

**LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS
CON LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS:
TENDENCIA HACIA LA DEMANIALIZACIÓN**

José Antonio Poveda Valiente
Secretario de la Junta Central de Usuarios del Acuífero del Poniente Almeriense
Abogado AQUAIURIS

Las características biofísicas particulares del agua (como son: que cae del cielo, fluye, se evapora, es difícilmente aprehensible...) hacen complicada la atribución de derechos de propiedad en el sentido tradicional, lo que lleva en todo caso a que se hable del agua como la más relevante de las propiedades especiales.

Por otro lado la naturaleza del agua como recurso natural imprescindible para el desarrollo de la vida humana, de los ecosistemas, incluso de la actividad económica, hace inevitable la intervención de los Poderes Públicos para conseguir su preservación o un uso más racional.

Únicamente en el caso de las aguas subterráneas y en el de los manantiales puede expresarse un sistema de propiedad privada fundamentado en origen en la propiedad de la tierra bajo la que dichas aguas se encuentran. Se trataría por tanto de una propiedad marcada por el principio jurídico de la accesión.

La demanialización de las aguas subterráneas llevada a cabo en nuestro ordenamiento por la Ley de Aguas de 1985, puede entenderse refrendada por el marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas establecido por la Directiva 2000/60/CE de 23 de octubre.

Los efectos de esta Directiva en cuanto a las aguas subterráneas desvirtúan ciertamente la dualidad del carácter público/privado de las mismas presente en nuestro derecho, remarcando la tendencia hacia su demanialización a través de la instauración de una cierta homogeneización en el tratamiento de ambos tipos de aguas subterráneas, las públicas y las privadas.

La dualidad existente en nuestro ordenamiento jurídico, presente también en otros Estados miembros de la Unión Europea, de aguas subterráneas públicas y privadas si bien no



corre el riesgo de desaparición sí va a verse afectada de manera práctica por los efectos del marco europeo establecido hace ya una década.

Del mismo modo el debate jurídico en torno a esta cuestión ha ido perdiendo gran parte de la virulencia pretérita hasta el punto de que pudiera ser considerado actualmente, en mi humilde opinión, de estéril e improductivo más si cabe a la luz de las últimas reformas operadas en la legislación de Aguas, y sobre todo en los casos de sobreexplotación de acuíferos, o utilizando la terminología introducida por la Directiva Marco, en aquellas masas de agua subterránea en riesgo de no cumplir los correspondientes objetivos medioambientales.

LA COEXISTENCIA ENTRE AMBAS NATURALEZAS EN EL DERECHO ESPAÑOL: LAS LEYES DE AGUAS DE 1866 Y 1879.

Las Leyes de Aguas de 1866 y 1879 permitieron la existencia de un doble régimen jurídico. Estas leyes decimonónicas, dieron trato administrativizado, al declararlas públicas, a las aguas de los grandes ríos y arroyos, distribuidas o no por canalizaciones artificiales, y a las de los grandes lagos; y trato privatístico, al declararlas de propiedad privada, a las aguas que quedaban en el interior de las fincas privadas (pozos ordinarios o artesianos y también, siempre dentro de las fincas privadas, manantiales naturales o pequeños arroyos, pequeñas lagunas, y aguas pluviales que formaban corriente en ramblas o torrenteras). Es decir, que también había, y hay aún a la vista de las disposiciones transitorias de la Ley de Aguas de 1985, aguas superficiales de propiedad privada. Era, en algunos aspectos, una legislación análoga a la del fomento de la minería.

Según señala parte de la doctrina (Moreu entre otros), en la Ley de Aguas de 1879 se atribuía la propiedad de las aguas alumbradas mediante pozos ordinarios (pequeños pozos para uso doméstico) al dueño del terreno en que se hacía la perforación, mientras que la propiedad de las aguas alumbradas mediante pozos artesianos o galerías recaía en el alumbrador.

A este respecto es importante señalar que la atribución de la propiedad privada del agua de los pozos artesianos al alumbrador se hizo inspirándose en el principio jurídico de la ocupación, mientras que en el caso de los pozos ordinarios se inspiró en el principio jurídico de la accesión. Este matiz es importante para los juristas porque la utilización del principio de la ocupación que consiste en la atribución de la propiedad de algo a quien lo encuentra, para la propiedad de los pozos de caudales más importantes fue una originalidad del legislador español, que en esto se separó de la regulación en los restantes países europeos próximos a nosotros, que aplicaron a todos los pozos sin distinción ninguna, según la inspiración del Derecho romano, el principio jurídico de la accesión según el cual la propiedad de la cosa que el legislador considera accesoria –nuevas aguas alumbradas-, sigue a la propiedad privada de la cosa considerada cosa principal –finca en la que se alumbran las aguas-. Sin embargo el



Tribunal Supremo y la mayoría de la doctrina no han acertado a explicar así las cosas y más bien han deducido que las aguas subterráneas pertenecían, como regla general, al dueño del terreno en que se alumbraban (principio de accesión en todo caso), produciéndose, por tanto, un forzado acercamiento a los ordenamientos jurídicos de los restantes países europeos.

Las limitaciones de este derecho de propiedad eran mínimas, pues con ellas sólo se trataba de evitar el perjuicio de terceros (distancias mínimas entre pozos), distraer aguas públicas (límite de muy difícil aplicación en el estado de la ciencia hidrogeológica hasta hace pocos decenios), o finalmente garantizar la seguridad de edificios, ferrocarriles y carreteras.

LA PUBLICACIÓN DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS Y EL RESPETO A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS A CABO POR LA LEY DE AGUAS DE 1985

Para algunos autores, la esta Ley supuso un giro copernicano en el tratamiento legal de las aguas subterráneas. Para otros sin embargo el legislador simplemente sometió a una minoría de los pozos (los que se alumbraron después de 1986 y bajo la vigencia de la nueva Ley) al régimen de previa autorización administrativa para su investigación o búsqueda, y de necesidad de otorgamiento de concesión administrativa para el uso de dichas aguas subterráneas alumbradas. Así, en materia de aguas subterráneas, la Ley de Aguas de 1985 ha dejado las cosas más o menos como estaban, al menos en cuanto a los pozos y alumbramientos que existían en el momento de su entrada en vigor.

Por otra parte hay que hacer notar que en muchos países –con situaciones políticas, económicas y culturales muy distintas–, las aguas subterráneas todavía siguen siendo propiedad privada, aunque sometidas a limitaciones más o menos claras. Cabe citar por ejemplo, los Estados de Texas y California en los EE.UU, y Portugal y Francia en la Unión Europea.

En cuanto al régimen de las aguas subterráneas establecido por las disposiciones transitorias de la Ley de 1985, la verdad es que nunca tan poco dio lugar a tanto. Criticadas por algunos por su escasa técnica jurídica lo cierto es que han sido fuente inagotable de literatura jurídica desde su entrada en vigor.

Como resultado del juego de dichas disposiciones nos encontramos en la actualidad con varias especies de aguas subterráneas: las públicas en virtud de concesión objeto de inscripción en la sección a del Registro de Aguas; los aprovechamientos privados de menos de 7.000 m³ inscritos en la sección b del Registro de Aguas; los aprovechamientos temporalmente privadas e inscritas en la sección c del Registro; y los aprovechamientos de aguas privadas inscritos en el Catálogo de la cuenca; y por último cabría añadir un último tipo que serían aquellos aprovechamientos privados que siguen sin ser objeto de inscripción en ningún Registro.

ALTERNATIVAS AL RÉGIMEN OPCIONAL DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Llegados a este punto cabe preguntarse, como ha hecho parte de la doctrina si era necesario consagrar el carácter opcional o si hubiera bastado, desde el punto de vista constitucional, con obligar a la conversión de los derechos privados, o lo que es lo mismo someterlos a un plazo.

La conversión de los derechos privados en derechos administrativos, es decir, la conversión forzosa de la propiedad privada en una concesión administrativa es lo que hizo la Ley de Costas de 1988 para los titulares de enclaves privados en la zona marítimo terrestre. En este caso los propietarios de un terreno declarado de dominio público se convierten en concesionarios de ese mismo terreno durante treinta años prorrogables otros treinta. En otras palabras, los antiguos propietarios dejan de serlo y se convierten, *ope legis*, en titulares de un derecho subjetivo a exigir la correspondiente concesión administrativa a la que debe necesariamente acceder la Administración salvo que de ella derivase un notorio perjuicio para el interés público en cuyo caso hay que indemnizar la lesión patrimonial producida como consecuencia de la denegación.

Este tratamiento de la Ley de Costas de los derechos adquiridos fue legitimado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 149/1991 al entender que aunque existía una verdadera expropiación, la utilización de forma temporal prevista en ley equivaldría a un justiprecio suficiente.

La opción publicadora va por otra parte en la línea de lo que exige el Derecho Comunitario y la Directiva Marco de Aguas que insiste en someter el aprovechamiento de aguas a la previa intervención administrativa para intensificar los poderes públicos en esta materia para garantizar el éxito de la planificación.

La conversión de los aprovechamientos privados (aproximadamente el 80% de los aprovechamientos declarados) en aprovechamientos temporales hubiera permitido unificar, en un plazo breve de tiempo, el régimen jurídico de todas las aguas subterráneas, al integrarlas al dominio público, y habría evitado agravios comparativos y diferencias que dificultan la gestión racional de las aguas subterráneas sobre todo en casos de sobreexplotación de acuíferos o de masas de agua subterráneas.

LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA Y SU TENDENCIA A LA DEMANIALIZACIÓN

La Directiva comunitaria 2000/60/CE, de 23 de octubre, se configura claramente como el ordenamiento “cabecero” de un más que importante sector jurídico y en el que nada menos

que 27 países miembros deberán basarse para adaptar sus respectivos derechos internos en materia de aguas.

En esta Directiva tras alguna afirmación en la que se hace patente una cierta tendencia a la publicación de las aguas lo cierto es que guarda silencio sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de las mismas.

Así tenemos que la Directiva, en su primer considerando señala que,

(1) *“El agua no es un bien comercial como los demás, sino **un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal**”*

Ahora bien, esta afirmación que sugiere una orientación pública de la naturaleza de todas las aguas en general, incluyendo a las subterráneas, se realiza en la parte expositiva, sin validez normativa.

Efectivamente a lo largo del articulado de la DMA no se realiza ninguna catalogación en orden a la demanialización de las aguas subterráneas sin que esto pueda ser interpretado de otra forma que como declaración de tolerancia al régimen interno que los derechos nacionales de cada país miembro otorguen a dichas aguas. Esto no podría ser de otro modo ya que el propio Tratado constitutivo de la Unión recoge en la parte sexta dedicada a las disposiciones generales el artículo 222 según el cual,

“El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros.”

Tal y como señala parte de la doctrina la Directiva Marco del Agua lo que pretende en realidad es homogeneizar planteamientos del agua desde el punto de vista ambiental, pero no proceder a unificaciones formales, básicas, de régimen jurídico.

Tanto en el articulado (art. 4) como en los anexos (2 y 5) de la Directiva encontramos varias alusiones a “todas las masas de agua subterránea”. El uso de esta expresión denota una voluntad clara y decidida de unificación en el tratamiento de las mismas, y da por hecho la nula importancia del carácter público o privado que éstas puedan tener. No podría ser de otro modo si lo que se busca es un cierto éxito del marco propuesto.

Dicho de otro modo para la Directiva Marco es indiferente la calificación que los derechos nacionales realicen acerca de la propiedad del agua pues todos están sometidos a la misma obligación de conseguir los objetivos medioambientales de las aguas subterráneas (sean públicas o privadas) para el año 2015, y que establece el artículo 4 de la propia Directiva, según el cual,



“Artículo 4. Objetivos medioambientales

1. Al poner en práctica los programas de medidas especificados en los planes hidrológicos de cuenca:

b) para las aguas subterráneas

i) los Estados miembros habrán de aplicar las medidas necesarias para evitar o limitar la entrada de contaminantes en las aguas subterráneas y **evitar el deterioro del estado de todas las masas de agua subterránea, (...)**

ii) los Estados miembros habrán de proteger, mejorar y **regenerar todas las masas de agua subterránea y garantizarán un equilibrio entre la extracción y la alimentación de dichas aguas con objeto de alcanzar un buen estado de las aguas subterráneas a más tardar quince años después de la entrada en vigor de la presente Directiva, (...)**

iii) los Estados miembros habrán de aplicar las medidas necesarias para invertir toda tendencia significativa y sostenida al aumento de la concentración de cualquier contaminante debida a las repercusiones de la actividad humana con el fin de reducir progresivamente la contaminación de las aguas subterráneas. (...)”

Otro tanto se puede decir en cuanto a las determinaciones que se refieren a la **Planificación Hidrológica** y que recoge el artículo 13.1 de la Directiva según el cual,

“Artículo 13. Planes hidrológicos de cuenca

1. Los Estados miembros velarán por que se elabore un plan hidrológico de cuenca para cada demarcación hidrográfica situada totalmente en su territorio.”

Y puesto que la definición de “demarcación hidrográfica” establecida por el artículo 2, 15) de la Directiva contiene la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, ha de concluirse forzosamente que la garantía del éxito de la planificación exige que todas las aguas de origen subterráneo ya sean públicas o privadas se vean de igual modo afectadas por las determinaciones que contengan los Planes Hidrológicos que se vayan elaborando y aprobando por los Estados miembros de la Unión Europea.

Esto último viene a zanjar la polémica doctrinal en torno a la exención de las aguas privadas en relación con la planificación hidrológica a la vez que ampliaría el contenido del vigente artículo 1.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas según el cual

“Artículo 1. Objeto de la Ley

4. Corresponde al Estado, en todo caso, y en los términos que se establecen en esta Ley, la planificación hidrológica a la que deberá someterse toda actuación sobre el dominio público hidráulico.”

Resumiendo la Directiva Marco de Aguas configura las mismas obligaciones independientemente de cual sea la naturaleza jurídica, pública o privada, de las aguas



subterráneas: ambas están sometidas a las determinaciones que contengan los Planes Hidrológicos de las Demarcaciones Hidrográficas; ambas están sometidas a las mismas posibilidades interventoras de los Poderes Públicos; ambas están sometidas al mismo régimen de gestión global con la inclusión de las subterráneas en las demarcaciones hidrográficas.

El mismo silencio acerca del carácter público o privado de las aguas subterráneas presente en la Directiva Marco, lo encontramos en las Directivas relativas a las Aguas Subterráneas. Ni en la Directiva 1980/68/CEE, de 17 de diciembre sobre protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas, ni tampoco en la Directiva 2006/118/CE, de 12 de diciembre de protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro encontramos alusión alguna a esta cuestión. En este caso y dada la especificidad del objeto de ambas normas es más entendible el silencio aludido.

En consonancia con todo lo anterior cabría preguntarse por el sentido de la persistencia de la dicotomía aguas públicas-privadas desde la perspectiva ambiental de tan importante norma comunitaria que vincula a los ordenamientos jurídicos internos. También podría plantearse si esta Directiva y su transposición y aplicación por los Estados no está anunciando, una relajación decisiva en la distinción cada día menos nítida entre las aguas públicas y las privadas.

En lo que respecta a nuestro derecho los límites entre aguas públicas y privadas se encuentran bastante desdibujados sobre todo allí donde las aguas subterráneas privadas se encuentran en situación de mezcla inescindible con aguas subterráneas de naturaleza pública, y más en los casos de coexistencia de propietarios y concesionarios en masas de agua subterráneas que se encuentren, utilizando la terminología de la Directiva Marco, en riesgo de no cumplir los correspondientes objetivos ambientales. En este caso, entiendo que la propia realidad práctica del Derecho irá acabando con el debate por falta de contenido.

En conclusión si bien es cierto que la discusión en el plano doctrinal entre administrativistas y privatistas continuará existiendo también lo es que la presión acuciante de los problemas ambientales terminará restando protagonismo a dicha dialéctica en favor de medidas de intervención que irán homogeneizando en la práctica la naturaleza jurídica de las aguas subterráneas siguiendo la tendencia hacia la demanialización de las mismas impuesta por la Directiva Marco de Aguas.