

# LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS CON LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA: TENDENCIA HACIA LA DEMANIALIZACIÓN

**Rosa Huertas González**  
*Administradora Civil del Estado*  
*Comisaria Adjunta de la*  
*Confederación Hidrográfica del Duero*

## 1. Introducción: brevísima referencia a las aguas subterráneas en el derecho europeo

La preocupación por las aguas subterráneas tiene ya en el derecho comunitario europeo una larga trayectoria. La primera pieza legislativa en este sentido fue una Directiva de 1980, si bien de alcance muy limitado pues se centraba en el control de las emisiones de sustancias de origen industrial y urbano.

Posteriormente, en 1996 la Comisión adoptó una comunicación sobre un programa de acción en materia de aguas subterráneas. Pero es en el año 2000, con la Directiva Marco del Agua cuando las aguas subterráneas pasan a formar parte en el derecho comunitario europeo de un sistema integrado de gestión hídrica. La Directiva Marco del Agua incluye las masas de agua subterráneas en los planes hidrológicos de cuenca y fija referencias claras para las masas de agua subterránea en cuanto a delimitación, análisis económico, caracterización (análisis de presiones e impactos) seguimiento y diseño de programas de medidas, todo ello para garantizar que a finales de 2015 se alcance el buen estado que nos permita disponer de agua en suficiente cantidad y calidad.

Posteriormente esta directiva se complementó con la adopción en diciembre de 2006 de una Directiva de desarrollo que fija especificaciones técnicas adicionales (Directiva 2006/118/CE de protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro). Existen también otras Directivas directamente vinculadas con estas otras que acabamos de mencionar: las directivas sobre nitratos, sobre tratamiento de aguas residuales urbanas, fitosanitarios, biocidas, prevención y control integrado de la contaminación, etc.

La nota característica de las Directivas comunitarias es que se trata de unas normas que fijan una serie de objetivos que los Estados deben alcanzar utilizando los medios y mecanismos que consideren más convenientes. Como directiva “marco” establece principios comunes y un marco global de acción para la protección de las aguas. Estos deben ser desarrollados por los Estados, a los que exige:

- que definan y caractericen, desde un enfoque sistémico, las masas de agua subterránea en las demarcaciones hidrográficas y que informen sobre ellas a la Unión Europea.
- que establezcan registros de aguas protegidas en cada demarcación hidrográfica.
- que establezcan redes de seguimiento
- que elaboren un plan hidrológico para cada demarcación que incluya, entre otras cuestiones, un resumen de los programas de protección y control así como los programas de medidas para el logro de los objetivos medioambientales.

El objetivo, en definitiva, es la protección mediante la mejora, conservación y no deterioro adicional de las aguas, con independencia del régimen o naturaleza jurídica que tengan éstas.

## 2. La demanialización como técnica de protección

Pero ¿contiene la Directiva Marco del Agua alguna previsión acerca de la naturaleza jurídica de las aguas? La respuesta debe ser negativa, es decir, la Directiva Marco del Agua no prejuzga cuál sea o deba ser la naturaleza jurídica de las aguas.

No obstante, resulta relevante el propio inicio de la Directiva Marco del Agua que dice literalmente lo siguiente:

*“considerando lo siguiente:*

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

Sin ser excesivamente tajante, la Directiva Marco del Agua parece rechazar el carácter comercial de las aguas y esta nota de *res extra commercium* es una de las notas típicas de los bienes demaniales.

Lo que si está claro es la decidida voluntad de lograr la protección de todas las aguas, lo que resulta ya claro en este mismo considerando 1). Lo que hace la DMA es proyectar su régimen protector sobre los distintos tipos de masas de agua sin cuestionarse su titularidad, lo que deja al albur del derecho interno de cada Estado.

¿Cómo juega entonces la demanialización respecto de este objetivo?

Es reiterada la doctrina y la jurisprudencia que entiende que la inclusión de ciertos bienes en el dominio público debe ser entendida como una técnica de protección de los mismos, opinión de la que es partícipe nuestro constituyente, tal y como se deduce del art. 132.2 de la Constitución.

La STC 227/1988, que resuelve varios recursos de inconstitucionalidad contra la Ley de Aguas de 1985, afirma que la afectación de los bienes al demanio es una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico privado. El bien de dominio público es así ante todo una *res extra commercium* y su afectación puede perseguir diversos fines como el de garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso esencial.

La creación de un dominio público natural es por tanto una de las más efectivas técnicas de protección de ciertos tipos de bienes y entornos, y por eso nuestra legislación no ha dudado en emplear este sistema para proteger ciertos recursos naturales. Es el caso de las aguas: las superficiales ya fueron consideradas demaniales en las leyes de 1866 y 1879 y la Ley de Aguas de 1985 pretende concluir este proceso con la demanialización casi completa de las aguas continentales, al añadir las subterráneas.

Precisamente su Exposición de Motivos reconoce el conjunto de las aguas como un recurso unitario que se renueva a través del ciclo hidrológico, por ello aguas superficiales y subterráneas presentan una identidad de naturaleza y función y en su conjunto deben estar subordinadas al interés general y puestas al servicio de la nación, lo que exige el reconocimiento para este recurso unitario de una sola calificación jurídica como bien de dominio público estatal a fin de garantizar en todo caso su tratamiento unitario.

No obstante, algunos supuestos de aguas subterráneas quedaron transitoriamente fuera de la demanialización, respetando los derechos de los títulos de aguas privadas adquiridos al amparo de la ley anterior aunque exclusivamente en los términos en que se utilizaban en el momento de la entrada en vigor de la Ley 29/1985.

En cualquier caso, la tendencia se consolida con la declaración de demanialidad de las masas de agua generadas con nuevas técnicas, como las aguas desaladas o las regeneradas, y ello sin necesidad de que se incorporen, tras su producción y antes de su uso, al dominio público hidráulico.

### 3. Hacia la demanialización: líneas de actuación

Si el derecho español ha optado por la demanialización como técnica de protección, aunque admitiendo la subsistencia transitoria de algunas excepciones, la protección integral que demanda la Directiva Marco del Agua debe hacerse a través de varias vías:

1. Una primera consiste en garantizar que algunas normas de especial relevancia para la protección se apliquen a todas las aguas, sean públicas o privadas. Como ejemplo, cabe citar numerosas disposiciones en que el régimen aguas públicas/ aguas privadas se diluye, aplicándose a todos por igual. Son especialmente relevantes:
  - el art. 1.2 de la Ley de Aguas, que establece que *“es también objeto de esta ley el establecimiento de las normas básicas de protección de las aguas continentales, costeras y de transición, sin perjuicio de su calificación jurídica y de la legislación específica que les sea de aplicación”*.
  - las normas sobre explotación de acuíferos y demás situaciones excepcionales, que se aplican a los derechos sobre aguas privadas derivados de la legislación anterior, como así lo reconocen expresamente las correspondientes disposiciones transitorias *“En todo caso, a los aprovechamientos de aguas a que se refiere esta disposición transitoria les serán aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a limitaciones del uso del dominio público hidráulico.”*
  - las normas sobre la planificación hidrológica, pues sus objetivos alcanzan a todas las aguas continentales porque sólo así puede lograrse el objetivo de buen estado de las aguas y prevenir su deterioro adicional.
  - las disposiciones relativas al control de los volúmenes de agua utilizados: así el art. 55.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA) establece que *“la Administración hidráulica determinará, con carácter general, los sistemas de control efectivo de los caudales de agua utilizados y de los vertidos al dominio público hidráulico que deban establecerse para garantizar el respeto a los derechos existentes, medir el volumen de agua realmente consumido o utilizado, permitir la correcta planificación y administración de los recursos y asegurar la calidad de las aguas. A tal efecto, los titulares de las concesiones administrativas de aguas y todos aquellos que por cualquier título tengan derecho a su uso privativo, estarán obligados a instalar y mantener los*

*correspondientes sistemas de medición que garanticen información precisa sobre los caudales de agua en efecto consumidos o utilizados y, en su caso, retornados.*

En el mismo sentido se recoge en la Orden ARM1312/2009, de 20 de mayo, popularmente conocida como “Orden de contadores”, pues su artículo 2 dice que se aplica a todas las captaciones. Expresamente aprueba además los modelos de libro registro para los aprovechamientos inscritos en la Sección C del Registro de Aguas (aprovechamientos temporales de aguas privadas) y en el Catálogo de Aguas Privadas.

- otras muchas disposiciones de la legislación de aguas, como la caducidad de los derechos por la interrupción de la explotación durante más de tres años consecutivos (art.66.2 TRLA), la posibilidad de celebrar contratos de cesión de derechos, que alcanza a los derechos temporales sobre aguas privadas aunque no a los del Catálogo de Aguas Privadas, etc.

2. Una segunda línea de actuación aconseja una interpretación restrictiva de aquellos supuestos de aguas subterráneas aún excluidos del demanio público:

En este sentido resulta esencial establecer el alcance de las previsiones contenidas en las disposiciones transitorias respecto de los aprovechamientos que regulan las disposiciones transitorias, según las cuales *“el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento requerirán de la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley”*.

En esta línea de trabajo, desde la Confederación Hidrográfica del Duero se han solicitado diversos informes a la Abogacía del Estado, con el fin de disponer de una interpretación de este precepto avalada por estos profesionales de reconocida cualificación jurídica que además son los que van a defender la postura del Organismo ante una eventual conflictividad en esta cuestión. Así, disponemos actualmente de varios informes que han ido marcando nuestra actuación en esta materia en los últimos años.

El primero de ellos es un informe de la Abogacía del Estado en Valladolid de junio de 2003 sobre si la realización de pozos o sondeos de sustitución o la profundización para captar aguas de acuíferos más profundos por agotamiento de los superiores resulta ser un supuesto de modificación de condiciones o régimen de aprovechamiento que requiera concesión, informe que concluye

diciendo que *“la razón de ser del inmovilismo absoluto del derecho reconocido en la citada disposición transitoria tercera, establecido por el aludido párrafo tercero, encuentra su razón de ser en el carácter de norma de Derecho transitorio que tiene el precepto, pues ello implica que es un derecho ajeno a la normativa vigente, si bien es amparado en tanto nació bajo la vigencia de una norma previa, y por ello sólo se respeta con el alcance con el que quedó establecido por la norma derogada, si permitirse su desenvolvimiento conforme a la legislación actual, para lo cual se exige su plena adaptación a ella, mediante la oportuna concesión. Ello implica que la sustitución de las obras en que se basa el aprovechamiento y la profundización para captar aguas de otros acuíferos, no puede tener lugar en relación con los derechos sobre aguas privadas reconocidos por la citada disposición transitoria tercera, como tales (es decir, sin previo otorgamiento de concesión que sometería tales aprovechamientos al régimen general) pues tanto las obras como los acuíferos afectados son características esenciales del aprovechamiento (art. 144 RDPH), cuya modificación supone, por tanto, incurrir en la “modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento” a que se refiere el aludido párrafo 3º de la disposición transitoria tercera”*.

Este informe invoca ya uno de los preceptos que ha de servir de guía interpretativa en esta cuestión y al que se hace referencia en otro informe, este de la Abogacía General, sobre el alcance de las ya reiteradas disposiciones transitorias. Este informe, de junio de 2005, se pronuncia también, entre otras cuestiones, sobre el alcance de las modificaciones que exigen el paso a concesión, concluyendo que *“en efecto, el propósito de las disposiciones transitorias es “congelar” el régimen de uso, de tal manera que cualquier cambio en el mismo solicitado por sus titulares lleva a la sustitución de dicho régimen transitorio por la plena aplicación del nuevo régimen legal. Es decir, el legislador ha respetado los derechos adquiridos sobre aguas privadas en una Ley que las configura para lo sucesivo como demaniales, de tal manera que a partir de 1985 no puede haber nuevas adquisiciones privadas de aguas, respeto a los derechos adquiridos que tiene su origen, como explica la sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, en la aplicación de las previsiones del artículo 33 de la Constitución que prohíbe la expropiación de derechos sin compensación. Ahora bien, la Ley respeta estos derechos, en los términos en que correspondían a sus titulares, de modo que si se pretende su modificación, es necesario transformar su naturaleza: de ser derechos de aprovechamiento o simple*

*titularidad sobre aguas privadas se convierten en concesiones demaniales, es decir, en la utilización privativa del uso de un agua que se transforma en demanial, propósito éste que cabe suponer, como se acaba de apuntar, fue el pretendido por la Ley de 1985 y por el actual TRLA.”*

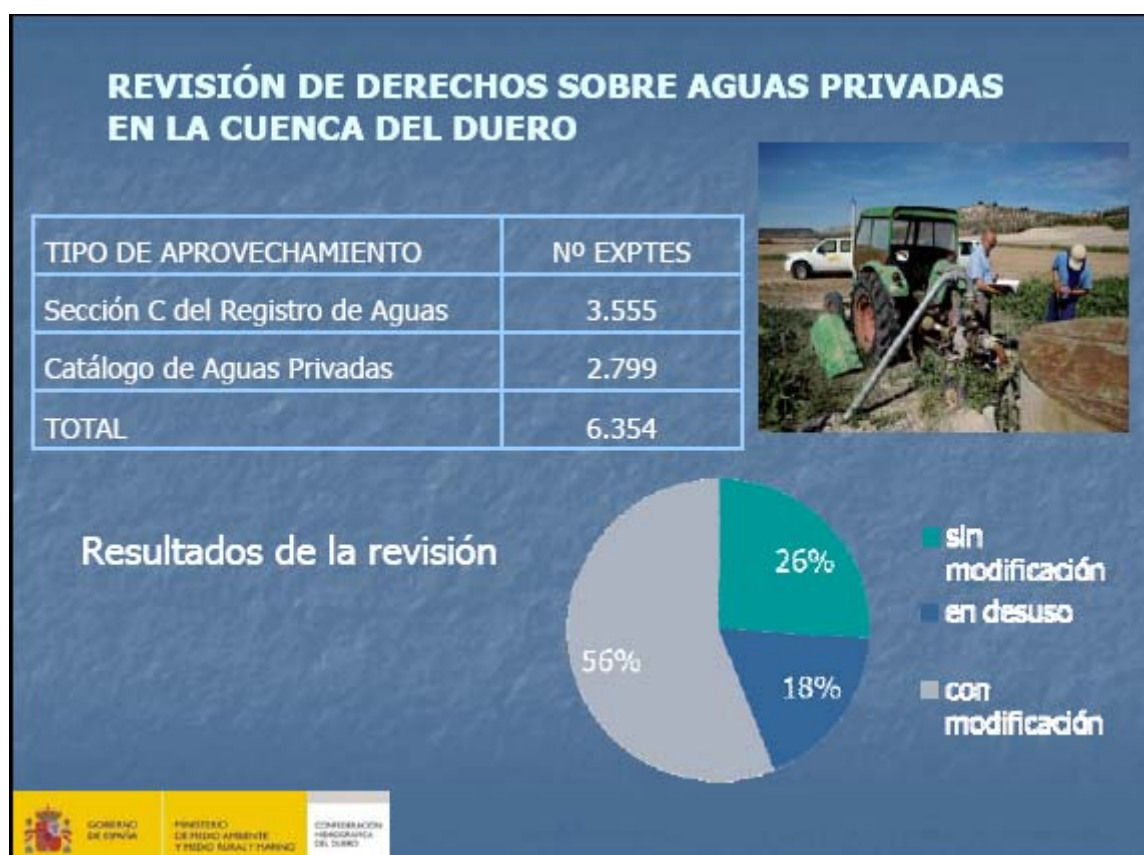
Finalmente, cabe citar un más reciente informe de julio de 2010 que, en lo que respecta a los cambios de titularidad, se remite a lo ya indicado en el mencionado informe de 2005.

Así pues, si estos derechos sobre aguas privadas quedaron “congelados” en su protección como derechos privados en la forma en la que se ejercían en el momento de entrada en vigor de la ley 29/1985, desde la Confederación Hidrográfica del Duero hemos querido iniciar un proceso de revisión que, similar a aquel que prevé la D.T. 6ª TRLA respecto de los derechos de aguas superficiales inscritos en el libro de Registro de Aprovechamiento de Aguas Públicas, evalúe el grado de ajuste entre el derecho reconocido en su momento y ejercido, en su caso, en la actualidad.

El objetivo no es otro que detectar supuestos en los que haya habido este cambio en las condiciones o régimen de aprovechamiento que permita a la Administración, en estricta aplicación de lo dispuesto en la Ley, exigir el paso de estos aprovechamientos de aguas privadas a públicas.

Estos trabajos comenzaron a mediados de 2008 y dado el volumen tan importante de inscripciones y las limitaciones de recursos humanos y económicos, se han ceñido en su ámbito de actuación a las 2 unidades hidrogeológicas de la cuenca del Duero sometidas a normas de explotación restrictivas por la amenaza de sobreexplotación que sobre ellas pesa (unidades 02.13 Páramo de Cuellar y 02.17 Los Arenales, siguiendo la clasificación del Plan Hidrológico aún vigente) así como a determinados términos municipales en otras zonas también detectadas como conflictivas con los trabajos para la elaboración del nuevo Plan). A través de los correspondientes trabajos de campo y gabinete se han revisado un total de 6354 aprovechamientos, concluyéndose que un 18% de los aprovechamientos está en desuso, un 26% continúa utilizándose con las mismas características y condiciones, mientras que en el 56% restante, resulta preciso tramitar la correspondiente concesión que ampare la totalidad del aprovechamiento. De este 56%, la cuarta parte se limita a cambios de titularidad pero el resto son modificaciones de otras características, mayoritariamente incrementos de la superficie regada.

La finalización de estos trabajos es reciente, por lo que aún está por decidir la forma concreta de actuar a la vista de estas conclusiones, pero obviamente la voluntad de la CHD no es sancionar, sino que los trabajos de revisión se han realizado con el ánimo de disponer de una información veraz del agua que se usa, dónde, por quién y para qué, pues sólo la mejor información facilita la mejor decisión, tanto en la planificación como en la gestión. Por ello, nuestra intención es iniciar expediente de extinción de los aprovechamientos en desuso y requerir a los titulares de los aprovechamientos modificados la solicitud de la correspondiente concesión, tras cuya tramitación pueda inscribirse su derecho al aprovechamiento en la forma realmente ejercida.



Por otro lado, también se ha realizado una revisión de los aprovechamientos destinados al abastecimiento urbano en los núcleos de población de más de 2000 habitantes. También aquí se detectaron numerosos aprovechamientos de aguas privadas en desuso o que habían variado sus características o régimen de explotación. En este caso, la tramitación de los expedientes de extinción y nueva concesión están ya prácticamente concluida. Algunos de los aprovechamientos en desuso se han mantenido, a petición de los Ayuntamiento

afectados, como toma de emergencia, si bien incorporados como otra captación más del nuevo título concesional otorgado.

3. Una tercera línea de actuación se produce a través de la promulgación de nuevas normas que faciliten el paso de los derechos de aguas privadas a públicas o den mayor fundamento jurídico a las interpretaciones realizadas en los últimos años por la Abogacía del Estado y a las que ya se ha hecho referencia.

Se están dando ya pasos en esta dirección, en concreto a través de la tramitación de un borrador de real decreto que modifique el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, en el que se proponen introducir, entre otros, los siguientes artículos:

*Artículo 192.bis. Traslado de asientos de la Sección C a la Sección A del Registro de Aguas. A solicitud de los titulares y siempre que no se incrementen los caudales totales utilizados ni se modifiquen las condiciones o régimen de aprovechamiento, el Organismo de cuenca, previa revisión de los aprovechamientos y con la limitación del plazo concesional previsto en el apartado 1 de las disposiciones transitorias segunda y tercera del texto refundido de la Ley de Aguas, efectuará el traslado de los asientos de la Sección C a la Sección A del Registro de Aguas.*

*Artículo 195.bis. Modificación de condiciones de aprovechamientos. A los efectos de aplicación del apartado tercero de las disposiciones transitoria segunda y tercera del texto refundido de la Ley de Aguas y del artículo 192.bis, se considerará modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, entre otras, las actuaciones que supongan la variación de la profundidad y del diámetro del pozo, así como cualquier cambio en el uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamientos de regadío.*

*Artículo 196.4. Habiendo ya transcurrido todos los plazos establecidos al efecto, no se efectuará ninguna nueva inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas, ni se efectuará modificación alguna en las inscripciones existentes, si no es en virtud de resolución judicial firme, salvo, en su caso, la anotación de cancelación.*

Obviamente, en la línea de promulgación de nuevas normas quedan otras muchas cosas por hacer. Sería bueno, por ejemplo, disponer de un estatuto

jurídico completo que regulara la cuestión de las recargas; al margen de las cuestiones técnicas, desde un punto de vista estrictamente jurídico son muchos los títulos que entran en juego: el que permite la derivación de aguas superficiales para recargar, el que permite su inyección o aplicación en el acuífero, el que permite el uso de las aguas recargadas y finalmente el relativo a los retornos que pudieran generarse. Y eso sin mencionar otros problemas como la organización de sus usuarios y el régimen económico financiero. En la cuenca del Duero tenemos también varios ejemplos de recargas y la práctica nos ha revelado lo complejos que son estos supuestos de gestión conjunta de aguas superficiales y subterráneas, complicado además precisamente por la pervivencia de títulos individuales, muchos de ellos de aguas privadas, cuando en la práctica no se sirven en puridad de aguas subterráneas, sino de aguas superficiales –y por tanto públicas- que, a través de la recarga, son almacenadas en el acuífero que actúa a modo de balsa subterránea.

Otra cuestión necesitada de regulación es la relativa a la extinción de los derechos de aprovechamiento que derivan de un título distinto al concesional. Si bien nuestra legislación de aguas admite, como se ha indicado anteriormente, su caducidad, no regula un procedimiento para tramitar el correspondiente expediente. En la práctica, y así lo venimos haciendo en la Confederación Hidrográfica del Duero, se acude al procedimiento de extinción de concesión, muy complejo, lo cual no resulta cuestionable pues complejo es también el procedimiento de otorgamiento. Sin embargo, no existe esa correspondencia con otras formas de acceso al derecho, mucho más sencillas, como son los aprovechamientos inscritos en las secciones B y C del Registro de Aguas. La racionalidad parece exigir un procedimiento simplificado de extinción, al menos para los supuestos de caducidad por desuso o renuncia.

#### 4. La Directiva Marco del Agua como revulsivo para una nueva gestión de las aguas subterráneas

No quiero dejar de hacer referencia a algunas otras cuestiones que ponen de manifiesto la importancia que la Directiva Marco del Agua puede tener en un nuevo enfoque en la gestión de las aguas subterráneas a través de algunas aportaciones concretas:

1. Los programas de medidas que deben incorporar los nuevos planes de cuenca, algunos de ellos de indudable interés para garantizar la protección de las

aguas subterráneas e incidir en algunos puntos ya tratados. Basta citar como ejemplo algunas de las posibles medidas que relaciona la Instrucción de Planificación Hidrológica, en su anexo VI:

27. Revisión de concesiones
  28. Control de volúmenes extraídos de masas de agua
  29. Actualización del Registro de Aguas y regularización de concesiones
  30. Incremento del personal de guardería para control de extracciones
  31. Constitución de Comunidades de usuarios de aguas subterráneas o uso conjunto
  42. Aportación de recursos externos a masas de agua subterránea en riesgo
  43. Establecimiento de normas para las extracciones y el otorgamiento de concesiones en masas de agua subterránea
  44. Sustitución de captaciones individuales por comunitarias en masas de agua subterránea en riesgo
  46. Ampliación y difusión de códigos de buenas prácticas en la agricultura
  47. Elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas en la ganadería
  48. Introducción de la condicionalidad para acceder a ayudas públicas en explotaciones agrarias
  72. Definición de los perímetros de protección
2. Directamente relacionado con la medida 31 quiero resaltar la importancia que la Directiva Marco del Agua otorga a la participación activa de todas las partes implicadas en la aplicación de la Directiva. Esta participación debe ir más allá de los procesos de elaboración, revisión de los planes y se debe concretar por ejemplo en una participación más activa de los usuarios a través de instrumentos de gestión colectiva de las aguas subterráneas. Así desde la Confederación Hidrográfica del Duero hemos intentado también fomentar las comunidades de usuarios de aguas subterráneas de diversas maneras, fundamentalmente a través de diversas acciones divulgativas y elaborando un modelo de convenio para comunidades de pocos usuarios, acudiendo a esta forma simplificada de constitución que contempla el artículo 203 del RDPH.
  3. Por otra parte, los nuevos planes hidrológicos en tramitación, elaborados bajo las prescripciones de la Directiva Marco del Agua, contienen ya una

información valiosísima sobre el estado en que se encuentran nuestras masas de agua. Por ello, dentro de la obligación que como gestores públicos tenemos de utilizar la mejor información disponible para la toma de decisiones, desde la Confederación Hidrográfica del Duero venimos ya utilizando esta información en la emisión del preceptivo informe que la Oficina de Planificación Hidrológica debe emitir en todo expediente concesional. Obviamente, no podrá ser utilizado con el alcance de un informe de incompatibilidad, que obliga necesariamente, en aplicación del art.108 del RDPH, a la inmediata denegación de la concesión, puesto que esta sólo puede determinarse respecto al plan aún vigente, pero sí respecto de las masas de agua en mal estado, como un informe desfavorable que deba ser valorado por el instructor a la hora de emitir la resolución.

Para terminar, quiero apuntar un problema aún pendiente de resolver, como es la falta de ajuste entre la terminología que utiliza el RDPH (derivada de la Ley de Aguas de 1985) y el nuevo Reglamento de Planificación Hidrológica (RPH) y, en consecuencia, los planes hidrológicos actualmente en elaboración: el primero habla de acuíferos y unidades hidrogeológicas, de sobreexplotación y amenaza de sobreexplotación; los segundos, siguiendo la estela de la Directiva Marco del Agua, utilizan los conceptos de masa de agua subterránea, mal estado, masas en riesgo de no alcanzar el buen estado...En cualquier caso, el término "masa" no es en absoluto nuevo en nuestro derecho, pues ya la Ley de Pesca Fluvial de 1942 utiliza profusamente en su articulado la expresión "masas de agua".

##### 5. Conclusión

Como conclusión, hemos de asumir que la protección integral de las masas de agua que propugna la Directiva Marco del Agua debe ser el faro que guíe nuestra actuación en su planificación, gestión y administración, sin que su previa demanialización sea necesaria, si bien se reconoce su importancia como técnica cualificada de protección que justifica la interpretación restrictiva y la reducción progresiva, dentro de la legalidad vigente, de los derechos de aprovechamiento aún excluidos del régimen demanial.

Valladolid, noviembre 2011