

LAS BALSAS DESDE LA DOBLE PERSPECTIVA DEL CÓDIGO CIVIL Y LEGISLACIÓN MEDIOAMBIENTAL

D. Antonio Pérez Marín - PEREZ MARIN ABOGADOS

I

PLANTEAMIENTO

En el año 2013 D. Andrés del Campo García por FENACORE, y prácticamente desde la constitución de la Asociación Técnica Española de Balsas y Pequeñas Presas ATEBA, han coincidido en destacar que la construcción y explotación de las Balsas exigen una normativa diferente de las de las Presas, coincidiendo en denunciar que hoy por hoy se carece de esta normativa. Es más, al ubicarse las Balsas normalmente fuera del Dominio Público Hidráulico, nunca ha existido una normativa clara y explícita aplicándose “*mejor o peor*” la desarrollada para las presas, propiciado esta ausencia la confusión existente en cuánto a competencias, lo que ha supuesto una excesiva relajación en el cumplimiento de normas, dispersas y parciales, ninguna de rango legal. Por eso quizás no esté de más presentar a la consideración, en un Foro como el Congreso Nacional de Comunidades de Regantes esta reflexión, que pretende aportar una visión jurídica, para dar respuesta a preguntas que preocupan seriamente a los usuarios de Balsas en España. Acotamos nuestro trabajo para intentar aclarar, qué Administración de las competentes tiene atribuida la competencia para autorizar su construcción y explotación.

II

REGIMEN JURIDICO DE LAS BALSAS

La posición de las Administraciones hídricas estatal y autonómicas ni es uniforme, ni fundada. A título de ejemplo la Comisaría de Aguas del Guadalquivir, en el año 2009 y en su pág. Web entiende que las balsas de aprovechamiento de Catálogo de Aguas Privadas que estén construidas en terrenos privados, deberían tener su cobertura legal en licencias municipales.

En definitiva, ni la O.M. de 31 de Marzo de 1967, ni las directrices y reglamentos técnicos sobre seguridad y protección civil, ni siquiera el Reglamento de Dominio

Público Hidráulico, dan respuestas y criterios sustanciales y competenciales básicos relativos a las balsas, que dado su número -80.000 a 100.000 para el año 2009 según ATEBA- suponen un verdadero problema real para sus usuarios y para las Administraciones con competencia en la materia. Por ello nos resulta conveniente estudiar el concepto de Balsa, las clases de balsas, Analogía entre Presas y Balsas y el concepto de obra hidráulica.

II.1. Concepto de Balsa

El art. 357 C) del Reglamento de Dominio Público Hidráulico define la Balsa como *“Obra hidráulica consistente en una estructura artificial destinada al almacenamiento de agua situada fuera de un cauce y delimitada total o parcialmente, por un dique de retención”*. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Balsa es *“hueco del terreno que se llena de agua natural o artificialmente”*.

II.2. Clases de Balsas

Al no haber una regulación específica para las Balsas y aplicarse por analogía el de las Presas y Embalses, ésta puede ser resumidamente una clasificación básica o primaria: 1) En función del riesgo potencial –art. 358 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico en A, B y C-. 2) En función de su uso, para riego, abastecimiento menores, industriales, ganaderos, ocio, etc. 3) En función de su titular pueden ser públicas o privadas.

II.3. Analogías y diferencias con las Presas

A partir del Real Decreto 9/2008, de 11 de enero (BOE 16/01/2008) contamos por primera vez con una definición **“legal”** de Balsa. El Título VII del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, desarrolla esta materia –arts. 356 a 368-, precisando en su art. 356 el ámbito de aplicación, siempre desde la perspectiva de la seguridad, que por lo que a las Balsas se refiere, se exige a) que por sus dimensiones estén clasificadas como grandes presas; b) O bien, en función de su riesgo potencial sean clasificadas en las categorías A o B del art. 358.

Estas pueden ser resumidamente sus diferencias: Las Presas y las Balsas presentan en su explotación y seguridad características diferenciales muy importantes, destacando por lo que a las balsas se refiere que: 1) Se construyen en el punto en el que se necesitan; 2) Son generalmente elementos de almacenamiento y regulación de aguas, no sobre cursos de aguas; 3) No interceptan un curso de agua, lo cual significa

que no existe cuenca aportante y por tanto no tienen avenidas. Las Balsas tienen, normalmente dimensiones modestas y no han dispuesto nunca de un marco normativo concreto; 4) Es necesario que se especifiquen y definan correctamente los conceptos que implican que una balsa se clasifique como A, B o C –art. 358 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico-.

II.4. Concepto de obras hidráulicas

La obra hidráulica está regulada en los arts. 122 a 131 del Texto Refundido 1/2001 de aguas. El art. 122 la define a los efectos de esta Ley como una construcción de bienes que tengan naturaleza inmueble destinada entre otros fines al almacenamiento, regulación y aprovechamiento de aguas. Pueden ser públicas –art. 123.2 de las Administración estatal, autonómica y local-. Las privadas no se regulan en el Texto Refundido, pero sí se hace mención en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico –art. 15 bis d) al definir la capacidad útil de una Balsa y al tratar la materia de la seguridad de Presas, Embalses y Balsas (arts. 356 a 357).

III

APLICABILIDAD DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LA LEGISLACION MEDIOAMBIENTAL

III.1. Del Código Civil

Las Balsas son un depósito que el hombre construye para mejorar la explotación del sistema hídrico disponible para el uso autorizado. Las Balsas normalmente suelen ser privadas y más pequeñas que las Presas que son públicas. Al ubicarse la mayoría en fondos privados propicia la pregunta: ¿Cuál es la norma o normas a aplicar a las Balsas que dé respuesta clara y precisa a qué Administración le corresponde la competencia para autorizar su construcción y explotación? Partimos antes de despejar esta pregunta, a estudiar las disposiciones derogatorias de la Ley 29/1985 y del Texto Refundido 1/2001 de Aguas.

La disposición derogatoria de la Ley 29/1985 deroga íntegramente y de forma expresa a) La Ley de Aguas de 1879; b) Los arts. 407 a 425 del Código Civil, en cuanto se opongan a lo establecido en la presente Ley; c) Por la cláusula de estilo la derogación genérica de las disposiciones que se le opongan. La cláusula derogatoria única del Texto Refundido deroga totalmente la Ley 29/1985, y genéricamente todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan al Texto Refundido. Para

interpretar el verdadero alcance de las disposiciones derogatorias hay que partir del art. 2.2 del Código Civil “*in fine*” al ordenar: “*Por la simple derogación de una Ley no recobran vigencia las que ésta hubiese derogado*”.

La expresión utilizada por la Disposición derogatoria nº 2 de la Ley 29/1985 ha contribuido a sembrar confusión y polémica en una materia tan sensible por afectar a la seguridad jurídica. La mejor doctrina –SEBASTIAN MARTIN-RETORTILLO- y otros reputados comentaristas han sido muy críticos, por su imprecisión, por la falta de certeza, porque al derogar totalmente la Ley de 1879 y dejar en parte vigente el Código Civil, se le plantea al intérprete qué artículos se declaren derogados. Habrá que ir artículo por artículo, párrafo por párrafo, punto por punto, para determinar cuáles de los arts. 407 a 425 del Código Civil se oponen en todo o en parte a la Ley y, consecuentemente, quedan derogados.

LUIS MARIA DIEZ-PICAZO en su monografía “*La Derogación de las Leyes*”, afronta el valor jurídico de las disposiciones derogatorias indeterminadas, la irreversibilidad del efecto derogatorio y la cuestión de la reviviscencia de las leyes derogadas.

Las disposiciones derogatorias indeterminadas son queridas y empleadas por el legislador, pero debemos de reconocer que son un magnífico ejemplo de mala técnica legislativa. Para resolver las antinomias entre Leyes y demás disposiciones hay que constatar que no existe ninguna norma con carácter general que atribuya efecto derogatorio a la incompatibilidad normativa. Por lo que se refiere a la irreversibilidad del efecto derogatorio y la cuestión de la reviviscencia de las leyes derogadas, estamos sin duda enfrentándonos con una de las más delicadas cuestiones que se pueden suscitar en materia de derogación, no siendo una comunicación el marco adecuado para profundizar, pero sí decir que se trata de esclarecer si las leyes derogadas pueden “**resucitar**”, readquirir vigencia o no ¿Ha “**resucitado**” la Ley de 1879 al haberse derogado por la Ley 29/1985 que el Texto Refundido a su vez deroga la 29/1985?.

En todo caso, hay que destacar con MOREU BALLONGA, que no fue afortunada la derogación total de la Ley de 1879 y la escisión que supuso romper el bloque Código Civil-Ley de Aguas de 1879. En este sentido las sentencias de la Sala Primera del TS de 27 de Octubre de 1988 (RA nº 7745) y la de 30 de Enero de 1990 (RA 106) son un claro ejemplo. Doctrina civilista muy autorizada ha resaltado como en ciertos casos límites la aplicabilidad de los antiguos cuerpos legales del Derecho Castellano (Las

Partidas), pese a que fueron claramente derogadas por el artículo 1976 del Código Civil, siguen resultando útiles.

III.2. De la legislación medioambiental

El sector medioambiental es autónomo y transversal, o lo que es lo mismo, las Administraciones no solo tienen que velar por la calidad de las aguas sino también respetar otras determinaciones medioambientales en la construcción y explotación de las obras hidráulicas y, obviamente, también las Balsas. La conocida Directiva Marco, dibujó los objetivos medioambientales en su artículo 4, declarando también que el éxito de la Directiva depende de una colaboración estrecha y una actuación coherente de la Comunidad, los Estados Miembros y las Autoridades Locales. En epígrafe posterior lo estudiaremos desde la perspectiva competencial.

IV

AUTORIZACIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE BALSAS DESDE LA PERSPECTIVA COMPETENCIAL

Previamente recordamos que la Comisaría de Aguas del Guadalquivir en el año 2009 se manifestó públicamente en el sentido de que debiera decidir sobre las Balsas que, por almacenar aguas privadas subterráneas son privadas, el municipio correspondiente.

Por otra parte, no solo por su tamaño sino por su uso y sobre todo su número, así como por las técnicas de explotación, la cuestión no es pacífica puesto que la aplicación analógica de normas previstas para Presas y Embalses, deja sin resolver un problema altamente preocupante para el sector de regantes en particular y para la protección ciudadana en general, al limitar su ámbito de aplicación a la seguridad de las personas y bienes y al medioambiente. Nosotros vamos a buscar respuestas, analizando el Texto Refundido 1/2001, el Reglamento de Dominio Público Hidráulico y la legislación de Régimen Local.

IV.1. Texto Refundido Refundido 1/2001 de aguas.

Ya hemos estudiado en el epígrafe II.4 que la Balsa es una obra hidráulica, así contemplada en el art. 122 del Texto Refundido.

No es el marco de una comunicación el adecuado para exponer dogmáticamente una interpretación en profundidad de una materia como la que nos ocupa, pero sí anticipar esquemáticamente que en función de la clase de Balsa de que se trate, de su uso, de su tamaño y de su ubicación entre otras características le serían de aplicación según los arts. 23 y 24 del Texto Refundido el organismo de cuenca o la Administración Hídrica competente en función de que sea la cuenca inter o intracomunitaria, amén del art. 124.

IV.2. Legislación de régimen local

Como en tantas materias, la legislación de régimen local ha ido tradicionalmente en vanguardia en nuestro Derecho Administrativo que supo distinguir nítidamente entre licencias de obra y de actividad, no pudiendo otorgarse esta última sin tener la primera.

IV.2.1. Licencias de obra: El régimen de las licencias de obras se contiene en la Ley de Bases de Régimen Local y en su Texto Refundido; el art. 21.1.9 establece que le corresponde al Alcalde el otorgamiento de las licencias salvo que las leyes sectoriales la atribuyan expresamente al Pleno o a la Junta Local. Esta reglamentación se desarrolla en los arts. 54 y ss. del Reglamento de Servicios. Sin embargo, ha sido la legislación urbanística la que con más precisión ha regulado esta materia (art. 8.1.a) y b) del Texto Refundido de la Ley de Suelo 2/2008, de 20 de Junio).

Volviendo al régimen Local, la Ley autonómica andaluza 5/2010 de 11 de Junio, partiendo de la Carta Europea de Autonomía Local, la consagra a lo largo de su articulado, especialmente artículos 6 y 9. Por último, y otra vez desde la perspectiva del Urbanismo en Andalucía (LOUA), su artículo 169 establece que toda intervención en suelo municipal requiere la actuación previa municipal, otorgando la preceptiva licencia.

IV.2.2. Licencia para explotación de Balsas

Este tipo de autorización no es exigible para la explotación de una Balsa, puesto que no se trata de una actividad mercantil, prestacional, sino de un instrumento para mejorar un sistema hídrico. Por ello ni la “Ley Omnibus” 17/09, ni la Ley 25/2009 le son de aplicación. Sí en cambio, la autorización ambiental, que según el tipo de Balsa corresponda; y además con carácter previo a la autorización para su construcción.

IV.3. Legislación medioambiental

En el ámbito que nos ocupa en esta Comunicación, la Directiva Marco ha sido traspuesta mediante el Texto Refundido 1/2001 y el Reglamento de Dominio Público Hidráulico. En el plano autonómico andaluz, ha sido la Ley 7/2007 de 9 de Julio de gestión integrada de la calidad ambiental particularmente su Anexo I que recoge las categorías de actuaciones sometidas a los instrumentos de prevención y control ambiental como a) Autorización Ambiental Integrada (AAI); b) Autorización Ambiental Unificada (AAU); c) Evaluación Ambiental (EA) y d) Calificación Ambiental. Corresponderá según el tipo de Basal, la exigencia de uno y otros instrumentos de los citados.

V

NUESTRA POSICIÓN

La Ley 11/12 de 19 de Diciembre, última modificación del Texto Refundido 1/2001 por ahora, no hace mención a las Balsas. Sí de forma parcial y desde la perspectiva de la seguridad, el Reglamento de Dominio Público Hidráulico. El artículo 124 de la Ley 11/12 regula la competencia para la ejecución, gestión y explotación de las obras hidráulicas públicas. Las privadas no las cita.

El apartado Quince de la Ley 11/2012, de 19 de Diciembre introduce en el Texto Refundido 1/2001 una nueva disposición transitoria tercera bis que afecta al apartado tercero de las disposiciones transitorias segunda y tercera, que supone en la práctica el acta de defunción de la explotación de las aguas subterráneas amparadas por títulos privados. Esta modificación, en unión a la del apartado dieciséis, que introduce la nueva disposición transitoria décima, regulando la transformación de derechos privados en concesionales, poniéndole incluso término final -31-XII-2.035- al título concesional “*transformado*”, culmina el proceso de demanialización de todas las aguas continentales iniciado en el año 1985 con la promulgación de la Ley 29/1985, sumando a ello una interpretación restrictiva de la aplicación de los títulos históricos respetados por las STC 227/1988 y posteriores. Indiscutiblemente este hecho, así como las luchas competenciales entre las distintas autonomías y la Administración Central, unido todo ello a la “*demonización*” de los trasvases intercuenas, a la de los embalses por pretendidas razones ecológicas, a la “*frustración*” de las desaladoras y a la falta de regulación en las subcuencas interiores y en las redes de afluentes a los ríos principales, han aumentado los riesgos naturales asociados a fenómenos

meteorológicos y han proliferado la construcción y explotación de Balsas, la mayoría de las veces sin las garantías de seguridad necesarias. Estas Balsas han venido, en definitiva, a suplir la carencia de obras hidráulicas de regulación.

Recientes sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, nos parecen las guías más certeras para justificar nuestra posición que inmediatamente concretamos. A saber; la construcción y explotación de las Balsas en función de que sean recintos que almacenen aguas privadas pluviales –únicas posibles-, puesto que la construcción de la Balsa en sí ya supone un cambio de características de su explotación, y el resto. A mayor abundamiento, en virtud de la Disposición Transitoria décima y Disposición Adicional decimocuarta 1.c), ya de “*lege data*”, el plazo final para los títulos privados sobre aguas subterráneas será el 31 de diciembre de 2035, dejando como verdaderas reliquias aquellos títulos privados habilitados por sentencia judicial firme –Disposición transitoria 2 Ley Plan Hidrológico Nacional 2001-. Para esas Balsas que se limiten a recoger aguas pluviales, la autoridad competente podría ser, previa la instrucción del expediente administrativo correspondiente, el Alcalde del Término Municipal en que se ubique la Balsa. Para el resto sería el órgano competente del organismo de cuenca, en casos de demarcaciones hidrográficas de cuencas intercomunitarias. O el órgano de la Comunidad Autónoma que tenga la competencia sobre el dominio público hidráulico en el caso de cuencas intracomunitarias.

La tesis expuesta creemos que es la que mantiene el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en sus más recientes declaraciones. Por todas la sentencia de 5 de Julio de 2012, recurso de casación 2215/2010 ponencia FERNANDEZ VALVERDE, que confirmó la sentencia del TSJA en su sede de Sevilla de fecha 4 de Febrero de 2010, sección tercera, que ratificó la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir sobre la “*Construcción de Balsa para almacenamiento de aguas procedentes de pozos inscritos en el Registro de Aguas, por implicar una alteración de las condiciones prohibidas en la Disposición Transitoria Tercera de la Ley de Aguas*”. El “**obiter dicta**” de la Sentencia es, a nuestro juicio, impecable, remitiéndonos al Fundamento Jurídico Sexto, en el que se declara: a) Reconoce que la normativa estatal vigente carece de regulación que contemple de forma específica esta cuestión competencial debatida en el recurso, y b) pero al amparo de los artículos 23 y 24 –sobre funciones de los organismos de cuenca, y 124 sobre obras hidráulicas- del Texto Refundido esta competencia de autorizar la construcción y explotación de las Balsas, incluso las que almacenen aguas subterráneas privadas temporales, corresponden al organismo de cuenca.

Por último, desde la perspectiva medioambiental tiene un interés relevante la sentencia de la misma Sala y Sección, ponencia SUAY RINCON, de 27 de Diciembre de 2013, Recurso de Casación 323/2011 que resolvió el recurso en el que se cuestionaba la denegación de la autorización ambiental integrada, ya que el ordenamiento jurídico ambiental prohíbe la adquisición de facultades o derechos sobre el dominio público...

El otorgamiento de la autorización solo puede producirse una vez que se acredite el cumplimiento de los requerimientos ambientales (del Fundamento jurídico nº 3). En relación a la competencia municipal declara en el Fundamento jurídico 4 que estos asuntos, como las balsas de depuración entre otros, entran en el círculo de intereses municipales para valorarlos. Nos remitimos in totum a los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia que comentamos.

Nos queda por justificar nuestra posición sobre la aplicabilidad del Código Civil en la construcción y explotación de las Balsas: “*Prima facie*”, la aplicabilidad directa del Código Civil quedaría reducida a las servidumbres y otros derechos reales, por las siguientes razones: a) Su explotación, como hemos visto supondría un cambio de características, por lo que la aplicabilidad del Código quedaría reducida a aquellas materias que no estén expresamente reguladas en el Texto Refundido 1/2001 (Disposición Final Primera); b) El artículo 48.2 del Texto Refundido faculta a los organismos de cuenca a imponer cuantas servidumbres estén previstas en el Código Civil. Sin embargo estas escasas regulaciones del Texto Refundido no han “*resucitado*” el bloque Código Civil-Ley de Aguas, que sí lo hubo en la Ley 1879, y que ayudaría a dar respuestas a los protagonistas de este Congreso –los regantes- que vienen sufriendo en primera persona las carencias de la legislación actual.

VI

CONCLUSIONES Y PROPUESTA

Nuestra Comunicación ha intentado reflexionar, para dar respuestas fundadas en Derecho sobre estas cuestiones: 1. Aplicabilidad del Código Civil a la Construcción y Explotación de las Balsas; 2. Determinaciones medioambientales a respetar y 3. Qué Administración y/o Administraciones son las competentes para otorgar la autorización para su construcción y explotación.

Las conclusiones que elevamos a definitivas para la primera cuestión son las siguientes:

1. A modo de resumen, después del análisis crítico expuesto de las disposiciones derogatorias de la Ley 29/1985 de dos de Agosto y del Texto Refundido 1/2001, de 20 de Julio, puede deducirse el siguiente ámbito de aplicación del Código Civil: a) De los arts. 407 a 425 en la forma indicada en el epígrafe III de esta Comunicación; b) Por reenvío de la Disposición final primera de la Ley 29/1985, así como de los artículos que se remiten al Código Civil, en todas aquellas materias que puedan completar la regulación específica de la Ley de aguas vigente como las servidumbres, los derechos reales, particularmente los derechos de superficie y censos, y los relativos al Registro de la Propiedad –razonado en el epígrafe III-; c) Por aplicación en los términos estudiados en esta Comunicación en el epígrafe de la reviviscencia de leyes derogadas, y d) Con carácter supletorio e histórico, para integrar y dar respuesta a los conflictos sociales y jurídicos, como instrumentos insustituibles de los Jueces y Tribunales, y también de todos los operadores jurídicos.

2. Las determinaciones medioambientales a respetar estarán en función del tamaño, uso y ubicación de la Balsa y serán las declaradas por la STS de 27 de Diciembre de 2013., entre otras.

3. Las Administraciones competentes para otorgar la autorización de construcción y explotación de las Balsas serán: a) En las cuencas intercomunitarias el organismo de cuenca; b) En las cuencas intracomunitarias el órgano autonómico con competencia en la materia de Dominio Público Hidráulico; c) En las Balsas en las que en su explotación no cambien ni las características ni los usos de sus títulos privados habilitantes para recoger y almacenar aguas pluviales por ejemplo, el Alcalde del municipio donde se ubique la Balsa, sin perjuicio de la autorización ambiental que corresponda.

Nuestra Propuesta es insistir una vez más en la necesidad inaplazable de una normativa específica para las Balsas desde una óptica global, con independencia de la que se aplica para las Presas.

Sevilla para Huelva a 8 de Marzo de 2014.

