

Ponencia sobre « La naturaleza jurídica de las aguas subterráneas. Tendencia hacia la demanialización »

Madrid, 3 noviembre de 2011

Rogelio Bravo Cos, Comisaría de Aguas de la C.H. del Segura. (rogelio.bravo@chsegura.es)

Les voy a hablar de un tema que es esencialmente jurídico desde la perspectiva, forzosamente limitada y parcial, de mi experiencia sobre la cuestión, que exclusivamente es la que se deriva de estar destinado en una Comisaría de Aguas, la del Segura, desde que ingresé en la Administración del Estado hace ya muchísimos años. dedicado siempre a la tramitación de expedientes de aguas.

En mi trabajo manejo diaria y necesariamente el Texto Refundido de la Ley de Aguas, el Reglamento de Dominio Público Hidráulico y la Ley 30/1992 de Proc. Administrativo, pero debo reconocerles que en casi 20 años de trabajo en Comisaría, en que he tramitado literalmente miles de expedientes de derechos de aguas públicas o privadas, apenas un par de veces he tenido necesidad de consultar la Directiva Marco del Agua. Es decir, aunque suene a herejía, mi experiencia personal es que para tramitar en España expedientes de otorgamiento, reconocimiento, modificación o extinción de derechos de aguas, públicas o privadas, la Directiva Marco es prácticamente irrelevante. Otra cosa son los expedientes sobre cuestiones que tienen que ver con la calidad de las aguas, en que ahí la Directiva sí tiene un papel importante.

Quizás por ello me sentí inquieto cuando vi el título de la Sesión en que tenía que intervenir, especialmente la frase “La naturaleza jurídica de las aguas subterráneas en la Directiva Marco” porque, de lo que brumosamente recordaba de mi lejana última lectura de la Directiva, hubiera jurado que dicha Directiva no dedicaba una sola línea a la naturaleza jurídica de las aguas subterráneas, que se limita a los aspectos ambientales y ecológicos del agua, no abordaba ni la regulación general del D.P.H., ni el régimen concesional, ni el régimen sancionador; en resumen, que la DMA no es, como algunos suponen, una especie de Ley Europea del Agua, entendida como una superley que abordara las mismas cuestiones que nuestro Texto Refundido hoy vigente, aunque a un marco europeo..

Ante esa duda, eché una ojeada al art. 1 de la Directiva, y me tranquilizó ver que dice: “*El objeto de la presente Directiva es establecer un marco para la **protección** de las aguas, de forma que se*

proteja su estado y el de los ecosistemas y humedales asociados". Parece pues claro que la DMA se dedica a la **protección** del recurso, y a poco más.

Para acabar de asegurarme, realicé una búsqueda informática, en el texto de la Directiva Marco, de los siguientes términos: "privado", público "dominio público", "demanio", en todos los casos sin éxito. Tampoco la búsqueda manual dio ningún resultado.

Por ello, y salvo error grosero de mi parte, llego a la conclusión que la Directiva Marco, coherentemente con su verdadero y declarado objetivo de ser exclusivamente una directiva de protección y calidad de las aguas, no aborda en absoluto el tema de la naturaleza jurídica de las aguas, superficiales o subterráneas, y que no se pronuncia ni a favor, ni en contra, de su demanialización, quizás porque en los países norteeuropeos cuyo derecho es de origen anglosajón o germánico el propio concepto de demanio no goza de especial tradición o predicamento, al contrario que en los países de tradición jurídica francesa, como el nuestro.

Voy a dejar de lado pues la DMA y tratar de cómo trata el tema la legislación española. que sí se pronuncia sobre estos temas, aunque no tan claramente como debiera.

Aunque el TRLA induce desde su inicio a confusión, para mí está muy claro que en España no todas las aguas son de dominio público. Es cierto que el art. 1.3 del TRLA dice: "*Las aguas continentales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico..... forman parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico*", redacción que parece referirse a **todas** las aguas subterráneas y superficiales. Pero, a continuación, el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas enmienda la plana al anterior, y dice textualmente: "*Constituye el Dominio Público Hidráulico del Estado, con las salvedades que expresamente establece la Ley*" Y el Diccionario Aguilar de uso del español dice que la primera acepción de "salvedad" es "**excepción** o limitación".

Es decir, después de hacer la Ley de Aguas una pomposa declaración de principios en su artículo 1, el hecho es que la propia ley excluye en su artículo 2 ciertos elementos, entre ellos ciertas aguas, del Dominio Público Hidráulico . La mayoría de las excepciones son de escasa entidad (cauces privados, lagunas con inscripción expresa en registro de la propiedad, etc.) pero sí tiene gran alcance lo que sobre aguas subterráneas establecen las Disposiciones Transitorias de la Ley de Aguas de 1985, que como es de todos conocido dio a los titulares de aguas subterráneas preexistentes dos opciones, aparentemente claras:

1. Seguir en un régimen que llamaremos “privado puro”, aunque en realidad no es tal (recordemos que los art. 407 a 425 del C.C. incluían las aguas terrestres en las propiedades especiales, sometidas a límites estrictos en lo que atañe a las facultades de los propietarios), aprovechamientos a inscribir en el Catálogo de Aguas Privadas, o
2. Transformarse en lo que la Ley denominó “aprovechamiento temporal de aguas privadas”, que se inscriben en el Registro de Aguas, al igual que las concesiones, aunque en sección distinta.

Y como me toca hablar de la “naturaleza jurídica de las aguas subterráneas”, diré que el carácter privado o público de estos “aprovechamientos temporales de aguas privadas” nunca ha estado del todo claro. Es ilustrativo recordar lo que dijo al respecto el Tribunal Constitucional en su venerable Sentencia 227/1988 sobre la constitucionalidad de la Ley de Aguas (Fundamento de Derecho 8º):

“tales aguas, cualquiera que sea su calificación durante el período transitorio, están abocadas a convertirse en aguas de Dominio Público por el mero transcurso del tiempo”.

Es decir:

1. El Tribunal no se atreve a pronunciarse sobre si las aguas son privadas o públicas (*cualquiera que sea su calificación....*)
2. Pero lo que sí dice claramente es que no son públicas, sino que lo serán en el futuro, que es algo muy distinto (*están abocadas a convertirse en aguas de Dominio Público por el mero transcurso del tiempo*).

Y para mí, señores, y será que es que soy muy tajante, lo que no es carne, es pescado. Si no son públicas, solo queda que son privadas. Estar abocado a algo es muy distinto de serlo.

A igual conclusión llegamos tras un simple análisis semántico-jurídico. El artículo 3 del Código Civil, dedicado a la Interpretación de las Normas, en su párrafo primero dice:

“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto”.

Pues bien, en el término “aprovechamiento temporal de aguas privadas” tenemos dos nombres, cada uno seguido de su adjetivo, que lo califica. El “aprovechamiento” es temporal, y las “aguas” son privadas. En castellano no puede haber ninguna otra lectura. Los aprovechamientos temporales de aguas privadas se refieren a aguas privadas, sin discusión, aunque abocadas a ser públicas a los 50

años. Se inscriben en el Registro porque la norma así lo dice, pero ello no cambia su carácter. La inscripción en el Registro no convierte en demanio público a lo que no lo es.

No obstante este razonamiento, que me parece elemental, es corriente oír, incluso en las Confederaciones que, dado que la Ley prevé su inscripción en el Registro, esta agua son *semipúblicas* o *cuasi públicas*, que a mí me suena como decir que una persona es semihonrada, o cuasi honrada. Yo creo que el recipiente no hace al contenido, que la inscripción en el Registro de Aguas (que no se llama, significativamente, Registro de Aguas Públicas, sino de Aguas, a secas) no convierte en públicas *per se* las aguas que en él se inscriben. Lo de convertir el agua en vino lo hizo Jesucristo, no el Registro de Aguas. El Registro de Aguas tiene carácter declarativo, no constitutivo.

Pero el hecho es que, como digo, esta interpretación de que los aprov. temporales de aguas privadas son “aguas cuasi públicas” ha hecho fortuna, y de ahí se derivan consecuencias como, por ejemplo, que la gran mayoría de las Confederaciones no aceptan aprovechamientos inscritos en el Catálogo como base de constitución de Comunidades de Regantes, con el muy discutible argumento de que éstos solo pueden referirse a aguas públicas, pero sí las aceptan si el aprovechamiento es Temporal de Aguas Privadas, inscrito en el Registro.

En resumen, lo que las D.T. de la Ley de aguas establece son dos tipos de aguas privadas (por tanto, ambas están excluidas por definición del Dominio Público Hidráulico). La diferencia radica en cuanto dura su permanencia en dicho régimen:

1. Unas, que se inscriben en el Catálogo, con vocación de permanencia indefinida como tales aguas privadas.
2. Otras, que se inscriben en el Registro como aprovechamientos temporales de aguas privadas, que son privadas provisionalmente, ya que pasarán a públicas a los 50 años .

Los dos tipos no necesariamente han de tener, y de hecho no tienen, el mismo régimen jurídico, pero las diferencias deberán ser solo aquellas que establezca la Ley o el Reglamento (por ejemplo, solo las segundas tendrán protección administrativa, que la Ley limita a las inscritas en el Registro, es decir, a los aprov. temporales de aguas privadas). Por ello, dado que la Ley no lo determina, me parece carente de base jurídica la tan común discriminación antes citada respecto a la posibilidad

de formar unas sí y otras no Comunidades de Regantes. El art. 81.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas es claro

“Los usuarios del agua y otros bienes del Dominio Público Hidráulico de una misma toma o concesión deberán constituirse en Comunidades de Regantes” . Como vemos, no condiciona la obligatoriedad de formar C.R. a inscripción en Registro o Catálogo. Lo que sí cita es que sean *“bienes del Dominio Público Hidráulico “* . Pues bien, como ni las aguas de Catálogo, ni los aprovechamientos temporales de aguas privadas, estrictamente lo son (ya que ambas son privadas), o se les prohíbe a los dos formar C.R., o se les permite a los dos. Yo preconizo que se permita a ambas la formación de C.R., (interpretando ampliamente la referencia al D.P.H. del art. 81.4, en la línea que ya vimos hacía el propio art. 1 de la Ley) aunque solo sea porque así se tendría un único interlocutor en cada aprovechamiento y se conseguiría simplificar la gestión. En la Confederación Hidrográfica del Segura tenemos pozos privados con cincuenta titulares que se llevan mal y se niegan a designar un representante, lo que obliga a enviar 50 cartas cada vez que hay que comunicarles algo. Si hubiera C.R., el ahorro de esfuerzo para la Confederación sería notable, y habría un marco jurídico claro para que los titulares adoptaran acuerdos, cosa que ahora no existe. No entiendo qué ventajas conseguimos con negar a los titulares de pozos de Catálogo que constituyan Comunidades de Regantes.

Muy brevemente voy a decir unas palabras sobre la supuesta “tendencia a la demanialización” que se cita en el título de la sesión. Dado que la Directiva Marco no dice palabra al respecto, ¿Se aprecia esa tendencia en el derecho español?

Evidentemente, y basta leer la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1985, el legislador de 1985, y a veces el legislador posterior, sí quería esa demanialización, y la intentaron con mejor intención que acierto en el texto principal y en las Disposiciones Transitorias, con cuatro medidas que sin duda pensaba “apretarían las tuercas” a los titulares de aguas privadas y les incitarían a optar por aguas públicas:

1. Limitar la protección administrativa a los aprovechamientos inscritos en el Registro de Aguas.

2. Establecer, tanto para las inscripciones de Catálogo como para los aprovechamientos temporales de aguas privadas, que cualquier modificación de características o del régimen de aprovechamiento implicaría el paso a concesión.
3. Prohibición de realizar contratos de cesión de derechos a los inscritos en Catálogo (art. 343.4 del RDPH)
4. El cierre del Catálogo realizado en el año 2001 or la D.T. 2ª de la Ley de P.H.N.

Si lo que con estas trabas o restricciones a las aguas privadas lo que se pretendía era incentivar su paso a públicas, es evidente que el objetivo no ha sido alcanzado. El paso, cuando ocurre, es a cuentagotas. No tengo datos objetivos sobre qué porcentaje de las aguas subterráneas están inscritas en Catálogo, pero sin duda es considerable.

Por ello, y en resumen, no aprecio hoy día voluntad inequívoca alguna de propiciar la demanialización de las aguas subterráneas, ni en el legislador, ni en la jurisprudencia, ni en la práctica administrativa de la Administración Hidráulica. Tengo además serias dudas de que esa tendencia a la demanialización, aún si existiera, fuera materialmente viable, ya que la propia STC 227/1988 ya estudió esta cuestión y dejó la puerta entreabierto a la posible necesidad de indemnizar a los afectados por una demanialización coactiva de las aguas privadas, lo que la haría inviable de entrada, como ya ocurrió en 1985.

Y vamos a entrar en el último punto de mi intervención, que es una de esas cuestiones, molestas, irritantes incluso, poco lucidas, que no se suelen plantear en los foros jurídicos o en las publicaciones académicas, pero sí en el quehacer diario de los que hemos de tramitar los expedientes administrativos, y que tiene desde luego que ver con el régimen jurídico de las aguas subterráneas en sentido amplio, no en la cuestión de si las aguas son privadas o públicas, pero sí en el fundamental aspecto de si los aprovechamientos que de ellas se hacen son legales o ilegales. Hablo, adelantándome un poco a los temas que, supongo, serán objeto de exposición por los ponentes de esta tarde, de lo siguiente:

La práctica administrativa, y la Jurisprudencia, han analizado sobre todo los requisitos para las inscripciones de pozos, preexistentes al 1/1/1986, en el Registro o en el Catálogo, cuestión que está

razonablemente resuelta. Todo eso está muy bien, pero ¿Qué pasa con aquellos, no pocos, que aún hoy, 25 años tras la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, tienen pozos en explotación que, según ellos, datan de antes del 1 de enero de 1986, pero no han solicitado la inscripción ni en el Registro ni en el Catálogo? ¿Qué pasa con los que, tras haberseles denegado la inscripción en el Registro, o en el Catálogo, siguen explotando sus pozos?. Y por favor, que nadie piense que de éstos quedan media docena. Son cientos, miles sin duda, los que quedan o están en una de estas dos situaciones.

Por ir al grano, planteo una cuestión de gran importancia práctica, al menos para los funcionarios del Área de D.P. de las Comisarías de Aguas, como es mi caso: Esos aprovechamientos no inscritos a los que me refiero ¿Son aprovechamientos legales o ilegales? ¿Se pueden sancionar, o no?; si son legales ¿Qué volumen de agua pueden utilizar, qué superficie regar, quien determina estas cifras?.

Por supuesto, yo tengo una opinión personal sobre esas cuestiones (que son ilegales, y pueden ser sancionados), pero debo reconocer que la cuestión no es ni mucho menos pacífica, sobre todo en la Jurisprudencia. Valgan unos botones de muestra, referidos prácticamente siempre a jurisprudencia reciente, de los dos últimos años.

La STSJ de Extremadura, de 12 julio 2011, Rec. 1143/2009, al igual que la del mismo Tribunal de 16 de junio 2011, Rec. 1192/2009, ratifica una sanción de la C.H. del Guadiana por aprovechamiento de un pozo carente de inscripción alguna. El F.D. 3º de la Sentencia dice “El recurrente argumenta que su pozo es anterior a 1986 y que, por tanto, tiene derecho a utilizar las aguas. El argumento no puede compartirse.”, y aclara a continuación que era obligatorio, bien la inscripción en Registro, bien en Catálogo. Esta es la opinión mayoritaria –pero no única-- en la jurisprudencia y la generalmente aceptada, que yo sepa, en todas las Comisarías de Aguas.

Pero digo que no es la única porque, tres días después de la primera sentencia que he citado, el mismo Tribunal, en Sentencia de 15 julio 2011, Rec. 1119/2009, acepta un recurso contra una resolución de la CHG que ordenaba al titular de un pozo no inscrito ni en el Registro ni en el Catálogo cesar su explotación, con el argumento de que la falta de inscripción no significa inexistencia de derechos. Y el 2 de junio del 2011, el TSJ de Galicia, en Sentencia nº 532/2011, Rec. 4152/2008, estima un recurso contra una resolución de la Confederación Hidrográfica del Norte que sancionaba un pozo no inscrito, aceptando la tesis del recurrente que literalmente decía “si bien no se ha acreditado su derecho ante la Administración, ello supone solamente que no podía

gozar de la protección administrativa que deriva de la inscripción en el Registro de Aguas”, postura que el TSJ de Galicia ratifica en su Sentencia de 14 julio 2011, _Rec. 4007/2010. Idéntica tesis mantiene la STSJ de Madrid de 23 mayo 2011, Rec. 629/2008, si bien este mismo Tribunal, en las dos sentencias que emite el 25 de marzo del 2010 (Rec. 667/2007 y 603/2007) califica expresamente de abusivos los aprovechamientos que no tienen inscripción ni en Registro ni en Catálogo, y ratifica las sanciones impuestas en ambos caso por la CHT.

Idéntica oscilación vemos en la Jurisprudencia del Supremo, donde junto a Sentencias que declaran expresamente la validez de sanciones a aprovechamientos que alegan ser anteriores a 1985 pero no se han inscrito en el Catálogo ni en el Registro (STS de 13 nov. 2009, Rec. 130/2007) encontramos otras como la STS de 22/3/2011, Rec. 269/2009, que anula una sanción impuesta por el Consejo de Ministros tras denuncia de la Confederación Hidrográfica del Tajo sobre extracción de agua de un pozo cuyo titular nunca se había molestado tan siquiera en pedir la inscripción ni en Registro ni en Catálogo. La Sentencia, que no tiene desperdicio, dice textualmente en su F.D. 4º *“La mercantil ostenta un derecho de naturaleza privada sobre las aguas, que no desaparece por el hecho de no haberlo inscrito en el Registro ni haber solicitado su inclusión en el Catálogo, pese a lo establecido en la D.T. 2ª de la Ley del P.H.N”*

Yo me pregunto en estos casos: ¿Cuál es el contenido y alcance del ignoto “derecho” que se reconoce por las sentencias citadas, cual el volumen anual a extraer, y la superficie a regar, si el interesado ni se ha molestado en declararlo en los plazos que daba la norma, o si su petición de inscripción fue rechazada por no aceptar la Administración los datos presentados? Y no olvidemos que declararlo ahora no sirve para nada, pues el Catálogo está cerrado. Y con una sentencia así, verdadera patente de corso, que le deja en el más absoluto limbo administrativo, nadie va a ser tan pardillo como para irse a los Tribunales para conseguir una inscripción en el Catálogo.

¿En que situación deja una sentencia así a los Servicios de vigilancia y control de una Comisaría de Aguas? ¿Como vamos a vigilar un aprovechamiento cuyo volumen y superficie regable desconocemos? ¿Vale la pena ponerle contador, si no sabemos el volumen autorizado? ¿Como sabemos si amplía la superficie regable, si no tiene ninguna aprobada?.

Y ello, por no hablar del agravio comparativo que se produce con los demás usuarios de la zona que, ellos sí, cumplieron con su obligación de inscribirse en el Registro o el Catálogo, y a cambio

ven como se les ha marcado un volumen máximo anual a extraer, como se les exige instalar contadores, y como la Administración les controla, mientras que el que hizo caso omiso de la obligación queda exento de todas estas trabas. De nuevo queda constatado que en España se protege celosamente al que incumple la norma.

Queda pues claro que, un cuarto de siglo tras la promulgación de la Ley de 1985, la interpretación de las Disposiciones Transitorias sigue siendo objeto de controversia y de resoluciones judiciales contradictorias. Como no quiero dar la impresión que soy un pesimista que solo ve lo negativo, y como no hay mal que por bien no venga, les diré que para los que tramitamos expedientes esta situación de incertidumbre no deja de presentar ventajas, ya que sea cual sea la solución que elijamos podemos apoyarla en abundante cita de jurisprudencia.

Y bromas aparte, concluyo diciendo que espero que al menso esta última cuestión quede resuelta, de forma clara y nítida, en la próxima reforma de la Ley y del Reglamento, y para ello creo necesario que en esas reformas se tenga en cuenta la opinión y sugerencias de los que estamos en primera línea en cuanto a tramitación de expedientes de derechos de aguas es decir, los funcionarios de las Comisarías de Aguas. Y también deseo que la Jurisprudencia del Supremo nos aclare de una vez por todas cual es el camino a seguir, al menos en la cuestión puntual planteada.

Gracias por su paciencia.