

total (pp. 717 ss.), creo que la indemnizabilidad no se fundamenta en la previsibilidad o no de tal índole de ineficacia por el predisponente (de lo que se hace eco el autor en polémica con Ruiz Muñoz), sino precisamente en el empleo de cláusulas abusivas, lo que hace innecesario acudir a la figura de la responsabilidad objetiva (pp. 719-720), que, a mi juicio, por otra parte, existe, si el adherente es consumidor. Por otra parte, la bibliografía civilística que Pagador cita (p. e., en p. 448) sobre interpretación e integración es insuficiente. Por último, a veces Pagador peca de excesivamente reiterativo: emplea, por ejemplo, varias páginas (desde la 457 a la 464) para decirnos algo que ya en la primera estaba claro y demostrado. El lector advertirá que todo esto, no obstante, es una pequeña sombra en un festival de luces.

¿Qué balance debo hacer de esta obra? Creo que de todo lo dicho puede el lector inferir mi juicio crítico: como antes apunté, no es una buena monografía más, sino un punto de referencia obligado en la doctrina europea a la hora de reflexionar sobre la predisposición del contenido contractual. Si digo que nos encontramos ante una obra excepcional y ante una de las más sobresalientes aportaciones sobre el tema en nuestro continente, hago una afirmación verdadera, pero no suficiente: no expreso aquí todo lo que la obra merece para no herir la respetable pero injustificada modestia de Javier Pagador y para no suscitar en muchos corazones el explicable dolor que produce una desmesurada excelencia ajena.

Luis-Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ

PÉREZ PÉREZ, Emilio: *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, ed. Bosch de Barcelona, 1998, 214 pp.

1. El autor del libro objeto de esta nota crítica ha publicado durante las dos últimas décadas varios libros y artículos sobre Derecho de aguas y ha ejercido, aunque con encomiable discreción, un importante protagonismo en el proceso de reforma legislativa de esta rama del Derecho que se ha llevado a cabo en España en la década de los ochenta. Ha recibido diversos reconocimientos por su entusiasta labor en este campo, de algunos de los cuales –seguramente que no de todos– puedo informar aquí. Ante todo, habría que decir que Pérez Pérez ha desempeñado cargos de responsabilidad en la Administración Hidráulica y que se doctoró en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, donde ha sido también Profesor Asociado. En 1983 publicó en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario un artículo sobre aguas subterráneas que fue distinguido con un *accessit* en el concurso convocado por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo con ocasión del centenario de la Ley de Aguas de 1879. Por esas fechas debió ser llamado por el Ministro del PSOE don Julián Campo Sáinz de Rozas, durante la primera legislatura del Gobierno de este partido con mayoría absoluta, para integrarse en el equipo que habría de realizar la Ley de Aguas de 1985, hoy actualmente vigente, y desarrolló, al parecer, en ese equipo un importante papel y un destacado protagonismo. Con posterioridad, el profesor Albala-dejo le encargó los comentarios a la nueva Ley de Aguas de 1985, ocupando el comentario que en efecto hizo casi la totalidad de uno de los tomos de la importante obra colectiva dirigida por dicho profesor y titulada *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, editada por EDESA. En fecha que ignoro,

pero situada hacia principios de los noventa, Pérez Pérez fue admitido como académico de número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Desde 1986 en adelante este autor ha participado como ponente en numerosos congresos y jornadas sobre Derecho de aguas de los muchos que se han venido celebrando en el país, siempre con la consideración de experto en esta disciplina y conociéndose por los iniciados su papel destacado en las tareas legislativas. En fin, el libro a que se refiere esta nota crítica ha sido objeto de una elogiosa recensión por parte del profesor Antonio Embid Irujo, Catedrático de Derecho administrativo en Zaragoza, quien llega a calificar a su autor como sabio ejemplar y lo contrapone a los malos profesores de Universidad (cfr. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 12, 1998, pp. 465 a 469). Como se ve, en definitiva, el autor del libro objeto de esta nota crítica pasa por ser uno de los principales expertos españoles en Derecho de aguas.

Por mi parte, pese a esta buena fama de Pérez Pérez ante cierto sector de la doctrina, he mantenido en mi reciente libro *Aguas públicas y aguas privadas*, editado por la Editorial Bosch de Barcelona en 1996, además de en otros trabajos anteriores y posteriores al mismo, enormes desacuerdos y discrepancias con dicho autor (cfr. para mi opinión general sobre la obra de este autor la p. 751 de mi libro, y para las dos docenas de graves discrepancias con él sobre diversos puntos concretos de nuestra legislación de aguas, las pp. del mismo libro 29, 65, 276, 281, 299 y 303, 305, 347, 359, 369 y 370, 381 y ss., 386, 420, 435, 436, 445, 476, 478, 541, 587 y 590, 620, 659, 681 y 703, y 714). Después de leer reflexivamente desde hace muchos años la mayor parte de los libros y trabajos de este autor, creo estar en condiciones de poder afirmar que sus trabajos arrancan siempre de un bagaje teórico bastante pobre y de una metodología altamente cuestionable, caracterizada por desconocer absolutamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por un manejo excesivamente parco y esporádico de la doctrina. Como el libro objeto de esta nota crítica creo que es, o intenta ser, en alguna medida, contestación a las críticas que yo había formulado a anteriores trabajos de su autor y aun a la Ley de Aguas vigente de 1985, deseo en este trabajo reafirmar esas opiniones y críticas mías sobre las opiniones de este autor y sobre la Ley de Aguas vigente, opiniones que se asientan en veinte años de dedicación al estudio del Derecho de aguas. Pienso, además, que el hecho de que el autor del libro que voy a comentar sea también uno de los principales autores de la Ley de Aguas de 1985 (de entre todos ellos, que yo sepa, es el único que ha sido señalado como tal en un par de prólogos de libros) acaso confiere a este trabajo un interés añadido o especial para los juristas interesados en el estudio del Derecho de aguas.

2. El libro objeto de esta nota crítica intenta clarificar en casi doscientas páginas el pensamiento de su autor sobre las líneas básicas del (difícil) vigente ordenamiento jurídico de las aguas. Este honesto esfuerzo por aclarar el actual sistema jurídico de las aguas es quizás la principal virtud del nuevo libro, aunque no deje de facilitar, como verá el lector reflexivo que culmine la lectura de esta nota crítica, la crítica al endeble sistema construido por Pérez Pérez. Acaso deban señalarse también como méritos del libro un esfuerzo mayor que en ocasiones anteriores por informarse sobre la historia y caracteres del actual sistema jurídico de las aguas en Canarias; el que haya eludido o rectificado algunas opiniones anteriores que otros le habíamos criticado (me refiero a algunas en lo sucesivo); y el que haya recogido y aceptado algunas ideas ajenas que sin duda aumentan el valor informativo del libro. Por referir-

me sólo, en este último sentido, a opiniones más sobre temas importantes que aparecen en el libro, habría que aludir al carácter de regla general para las aguas privadas del apartado 1.º de la DT 4.ª y a sus consecuencias (cfr. pp. 76 y ss. de su libro); a la atención prestada por primera vez por el autor al importante problema de los títulos históricos (cfr. pp. 31 y ss.); al régimen jurídico de las aguas sobrantes en la Ley de Aguas de 1879 (cfr. pp. 44 y ss.); o a la atención un poco más cuidadosa que en ocasiones anteriores que presta el libro al problema de la delimitación para las aguas entre las jurisdicciones ordinaria y contencioso administrativa (cfr. pp. 195 y 196).

Pero en cuanto a la metodología utilizada en el libro objeto de esta nota crítica, siguen apareciendo los mismos vicios y carencias característicos de toda la obra de este autor: manejo sesgado y escaso de la doctrina previa, y desconocimiento prácticamente absoluto de la jurisprudencia. En cuanto a lo primero haré algunas alusiones significativas en lo sucesivo. En cuanto a lo segundo, diré que en las doscientas páginas del libro sólo se citan seis sentencias del Tribunal Supremo (cfr. pp. 124 y 125, donde se citan cuatro sentencias antiguas, y p. 203, donde se citan dos sentencias del propio Tribunal del año 1996). Y da la casualidad de que la cita de las cuatro sentencias antiguas es sumamente desafortunada, porque las mismas declaran el carácter privado o cuasiprivado de las aguas originariamente públicas y sobre cuyo uso privativo se hubiese otorgado concesión administrativa, tesis de alguna jurisprudencia antigua que contradecía frontalmente la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866, y tesis ya abandonada hace mucho tiempo por el propio Tribunal Supremo y por la casi totalidad de la doctrina (cfr. por todos, Sebastián Martín Retortillo, *Derecho de aguas*, 1997, pp. 152 y 259; o mi libro de 1996, pp. 129 y 149). Pérez Pérez descubre ahora esta antigua y descarrada teoría y se apunta a la misma. Véase, en el sentido de la contraria y casi unánime opinión actual del carácter todavía público de las aguas objeto de una concesión administrativa, la rotunda afirmación de la sentencia de la Sala 3.ª, Secc. 4.ª, del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1996, en el tercer Fundamento de Derecho (cfr. *Aranzadi*, núm. 6802).

3. En todos sus trabajos anteriores este autor había sido uno de los más entusiastas y radicales defensores de la equivocada teoría según la cual la propiedad privada del agua sería en realidad un mero derecho real de aprovechamiento. Habiendo criticado yo meticulosamente dicha teoría tanto respecto de la Ley de Aguas anterior como de la actual en mi libro de 1996 (cfr. pp. 381 a 450), Pérez Pérez ha rectificado en parte y matizado sus opiniones respecto de la ley anterior y ha mantenido sustancialmente sus posiciones respecto de la vigente Ley de Aguas de 1985, que en efecto aparece bastante influida o contaminada en su terminología (supongo que, al menos, por la propia influencia en su momento de este autor al colaborar en la elaboración de la ley) por la errónea teoría antes mencionada. Veamos primero brevemente cómo presenta el autor en forma incompleta y sesgada los antecedentes históricos y el estado de la cuestión bajo la Ley de Aguas de 1879.

Ante todo, vuelve Pérez Pérez a aportar, con cita de algunos autores, el argumento seudofilosófico y seudojurídico de que la propiedad del agua sería supuestamente imposible (cfr. pp. 18 a 20), y a traer a colación, mezclándola poco rigurosamente con ideas y argumentos jurídicos, la idea económica de Aguilera Klink de que el agua es una «*propiedad común*» o un «*activo social*» (cfr. pp. 22 y ss. y 64-65). Además, vuelve a insistir en la afirmación de la Exposición de Motivos de 1866 de que todas las corrientes de aguas se habrían

hecho públicas desde la Ley de Aguas de 1866 (cfr. p. 31), pero sin recoger las varias razones que yo había dado para relativizar el valor de esa afirmación (cfr. pp. 390 a 393 de mi libro de 1866) y sin recoger los párrafos de esa misma Exposición de Motivos que precisamente explican el convencimiento de los autores de la misma de que era posible la propiedad privada de aguas corrientes o el convencimiento de los mismos de que iban a existir en el Derecho español dos clases de corrientes: las corrientes de aguas públicas y las corrientes de aguas privadas. Con esos tendenciosos precedentes históricos, aborda también sesgadamente el estado de la cuestión sobre la naturaleza bajo la ley anterior del derecho a las aguas de un manantial natural situado en finca privada, al afirmar meramente que era discutido si fuera una verdadera propiedad privada o un mero derecho de aprovechamiento (lo que no es incierto, pero sí gravemente incompleto) y al dar a entender que el Tribunal Constitucional se ha inclinado por lo segundo en su sentencia 227/1988.

En realidad, numerosos preceptos de la Ley de Aguas de 1866-1879 y del Código civil afirman rotundamente la propiedad privada del agua corriente; esa es la opinión casi unánime de toda la doctrina del siglo XIX y de las seis primeras décadas del siglo XX; sólo las tres últimas décadas se ha cuestionado por algunos con muy endeble fundamentos la propiedad privada del agua corriente; y finalmente, el Tribunal Supremo, en todas sus salas, ha mantenido con firmeza y sin fisuras la misma opinión favorable a la propiedad privada del agua corriente durante 130 años. Éste es el verdadero estado de la cuestión sobre la polémica mencionada y para conocerlo a Pérez Pérez le bastaba consultar mi libro de 1996 en las páginas arriba indicadas. En fin, tampoco es cierto, como insinúa este autor, que la sentencia 227/1988 del Tribunal Constitucional haya acogido la errónea teoría de que la propiedad privada del agua fuera en realidad un mero derecho de aprovechamiento bajo la ley anterior (cfr. pp. 444 a 448 de mi libro de 1996), lo que hubiera supuesto una ruptura con una tradición de siglos que el Tribunal Constitucional no ha pretendido hacer. Respecto de las aguas subterráneas bajo la Ley de Aguas anterior Pérez Pérez rectifica su opinión anterior (sin advertirlo al lector) y admite ahora que fuera la propiedad privada lo que el alumbrador adquiriría, adquisición que explica siguiendo las ideas al respecto del profesor Nieto García (cfr. pp. 48 a 50). Se ha desinteresado el autor de la crítica que, conectando con una inteligente jurisprudencia del Tribunal Supremo, yo había formulado a la interesante explicación en este punto del profesor Nieto (cfr. pp. 247 a 249 de mi libro de 1996).

Aunque ya se ve que respecto a la situación bajo la Ley de Aguas anterior Pérez Pérez ha reconsiderado su posición y su anterior entusiasmo por la reducción de la propiedad privada del agua corriente a un mero derecho de aprovechamiento, el autor cree haberse hecho fuerte *retrasando* su teoría y sus argumentos al ámbito de la vigente Ley de Aguas de 1985. Veamos con qué explicaciones y con qué resultados.

Sostiene el autor en el libro objeto de esta nota crítica que la propiedad privada del agua se transforma inmediatamente en un derecho *sui generis* una vez que el propietario ha optado en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la vigente Ley de Aguas por inscribir su derecho en el Registro de Aguas. Este titular de las aguas ya no tendría una propiedad temporal por cincuenta años, sino un mero goce «congelado» o derecho a que se le respete el «régimen de aprovechamiento», hasta el punto de vincularle ya necesariamente el destino económico que venía dando a las aguas el 1 de enero de

1986, además de que no podría disponer del agua misma sino sólo vender o disponer de las aguas conjuntamente con la finca a la que estaban destinadas en esa misma fecha del 1 de enero de 1986 (cfr. pp. 127, 70 a 73, 128, 144, 178 y 197) Y si el propietario de las aguas había optado por no inscribir su derecho en el Registro de Aguas en el plazo legal de los tres años (pudo inscribirlo en el Catálogo), entonces le reconoce el autor una teórica propiedad privada indefinida, pero completamente vacía de contenido, al defender que también en este caso el «propietario» del agua tendría igualmente «congeladas» en el sentido indicado tanto su facultad de goce como su facultad de disposición. Para usar las aguas en un destino económico distinto del inicial o para enajenar normalmente su agua separadamente del fundo de su destino inicial el titular habría de solicitar necesariamente a la Administración la transformación de su derecho en una concesión administrativa, por aplicación del apartado tercero de las DT segunda y tercera (cfr. pp. 56 y ss, 73 a 75, 117 y 164). Incluso llega a proponer el autor, en coherencia con esta explicación, que la futura reforma de la normativa hipotecaria haga desaparecer la inmatriculación de aguas privadas como finca independiente en el Registro de la Propiedad (cfr. pp. 153 y 163 y ss.). Piensa el autor finalmente que, en virtud de esta regulación basada en la supuesta propiedad privada «congelada» del agua, cuando termine el período legal transitorio de los cincuenta años ya prácticamente sólo habrá aguas de dominio público en nuestro país (cfr. pp. 14-15, 77 y 118-119).

Éstas son las ideas básicas que pone en su libro Pérez Pérez, muy en la línea de lo que el autor había venido defendiendo en trabajos anteriores, e ideas que representan, en mi opinión, un resultado completamente irrazonable y que tiene que alcanzar además el autor violentando extraordinariamente la letra y el texto de la vigente Ley de Aguas.

Veamos primero con algunos ejemplos qué es lo que verdaderamente nos propone Pérez Pérez. Imaginemos que Juan tiene dos fincas, la finca X, con un manantial de aguas privadas, y la finca Z, situada al borde de una carretera. Imaginemos también que Pedro, vecino de Juan, tiene otra finca, la finca Y, que se interpone en parte entre las dos fincas X y Z de Juan. En buena lógica, siendo Juan propietario de la finca X y del manantial situado en la misma, parece que debería poder usar sus aguas para el destino económico que prefiera: por ejemplo, para una granja de pollos, o para una de cerdos, o para construir un abrevadero para su ganado, o para regar una huerta, o para regar unas vides, o para un pequeño negocio de agua embotellada, etc. Según Pérez Pérez, en cambio, si venía utilizando el agua para un destino (por ejemplo, para una granja de pollos) desde antes de la entrada en vigor de la ley vigente, ya no podría cambiar luego ese concreto destino sin ver transformado su derecho en una concesión administrativa. Y ello tanto si Juan había inscrito su manantial en el Registro de Aguas como si en el Catálogo de Aguas Privadas. ¿Es razonable? Y según este autor tampoco podría Juan, sin perder su propiedad del agua y sin verla inmediatamente trocada en una concesión, constituir una servidumbre de acueducto a través de la finca de Pedro para llevar las aguas de su manantial a su propia finca Z, al efecto de construir y dotar de agua en su finca a un restaurante y merendero de montaña a la orilla de la carretera. ¿Es razonable? Imaginemos ahora que Pedro, el vecino, quiere comprar el agua del manantial a Juan para regar una huerta suya o para construir un merendero y dotarlo de agua. Aunque Pedro no esté interesado en la finca X, porque ya su finca Y es muy grande y le sobra terreno, y aunque Juan

esté deseando venderle el agua, que no utiliza, pero no quiera vender la finca X, Pérez Pérez defiende que la venta tendría que recaer necesariamente sobre el conjunto de la finca X con su manantial, si no quería Juan que su propiedad o derecho sobre el manantial se viese inmediatamente transformado en una concesión. ¿Es razonable? Y si en ese mismo ejemplo Juan venía usando el agua para su granja de pollos, para que no hubiera inmediata transformación en concesión, lo transmitido a Pedro tendría que ser necesariamente, según este autor, la finca X, con su manantial y con el destino de las aguas vinculado a la granja de pollos. ¿Es razonable? O imaginemos que el vecino Pedro, que ya tiene en su finca un caudaloso manantial y no está interesado en el agua, quiere comprar la finca X a Juan para contruir en ella un garaje o un granero. Pérez Pérez sostiene que para que el derecho a las aguas no se transforme inmediatamente en concesión la venta de Juan a Pedro tendría que recaer necesariamente en el conjunto de la finca X con su manantial. ¿Es razonable?

Estos resultados que nos propone Pérez Pérez, contrarios a la más elemental lógica de nuestro Derecho patrimonial y a una tradición de siglos, deben alcanzarse además, como decía, a través de una interpretación forzadísima de nuestra Ley de Aguas. En efecto, la construcción doctrinal de este autor se basa en dos lecturas concretas de dos normas concretas de la Ley de Aguas, y desconoce la inequívoca lectura de otra media docena de afirmaciones de la propia Ley de Aguas contradictorias con dicha construcción.

En primer lugar, se basa el autor en hacer sinónimas las expresiones legales «*respeto del régimen de utilización del recurso*» y respeto al «*régimen de explotación de los caudales realmente utilizados*» del apartado 1.º de las DT 2.ª y 3.ª, ambas expresiones, del respeto supuestamente necesario al concreto destino económico a dar a las aguas. Tratándose de aguas de propiedad privada una limitación tan drástica y extrema, típica sólo de concesiones administrativas (art. 59-2.º de la Ley de Aguas), como que hubiera de ser vincular el concreto destino económico dado a las aguas hubiera debido establecerse expresamente. Y no habiéndose hecho, es mejor pensar que las mencionadas expresiones legales apuntan a una limitación meramente cuantitativa del derecho, y que puesto que el «*régimen de aprovechamiento*» bajo la Ley anterior no era, desde luego, un régimen de inmodificabilidad del destino dado a las aguas, el «*respeto*» dado por la Administración a ese mismo régimen anterior tiene que seguir siendo también ahora respeto de un régimen de aprovechamiento sin inmodificabilidad del destino económico dado a las aguas. En caso contrario, ya no sería verdadero «*respeto*» (es el término usado por la ley) del «*régimen de aprovechamiento*» que verdaderamente se tenía antes. Pasar de un régimen de modificabilidad del destino económico a uno de inmodificabilidad del mismo destino económico no sería «*respeto*» a la situación anterior sino falta de «*respeto*» a la misma.

El Tribunal Constitucional parece apuntar a esta idea del límite puramente cuantitativo del derecho respetado al afirmar que se le respeta con «*el mismo grado de aprovechamiento material*» que tenía (cfr. Fundamento Jurídico núm. 12 de la sentencia 227/1988). «*Grado*» casa aquí mejor con cuantía que con destino económico específico e inmodificable o que con rígida vinculación del agua a la finca de su destino económico, según propone Pérez Pérez. Además, en relación con los derechos adquiridos por usucapión sobre aguas públicas, el apartado 2.º de la DT 1.ª, mantiene o respeta «*el derecho a la utilización del recurso*», lo que obviamente no se puede entender que

implique vinculación al destino económico (vinculación que el adquirente por usucapión en absoluto tenía antes), y si esa libertad de goce se mantiene para un derecho más débil que la propiedad privada como es ese antiguo derecho sobre aguas públicas, con mayor razón habrá que entender que se mantiene la libertad de goce genérica para la propiedad privada de las aguas.

La segunda norma en la que se basa toda la construcción doctrinal de Pérez Pérez es el apartado 3.º de las DT segunda y tercera, entendiéndose también aquí este autor la expresión «*modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento*» como aludiendo a cualquier modificación del destino económico de las aguas. Este argumento es más difícil de rebatir satisfactoriamente, porque la expresión legal recordada viene contrapuesta por el propio precepto al «*incremento de los caudales totales utilizados*», lo que nos imposibilita aquí el referir la primera expresión a un límite cuantitativo impuesto por la ley, aparte del propio término legal «*modificación*». Además, y por desgracia, el Tribunal Constitucional ha realizado, aunque sólo en principio respecto del precepto similar al del apartado 3.º de las DT 2.ª y 3.ª de la Ley de Aguas estatal contenido en la Ley de Aguas canaria ya derogada de 1987, una desafortunada (y criticada por varios autores) interpretación muy literalista de dicho precepto del que pretende extraer la imposibilidad de que siguiese la propiedad privada del agua si se realizaban en el aprovechamiento cualquier clase de obras (cfr. Fundamento Jurídico 14.º de la sentencia 17/1990). Hay que admitir que hay algo más, por tanto, que límites cuantitativos a la propiedad, lo que tampoco quiere decir que en este nuevo precepto de la ley estatal «*modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento*» necesariamente deba significar modificación del destino económico anterior del aprovechamiento de agua. Referir esa «*modificación*» al cambio de destino económico viene a representar una interpretación extrema, que violenta extraordinariamente los varios reconocimientos de la propiedad privada del agua que, como explico a continuación, el propio legislador hace en diversos lugares.

Lo que ocurre es que este precepto del apartado 3.º de las DT 2.ª y 3.ª es profundamente ilógico e incoherente (incluso en mayor medida de lo que la doctrina ha advertido: cfr. pp. 540 y ss. de mi libro de 1996) con el sistema general de las DT, debido a que se redactó como pieza de un sistema en el que se preveía la total desaparición a corto plazo de todas las aguas privadas (el sistema previsto en un borrador de anteproyecto de la Ley de Aguas del otoño de 1983) y se mantuvo luego por error en un sistema ya muy diferente en el que, a partir de otro borrador del otoño de 1984, se preveía ya la posible permanencia y continuidad de la propiedad privada del agua siempre que su titular así lo prefiriese. Y ello además de que esta norma considerada está abocada a incumplirse en la práctica casi siempre por el trato tan duro que da al honesto propietario de aguas que acuda a la Administración en las hipótesis que contempla y por haberse dictado en un contexto en el que la Administración hidráulica carece de medios efectivos para controlar lo que pasa en el interior de las fincas privadas. Si la Administración es impotente para enterarse de lo que pasa en el interior de las fincas privadas, también habrá de serlo para vigilar la pretendida «*congelación*» de las aguas privadas. De modo que la brutal contradicción entre este precepto considerado con todos los que establecen la continuidad de la propiedad privada del agua no hay más remedio que interpretarla, por razones sistemáticas dentro de la propia Ley de Aguas y de coherencia con el sistema básico de nuestro Derecho patrimonial, recon-

duciendo dicha contradicción a una interpretación restrictiva del (erróneo) apartado tercero de las DT 2.^a y 3.^a. Esta interpretación restrictiva debe ser vista como un mal menor dentro de todo este irracional y oscuro sistema de las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas, y es interpretación ciertamente difícil pero no imposible de realizar (cfr. pp. 544 y ss. y 548 y ss. de mi libro de 1996 y la posición también muy crítica con el precepto considerado, y aceptando genéricamente mi explicación, del profesor Sebastián Martín Retortillo, en su libro *Derecho de aguas*, 1997, pp. 145 y 146).

El mantenimiento de la propiedad privada del agua a que vengo refiriéndome se deduce del inciso último del párrafo 5.º del Preámbulo de la vigente Ley de Aguas; del inicio de su artículo 2; del artículo 108, letra a; del artículo 113; del conjunto de la sistemática de las disposiciones transitorias, regulando diferenciadamente los derechos sobre aguas públicas y los derechos sobre aguas privadas; por remisión, del apartado 2.º de la DT 2.^a; de la letra del apartado 1.º de las DT 2.^a y 3.^a; de la letra del apartado 4.º de la DT 3.^a y de la misma existencia de ese apartado 4.º de dicha disposición y de la transitoria 2.^a; de la letra del párrafo 2.º del apartado 2.º de la DT 4.^a, y también del apartado 3.º de dicha DT 4.^a, cuando alude a aguas continentales «*de cualquier clase*» aludiendo evidentemente a las públicas y a las privadas; y finalmente de la letra de la DA 1.^a. También cabe alegar en el mismo sentido la no derogada calificación de la propiedad del agua como «*propiedad especial*» por el Código civil y el que este Cuerpo legal califique como apropiables a las aguas vivas (cfr. arts. 333 y 334-8.º). Todos estos argumentos de pura letra de la ley se pueden dar contra la pintoresca idea de la propiedad privada «*congelada*», siempre que se sepa lo que es la propiedad privada. Para una explicación más completa sobre ello véase mi libro de 1996, pp. 433 y ss.

Frente al peso de estas razones de pura letra de la ley y de sistemática de la misma, que además son las que conectan con una explicación asequible desde las nociones habituales de nuestro Derecho patrimonial, la pretendida «*congelación*» de la propiedad privada que se desprendería del apartado 3.º de las DT 2.^a y 3.^a no puede sino ceder y batirse en retirada (interpretativamente y en el sentido antes indicado). Un poco de sentido común debería mostrar además que los conceptos de derecho subjetivo y de propiedad privada están hechos e inventados para la vida y que la expresión «*derecho congelado*» o «*propiedad congelada*», por mucho que aparezca avalada por el Tribunal Constitucional por su gran expresividad (cfr. Fundamento Jurídico núm. 12 de la sentencia 227/1988), no superan, si bien se mira, la categoría de chistes jurídicos. Como tal broma fue utilizada por primera vez la expresión «*derechos congelados*» por Ariño Ortiz, quien se refería también en el mismo párrafo a la situación de los indios en las «*reservas*» de Norteamérica (cfr. su *Informe Jurídico* al Proyecto de Ley de Aguas, 1985, pp. 119 a 122). Sobre este chiste jurídico, violentando extraordinariamente la letra y el sistema de la Ley de Aguas vigente, y desoyendo desde su peculiar metodología toda la doctrina sensata aparecida hasta el presente sobre estas defectuosas normas (doctrina que ni atiende ni siquiera recoge mínimamente), construye Pérez Pérez su muy peculiar sistema doctrinal sobre los actuales derechos de aprovechamiento del agua. Se toma perfectamente en serio, como se ve, la congelación de derechos subjetivos, con lo que hace necesarios y urgentes argumentos, como los de esta nota crítica, dirigidos a descongelarlos y restituirlos a la vida y a la normalidad de la dogmática habitual.

Y todavía hay otra razón, creo que nada desdeñable, para no aceptar una construcción doctrinal como la que nos propone Pérez Pérez de esa pretendida «congelación» de la propiedad privada del agua, y es la de que, entendidas así las DT 2.^a a 4.^a, habrían contenido un verdadero engaño deshonesto frente a los propietarios de aguas, a quienes se les explicó que nada tenían que perder con la nueva ley porque se les daba una opción legal para seguir con su propiedad privada del agua si preferían ese sistema al nuevo sistema genéricamente dominializador de la Ley de 1985. Y el Tribunal Constitucional se apoyó expresamente en la existencia de esa opción legal para refutar la posible inconstitucionalidad de la Ley de Aguas de 1985. Por tanto, no es convincente una interpretación de dicha Ley de Aguas que conduzca a un resultado en la práctica equivalente (vinculación rígida del derecho a concretos destinos económicos inmodificables) al teóricamente excluido de la inicial conversión legal en concesiones administrativas (de plazo legal más breve además: 50 años en vez de 75) de los derechos de propiedad sobre el agua, eligiera lo que eligiese el titular de dichos derechos de propiedad. Como es inadmisibles la hipótesis de un legislador tramposo con los ciudadanos destinatarios de las normas, hay que buscar interpretaciones distintas de la mencionada.

No se piense que lo que se acaba de explicar carece de importancia práctica. La sentencia de la Sala 3.^a, secc. 6.^a, del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1998 (cfr. *Aranzadi*, núm. 9306) invoca el apartado 3.^o de las DT 2.^a y 3.^a y la falta de acreditación de inscripción en el Registro de Aguas de unos manantiales de aguas privadas para sostener que la Administración puede dañar impunemente y privar del agua a su dueño al carecer éste de «protección administrativa». Acoge el Tribunal Supremo la más irrazonable interpretación de esta oscura noción de «protección administrativa» y amenaza con ello muy seriamente a todos los propietarios de aguas de España que no hayan inscrito sus derechos en el Registro de Aguas (o sea, a la mayoría de ellos). La muy deficiente regulación de las disposiciones transitorias de la vigente Ley de Aguas empieza a dejar sentir sus efectos, confirmando los pesimistas augurios que yo había formulado desde un trabajo mío de 1985 en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* y que vengo recordando en otros varios trabajos desde entonces. Podemos encontrarnos en los próximos años con una jurisprudencia heterogénea y caótica sobre estas oscuras y decisivas normas de las disposiciones transitorias de la vigente Ley de Aguas.

4. Otra idea del autor digna de ser analizada brevemente, dentro de las ideas básicas suyas que he seleccionado al principio de esta nota crítica, es la de que los repetidamente denominados en la Ley de Aguas vigente «*aprovechamientos temporales de aguas privadas*» (cfr. apartado 1.^o de las DT 2.^a y 3.^a) no serían, según explica, verdaderos derechos de propiedad temporal por cincuenta años sobre aguas privadas, sino derechos *sui generis* distintos de la propiedad privada del agua. Sólo alega Pérez Pérez en defensa de esta idea suya, desentendiéndose de las complejas argumentaciones que en sentido contrario yo había dado sobre estos derechos (cfr. pp. 435 y 481 y ss. de mi libro de 1996), que el derecho es temporal y su duración está limitada a cincuenta años, tras los que el mismo se transformará en una concesión administrativa, y que desde el momento mismo de la inscripción (constitutiva, según dice) se desencadena el efecto de la «protección administrativa» característico de la inscripción en el Registro de Aguas (cfr. las pp. 70 a 73, 75, 127, 144, 178 y 197 de su libro).

El razonamiento no me parece convincente en absoluto. Entre otras, por las siguientes razones: Primero, porque la propia Ley de Aguas califica repetidamente como «*aguas privadas*» a esas aguas y, si lo son, es porque alguien tiene la propiedad privada sobre ellas, no pudiendo ser otro el titular de esa propiedad que quien lo era antes de la inscripción del derecho en el Registro de Aguas. Segundo, porque, como el propio Pérez Pérez reconoce (cfr. la p. 128 de su libro, precisamente al explicar esta cuestión) protegen a este derecho al que me refiero todas las acciones habituales de defensa del dominio (porque es dominio, ¿por qué si no?), exactamente igual que a quien ha inscrito su derecho de propiedad sobre el agua en el Catálogo de aguas privadas. Tercero, porque resulta forzosísimo admitir que la propiedad privada pueda llegar a extinguirse por la mera inscripción o inmatriculación del derecho en un simple registro administrativo, registro a la sazón carente casi por completo en este caso de efectos jurídicos de alguna significación. Y el que dicha inscripción produzca los (incierto) efectos previstos en el artículo 72.3 de la Ley de Aguas no empece a esta evidente afirmación. Piénsese únicamente cómo a nadie se le ha ocurrido defender que se extinga la propiedad sobre el agua o sobre cualquier otro bien inmueble por el mero hecho de inscribirse el derecho en el Registro de la Propiedad, pese a tener este Registro unos efectos mucho más intensos y efectivos que los del Registro de Aguas. La inscripción de un derecho en un Registro es normal que conlleve un refuerzo más o menos efectivo de ese derecho, pero sería insólito que supusiera la extinción o transformación del derecho, y es evidente que no puede admitirse que tal ocurra sin un precepto legal que claramente lo establezca así. Y la inscripción de la propiedad privada en el Registro de Aguas tampoco implica en estas normas transitorias ningún refuerzo de las potestades administrativas respecto de la propiedad privada que se inscriba simplemente en el Catálogo de aguas privadas. Por tanto, el término «*transformación*» del párrafo 2.º del apartado 1.º de las DT 2.ª y 3.ª debe entenderse referido, pese a la escasa claridad del precepto, a la transformación que sufrirá el derecho inscrito al cabo de los cincuenta años.

A la vista de estas razones, no encuentro fundamento suficiente para que el Tribunal Constitucional eludiera pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de los «*aprovechamientos temporales de aguas privadas*» (aunque sugiriendo implícitamente más bien el carácter de aguas privadas: cfr. Fundamento Jurídico núm. 8 de la sentencia 227/1988), ni para la posición muy dubitativa en este punto e inclinándose más bien por la pérdida del carácter de aguas privadas del profesor Sebastián Martín Retortillo (cfr. su libro *Derecho de aguas*, 1997, pp. 144, 146 y 150). Una opinión importante que coincide con la que acabo de defender es la de Roca Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario*, tomo 5.º, 8.ª edición, 1997, p. 208. O podrían citarse, en el mismo sentido y con anterioridad, entre otros, a Sánchez Morón, Miguel, en un trabajo en la *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1985, núm. 46, pp. 182-183; a Guaita Martorell, Aurelio, *Derecho administrativo. Aguas, Montes, Minas*, 1986, p. 119; y a De la Cuétara, Juan Miguel, «*El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*», 1989, p. 122. También contamos ya con la rotunda afirmación de esta evidente interpretación que defiendo por tres sentencias de la Sala 3.ª, secc. 6.ª, del Tribunal Supremo, de fechas 30 de enero de 1996 (cfr. Fundamentos de Derecho 2.º y 1.º, en *Aranzadi*, núm. 395), 14 de mayo de 1996 (cfr. Fundamento de Derecho 2.º de la sentencia y todos los Fundamentos de Derecho del

voto particular del ponente, en *Aranzadi*, núm. 4368) y 18 de marzo de 1999 (cfr. Fundamentos de Derecho 1.º y 2.º en *Aranzadi*, núm. 3153).

En este punto fundamental (carácter de propiedad privada de esas aguas) aciertan estas tres sentencias, aunque las dos primeras se equivoquen gravemente, como indican los argumentos del mencionado voto particular de la segunda de ellas, al imponer a la Administración la necesidad de una indemnización a los propietarios del agua privada, en un caso de legítimas restricciones del uso del agua impuestas a los mismos con base en el artículo 56 de la Ley de Aguas. La tercera de las tres sentencias mencionadas rectifica con acierto la doctrina, en esto equivocada, de las dos primeras. Otra significativa muestra, en cuanto a esto último, de la jurisprudencia heterogénea y caótica que la deficiente regulación de las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas puede llegar a propiciar. El apartado 2.º de la DA 2.ª de la Ley 46/1999 de reforma de la Ley de Aguas ha pretendido salir al paso de la errónea doctrina de las dos primeras sentencias del Supremo mencionadas, con discutible oportunidad y acierto, porque puede ahora plantear la duda de si, interpretado «a contrario», no habrá venido acaso a reconocer la posible indemnización en supuestos de aplicación del artículo 56 de la Ley de Aguas en que las aguas privadas no sean subterráneas, únicas mencionadas en el precepto legal. Esperemos que no prevalezca esa poco conveniente interpretación.

5. Otra de las ideas básicas de Pérez Pérez que merece particular atención es la de que las aguas privadas sólo se pueden transmitir junto con la finca de destino de las mismas (cfr. pp. 57 y ss., 103, 117, y 164 de su libro). Opina que la disposición o enajenación no puede recaer sobre el agua misma sino sobre el punto del terreno del que brota el manantial o pozo y que habría que suprimir hacia el futuro la posibilidad de inmatricular aguas privadas como finca independiente en el Registro de la Propiedad (cfr. pp. 153 y 165 de su libro). La razón fundamental que aporta el autor es que tal cosa se deriva del apartado 3.º de las DT 2.ª y 3.ª (una vez más el precepto que impone la «congelación» de la propiedad privada), entendiendo que la enajenación del agua misma o por separado de su finca de destino inicial sería una «*modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento*» que obligaría al titular del agua a solicitar una concesión administrativa sobre la misma.

Como había explicado ya en mi libro de 1996 (cfr. pp. 436 a 438), con argumentación de la que Pérez Pérez ha preferido prescindir, esta argumentación no resulta convincente, porque, aparte el muy discutible sentido y alcance de dicho precepto, una cosa es la *modificación* de un derecho y otra muy distinta la *enajenación* del mismo. La distinción entre una cosa y otra está claramente trazada en la propia Ley de Aguas (cfr. arts. 62 y 61) y por supuesto en el Código civil (cfr. arts. 480 y 489, 1280-1.º, 1617, 1633 y 1635). Incluso las concesiones administrativas son transmisibles libremente como regla general en nuestro Derecho, vinculándose sólo el agua a la finca de destino económico para algunas de las concesiones para riego (para algunas, no para todas, pese al art. 59.2.º; no para las concesiones de regantes pertenecientes a comunidades de regantes, por ejemplo, que son acaso el supuesto más frecuente): véanse sobre todo los artículos 61 y 59.4.º de la vigente Ley de Aguas. Y no cabría argumentar contra esta explicación desde el artículo 72.1.º de la Ley de Aguas, que sólo dice que los cambios de titularidad autorizados conforme al artículo 61 deben ser inscritos de oficio por la Administración en el Registro de Aguas, pero que no pretende afirmar que todos los cambios de titularidad tengan que ser necesariamente autorizados por la Administración.

Y si las concesiones administrativas son transmisibles como regla general, con mayor razón lo será la propiedad privada del agua, para la que ninguna norma excluye dicha disponibilidad, y puesto que la misma ha acompañado siempre a la propiedad privada del agua, habiéndose reconocido siempre así por nuestro Tribunal Supremo. Incluso la disponibilidad del agua privada está claramente insinuada en el inciso final del párrafo 1.º del apartado 1.º de las DT 2.ª y 3.ª. Y por supuesto, lo transmisible y transmitido es el agua misma, o el todo o parte de la corriente de agua en su caso, y no el punto de la finca del que brotan el manantial o el pozo, peregrina teoría que resulta completamente inaceptable y que muestra que Pérez Pérez no ha entendido cabalmente que el agua es objeto autónomo de derechos subjetivos (cfr. sobre la disposición del agua mi libro de 1996, pp. 507 y ss.).

Y en cuanto a la posibilidad de inmatricular aguas privadas como fincas independientes en el Registro de la Propiedad hay que decir que es cierto que ha recibido algunas críticas por parte de algunos autores, pero también lo es que la misma ha sido aceptada de buen grado y aun elogiada por los grandes hipotecaristas (cfr. por ejemplo, Lacruz Berdejo, *Derecho Inmobiliario Registral*, 1984, p. 72; o Roca Sastre - Roca Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario*, 1997, tomo 5.º, p. 209 para la 8.ª edición, encontrándose también la idea en ediciones anteriores). Personalmente (aunque desde luego mi autoridad en esto es mucho menor que la de esas otras opiniones recordadas), incluso he lamentado que la inmatriculación de aguas privadas como finca independiente en el Registro de la Propiedad carezca en el Reglamento Hipotecario de una regulación específica y más detallada (cfr. mi libro de 1996, pp. 242 y ss.).

Desde esta explicación sobre la disponibilidad jurídica de las aguas privadas, creo que perfectamente coherente con la tradición de nuestro Derecho de aguas y con las reglas básicas de nuestro Derecho patrimonial, se vienen abajo las conclusiones sustanciales de los capítulos 3.º y 4.º del libro que comento, conclusiones que Pérez Pérez presenta como esenciales en su libro. Desde una explicación sumamente discutible sobre la historia del Derecho de aguas en Canarias, llega este autor a la conclusión de que en ese territorio es en el único en el que se ha producido históricamente una desvinculación entre la tierra y el agua y de que, por eso, hay allí un activo mercado del agua, mientras que no lo hay ni posibilidad jurídica de que lo haya, en el sentido de sus muy peculiares opiniones arriba criticadas, en el resto del territorio español. Esta explicación responde a una incomprensión profunda del significado de las leyes españolas liberales sobre el agua de 1866-1879, que precisamente acentuaron una clara desvinculación entre la tierra y el agua ya antes existente, y desconoce que las leyes autonómicas canarias de 1987 y 1990 se limitaron a copiar sustancialmente las defectuosas reglas de las disposiciones transitorias de la Ley Estatal de Aguas de 1985, de modo que no hay ninguna diferencia jurídica sustancial a este respecto entre el actual Derecho de aguas canario y el actual Derecho de aguas español general. Si el mercado del agua es más activo en Canarias que en la Península ello se debe a razones económicas y sociales, a la mayor proporción de aguas privadas en el Archipiélago y, acaso, a la existencia de canales y galerías intercomunicadas que facilitan el transporte del agua imprescindible para la efectividad práctica de las enajenaciones de derechos, acciones o cuotas de derechos sobre el agua. En la Península el mercado del agua, incluso pública, no está poco activo porque exista imposibilidad jurídica genérica, según he explicado, sino por razones

económicas y por razones jurídicas difusas y colaterales (cfr. sobre estas últimas mi trabajo *Sobre la conveniente reforma de la Ley de Aguas. Observaciones al Borrador de proyecto de ley de mayo de 1997*, en la Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 11, 1997, pp. 171 a 179).

Por otra parte, la explicación de Pérez Pérez sobre el mercado de aguas en Canarias no ha detectado y deja sin explicar los dos problemas más característicos e importantes que al respecto plantea la ley autonómica canaria de 1990. En primer lugar, la duda de si a las aguas privadas inscritas en el Catálogo de aguas privadas les son aplicables o no, en cuanto a su propia transmisibilidad, las limitaciones y condicionamientos que ponen a la transmisión de los derechos sobre aguas públicas y sobre aguas privadas inscritas en el Registro de Aguas los artículos 112 a 114 de dicha Ley de 1990. Y en segundo lugar, y siendo este problema de mayor envergadura, la duda de si es o no aplicable supletoriamente en Canarias el artículo 62 de la Ley de Aguas estatal de 1985 a las transmisiones-transformaciones de derechos sobre aguas públicas. La duda surge de que toda la Ley canaria de 1990 está basada en la confusión conceptual entre la estricta transmisión de concesiones sobre aguas, transmisión que necesariamente habría de conllevar la vinculación de las aguas adquiridas por el cesionario al fin determinado en el título originario del cedente (la concesión es esencialmente finalista y como tal se tiene que transmitir en principio), y la transmisión-transformación de concesiones sobre aguas, figura nunca claramente aludida en la letra de esa ley, aunque presupuesta claramente en el espíritu de la mayor parte de sus preceptos. Si se diera prioridad a la letra de la ley sobre su espíritu la consecuencia sería la señalada aplicabilidad supletoria en Canarias del artículo 62 de la Ley Estatal de 1985 a las transmisiones-transformaciones de concesiones sobre aguas. Sin embargo, la DA 3.^a de la Ley Estatal 46/1999 se inclina por no entender aplicable en Canarias la Ley de 1985, ni su artículo 62, aunque a costa de violentar considerablemente la letra de los preceptos de la Ley canaria de 1990 que regulan la transmisibilidad de las concesiones sobre aguas. Véase sobre estos problemas del Derecho canario mi trabajo «*Sobre la oscura reducción del mercado del agua por la Ley 46/1999*», en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia de este mismo año.

6. Otra afirmación de Pérez Pérez de enorme trascendencia y que es imposible pasar por alto es su afirmación de que las aguas privadas se habrán de regir sólo por el Código civil pero no por la Ley de Aguas de 1879, lo que cree deriva de la DF 1.^a y de la DD de la Ley de Aguas de 1985, que deroga expresamente la Ley de Aguas de 1879 (cfr. p. 74 de su libro). Del texto de esta última y del de la DF 1.^a, con arreglo al cual «*en todo lo que no esté expresamente regulado por esta Ley, se estará a lo dispuesto por el Código civil*», deriva absurdamente la señalada consecuencia, profundamente ilógica, además, en sí misma, puesto que el Código civil se limita a ser un mero resumen de la mencionada Ley de Aguas de 1879. En otra versión anterior de esta misma afirmación (cfr. sus *Comentarios* de EDERSA, 1991, pp. 8 y 69) incluso añadía el autor que el Código civil se aplicaría, entonces, a las aguas privadas, «*como Derecho supletorio*», demostrando no entender el concepto de Derecho supletorio. Seguramente que por mis críticas a esa afirmación (cfr. mi libro de 1996, p. 369) ha suprimido en el nuevo libro este (tercer) grave error de su afirmación.

Subsisten, con todo, los otros dos graves errores originarios de dicha explicación del autor. Primero, presupone Pérez Pérez que por derogarse

expresamente una ley esa derogación alcanza, excluyéndola, incluso a la aplicabilidad de dicha ley a situaciones nacidas bajo su vigencia y aplicabilidad que deriva del normal efecto de irretroactividad de todas las leyes reformadoras, salvo que éstas establezcan su propia retroactividad. Es casi como si afirmara que derogar expresamente la ley anterior es como darle efectos retroactivos a la ley nueva y derogatoria. O sea, no se entiende la diferencia de efectos entre derogación expresa y derogación tácita, ni la diferencia entre normas derogatorias y normas transitorias. Segundo, no entiende Pérez Pérez que para que una norma pueda proyectarse en su eficacia hasta situaciones nacidas bajo la vigencia de la ley anterior (o sea, para que pueda tener efecto retroactivo) tiene que establecerlo expresamente o suficientemente la propia norma, lo que en absoluto sucede en el texto de la DF 1.ª, norma en la que no hay el menor rasgo o vestigio de voluntad de retroacción, por lo que no hay más remedio que referirla a la eficacia normal de dicha norma sobre las situaciones nacidas ya bajo la vigencia de la nueva ley (para éstas sí que señalando un Derecho supletorio, aunque muy desacertadamente, porque el Código se refiere sobre todo a aguas privadas, que ya no existirán prácticamente en relación con situaciones nacidas bajo la vigencia de la nueva ley de 1985). El autor entiende la DF 1.ª como si dijese: *«a las aguas privadas mantenidas como tales en las disposiciones transitorias de esta ley se aplicará, en todo lo que no esté expresamente regulado en esta ley, exclusivamente el Código civil, pero no la Ley de Aguas de 1879»*. Una norma así sería sumamente irrazonable, por ser el Código civil un mero resumen de la Ley de Aguas anterior, pero podría haberla establecido el legislador. Sin embargo, es evidente que no la estableció (no es suficiente tampoco que la DF 1.ª resulte un tanto reiterativa con el párrafo 2.º del apartado 1.º de la disposición derogatoria, refiriéndose ambas a las situaciones nacidas bajo la vigencia de la ley nueva) y que deben sacarse rigurosamente las consecuencias que se derivan del artículo 2.3.º del Código civil. O sea que, en suma, y pese a la contumaz insistencia de Pérez Pérez en estos graves errores conceptuales, las aguas privadas subsistentes en nuestro país se regirán conjuntamente por la Ley de Aguas de 1879 y por el Código civil.

Otra afirmación de Pérez Pérez, sostenida desde trabajos anteriores y sumamente indicativa de la extrema peculiaridad de las opiniones de este autor, es la de que, en su opinión, la Constitución ha representado un *«giro copernicano»* en la evolución de la propiedad privada en nuestro país (cfr. p. 52 de su libro, y para mi crítica la p. 476 de mi libro de 1996), expresión a todas luces excesiva e inexacta. El tratamiento del difícil tema del régimen jurídico de las aguas sobrantes por este autor (cfr. pp. 131 y 132, y 46-47 de su libro) creo que es indicio claro de que el mismo muestra una deficiente comprensión de lo que es el derecho a una corriente de agua (cfr. 438 y ss. y 497 y ss. y 587 y 590 de mi libro de 1996). Por cierto, que este autor había llegado, sin sombra de razón, a negar en nuestro sistema la posibilidad misma de existencia de aguas sobrantes, en lo que queda ahora expresamente desautorizado, aunque sea de pasada y en un precepto enigmático, por el nuevo apartado 4.º del artículo 53 de la Ley 46/1999. Su explicación sobre la *«afección»* de unos aprovechamientos de aguas a otros preexistentes (cfr. pp. 70 a 73 de su libro) me parece también muy poco convincente, además de muy peligrosa para la seguridad jurídica, por las razones que ya dejé explicadas en mi libro de 1996 (cfr. pp. 475 a 480). Y la explicación de Pérez Pérez sobre el régimen jurídico de las aguas estancadas de los lagos, lagunas y charcas (cfr. pp. 79 a 81 y 153-154 de su libro) también me

parece sumamente deficiente por las razones que dejé explicadas en mi libro de 1996 (cfr. pp. 297 a 314). En todas estas cuestiones, y conforme a su peculiar metodología, el autor se desentiende de las minuciosas críticas que yo le había formulado. En una ocasión en que intenta contestar una crítica mía en el sentido de que la Ley de Aguas confunde muchas veces terminológicamente «derecho» y «aprovechamiento», lo hace con extraño razonamiento que deriva nada menos que al concepto de posesión (cfr. p. 52 de su libro), lo que no tiene obviamente nada que ver con esa concreta y creo que correcta crítica a la terminología de nuestra Ley de Aguas.

7. Veamos ahora también las explicaciones de Pérez Pérez en cuanto al funcionamiento del Registro de Aguas, el Catálogo de Aguas Privadas y el Registro de la Propiedad en cuanto a los derechos sobre aguas. En este ámbito encuentro salvables algunas afirmaciones aisladas poco o nada argumentadas por el autor, pero otra vez el conjunto de dichas explicaciones aparece como sumamente deficiente y muy poco convincente.

Empecemos por las afirmaciones aceptables de este autor. Por ejemplo, sostiene, en el sentido de la opinión común, que en el caso de que se quieran inmatricular aguas privadas en el Registro de la Propiedad, si se trata de *aprovechamientos temporales de aguas privadas* inscritos en el Registro de Aguas, para la mencionada inmatriculación se requerirá la previa presentación al Registrador de la Propiedad de la certificación de la previa inscripción de esas aguas en el Registro de Aguas (cfr. p. 156 de su libro). Creo que esto es cierto, pero a falta de clara base normativa en que apoyarlo, se hace preciso un cierto esfuerzo interpretativo, sin que en una monografía parezca lógico zanjar la cuestión con una mera afirmación (cfr. la argumentación al respecto en mi libro de 1996, pp. 676-677; o en el mismo sentido Roca Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario*, tomo 5.º, 8.ª edición, 1997, p. 215). Sostiene también Pérez Pérez que son inmatriculables en el Registro de la Propiedad los derechos sobre aguas públicas adquiridos con base en el artículo 52.2.º de la Ley de Aguas (cfr. su libro, pp. 156-157 y 191). Digo lo mismo. Acierta el autor, en mi opinión, pero, a falta de clara base normativa en que apoyar esa opinión, que es además discutida en la doctrina, se hace preciso un cierto esfuerzo interpretativo (cfr. para una explicación mejor informada y argumentada mi libro de 1996, p. 347; o Roca Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario*, obra citada, pp. 217 y 205).

Otras afirmaciones de Pérez Pérez, conectadas en su pensamiento a su peculiar y extrema teoría de la propiedad «congelada» del agua, ya no sólo carecen de base normativa clara o suficiente, sino que van claramente en contra de la normativa hipotecaria aplicable a las aguas. Por ejemplo, cuando afirma que los «*aprovechamientos temporales de aguas privadas*» no son inmatriculables como finca independiente en el Registro de la Propiedad (cfr. p. 156 de su libro). Véase para la explicación contraria mi libro de 1996, pp. 245 y 557. O con opinión coincidente con la mía Roca Sastre Muncunill, *Derecho hipotecario*, tomo 5.º, 8.ª edición, 1997, pp. 210 y 212. O cuando sostiene Pérez Pérez que para inmatricular aguas privadas en el Registro de la Propiedad el Registrador necesita como requisito previo la certificación de previa inscripción de esas aguas en el Catálogo de Aguas Privadas (cfr. pp. 152 y 185 de su libro). Véanse para la contraria y mejor explicación mi libro de 1996 (cfr. p. 678) y el citado *Derecho hipotecario* de Roca Sastre Muncunill (1997, pp. 215 y 216).

Veamos ahora, en síntesis, cuáles son las restantes explicaciones sobre esta materia de Pérez Pérez, quien las formula, como de costumbre, desentendiéndose por completo de la doctrina hipotecarista más seria existente sobre la cuestión. Sostiene repetidamente el autor que los tres Registros que contempla publican «*situaciones jurídicas*» (cfr. pp. 122, 127, 138, 146, 165-166, y 185, entre otras, de su libro) y presupone en toda su explicación que lo que se inscribe en dichos Registros es el «*binomio*» agua-tierra o el «*lote*» finca-cuota de agua (cfr., entre otras, las pp. 146 y 162, y 151 de su libro). Afirma también este autor que es necesaria la colaboración entre los dos Registros administrativos y el Registro de la Propiedad y que los tres tienen una «*complementariedad funcional*» (cfr. pp. 136, 146, 160 a 167 y 184, entre otras, de su libro), hasta el punto, según él, de que sólo las comprobaciones realizadas por la Administración hidráulica pueden ser válidas para iniciar el proceso de inmatriculación y de modo que cuando el resultado de las mismas haya sido reflejado en los Registros administrativos se podrá ya «*incorporar*» («*sic*», en la p. 165, y naturalmente que sin explicar cómo) esa información al Registro de la Propiedad para que puedan desencadenar su eficacia los principios hipotecarios. Para pedir rectificaciones en los dos Registros administrativos en caso de inexactitudes registrales cree que habrá un recurso ante el Presidente del Organismo de Cuenca, con posterior recurso contencioso administrativo, y para rectificar inscripciones inexactas en el Registro de la Propiedad, cree que proceden «*las mismas reclamaciones*» (o sea, parece, ante el Presidente del Organismo de Cuenca) aunque ahora con necesidad de obtener una sentencia en juicio declarativo civil y sin posible recurso contencioso administrativo (cfr. pp. 181 a 183 de su libro). En cuanto a posibles *confrontaciones* entre alguno de los Registros administrativos y el Registro de la Propiedad cree Pérez Pérez que es casi imposible que puedan darse y que, si llegan a darse en algún caso, nunca se debe defender la prevalencia de uno de los Registros sobre el otro, puesto que son complementarios y cumplen misiones diferentes, y que el Registro de Aguas tiene los efectos previstos en los artículos 57.1.º y 56 de la Ley 30/1992 (cfr. p. 188). Finalmente, reconduce estas posibles «*confrontaciones*» a las acciones de rectificación de los tres Registros antes explicadas, según él y según los casos ante la Administración con recurso contencioso administrativo o ante los tribunales civiles, presuponiendo únicamente ahora que la rectificación la pide el titular registral del Registro contrapuesto (cfr. pp. 192 y 194 de su libro).

En su libro de 1991 (cfr. pp. 396-397) y en otros varios trabajos suyos posteriores había dado Pérez Pérez una explicación sobre la posible confrontación entre el Registro de Aguas y el Registro de la Propiedad muy poco convincente y que yo había criticado (cfr. mi libro de 1996, pp. 681-682 y 703). Esa explicación ha desaparecido, afortunadamente, del nuevo libro de este autor (sin que éste advierta al lector de su rectificación), pero la que ahora aporta y acabo de resumir es también sumamente inconsistente. Y ello por las razones que enumero a continuación.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, como dijera hace muchos años mi maestro el profesor Lacruz y como se afirma por muchos desde entonces, en el Registro de la Propiedad se presentan títulos (formales), se inscriben actos (títulos materiales) y se publican derechos. De modo que, siendo esta una verdad general que vale también para las aguas, no se puede afirmar que el Registro de la Propiedad publique «*situaciones jurídicas*». Y si la oscura y

peculiar eficacia reconocida al Registro de Aguas por el artículo 72.3.º de la Ley de Aguas puede llegar a denominarse publicidad, sin duda también que será una publicidad de derechos y no una publicidad de «*situaciones jurídicas*». Ya he explicado anteriormente cómo el agua privada nunca está estrictamente vinculada a las fincas en que se usa en un momento determinado y cómo no lo están tampoco ni siquiera las concesiones administrativas sobre aguas, salvo algunas (no todas) de las otorgadas para riego (cfr. art. 59.2.º y 4.º de la Ley de Aguas). El supuesto «*lote*» o «*binomio*» agua-finca como objeto de la inmatriculación y de la publicidad no es, ni mucho menos, una exigencia genérica de la Ley de Aguas. Y recuérdese la amplitud con que admite la normativa hipotecaria la inmatriculación de aguas como finca independiente.

En segundo lugar, la supuesta «*complementariedad funcional*» de los Registros administrativos de aguas y el Registro de la Propiedad carece de toda base normativa, y no es cierto que las comprobaciones sobre los aprovechamientos de aguas que pueda hacer la Administración hidráulica se puedan integrar de ninguna manera en la inmatriculación de derechos sobre aguas en el Registro de la Propiedad, fuera de que en ciertos casos tasados la inscripción en el Registro de Aguas sea requisito previo de la inmatriculación de esos derechos en el Registro de la Propiedad, ni es cierto que esas comprobaciones de la Administración presenten mayor seguridad y verosimilitud que los procedimientos legales de inmatriculación de la normativa hipotecaria: precisamente, en los artículos 189 y ss. del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986 se echa en falta, entre otras muchas cosas, una mínima regulación de los procedimientos de inmatriculación de derechos sobre aguas en el Registro de Aguas y en el Catálogo de aguas Privadas. Los procedimientos de inmatriculación de derechos sobre aguas en el Registro de la Propiedad son, desde luego, aparte de la sentencia judicial, los generales regulados en los artículos 199 y ss. de la Ley Hipotecaria (básicamente, el expediente de dominio y el título público por la vía del art. 205 de esa ley) y los específicos para aguas contenidos en los artículos 64 y ss. del Reglamento Hipotecario (el acta notarial de presencia en los supuestos del párrafo 4.º del art. 66 y el acta de notoriedad del art. 65).

En tercer lugar, lo que afirma Pérez Pérez respecto del procedimiento de rectificación de los asientos del Registro de Aguas y del Catálogo de Aguas Privadas es pura creación doctrinal porque carecemos de toda norma al respecto (otro de los significativos olvidos del Reglamento de Dominio Público Hidráulico de 1986) y considero por completo inaceptable pretender que el Presidente del Organismo de Cuenca pueda tener nada que decir respecto a una posible rectificación de los asientos del Registro de la Propiedad (el nuevo art. 87.3.º de la Ley 46/1999 es regulación legal posterior y circunscrita al deslinde). Los diversos procedimientos de esta última rectificación son los regulados en los artículos 38, 40, 211 y ss., 214, y 217 de la Ley Hipotecaria y en los artículos 53 y 314 y ss. del Reglamento Hipotecario.

En cuarto lugar, Pérez Pérez parece no entender bien cómo se producen y se van a seguir produciendo los conflictos sobre aguas al reducir la cuestión de las posibles confrontaciones entre el Registro de Aguas y el Registro de la Propiedad al simple tema (también mal explicado, como acabo de decir) de meras peticiones de rectificación de uno u otro Registro. Los conflictos sobre aguas son muchas veces despojos directos o indirectos del agua de una persona a otra, con frecuentes problemas de prueba por la habitual dificultad de identificación de las aguas (prueba de si las que está aprove-

chando el supuesto despojante son verdaderamente las mismas que el reclamante considera le han sido sustraídas). Este tipo de conflictos se pueden plantear en un pleito civil o en la resolución de un recurso contencioso administrativo (sobre todo, tras la reciente reforma de la jurisdicción contencioso administrativa por Ley 29/1998) y allí es donde se hará preciso saber cuál de los dos Registros enfrentados tendrá más fuerza legal, siendo indudable, dada la gran desconexión normativa e institucional entre ambos Registros, que podrán a veces contener ambas declaraciones total o parcialmente contradictorias. Aunque el artículo 40 de la Ley Hipotecaria reconoce una acción judicial de mera rectificación de los asientos del Registro de la Propiedad desconectada del ejercicio de acciones judiciales materiales, lo cierto es que dicha acción casi no se utiliza en la práctica. Es significativo que este autor (cfr. p. 187 de su libro), honestamente pero también con una cierta ingenuidad, reconozca que no entiende porqué todos los autores que han reflexionado sobre estas materias se han planteado la hipótesis de la confrontación entre los Registros administrativos y el Registro de la Propiedad. Los contundentes argumentos y la jurisprudencia que yo había aportado para explicar la mayor fuerza legal en un proceso de los asientos del Registro de la Propiedad sobre los asientos del Registro de Aguas (cfr. pp. 672 a 682 de mi libro de 1996) no los ha contestado ni recogido Pérez Pérez. Acaso pretende contestar mi advertencia o apreciación de que, salvo en el artículo 72.3.º de la Ley de Aguas (que es una criatura legal concebida con error y de incierto futuro), la Ley de Aguas y sus reglamentos se olvidaron de regular los efectos que iba a tener el Registro de Aguas, cuando dice que este Registro tendrá los efectos que se derivan de los artículos 57.1.º y 56 de la Ley 30/1992 (cfr. p. 188 de su libro). En realidad, de esos artículos lo único que deducimos es que el acto administrativo de inscripción o (mejor) inmatriculación en el Registro de Aguas o en el Catálogo se presume válido y es eficaz y ejecutorio: o sea, que la inmatriculación se habrá producido con todos los efectos propios que las normas les atribuyan (o sea, ninguno, salvo el del mencionado art. 72.3.º de la Ley de Aguas).

Todo lo que aquí se dice sobre el Registro de la Propiedad resultará bastante elemental para cualquier persona iniciada en el estudio del Derecho hipotecario, y es que la explicación de Pérez Pérez denota en efecto carencias elementales en esta parcela del Derecho, en la que sin embargo se ha introducido con el alegre desparramo que le proporciona una metodología tan peculiar como la suya. Ha construido doctrinalmente el autor un brioso centauro cuyas patas son el Registro de Aguas y el Catálogo de Aguas Privadas y cuyo cuerpo y cabeza es el Registro de la Propiedad, y cree, en su imaginación, que el mencionado centauro goza de buena salud y galopa alegremente. Los tres Registros relativos a derechos sobre aguas cree que están coordinados y sincronizados y que funcionan al unísono. Pero la triste realidad es que en ninguno de los quinientos setenta y tantos artículos que suman juntos la Ley de Aguas de 1985 y sus dos reglamentos de 1986 y 1988 se menciona siquiera al Registro de la Propiedad. Desde esta perspectiva la explicación de Pérez Pérez no puede por menos que tomarse a broma. Es el segundo chiste jurídico, junto al de los derechos «congelados», de esta nota crítica.

El gran retraso que lleva la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y que hace que todavía estén saliendo bastantes sentencias aplicando la normativa anterior a la Ley de Aguas de 1985, es probablemente la causa de que no hayan aparecido todavía sentencias en las que se contrapongan los asientos

del Registro de la Propiedad y los del Registro de Aguas. Véase, con todo, en un caso de enfrentamiento sobre aguas entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, cómo el Tribunal Supremo, en su sentencia de la Sala de lo Civil de 4 de marzo de 1997, afirma rotundamente la superioridad y prevalencia del primero (cfr. el Fundamento de Derecho 2.º, en *Aranzadi*, núm. 1648). Lo mismo habrá de suceder, sin duda, cuando el Tribunal Supremo haya de pronunciarse en conflictos entre el Registro de la Propiedad y el Registro de Aguas.

Hay que decir además, puesto que el valor de un libro se mide también por los problemas que elude o por lo que no trata habiendo podido hacerlo, que el libro objeto de esta nota crítica no ha entrado a analizar algunos de los temas más oscuros y difíciles que plantea la vigente Ley de Aguas. Así, por ejemplo, elude tratar su autor la cuestión de las «*aguas subterráneas no renovables*» (art. 2 de la Ley), tema en el que casi toda la doctrina se ha mostrado muy crítica con la fórmula legal adoptada; o elude tratar los difíciles problemas interpretativos que ha planteado la opción de las DT 2.ª a 4.ª de la Ley de Aguas; o elude tratar la difícil noción de «*protección administrativa*» introducida por esta ley (lo que dice en las pp. 144-145 y 179 es reiterativo e insignificante) y el régimen jurídico del artículo 72.3.º de la misma ley; o elude tratar a fondo el artículo 52.2.º de la Ley, que es una pieza de difícil encaje en el sistema de la nueva Ley de Aguas; o elude tratar el muy oscuro régimen jurídico de los cauces y lechos de las aguas privadas; etc.

8. La simple enumeración de los principales defectos, lagunas, criterios doctrinales desacertados, incoherencias y errores que, en mi opinión, contiene la Ley de Aguas de 1985 ocupa varias páginas de mi libro de 1996 (pp. 731 a 746) y no tendría sentido reproducirla aquí. En 1985 pasamos los españoles de tener una Ley de Aguas admirable, ley codificadora por excelencia y acaso la mejor Ley de Aguas de Europa, a tener una ley sumamente oscura y deficiente y muy probablemente una de las peores de Europa. Y la nueva Ley 46/1999 de reforma de la Ley de 1985, también redactada con técnica sumamente deficiente, no ha hecho sino prolongar dicha situación, manteniendo prácticamente intacta la Ley de 1985 y limitándose a completarla en algunos puntos, las más de las veces, de nuevo, en forma muy desafortunada, como digo.

De todos los defectos que tiene la vigente Ley de Aguas de 1985, completada en 1999, creo que el más grave y trascendente es el de haber enturbiado, oscurecido y empobrecido la limpia y admirable dogmática profunda de la modélica Ley de Aguas de 1866-1879, lo que aboca en mi opinión irremediablemente a nuestro Derecho de aguas a un proceso de vulgarización e incremento de la inseguridad jurídica. En mi libro de 1996 y en mi citado trabajo de 1997 (y este último trabajo lo envié por correo a los máximos responsables del Ministerio de Medio Ambiente, alguno de los cuales me acusó amablemente recibo) aconsejé a los responsables políticos, con todo el énfasis de que fui capaz, que no emprendieran una reforma legal del régimen jurídico de las aguas sin contar al menos con un civilista de prestigio que participara en los trabajos o supervisara lo hecho por otros. Creo que se trataba de una cuestión de mero sentido común, y sin embargo, a la vista del texto finalmente aprobado de la Ley 46/1999, me parece evidente que mi advertencia cayó en saco roto. Se ha vuelto a reincidir en el mismo error que al hacer la Ley de Aguas de 1985. El hombre es el único animal que tropieza dos veces en la

misma piedra. Y creo que no sería de extrañar que la próxima Ley del Plan Hidrológico Nacional volviera a redactarse con el mismo bajo nivel técnico que caracteriza a las reformas legales de 1985 y 1999. Dicen que no hay dos sin tres.

Esta falta de sensibilidad o de consciencia de nuestros responsables políticos de los principales partidos políticos nacionales hacia la dificultad e importancia de los aspectos técnicos del Derecho de las aguas ha producido finalmente el lamentable resultado de que nuestra legislación de aguas ha maltratado literalmente no sólo al Derecho civil, sino, en mi opinión, a la misma teoría del Derecho y a lo mejor de nuestra tradición jurídica. En 1991 afirmaba con dureza e indignación el profesor Rams Albesa respecto de la Ley de Aguas de 1866 (y su juicio podemos extenderlo a la Ley de 1879, prácticamente idéntica a aquélla) que *«no hace falta en realidad que yo escriba aquí la oración fúnebre de esta gran ley, porque no lo necesita, de ello se han venido encargando hasta sus más alevosos destructores en nombre no se sabe bien de qué principios y valores superiores, porque para ello sería preciso, si no fuese impertinente, combatir a aquellos que la han ido destruyendo, y esta es tarea de la que se ha encargado y ocupará la Historia no dejando de ellos ni una leve referencia salvo para consignar el legicidio, además porque de ella misma, de su lenguaje, de su técnica de elaboración y de aprobación tenemos todavía hoy, archiderogada, mucho que aprender todos aquellos que trabajamos con el Derecho vigente y su creación; no es cuestión de arrinconarla con honores y hasta bellas palabras en el mausoleo de las referencias puramente históricas, sino de manejarla cuando y donde proceda efectuar una ejemplificación acerca de una obra legislativa bien pensada, mejor hecha y lamentablemente abandonada en el baúl de los recuerdos por quienes, como ocurre con el siglo de que procede, no han sido capaces ni de valorarla ni de entenderla»*. Véanse estas palabras en la obra colectiva *«Manuel Alonso Martínez, vida y obra»*, coordinada por Carlos Rogel y Carlos Vattier, y editada por Tecnos en 1991. Personalmente, puedo comprender bastante bien la indignación manifestada en las palabras de mi colega de la Universidad Complutense. Y supongo que la comprendería también el profesor Sebastián Martín Retortillo, puesto que no ha dejado de insistir desde el mismo año 1985 hasta hoy en la mala técnica de la reforma legal de 1985 (aunque luego, de modo incomprensible para mí, haya propugnado mantener esa ley con algunos pequeños retoques).

Creo, en fin, que el lector reflexivo de esta nota crítica contará ya con alguna de las claves importantes para entender el porqué de la lamentable degradación técnica que nuestro venerable Derecho de aguas sufrió en la reforma legal de 1985 y que no se ha corregido en la reciente Ley 46/1999 de mero complemento de dicha Ley de Aguas de 1985. Y que nadie acuse a estas consideraciones y críticas doctrinales de esconder ninguna forma de rancio conservadurismo político, porque en mi libro de 1996 precisamente he intentado demostrar que se puede hacer una reforma publicadora y progresista de nuestro Derecho de aguas, pero firmemente entroncada en su venerable y admirable tradición doctrinal.