempre sin ninguna vacilación que la propiedad privada de las aguas, corrientes o no, y aunque con límites legales, era una de las clases de propiedad privada. Alguna vez recuerda el Tribunal Supremo la terminología del Código civil de «*propiedad especial*».³ Y en particular, también eran muy abundantes las sentencias del Tribunal Supremo que, aplicando la Ley de Aguas de 1879, reconocían o presuponían la plena disponibilidad o transmisibilidad jurídica sobre las aguas privadas⁴.

Ahora bien, las injustificadas dudas de la doctrina sobre si era o no posible una verdadera propiedad privada sobre el agua corriente en la anterior normativa han enturbiado un tanto la terminología de la Ley de Aguas de 1985 e incluso la de la importante Sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico núm. 6). En cuanto a la primera (hoy, el TR de 2001) elude siempre el término «*dominio*» o «*propiedad privada*» y se refiere en dos ocasiones a «*aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta ley*» (cfr. la disposición transitoria cuarta del TR vigente, que recoge tres veces esa desafortunada frase). Es un ejemplo perfecto de cómo la degradación doctrinal acaba produciendo degradación de la técnica legislativa.

Sin embargo, pese a esta ambigüedad terminológica de la Ley de 1985, es evidente que las disposiciones transitorias de la Ley de 1985 mantuvieron la propiedad privada sobre ciertas aguas (sobre las de los pozos, en particular). La letra del apartado 2.º de la disposición adicional 2.ª de la Ley 46/1999 ha venido a dar un

1866 y 1879, que es el que nos interesa, sobre una pretendida dificultad objetiva de configurar conceptualmente una propiedad privada sobre el agua, lo que, por cierto le lleva, al final de su trabajo, que pretende inspirar en un pensamiento político progresista, a considerar que no sería imprescindible la nacionalización de las aguas privadas en el futuro. Cfr. *A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa.*, en *Propiedades públicas*, n.º extraordinario de *Justicia Administrativa*, 2006, pp.185 y ss. y 204-205.

³ Cfr. por ejemplo, la Sentencia cont. adva. del TS de 30 de junio de 1998 (RAr. núm. 5903).

⁴ Cfr. de nuevo mi libro de 1996, pp. 420 a 433, donde aporto toda esa abundante y significativa jurisprudencia, que no he visto estudiada en ninguna otra obra, aparte de las argumentaciones jurídicas sobre la cuestión que considero correctas. Es posible, con todo, que la defectuosa doctrina que señalo en el texto haya causado algunos perjuicios, incluso antes de la Ley de Aguas de 1985, a la hora de oscurecer el concepto claro de lo que debía ser la cuantía de los derechos de propiedad privada sobre aguas. Por ejemplo, la Sentencia civil del TS de 31 de enero 1980 (RAr. núm. 339) afirmaba erróneamente, en mi opinión, que aunque un manantial natural propiedad de un heredamiento canario tenía un caudal de 2 litros por segundo, según unos aforos oficiales recogidos en una escritura pública notarial, ello no probaba suficientemente que ese volumen de agua hubiera sido efectivamente aprovechado por el heredamiento y que lo respetable de ese derecho era únicamente lo «realmente aprovechado» de ese caudal posible y legalmente aprovechable.

nuevo indicio de esta indiscutible interpretación (hoy disposición adicional 7.^a, apartado 2.^o del TR de 2001). Y lo mismo los nuevos rótulos puestos a las disposiciones transitorias 2.^a y 3.^a por el TR de 2001, en los que se alude, por fin con propiedad, a «*titulares de derechos sobre aguas privadas*» procedentes de manantiales o de pozos. Y este planteamiento de pervivencia de la propiedad privada sobre ciertas aguas ha quedado todavía más claro en las leyes canarias de aguas de 1987 y de 1990. En realidad, del apartado 1.^o de la disposición transitoria 4.^a de dicha Ley estatal (y hoy del TR de 2001) se deducía, según he advertido ya en varias ocasiones anteriores, una regla general de pervivencia de la propiedad privada del agua para todas las aguas que eran privadas bajo la Ley de 1879. La pretendida dominalización de las aguas privadas por la Ley de 1985 fue, en realidad, más bien una pseudodominialización.

La Sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional reconoce también la pervivencia de la propiedad privada de ciertas aguas, aunque con menos claridad y rotundidad de la que hubiera sido conveniente (cfr. párrafo 2.^o del Fundamento Jurídico núm. 8 y párrafo 4.^o de los Fundamentos Jurídicos 11.^o y 12.^o). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido también en muchísimas ocasiones la propiedad privada de ciertas aguas, como en la Sentencia de la Sala 1.^a de 28 de abril de 1994, en la que se reconoce la propiedad privada de unos pozos y su posible venta mediante un contrato privado de compraventa. O véanse también en el mismo sentido, y también sobre aguas subterráneas, las sentencias de la Sala 3.^a, Sección 6.^a, del Tribunal Supremo de 30 de enero y 14 de mayo de 1996, la de 18 de marzo de 1999, y la de la Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 4 de marzo de 1998, y otras muchas sentencias más con posterioridad. Ninguna sentencia del Tribunal Supremo ha negado, por supuesto, el carácter de propiedad privada de las aguas privadas. Aun así, veremos también que la degradación técnica y terminológica de la Ley de Aguas de 1985 tampoco ha dejado de perjudicar, a veces, a la doctrina del mismo Tribunal Supremo.

Incluso antes de que entrara en vigor la perturbadora disposición transitoria 2.^a de la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional, que ha provocado una extraña y parece que inconstitucional extinción de los derechos de propiedad privada sobre las aguas subterráneas que no se hayan inscrito en el Catálogo antes de octubre de 2001⁵,

⁵ Sobre la compleja interpretación de dicha norma legal de la Ley 10/2001, que está perfectamente vigente, y que ha causado gran daño a muchísimos derechos de propiedad sobre aguas privadas, véase mi trabajo citado de 2009 en la RCDI, n.º 714, pp. 1875 a 1884. Y una ampliación y profundización de ese estudio puede consultarse también en mi trabajo «*Las aguas privadas y la disposición transitoria 2.^a de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional*», publicado en el Libro Homenaje al Notario Victor Manuel GARRIDO DE PALMA, Ed. Thomson Reuters Civitas, 2010, pp. 517 a 539.

podemos decir ya que la Ley de Aguas de 1985 dejó en mayor penumbra de la que ya tenía antes bajo la Ley de 1879 la cuestión absolutamente crucial de cuál sea la cuantía de los derechos de propiedad privada sobre aguas subterráneas alumbradas con anterioridad al 1 de enero de 1986, día de entrada en vigor de dicha Ley de 1985.

En general, influida por la defectuosa terminología legal de las disposiciones transitorias de la vigente Ley de Aguas, y seguramente también que arrastrada por un planteamiento algo simplista de los recursos o demandas de los abogados, la abundante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre las mismas, discute de modo inmediato casi siempre solo sobre las superficies concretas de riego a inscribir en los dos registros administrativos sobre aguas existentes, y no sobre los caudales inscribibles, que son en rigor el verdadero objeto de la inscripción o inmatriculación, puesto que se trata de inmatricular en esencia la titularidad de derechos subjetivos de propiedad privada sobre caudales de agua determinados. Es también una mala línea de razonamiento la aceptada en alguna sentencia⁶ de que, discutiéndose los caudales concretos de un pozo, se afirme simplemente que serían estos los suficientes para cubrir las necesidades propias del cultivo a que se destinan los terrenos. En algunas ocasiones, absurda pero muy significativamente, el Tribunal Supremo ha llegado a afirmar en sus razonamientos, creyéndose a la letra la defectuosa terminología legal sobre inscripción de «*aprovechamientos*», que lo inscribible en esos registros administrativos eran hechos y no derechos subjetivos⁷. Por lo demás, conviene recordar que una cierta confusión entre derechos y hechos o aprovechamientos la introdujo también el legislador de 1985 respecto de las concesiones administrativas, por ejemplo, cuando decidió vincular en principio rígidamente las concesiones para riego a la propiedad privada sobre la finca del titular de la concesión correspondiente en el discutible y problemático artículo 59.4.º de la Ley de Aguas de 1985 (hoy, art. 61.4.º del TR de 2001), por completo ajeno a la mejor regulación al respecto de la Ley de 1879.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, a pesar de todo, aunque con dudas y vacilaciones, ha acertado a señalar en ocasiones, con buen sentido, que existían o eran inscribibles en el Registro de

⁶ Cfr., en tal sentido, la Sentencia cont. adva. del TS de 11 de febrero 2004 (RAr. núm. 1030).

⁷ Véanse, por ejemplo, en dicho sentido, las sentencias cont. advas. del TS de 9 de junio de 2004 (RAr. núm. 6311) y de 15 de diciembre de 2005 (RAr. de 2006, núm. 4190). Con toda razón critican esta afirmación jurisprudencial, respecto de la primera de estas sentencias, DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGO CÓRCOLES, ISABEL, en su libro *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial.*, 2007, pg. 90, nota 73.

Aguas o en el Catálogo de aguas privadas, derechos sobre aguas privadas sin exigir que estuvieran en explotación exactamente en el momento de entrar en vigor la Ley de Aguas de 1985⁸; o considerando que no se había probado que no estuvieran en explotación en dicho momento⁹; o que era inscribible en el Catálogo de Aguas Privadas la propiedad privada de un pozo cuando se solicitaba la inscripción de una cuantía de caudales inferior a la que se había adquirido y se tenía, pero con transformaciones en las técnicas de regadío y para regar una superficie mayor que la que antes se venía regando¹⁰; o que eran inscribibles en el Registro de Aguas derechos sobre aguas privadas en los que el solicitante de la inscripción o inmatriculación de su propiedad sobre un pozo no había conseguido probar la «no afección» a otros aprovechamientos preexistentes, prueba que, irrazonablemente y con rigor excesivo, le exige la letra de la ley para poder llevar a cabo la mencionada inscripción¹¹.

⁸ Véase, en dicho sentido, y muy bien argumentada (Ponente Fernando LEDESMA BARTRET), la Sentencia cont. adva. del TS de 20 de septiembre 2001 (RAR. núm. 7454). En sentido contrario, pero con argumentaciones más turbias y desorientándose el TS con la discutible idea de la «congelación» de los derechos subjetivos, véase la Sentencia cont. adva. de 23 de abril 2003 (RAR. núm. 3726). O también la Sentencia cont. adva. del TS de 12 de mayo de 2004 (RAR. núm. 4716), que afirma muy discutiblemente que lo que se trataba de inscribir en el Registro de Aguas era el régimen de explotación que antes existía, y no el que fuera posible con los «caudales utilizados». Sin embargo, aunque esa afirmación no deja de tener algo de apoyo en la letra de la ley, dada la falta de claridad de ideas de los autores de la Ley de Aguas de 1985, si se reflexiona en serio sobre lo que sea la propiedad privada de una corriente de agua, creo que conviene concluir que lo que deberían inscribirse serían los «caudales utilizables» en su momento por el propietario del pozo, mejor que no los «caudales utilizados», expresión legal desafortunada y que nos aboca a una inesquivable inseguridad jurídica.

⁹ Así, por ejemplo, y sin considerar decisivas en sentido contrario fotografías por satélite aportadas por la Administración que pretendidamente demostrarían la no utilización anterior de los pozos, las sentencias cont. advas. del TS de 12 de noviembre de 2004 (RAR. de 2005, núm. 1932); y de 21 de junio de 2005 (RAR. núm. 8966). Hay abundante jurisprudencia del TS sobre estos métodos de teledetección de regadíos, como modo de probar indirectamente los caudales de los pozos de propiedad privada, y que muestra, como no podía por menos de ocurrir, y como han demostrado cumplidamente DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, que el TS aprecia dichas fotografías por satélite como una prueba más sometida al principio de libertad de prueba. Cfr. de estos autores *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial.*, Albacete, 2007, pp. 42 a 47 y 55.

¹⁰ Se trata de la Sentencia cont. adva. del TS de 29 de noviembre 2000 (RAR. de 2001, núm. 43, ponente Fernando LEDESMA BARTRET).

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

Podríamos concluir esta parte de la explicación afirmando que el legislador de 1985, en la línea de lo que también estableció respecto de las antiguas concesiones administrativas sobre aguas públicas en la disposición transitoria 7.º de la Ley de 1985 (en el actual TR de 2001 es la disposición transitoria 6.ª)¹², pretendió sin duda aprovechar el trámite de la inscripción de los derechos sobre aguas privadas en el Registro de Aguas (no en el Catálogo de Aguas Privadas) para reducir en lo posible las cuantías de esos derechos desde su entidad teórica o documental hasta el nivel de la cantidad de agua que efectivamente viniera utilizándose en el momento de entrar en vigor la nueva Ley de 1985, y que dicha intención, aunque muy torpemente formulada, difícilmente puede desconocerse por el intérprete¹³. Pero lo que éste no debe tampoco desconocer es que esa torpeza en la formulación legal de la acaso lógica aspiración a la reducción de los derechos de propiedad sobre las aguas, al estar profundamente anclada en el desconocimiento de los contenidos de la antigua Ley de 1879 y de su dogmática y al apoyarse en un pensamiento confuso y dogmáticamente deficiente, resulta extraordinariamente difícil de precisar o concretar, en particular, en cuanto a la cuantía concreta de la posible reducción de las cuantías de esos derechos sobre aguas privadas. Sobre pensamiento del legislador deficiente y abstruso es imposible construir doctrinalmente con solidez al servicio de la seguridad jurídica¹⁴.

En fin, tampoco debería olvidar el intérprete que se enfrente a estas cuestiones que el principio civil tradicional sobre la propiedad aplicable también a la propiedad privada del agua es que la propiedad no se pierde por no uso (cfr. además, art. 411 del Código civil, *a sensu contrario*)¹⁵ y que es una hipótesis más bien acadé-

¹² Sobre las razones del completo fracaso de dicho precepto legal, véase mi libro de 1996, pp.493 a 497.

¹³ Véase el importante esfuerzo interpretativo que realicé sobre la cuestión en mi libro de 1996, pp. 475 a 493.

¹⁴ De ahí que no comparta el diagnóstico demasiado optimista y benévolo, en mi opinión, de DELGADO PIQUERAS y GALLEGU CÓRCOLES sobre la mucha utilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años sobre las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas, que creen suficiente como para dejar sin reformar legalmente dicho tan deficiente sistema normativo. Cfr. en su conjunto el, por lo demás, interesante trabajo, casi sólo jurisprudencial, de estos autores *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*. Es indudable que saben más Derecho los magistrados del Tribunal Supremo que los autores de la muy modesta Ley de Aguas de 1985 y no debe dejar de reconocerse el esfuerzo de racionalización hecho por el Alto Tribunal, pero este esfuerzo no cambia ni ha podido llegar a superar los graves defectos técnicos de la regulación legal y, como se intenta demostrar en este trabajo, no se han podido evitar por el TS, a la postre, algunas incoherencias e incluso claras injusticias. Debe decirse que algunos presentan una imagen bastante favorable del sistema transitorio de la Ley de Aguas. REVERTE NAVARRO, Antonio, lo califica curiosamente de «*sutil*». Cfr. su *Prólogo a la Legislación de aguas* de la Editorial Tecnos, 6.ª edición, 2000, pg. 23.

¹⁵ La Sentencia cont. adva. del TS de 22 de julio de 1998 (RAr. núm. 6909) declara inaplicables y caducadas unas antiguas autorizaciones administrativas (otorgada en 1931 y

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

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

No obstante, creo que la nueva propiedad privada sobre el agua habrá de representar libertad del titular en cuanto al uso o destino a dar a las aguas¹⁶, sin que le pueda afectar el orden de prelación de

ampliada en 1952) para alumbrar aguas o para profundizar un pozo en Canarias, para lo que propone una aplicación analógica del artículo 411 del Código civil, argumentando que el pozo llevaba sin usarse más de 30 años, y citando jurisprudencia anterior del propio TS que había declarado caducables y temporales las autorizaciones administrativas para alumbrar aguas subterráneas.

¹⁶ El TS ha afirmado sin razón en un par de ocasiones que el titular de aguas privadas subterráneas no podía cambiar el uso a que venía destinando las aguas al entrar en vigor la nueva Ley de Aguas. Así, en la Sentencia cont. adva. del TS de 14 de abril 2004 (RAr. núm. 4955), en relación al discutido cambio de destino a riego agrícola de las aguas para pasar a utilizarse para regar un campo de golf, pero en un supuesto en el que había en la zona muchas urbanizaciones y existía temor a la contaminación del acuífero. También en la Sentencia cont. adva. del TS de 21 de septiembre de 2005 (RAr. núm. 6906), en el que el TS se opuso a que aguas de pozos que se venían destinando a abrevadero pasaran a destinarse a aguas de regadío. Esta doctrina jurisprudencial no me parece convincente en absoluto. Obsérvese que el TS crea al propietario de las aguas una especie de obligación legal de uso de sus aguas para un fin determinado, que carece de toda justificación racional o legal. U obsérvese que, como luego veremos, el TS reconoce ampliamente al dueño de aguas privadas la capacidad de realizar todo tipo de actos de disposición sobre sus aguas y le niega en estas sentencias, sin lógica alguna, la capacidad de realizar actos de administración sobre sus propias aguas (el cambio de uso de las aguas es un acto de administración). En fin, veremos posteriormente la irracionalidad intrínseca de la idea de «congelación» de derechos subjetivos sobre aguas. Afortunadamente, también otras sentencias del TS definden, con mucho mejor criterio, la libertad completa de uso o destino de las aguas privadas

usos del art. 60 del TR; imposibilidad en principio de gravar con un canon las mencionadas aguas privadas¹⁷; susceptibilidad de éstas para ser libremente enajenadas¹⁸, sin que les sean aplicables los arts. 67 a 72 del TR; o susceptibilidad de ser usucapidas (art. 52.2.º del TR, *a sensu* contrario, y arts. 609 y 1930 del Código civil); o para ser susceptibles de posesión en concepto de dueño; y que deban quedar estas aguas privadas sustancialmente sustraídas a la planifi-

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

¹⁷ Según el artículo 115.2.º del TR, repetido también en el artículo 313.2.º del Reglamento de 1986-2003, el impago de los cánones o exacciones sobre el dominio público hidráulico dará lugar a la pérdida del derecho a la «utilización del dominio público hidráulico». No, por tanto, en su caso, a la pérdida del uso del agua por su propietario, posibilidad que ninguna norma de rango legal establece.

¹⁸ Véanse, admitiendo la libre transmisibilidad de aguas privadas subterráneas, y únicamente entre las sentencias más recientes y ya vigente la Ley de Aguas de 1985, las sentencias de nuestro TS de 28 de abril de 1994, (R.A. núm. 2976); de 30 de septiembre de 1996 (R.A. núm. 6532); implícitamente la de 30 de octubre de 1998 (R.A. núm. 9837); de 18 de noviembre de 1998, (R.A. núm. 7969); de 15 de enero de 1999, (R.A. núm. 12); y de 25 de marzo 1999, (R.A. núm. 2295). Véase también la Sentencia cont. adva. del TS de 2 de abril de 2001, (R.A. núm. 8987), que acepta con total normalidad una donación hecha en escritura pública de un derecho sobre aguas privadas de un pozo y afirma en general la transmisibilidad de las aguas privadas tanto *inter vivos* como *mortis causa*. O también las sentencias cont. advas. del TS de 20 de marzo de 2002, (R.A. núm. 2621); y de 23 de diciembre de 2002, (R.A. de 2003, núm. 1393). Igualmente la Sentencia cont. adva. del TS de 29 de enero de 2004 (R.A. núm. 662), y la Sentencia civil del TS de 29 de marzo de 2004 (R.A. núm. 2069). Implícitamente también la Sentencia cont. adva. del TS de 3 de noviembre de 2004 (R.A. núm. 6415). Véanse sobre esta cuestión, por ejemplo, los artículos 348, 557, 563 y 424 del Código civil y los artículos 22, 85 y 257 de la Ley de Aguas de 1879. O también el artículo 66 del Reglamento hipotecario ó 173 del Reglamento notarial de 1944. Parece que nadie ha podido citar nunca una sola sentencia del Tribunal Supremo que se haya atrevido a negar la libre transmisibilidad de las aguas privadas, parece que mantenida siempre por el Alto Tribunal desde que el mismo existe. Recogiendo algunas de estas sentencias del TS, se muestran favorables a la libre transmisibilidad de las aguas privadas subterráneas DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO, y GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, en *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, 2007, pp.115 a 124. Debo advertir al lector que en este punto de la transmisibilidad de los derechos sobre aguas la doctrina existente hasta el momento, la mayoría administrativista, me resulta bastante insatisfactoria por razones metodológicas de peso como, casi siempre, ignorar la tradición doctrinal y jurisprudencial en el tema o la incidencia importante en el mismo de la normativa hipotecaria. Tengo estudiado el tema intentando reflexionar sobre toda la complejidad que tiene y con todos los datos que parecen imprescindibles en mi trabajo *La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua*, en el Libro Homenaje al profesor AMORÓS GUARDIOLA, Tomo 1.º, Madrid 2006, pp. 1209 a 1287.

cación hidrológica¹⁹. El requisito de la disponibilidad de las aguas privadas también representa o presupone, en particular, la presunción de libertad del dominio; el que se puedan libremente negociar gravámenes o derechos personales sobre el dominio de las aguas; que la propiedad del agua sea hipotecable (arts. 107.5.º y 108.1.º de la Ley Hipotecaria) o embargable o expropiable (art. 423 del Código civil, sin que obste el art. 83.2.º TR); la posibilidad de celebrar contratos con los propietarios de fincas vecinas para la constitución de servidumbres de acueducto u otras servidumbres voluntarias o de pedir a la Administración la constitución forzosa de servidumbres en su favor cuando las requieran los dueños de pozos (art. 48 TR y art. 557 del Código civil); o la posibilidad de renunciar libremente al dominio del agua, haciéndose entonces públicas las aguas automáticamente por ministerio de la ley, y ello sin necesidad de recurrir, como los concesionarios de aguas públicas, a un expediente administrativo para renunciar a su derecho y sin necesitar la aceptación de la Administración hidráulica para que la renuncia tenga efectos administrativos (cfr. art. 53.1.º, letra *d*, y 2.º del TR y art. 167 del Reglamento de 1986-2003, «*a sensu contrario*»).

Cuando exista copropiedad de aguas privadas, lo que es muy frecuente en los pozos profundos y de gran caudal administrados a veces por Sociedades Agrarias de Transformación u otras sociedades civiles, serán aplicables los artículos 392 y siguientes del Código civil. Y salvo que negocialmente se excluya, lo que con frecuencia se hace al enajenar aguas privadas, será aplicable a las aguas privadas en copropiedad, el retracto de comuneros del artículo 1522 del Código civil²⁰. Y desde luego, los propietarios de aguas privadas de pozos o de otro tipo (manantiales o lagunas) son perfectamente libres de crear asociaciones de cualquier tipo o sociedades civiles o mercantiles o sociedades agrarias de transformación, o cooperativas, o comunidades de bienes, etc. (art. 1255

¹⁹ Sobre esta trascendente cuestión creo que no existe todavía ninguna sentencia del TS que aporte afirmaciones o reflexiones apreciables.

²⁰ La breve pero interesante Ley de Heredamientos de aguas para Canarias de 27 de diciembre de 1956, aparte de regular muy bien la inscripción en el Registro de la Propiedad tanto de los derechos sobre las aguas privadas en conjunto de dichos Heredamientos como la de las cuotas de agua de cada comunero, como «fincas independientes» éstas últimas, entendía, para facilitar el buen funcionamiento del mercado del agua, que por ley quedaban excluidas la acción divisoria de la cosa común del artículo 400 del Código civil y el retracto de comuneros del artículo 1522 del Código civil. En toda España en las ventas de cuotas o «acciones» de aguas privadas de caudales de grandes pozos de propiedad privada, se usa en efecto, al menos donde los notarios tiene experiencia en estos contratos, la introducción de la renuncia al retracto de comuneros en el título transmisivo de las correspondientes «acciones» de aguas privadas de pozos. Imagino que también, aunque no lo he comprobado, la renuncia a la acción divisoria de la cosa común, acaso con todo menos necesaria en la práctica. Cfr. mi libro *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Publicaciones Universitarias de Zaragoza, 1990, pp. 216 a 218.

y 35.2.º, 1665 y 1670 del Código civil), sin necesidad de aprobación de la Administración hidráulica, siendo ese el principio general, del que son solo excepciones legales los casos (cfr. arts. 87 y 88 del TR) en los que el Organismo de cuenca puede imponer motivadamente, y como acto administrativo en última instancia discutible ante los tribunales, la constitución de comunidades de usuarios de las reguladas en los artículos 81 y siguientes del TR, legalmente calificadas como corporaciones de Derecho público²¹. La problemática operatividad de estas excepciones legales sí que acaso podría llegar a impedir la constitución de nuevas sociedades privadas de titulares de pozos de aguas privadas, con todo, cuando estén ya constituidas o en constitución en el mismo acuífero o unidad hidrogeológica comunidades de regantes o de usuarios de las reguladas en los artículos 81 y siguientes del TR.

Aparte de ello, la propiedad privada del agua o los derechos derivados de la misma tendrán la plena protección del Registro de la Propiedad²² cuando hayan tenido acceso al mismo mediante la pertinente inmatriculación²³. Y más en general, los propietarios de

²¹ Me parece, por tanto, claramente errónea y mal argumentada la doctrina de la Sentencia cont. adva. del TS de 30 de enero 2004 (RAr. núm. 919), que considera irregular la constitución de una asociación de propietarios de pozos de aguas privadas por haberse realizado tal constitución cuando ya estaba vigente la Ley de Aguas de 1985, pensando que, por ese solo hecho y sin que mediara, al parecer, requerimiento ninguno por parte de la Administración hidráulica, los dueños de aguas privadas tenían que haber constituido una comunidad de usuarios de las de los artículos 81 y ss del TR. El TS, además, consideró que la actividad de esa asociación que administraba los pozos destinados al riego era una actividad empresarial que devengaba el Impuesto del Valor Añadido.

²² Plena protección del Registro de la Propiedad sobre las aguas privadas, o incluso públicas en su caso, que es indudable y que fue reconocida de pasada en la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre. No conozco ninguna sentencia del TS que se haya explayado en explicar o argumentar con cuidado esta importante cuestión, aunque sí que hay muchas que, más o menos incidentalmente, afirman esa protección del Registro de la Propiedad sobre las aguas privadas, en particular. Cfr. por ejemplo, la Sentencia civil del TS de 6 de diciembre de 1887 (CL, tomo 62, núm. 152, pp. 620 a 638); que por cierto afirma también el carácter de derecho real del relativo a unas aguas cuyo título originario databa de 1488 y de las que no se llega a afirmar si eran aguas públicas o privadas. O la Sentencia civil del TS de 4 de marzo de 1997 (RAr. núm. 1648), en la que se afirma rotundamente la superioridad y prevalencia del Registro de la Propiedad sobre el Catastro. Cfr. también las sentencias cont. advas. del TS de 5 de julio de 1963 (RAr. núm. 3453); de 17 de febrero de 1979 (RAr. núm. 1364); la civil de 31 de enero de 1980 (RAr. núm. 339); de 21 de diciembre de 2000 (RAr. núm. 9735); ó de 27 de junio de 2006 (RAr. núm. 5972). En fin, tengo citadas muchas otras sentencias en esta línea descrita en mi libro de 1996, pp. 672-673, nota 394.

²³ La pertinente inmatriculación en el Registro de la Propiedad se realizará por los medios ordinarios de la legislación hipotecaria y hay que tener en cuenta el artículo 66 del Reglamento Hipotecario, relativo a las aguas privadas. Este precepto, que permite con gran acierto la inmatriculación de pozos de propiedad privada como «fincas independientes», contra lo que algunos han opinado, sigue sustancialmente vigente y perfectamente útil. Hoy hay que tener también en cuenta los artículos 317 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Sobre la cuestión, puede verse la reflexión de mi libro de 1996, pp. 242 a 246. Véase también la muy solvente explicación de ROCA SASTRE, Ramón María, ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis y MADRILEJOS FERNÁNDEZ, Alfonso, *Derecho hipotecario*, Tomo 5.º, 8.ª edición, Barcelona, 1997, pp. 198 a 232. Criticable y muy insuficiente y

aguas tendrán todas las acciones civiles de defensa de su derecho, como la acción reivindicatoria o declarativa de propiedad (incluso frente a los ataques del tramo subterráneo de la corriente de aguas privadas objeto del derecho de propiedad, ataques que son los más frecuentes); las acciones posesorias; la acción real registral, en su caso; etc. En cuanto a la cuantía de los derechos de propiedad sobre aguas subterráneas se determinarán por aplicación del bloque de normas de la Ley de Aguas de 1879 y del Código civil, aplicables por la irretroactividad de las disposiciones transitorias 2.^a a 4.^a del TR de aguas de 2001, y además, o por dicha irretroactividad o al menos subsidiariamente, por los artículos 384 y siguientes del Código civil sobre deslinde de propiedades inmuebles, que sin duda lo son las propiedades sobre aguas, incluidas las propiedades que son dominio público hidráulico, aplicables al menos esos preceptos, a falta de criterio legal claro, por analogía. En fin, se deduce del sistema transitorio de la vigente Ley de Aguas que la propiedad privada de los pozos es indefinida en la mayor parte de los casos y temporal por 50 años en otros, con prevista conversión entonces, al final de ese plazo, del derecho en una concesión administrativa a favor del antiguo dueño de las aguas.

Por exigencias del sistema, junto con el conocimiento de los antecedentes históricos, no cabe interpretar con normalidad o amplitud aquellos preceptos limitativos de la propiedad privada de las disposiciones transitorias del TR, como hacen equivocadamente algunos autores²⁴ Y menos desde que el Texto Refundido de 2001 ha suprimido la (razonable, por lo demás) idea de la subsistencia del Código civil sólo en lo no contradictorio con la legislación de aguas (Disposición derogatoria de la Ley de Aguas de 1985, apartado 1.º,

defectuosa argumentada me parece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 2005 (RAr. núm. 5368), que consideró que para la inmatriculación de un pozo de aguas privadas en el Registro de la Propiedad se necesitaba previamente el requisito de la inscripción de ese mismo pozo, y la certificación correspondiente, en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca. El criterio razonable es el de la Sentencia civil del TS de 7 de diciembre 1961 (RAr. núm. 4452), que consideró válida la inscripción de un aprovechamiento de aguas públicas hecha en el Registro de la Propiedad sin la correspondiente previa inscripción en el Registro administrativo entonces vigente. En la misma línea véase la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 1960 (RAr. núm. 166). Sobre la cuestión mi libro de 1996, pp 675-676, y nota 406. La citada Resolución de la DGRN de 23 de abril 2005 la he criticado en mi trabajo *La oscura y deficiente regulación del llamado mercado del agua*, en el Libro Homenaje al profesor AMORÓS GUARDIOLA, 2006, Tomo 1.º, pp. 1270 a 1271.

²⁴ Entre esos autores podrían incluirse, por ejemplo, PÉREZ PÉREZ, Emilio; DEL SAZ CORDERO, Silvia, aunque ha rectificado un tanto en trabajos posteriores; y MAS BADÍA, María Dolores. Cfr., respectivamente, los citados comentarios a la Ley de Aguas del primero en los *Comentarios de EDERSA*, dirigidos por ALBALADEJO, 1991, 657 pp.; de la segunda, *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de aguas)*, Madrid, 1990, 387 pp; y de la tercera *El nuevo régimen jurídico de las aguas (Intereses privados en la Ley de Aguas)*, Valencia, 1993, 308 pp.

párrafo 3.º) y ha dejado sólo el rotundo e irrazonable principio de que el Código civil se aplica en todo lo no «*expresamente*» regulado en la legislación de aguas (Disposición final 1.ª del TR). Aquí la torpeza tantas veces denunciada del legislador de 1985 proyectaba una directriz general de interpretación propietarista y liberal de todo nuestro sistema legal de las aguas privadas. Y hoy aparece potenciada, así, al mantenerse el precepto, dicha directriz liberal.

Añadamos, finalmente, que esta explicación en clave civilista clásica sobre el régimen jurídico de las aguas privadas tiene el sólido anclaje constitucional en la reserva legal del derecho de propiedad; en la prohibición para el legislador de modificar el «*contenido esencial*» del derecho de propiedad y en la protección general de la propiedad privada que impone nuestra Constitución (arts. 53.1.º y 33)²⁵.

Según el apartado 3.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª del TR: «*En cualquiera de los supuestos anteriores, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación, según lo establecido en la presente ley*».

Se ha dicho expresivamente de esta norma que «congel» los derechos sobre aguas privadas que perviven bajo la Ley de 1985²⁶. La norma se redactó para un anteproyecto de ley del otoño de 1983 en el que estaba prevista la total publicación de todas las aguas y la extinción de todas las aguas privadas al cabo de un plazo de 50 años y en aquel anteproyecto tenía sentido. En el sistema de las actuales disposiciones transitorias, en cambio, la norma es profundamente ilógica, pese a haber recibido la bendición de la Sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico n.º 12)²⁷. Por eso, aunque se haya intentado sugerir algún fundamento razonable para

²⁵ La ya comentada e interesante Sentencia cont. adva. del TS de 3 de octubre 2006 (RAR de 2007, núm. 4205, ponente Jesús Ernesto PECES MORATE) afirma que, en un supuesto en que la Administración intenta sustituir un pozo de aguas privadas e inscrito en el Registro de Aguas por otro diferente, y situado en otro lugar, que autorizó en efecto, pero con menos caudales que el pozo originario, dicha Administración incurrió en vulneración de los artículos 33.3.º de la Constitución, 349 del Código civil, y 9 a 52 de la vigente Ley de Expropiación Forzosa.

²⁶ Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Informe Jurídico al Proyecto de Ley de Aguas*, junto con LLAMAS MADURGA, Manuel Ramón, multicopiado, 1985, pp. 119 a 122. La afirmación, que hizo fortuna en la doctrina posterior, la hacía el autor como una metáfora graciosa y pedagógica, junto a la de la similitud de estos derechos con las «reservas» de los indios norteamericanos.

²⁷ Cfr. el comentario y matizaciones que hice a la doctrina en esto del Tribunal Constitucional, doctrina que ya he señalado flojeaba claramente en algunos aspectos de Derecho civil, aunque tuvo la prudencia de reducir al mínimo los pronunciamientos sobre esa rama del Derecho, en mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, pp. 542 a 544.

esa norma²⁸, se ha interpretado en casi toda la doctrina restrictivamente, afirmándose que no debería impedir las reformas del aprovechamiento que traten de mantener el equilibrio económico del mismo o el caudal utilizado²⁹; o que no debería impedir las reformas que, como la profundización de pozos, se dirijan a mantener el caudal anteriormente aprovechado³⁰; o que no debería impedir las reformas del aprovechamiento que no perjudiquen a otros usuarios o que no perjudiquen cuantitativa o cualitativamente el acuífero³¹. La disposición transitoria tercera, apartado 2, letra *b*, de la Ley de Aguas canaria de 1990 coincide con ésta última directriz interpretativa propuesta para la Ley estatal de aguas de 1985.

Las opiniones de algunos autores³² apartándose de estas orientaciones doctrinales señaladas y mayoritarias y pretendiendo tomarse en serio, hasta sus últimas consecuencias, la «congelación» de la propiedad privada del agua, me parecen poco meditadas y hasta irrazonables. Y aparte de irrazonables, pueden ser legi-

²⁸ Por ejemplo, GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, parece haber sugerido un paralelismo entre este precepto transitorio de la Ley de Aguas y la categoría del Derecho urbanístico de las «cosas fuera de ordenación». Pero parece forzosísima la sugerencia, que el autor no formula además con total precisión, por el significado tan diferente de la planificación urbanística y la relativa a las aguas públicas. Cfr. esta opinión en la obra colectiva, junto a otros dos autores, *El Derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986, pp. 411-412 y 409.

²⁹ Cfr. De la CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel, *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, 1989, pp. 118 a 121.

³⁰ Cfr. Del SAZ CORDERO, Silvia, *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de Aguas)*, 1990, pp. 76 a 78 y 217 a 222.

³¹ Cfr. mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, 1996, pp. 540 y ss. y 547, en particular. También, aceptando ampliamente mi explicación, Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Derecho de aguas*, 1997, pp. 144 a 146 y nota 110. Cfr. también MORELL OCAÑA, Luis, *Las titularidades sobre aguas privadas*, Revista de Administración Pública, núm. 154, 2001, pp. 39-40. Cfr. También en la misma línea, SASTRE BECEIRO, Mónica, *Propiedad pública o privada de los humedales y aguas subterráneas*, en el libro colectivo *Conflictos entre el desarrollo de las aguas subterráneas y la conservación de los humedales: aspectos legales, institucionales y económicos*, Fundación Marcelino BOTÍN, Ediciones Mundi Prensas, 2003, pp. 84 a 92.

³² Aparte de lo ya antes señalado de PÉREZ PÉREZ, Emilio, en su libro de 1991, véase también su libro *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario.*, Barcelona, 1998, pp. 51 a 82 y 121 ss. Sobre dicho libro véase la cuidada recensión que publiqué en el Anuario de Derecho Civil de 2000, fascículo 3.º, pp. 1054 a 1073. Por otra parte, también EMBID IRUJO, Antonio, considera igualmente que el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª es un precepto legal coherente, aunque con una dura solución, pero que es la de la Ley, y entiende que los derechos de propiedad quedaron «absolutamente congelados», hasta el punto de que se impediría su transmisibilidad, según él, y ello, porque, de no entenderse así el precepto, cree que «se vendría abajo» todo el régimen de opciones y consecuencias previsto en la Ley de 1985. El autor ha prescindido de la abundantísima doctrina existente sobre la cuestión y cita una única Sentencia del TS, la de 14 de abril de 2004, Sentencia que recoge y elogia. Cfr. su citado trabajo *A vueltas con la propiedad de las aguas, ... en el núm. extraordinario de Justicia Administrativa*, 2006, pp. 192, 194, nota 5.ª, 200 y 203. Aparte de todas las razones que explico en el texto, en este mismo trabajo he dado razones de peso para considerar también esa Sentencia de 14 de abril de 2004, incoherente con muchísimas otras sentencias del propio TS, poco sensata en su solución e incoherente con el conjunto de nuestro sistema legal de las aguas.

timadoras o alentadoras de comportamientos de la Administración que signifiquen una auténtica desviación de poder, si se utiliza la potestad sancionadora como forma de presionar a los propietarios de aguas privadas para que soliciten una concesión administrativa (o sea, en el fondo, para que renuncien a la propiedad privada de sus aguas).

En fin, creo que la mencionada idea de la «congelación» de la propiedad privada es la cuadratura del círculo: un inconsciente o involuntario invento de personas, las redactoras de la norma, que no tenían clara ni la noción de propiedad privada ni la de dominio público. Personas que habían perdido completamente la noción de esa distinción que brillantemente trazara la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866 y distinción sobre la que, entre otras claras ideas de las leyes liberales de aguas, los agentes jurídicos españoles habían construido sólidamente un buen Derecho de aguas. Los derechos subjetivos, con el derecho de propiedad en cabeza, los reconocen las leyes para la vida social, que es movediza y cambiante y, si bien se piensa, esto de un pretendido derecho subjetivo «congelado» es un auténtico sinsentido. Sin embargo es la teoría que ha acogido con gran nitidez y en un caso claro y perfectamente normal, y que podría ser hasta frecuente, y por tanto de gran incidencia social futura si no se rectifica, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo, Sección 5.^a, de 27 de octubre de 2009, Sentencia que paso a comentar a continuación.

B. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE OCTUBRE DE 2009

1. EL SUPUESTO DE HECHO Y LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

A principios de los años setenta del siglo pasado la empresa NEASA había alumbrado a sus expensas los pozos denominados Arga y Llobregat con base en los artículos 22 y 23 de la Ley de Aguas de 1879 y artículos 417 y 418 del Código civil. Los hizo aforar a efectos de su inmatriculación o inscripción en el antiguo Registro de Manantiales de las antiguas Jefaturas de Minas regulado por el Decreto de 23 de agosto de 1934, obteniendo unos aforos de, para el pozo denominado Arga, 108,69 litros por segundo; y para el pozo denominado Llobregat de 102,99 litros por segundo. En el año 1980 la empresa NEASA inmatriculó también

ambos pozos en el Registro de la Propiedad de Yecla por la vía de la declaración de obra nueva regulada en la legislación hipotecaria (arts. 208 de la LH y 308 del RH).

El importante chorro de agua o los caudales que representan estos pozos, de propiedad privada, están divididos para su comercio más ágil en «acciones» o «participaciones» del total caudal aforado, que no son sino cuotas de la copropiedad total de los caudales de cada pozo. Estas cuotas de condominio circulan en el tráfico a base de renunciar el transmitente al realizarse la transmisión de las «acciones» al retracto de comuneros del Código civil del artículo 1522, y reflejando esa renuncia el Registrador, tomada de la escritura pública correspondiente, en el folio registral, como carga real impeditiva de la eficacia del retracto, para que sea oponible la renuncia al retracto a los subadquirentes y adquiera así cada «acción» de aguas privadas plena autonomía en el tráfico jurídico. La cuantía de cada «acción» de aguas privadas es perfectamente conocida, al menos, en el ámbito de toda la región levantina. Cada «acción», con arreglo al caudal aforado, según los usos, permite el riego de una tahúlla de tierra, o sea, once áreas y dieciocho centiáreas, haciéndose esta determinación a base de estimar bastante para el riego de una tahúlla ochenta metros cúbicos de agua en tandas de treinta días.

En contrato otorgado en escritura pública el 11 de octubre de 1982 la empresa NEASA vendió todas las «acciones» de los pozos denominados Arga y Llobregat a la empresa Lucentum S.A. Y en contrato también otorgado en escritura pública de 21 de abril de 1998 la empresa Lucentum S.A. vendió a la Sociedad Agraria de Transformación (SAT, en adelante) Carche Raspay 2670 acciones de aguas privadas del pozo denominado Arga y 3266 acciones de aguas privadas del pozo denominado Llobregat. La SAT Carche Raspay es una importante sociedad civil con unos 250 socios, la mayoría agricultores y ganaderos modestos, y cuyas actividades agrarias con aguas subterráneas privadas para riegos de socorro, sobre todo en cultivos de vid, se extienden a más de 2.500 hectáreas. La vida económica de una amplia zona depende de las aguas subterráneas privadas de los pozos Arga y Llobregat.

En fechas posteriores a las de los hechos referidos, la SAT Carche Raspay fue realizando diversas ventas de acciones de aguas privadas de los mencionados pozos a diversos socios de la propia SAT y entre ellos, a las empresas Carche Olmo, SLUnipersonal (SLU, en adelante) y a diversos socios de la SAT Valle de la Pila. El resultado final de esta evolución digamos que histórica de los pozos Arga y Llobregat es que las aguas privadas de los mismos son propiedad o

copropiedad de un gran número de copropietarios o titulares de las «acciones» de aguas privadas, no siendo propiedad los pozos, como chorro de agua o conjunto de caudales, de la SAT Carche Raspay. La SAT Carche Raspay, constituida en un contrato de 18 de agosto de 1993, es una sociedad civil de responsabilidad limitada, que administra el agua de los pozos y la hace llegar a sus diversos copropietarios. Tampoco es la SAT Carche Raspay propietaria de la tubería de riego, que es copropiedad de un conjunto de regantes de la zona, dueños de ciertas fincas, conforme al contrato constitutivo de la copropiedad *pro indiviso* celebrado entre ellos de 1 de marzo de 2000. La SAT Carche Raspay administra también la tubería de riego por tolerancia de los copropietarios de la misma. Conforme a los Estatutos de la SAT Carche Raspay y a acuerdos expresos de la misma Sociedad en dicho sentido, se procura que todos los titulares de «acciones» de aguas privadas o condueños de ellas las inscriban en el Registro de la Propiedad y, mientras no lo hagan, no se les da agua de la tubería de riego central.

A lo largo de 1999 y primeros meses de 2000 diversos socios de la SAT Carche Raspay, y entre ellos Carche Olmo, SLU, pusieron en regadío fincas de su propiedad con el agua privada que habían adquirido por compra de la propia SAT Carche Raspay, como se acaba de explicar. Entre todos estos nuevos regantes con «acciones» de aguas privadas habían puesto, en conjunto, en regadío en los citados meses, unas seiscientas hectáreas de regadío. A algunos de los nuevos regantes la Administración no les inquietó ni imputó regadío ilegal directamente (sí responsabilidad por los riegos con aguas privadas de otros, en tanto que socios de la SAT Carche Raspay, persona jurídica imputada en varios procedimientos sancionadores, como vamos a ver).

El 5 de septiembre de 2000 se acordó por la Confederación Hidrográfica del Segura (en adelante, CHS) la apertura de expediente sancionador a la SAT Carche Raspay y a la sociedad Casas del Señor, SL, hoy Sociedad Carche Olmo, SLU, pretendiendo que se había dado un supuesto de regadío ilegal, al proporcionar la primera sociedad a la segunda aguas de sus pozos de propiedad privada denominados Arga y Llobregat para regar en el paraje «Casas del Olmo», paraje hasta entonces de secano, en el término municipal de Jumilla, provincia de Murcia, y sin haber obtenido previa autorización o concesión administrativa de la Confederación Hidrográfica. Se denunció un regadío ilegal en tierras antes de secano de unas 80 hectáreas de vid de secano por el sistema de goteo. El expediente fue señalado como el D-349/2000. El origen concreto del expediente se sabe que pro-

cede de una denuncia de una vecina de las recurrentes, doña María Eugenia E.M., que incorporaba a su escrito de denuncia recortes de prensa sobre los regadíos ilegales con pozos (pozos clandestinos alumbrados tras la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, con toda probabilidad).

A consecuencia de este Expediente, en cuya instrucción se omitió el trámite de audiencia, y en resolución de fecha 19 de febrero de 2001, el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura impuso sendas multas de 500.000 pta. cada una a la SAT Carche Raspay y a la sociedad Casas del Señor, SL, hoy Carche Olmo, SLU y, a esta última Sociedad, prohibición de regar en lo sucesivo en su finca sin previa autorización administrativa. El 23 de marzo de 2001 ambas sociedades interpusieron sendos recursos de reposición contra esas sanciones impuestas el 19 de febrero de 2001.

Los recursos de reposición interpuestos por las dos sociedades recurrentes quedaron desestimados por silencio administrativo el 7 de julio de 2001, al quedar finalizado el plazo máximo de 3 meses de suspensión del plazo de resolución de dichos recursos que autoriza el artículo 42.5.º, letra c), de la Ley 30/1992 y suspensión del plazo que la propia Administración había solicitado. Sin embargo, y sin duda con base en el artículo 43.4.º de la Ley 30/1992, la Presidencia de la CHS desestimó todavía expresamente los recursos de reposición, acumulados, de ambas sociedades recurrentes, en Resolución expresa y motivada de fecha (aunque hay una cierta duda de si sea el 4 o el 10) 4 de septiembre de 2001.

Los recursos de reposición de 23 de marzo de 2001 alegaban, entre otras cosas, que los artículos 108, letra g), de la Ley de Aguas y 315, letra j), y artículo 93 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986 o eran preceptos muy genéricos o se referían solo a las aguas públicas pero no a las privadas, como las que se habían usado en el paraje denunciado por regadío ilegal. Y se alegaba también que las aguas de los pozos Arga y Llobregat, al ser privadas, por aplicación de las disposiciones transitorias 2.ª a 4.ª, y en particular por la 3.ª de la Ley de Aguas, era transmisibles y trasladables libremente por sus dueños, que las habían trasladado por una servidumbre de acueducto de constitución voluntaria totalmente legal (una tubería subterránea que atravesaba fincas cuyos dueños habían dado todos su aceptación). Se alegaba también que las «acciones» de aguas privadas propiedad de los dueños de las fincas denunciadas eran, en tanto que cantidad de agua, más que suficientes para regar esas 80 hectáreas de pretendido regadío ilegal, y que, en tanto que bienes inmuebles inmatriculados en el Registro de la Propiedad, les eran aplicables las presunciones derivadas de los

artículos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria, presunciones que en absoluto habían sido desvirtuadas por la Administración con sus meras invocaciones de «ampliación de regadíos» y de «regadío ilegal». Una cosa es trasladar el agua o el regadío, se argumentaba, y otra muy distinta, «ampliar» los regadíos.

La Resolución de la Presidencia de la CHS de 4 de septiembre de 2001 reconocía, en su Consideración 2.^a, el mantenimiento por la Ley de Aguas de ciertas «situaciones» (significativo: no de derechos o titularidades) anteriores a su entrada en vigor en enero de 1986, advirtiendo que «no se iba a poner en entredicho el mantenimiento de la titularidad de dicha agua en la misma forma y grado de que disfrutaban, pero sí el uso que de ella se haga». Incluso reconocía la Resolución que «no se cuestionaba» la existencia de unas inscripciones de los derechos de las recurrentes en el Registro de las Jefaturas de Minas de 1934 y en el Registro de la Propiedad que les daban la presunción de exactitud posesoria según los artículos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria. Pero contraargumentaba que la Administración era responsable del buen uso que se haya de realizar del agua, y reproducía el apartado 3.º de la Disposición transitoria 3.^a de la Ley de Aguas, en la que reconocía el establecimiento de unos «mecanismos para que, ya sea de motu propio u obligados por las circunstancias, los titulares de esos aprovechamientos se vean avocados (sic: «abogados», debió decir, evidentemente) a pedir, con carácter preferente, una concesión administrativa». Y a continuación citaba cinco sentencias, de las que tres del Tribunal Supremo, que según afirmaba la Resolución, habían recogido esa doctrina.

En la Consideración 3.^a de la Resolución de 4 de septiembre de 2001 argumenta la Administración que el hecho de estar «abogados» los dueños de aguas privadas a tener que pedir una concesión administrativa no lo desconocían ellos mismos, puesto que en los inicios de la tramitación del expediente D-349/2000 habían aducido e informado de que desde el 14 de diciembre de 2000 estaban gestionando la tramitación de una concesión administrativa sobre las aguas de los pozos Arga y Llobregat para regar en la zona que la Administración había denunciado como de regadío ilegal. Y ello, argumenta la Resolución, se contradice con lo argumentado luego en los recursos de reposición de 23 de marzo de 2001, cuando ya no se alude a pedir concesión administrativa alguna. Además, la Resolución argumenta un Informe técnico de 23 de noviembre de 2000 del Servicio de Recursos Hidráulicos Subterráneos, que afirma que habría imposibilidad de inscribir nuevas superficies de regadío que se hubieran producido en

los dos últimos años, y parece relacionar esa afirmación del Documento con el artículo 9, párrafo 4.º, del Plan Hidrológico de Cuenca del Segura, aprobado por la Orden Ministerial de 13 de agosto de 1999. Incluso afirma la Resolución que el poder tramitar los dueños de aguas privadas y recurrentes la petición de una concesión administrativa sobre sus aguas privadas es un verdadero «privilegio».

La consideración 4.^a de la Resolución de 4 de septiembre de 2001 afirma que es correcta la calificación de la infracción administrativa cometida al aplicarse los artículos 108, letra g, de la Ley de Aguas, y 315, letra j, y 318.1.º del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986, y que lo realmente importante es que el riego es ilegal, al no contar con autorización administrativa, y realizarse «con un agua en principio privada pero cuyo uso ha excedido los límites de sus aprovechamientos».

Conviene advertir también que la inscripción o inmatriculación por la SAT Carche Raspay de sus pozos de propiedad privada denominados Arga y Llobregat en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca del Segura fue solicitada ante la Confederación Hidrográfica del Segura en un Escrito de 23 de octubre de 2001, con acompañamiento de toda la muy abundante documentación probatoria exigida, sin que la Administración ni pidiera subsanación de ningún requisito ni impulsara el expediente de inscripción en absoluto. Expediente que, por tanto, sigue hasta hoy paralizado por evidente negligencia de la Administración, porque el conflicto jurídico surgido entre ésta y la SAT Carche Raspay es en último término independiente, sea cual fuere su resultado final, de la inscripción de las titularidades de ésta sobre ciertas aguas privadas, titularidades que, convenientemente probadas, debieron inscribirse en el Catálogo de Aguas Privadas conforme al procedimiento establecido al efecto, sin que la Administración tenga discrecionalidad alguna sobre esto y para negar o impedir una tal inscripción. No puede la Administración denegar la inscripción como medida de presión o como sanción indirecta a empresas o titulares de derechos sobre aguas que no se comportan como la Administración desea.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA NÚM.º 53/2005, DE 28 DE ENERO

Contra esta Resolución administrativa de 4 de septiembre de 2001 se interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (TSJ de Murcia, en adelante) el 13 de noviembre de 2001 por las dos Sociedades recurrentes, dando

lugar a los procedimientos números 1803 y 1804 del 2001, posteriormente acumulados por la Sala. Ambas recurrentes solicitaron la suspensión de la ejecución del acto administrativo sancionador, lo que, incluyendo la inicial prohibición de regar, fue concedido por la Sala a favor de la SAT Carche Olmo en su Auto de 26 de febrero de 2002. Las empresas recurrentes, en sendas demandas presentadas los días 22 de marzo y 22 de abril de 2002, insistían en sus argumentos de los recursos de reposición, profundizándolos y ampliándolos. Resumo solo los principales de esos argumentos.

En efecto, se volvía a insistir en la inaplicabilidad al caso de los preceptos sancionadores de la Ley de Aguas y del Reglamento antes citados, por ser demasiado vagos, y contrarios al principio de tipicidad, o por referirse, además, solo a las aguas públicas y no a las privadas. Pero se añadía ahora que ello era contrario al artículo 25.1.º de la Constitución (CE, en adelante) y al artículo 129 de la Ley 30/1992 (FD núm. 12), precepto que recoge los principios de tipicidad y legalidad de las sanciones y de la prohibición de la analogía en este ámbito.

Se volvía a insistir en que se trataba de aguas privadas y por tanto transmisibles y trasladables libremente conforme a la voluntad del propietario, lo que se argumentaba prolijamente con artículos de la Ley de Aguas de 1985, de su reforma por la Ley 46/1999 (art. 61 bis); del Código civil y de la Ley Hipotecaria, así como de abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la Ley de Aguas de 1985. La transmisión del derecho sobre las aguas, se argumentaba, es y ha sido siempre cosa distinta de la «*modificación del régimen*» a que alude el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas (FD núm. 3). Se explicaba además (FD núm. 13), con todo detalle, cómo se había constituido legalmente la servidumbre de acueducto que daba cobertura legal a la tubería principal de riego subterránea construida por algunos socios de la SAT Carche Raspay. Todos los dueños de las fincas atravesadas por la tubería habían consentido la construcción, incluida doña Maria Eugenia EM., que, según el contrato, aportado al procedimiento judicial, recibiría en pago de su consentimiento una porción de agua para una pequeña piscina de su propiedad, y que, sin embargo, después de haber permitido la construcción de la tubería subterránea que atravesaba su finca a su ciencia y paciencia, se arrepintió, negó el consentimiento que realmente había dado y que se demostró en el procedimiento con declaraciones firmadas de varios testigos, y denunció a la SAT Carche Raspay, con evidente mala fe, en opinión al menos, explicitada en las demandas, de esta sociedad y también de la otra recurren-

te, la sociedad Carche Olmo, SLU. Se demandó a esta señora, dueña de la finca denominada «Casa Puche» o «Casa Spuche», pretendiendo que el TSJ de Murcia declarara la constitución voluntaria de una servidumbre de acueducto.

Se argumentaba también que suprimir la transmisibilidad del derecho de propiedad privada sobre el agua podría vulnerar el «contenido esencial» del derecho de propiedad protegido por el artículo 53.1.º de la Constitución (CE, en adelante), y también el límite constitucional a restringir retroactivamente los «derechos individuales» impuesto por el artículo 9.3.º de la CE.

Se insistía también en las demandas (FD núm. 2) en el esencial argumento (no considerado por la Resolución de 4 de septiembre de 2001 al responder los argumentos de los recursos de reposición, incurriendo con ello en clara incongruencia omisiva esa Resolución, según las recurrentes), de que la Administración no había probado en absoluto que hubiera habido un riego que se excediese de lo que Carche Olmo, SLU podía regar con la importante cantidad de agua privada que eran las 423 «acciones» de aguas privadas que eran de su exclusiva propiedad. La Administración nunca intentó hacer mediciones y comparar la extensión estimada de tierra que la empresa sancionada tenía derecho a regar y la que en efecto había regado. Y esa hubiera sido la única forma seria de probar que se había excedido en sus límites, según las recurrentes. Además, la prueba de ese exceso de riego era esencial para desvirtuar o enervar las presunciones legales que favorecían a las recurrentes. No solo las derivadas del Registro de la Propiedad y de los artículos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria. Sino también, se argumentaba, la del artículo 7 del Decreto de 23 de agosto de 1934 regulador del Registro de Manantiales en el que estaban inscritos y aforados los pozos Arga y Llobregat. Y también la presunción de inocencia que rige siempre en el procedimiento sancionador, conforme a los artículos 137.1.º y 4.º de la Ley 30/1992 y artículo 16.2.º del Decreto 1398/1993, conteniendo el Procedimiento Sancionador general. Favorecían también a los recurrentes la presunción de buena fe del artículo 434 del Código civil y la de legitimación como poseedores en concepto de dueño del artículo 448 del propio Código. Además, la Administración no había imputado daños al dominio público hidráulico, con lo que en cierto modo reconocía que el riego se había realizado en efecto exclusivamente con aguas privadas y sin sustraer ninguna porción de agua pública del acuífero. En fin, cambiar o trasladar el agua de sitio no es, se argumentaba, crear un «*incremento de los caudales totales utilizados*» en el

aprovechamiento, que era el requisito del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas.

Se recordaba también a la Sala del TSJ de Murcia que el acuífero al que pertenecía Jumilla no había sido declarado sobreexplotado, con lo que no jugaban aquí las potestades administrativas robustecidas del artículo 54 de la Ley de Aguas (FD núm. 4). Y también que no era cierto en absoluto que fuera aplicable al caso el artículo 9, párrafo 4.º, del Plan Hidrológico de la Cuenca del Segura, como había alegado la Resolución impugnada, precepto que nada decía de las aguas privadas (como todo el resto de ese Plan de cuenca, por cierto, contenido en la Orden Ministerial de 13 de agosto de 1999), y se demostraba que de ese precepto más bien se podían extraer argumentos a favor de las recurrentes y de la plena consistencia de sus derechos de propiedad privada sobre ciertas aguas. En fin, se argumentaba por las recurrentes que el Informe Técnico de 23 de noviembre de 2000 que invocaba en su motivación la impugnada Resolución administrativa de 4 de septiembre de 2001, informe que era en realidad del 22 de noviembre, y que explicaba la imposibilidad de inscribir nuevas superficies de regadío durante los dos últimos años, era un informe de un ingeniero sin formación jurídica y que lo que decía no tenía base en norma alguna (ninguna se invocaba en el susodicho informe) ni en el Plan Hidrológico de la Cuenca del Segura, en particular.

Alegaban también las recurrentes (FD núm. 9) que ellas carecían del más remoto vestigio de culpa, al haber regado con aguas de su propiedad y en fincas de su propiedad, y siendo que, superadas algunas dudas iniciales, hacía tiempo que el Tribunal Supremo había dejado establecida la necesidad de culpa como requisito necesario para que pudiera existir infracción administrativa de cualquier tipo y la correspondiente sanción administrativa.

Frente a la idea de la motivación de la Resolución impugnada de 4 de septiembre de 2001 de que las mismas recurrentes en reposición habían aceptado que conforme a la Ley de Aguas estaban «*abocadas*» a solicitar una concesión administrativa sobre las aguas de sus mismos pozos Arga y Llobregat que en efecto empezaron a tramitar en diciembre de 2000, contestaron las recurrentes en ambos procedimientos judiciales (FD núm. 6) que ello se debía a que la SAT Carche Raspay, pese a su considerable importancia y presencia en la zona, no tenía abogado a su servicio y ante el expediente sancionador D-349-2000 se dejó aconsejar por un ingeniero agrónomo que, trasladando las instrucciones de los funcionarios de la CHS, se limitaron a aconsejarles que pidieran una concesión administrativa sobre las aguas privadas de sus pozos Arga y Llo-

bregat. Sin embargo, el 1 de marzo de 2001, la CHS inició un nuevo expediente sancionador contra la SAT Carche Raspay en el que se les imputaba falta muy grave y se les amenazaba con una multa de hasta cien millones de pesetas. En ese momento, lógicamente, la SAT buscó asesoramiento de Letrados, que la previnieron de que, por la existencia del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.º de la Ley de Aguas, solicitar una concesión administrativa iba a significar la pérdida de la propiedad privada de las aguas, por lo que debían cambiar su estrategia y reivindicar su derecho a regar con las aguas que eran ya de modo legítimo de su propiedad privada. Por esa razón, completamente lógica, los argumentos de los recursos de reposición de 23 de marzo de 2001 de las recurrentes, ya asesoradas entonces por Letrados profesionales, y habiendo renunciado antes a su solicitud de la concesión administrativa, lo que había sido aceptado por la Administración, en el expediente D-349/2000 es cierto que se percibe un cambio de estrategia de las recurrentes, pero cambio perfectamente lógico, explicable, y legal y moral o lícito.

Argumentaban también las recurrentes graves defectos de forma o de procedimiento en la tramitación por la Administración del Expediente D-349/2000, como la falta de audiencia, que les hizo desconocer, entre otros datos relevantes, durante más de un año, que el expediente se había iniciado por denuncia de doña María Eugenia E.M.; y en fin, alegaban un considerable descuido formal general en la actuación de la Administración y en la misma motivación de la impugnada Resolución de 4 de septiembre de 2001. En particular, en cuanto a esto, las demandas de las recurrentes, explicando una por una las sentencias del Tribunal Supremo invocadas por la Administración, demostraban que en absoluto esas sentencias podían invocarse para lo que se invocaron.

La pretensión de las dos recurrentes en las demandas del recurso contencioso administrativo era la siguiente: 1.º) La anulación de la Resolución impugnada y de las sanciones correspondientes. 2.º) Que se declarase constituida una servidumbre de acueducto en favor de las recurrentes sobre la finca denominada «casa Puche o Spuche». 3.ª) Que se declarase ilegal el artículo 315, letra j, del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. 4.º) Que se impusiesen las costas a las partes demandadas, en su caso. 5.ª) Mediante Otrosí, que se suscitase cuestión sobre la constitucionalidad del artículo 108, letra g, de la Ley de aguas, hoy art. 116, letra g, del Texto Refundido de Aguas de 2001.

La Sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia (TSJ, en adelante) de Murcia núm. 53/2005, de 28 de enero³³, en esencia, desestimó en su Fallo los recursos contencioso administrativos interpuestos y acumulados, rechazando con contundente retórica todas las pretensiones de las recurrentes y confirmando la Resolución impugnada; consideró, en su encabezamiento y en su Fallo, de cuantía indeterminada el procedimiento; y eludió hacer pronunciamiento sobre las costas (Fundamento de Derecho 8.º).

Veamos los argumentos principales de esta Sentencia. En el decisivo Fundamento de Derecho 3.º empieza recordando la Sentencia la doctrina de la Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre del Tribunal Constitucional (TC, en adelante), que en su sexto FJ razona que no tienen por qué gozar de «*protección administrativa*» los derechos de propiedad sobre aguas privadas que no se hayan acreditado ante el Registro de Aguas, y recoge el párrafo de dicha Sentencia 227/1988 del TC en el que se declara no inconstitucional el apartado tercero de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas, explicando la Sentencia, con la idea del TC, que la Ley respeta «el mismo grado de aprovechamiento material con que hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley se han venido disfrutando» las correspondientes aguas privadas. Finalmente resume la Sentencia el sistema transitorio de la Ley de Aguas de la siguiente manera: «en definitiva, la Ley respeta los derechos preexistentes en función del contenido efectivo o utilidad real de los mismos, congelándolos en su alcance material actual, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión. Lo único que se impide en adelante es la posibilidad de apropiación patrimonial de incrementos eventuales de los caudales utilizados sin que medie título concesional y la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento». El subrayado es de la propia Sentencia del TSJ. A partir de esas concepciones, afirma que el planteamiento de los actores está «*completamente desenfocado*», y explica que como los actores han trasladado el agua privada por una tubería de tres kilómetros de larga y para regar una zona hasta entonces no regada, le parece «*indudable*» que ello supone un «*manifiesto cambio en el régimen de aprovechamiento*». Por lo que concluye que la infracción administrativa ha existido, puesto que estima la Sentencia que ha existido tanto modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento e incremento de los caudales totales utilizados, para los que

³³ Los magistrados que dictaron esta Sentencia del TSJ de Murcia núm. 53/2005 fueron los siguientes: Abel Ángel SÁENZ DOMÉNECH, Presidente de Sala; Joaquín MORENO GRAU, Ponente; y Fernando CASTILLO RIGABERT. La referencia en la Base de datos de Aranzadi de la Sentencia es RJCA/2006/849.

era exigible la obtención de concesión de acuerdo con la DT 3.^a, apartado 3.º, de la Ley de Aguas.

Las alegaciones de las empresas recurrentes sobre la falta de prueba de que el riego se hubiera hecho con aguas públicas sustraídas del acuífero son contestadas por la Sentencia (FD núm. 3) de la siguiente manera. Toma las afirmaciones de las actoras de que el traslado del agua no tiene por qué significar incremento de caudales y de que el traslado habrá representado que el agua vendida habrá dejado de ser utilizada en otro lugar por lo vendidos sin que eso se haya demostrado por la Administración. Afirma que ese razonamiento de los actores les pone «*ante dificultades prácticamente insalvables*». Afirma la Sentencia que, al carecer la Administración de datos por no haberse inscrito los pozos denominados Arga y Llobregat en el Catálogo de Aguas Privadas, «*resulta fundamentalmente razonable concluir que ese incremento se ha realizado a costa de sobreexplotar el acuífero en la medida necesaria para posibilitar el riego. Si no fuera así, correspondería a las actoras, y no a la Administración, probar cumplidamente que ese nuevo riego equivalía a otro que había dejado de hacerse, ya que la base de incertidumbre de que se parte ha sido creada por las propias actoras*». En esta ocasión el subrayado es mío, y hecho en relación con lo que luego se explicará.

Y la Sentencia imputa además a las recurrentes no solo culpa sino incluso dolo, con los siguientes argumentos. La culpa de las recurrentes la deduce el TSJ del cambio de posturas de las recurrentes a lo largo de la instrucción del procedimiento sancionador D-349/2000, llegando a mantener, afirma, «*posturas incompatibles entre sí*». Y desde esa consideración argumenta de la siguiente manera: «*no justifica estas contradicciones el mal asesoramiento inicial de un ingeniero agrónomo pues, aunque así fuera, lo que no es sostenible es que por cambio de asesor los hechos sean completamente diferentes a los que hasta hacía poco se habían sostenido (primero no se había usado el agua de la SAT Carche Raspay para regar y luego sí, pero se tenía derecho)*». Y llega a calificar la actuación de las recurrentes de dolosa con otros dos argumentos. El primero el alto grado de conocimiento que se les debe suponer a las empresas regantes sobre sus obligaciones profesionales, por lo que aquí habían omitido la diligencia debida. Y segundo, porque se ve en los recursos y escritos de las dos recurrentes que ambas actuaban de consuno o concertadas.

La denuncia por las recurrentes de la falta de audiencia en el procedimiento la rebate en pocas líneas la Sentencia del TSJ (FD núm. 5) afirmando meramente que del Expediente se deduce que

todos los actos que debieron ser notificados se notificaron y que sobre ellos pudieron formular alegaciones las recurrentes.

En cuanto a la petición de las recurrentes de que se plantease cuestión de ilegalidad sobre el artículo 315, letra *j*), del Reglamento de Dominio Público Hidráulico y cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 108, letra *g*, de la Ley de Aguas, preceptos ambos que consideraban infracción administrativa, y sancionable, cualquier comportamiento contrario a la normativa de aguas en general, la Sentencia del TSJ, invoca una serie de sentencias del TC sobre la tipificación indirecta de infracciones y concluye que no cabe plantear ninguna de las dos cuestiones planteadas por las actoras, porque del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas extrae las que considera obligaciones legales con claridad y certeza suficientes como para respetar el principio legal y constitucional de la necesidad de una tipificación previa de las sanciones.

La petición de las recurrentes de que se declarase por el TSJ constituida voluntariamente una servidumbre de acueducto que amparaba la tubería central de riego de la SAT Carche Raspay, la rechaza la Sentencia afirmando que esa petición no guardaba relación con el ejercicio de potestades administrativas ejercitadas por la CHS, y que, siendo cuestión de naturaleza civil, era competencia de la jurisdicción ordinaria.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE OCTUBRE DE 2009

La Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa, Sección 5.ª, del Tribunal Supremo³⁴ ratifica (FD núm. 4) con gran énfasis la

³⁴ Los magistrados que dictaron esta Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009 fueron los siguientes: Mariano de ORO PULIDO y LOPE, Presidente; Pedro José YAGÜE GIL; Jesús Ernesto PECES MORATE; Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE, Ponente; Eduardo CALVO ROJAS; y María del Pilar TESO GAMELLA. La Sentencia está recogida en el Repertorio Aranzadi de 2010, núm. 1210. La Sentencia puede consultarse también en Jur 2009/487343, en westlaw aranzadi.es; y en ROJ-SSTS.7195/2009, en la «Colección legislativa» de la base de datos del Poder Judicial. Pero en los tres casos se encuentra allí lo argumentado por el TS, pero no los antecedentes de hecho ni los argumentos del Recurso de Casación, que no fueron tomados en consideración, en gran medida, por el TS. Debo advertir al lector que toda esta información yo la conozco muy bien porque he seguido durante años este pleito dada mi participación como «Investigador Principal» en dos contratos de asesoría firmados en mi Universidad en el marco de los contratos realizados para la Transferencia de los Resultados de la Investigación (Oficina OTRI de mi Universidad de Zaragoza), y contratos firmados con las empresas recurrentes en casación en este pleito y con algunas otras y que son de fechas 27 de abril de 2001 (Contrato 234/2001) y de 4 de octubre de 2005 (Contrato 470/2005). El conflicto jurídico entre estas empresas y la Administración no está cerrado del todo todavía por la Sentencia aquí estudiada, tiene otras ramificaciones, ha dado lugar a otros procedimientos administrativos y judiciales ante el TSJ de Murcia y ante el TS

interpretación sobre la disposición transitoria 3.^a, apartado 3.º, de la Ley de Aguas, que había dado la Sentencia núm. 53/2005 del TSJ de Murcia impugnada en casación. Menciona que en el recurso de casación se hizo un esfuerzo por dar otra interpretación con atención al elemento histórico, al teleológico y al sistemático, pero desestima el motivo, «*pese al esfuerzo de las recurrentes*». En el recordatorio que hace de la Sentencia impugnada usa expresiones como «evidente», «obvio», «patente», y otras equivalentes. Según la Sala: «el mandato del precepto es patente y ha sido avalado por el Tribunal Constitucional (STC 227/1988, de 29 de noviembre) sin que del mismo puedan realizarse interpretaciones parciales derivadas del concreto aspecto o dimensión de la explotación de que se trate». Y algo más abajo, y tras recordar que las aguas privadas no inscritas en el Registro de Aguas carecerán de la «protección administrativa», remacha: «Por ello, para la alteración de la forma de utilización que se realizaba «hasta ahora»(bien por el incremento de caudales, bien por el cambio de condiciones, bien por la modificación del régimen de aprovechamientos) obvio es que se requiere «la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación», sin que el precepto permita hacer distinguos en función de la dimensión de la alteración realizada, por cuanto lo pretendido por la Disposición Transitoria es mantener la titularidad pero en idénticas condiciones a las que se tenía con anterioridad, sometiendo, en consecuencia, cualquier alteración de las mismas a la previa obtención de una concesión administrativa». No reproduce la Sala el término «congelación» de la propiedad privada del agua, salvo en la parte inicial en la que transcribe la Sentencia impugnada, pero sí, con gran rotundidad, la idea con la que se suele relacionar.

Sobre la alegación de las recurrentes de que la Sentencia impugnada había infringido una serie de presunciones legales que les

y parece, en estos momentos (septiembre de 2010), que puede aún prolongarse un tiempo, acaso varios años más. Véase también lo explicado en la nota 39 de este trabajo. Pienso que es muy lamentable que el Ministerio de Justicia decidiera en 1996 suprimir la edición de la vieja «Colección Legislativa» del Ministerio de Justicia de todas las sentencias del Tribunal Supremo que, al menos en cuanto a las sentencias civiles, se remontaba casi hasta mediados del Siglo XIX y con incorporación en cada una de ellas de toda la historia del pleito y de los argumentos de los recursos de casación completos. Si no se conocen todos los datos esenciales de los pleitos no se puede juzgar con criterio científico o riguroso las sentencias y ello va a acabar degradando inevitablemente el rigor posible de la doctrina jurídica española. La Asociación de Profesores de Derecho Civil ha realizado diversas gestiones ante el Ministerio de Justicia para que se remedie esta grave situación, pero hasta ahora, lamentablemente, por lo que yo sé, todas infructuosas. Personalmente, pienso que no se debe abandonar esta reivindicación esencial para el mantenimiento de unos mínimos parámetros de racionalidad en la producción jurídica doctrinal y seguir insistiendo en que deben estar fácilmente accesibles, de alguna manera (mejor si también en soporte papel, en mi opinión) y cueste lo que cueste económicamente (es obvio que se publican en la actualidad muchos libros jurídicos de baja calidad y acaso prescindibles), las historias completas de, al menos, las sentencias del Tribunal Supremo.

favorecían (presunción de inocencia; la del poseedor en concepto de dueño de que posee con justo título; y las derivadas de tener inmatriculado su derecho a las aguas privadas en el Registro de la Propiedad y en el Registro de Manantiales) y de que no había probado en absoluto la Administración que el agua con la que se regaba tuviera un origen distinto que los propios pozos Arga y Llobrebat de la propiedad privada de las recurrentes, la Sala (FD núm. 5) recuerda que las cuestiones de prueba corresponden en principio al tribunal de instancia salvo en ciertos casos excepcionales, pero admite implícitamente estar en esos casos, puesto que sigue intentando razonar que la Administración ha prestado prueba suficiente del carácter ilegal y abusivo del regadío. Lo hace con los siguientes razonamientos. «De lo que las recurrentes están discrepando es de las conclusiones probatorias alcanzadas en la citada sentencia, pero, si bien se observa, no cita como infringido —en dicho proceso de valoración probatoria— ningún precepto legal concreto y no tacha las conclusiones alcanzadas de ilógicas o arbitrarias. Tampoco hace referencia a ninguna prueba concreta que no haya podido practicarse, ni las causas, en su caso, de ello, ni, en fin, las diversas consecuencias que pudieran haberse derivado de tal circunstancia». Y poco más abajo continúa afirmando: «Desde otro punto de vista, no se denuncia la vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, o la realización de valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, o bien la comisión de errores de este tipo jurídico en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, pudieran transformarse en infracciones del Ordenamiento jurídico. Y, en fin, tampoco se nos proporcionan datos con los que, en su caso, poder proceder a integrar la relación de hechos efectuada por la Sala de instancia, supuesto en el que, respetando la realización de la prueba realizada por ésta, resultaría posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla y que tuviere el carácter de relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia». Finalmente, aduce la Sala la presunción de veracidad de que gozan las actas de denuncia del Servicio Fluvial de Guardería en relación con la existencia de «riegos abusivos».

En cuanto a la cuestión también clave de la falta de culpa y dolo que alegaban las recurrentes, la Sala (FD núm. 6), ya no afirma aquí, ni siquiera de forma previa y vaga como en el caso anterior, que la valoración sobre si existió o no culpa corresponde en principio al tribunal de instancia. Y reconoce la Sala que hoy se conside-

ra indudable la necesidad de culpa como requisito de la infracción administrativa, y ya no imputa dolo a las recurrentes, como había hecho la Sentencia recurrida. Pero, finalmente, la Sala ratifica los argumentos sobre la existencia de culpa de esa Sentencia recurrida reproduciéndolos literalmente.

En el tema de la posible ilegalidad del artículo 315, letra j), del Reglamento de 1986, que había sido reclamada por las recurrentes, la Sala (FD núm. 7) reproduce con gran extensión el texto de la Sentencia 341/1993 del TC, de 18 de noviembre, sobre la Ley Orgánica de Protección Ciudadana, que ya había citado también la Sentencia núm. 53/2005 del TSJ de Murcia, y concluye confirmando la doctrina de ésta y desestimando el motivo de casación.

Frente a la petición de las recurrentes de que declarase la Sala que la Sentencia del TSJ de Murcia debió trasladar la demanda a doña María Eugenia E.M. para que se hubiera podido declarar frente a ella la constitución voluntaria de una servidumbre de acueducto, y que declarase que el TSJ hubiese tenido competencia para ello, la Sala (FD núm. 8), sin reflejar correctamente lo que las recurrentes le pedían, se limita otra vez a repetir literalmente lo que había afirmado la Sentencia recurrida y a desestimar el correspondiente motivo de casación, declarando la cuestión civil y de la competencia de tal jurisdicción.

En cuanto a la reclamación de las recurrentes de falta de audiencia en el expediente administrativo, aparte de una curiosa y por completo infundada declaración de que las recurrentes habían reconocido que la audiencia se produjo en realidad, la Sala (FD núm. 9) se limita otra vez a reproducir literalmente las razones de la Sentencia impugnada.

En cuanto a la reclamación de las recurrentes de que la Sentencia impugnada en casación había incurrido, como ya antes la misma resolución administrativa impugnada de 4 de septiembre de 2001, en incongruencia omisiva, la Sala (FD núm. 10 y núm. 11) lo niega, afirmando, con apoyo en cierta jurisprudencia del TC, y recordando o declarando que algunas de las contestaciones de la Sentencia impugnada habían sido implícitas.

4. VALORACIÓN CRÍTICA DE LA DOCTRINA SOBRE LA PRETENDIDA PROPIEDAD PRIVADA «CONGELADA» DEL AGUA

En el primer epígrafe de este trabajo ya se ha adelantado que la teoría de la «congelación» de la propiedad privada del agua, que es idea que, como recordaba el Recurso de Casación al TS, alguien

lanzó como un chiste, no convencía a la mayoría de la doctrina y creo que se puede decir también que a la mejor doctrina, porque la crítica a esa idea está en robustas monografías con amplia información y extensos razonamientos, y la opinión contraria, que el TSJ y el TS sin embargo han acogido con cándido entusiasmo en sus sentencias, está en opiniones mucho menos argumentadas o fundamentadas.

Lo primero que se podría advertir, ya que ambos tribunales son tan rotundos en sus argumentaciones sobre este punto, es que los que redactaron las disposiciones transitorias de la actual Ley de Aguas no tenían claras las ideas y la terminología habitual de la teoría jurídica o del Derecho patrimonial español, lo que se nota mucho en los textos que redactaron. Afirmar, por ejemplo, que los dueños de aguas privadas *«mantendrían su titularidad en la misma forma que hasta ahora»* no es una frase demasiado clara y parece que debe entenderse como que mantendrían el derecho de propiedad sobre su agua y con el mismo contenido que tenía hasta entonces, aunque luego se quisieran hacer limitaciones o salvedades. La *«titularidad»* no puede mantenerse tras una reforma legal en *«formas»* diferentes: se mantiene o no se mantiene, y si se mantiene, ello puede suceder con el contenido pleno que tenía o con un contenido menor o reducido. Y por cierto que esta idea, la idea de mantenimiento en principio del derecho de propiedad, es la regla general de la que aparecen como excepciones los apartados 3.º y 4.º de la disposición transitoria 3.ª, regla general que resulta muy subrayada por la disposición final 1.ª de la Ley de Aguas, conforme a la cual *«en todo lo que no esté expresamente regulado por esta Ley se estará a lo dispuesto por el Código civil»*.

La *«forma»* en que hasta ahora se tenían los derechos de propiedad sobre aguas subterráneas era la de que los mismos representaban el derecho de gozar y de disponer libremente sobre el agua privada salvo en lo que las leyes lo impidiesen (art. 22 de la Ley de Aguas de 1879 y 348 y 424 del Código civil). Y cuando la Ley de Aguas afirma que requerirá una concesión administrativa *«el incremento de los caudales totales utilizados»*, está enturbiando un tanto las nociones de posesión y de propiedad, porque hubiera afirmado algo más comprensible para los juristas instruidos, y menos generador de inseguridad jurídica, si se hubiera referido a, en lugar de la mencionada frase, y aludiendo con claridad a la propiedad del agua, *«el incremento de los caudales utilizables conforme a su derecho»*. Y también la *«protección administrativa»* que ofreció la Ley a los dueños de aguas privadas que se inscribieran en el Registro de Aguas es un concepto sin significado técnico preciso, que,

aunque pretende aclararse en el artículo 80.3.º del Texto Refundido de Aguas de 2001 (art. 72.3.º de la Ley de 1985), crea verdaderos quebraderos de cabeza a los especialistas en Derecho de aguas.

En fin, la expresión «*modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento*» del pozo o de la explotación no tiene tampoco un significado técnico preciso, por lo que plantea de entrada la duda, entre otras posibles (como también la de si incluye o no el cambio de uso o destino económico del agua), de si esa modificación incluirá o no la transmisión del derecho de propiedad privada sobre el agua. El TSJ y el TS ven clarísimo que sí se incluye esa transmisión o transmisibilidad en la expresión legal, insistiendo el último en que el precepto legal no admite ningún género de distinciones. Tomada al pie de la letra esa afirmación del TS, no podría el dueño de aguas privadas, absurdamente, ni siquiera trasladarlas dentro de su propia finca, que puede en casos ser muy extensa.

Pero pienso que, con ello, ambos tribunales aceptan una interpretación extensiva, o hasta analógica, del precepto legal, puesto que, como les habían advertido tanto las demandas de abril de 2002 como luego el Recurso de Casación, lo tradicional en nuestro Derecho es distinguir entre la modificación, por una parte, y la transmisión de un derecho subjetivo, por otra, y así lo hacen habitualmente las leyes, como, entre otras muchas, la propia Ley de Aguas (arts. 63 y 64 del TR de Aguas de 2001) y el Código civil (arts. 480; 489; 1280.1.º; etc.). Y además de ello, no debe perderse de vista que el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas es, como vimos, y pese a su amplitud, una excepción, y como tal no susceptible en principio de extensión analógica (arg. art. 4.2.º del Código civil), además de que la intransmisibilidad del derecho de propiedad privada sobre el agua no está «*expresamente*» establecida en la Ley de Aguas y, por tanto, debería regirse por el Código civil (arg. disposición final primera de la Ley de Aguas, por mucho que este precepto sea en sí mismo algo excesivo o poco razonable).

Tanto más ciertos aparecen estos últimos argumentos cuanto que para la servidumbre de acueducto, que es un derecho real puesto al servicio de la transmisión y traslado de derechos sobre aguas, la Ley de Aguas se remite en bloque y con gran generalidad al Código civil (art. 48.1.º del TR de Aguas de 2001). Y todavía cabe aducir, en la misma línea, que entender prohibida la transmisibilidad de la propiedad privada es una medida muy grave y que revoca un principio jurídico con siglos de antigüedad en el Derecho español, y siempre hasta ahora respetado por el TS (así se justificó exhaustivamente en el Recurso de Casación). Lo que, no haciéndose en norma legal clara y expresa, es muy difícil de aceptar, porque no se ve qué

razón de interés general o «función social»(art. 33.2.º y art. 38 de la CE) podría amparar tan drástica mutilación del derecho de propiedad siendo que esa drástica medida no beneficia en principio ni a la cuantía o consistencia cuantitativa de las aguas de un acuífero (cuando hay aguas privadas en la superficie, evidentemente hay una parte de aguas privadas o un tramo de la corriente correspondiente que son también privadas subterráneas bajo el suelo y extraerlas no es, por eso, sustracción de aguas públicas) ni a su existencia cualitativa o protección de la calidad de las aguas del mismo.

Además de ello, hay una cierta trampa intelectual un tanto difusa en el razonamiento de ambos tribunales que parecen ampararse en la Sentencia del TC 227/1988, de 29 de noviembre, que en efecto defendió que no eran inconstitucionales los apartados terceros de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la Ley de Aguas. Parecen ambos ampararse en la doctrina de esa Sentencia para justificar la interpretación amplia o extensiva que imponen del precepto legal del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la LA. La Sentencia del TS llega a presentar, aparentemente, su concreta, amplia y arriesgada interpretación del mismo como «avalada» (sic) por dicha Sentencia constitucional. Se desentien- de con ello, y deja sin contestación, los folios 16 a 22 del Recurso de Casación en los que se daba una pormenorizada explicación de por qué la Sentencia 227/1988 del TC no da fundamentos a la teoría de la «congelación» del agua privada.

Veamos lo más esencial al respecto de esa valoración por el Recurso de Casación sobre la doctrina del TC. Primero, aunque ambas sentencias invocan la idea de la «protección administrativa» de la que las recurrentes y propietarias de las aguas subterráneas privadas se han de ver privadas, al no estar inscritas en el Registro de Aguas sus titularidades, ello no tiene relevancia ninguna para nuestro caso, porque el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª se aplica, con toda seguridad, tanto haya «protección administrativa» como si no la hubiere; o si se quiere, tanto se hayan inscrito las aguas privadas en el Registro de Aguas, como si no se han inscrito. Segundo, debe tenerse muy en cuenta que el párrafo de la Sentencia 227/1988 del TC que ambos tribunales citan está muy significativamente mutilado de una afirmación muy importante que queda en la Sentencia del TC solo unas pocas líneas después de lo transcrito por ellos. Se trata de la afirmación del TC de que las aguas privadas que queden fuera del Registro de Aguas y sin «protección administrativa», perfectamente y con toda normalidad podrán valerse de «otros instrumentos registrales», lo que evidentemente afirma el TC, y así lo entiende toda la doctrina seria, como una

alusión, sobre todo, al Registro de la Propiedad. Y lo que viene a ser, por tanto, una remisión también a la legislación hipotecaria que lo rige y que presupone evidentemente la noción civil normal de propiedad y su libre transmisibilidad. Tercero, invocan ambos tribunales en defensa de su peculiar interpretación la afirmación de la Sentencia 227/1988 de que lo respetado por la Ley de Aguas en su momento fue el «*mismo grado de aprovechamiento material*» con que hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley se habían venido disfrutando las aguas privadas objeto del derecho de propiedad. Pues bien, dentro del nivel ramplón de la terminología jurídica que ya he advertido que fue propio de la Ley de 1985, y que se contagió a la Sentencia del TC, lo del «*mismo grado de aprovechamiento material*», debiendo interpretarse a la luz del Código civil y de su artículo 348, no tendría por qué ser ni un uso concreto y determinado del agua o un destino económico rígido e inamovible, ni una referencia al aprovechamiento necesariamente en el lugar exacto en el que se usaba el agua privada el 1 de enero de 1986.

De modo que incluso con un planteamiento literalista y de reflexión directa y aislada sobre el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª no es tan cierto ni tan claro y evidente, contra lo que afirman los dos tribunales cuyas sentencias aquí se valoran, que la propiedad privada del agua de las recurrentes pueda entenderse como «congelada», ni es cierto que la Sentencia 227/1988 del TC «*avale*» esa interpretación. Más bien lo contrario, si se quieren tener en cuenta los datos y argumentos que se acaban de recordar y que estaban todos en el Recurso de Casación, en absoluto contestado en todo ello por el TS.

Más todavía. Esta STS de 27 de octubre de 2009 socava o desvirtúa el sentido más profundo y útil de la Sentencia del TC 227/1988. Con arreglo a la doctrina de esta Sentencia del TC la opción legal de las disposiciones transitorias 2.ª a 4.ª de la Ley de Aguas de 1985 no era inconstitucional y contraria al art. 33.3.º de la Constitución, como pretendían los recurrentes, porque junto a una alternativa publicadora o nacionalizadora diferida durante 50 años ofrecía otra no nacionalizadora o de pervivencia indefinida de la propiedad privada del agua. Sin embargo, entendidas esas disposiciones transitorias como las entiende la STS de 27 de octubre de 2009, esa opción legal podría afirmarse que en cierto modo desaparece porque, en cualquiera de las dos alternativas teóricas legalmente previstas en la opción, es probablemente mejor para el dueño del agua pasar a ser titular de una concesión administrativa que seguir en pseudopropiedad o propiedad «congelada», por muy indefinida que sea esta. El estatus de propiedad privada, aunque indefinida, «congelada» en el sentido

explicado por la STS de 27 de octubre de 2009 supone un debilitamiento de la propiedad privada sustancialmente equivalente, si no más gravoso, que la nacionalización directa (transformación ex lege de la propiedad privada en concesión administrativa sobre las mismas aguas) de las aguas en cuestión. Y desde luego, no es eso en absoluto lo que explicó la Sentencia del TC 227/1988.

Pero si del ámbito de la interpretación sobre todo literal pasamos a una interpretación global, que piense en el sistema jurídico completo y que tenga en cuenta los criterios del artículo 3 del Código civil, las dificultades de la interpretación literalista y extensiva del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la LA que imponen el TSJ y el TS en sus sentencias aquí consideradas, todavía aumentan de forma considerable. Ante todo, conviene señalar que la prohibición de la transmisibilidad de las aguas privadas no la afirman nunca ninguno de los dos tribunales directamente. La proponen, en realidad, pero en forma vergonzante. Y dígase lo mismo de la Resolución administrativa originaria de 4 de septiembre de 2001 y de los escritos de oposición de los Abogados del Estado en ambos procedimientos judiciales. Y no es de extrañar. La transmisibilidad de las aguas privadas es un principio legal tradicional siempre respetado por el Tribunal Supremo hasta ahora y que se desprende de muchas normas legales importantes y algunas concomitantes con la disposición transitoria 3.ª 3.º de la LA. En concreto, el apartado 1.º de la disposición transitoria 2.ª del TR de Aguas de 2001 y su alusión al «*título legítimo*» que se tendrá dentro de cincuenta años; los arts. 348 y 424, 551, párrafo 2.º, 557 a 561, del Código civil; los arts. 18 a 40 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986, dentro del cual es especialmente claro el artículo 21, expreso en admitir la aplicabilidad de la servidumbre de acueducto cuando sea necesaria porque un terreno de regadío se haya dividido entre dos o más dueños por «*herencia, venta u otro título*»; los arts. 107.1.º y 108.1.º de la Ley Hipotecaria; y el art. 66 del Reglamento hipotecario; etc.

Lo que ocurre es que las dos sentencias aquí analizadas del TSJ de Murcia y del TS, aunque no frontalmente, sí que niegan en realidad la libre transmisibilidad de las aguas privadas porque basan en esa idea, como verdadera *ratio decidendi*, la solución esencial que imponen, y porque lo hacen frente a argumentos de las recurrentes que habían puesto todo el énfasis posible en este argumento esencial de la transmisibilidad del agua privada, argumento que habían visto y señalado como la clave principal de todo lo debatido en el pleito. Y ya se ha advertido que, en la forma extrema en la que la formula el TS, la teoría de la «congelación», no solo estaría sig-

nificando la intransmibilidad de las aguas privadas, sino algo que va más lejos todavía, como es la intrasladabilidad de las aguas por su dueño dentro de su propia finca.

El elemento histórico de interpretación nos muestra que el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª (y de la 2.ª) es un precepto que se redactó para un originario anteproyecto de ley de aguas de 1983 en el que la idea central era nacionalizar todas las aguas privadas en un breve plazo y a través de su inscripción obligatoria en un Registro de Aguas. A partir de otro anteproyecto de octubre de 1984 la idea de nacionalizar todas las aguas privadas se abandonó, y se sustituyó en la Ley de 1985 por un sistema opcional más bien conservacionista de la propiedad privada del agua como el que finalmente ha quedado vigente. El precepto aludido era coherente solo con un sistema como el antiguo pero era por completo incoherente con un sistema que pasó a considerar la pervivencia de los derechos sobre propiedad privada del agua como la regla general. Esta es una de las razones por las que la doctrina mayoritaria aconseja un uso muy prudente y restrictivo de esta norma, muy peligrosa para la seguridad jurídica y de significado oscuro.

El elemento sistemático de interpretación también nos muestra la falta de lógica profunda de la doctrina de la «congelación» de la propiedad privada según la han defendido el TSJ de Murcia y el TS, porque llevaría a que la propiedad privada del agua estaría sometida a un intervencionismo o control administrativo más intenso que las mismas concesiones administrativas sobre aguas públicas, las cuales son libremente transmisibles, aunque con excepciones importantes, pero sí como regla general (cfr. art. 63, párrafo 2.º, del TR de Aguas de 2001), admitiéndose incluso para las concesiones para riego, las más fuertemente intransmisibles por concebirse legalmente unidas a la finca de destino del agua, que el dueño pueda cambiar sucesivamente las superficies de regadío de su o sus fincas a las que decida destinar las aguas (art. 61, apartado 4.º, párrafo final: o sea, que se le permite trasladar el agua pública, contra lo que parece afirmar el TS que cupiera hacer con el agua privada).

Por otra parte, dándose los requisitos de aplicación del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª, el precepto ordena que se requerirá «*la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación*». O sea, llevado a nuestro supuesto concreto, como la empresa Carche Olmo, SLU, dueña de 423 «acciones» de aguas privadas, adquiridas por compra, las ha trasladado sin permiso de la Administración, *lo que literalmente se afirma*, si queremos tomar el precepto tan en serio como el TSJ de Murcia y el TS, es

que la *que necesitaría concesión administrativa* (por haberse hecho públicas, parece, por ministerio de la ley, y concesión, por cierto, parece, acaso discrecional en su otorgamiento) es *la totalidad de la explotación de los pozos Arga y Llobregat*.

O sea, alcanzaría literalmente el precepto transitorio y la domialización por ministerio de la ley que parece imponer según la interpretación del TS (aunque no llega a afirmar tanto el Alto Tribunal) a los 210 litros por segundo del caudal de ambos importantes pozos, y a las 6857 «acciones», y a los muchos centenares de hectáreas que se riegan por unos 250 socios de la SAT Carche Raspay, con riegos de apoyo, con esos muy importantes y cuantiosos caudales. O sea, 249 socios de la gran sociedad civil que actúan en gran parte de una comarca, e incluyendo en ellos a una gran mayoría que no habrían trasladado sus aguas privadas ni con absoluta seguridad las habrían incrementado en absoluto (la gran mayoría que sí hubiera respetado hasta entonces la pretendida estricta «congelación» de la propiedad privada de sus aguas) habrían perdido de todas formas también la propiedad privada de su agua por lo que hizo uno solo de los socios. Habría una especie de expropiación-sanción por ley de la propiedad privada del agua expandiéndose desde los que habían trasladado sus aguas a todos los demás que no lo hubieran hecho. Por la «culpa», si se nos permite denominarla así, de uno se haría pagar a todos los demás con la pérdida de la propiedad privada del agua y acaso, además, con la cuota que les correspondiese de la multa que se les impusiera. Esta consecuencia literal del precepto que examinamos parece sencillamente disparatada y una forma monstruosa y completamente anómala de extinción por ley de la propiedad privada que admitiría, de creer al TS, nuestro ordenamiento jurídico. En el caso contemplado por las dos sentencias que examinamos podría afirmarse, al menos, como simulacro de justificación para ello, que todos los regantes pertenecían a la misma sociedad civil. Pero la letra de la transitoria 3.^a3.^o de la LA sin duda alcanzaría igual a todos incluso en el caso de una mera comunidad de copropietarios del agua privada, comunidad (sin siquiera personalidad jurídica) que es por cierto figura admitida ampliamente como sujeto de derechos en las leyes agrarias. ¿Tiene esto algún sentido?

El Recurso de Casación le proponía al TS un ejemplo como argumentación *ad absurdum*, para ayudarle a entender las consecuencias irrazonables a las que puede llevar la aplicación a ultranza del apartado 3.^o de la disposición transitoria 3.^a de la LA. Si un solo socio de la SAT Carche Raspay solicitara a la Administración un incremento de sus aguas en un solo litro por segundo, no solo se harían públicas

y sometidas a concesión administrativa desde que se le otorgara la misma las aguas privadas que él ya tuviera antes, sino también, según la letra del precepto que analizamos, y de tomarla en serio, todas las aguas privadas de los otros 249 socios de la SAT Carche Raspay. Recuérdese la expresión de la originaria Resolución administrativa de 4 de septiembre de 2001, de la que trae causa todo este proceso, de que los dueños de aguas privadas están «*abocados*» a pedir una concesión administrativa. Esa es la mentalidad de los funcionarios que mandan, entre otras, en la Confederación del Segura. Desde luego, todo esto no tiene ningún sentido razonable. Con la vieja y sabia lógica del Derecho civil, para que haya un acto de disposición o de renuncia de un bien en copropiedad que pueda conducir a la transmisión o pérdida o extinción por todos los condueños de la propiedad de ese bien hace falta la unanimidad de los mencionados condueños. La letra del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la LA se desacredita por sí sola a poco que se piense en las consecuencias concretas a las que puede llegar a conducir.

Otro aspecto de las dos sentencias comentadas que se relaciona con el precepto legal del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª, es el de los difíciles esfuerzos de argumentación de los dos tribunales para intentar declarar suficientemente probado que el riego de la empresa Carche Olmo, SLU en la finca del propietario Presidente de la empresa produjo un «*incremento de los caudales totales utilizados*» en el conjunto de la explotación (de la explotación de los dos pozos Arga y Llobregat, parece que debe entenderse). Ambos tribunales concluyen en que, aun faltando estimaciones genéricas o mediciones de ningún tipo, habiéndose realizado el riego en tierras antes de secano, eso fue suficiente para considerar probado que el riego de la empresa sustrajo aguas del acuífero. Pero ambas sentencias, y sobre todo la del TS, no dejan de ser en esto un tanto contradictorias o poco claras, porque se acepta que la Administración no hizo imputación de daños en el procedimiento sancionador; que el acuífero no se había declarado sobreexplotado; e incluso en alguna ocasión, como al principio del FD 7.º, se declara expresamente por el TS que la prohibición probada en autos consiste «*en la derivación de aguas privadas para riego sin haber obtenido concesión administrativa*». O sea, que, si las aguas derivadas se reconoce que eran solo privadas, en esta frase se ve un poco, cómo en el subconsciente de los magistrados de la Sala no se acaba de ver clara la prueba o justificación de la supuesta sustracción de aguas del acuífero y se entiende también que es el traslado del agua sin permiso de la Administración lo que de verdad se ve claro y se quiere sancionar por los magistrados.

Los argumentos que dan ambos tribunales para justificar la sustracción de caudales del acuífero probada me parecen sumamente endebles. Hemos transcrito anteriormente la afirmación de la Sentencia núm. 53/2005 del TSJ de Murcia de que «*ese incremento*» de caudales totales utilizados producido por el riego de Carche Olmo, SLU debe presumirse sacado de la sobreexplotación del acuífero, dado que «*la base de la incertidumbre de la que se parte*» había sido creada por las actoras, al no haber inscrito en el Catálogo de Aguas Privadas los derechos sobre la propiedad de las aguas privadas. El argumento está mal construido, en mi opinión, porque al afirmar la existencia de «*ese incremento*» sin que la Administración lo haya probado —es eso lo que había que discutir en el juicio al estar sometida a la ley la Administración que lo había meramente afirmado— el TS hace una clara trampa lógica y razona como si ya se hubiera probado una sustracción de aguas del acuífero que no cuantifica, ni tiene entidad alguna, ni se desprende del Expediente más allá de como mera afirmación de la Administración. Los dos Abogados del Estado intervinientes pudieron pedir todo tipo de pruebas en ambos procesos sobre la pretendida sustracción de caudales del acuífero y no pidieron ninguna.

Además, tampoco es cierto ni que se parta en nuestro caso de una «*base de incertidumbre*» ni que, de haber existido ésta por la no inscripción de los derechos en el Catálogo de Aguas Privadas, la misma fuera imputable solo a las recurrentes. No había en el caso una «*base de incertidumbre*», sino mera falta de realización de las pruebas perfectamente posibles de realizar y que la Administración no realizó nunca, porque la cuantía de los derechos de propiedad sobre las acciones de aguas privadas estaba perfectamente reflejada en el Registro de la Propiedad de Yecla, y en el Registro de Manantiales regulado en el Decreto de 23 de agosto de 1934, registros ambos que, por cierto, tienen fuerza legal mucho más consistente y clara que la del Catálogo de Aguas Privadas, mero Registro estadístico sin especiales efectos jurídicos, como reconoce la misma Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009, entre otras muchas del Alto Tribunal.

Y si es cierto que, como habían hecho también la mayoría de los dueños de pozos de propiedad privada del país, las recurrentes no los habían inscrito en el Catálogo de Aguas Privadas, también es cierto que promovieron esa mencionada inscripción pocos meses después de contratar letrados (antes, desconocían probablemente esa obligación legal), y que la Administración había actuado con total pasividad y no formuló nunca a las recurrentes el requerimiento previo que, según el artículo 324.2.º del Reglamento del Domi-

nio Público Hidráulico, es requisito previo para poder imponer multas coercitivas (multas de pequeña cuantía: art. 124.1.º RDPH) por la no inscripción de derechos sobre aguas privadas en el Catálogo de Aguas Privadas. Así que la culpa de la no inscripción en el Catálogo fue, cuando menos, compartida y la Administración tiene todavía culpablemente paralizado desde hace nueve años el expediente de inscripción, según el Recurso de Casación hacía saber al TS en la relación de Hechos. De modo, que los argumentos dirigidos a considerar probado que las recurrentes habían extraído ilegalmente aguas del acuífero, no pueden ser más endebles y más inocuos frente a las siete presunciones legales rotundas de sentido contrario, y de clarísima aplicación a nuestro caso, planteado además como procedimiento sancionador, que ya hemos visto que beneficiaban a las mencionadas recurrentes. Las siete presunciones legales que favorecían a la empresa recurrente y a sus socias se han argumentado en el subepígrafe en el que se comenta la Sentencia del TSJ de Murcia núm. 53/2005, al recoger los argumentos de las demandas de éstas de marzo y abril de 2002.

Los argumentos del TS para intentar justificar que se puede considerar probado el «*incremento de los caudales totales utilizados*» son distintos de los del TSJ de Murcia, pero igualmente inconsistentes, en mi opinión. Ya vimos que el TS argumenta con total arbitrariedad o gratuidad que las recurrentes no habían alegado infracción de normas legales sobre la prueba o sobre la distribución de la carga de la prueba; que no tachan las conclusiones probatorias de la sentencia impugnada de ilógicas, arbitrarias o erróneas; que no se hace referencia a ninguna prueba concreta que no haya podido practicarse, ni las causas de ello, en su caso; que no se denuncia la realización de valoraciones erróneas de tipo jurídico; ni la denuncia de valoraciones erróneas de documentos, dictámenes periciales o informes que pudieran transformarse en infracciones del ordenamiento jurídico; ni se denuncian hechos que permitan considerar mal hecha la relación de hechos probados de la Sentencia de instancia. Creo que, sencillamente, todas y cada una de estas afirmaciones son incorrectas hasta el punto de parecer estar refiriéndose a otro caso distinto y a otro Recurso de Casación³⁵. Véase, pese a no ser el resumen exhausti-

³⁵ Esta cuestión estaba argumentada, sobre todo, en el segundo motivo de casación del Recurso de Casación, páginas 24 a 30. Allí se citaban todos los preceptos con presunciones legales que favorecían a las recurrentes, que son también, obviamente, reglas legales sobre la distribución de la carga de la prueba. Se denunciaba que la resolución de 4 de septiembre de 2001 de la que trae causa el proceso se había apoyado en un documento técnico de 22 de noviembre de 2001 con errores jurídicos de mucho calado, entre los que estaba el de que negaba la libre transmisibilidad de las aguas privadas. También se señalaba que el Documento núm. 9 del Expediente, firmado por el Guardia Fluvial Pedro José Salar Bernal

vo, lo explicado anteriormente sobre este Recurso de Casación que recogía con énfasis y minuciosidad todo lo que el TS niega que hubiera recogido.

Además, el argumento de que las actas de denuncia del Servicio de Guardería Fluvial gozan de presunción de veracidad sobre los «regadíos abusivos» es argumento inocuo siendo que las recurrentes siempre han admitido el riego realizado en tierras suyas antes de secano que es lo único que de verdad está alcanzado por aquella presunción legal de veracidad. Pero si los regadíos eran jurídicamente abusivos o no es lo que se tenía que discutir en el juicio y aplicando las leyes vigentes (sus presunciones legales, también) y a partir de hechos concretos probados y de práctica de pruebas significativas y, frente a eso, que los guardias fluviales considerasen o no abusivos los riegos es una mera opinión subjetiva de personas legas en Derecho y meras portadoras de consignas y opinión por completo irrelevante en un procedimiento judicial, si

hizo constar que el administrador de la finca denunciada por regadío ilegal «tiene acciones de aguas de la SAT Carche Raspay», lo que las recurrentes aprovechaban para denunciar que la Administración no hubiese hecho antes de incoar el expediente sancionador las averiguaciones previas que le exigía la ley (arts. 69.2.º y 41 de la Ley 30/1992 y arts. 12 y 16.2.º del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora de 1993). También mencionaba el Recurso (pg. 50, motivo de casación 7.º) cómo diversos intentos de las recurrentes de obtener de la Administración autonómica minera las certificaciones de la inscripción de sus pozos Arga y Llobregat en el Registro de Manantiales regulado por el Decreto de 23 de agosto de 1934 habían fracasado por negativas y evasivas de la Administración minera, por lo que se había solicitado al TSJ de Murcia en las dos demandas de 2002, incluso en el petitorio y mediante Otrosí, que reclamara dichas certificaciones a esa Administración. También se alegaba en el Recurso de Casación (pg. 49) que la Sala *a quo* inadmitió en Auto de 14 de noviembre de 2002 dos pruebas documentales que consideraban importantes las recurrentes y desestimó dicha Sala la Súplica, solicitando las recurrentes al TS pronunciamiento expreso sobre ello. También criticaba el Recurso de Casación (pgs. 27 y 28) la grave mutilación que había sufrido la «relación de hechos probados» redactada por la Sala *a quo*, sin recoger, por ejemplo, las certificaciones aportadas del Registro de la Propiedad de Yecla sobre la inscripción en el mismo de las «acciones» de aguas privadas subterráneas de los pozos Arga y Llobregat; y sin recoger también diversas escrituras públicas sobre la propiedad de fincas en las que se aludía a los mismos pozos y a sus aforos realizados al inscribirse tales pozos, a principios de los años setenta, en el Registro de Manantiales; o un documento que pudo ser decisivo en el proceso escrito por el Comisario de Aguas de la CHS en fecha 24 de septiembre de 2001, que se había aportado, y en el que reconocía implícita, pero muy claramente, que no estaban probados los hechos que hubieran podido desencadenar la aplicación del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas; o sin recoger, esa mutilada «relación de hechos probados», las declaraciones escritas y firmadas de varios testigos de que en el contrato de constitución voluntaria de servidumbre de acueducto que necesitaba la tubería central de la SAT Carche Raspay la señora María Eugenia E.M. había dado su consentimiento para la construcción de la tubería. Como veremos al aludir al problema de si hubo o no culpa de las recurrentes, también el Recurso de casación entrecomillaba con sumo cuidado las declaraciones de los presidentes de las dos empresas, que constan en el Expediente, para mostrar su verdadero sentido, sin que el TS atendiera en forma alguna esa esmerada y decisiva reflexión. Los concretos preceptos que invocaba el Recurso de Casación para demostrar las diversas presunciones legales que favorecían a las recurrentes y que la Administración no desvirtuó, fueron los artículos 137.1.º y 4.º de la Ley 30/1992; el artículo 17 del Decreto 1398/1993; los arts. 38 y 41 de la Ley Hipotecaria; el art. 448 del Código civil; y el art. 7 del Decreto de 23 de agosto de 1934.

no se argumentaba con hechos concretos significativos, lo que en absoluto se había hecho en este caso.

En fin, como no se puede negar a las salas de lo contencioso administrativo del TS, dada la actual legalidad y hasta las concepciones dominantes de los operadores jurídicos, la competencia de ir delimitando el estatuto objetivo de la propiedad privada del agua, que en efecto han venido configurando mal que bien desde hace dos décadas, creo que el concreto Fallo de esta Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009 no deja resquicios reales u operativos a la jurisdicción ordinaria para permitir intentar evitar la injusticia grave que creo que ha producido dicho Fallo. No cabría, en particular, intentar conseguir por las empresas que vieron desestimado su Recurso de Casación, presentando una nueva demanda, una sentencia civil declarativa que declarase la genérica transmisibilidad de la propiedad privada del agua, por ejemplo, y de esas concretas aguas privadas de las empresas mencionadas en particular, porque, en definitiva y a efectos prácticos, ya hemos explicado que el TS tiene decidido, aunque en forma elusiva y vergonzante, lo contrario, y esto, por duro que parezca, está amparado por el efecto de cosa juzgada material de la mencionada Sentencia (cfr. art. 95 de la Ley 29/1998 de la JCA y art. 222 de la LEC de 2000).

Las empresas interesadas y propietarias de las aguas subterráneas privadas interpusieron, en fin, un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, bastante extenso y argumentado, invocando los artículos 24 y 25 de la Constitución, contra la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009, pero han sabido en septiembre de 2010 que este recurso no ha conseguido atravesar el riguroso y draconiano filtro que puso a la admisión a trámite de estos recursos de amparo la reforma realizada por la Ley orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Que la impugnación en amparo de una Sentencia como esta de 27 de octubre de 2009 y contra la que se pueden esgrimir argumentos de tanto calado como los que en este trabajo se han aducido, ni siquiera haya sido admitida a trámite, también invita a reflexionar, por cierto, sobre si esa reforma de la Ley del TC realizada por la Ley 6/2007 no ha llegado acaso demasiado lejos en su designio de aligerar de trabajo al ciertamente muy agobiado TC.

5. VALORACIÓN RESUMIDA DE ALGUNOS OTROS ASPECTOS DE LA DOCTRINA DE LA SENTENCIA ESTUDIADA

La puesta en regadío con aguas subterráneas privadas de ciertas tierras de secano de algunas empresas socias de la SAT Carche Raspay, y entre ellas la empresa Carche Olmo, SLU, se produjo a

lo largo de 1999 y primeros meses de 2000. La infracción administrativa, que tanto el TSJ de Murcia como el TS afirman que existió, tiene que reunir los requisitos de tipificación previa como infracción administrativa y de culpabilidad de las empresas imputadas «*en el momento en que se produjeron los hechos*», como bien dice, en sintonía con la buena doctrina científica y abundante jurisprudencia constitucional, el artículo 25.1.º de la CE. Pues bien, pese a lo que han afirmado con tanto énfasis las dos sentencias aquí comentadas, el hecho de que existiera ya por entonces tal tipificación previa de los hechos como ilícitos, y de que existiera ya por entonces la posibilidad de calificar como culpables a sus autores, presenta, como vamos a ver, más que ardua dificultad en su auténtica y definitivamente convincente fundamentación.

Y para percatarse de ello basta una consideración intuitiva derivada de hechos que se les habían justificado a ambos tribunales, y sobre todo al TS, en el Recurso de Casación. En 1999 y en 2000 (y también después, pero eso nos interesa menos de momento) la mayoría de la doctrina española especializada en Derecho de aguas, y doctrina que era por cierto considerablemente amplia y con algunos nombres de prestigio (uno de enorme prestigio) consideraba que el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de Aguas no impedía la transmisión o el traslado de aguas privadas subterráneas ni impedía que se cambiase el uso o destino económico que se le venía dando al agua privada antes de la Ley de Aguas de 1985. De modo que si los labradores de Jumilla, sancionados en la forma y con el entusiasmo que hemos visto en nombre de la «congelación» del agua privada, hubieran tenido la extrema diligencia de consultar a los mejores especialistas de España en Derecho de aguas o de pedir un dictamen escrito sobre si podían o no comprar aguas privadas para trasladarlas y poner en regadío fincas suyas de secano un poco apartadas respecto de la ubicación de los pozos, ese hipotético y cualificado dictamen hubiera sido, con muy alto grado de probabilidad, positivo o favorable. Así que coinciden aquí el buen sentido común de las gentes del campo, que desde luego no consideraron necesario dicho dictamen, con las conclusiones más elaboradas de los estudiosos y de los juristas altamente especializados.

A partir de allí, los labradores compraron las «acciones» de aguas privadas; fueron al Notario a elevar la compra a escritura pública; luego fueron a pagar los impuestos por transmisión de bienes inmuebles y de actos jurídicos documentados, cobrándoles con toda normalidad los funcionarios de Hacienda; y luego fueron al Registrador de la Propiedad de Yecla, que inmatriculó sus «accio-

nes» sobre aguas privadas, y sus compras de las mismas, también con toda normalidad. ¿De verdad podemos afirmar, entonces, que estos señores cometían un ilícito suficientemente tipificado con certeza y con suficiente publicidad de las normas como infracción administrativa y que eran además culpables de esa infracción? Yo creo que no; que ello es de sentido común, y que por eso son artificiosos y endebles tanto los argumentos del TSJ de Murcia y del TS sobre la «tipificación indirecta» de infracciones, o sobre las remisiones «en blanco» o mediante reglas residuales; etc. Precisamente un caso como éste, al que parecería acaso aplicable un precepto transitorio de rango legal pero abstruso, debería servir para demostrar que, aunque haya afirmado lo contrario el TC en alguna ocasión, no es suficiente para que se respete la tipificación exigida por el artículo 25.1.º de la CE cualquier remisión a normas con rango legal mediante técnicas de tipificación indirecta o mediante normas residuales de reenvío. Y son artificiosos y endebles también los argumentos que aducen ambos tribunales para intentar justificar la culpa de las recurrentes. No debemos admitir interpretaciones que contradigan en forma palmaria el sentido común.

Me centro brevemente solo, por razones de espacio, en estos últimos argumentos que pretendieron justificar la culpa. Ambos tribunales afirman que el mal asesoramiento inicial de un ingeniero agrónomo lego en Derecho a las recurrentes no justifica que éstas declararan, faltando estos a la verdad (aunque no lleguen las sentencias a usar esa expresión), y modificando los hechos sucedidos. Afirman que primero explicaron que no habían regado con las aguas de sus pozos en sus fincas y que luego explicaron que sí habían regado pero que tenían derecho a regar. Pues bien, lo segundo es cierto pero lo primero, rotundamente, no. Ninguno de los dos Presidentes de las dos empresas sancionadas negó que hubieran iniciado a regar sus fincas con sus aguas privadas cuando fueron interpelados por la Administración (negativa además que hubiera sido la negativa de lo obvio y por completo inverosímil), con lo que tenemos que ambos tribunales, parece que excesivamente inclinados a darle la razón a la Administración a toda costa, cometieron un grave error inconsciente en la valoración de las declaraciones de ambos Presidentes que figuraban en el Expediente y deformaron grave y decisivamente los hechos y las declaraciones sobre los que dictaron sus resoluciones judiciales.

En efecto, en el Recurso de Casación las recurrentes habían realizado un minucioso examen valorativo de esas declaraciones (declaraciones que constaban desde luego en el expediente administrativo), entrecomillando casi todas ellas, examen que el TS no

atendió en absoluto. Ambos tribunales, por cierto, mostraron de paso poca sensibilidad con lo que el artículo 3 del Código civil llama el criterio de interpretación basado en la «*realidad social del tiempo de aplicación*» de la norma (realidad social que demuestra que sociedades civiles de cierta entidad del ámbito rural no tienen asesores jurídicos y tienden a fiarse de los funcionarios de la Administración hidráulica). Y ello, aparte de que aunque hubiera existido (que no existió) culpa de las recurrentes o intento de modificación de la verdad en la presentación de los hechos en la fase de defensa frente al expediente sancionador, eso tampoco hubiera sido la culpa que legalmente se requería, que es una culpa anterior y existente ya en el momento de producirse los hechos pretendidamente ilícitos, como la denunciada y discutida por la Administración puesta en regadío (arg., de nuevo, art. 25.1.º de la CE). Posibles «culpas» de los administrados durante la ulterior instrucción del expediente, incluso cuando existan, no son la culpa que requiere la ley para que exista infracción sancionable.

No merecen mayor comentario los otros dos argumentos dados por ambos tribunales para justificar la culpa de las empresas recurrentes. Según uno de ellos, la falta de la debida diligencia de unos regantes profesionales que tienen que conocer muy bien sus obligaciones y las normas que las rigen. Baste recordar lo que se ha comentado poco antes sobre un hipotético dictamen que las recurrentes hubieran intentado solicitar a los mejores especialistas en Derecho de aguas españoles antes de empezar a actuar y a comprar «acciones» de aguas privadas. Según el último argumento, la culpa se deduce de que las argumentaciones de ambas recurrentes en el expediente administrativo demostraban que actuaban de consuno. Pues sí, desde que el nuevo expediente sancionador D-93/2001 en marzo de 2001 les amenazaba con una posible multa de cien millones de pesetas, buscaron asesoramiento de letrados y, siendo socias ambas empresas desde hace años, unificaron sus estrategias de defensa frente a lo que se les venía encima a las órdenes de sus letrados. Solo desde una cierta excesiva obsesión por darle la razón a la Administración a toda costa, puede verse en esto un hecho demostrativo de la culpa de las recurrentes³⁶.

³⁶ Otra cuestión en la que se manifiesta la desidia y precipitación de esta Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 es en su afirmación, del Fundamento de Derecho 9.º y siguiendo al TSJ de Murcia, de que no se había negado el trámite de audiencia en el procedimiento sancionador, como alegaban las recurrentes, porque se habían notificado a las partes todos los actos que eran legalmente susceptibles de notificación. Es cierto que el Supremo hubiera tenido a su disposición abundante jurisprudencia que, con ciertos requisitos y matices, considera que la falta de audiencia en el procedimiento administrativo no necesariamente vicia de invalidez a éste. Pero, obcecado el Tribunal con dar la razón a la Administración y acabar pronto su faena, ni siquiera se molestó en buscar y

Otro claro error en el que ha incurrido la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009 es el de entender, confirmando el criterio de la Resolución administrativa de 4 de septiembre de 2001 y de la Sentencia núm. 53/2005 del TSJ de Murcia, que la sanción de dos multas de 500.000 pesetas a cada una de las recurrentes, estaba bien impuesta por aplicación del artículo 318.1.º del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. Como le señalaba el Recurso de Casación (motivo de casación 2.º, al final), ambas resoluciones anteriores habían incurrido en ilegalidad y anulabilidad, al dejar de aplicar el precepto más específico del artículo 319.2.º del Reglamento de 1986, Reglamento varias veces reformado en estos temas de las multas, pero que seguía entonces ordenando que el tope máximo de las multas por infracción leve sin imputación de daños al dominio público hidráulico era el de 40.000 pesetas ó 240,40 euros. Se impuso a las recurrentes una multa doce veces y media mayor que el tope máximo de multa legalmente permitido para esa concreta y pretendidamente tipificada infracción. Al final de su FD 5.º el TS argumenta en contra del motivo de casación que la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, Ley «de acompañamiento» de los presupuestos para 1995, había subido a un millón de pesetas (6.010,12 euros) el tope máximo de sanción de las infracciones leves. Pero el argumento, siendo ello cierto, es claramente erróneo e insuficiente, porque esa Ley de 1994 no derogó el artículo 319.2.º del Reglamento, que seguía plenamente vigente, y que prevalecía frente al reformado artículo 318.1.º, porque la norma más especial excluye a la más general. De modo que, solo por esta razón, enfáticamente señalada en el Recurso de Casación, aunque hemos visto que tenía otras varias y muy buenas razones, el TS debió casar la Sentencia del TSJ de Murcia de 2005. La materia la reformó luego el D 367/2010.

Por último, creo que es criticable que el TSJ de Murcia no quisiera en su momento admitir en el proceso la cuestión de la posible declaración de la constitución voluntaria de una servidumbre de acueducto a favor de la SAT Carche Raspay, constitución que hubiera sido probablemente fácil de probar en el proceso³⁷, al no

citar esa jurisprudencia, y dio el mencionado inadmisibles argumento, que confunde obviamente dos cosas distintas como son la necesidad legal de notificar ciertos actos de trámite al interesado y la necesidad legal de cumplir el trámite de audiencia en los procedimientos sancionadores, trámite de audiencia que evidentemente es otra cosa, aparte de que tiene incluso anclaje en nuestra Constitución (cfr. art. 105, letra c, de la CE, que es el fundamento último de los artículos 84 y 112 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común 30/1992). Incluso afirmó el TS, arbitrariamente y con absoluta falta de fundamento, que las recurrentes habían reconocido que sí se había cumplido el trámite de audiencia.

³⁷ Que cabe la constitución voluntaria de servidumbre de acueducto, como de otras muchas, por el mero acuerdo de los dueños de la finca sirviente y de la dominante, y sin exigencias de documentación pública o privada, se deduce claramente, según la doctrina y la jurisprudencia, de los arts. 594, 1255, 537 y 539, 551 y 1280.1.º del Código civil. En

dar traslado la Sala de las demandas de las recurrentes de 22 de marzo y de 22 de abril de 2002 a doña María Eugenia E.M. Con ello imposibilitó del todo la declaración de esa servidumbre que en efecto se había constituido negocialmente pero sin aportar el TSJ verdadera reflexión o argumentación sobre ello. Y lo mismo cabe afirmar de la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009, que no ha aceptado la petición de las reclamantes de que, al menos, declarara la Sala que el TSJ de Murcia hubiera tenido competencia para ello y que debió ejercerla. Simplemente vuelve el TS a dar el mismo argumento del TSJ de Murcia de que la cuestión es civil y de la sola competencia para ello de la jurisdicción ordinaria. El argumento, con todo, es muy simplista, en mi opinión, y no acepta la reflexión o interpretación que las recurrentes le habían expresamente propuesto de que subsumiera esa cuestión de la declaración de la constitución de la servidumbre, que era como un fleco o accesorio del objeto principal del proceso, bajo la idea de que la misma constituía una «*situación jurídica individualizada*» de las que se contemplan en los artículos 31.2.º, 21.1.º, letra b), 71.1.º, letra b), y 72.3.º de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El artículo 4 de ésta no interesaba aquí.

La ventaja de haber aceptado la solicitud de las recurrentes hubiera sido, aparte de que conectaría esa solicitud mejor con la naturaleza de verdadero proceso que se atribuye hoy al procedimiento contencioso administrativo, y de que su Ley de 1998 en efecto se inspira en ello y ha superado la vieja y restrictiva concepción de tal proceso como mero procedimiento revisor de la legalidad de los actos administrativos, el que dicha interpretación hubiera conectado mejor con el espíritu constitucional que pide para los justiciables «*un proceso público sin dilaciones indebidas*» (art. 24.2.º de la CE). Al haberse rechazado esa útil interpretación que propusieron las recurrentes, puede ocurrir que si algún día éstas, acaso quince años después de haberse iniciado su conflicto contra la Administración, conflicto que todavía continúa hoy abierto en otros frentes, consiguieran que por fin se les reconociera su derecho a regar con sus aguas privadas sus fincas y sus viñas, entonces, acaso todavía tendrían que iniciar otro pleito civil sobre la constitución voluntaria de la servidumbre de acueducto (al menos para inscribir la servidumbre en el Registro de la Propiedad), nuevo pleito

cuanto a la jurisprudencia, pueden consultarse, por ejemplo, las sentencias civiles del TS de 26 de febrero de 1956, RAr.1956, núm. 1502, considerando 4.º; o de 26 de junio de 1981, RAr. 1981, núm. 2614, considerando 2.º. Esta segunda sentencia, muy bien argumentada y con cita de otras sentencias anteriores, se refiere además a un supuesto relativo a aguas subterráneas y con cierto parecido en cuanto al tema de la servidumbre de acueducto al resuelto por la Sentencia de 27 de octubre de 2009 aquí estudiada.

civil que podría llevarles otros diez años más de gastos y disgustos e incertidumbres. Puede que, entonces, les costara un cuarto de siglo llegar a obtener, si para entonces no lo impediera el Derecho comunitario europeo, el reconocimiento de su pleno e indiscutible derecho a regar sus propias fincas con sus propias aguas privadas.

C. ENSEÑANZAS DE LA SENTENCIA ESTUDIADA SOBRE EL ACTUAL DERECHO ESPAÑOL DE AGUAS

A lo largo de todo el siglo xx, y acentuándose el proceso en su segunda mitad, la doctrina civilista fue abandonando el estudio del régimen jurídico de las aguas, que fue quedando en manos casi exclusivamente de la doctrina administrativista, doctrina que en ese mismo espacio temporal fue ganando además consistencia científica y presencia y vitalidad en el conjunto de la doctrina jurídica española. Cuando se hizo una Ley de Aguas en 1985, a casi todo el mundo (no, por ejemplo, al autor de este trabajo) le pareció normal que la ley la hicieran solo administrativistas³⁸. Ya había sido ese el planteamiento de la mayoría de los anteproyectos o intentos de reforma legal de las aguas que se habían ido dando en las últimas décadas. Reflejo de todo ello es que hoy no haya casi ninguna sentencia sobre aguas de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mientras que son muy abundantes las sentencias contencioso-administrativas sobre aguas de dicho Alto Tribunal, aunque siga habiendo bastantes de éstas últimas sobre las aguas privadas. A los abogados, que encuentran pocos libros y pocos argumentos ya elaborados de Derecho civil, se les tienden a olvidar las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas y las amplias posibilidades que esta rama del Derecho les ofrecería y tienden a acudir solo a los tribunales contencioso administrativos, con lo que cooperan a esa progresiva publicación difusa de las aguas y demuestran participar de la concepción más extendida entre los operadores jurídicos sobre la casi completa administrativización de todas las aguas. A quienes nos hemos interesado las últimas décadas por los problemas de las aguas privadas no se nos escapa que, resolviéndose casi todos los conflictos ante la jurisdicción contencioso administrativa, la defensa de la propiedad privada del agua se va haciendo progre-

³⁸ Ya en 1962 CASTÁN TOBEÑAS, José, había advertido lúcidamente de que, para frenar las acometidas constantes del Derecho público frente al Derecho privado, era muy importante que en la elaboración de las leyes no faltase nunca la presencia de civilistas junto a los administrativistas y a otros expertos y juristas. Cfr. *La propiedad y sus problemas actuales*, Discurso de Apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1962, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1962, pp. 115 y 116.

sivamente más difícil. Si lo quisiéramos explicar en términos futbolísticos diríamos que la propiedad privada del agua tiene que jugar siempre en campo contrario y con árbitros caseros o muy caseros³⁹. Así están las aguas en el actual momento histórico.

³⁹ Hagamos breve referencia a otras tres sentencias del TS que han ido referidas también al mismo conflicto jurídico que enfrentó y resolvió la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009 comentada por extenso en el presente trabajo. Se trata de las SSTs de la Sala Contencioso-Administrativa, Sección 5.ª, de fechas 15, 16 y 19 de octubre de 2009. Cfr. R. Aranzadi de 2010, núm. 1076 y núm. 1099; y el de 2009, núm. 7623, respectivamente. La primera de estas sentencias resolvió un recurso contencioso administrativo interpuesto por la SAT Carche Raspay contra la desestimación primero presunta y luego expresa por el Gobierno español del recurso de reposición interpuesto por la mencionada SAT contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2004. En este Acuerdo el Gobierno ordenaba el archivo por caducidad de un expediente sancionador a la SAT Carche Raspay incoado el 16 de julio de 2002 en el que el Instructor reclamaba por los mismos hechos explicados respecto de la STS de 27 de octubre de 2009 una multa de 50 millones de pesetas y más de 14 millones de pesetas en concepto de daños al dominio público hidráulico. Por dos veces había hecho la Administración una petición semejante y por dos veces el Gobierno había dejado caducar los respectivos expedientes. El problema era que el Acuerdo del Gobierno de 30 de diciembre de 2004, saltándose su obligación legal de estudiar y motivar sus actos administrativos, incluyó en el Fundamento VIII de la Motivación de esa decisión una orden tajante a la Confederación Hidrográfica del Segura de que instruyera un expediente por daños al dominio público contra la SAT Carche Raspay y afirmando que había habido una infracción muy grave (para esta decisiva afirmación era solo un acto de trámite) y que la misma no estaba prescrita todavía, según el Gobierno, por aplicación del artículo 327 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico. El Acuerdo del Gobierno se entiende mejor recordando su momento histórico. Acababa de entrar en el Ministerio de Medio Ambiente la ministra Cristina NARBONA, con un verdadero enjambre detrás de asesores ecologistas radicales, y había prisas por cerrar a toda costa pozos que pretendidamente «robaban» aguas a los acuíferos, para agrandar a ciertos sectores de la opinión pública. Por supuesto, la Confederación del Segura cumplió las órdenes políticas incoando inmediatamente no uno sino dos nuevos expedientes contra la SAT Carche Raspay. No solo eso. Por dos veces se iniciaron investigaciones penales por la Fiscalía por si la SAT Carche Raspay había cometido algún delito y en ambos casos se archivaron rápidamente. Esto último era ya verdaderamente grotesco, en mi opinión, si se tienen en cuenta los hechos narrados en el epígrafe correspondiente de este trabajo (y cfr. arts. 247 y 326, letra f, del Código penal). El Recurso de la SAT Carche Raspay alegaba, en esencia, que la Orden de la Motivación del Acuerdo de diciembre de 2004 era un verdadero acto administrativo e ilegal, y que además la acción de daños estaba prescrita por haber transcurrido el plazo de un año del artículo 1968, que era el aplicable, al ser de responsabilidad extracontractual de lo que había que discutir (extracción de pozos de aguas privadas de una cantidad de agua pretendidamente excesiva, en daño del acuífero), y precepto del Código civil que hacía ilegal el artículo 327 del RDPH. Se solicitaba al TS que resolviera directamente el fondo del asunto aclarando el significado del apartado 3.º de la disposición 3.º de la Ley de Aguas o que ordenara al Gobierno de la Nación resolver directamente, aunque hubiera de hacerlo fuera de plazo, el expediente por dos veces eludido, de modo que fuera el Gobierno quien tuviera que enfrentarse en su motivación al significado del apartado 3.º de la disposición 3.ª de la Ley de Aguas. Con argumentos que considero endebles, pero que no voy a criticar aquí, el TS declaró inadmisibles las demandas respecto del fondo del asunto (aludía de pasada, no se sabe muy bien si como una especie de queja del trabajo que hubiera representado leerlos, a los 111 folios que tenía la demanda); consideró legal el acto sustancialmente inmotivado del Gobierno ordenando la instrucción de un nuevo expediente en la Motivación del Acuerdo de diciembre de 2004, y consideró no prescrita la pretendida falta muy grave (falta muy grave cuya existencia afirmó sin motivar en absoluto y siendo que para hacerlo precisamente hubiera debido admitir entrar en el fondo del asunto) afirmando que la responsabilidad de la SAT Carche Raspay (no la que acaso hubiera podido tener, sino la que afirma el TS, con clara interpretación errónea, en mi opinión, que tuvo) era una responsabilidad contractual de la regulada en el artículo 1964 del Código

civil y con una argumentación poco convincente, en mi opinión, y que dejaría casi sin ámbito propio al artículo 1902 del Código civil.

En los supuestos resueltos por las SSTs de 16 y 19 de octubre de 2009 algunas empresas socias de la SAT Carche Raspay impugnaron también, con argumentos paralelos a los expuestos, la orden del Gobierno de incoar contra esta última un nuevo expediente por daños al dominio público hidráulico incluida en el Fundamento n.º VIII de la Motivación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2004 y solicitaban en sus recursos la acumulación de los mismos al recurso que había interpuesto la SAT Carche Raspay ante el propio TS. Estas empresas eran las propietarias de las fincas en las que la Administración había considerado que se estaba realizando el regadío ilegal, y alegaban, entre otras cosas, para justificar su legitimación, que dadas las dimensiones enormes de la SAT Carche Raspay (más de 250 socios y cubriendo una extensa comarca), tenían un claro interés en conseguir a su favor una sentencia concreta cuyo efecto de cosa juzgada protegiera hacia el futuro la propiedad privada de su agua y su derecho a regar con ella sus fincas libre y pacíficamente. Sin embargo, ambas sentencias del TS, por un lado negaron la acumulación de procedimientos judiciales desde el único y discutible argumento de que los asuntos se presentaban como muy complejos, y por otro, en ambos casos, declararon un tanto paradójicamente inadmisibles los recursos de estas empresas directamente acusadas de regadío ilegal por la Administración, con base en el artículo 69, letra b, de la LJCA de 1998, negando a esas empresas un interés legítimo para recurrir, puesto que ya sus intereses estarían cubiertos, según el TS, en el recurso interpuesto por la SAT Carche Raspay, de la que las mismas eran socias. De modo que los tan complejos asuntos, que por tal razón no se quisieron acumular, se resolvieron finalmente en sentencias de unas pocas líneas. Como estas sociedades agrarias de transformación son sociedades civiles que casi solo se constituyen para administrar la copropiedad pro indiviso de los caudales de aguas privadas de pozos pertenecientes a muchos condueños, y esa copropiedad es el verdadero sustrato de dichas sociedades, la argumentación del TS en ambas sentencias de 16 y 19 de octubre de 2009 creo que no es convincente en absoluto, tal como el TS la razonó. Basta recordar que jurisprudencia del propio TS muy antigua y ampliamente aceptada (y que los recursos le recordaban en todos los casos al TS) acepta legitimación activa ampliamente de cualquiera de los condueños de algo siempre que actúe en beneficio de la comunidad de copropietarios, o si se piensa en que aquí había entes con personalidad jurídica, basta pensar también en los artículos 39 y 40 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, sobre el derecho de asociación, donde se admite amplia legitimación de cada asociado para defender sus intereses legítimos ante los tribunales, al margen de la Asociación o incluso en eventual contraposición a los acuerdos de la Asociación posiblemente contrarios al ordenamiento jurídico. Y ello, aparte de la existencia del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1.º de la CE y de toda la jurisprudencia constitucional que lo desarrolla y que recomienda que, en caso de duda, se resuelva siempre *pro actione*.

En suma, como se ve, se planteó ante el TS en tres ocasiones la aclaración del sentido que tenía el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas, en un supuesto de enorme trascendencia social y en el que una sociedad civil, extendida por una amplia comarca de Jumilla y representativa de los intereses de centenares de familias, llevaba enfrentada a la Administración hidráulica desde hacía nueve años, y esgrimiendo esa SAT argumentos muy consistentes y coincidentes con los de la mejor y mayoritaria doctrina científica, doctrina abundante sobre esta cuestión además, y sin embargo, el TS se zafó de estudiar tan trascendente cuestión, con argumentos formalistas y sumamente discutibles. Volviendo al símil futbolístico que he usado en el texto, bien se podría afirmar que en todas estas sentencias comentadas en esta nota el TS se negó a jugar y se dedicó a echar balones fuera. Los magistrados que resolvieron estas tres sentencias del TS son los mismos citados anteriormente que resolvieron la Sentencia de 27 de octubre de 2009. De modo que se podría decir, sin faltar sustancialmente a la verdad, que estos seis magistrados se zafaron hasta en cuatro ocasiones de estudiarse en serio un asunto jurídico muy trascendente que los recurrentes les habían expuesto con toda extensión y detalle. O sea, que estos seis magistrados no estuvieron a la altura de su altísima responsabilidad y trascendente misión.

En la Ley 29/1998 el legislador apostó por una noción expansiva del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, y ello arrojó sobre los jueces de todos los niveles de esta jurisdicción, y sobre los magistrados del TS muy especialmente, una incrementada responsabilidad. Si, dirigiendo sus sentencias para intereses y derechos surgidos en una sociedad liberal y capitalista, los jueces de lo contencioso administrativo, adoptaran en muchos casos una actitud perezosa, indolente y desdeñosa con las reglas

Sin embargo, pienso que esta excesiva inclinación o escoramiento del Derecho de aguas hacia el Derecho administrativo no es necesariamente progresista y ha perjudicado la comprensión del sistema legal y la calidad misma del conjunto de la doctrina existente sobre el Derecho de aguas, y con ellas a la seguridad jurídica. Creo que la tendencia a abandonar el Derecho civil en este campo ha supuesto, o está suponiendo, un empobrecimiento del conjunto de la doctrina sobre el Derecho de aguas y un olvido demasiado rápido de la buena dogmática sobre el Derecho de aguas, que todavía es, en mi opinión, la de las leyes de aguas de 1866 y 1879 y el Código civil.

De modo que sería buena, aunque sea difícil de lograr, una cierta rectificación de las tendencias actuales en el sentido de intentar recuperar el tronco con la historia legal decimonónica en nuestro tema, lo que no sería incompatible con una intensificación de la publicación de las aguas o de su control administrativo⁴⁰, y esa rectificación estaría respaldada o encontraría un buen anclaje en la Constitución, ya que, al fin y al cabo, vivimos en una sociedad liberal (arts. 33 y 38, entre otros, compatibles con el artículo 45 de la CE) en la que la Administración tiene que actuar siempre con «objetividad» y con «sometimiento pleno a la ley y al Derecho», en su función de servicio a los intereses generales (art. 103 de la CE), sin que haya decaído la vigencia, en mi opinión, de las tradicionales razones que hacían de la propiedad privada (también de la del agua) objeto propio en principio, y objeto suyo por antonomasia al menos en última instancia, de la jurisdicción ordinaria. Podría afirmarse que las dos sentencias aquí valoradas parecerían haberse inspirado en una hipotética y diversa Constitución (art. 103) que sometiese a la Administración a las leyes administrativadoras, y no a «la ley» a secas, y al Derecho administrativo, y no al «Derecho» a secas.

esenciales del Derecho privado y perdieran de vista la unidad esencial del ordenamiento jurídico, como temo que ha sucedido en las cuatro sentencias aquí valoradas, en esta jurisdicción la lucha en defensa de la seguridad jurídica padecería un inexorable retroceso. Uno más de los retrocesos que está sufriendo en varios frentes este decisivo principio constitucional.

⁴⁰ Intensificación de la publicación del régimen jurídico de las aguas respecto del sistema legal de la Codificación decimonónica a cuyo favor estoy, por supuesto, hasta el punto de que propuse en 1980 la integración por ley en el dominio público de todas las aguas subterráneas de propiedad privada y volví a ratificar esa petición en 1996, ya para todas las aguas privadas, y aunque con algunas matizaciones y atenuaciones y desde un mayor escepticismo sobre la calidad del trabajo de nuestra Administración hidráulica. Cfr. mi tesis doctoral *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Barcelona, 1980, pg. 644, nota 417; y mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, pp. 759 a 779; y pp. 779 a 814, en relación con algunos problemas conexos con la mencionada cuestión. Pero, como explico también en el texto del presente trabajo el reto pendiente es armonizar esa tendencia publicadora de las normas con el respeto a la buena dogmática tradicional del Derecho patrimonial español.

En este contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 puede considerarse que ha llegado a un extremo de nitidez en la representación de esa idea difusa de defensa a ultranza de la Administración y de la publicación de las aguas a toda costa que casi caracteriza en España nuestro momento histórico, al haber realizado el Supremo, frente a unos demandas y recurso de casación muy cuidadosamente argumentados⁴¹, una tenaz y numantina defensa de un endeble y oscuro precepto legal, como el apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas, con evidentes malformaciones y evidente incoherencia con el sistema legal total de las aguas y con cualquier dogmática razonable en nuestro tema. Al haber renunciado sustancialmente el Alto Tribunal a la construcción o intento de construcción del sistema legal. Y conviene advertir que esta Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009 es la primera en España que se ha enfrentado de forma frontal y directa (otras sentencias suyas lo habían hecho ya, pero siempre de forma mucho más tangencial) a la interpretación del apartado 3.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la vigente Ley de Aguas. Cuando muchos autores reconocen el fracaso del recurso de casación en España en su esencial y más originaria misión nomofiláctica debido a varias causas como el exceso de asuntos, la mentalidad del Supremo de resolver ad casum, la frecuente falta de altura intelectual de las argumentaciones, la carencia de poder de convicción, las frecuentes contradicciones valorativas, etc., esta Sentencia de 27 de octubre de 2009 vendría a dar la razón a todos estos augurios tan pesimistas sobre la situación actual de la casación.

Pero si la Sentencia es «extremista» en ese sentido indicado, también lo es en el sentido de que toca fondo en la degradación de lo que debiera ser el necesario respeto a un concepto unitario del ordenamiento jurídico, con su patente desprecio, no ya solo del Derecho civil y del Derecho hipotecario, de los que la Sentencia no hace la más mínima alusión en un conflicto en el que parecían ineludibles esas importantes alusiones a los mismos, sino, más en general y lamentablemente, desprecio también de la doctrina científica a secas, doctrina sobre las aguas, que cuando tiene cierto nivel, y sean civilistas o administrativistas los autores, no puede

⁴¹ Explicaba hace un par de años el profesor DÍEZ PICAZO, Luis, en el contexto distendido de un libro de entrevistas a juristas destacados, que uno no quiere que un juez sea precisamente WINDSCHEID o SAVIGNY, sino simplemente alguien que se lea cuidadosamente los papeles, y que cuando los papeles se han leído con cuidado, la solución jurídica, la mayor parte de las veces en que no hay casos difíciles, mana por sí sola. Cuando no mana por sí sola, explica el maestro, es cuando se ha desconocido el conjunto de los documentos que había en los autos. Cfr. el libro colectivo de FRANCISCO SOSA WAGNER y MERCEDES FUERTES, *Conversaciones sobre la Justicia, el Derecho y la Universidad. Entrevistas a diez maestros*, Marcial Pons, 2009, pp. 63-64.

dejar de considerar también elementos procedentes del Derecho civil y del hipotecario. El Recurso de Casación (pp. 7 a 24) dedicó 17 páginas de cuidada argumentación con aportación de mucha jurisprudencia y de toda la principal doctrina española existente sobre el precepto de la disposición transitoria 3.^a 3.º, minuciosamente citada.

Pero toda esa argumentación solo le lleva al Tribunal Supremo a afirmar que las recurrentes califican la doctrina de la Sentencia de instancia como «*restrictiva*»(es al revés, la califican de excesivamente amplia en su interpretación del precepto legal transitorio decisivo para el caso y le oponen, con la doctrina científica mayoritaria y más elaborada, una concepción más restrictiva) y que «*pese a los esfuerzos de las recurrentes*» no consiguen éstos desvirtuar esa doctrina de la Sentencia impugnada. Estamos obligados a suponer que el Alto Tribunal hizo una lectura reflexiva de esas 17 páginas de cuidada argumentación, y que en su única afirmación sobre las mismas cometió un lapsus, pero el caso es que no dejó absolutamente ningún indicio más de esa posible lectura y reflexión sobre los argumentos del Recurso de Casación en el texto de su Sentencia. La incongruencia omisiva y los artículos 67.1.º de la Ley 29/1998 y 120.3.º de la CE me parecen, por ello, otras de las razones por las que se debió o se deberá, además de casar la Sentencia del TSJ de Murcia, también anular, si el Tribunal Constitucional tiene ocasión de hacerlo, esta tan peculiar y significativa Sentencia del TS. La carencia en la misma de una argumentación un poco más elaborada da idea de que esta Sentencia se atrevió a cargarse un principio importantísimo de Derecho civil con siglos de antigüedad, como la libre venta o transmisibilidad del agua privada, no solo de forma vergonzante, según se ha advertido ya, sino, con toda probabilidad, con ostensible falta de cultura histórica y sin plena consciencia del grave y complejísimo alcance dogmático de lo que estableció.

En ese sentido, ya se han señalado los graves interrogantes que deja planteados para el futuro y para la seguridad jurídica esta peculiar teoría de nuestra Sentencia de la «*congelación*» de la propiedad privada del agua, y la incoherencia de que represente, en cierto sentido, una publicación más intensa de las aguas privadas que la de las concesiones administrativas sobre aguas públicas. Además, y correlativamente, deja convertida la propiedad privada, cuando se refiere al agua, en un engendro casi irreconocible respecto del inteligente modelo, bastante neutro ideológicamente como explicó siempre el profesor Lacruz Berdejo, del artículo 348 del Código

civil⁴². Cabría recordar aquí, por eso, el límite que pone el artículo 53.1.º de la CE al legislador de respetar siempre el «*contenido esencial*» de los derechos. Según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, de la que fue ponente el profesor Díez Picazo, y que el Recurso de Casación recordaba en vano al TS, ese precepto constitucional prohíbe a las leyes establecer respecto de un derecho subjetivo «limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección». Y a donde el legislador no debe poder llegar tampoco deberían poder llegar con sus interpretaciones los tribunales, que están constitucionalmente siempre vinculados a la ley.

Y a mayor abundamiento, al razonar en esta línea sobre «*contenido esencial*» de la propiedad privada del agua se puede citar también (desde principios de 2010, tras ratificar el vigente Tratado de Lisboa de 2004, que incorpora la Carta de 2000, todos los países de la UE) el ya vigente art. 17 de la Carta Europea sobre Derechos Fundamentales de Niza de 2000, que incluye dentro de ese contenido esencial (cfr. su art. 52.1.º, que alude al «*contenido esencial*» de esos derechos) de la propiedad privada la disponibilidad y el libre uso de la cosa por el dueño. El inciso primero de ese artículo 17 establece exactamente que «toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos». Parece que este precepto, aunque de rango superior al Derecho español y posiblemente vinculante a la larga para sus tribunales, según suelen entenderlo estos mismos con cada vez más claridad y frecuencia para el Convenio de Derechos Fundamentales de Roma de 1950 y según habrá seguramente de suceder con la Carta de 2000, no puede entenderse que tenga alcance retroactivo, por lo que no es fácilmente defendible hoy su aplicabilidad directa al supuesto conocido por la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009. Pero el hecho de que la norma europea existiera, aunque sin vigencia formal todavía, desde el año 2000, año en el que se produjeron los hechos enjuiciados, da sin duda una considerable fuerza de elemento interpretativo de refuerzo de primer orden

⁴² La Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, del TC, sobre la Ley 8/1984 de reforma agraria andaluza, en su FJ núm. 2.º, había afirmado que las modulaciones y limitaciones que aquella Ley andaluza ponía a la propiedad privada eran admisibles constitucionalmente y criticó que se pretendiese sacar argumentos sobre el contenido esencial de la propiedad del artículo 348 del Código civil, precepto que presenta el TC en este punto como anticuado o superado. Sin embargo, no me convence esta última afirmación, que no parece entender bien la neutralidad ideológica del precepto citado del Código civil, que admite todo tipo de limitaciones impuestas por las leyes, por muchas que sean, y además, las concretas limitaciones que en ese caso se discutían no eran ni de lejos tan drásticas y destructivas de la noción habitual de propiedad privada como lo es la del apartado 3.º de la disposición transitoria 3.ª de la Ley de Aguas, tal como la han entendido las dos sentencias comentadas en el presente trabajo.

a favor de los muy robustos argumentos de los recurrentes que tan rotundamente rechazó la mencionada Sentencia del TS.

Y más allá de la Sentencia aquí estudiada, es claro que el artículo 17 de la Carta de Niza de 2000, combinado además con el artículo 9.3.º de la Constitución y la irretroactividad necesaria de disposiciones sancionadoras desfavorables, marca para los casos y soluciones «futuros» (posteriores a 2010 y a la vigencia formal de la Carta de 2000) una línea de interpretación de la disposición transitoria 3.ª, apartado 3.º, de la Ley de Aguas muy claramente contraria en teoría a la aceptada por esta Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009. Otra cosa será, en el actual estado de cosas, que el Tribunal Supremo llegue a tener conocimiento y a tomar seriamente en consideración este argumento que aporta la Carta Europea de derechos fundamentales de Niza de 2000.

Por último, no debe dejar de señalarse que la trascendencia jurídica y social de la doctrina de la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2009 es, al menos en teoría, enorme. Cuando estas líneas vean la luz, la Ley de Aguas de 1985 habrá superado el cuarto de siglo de vigencia, por lo que, en todo ese tiempo, podrán ser muchísimas las aguas privadas que hayan cambiado de dueño (cualquier título: herencia; legado; venta; permuta; donación; etc.), o de lugar en el que se aprovechan, o del uso o destino económico para el que se aprovechan, o que hayan cambiado de todo ello simultáneamente, respecto de su estatus de pertenencia y uso del 1 de enero de 1986. De modo que, según la Sentencia aquí estudiada, todas o casi todas (la Sentencia no carece de flancos o zonas de penumbra) esas aguas privadas estarían en una situación de ilicitud al menos administrativa y serían susceptibles de sanciones debiendo la Administración también obligar a cesar el uso que se les estuviera dando por sus «dueños», si es que todavía les podemos denominar como tales. Y hay que tener en cuenta que el apartado 3.º de las disposiciones transitorias 2.ª y 3.ª de la Ley de Aguas alcanza probablemente a todas las aguas privadas, puesto que su ámbito lo extiende expresamente a las mismas la regla general de permanencia de todos los derechos de propiedad privada del agua que existieran en 1985 al entrar en vigor la nueva Ley, y regla general que se contiene en el apartado 1.º de la disposición transitoria 4.ª de la Ley (hoy TR) de Aguas⁴³.

⁴³ Sobre esta regla general del apartado 1.º de la disposición transitoria 4.ª de la Ley de Aguas y de su Texto Refundido de 2001, de mantenimiento de la propiedad privada del agua de todas las aguas que existieran al entrar en vigor dicha Ley, regla general que inspira también las disposiciones transitorias del vigente Derecho canario recogido en la Ley canaria 12/1990 de aguas, y sobre la compleja problemática interpretativa de dicha regla legal general, véase mi libro *Aguas públicas y aguas privadas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, pp. 61 a 97, y pp. 69-70 para la situación en Canarias.

La Sentencia de 27 de octubre de 2009, además, si se llegara a dictar otra Sentencia del TS con la misma doctrina de la «congelación» de la propiedad privada del agua, permitiría además, concurriendo acuerdo unánime de los magistrados de la Sala, la inadmisión de recursos de casación que cuestionasen dicha doctrina en el futuro ante el TS (arg. art. 93, apartado 2, letra *c*, y apartado 4, de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). Y antes de ello todavía, la doctrina de la Sentencia de 27 de octubre de 2009 quizás habrá podido utilizarse ya para estrechar el riguroso filtro en que se ha convertido para el recurso de casación la exigencia legal de su previa «preparación» (art. 89 de la Ley 29/1998). Por todo lo que es hoy bastante serio el riesgo de que pudiera quedar impuesta en la práctica en toda España, formalmente, esta tan desafortunada y nociva interpretación sobre la propiedad privada «congelada» del agua.

De modo que, en conclusión, esta discutible y poco trabajada Sentencia de 27 de octubre de 2009 deja a los pies de los caballos a casi todas las aguas privadas de España, que son muchas más de las que se suele suponer y con frecuencia en sectores de agricultura estratégicos y de alta cualificación y de gran importancia económica, por ello, en el conjunto de la economía del regadío español.

Menos mal, en este sentido (y exclusivamente en éste), que la Administración hidráulica española es institucionalmente bastante débil y carece de la capacidad de asumir la enorme carga de trabajo burocrático y jurídico que representaría el intento en serio de sancionar a todos los propietarios de España que no hubieran respetado la llamada «congelación» de la propiedad privada del agua, y (o) de impedirles que siguieran ejercitando ilícitamente (de creer a la Sentencia de 27 de octubre de 2009) sus derechos de propiedad privada sobre el agua. La Administración hidráulica está ya desbordada y agobiada por sus meros cometidos ordinarios, así que no anda sobrada de energías. Todavía no ha sido capaz de terminar de resolver los varios cientos de miles de complejos expedientes administrativos a que dieron lugar las deficientes disposiciones transitorias de la Ley de Aguas de 1985. Y este sector de la Administración hidráulica es de los que da abundante trabajo también a la jurisdicción contencioso administrativa.

Volviendo a la metáfora de los caballos, la propiedad privada del agua, hoy pretendidamente «congelada» por el Tribunal Supremo, está en teoría a los pies de los caballos. Pero, afortunadamente (solo a estos efectos, insisto), los caballos son pocos, débiles y famélicos. El daño causado por la Sentencia de 27 de octubre de 2009 no va a ser, probablemente, un gran daño social en el ámbito de todo el Dere-

cho español, una especie de gigantesca y tiránica persecución a todos los dueños digamos que activos de aguas privadas, sino más bien un daño jurídico; un daño a la seguridad jurídica. No es que el famoso «poder fáctico» del TS vaya a poder hacer por sí solo la nacionalización de todas las aguas privadas que el legislador de 1985, después de intentarlo, no se atrevió a hacer, sino solo que esta nueva e irreflexiva Sentencia ha contribuido muy considerablemente a aumentar la inseguridad jurídica y el caos social que reina desde hace ya bastante tiempo en las aguas privadas y hasta en las subterráneas en general, como bien saben los especialistas en estas materias. Sancionar e impedir lo ilícito es obligatorio y no discrecional para la Administración, pero lo enorme e inabarcable de la tarea que sobre ella arroja nuestra estudiada Sentencia del TS sobre casi todas las aguas privadas subterráneas o no del país, convertirá en objetivamente arbitrarios los casos necesariamente aislados y esporádicos en los que la Administración decida y pueda llegar a ejercer la persecución, con prohibiciones o incluso con sanciones, de la propiedad privada «congelada» del agua, pero agua utilizada por sus dueños, sin respetar la «congelación», con toda normalidad y honestidad y con pleno respeto a las concepciones sociales vigentes y dentro de sus fincas privadas de no fácil acceso en la práctica para los escasos vigilantes o guardas fluviales de la Administración.

También creo que ha venido esta Sentencia, por ello, a darnos la razón a los (pocos, en los primeros años de su vigencia, aunque hayan ido creciendo los críticos con el paso del tiempo y el cada vez más evidente fracaso de esta Ley) que avisamos desde el principio de que esta Ley de Aguas de 1985 era una muy discutible Ley, de confusa y contradictoria inspiración ideológica, y con bastante mala técnica jurídica⁴⁴. En varios de mis trabajos anteriores he propuesto que se sustituya esta ley por otra elaborada por un equipo pluridisciplinar de buenos juristas, en el que no deberían faltar civilistas e hipotecaristas. Conviene ser conscientes de que hacer una buena ley de aguas presenta gran dificultad objetiva. Si los mencionados juristas fueran buenos sin duda habrían de tener también un mejor sentido idiomático que el que demostraron tener los autores finales de la Ley de Aguas de 1985. Esa falta de un buen sentido idiomático creo que está también en la raíz de la deficiente técnica jurídica que caracterizó a esta importante Ley.

⁴⁴ Puesto que PÉREZ PÉREZ, Emilio, fue uno de los principales autores de la Ley de Aguas de 1985, puede ayudar a entender las carencias terminológicas y conceptuales de los autores de esa Ley la cuidadosa nota crítica que redacté sobre el libro de ese autor «*La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*», de 1998, en el tercer fascículo de esta Revista, del año 2000, pp. 1054 a 1073.