

JORNADA DE ESTUDIO SOBRE LAS NOVEDADES
DEL RÉGIMEN LEGAL DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
ALBACETE, 26 DE MARZO DE 2013.

**“MODIFICACION DE LOS APROVECHAMIENTOS DE AGUAS
SUBTERRÁNEAS PRIVADAS Y SU TRANSFORMACION EN
CONCESIONES”**

Francisco DELGADO PIQUERAS

Catedrático de Derecho Administrativo -UCLM

SUMARIO: 1.- Planteamiento de la ponencia 2.- Estado anterior de la cuestión 3.- Recordatorio de un debate olvidado 4.- La justificación política de la reforma de 2012 5.- Contenido de las nuevas Disposiciones Transitorias 5.1.- Trasformación en concesión de los derechos sobre aguas privadas subterráneas a consecuencia de la modificación de las características a) Hechos que se consideran modificaciones b) Procedimiento c) Características de la concesión 5.2.- Trasformación en concesión de derechos privados inscritos en el Catálogo de Aguas Privadas 6. Significado y valoración de la reforma 7.- Reflexión desde del Derecho de la crisis económica 8.- Hay otras alternativas

1.- Planteamiento de la ponencia

El objetivo de mi ponencia va a ser conocer en qué consisten los cambios introducidos en el Texto Refundido de la Ley de Aguas por el artículo 1.15 y 16 de dicha Ley 11/2012, de 19 de diciembre, “de medidas urgentes en materia de medio ambiente”, que ha venido a consagrarse prácticamente sin ninguna variación lo ya modificado por el DR Ley 17/2012, de 4 mayo. Lo que hace pensar si, como ha apuntado Silvia DEL SAZ, realmente la intención del legislador era salvar el eventual vicio de inconstitucionalidad del instrumento normativo usado por el Gobierno sin que se atisbase la extraordinaria ni la urgente necesidad para hacerlo.

En concreto, la introducción de una nueva disposición transitoria tercera: “Disposiciones comunes a la aplicación del apartado tercero de las disposiciones transitorias segunda y tercera”, si bien, de ello solo en lo que se refiere a los titulares de

derechos sobre aguas subterráneas privadas que modifiquen las condiciones del aprovechamiento. Y una nueva disposición transitoria décima: “Trasformación de derechos privados en concesiones”, que afecta a los titulares de aprovechamientos inscritos en el Catálogo de aguas privadas.

Por último, expondré mi opinión crítica sobre la reforma, notando la falta de coherencia entre las intenciones y los resultados, así como el poco acierto que la acompaña. A estos efectos, considero que la reforma no incentiva la modernización de los aprovechamientos de agua, no reduce el intervencionismo administrativo y no aporta nada al crecimiento económico ni a la protección ambiental y sí inconvenientes para los usuarios y el interés público. Todo ello desde un punto de vista jurídico, es decir, observando su repercusión sobre los derechos individuales y bienes públicos afectados.

Antes, sin embargo, empezaremos por explicar el estado de la cuestión en la Ley original, los debates doctrinales y jurisprudenciales que motivó y, aunque parecían haber caído en olvido, las propuestas precedentes que han resucitado de forma tan inesperada.

2.- Estado anterior de la cuestión

La dicción original de la DT 3^a.3 es muy precisa cuando establece la necesidad de trasformar en concesión el derecho privado para poder incrementar los causales usados, pero no lo es tanto cuando se refiere a otras modificaciones y al régimen de aprovechamiento. Lo que dio lugar a diversidad de interpretaciones, como ya tuvimos ocasión de estudiar en el libro escrito con Isabel GALLEGOS CORCOLES, que a continuación resumo.

En su Sentencia 227/1988, el Tribunal Constitucional sentó la doctrina según la cual la Ley de Aguas de 1985 respetaba la utilidad real de los derechos preexistentes, los caudales totales aprovechados y la facultad de disponer de los mismos –por lo que no vulneraba el derecho de propiedad del art. 33.3 CE–; de suerte que el incremento de los mismos, la apropiación de nuevos caudales, constituye una trasformación voluntaria del derecho que pasa por la concesión. No entra, sin embargo, a aventurar en qué consiste el régimen de aprovechamiento o qué tipo de modificaciones han de comportar esa trasformación en concesión.

La mayoría de los autores (CARO-PATON CARMONA, DEL SAZ, MOREU BALLONGA, MORELL OCAÑA, VILLAR ROJAS, DE LA CUETARA, entre otros) han defendido un entendimiento amplio al respecto, de modo que no se deberían impedir las reformas que como la profundización de los pozos, las que se dirijan a mantener el caudal anteriormente aprovechado. Es decir, lo necesario para el

mantenimiento de los parámetros económicos iniciales del pozo o galería perforados ha de ser admisible en circunstancias normales, salvo sobreexplotación del acuífero o eventos similares. De este modo, las modificaciones en las condiciones o régimen de aprovechamiento aptas para determinar la conversión del título sólo serían aquellas que afecten a lo esencial del derecho adquirido, esto es, toda modificación que exprese un incremento de los caudales totales aforados.

Es una opinión que compartimos, pues estas modificaciones forman parte del derecho legítimo del propietario para mantener la utilidad real del aprovechamiento.

EMBID IRUJO, en cambio, hizo una interpretación restrictiva de la propiedad de las aguas, de modo que cualquier cambio (de emplazamiento del pozo, de profundidad, de anchura del mismo, de destino de las aguas, etc.) determinaría inexorablemente el paso al régimen concesional de la explotación. El autor acepta que esta interpretación puede ser incomprensible desde presupuestos meramente técnicos, pues cualquier pozo se degrada durante el tiempo de su explotación y es necesario realizar determinadas labores para mantenerlo en funcionamiento y conseguir con él el tipo de prestaciones iniciales que, se supone, coinciden con las del título jurídico que permitió su construcción y puesta en funcionamiento. En este sentido, considera que *de lege ferenda* se debería permitir –con el adecuado amparo normativo y control de la Administración hidráulica– determinadas modificaciones allí donde las masas de agua subterráneas no estuvieran en riesgo ni pudieran ponerse en riesgo por dichas modificaciones.

Por su parte, la jurisprudencia fue sentando criterios generales orientadores sobre el significado de estos conceptos tan indeterminados, a la luz de los conflictos surgidos en la práctica, como corresponde a esta fuente complementaria del Ordenamiento. Así, el Alto Tribunal ha desautorizado una interpretación extensiva que los haría coincidir con los de las características esenciales de las concesiones, que según el vigente art. 144.2 RDPh son la identidad del titular, el caudal máximo continuo medio equivalente a derivar, corriente y punto de toma, la finalidad de la derivación, superficie regada en las concesiones para riego y tramo afectado en las destinadas a producción de la energía eléctrica.

Lo que sí ha considerado como una modificación del aprovechamiento ha sido el cambio de uso de las aguas. En concreto, la STS de 14 de abril de 2004 declara la necesidad de solicitar la pertinente concesión para destinar al riego de un campo de golf el aprovechamiento inscrito en el Registro de Aguas para regadío agrícola. En el mismo sentido, la STS de 21 de septiembre de 2005 deniega la inscripción de determinados pozos en el Catálogo de aguas privadas para riego, ya que los mismos se venían destinando a abrevadero.

En cuanto al cambio en la profundidad o ubicación del sondeo, la doctrina legal del Tribunal Supremo (STS de 30 de mayo de 2001, RJ 4550) es que la sustitución de la toma de aguas existente por otra nueva no supone “distinto alumbramiento ni dar mayor

profundidad de la autorizada". En consecuencia, respalda el fallo dictado en primera instancia por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia y considera que la Confederación hizo lo correcto al otorgar la autorización pertinente sin exigir la conversión en concesión. Con mayor motivo, y así lo menciona la Sentencia, sería posible la profundización de los pozos sin mediar concesión, siempre que no se incremente el caudal utilizado, pues cambios de tipo accesorio e ineludibles para la continuidad del aprovechamiento deben considerarse parte de las facultades inherentes al titular del derecho que la Ley de Aguas ha querido respetar.

La interesante STS de 29 de noviembre de 2000 (RJ 2001/43) analiza un supuesto en el que los titulares piden la modificación de su solicitud de inscripción de aprovechamiento de aguas privadas en el Catálogo, interesando la disminución del caudal y la ampliación de la superficie regable. La Confederación Hidrográfica denegó esta modificación, pues entendió que ello entrañaba un cambio de régimen de aprovechamiento sujeto a concesión, según lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la Ley de Aguas y el art. 144.2 RDPh.

Por el contrario, el Tribunal Supremo estima que esta interpretación no es acorde a Derecho por los motivos siguientes:

- "a) porque implica un desconocimiento de los derechos que durante el plazo de cincuenta años se reconoce a quienes se hallan en la situación jurídica que la disposición transitoria tercera establece;*
- "b) porque la interpretación que ha realizado la Administración implica modificar, antes del transcurso del plazo de cincuenta años, la situación jurídica que la propia Ley reconoce en relación con aquellos titulares;*
- "c) porque supone aplicar a este caso unas normas previstas para la modificación de las características de la concesión, cuando la situación de quien ha solicitado la inscripción en el Catálogo no es la de concesionario; y*
- "d) porque si prosperase la interpretación que la Administración mantiene, se producirían paradójicamente unos efectos contrarios a los que la Ley de Aguas aspira alcanzar, pues disuadiría aquellas actuaciones de los regantes tendentes, como ocurre en este caso, a disminuir el aprovechamiento del recurso natural escaso que es el agua, resultado que, desde otra perspectiva, se ofrece claramente contrario a las previsiones del art. 105 de la CE en cuanto opuesto al principio de eficacia a que la Administración ha de sujetar su actuación, pues no se olvide que al tiempo que se ahorra agua, se incrementa la productividad de la explotación agraria, resultado congruente con lo establecido en el art. 130.1 CE".*

A la luz de esta sentencia, en ningún caso el incremento de la superficie de riego, sin que lleve aparejado un incremento del caudal, implica la necesidad de solicitar una concesión que ampare la totalidad del aprovechamiento.

3.- Recordatorio de un debate olvidado

Como señalábamos al principio de este trabajo, no puede pasar desapercibido que la nueva DT 3^a.bis es parte del anteproyecto que el Ministerio de Medio Ambiente presentara al Consejo Nacional del Agua, en junio de 2006. Pero en unos términos todavía más restrictivos para los usuarios, pues generaliza las soluciones ensayadas para determinados acuíferos sobreexplotados (art. 56).

Aquel anteproyecto fue precedido del informe de un grupo de trabajo formado por especialistas, que llevó a cabo consultas y reuniones con los colectivos implicados, aunque a la postre el Anteproyecto no siguiera sus recomendaciones. Su apuesta pasaba por elaborar una nueva Ley de Aguas, por varios motivos. Primero, por entender que la nueva política de agua requería que se considere el agua no como un derecho sino como un servicio al que tienen derecho los ciudadanos. Segundo, estimaba que el Texto Refundido resultaba desordenado y confuso a consecuencia de los sucesivos añadidos. Y tercero, para acomodarse al cambio de paradigma del siglo XX, que tendría como objetivo la garantía del suministro en un contexto de desarrollo sostenible.

Por lo que respecta a las titularidades privadas de aguas subterráneas (disposiciones tercera y cuarta de la Ley de Aguas), el grupo de trabajo recogió las opiniones encontradas de los que, por un lado, ven en ellas una complicación para la gestión de las Confederaciones y la causa frecuente de abusos. Y, de otra, quienes no la consideran un obstáculo insalvable, sin perjuicio de que para ciertos lugares con situaciones masivas de alegalidad o ilegalidad debieran abordarse actuaciones concretas.

Lege ferenda, el grupo de trabajo propuso introducir una disposición adicional segunda en cuya virtud “se entenderá por modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento: a) en el caso de las captaciones de las masas de agua subterránea que estén en riesgo de no alcanzar los objetivos de buen estado [lo que antes se entendía por “acuíferos sobreexplotados”], en todo caso las actuaciones que supongan el aumento de la profundidad o del diámetro del pozo; b) en el resto de masas de agua subterránea podrán autorizar el aumento de la profundidad o el diámetro del pozo así como su sustitución cuando tenga por objeto asegurar el mantenimiento de los derechos inscritos siempre y cuando no se perjudique a otros usuarios ni se ponga en riesgo el estado de la masa de agua subterránea”. En todo caso, la autorización se condicionaría al dictamen preceptivo de la Comunidad de Usuarios, que podría vetarla. Por otro lado, la concesión que habrían de instar quienes modifiquen las condiciones o régimen de aprovechamiento, para amparar la totalidad de la explotación, se otorgaría sin competencia de proyectos. Mas, en el caso de que afecte a masas de agua identificadas como en riesgo de no alcanzar los objetivos de buen estado y cuenten con un programa de actuación al efecto, la concesión no podría otorgar un volumen superior al que éste reconozca como de posible aprovechamiento.

En una disposición adicional tercera, el grupo de trabajo abría la posibilidad de que los titulares de aprovechamientos incluidos en el Catálogo de aguas privadas solicitasen en cualquier momento la inscripción en el Registro de Aguas, instando el otorgamiento de una concesión. Esta se otorgaría tras un trámite de información pública, aunque sin competencia de proyectos. Y siempre que la Comunidad de Usuarios informara favorablemente.

Estas propuestas coincidían en parte con las reformas normativas para mejorar el estado de las aguas sugeridas por EMBID IRUJO, que pueden resumirse en los siguientes postulados: a) facilitar a los titulares de aguas privadas que pudieran estar interesados el paso de sus aprovechamientos al Registro de Aguas, b) permitir modificaciones donde las masas de aguas no estén en riesgo, exigiendo en caso contrario la conversión en concesión, c) mantener la libre apertura de pozos de hasta 7.000 m³/año para usos domésticos, pero exigir una autorización para otros destinos, d) responsabilizar a las Comunidades de Usuarios del control de las extracciones, en cooperación con los Organismos de cuenca. El profesor EMBID entendía que las reformas deberían ser flexibles y adaptables a las diferentes situaciones que puedan darse e ir acompañadas de los imprescindibles medios materiales y personales, siendo, por otro lado, un antípodo de una reforma general que haga esta ley más coherente con el Estado de las Autonomías y la condición ecológica del agua.

En la doctrina, únicamente Emilio PEREZ había sido partidario de que solo mediante la conversión en concesión los titulares de aguas puedan modificar las condiciones de explotación que consistan en la profundización de la perforación, la instalación de un motor más potente o la apertura de un sondeo próximo a otro agotado.

Mónica SASTRE BECEIRO, por el contrario, no creyó que forzar la “conversio tituli” de aprovechamientos privados a concesiones fuera la solución. Aunque estaba de acuerdo en la necesidad de una mayor precisión normativa, estimaba que cambios como el tipo de cultivo, de zona regable, de técnica de riego y otros no pueden considerarse una modificación del régimen de aprovechamiento. Una interpretación tan restrictiva del apartado tercero de la disposición transitoria tercera que suponga que cualquier mínima modificación dé lugar a la caducidad del derecho y su conversión en concesión, a su juicio, no se deduce de la Ley. Es más, sostiene que, en ocasiones, para mantener la rentabilidad económica y el aprovechamiento del caudal es menester introducir estos cambios. Y pone el ejemplo de lo eficiente que resulta sustituir el riego a manta por un sistema de goteo, que permite aumentar la superficie cultivada con ahorro de agua y mayor rentabilidad. Tomando sus propias palabras: “Sería absurdo que la Ley vinculase al destinatario a seguir haciendo las cosas mal, consumiendo agua inútilmente. Eso sería un atentado contra el contenido de los derechos privados sobre las aguas”.

Lo decisivo para mejorar la gestión de las aguas subterráneas, a juicio de esta experta abogada, sería que la Administración las controle y proteja eficazmente, cerrando los pozos ilegales, impidiendo los vertidos contaminantes o la salinización. Era partidaria, en fin, de las reformas normativas que coadyuven al funcionamiento del mercado del

agua, como el reconocimiento registral de los derechos de aprovechamiento existentes – lo que rebaja los costes de transacción-, la supresión general de límites geográficos y finalistas a la libre trasmisión de los mismos -en lugar de levantar esas prohibiciones mediante decretos-leyes de vigencia anual, como se ha venido haciendo (v. gr. RD-Ley 15/2005, de 16 de diciembre)-, y la puesta en pie de la infraestructura de transporte y almacenamiento que constituya una auténtica red hidráulica en España que permita trasvases intercuenca.

Desde la doctrina civilista, ALCAIN MARTINEZ entendía que los avances en este terreno pasaban por configurar el derecho de aprovechamiento de las aguas, sus facultades y obligaciones, con un contenido unificado e independiente del título en que se base y del momento en que se haya adquirido. Contenido marcado, eso sí, por la peculiaridad del objeto demanial sobre el que recae. De ese modo, creía esta profesora granadina que el titular gozaría de una mayor seguridad jurídica, reduciendo las dudas acerca de la trasmisibilidad, medios de defensa, supuestos de extinción, etc., con lo que mejoraría su posición frente a la Administración y la protección que desde la jurisdicción civil se le puede ofrecer.

Se trata, esta última, de una propuesta muy sugestiva, por las ventajas jurídicas y administrativas que ofrece, aunque haría falta conocer los detalles básicos sobre la forma en que podría llevarse a efecto, pues la legitimación del cambio de estatus introducido por la Ley de 1985 tenía como base el carácter opcional con que se ofrecía.

Como ya dijimos en aquel momento, a nuestro juicio resultaba excesiva la extensión de un régimen excepcional a todas las situaciones del país, cuyo respeto obliga a incrementar la intervención administrativa en muchos lugares donde resulta innecesaria y posiblemente ineficaz.

4.- La justificación política de la reforma de 2012

A falta de otros elementos de juicio, la justificación política de una reforma (nos referimos ahora a sus contenidos sustantivos) es, en principio, la que se expresa en el Preámbulo de la Ley.

Entresacando de su lectura lo que a nuestros efectos interesa, podemos destacar que su propósito general parece ser el de procurar la compatibilidad de la actividad humana con la preservación del medio ambiente. *“Para ello –sigue el Preámbulo- la legislación ambiental debe ser clara y otorgar seguridad jurídica”*. Lo que, en la situación actual, se presenta como contribución a la reactivación de la economía.

En esa línea, se nos dice que “*la reforma que acomete la presente Ley se orienta a la simplificación administrativa, eliminando aquellos mecanismos de intervención que por su propia finalidad resultan ineficaces y, lo que es más grave, imponen demoras difíciles de soportar para los ciudadanos y dificultades de gestión para las Administraciones Públicas*”.

La reforma parte del presupuesto de que “*una protección eficaz está reñida con el exceso retórico y normativo que lleva a la atrofia*”, esto es, con la yuxtaposición de planes, programas, autorizaciones, permisos y otras medidas de difícil aplicación real y práctica, según sus propias palabras.

Como vemos, el designio general del legislador es contrario al exceso de intervencionismo administrativo, a la hipertrofia ordenancista, y apuesta por un elemental principio yo creo que compartido por todos los juristas, el que formulara Don Quijote al nombrar a su escudero gobernador de la ínsula Barataria: “Sancho, leyes pocas y que se cumplan”.

La segunda idea es que esta directriz de técnica legislativa es aún más imperativa en la situación actual de crisis económica. Lo que también comparto, al observar que la acumulación de normas sin depuración previa y de Administraciones sin coordinación ha llegado a convertirse en una losa que paraliza las iniciativas económicas.

Si miramos a lo específico de estas Jornadas, el Preámbulo señala que la modificación de la legislación de aguas quiere conseguir un uso más adecuado del agua, en prevención de que pudiera producirse una situación de sequía. Y, en relación con las disposiciones que abordo en esta ponencia, la única mención que hace es que, en esa línea, la Ley “*incorpora medidas que incentivan, como mecanismo potestativo, la transformación de los derechos de aprovechamiento privados de aguas a derechos concesionales, con el objetivo, entre otros, de facilitar y mejorar la gestión de episodios meteorológicos e hidrológicos desfavorables*”. Es la única consideración al respecto. Las demás tocan temas que son objeto de otras ponencias.

En realidad, como veremos a continuación, la transformación no es potestativa cuando se trata de introducir mejoras en el aprovechamiento pues aunque no supongan un aumento del volumen a usar e incluso si de dirigen a lograr un ahorro de agua la Ley fuerza su conversión en concesión.

De otro lado, llama la atención que las medidas de contenido material que toma esta Ley se dirijan a las aguas subterráneas, como si las superficiales no pudieran verse afectadas por la sequía y otros desordenes hídricos. O como si su regulación ya los hubiera resuelto, siendo el régimen de las aguas subterráneas la asignatura pendiente del ciclo hidrológico cuando surgen esos problemas.

5.- Contenido de las nuevas Disposiciones Transitorias

Como es sabido, la Ley de Aguas de 1985, además de incluir en el dominio público hidráulico del Estado los acuíferos y las aguas subterráneas, estableció un régimen transitorio para quienes a su entrada en vigor ya ostentaban derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías a título de propietario o, si se prefiere, como facultad accesoria de su derecho de propiedad de la tierra.

En síntesis, este régimen consistía en ofrecer la opción de inscribirlos en el Registro de Aguas, en calidad de aprovechamiento temporal de aguas privadas que serían respetados por la Administración durante un plazo de 50 años en lo que se refiere al régimen de explotación de los caudales, y un derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión a su término: el 31 de diciembre de 2035 (DDTT 3^a.1 y 4^a.1). O bien, segunda opción, declararlos ante el Organismo de cuenca para su anotación en el Catálogo de Aguas Privadas (DDTT 3^a.2 y 4^a.2), en cuyo caso estos derechos se mantendrán tales cuales indefinidamente.

La reforma que se ahora se aprueba también distingue entre estas situaciones jurídicas, pero de forma asimétrica. Así, por un lado, introduce una nueva DT 3^a.bis en el TRLA, que instaura un mecanismo de transformación forzosa en concesión de los aprovechamientos de aguas subterráneas privadas que sufran cualquier modificación. Es aplicable a todos los aprovechamientos de aguas subterráneas privadas, no exclusivamente a los inscritos en el Registro de Aguas, también a los anotados en el Catálogo, aunque puede dar la impresión de que el legislador sólo pensaba en los primeros, que son los que menciona.

Decimos esto porque la DT 3^a TRLA comprende tanto a los propietarios que optaron por inscribir en el Registro de Aguas (apartado primero), como a los que optaron por mantener su titularidad en la misma forma que hasta entonces, renunciando a la “protección administrativa” (apartado segundo). Por tanto, los nuevos criterios sentados en la nueva DT 3^a.bis a los efectos de la aplicación del apartado tercero de la DT 3^a se proyectan sobre ambas situaciones jurídicas. La impresión que da es, como digo, que el legislador ha confundido DT 3^a con Registro de Aguas y DT 4^a con Catálogo, cuando es lo cierto que ambas situaciones están reguladas en ambas disposiciones; la primera atiende a sus aspectos sustantivos y la segunda a su formalización registral.

De otro lado, introduce una nueva DT 10^a, referida esta vez sí a la transformación en concesiones de los derechos privados anotados en el Catálogo que voluntariamente lo quieran, mas sin abrir esta opción a los inscritos en el Registro de Aguas, no sabemos por qué.

Nosotros también lo estudiaremos por separado y en ese orden.

5.1.- Trasformación en concesión de los derechos sobre aguas privadas subterráneas a consecuencia de la modificación de las características¹

La nueva Disposición considera que determinados cambios, en los que enseguida entraremos, entrañan una modificación tal de las características que el derecho debe ser reconvertido en concesión administrativa; sea porque previamente lo inste el interesado, antes de llevarla a cabo (apartado 2), sea porque la haya efectuado sin comunicación a la Administración. En este segundo caso, el Organismo de cuenca requerirá al interesado para que solicite la concesión, sin perjuicio de aplicar el régimen sancionador previsto (apartado 5). Puesto que no se prevé el inicio de oficio de este tipo de expedientes, se puede entender que cabe, por tanto, la opción legal de restituir el aprovechamiento a su situación anterior, para no tener que sufrir la trasformación.

a) Hechos que se consideran modificaciones

Conforme a la DT 3^a, apartado 3 TRLA, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento de los aprovechamientos calificadas como privadas, requieren la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación.

Lo que hace la nueva DT 3^a.bis es considerar que constituye una modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, *”entre otras, las actuaciones que supongan la variación de la profundidad, diámetro o localización del pozo, así como cualquier cambio en el uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamientos de regadío”*. No obstante, remite a futuras instrucciones de la Dirección General del Agua el establecimiento de criterios técnicos para la aplicación uniforme de lo establecido en este apartado.

Esto último puede resultar muy conveniente para evitar la disparidad de criterios con que los Organismos de cuenca han venido interpretando, autorizando o negando y sancionado actuaciones de este género.

Volveremos enseguida sobre ello, para analizar los supuestos fácticos que determinan la trasformación del derecho, pues antes terminaremos de exponer el procedimiento que va a seguir la tramitación de esta conversión y su resultado final.

b) Procedimiento

¹ También a los titulares de aguas privadas procedentes de manantiales (DT 2^a) y, si bien estos no los vamos a tratar en ese escrito, podemos adelantar que el nuevo régimen es común a ambos.

En todos los supuestos, el procedimiento se inicia a instancia del interesado, lo que quiere decir que la Ley no deja otra opción cuando se necesite reubicar la captación, variar su profundidad o diámetro, por ejemplo, a causa de un hundimiento del pozo. O se quiera aplicar el riego en una parcela diferente. O a mayor superficie, sustituyendo cultivos forrajeros (como la alfalfa o el maíz) con alto consumo de agua por otros como los leñosos que ahorran agua y energía (v. gr. vid, olivo). La novedad es que ahora este cambio, aunque no incremente el consumo, también ha de ser autorizado y convertido en concesión por la Administración.

Se tratará sin competencia de proyectos, tal y como sucede con la novación de las concesiones de riego y de abastecimiento (art. 53.3 TRLA). Lo que nos parece de pura lógica y está bien que, para deshacer dudas, lo confirme la Ley.

No obstante, la solicitud tendrá que ser sometida a información pública (en el BOP) y podrá ser objeto de alegaciones por parte de cualquiera. Y también tendrá que ser sometida a tres informes. El primero, de compatibilidad con el Plan Hidrológico de Cuenca por la correspondiente Oficina de la Confederación. El segundo, del Ministerio o de la Comunidad Autónoma, en función del uso al que se destine. Tercero, de la Comunidad de Usuarios, si está constituida.

No se menciona en la Ley que este procedimiento esté sujeto al pago de tasas, ni que deba seguir el resto de pasos previstos en el RDPH para la tramitación ordinaria de las concesiones, incluida la aportación de una copiosa documentación (proyectos técnicos, aforos, títulos de propiedad, certificados catastrales, etc. etc.), mas pocas esperanzas de escapar a este tipo de costes burocráticos, consumidores de tiempo y dinero, cabe albergar.

Tampoco fija el tiempo en el que estos expedientes han de estar resueltos, aunque este plazo de nada sirve en la práctica para corregir la proverbial lentitud de la Administración hidráulica, al ser el silencio administrativo negativo, que aboca al interesado al no menos dilatador, costoso e incierto pleito judicial.

c) Características de la concesión

En principio, la concesión ha de otorgarse conforme a las características que figuren inscritas en la sección C del registro de Aguas, excepto aquellas cuya modificación haya motivado el expediente. La Confederación habrá de comprobar la adecuación de las mismas a la realidad, en cualquier caso.

El plazo de la concesión no será inferior al establecido en la inscripción de la sección C del Registro de Aguas. Esto significa que, como mínimo, durará hasta el 31 diciembre 2035. Pero sí puede ser mayor, dentro del plazo máximo de 70 años que la Ley de

Aguas permite, o del que en su caso establezca el RDPH o el PHC. Al término de su vigencia, el concesionario tendrá preferencia para obtener una nueva concesión.

En el caso de que la solicitud se refiera a acuíferos en riesgo de no alcanzar los objetivos de buen estado, la nueva concesión estará sometida a las limitaciones del programa de actuaciones o, en su defecto, a las medidas cautelares sobre extracción o protección de la calidad que se hubieran fijado.

Por último, el otorgamiento de la concesión comportará la extinción del derecho sobre aguas privadas.

De lo anterior nos surgen dos comentarios. Primero, la Ley no impide que la nueva concesión obtenga una dotación mayor de agua, pues este podría ser el motivo lícito de la conversión. O la ampliación de la superficie de cultivo, sin aumento de consumo de agua. De hecho, en otras cuencas (Ebro) se admite sin dificultades. E incluso lo favorece la legislación regional (art. 54.5 Ley 4/2010, de 8 de junio, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Andalucía)². Sin embargo, es previsible, a la luz de la experiencia, que en Castilla-La Mancha las Confederaciones condicione la aprobación de la concesión a su política de gestión del recurso y, en particular, de dotaciones, según su interpretación del Plan Hidrológico de Cuenca, lo que supondrá casi con seguridad una reducción de los caudales disponibles y de la utilidad real del aprovechamiento.

Segundo comentario, la Disposición omite toda referencia a plazos y características de las concesiones que sustituyan a derechos anotados en el Catálogo de Aguas Privadas. Lo cual, puede interpretarse en el sentido de entender que el legislador no ha querido que esta DT 3^a.bis les fuera aplicable. O bien, como creemos nosotros, reconducirse a lo antes dicho, que además coincide sustancialmente con la previsión de la nueva DT 10^a.

En suma, no se puede decir que constituya un modelo de simplificación administrativa. Más bien reincide en el intervencionismo administrativo, en vez de facilitar el desarrollo de las actividades económicas ligadas al agua. Y, lo que es peor, genera inseguridad jurídica, pues no garantiza que el usuario va a poder disponer del agua en

² La Ley 4/2010, de 8 de junio, de Aguas de la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA de 22 de junio de 2010), en su artículo 54.5 establece: “*Previa autorización de la Agencia Andaluza del Agua podrá incrementarse la superficie regada con aguas subterráneas privadas o destinarse las mismas a terrenos diferentes. Para la obtención de la autorización, los titulares de derechos sobre dichas aguas privadas deberán acreditar ante la Agencia Andaluza del Agua los siguientes aspectos: a) Que las modificaciones solicitadas no conlleven incremento de consumo de agua sobre la que hubieran efectivamente consumido durante las tres anualidades anteriores, si el consumo se hubiera realizado con continuidad, o durante los cinco últimos años si el consumo se hubiera realizado con interrupción. b) Que no se cause un daño ambiental a la masa de agua subterránea. c) Que no se perjudiquen los derechos de otros usuarios.*”

las mismas condiciones que disfrutaba. El derecho concesional queda a expensas de la resolución que ponga fin al expediente administrativo, de resultado y plazo siempre incierto.

5.2.- Trasformación en concesionales de derechos privados inscritos en el Catálogo de Aguas Privadas

La nueva DA 10^a TRLA da a los propietarios de aguas privadas inscritos en el Catálogo la posibilidad de solicitar en cualquier momento la conversión de su derecho en una concesión. Es una opción siempre voluntaria, sin que pueda la Administración intimar al usuario para que lo haga, por lo que queda al margen de nuestras consideraciones críticas.

El procedimiento de otorgamiento de la concesión es idéntico al anterior. Así, se excluye la competencia de proyectos, se somete a información pública y se exige informe de compatibilidad con el Plan Hidrológico de cuenca, de la Comunidad Autónoma o del Ministerio competente en función del uso a que se destine el agua y, caso de existir, de la Comunidad de Usuarios.

La concesión se otorgará con las características con que el aprovechamiento esté inscrito en el Catálogo de Aguas, previa comprobación administrativa de su adecuación a la realidad. Salvo que se refiera a masas de aguas subterráneas en riesgo de no alcanzar un buen estado, en cuyo caso estará sometida a las limitaciones que fije el programa de actuación. Es más, si la masa en riesgo no contara con dicho programa no se podrá instar la trasformación del derecho.

Aunque la Ley no lo diga, va de suyo que el otorgamiento de la concesión comporta la extinción del derecho de propiedad del agua.

La diferencia más apreciable respecto al proceso de trasformación antes examinado es que aquí el plazo máximo de la concesión será el 31 de diciembre de 2035, a cuyo fin el concesionario tendrá preferencia para obtener una nueva concesión.

6. Significado y valoración de la reforma

A nadie se escapa que la reforma persigue encauzar a los propietarios de aguas privadas hacia el régimen concesional, como si fuera una premisa para poder hacer una buena gestión de los recursos hídricos. Pero lo hace poco menos que a empujones, sin ofrecer un régimen atractivo que invite a los propietarios a mejorar su posición jurídica.

En mi opinión no está claro lo que se espera conseguir con ello, puesto que ni la titularidad del dominio público ni el régimen concesional son garantía de una mayor protección de las aguas ni de un uso más eficiente de los recursos. Basta ver el estado de la mayor parte de nuestros ríos y los arcaicos sistemas de riego con agua superficial regulada que todavía se utilizan en muchas cuencas. Salvo que mi información sea atrasada, aún los hay en los que las tarifas se pagan por extensión de tierra y no por volumen consumido.

Por otro lado, las facultades de la Administración hidráulica en relación con el aprovechamiento y control de los aprovechamientos (v. gr. caudalímetros) y las medidas de limitación que pueden imponerse por motivos de sequía, declaración de masa de agua en riesgo, protección de la calidad del agua, etc. se aplican indiscriminadamente a todos los usuarios, sin necesidad de pagar indemnización (DA 7^a y DT 3^a.4 TRLA).

Aunque haya sido con un considerable retraso, el análisis y sistematización de la jurisprudencia pone de manifiesto que muchas de las dudas e incertidumbres que en su momento surgieron han sido finalmente despejadas. La casuística jurisprudencial había afianzado una serie amplia de criterios muy sólidos y fundados al respecto, coadyuvando a la definición del contenido de los derechos y de la forma de su ejercicio. La eliminación de la inseguridad jurídica, en buena lógica, habría de suponer un apaciguamiento de las tensiones y controversias entre la Administración y los usuarios.

Cabía pensar que los esfuerzos gubernamentales podían dirigirse hacia otros terrenos más desabastecidos y necesitados de compromiso, como pueden ser los organizativos y de gestión. Sin embargo, el Gobierno ha optado por el régimen transitorio de las aguas subterráneas, en unos términos restrictivos para los usuarios de aguas subterráneas, a los que parece culparse de los desordenes hídricos. Y, lo que es más grave, rompiendo los equilibrios alcanzados en los tribunales tras muchos años. Lo que, amén de reabrir el debate jurídico, dará pie a la comisión de nuevos conflictos e injusticias. Piénsese en la cantidad de usuarios que han tenido que pleitear durante lustros para ver reconocidos sus derechos o, peor aún, los muchos que los han perdido en el proceloso mundo de los procedimientos y los recursos.

Mi opinión respecto de la DT 3^a.bis, ya lo adelanté, ha de ser crítica. Esta opinión no es nueva, pues es la misma que tengo en el libro escrito con Isabel GALLEGOS CORCOLES en 2007.

En efecto, lo primero que sorprende es que esta reforma legal, presentada como algo urgente por el actual Gobierno, a los pocos meses de constituirse, coincide literalmente con la que el Ministerio de Medio Ambiente presentó al Consejo Nacional del Agua en junio de 2006. Y que por fortuna, en mi opinión, no llegó a aprobarse tampoco en la pasada legislatura.

Es verdad que han pasado más de 25 años desde que se aprobara la Ley de Aguas de 1985, pero no por ello es menos llamativo que esta reforma la haya rescatado del cajón el mismo partido que interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la conversión en dominio público de las aguas subterráneas, esgrimiendo vulneración de los arts. 9.3 (arbitrariedad, desigualdad, retroactividad) y 33 (expropiación de la propiedad privada) de la Constitución por incidir sobre las situaciones jurídicas consolidadas al amparo del Código Civil.

Como hemos visto, la reforma rectifica los criterios consolidados por la jurisprudencia, va directamente contra los mismos, estableciendo una regulación más restrictiva de los derechos de los titulares de aguas privadas.

Esto generaliza para todo el país las restricciones de aplicación al Alto Guadiana, aprobadas por la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 9/2006, de 15 de septiembre, “de medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía”. Esta disposición se justificó en la necesidad de elaborar antes de un año el Plan Especial previsto por la DA 4ª Ley 10/2001, de 5 julio, del Plan Hidrológico Nacional, para remediar la problemática económica, social y ambiental provocada por la gravedad del estado del acuífero, esto es, con el fin de garantizar a corto plazo el abastecimiento urbano, las dotaciones de los ecosistemas y reducir las tensiones socio-económicas.

Como sostuve en aquel libro, creo que no es acertada la extensión de un régimen excepcional a todas las situaciones del país. Es más, nos parece un error de planteamiento la reforma aislada de las aguas subterráneas, separada de las aguas superficiales, como si la escasez se debiera a la explotación de las primeras y éstas fueran las únicas que plantean problemas en caso de sequía. La unidad del ciclo hidrológico hace que la explotación de las aguas subterráneas repercuta sobre los aprovechamientos de aguas superficiales. Pero a la inversa también sucede. La reforma no repara, por ejemplo, en que la explotación de las aguas subterráneas obedece normalmente a la privación que padecen los usuarios de ciertas regiones como Castilla-La Mancha para poder acceder a las aguas superficiales que circulan y se regulan en su territorio, por estar reservadas a favor de otros en el curso bajo. En los cuales, al no haber tenido el uso del agua limitaciones cuantitativas ni apenas coste económico, se siguen utilizando métodos de riego tradicionales con una eficiencia inferior al 30%. Un derroche a todas luces insostenible hoy en día, que consume los caudales que permitirían atender las demandas insatisfechas de la cuenca.

Esta reforma legal dirigida a restringir a los usuarios de aguas subterráneas privadas, sin haber puesto en práctica las facultades que la Ley otorga a las Confederaciones en relación con el aprovechamiento y control de los caudales concedidos, resulta al menos prematura. En efecto, el artículo 55 de la Ley de Aguas vigente habilita a los Organismos de cuenca para fijar el régimen de explotación de embalses y acuíferos, al que habrá de adaptarse la utilización coordinada de los aprovechamientos existentes. También podrán fijar el régimen de explotación conjunta de las aguas superficiales y los acuíferos. Otro instrumento previsto por la Ley es la obligación de instalar sistemas de

control efectivo de los caudales utilizados, para medir el volumen de agua realmente consumido, permitir una correcta planificación y administración de los recursos, cuya implantación universal debería haberse cumplido hace lustros.

Es más, el art. 65 permite que las concesiones sean revisadas cuando se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento, cuando lo exija su adecuación al Plan Hidrológico y cuando se acredite que su objeto puede cumplirse con una menor dotación o una mejora de la técnica de utilización del recurso, contribuyendo así a un ahorro del mismo. A esos efectos, las Confederaciones tendrían que realizar auditorías y controles de las concesiones, para comprobar la eficiencia de la gestión y uso de los recursos concedidos. Salvo en el caso de la adecuación al planeamiento, esta revisión no otorga al concesionario derecho a indemnización, aunque puede ser motivo de ayudas.

En definitiva, antes de cargar la mano sobre los titulares de aguas subterráneas, haciéndoles responsables de las dificultades que la Administración encuentra para resolver los problemas hídricos del país, creemos que se deberían poner en práctica las medidas señaladas y otras más que la Ley permite (catalogación y registro, instalación de caudalímetros, revisión de concesiones, centros de intercambios de derechos, trasvases, reutilización de aguas depuradas, desalación de agua marina, etc.) y, algo fundamental, mejorar la eficiencia de los Organismos para gestionar los asuntos que se les encomiendan.

Al margen de esta reforma, COLOM PIAZUELO ha defendido recientemente que la legislación de aguas española presenta deficiencias de adecuación a la Directiva Marco de Aguas, de lo que parece desprenderse que las titularidades privadas de aguas han de transformarse en concesiones demaniales para cumplir con el art. 11.3.e. Según este precepto los Estados han de incluir en los programas hidrológicos medidas de control de las captaciones de aguas superficiales y subterráneas, registrarlas y un requisito de autorización previa que, cuando proceda, se actualizarán. Pero no dice más, salvo que de estos controles pueden eximirse las captaciones que no repercutan significativamente en el estado del agua.

Esta propuesta introduce un elemento de debate que, en mi opinión, merece ser matizado, porque la pretensión de la DMA en ningún momento ha sido, de ni forma explícita ni tácita, convertir todas las aguas dulces de la Unión Europea en bienes de dominio público, entendido como titularidad de la Administración y exclusión de la propiedad privada. Lo que, además de estar fuera de las atribuciones y competencias de la UE, resulta extraño a muchos países, empezando por Alemania.

España, de todos modos, ya acometió ese proceso con la Ley de Aguas de 1985, al extender el régimen concesional sobre las nuevas captaciones de aguas subterráneas (salvo las inferiores a 7.000 m³/año) y exigir la inscripción en el Registro y en el Catálogo de los aprovechamientos de aguas privadas preexistentes, previa tramitación y

aprobación de un expediente administrativo. A partir de ahí, todos los aprovechamientos están bajo el control de la Administración, obligados a instalar contadores volumétricos, sujetos a los planes de ordenación de extracciones y demás medidas que tutelan el buen estado cuantitativo y cualitativo de las aguas, superficiales y subterráneas, sea cual sea su propietario. Como sabemos, un régimen de autorización administrativa puede configurarse de muy diferentes maneras y la autorización administrativa en sí es un “nomen iuris” difícil de encerrar bajo parámetros dogmáticos precisos y, por ello, menos todavía puede embrigar al legislador en el sentido propuesto (FERNANDEZ RODRIGUEZ). La autorización administrativa de estos aprovechamientos privados bien puede consistir en verificar, con la periodicidad que se estime y que la DMA no concreta, que no se ha incrementado el consumo de agua registrado y se hace un buen uso de ella. No tiene por qué suponer la caducidad ex DMA del derecho privado. Es más, a efectos de tramitación una comunicación previa sería posiblemente suficiente y más adecuada a la Directiva de 2006 sobre libre acceso a las actividades económicas. Otra cosa es quizás ir más allá de lo que las palabras significan para darles una carga dogmática que las mismas no tienen.

El art. 11.3.e DMA tiene pendiente, a nuestro juicio, otra lectura que puede conducir a la reapertura del Catálogo de Aguas Privadas, pues su cierre por la DA 2ª Ley 10/2001 del PHN dejó fuera y a expensas de sentencia judicial a todos aquellos que no lo había solicitado antes; con lo cual son muchos los que mantienen su derecho, adquirido legalmente antes de 1985, sin conocimiento de la Administración. Es decir, sin estar registrados ni controlados.

7.- Reflexión desde del Derecho de la crisis económica

Desde esta perspectiva no podemos dejar de notar que la reforma que dificulta administrativamente las iniciativas de los propietarios para realizar inversiones destinadas a ahorrar un agua de la que son titulares privativos.

Además de echar por tierra la interpretación de las normas asentadas por los Tribunales, supondrá desanimar la colaboración privada en la consecución de unos usos eficientes del agua y un aprovechamiento racional de los recursos naturales. Pienso lo interesante que podría resultar, en La Mancha sin ir más lejos, favorecer la sustitución de cultivos de alto consumo, como maíz o alfalfa, por otros de hortalizas, vides, olivos, que emplean más mano de obra y consumen menos agua. Con ellos no solo no daña el medio ambiente sino que contribuye a mejorar la conservación del suelo con una cubierta vegetal idónea y permanente. Tal y como se ha redactado la Ley –y salvo que las Instrucciones técnicas uniformes dejen palatinamente claro que no-, nos tememos que hasta cambiar el motor o la bomba de un pozo por otro que consume menos energía o el cambio a un riego por goteo que consume menos agua podrá ser tomado como modificación del aprovechamiento a efectos de forzar su conversión en concesión.

Cuesta comprender que este tipo de apuestas empresariales, que no causan daño alguno y que solo viene a generar riqueza y dar empleo a los trabajadores del campo, se encuentre con semejante trato por parte del legislador.

No es exagerado decir que tales actuaciones se atienden fielmente a los valores y bienes jurídicos que el art. 45 de la Constitución y el art. 14 de la Ley de Aguas tutelan, mientras que condicionándolas el legislador actúa en la dirección opuesta. Como vimos, la doctrina del Tribunal Supremo avala una interpretación radicalmente distinta a la que sostiene la nueva Ley. Los tribunales han corregido aquellas interpretaciones administrativas excesivamente rigoristas y opuestas a cualquier cambio en las condiciones del aprovechamiento por parte de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas privadas amparados en las DDTT 3^a y 4^a de la Ley de Aguas, porque conducía al absurdo resultado de petrificar las actividades económicas que se sirven de esas aguas.

En esa línea, el Tribunal Supremo entiende que el incremento de superficie regada, sin aumento del consumo de agua, puede hacerse manteniendo el título jurídico originario de naturaleza privada, sin necesidad de transformarlo en un derecho concesional. De modo que solo cambios que incrementen el volumen o supongan una variación esencial de su objeto acarrearían esta conversión del título jurídico.

Recordemos que el incremento de superficie regable sin incremento de caudales ha sido expresamente respaldado en la STS de 29 noviembre 2000 (ponente Sr. Ledesma Bartret). A nuestro juicio, esta doctrina resulta totalmente acertada, pues negarse a esos cambios es restringir en términos irrazonables el derecho de los titulares.

Los elementos que componen un aprovechamiento agrícola son muy diversos y no pueden permanecer intangibles, so pena de arruinarlo. Así, un motor que se avería hay que repararlo o sustituirlo. Si un cultivo deja de tener demanda, habrá que cambiar a otro. Si se descubren métodos de riego más eficientes, que consumen menos energía y menos agua, habrá que apostar por ellos. La extensión de tierra cultivada tampoco es un factor limitante, cuando se dispone de ella y no hay ninguna norma que lo prohíba. Aparte de que resulta ajeno por entero a las competencias de la autoridad hidráulica impedir el desarrollo de los cultivos, en la extensión que cada uno requiera, siempre que ello no suponga un incremento del volumen de agua consumido³.

Es ilógico, en suma, que por parte de la legislación se genere inseguridad jurídica, en lugar de facilitar que los aprovechamientos hídricos puedan adaptarse a los mercados agrícolas y a las innovaciones tecnológicas para obtener más eficiencia hídrica y agronómica, para preservar su rentabilidad y mejorar el medio ambiente.

³ Así, a propósito del contenido de los planes hidrológicos de cuenca previsto en la Ley de Aguas de 1985, relativo a “normas básicas sobre mejoras y transformaciones en regadío que aseguren el mejor aprovechamiento de recursos hídricos y terrenos disponibles”, la STC 227/1988 (FJ 20.e) señaló que estas normas básicas han de proponerse el racional aprovechamiento de las aguas y no pueden establecer prescripciones de política agraria.

El legislador no ha acertado a inspirarse en determinados derechos, principios y mandatos constitucionales que vinculan a todos los poderes públicos (art. 53 CE). Nos referimos espacialmente a los siguientes:

Art. 33.- “*Se reconoce el derecho a la propiedad privada...*”

Art. 38.- “*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general...*”

Art. 40.- “*Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico.... De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo*”.

Art. 45.- “*Todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales...*”.

Art. 130.- “*Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura,...*”

La situación económica de España pone en evidencia el escaso sentido de dicha reforma. Debemos insistir que el art. 45 CE dispone los poderes públicos deben velar por la conservación de los recursos naturales, pero también que todos tienen el deber de conservarlo, por lo que no debe el legislador desanimar a los particulares que contribuyan a conservarlo haciendo un uso racional de los recursos. En nuestro caso, con explotaciones agrarias más económicas, eficientes y ambientales.

Del **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea** debemos recordar complementariamente los preceptos referidos al deber de integrar la protección del medio ambiente en las demás políticas de la Unión, con objeto de fomentar un desarrollo sostenible (11), y a los objetivos de la política agrícola común: entre ellos los de incrementar la productividad, fomentar el progreso técnico, el desarrollo racional, el empleo óptimo de los factores de producción, garantizar un nivel de vida equitativo a la población rural (39).

Conviene, en ese sentido, recordar que sostenible es aquel desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades (Informe de la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, también conocido como **Informe Brundtland**, publicado en 1987 como “Nuestro Futuro Común”).

La primera premisa del desarrollo sostenible es, por tanto, la satisfacción de las necesidades de la generación presente. En otras palabras, no se puede ignorar a las personas que ya viven para negarles la optimización de los recursos imprescindibles

para su propio desarrollo, como si estos fueran inmutables y las explotaciones agrícolas hubieran de permanecer condenadas a utilizar el agua en cultivos antieconómicos. Este tipo de planteamientos son irreales y por definición insostenibles, amén de provocar la desafección de la población, el desinterés por el buen uso y la conservación de los recursos naturales. Lo que puede traducirse además en la despoblación del campo y la desertificación del medio rural. Es decir, la negación de la sostenibilidad.

El agua es una riqueza natural que debemos dejar en herencia a las nuevas generaciones, que han de tener la oportunidad de crecer y sacar adelante sus familias en este mismo entorno. Esto no será posible si se torpedean las iniciativas tendentes a modernizar las actividades económicas propias de un territorio rural, a partir del uso racional de los recursos naturales existentes. Un sector agrícola sostenible en términos medioambientales, que contribuya a preservar los recursos naturales y el patrimonio natural, es indispensable para mantener la belleza visual del paisaje rural.

El efecto que se deduce de disposiciones como la aquí examinada es la petrificación de las actividades agropecuarias vinculadas al regadío y, con ello, del empleo directo que genera y demás actividades económicas directa o indirectamente ligadas.

Por ello creemos que la reforma es contraria a la Constitución, pues impide el mantenimiento de la utilidad real del derecho de aprovechamiento, tal y como había defendido la STC 227/1988.

En mi opinión, la legislación de aguas debería caminar en la senda marcada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, tan criticable por otros motivos ciertamente. Los artículos 2 y 3 convierten en mandatos legales las siguientes ideas-fuerza:

“Artículo 2.- Economía sostenible: A los efectos de la presente Ley, se entiende por economía sostenible un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades.

Artículo 3. Principios: La acción de los poderes públicos en sus respectivos ámbitos de competencia para impulsar la sostenibilidad de la economía española, en los términos definidos en el artículo anterior, estará guiada por los siguientes principios:

1. Mejora de la competitividad.-Las Administraciones Públicas impulsarán el incremento de la competitividad de las empresas, mediante marcos regulatorios que favorezcan la competencia y la eficiencia en los mercados de bienes y servicios, faciliten la asignación de los recursos productivos y la mejora de la productividad, en particular a través de la formación, la investigación, la innovación y el uso de nuevas tecnologías, e incrementen la capacidad para competir en los mercados internacionales.

.../..

4. Fomento de la capacidad innovadora de las empresas.-Las Administraciones Públicas desarrollarán una política de apoyo a la investigación y a la innovación que favorezca tanto a las empresas e industrias innovadoras, como la renovación de los sectores tradicionales, con el fin de aumentar su competitividad.

5. Ahorro y eficiencia energética.-El ahorro y la eficiencia energética deben contribuir a la sostenibilidad.

Como decimos, el legislador de aguas no debería entrar en contradicción con estos otros preceptos legales.

8.- Hay otras alternativas

Resumiendo lo dicho, para concluir, creemos que resulta un exceso que el legislador empuje a la conversión del título jurídico por la realización de cambios como los que se han introducido en la DT 3^a.bis, puesto que no necesariamente entrañan un aumento del consumo de agua, ni siquiera un perjuicio para terceros ni para el ambiente. Estos normalmente resultarán necesarios para mantener la utilidad del aprovechamiento en la misma forma que hasta ahora. Y muy probablemente un ahorro de agua y de energía, al modernizar las técnicas de uso del agua. Mucho nos tememos que, además, esta disposición sólo se aplique en detrimento de aquellos usuarios que más lealmente se han comportado con la Administración, al registrar sus pozos y solicitar las pertinentes autorizaciones.

Tampoco creemos acertado dar esta vuelta de tuerca a las aguas subterráneas privadas, separada de las aguas superficiales. Ese enfoque parcial hace pensar que fueran el origen de todos los déficits hídricos existentes en las cuencas mediterráneas ni el escollo para superarlos, lo que no es cierto.

Dudamos igualmente que la nueva DT 10^a estimule a los titulares de derechos anotados en el Catálogo a pasarse al régimen concesional, pues no se les ofrecen ventajas reales y tangibles que mejoren las facultades de uso, disfrute y disposición que ya ostentan, que pueden defender en la vía judicial civil. Como juristas, nos parece además muy cuestionable que el legislador altere a posteriori las condiciones que ofreció en 1985 para mover a los usuarios a optar por el Registro de Aguas o el Catálogo de Aguas Privadas. La nueva DT 3^a.bis admite, en todo caso, un examen de constitucionalidad a través de la cuestión de inconstitucionalidad que pueda plantearse en un proceso civil o contencioso-administrativo por parte del juez ordinario, ya que ha perdido el carácter respetuoso de los derechos privados consolidados que el TC apreció en la Sentencia 227/1988.

En la línea sugerida por Mónica SASTRE, estimamos que, antes de cambiar el marco legal y deshacer lo que tanto ha costado clarificar jurisprudencialmente, sobre la base de los conflictos reales suscitados, la Administración debería haber utilizado las potestades

que la Ley de Aguas le confiere para que el mercado del agua pueda funcionar. También para corregir la explotación ineficiente de las aguas superficiales, especialmente por parte de los regadíos anticuados, que provoca situaciones de agravios comparativos y en nada contribuye a remediar la carestía que padecen esas mismas cuencas.

La batería de instrumentos legales en relación con el aprovechamiento y control de los caudales concedidos es nutrida pero infráutilizada en su aplicación. Como citábamos al principio, podríamos referirnos al artículo 55 de la Ley de Aguas, que habilita a los Organismos de cuenca para fijar el régimen de explotación de embalses y acuíferos, al que habrá de adaptarse la utilización coordinada de los aprovechamientos existentes. Dicho precepto también permite fijar el régimen de explotación conjunta de las aguas superficiales y los acuíferos. La obligación de instalar sistemas de control efectivo de los caudales utilizados, para medir el volumen de agua realmente consumido, permitir una correcta planificación y administración de los recursos, debería exigirse a todos los usuarios sin distinción. Por otra parte, en virtud del art. 65 las concesiones pueden ser revisadas cuando modifican los supuestos determinantes de su otorgamiento, cuando lo exija su adecuación al Plan Hidrológico y cuando se acredite que su objeto puede cumplirse con una menor dotación o una mejora de la técnica de utilización del recurso, contribuyendo así a un ahorro del mismo. A esos efectos, las Confederaciones están autorizadas para realizar auditorias y controles de las concesiones, con el fin de comprobar la eficiencia de la gestión y uso de los recursos concedidos. Salvo en el caso de la adecuación al planeamiento, esta revisión no otorga al concesionario derecho a indemnización, aunque puede ser motivo de ayudas. Está pendiente igualmente cumplir con la obligación de repercutir en los beneficiarios de las obras de regulación hechas por el Estado el coste real que el servicio del agua tiene. Un principio que, salvo para supuestos excepcionales muy justificados, la Directiva Marco del Agua ordena implantar antes de 2010. Pero sobre ello va la última de las sesiones.

Si del plano legal pasamos al de los planes hidrológicos también encontramos numerosas previsiones incumplidas, como es la sustitución de bombeos del acuífero de La Mancha Oriental, para lo que el PHJ estableció una asignación de 80 hm³/año de aguas superficiales en una primera fase y una reserva de 65 hm³ más (art. 24.5 y 14 OM 13 agosto 1999). ¡Qué decir del trasvase de 50 hm³/año del Tajo para el abastecimiento de la cuenca alta del Guadiana! (RDLey 8/1995, de 4 agosto). Sin lugar a dudas, de haberse llevado a cabo con la prontitud y amplitud previstas estas aportaciones de recursos superficiales la recuperación de los acuíferos concernidos aún sería mayor, posiblemente completa.

Por todo lo cual no nos queda sino sugerir, como primera medida la derogación de la DT 3^a.3.bis y, en su defecto, que el Ministerio, al aprobar las Instrucciones técnicas que han de uniformar los criterios aplicativos de esta DT 3.3.bis, sean conscientes del excesivo rigorismo de la misma y procure atemperarlas en el sentido aquí expuesto.

BIBLIOGRAFIA CITADA

ALCAÍN MARTÍNEZ E., *El aprovechamiento privado del agua y su protección jurídica*, Bosch, Barcelona, 1994.

CANTERO MARTÍNEZ J., “El régimen transitorio de la Ley de Aguas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 159, año 2002

COLOM PIAZUELO, E., “La configuración pública de las aguas en el Derecho europeo y su trasposición al Derecho español”, en La Directiva Marco de Aguas y su recepción en España, Justicia Administrativa nº extraordinario, 2012.

DE LA CUÉTARA J.M., *El nuevo régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Tecnos, Madrid, 1989.

DELGADO PIQUERAS y GALLEGOS CORCOLES, “Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego”, Bomarzo, 2007.

EMBID IRUJO A., “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 Públcas*, número extraordinario de Justicia Administrativa, 2006.

MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho de aguas*, Civitas, Madrid, 1997.

MORELL OCAÑA L., “Las titularidades sobre aguas privadas”, *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001

MOREU BALLONGA J.L., *Aguas públicas y aguas privadas*, Bosch, Barcelona, 1996.

PÉREZ PÉREZ E., *La propiedad del Agua. Sistema estatal y sistema canario*, Bosch, 1998.

SÁNCHEZ MORÓN M., “Transformación y pérdida futura o limitación del contenido de la

VILLAR ROJAS F.J., “El derecho transitorio de la Ley de Aguas Canarias: el inevitable equilibrio entre el dominio público hidráulico y los derechos preexistentes”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 83, 1994.

SASTRE BECEIRO, M., en “*Derecho de Aguas*”, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2006.