

Fundación Nueva Cultura del Agua

PANEL CIENTÍFICO-TÉCNICO DE SEGUIMIENTO DE LA POLÍTICA DE AGUAS

Convenio Universidad de Sevilla-Ministerio de Medio Ambiente

La política de aguas y su marco jurídico

Antonio Embid Irujo
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

Índice

	Pág.
1. Introducción.....	1
2. Un marco jurídico dinámico e inestable	1
3. Cuestiones básicas planteadas y su posible enfoque en un nuevo marco jurídico.....	7
3.1. Administración del agua. El papel de la cuenca (demarcación) hidrográfica y las CCAA .	7
3.2. El derecho al agua	8
3.3. Participación de ciudadanos y usuarios	9
3.4. Planificación hidrológica. Alguna reflexión adicional sobre la Directiva 2000/60/CE.....	10
3.5. Recuperación de costes	11
3.6. Regulación de los nuevos usos: desalación y reutilización.....	13
3.7. Comercio de derechos de uso de agua.....	14
3.8. Aguas subterráneas: Regulación de supuestos sensibles y medidas de mejora normativa	15
4. Conclusiones	17
Referencias	18

1. Introducción

En el presente trabajo se va a examinar el marco jurídico que hace posible la política de aguas, en cuanto ésta se sustenta sobre unas decisiones que, por legales, son vinculantes a la Administración que concibe y aplica esa política. Ese examen se realizará desde la perspectiva de detectar los problemas que el ordenamiento jurídico plantea y de llevar a cabo el ofrecimiento de posibles soluciones. Esa línea de análisis será ayudada, fundamentalmente, por la consideración de los contenidos de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000 por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (Directiva 2000/60/CE en adelante en este trabajo), aun cuando no solo la Directiva citada formará parte de las preocupaciones del trabajo por la elemental razón de que ni el derecho español de aguas ni la política de aguas se limita, obviamente, al contenido de la misma que, aun importante, no totaliza (ni podría totalizar, dada la limitación de las competencias de las instituciones europeas) la completa problemática del agua.

El objetivo propuesto implicará seguir de cerca y describir las evoluciones del derecho español de aguas partiendo del mismo momento en que comienza la elaboración de la Directiva 2000/60/CE (1997) y llegando hasta la actualidad (finales de 2007). Son diez años, pues, los que abarca el período temporal al que se extiende el análisis lo que obliga a una labor de concreción muy exigente dadas las limitaciones de espacio de que se dispone.

En el contexto temporal que se indica podrá observarse una evolución ciertamente compleja y complicada, con muy variados ejemplos de modificación de la primera Ley postconstitucional de aguas, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y la progresiva y creciente afección a esta Ley de 1985 que nunca se deroga materialmente (la derogación producida por el Texto refundido de 2001 es formal, pero el contenido de la Ley de 1985 se recepciona en el Texto refundido) pero cuyas líneas fundamentales van perdiendo consistencia dada la modificación continua que se va a describir, superponiéndose, como en un enladrillado no siempre regular, los textos afectados.

Si esto se produce es, sin duda, porque el Legislador cree que de esa forma debe reaccionar para plantar cara a los problemas que le son más acuciantes, pero el resultado de su labor arroja un texto legal que adolece de líneas directrices claras y homogeneidad. Si la Ley 29/1985 tenía estas características, obviamente, hay que concluir necesariamente en que ellas se han ido difuminando con el transcurso del tiempo y los avatares normativos, siendo más que urgente la labor de repensar y construir una nueva Ley de aguas plenamente inserta en la problemática de este siglo XXI, tan difícil y variable en el tiempo.

Por supuesto que esa labor de construcción de una nueva Ley de aguas debe realizarse en función del análisis de los problemas existentes y de las soluciones que a los mismos puedan ofrecerse. En ese camino, en el que debe haber conjunción de múltiples fuerzas intelectuales, de usuarios y ciudadanos y de voluntades políticas, el modesto texto que sigue pretender ser una aportación más.

2. Un marco jurídico dinámico e inestable

Como se ha indicado en la introducción, en el período temporal que se debe considerar en este trabajo, ha habido un gran dinamismo en la evolución del marco jurídico de las aguas hasta un punto que puede sorprender a cualquier jurista que no esté

especializado en este derecho, la gran cantidad de intervenciones normativas que han tenido lugar. Su exposición, aun sin entrar en contenidos materiales, será más que sugerente a los efectos de reflexionar sobre los motivos que han podido conducir a ello.

Así, teniendo en cuenta que la Directiva 2000/60/CE comienza su elaboración en 1997 y, sobre todo, que ya un año antes de su aprobación final (2000) está prácticamente fijado su contenido, podríamos comenzar la narración de las modificaciones del texto central de la legislación de aguas postconstitucional, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, con las siguientes menciones:

a) La primera sería a la Ley 11/1999, de 21 de abril, de modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y otras medidas para el desarrollo del Gobierno Local, en materia de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial y en materia de aguas, cuyo art. 3º modifica el art. 17 y añade un apartado e) al art. 25 de la Ley 20/1985, de 2 de agosto, de aguas; sigue, b), la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, también modificatoria de la Ley 29/1985, y que afecta a un variado conjunto de artículos previendo la formulación de un texto refundido, muy necesario a la vista de lo que antecede. Por cierto que esta Ley 46/1999 fue luego afectada, a su vez, por otros textos legales: en primer lugar, su disposición final segunda fue modificada por la disposición adicional 2ª, de la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real Decreto legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental y, en segundo lugar, el apartado primero de la disposición transitoria única mereció nueva redacción por la disposición adicional octava de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional.

Una inflexión en el camino que sigo debe venir constituida por la mención al Texto Refundido de la Ley de Aguas (TRLA) anunciado por la Ley 46/1999 que será aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio de 2001, que además de refundir la Ley de 1985 –que se deroga, obviamente- con la nombrada 46/1999 –igualmente derogada-, incorpora, entre otros, los arts. 158 y 173 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, relativos a la gestión directa de la construcción o explotación de determinadas obras públicas y al régimen jurídico del contrato de concesión de construcción y explotación de obras hidráulicas. Se produce como consecuencia del TRLA de 2001, una “limpieza” evidente del ordenamiento jurídico, abocándose a un único texto de referencia que como vamos a ver inmediatamente, no va a tardar en conocer otras variadas modificaciones.

Este TRLA de 2001 es desde ese momento, pues, la pieza central del derecho español de aguas y, como digo, también ha conocido diversas intervenciones normativas que afectan a su contenido y que paso a enumerar. Ha sido modificado, así:

a) Por el art. 91 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE n. 313 de 31 de diciembre) que añade un nuevo párrafo al art. 132.1; b) por la disposición final segunda de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (BOE n. 157, de 2 de julio de 2002), que añade un párrafo al art. 105.2.a) y una disposición adicional décima debiendo también tenerse en cuenta la disposición final primera de la Ley 16/2002, de 1 de julio cit. y, sobre todo, la disposición derogatoria que sin referencia a ningún artículo concreto dispone la derogación “respecto de las actividades industriales incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley” de “las prescripciones establecidas en la legislación sectorial que se cita a continuación, en relación con los procedimientos de solicitud, concesión, revisión y cumplimiento de las siguientes autorizaciones ambientales”. Y, en concreto, se citan “las autorizaciones de vertidos a las aguas continentales de cuencas intracomunitarias, reguladas en el texto refundido de la Ley

de Aguas, aprobado mediante Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio; c) por la disposición adicional decimonovena de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que crea un nuevo apartado, el 5, en el artículo 55 del TRLA; d) por la disposición adicional vigésima de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que añade nuevos apartados al art. 116 pasando a ser uno de los que ya había, apartado 3 del mismo artículo (BOE núm. 313, de 31 de diciembre); e) por la disposición adicional undécima de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del Contrato de concesión de obras públicas que da nueva redacción al art. 125.3 y a los arts. 133 y 134; f) por el artículo 122 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que añade un nuevo párrafo al apartado segundo del art. 127; g) por el artículo 129 de la misma Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que da nueva redacción a muy diversos arts. del TRLA transponiendo la Directiva 2000/60/CE/CE, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas; h) por la disposición final primera de la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, que afecta a muy diversos artículos de la Ley y, finalmente, i) por el Real Decreto-Ley 4/2007, de 13 de abril, por el que se modifica el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que introduce un nuevo apartado 2 en el art. 101.

Toda la exposición anterior, que se limita a tratar de las modificaciones expresas de la legislación postconstitucional de aguas (Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas) y que no agota el conjunto de las intervenciones normativas que hay que tener en cuenta como más adelante veremos, se ha llevado a cabo en este lugar con la simple finalidad de proceder a una enumeración y aun sin entrar en aspectos materiales, demuestra claramente una de las características de los “tiempos modernos” en la política de aguas y, consiguientemente, de su marco jurídico: frente al “estatismo” que caracterizaba al viejo derecho de aguas (la prueba es que la Ley de Aguas de 1879 estuvo vigente durante más de un siglo hasta su derogación formal por la Ley 29/1985, de 2 de agosto y, en realidad, el contenido de 1879 reproducía sin modificaciones la previa Ley de Aguas de 1866 que también incluía en su contenido a las aguas marítimas, por lo que el período temporal que se debería considerar es aún mayor), existe ahora un “dinamismo” evidente que, obviamente, no constituye un capricho del Legislador sino la respuesta que cree congruente –en la mayor parte de los casos y dejando de lado intervenciones puntuales, como la última de las enumeradas, el Real Decreto-Ley 4/2007, que no es más que la consecuencia de una Sentencia del Tribunal Supremo unos meses anterior- con la aceleración de procesos históricos, con una presión creciente en torno a los recursos hídricos que lleva consigo variados conflictos –jurídicos o no- en torno al agua¹ y que tampoco se explica, solamente, en función de cambios de gobiernos o de modificación significativa de determinadas políticas, como lo acontecido en relación a la previsión de la transferencia desde la cuenca del Ebro hacia las del arco mediterráneo, que era la decisión clave del PHN de 2001.

Igualmente el dinamismo narrado del derecho tampoco responde, exclusivamente, a la aparición de la Directiva 2000/60/CE, puesto que ésta ha conocido solo un momento legislativo concreto de transposición (el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre), sin que, por otra parte, la transposición citada haya constituido una lectura adecuada y correcta de tal Directiva conforme a lo que indica nuestro derecho, por lo que está pendiente en muchos temas –como veremos- una inserción real y adecuada

¹ Vid. los distintos trabajos que se contienen en el libro Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua, que se cita en la bibliografía.

de la Directiva 2000/60/CE en el derecho español, al menos en las cuestiones más significativas.

Y este movimiento normativo no se agota, ni mucho menos, con lo indicado hasta ahora, aun siendo ello mucho. Incluso y a fuerza de ser justos, habría de incluirse en el mismo el Convenio de 1998 (Convenio de Albufeira) firmado por España con Portugal y cuyo contenido es claramente tributario de los primeros textos de la Directiva 2000/60/CE cuyo proceso de formación comenzó en 1997 (ello en cuanto a la organización de cuencas entre países comunitarios). Y, obviamente, no habría de olvidarse –yendo al extremo temporal opuesto- el Anteproyecto de reforma del TRLA que en la primavera de 2007 hizo público el Ministerio de Medio Ambiente y envió al Consejo Nacional del Agua sin que después de este envío hubiera una prosecución del proceso de reforma. “Estiramiento” temporal del cuerpo central de las referencias normativas contenidas en este apartado del trabajo.

Si a todo lo indicado se añadieran los textos que en materia de derecho de aguas se han elaborado en los últimos años en algunas CCAA (Cataluña, País Vasco en el plano de lo general, y en muchas otras CCAA en el marco de las políticas de abastecimiento de agua potable y saneamiento y depuración de aguas residuales, todo ello de forma correspondiente con las competencias en aguas que a las CCAA otorgan, respectivamente y en relación a su situación particular, los Estatutos de Autonomía), la narración amenazaría con ser interminable pero solo reforzaría la tesis fundamental que en esta parte del trabajo se está defendiendo.

Pero no sería de justicia, volviendo al plano del Estado, olvidar el significado que más allá de lo coyuntural, tienen algunos contenidos de las normas que se han dictado en relación a la sequía que recientemente y a partir de 2004 ha tenido lugar (y que todavía tiene efectos en algunos lugares de España). Esas normas han facilitado la suscripción de contratos de derechos de uso de agua entre una Comunidad de regantes de Castilla-La Mancha y el Sindicato Central de Regantes del Tajo-Segura (por ejemplo), para proporcionar caudales a la cuenca del Segura que el Acueducto Tajo-Segura no estaba en disposición de transportar durante estos años de sequía. (Estoy pensando en los Reales Decretos-Ley 15/2005, art. 2 que es el precepto fundamental, 9/2006, disposición final primera que es una norma de prórroga de dicho precepto hasta el 30 de noviembre de 2007, y 9/2007, de 5 de octubre, disposición final primera, que prorroga estas disposiciones para la suscripción de los contratos hasta el 30 de noviembre de 2008). Una de estas normas, además, ha proporcionado la base jurídica fundamental para que pueda intentarse un arreglo de la situación de sobreexplotación de los acuíferos de la zona del Alto Guadiana facilitando la aprobación del Plan Especial del Alto Guadiana anunciado por la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional. (Se trata del Real Decreto-Ley 9/2006, en las disposiciones adicionales segunda y tercera)².

Y en este plano de la sequía es absolutamente necesario referirse también a la aprobación por Orden MMA/698/2007, de 21 de marzo, de los planes especiales de actuación en situaciones de alerta y eventual sequía en los ámbitos de los planes hidrológicos de cuencas intercomunitarias previstos por el art. 27 de la Ley 10/2001, del Plan Hidrológico Nacional. Estos Planes especiales de sequía pueden consultarse

² El 24 de octubre de 2007 ha tenido lugar la firma de un protocolo entre la Ministra de Medio Ambiente y el Presidente de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, que es pósito necesario para la aprobación del Plan Especial del Alto Guadiana, dadas las competencias tanto del Estado como de dicha Comunidad Autónoma en lo que debería ser contenido material de las actuaciones a desarrollar en dicho lugar.

en la red en las direcciones que la misma Orden manifiesta, están a disposición del público interesado que puede obtener copias de los mismos y parece que serán objeto de edición, todo ello según se indica en el art. 2 de la Orden citada. Debe llamarse la atención sobre la profunda inflexión que en la política tradicional de sequía llevan consigo estos planes, que contienen fundamentalmente medidas preventivas y de reacción administrativa pausada, en directa relación con los distintos grados de situación de sequía que puedan darse, para cuya medición también se ofrecen instrumentos en dichos Planes.

No acaba con ello la narración de las novedades normativas que debe realizarse aquí y su correspondiente comentario. En un orden de cosas más estructural, nos encontramos en la actualidad en un momento de reforma estatutaria que fue iniciada en 2006 con la aprobación de la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana (la única reforma estatutaria, en puridad, que ha tenido lugar pues el resto de lo que sigue son “nuevos” Estatutos que derogan a los hasta ese momento vigentes aunque la palabra “reforma” figure siempre en la denominación de la Ley Orgánica mediante la que se aprueban estos nuevos Estatutos) y de la reforma del Estatuto de Cataluña. En 2007 han seguido las reformas de los Estatutos de Illes Balears, Andalucía y Aragón y en el momento que se redactan estas líneas ha concluido la tramitación de la reforma del Estatuto de Castilla-León faltando ya solo su publicación en el BOE. En todos los casos las cuestiones relativas al agua han sido elemento importante a la hora de la elaboración de los Estatutos y, desde luego, también posteriormente pues ha tenido lugar la formulación de recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional mediante los cuales de manera única o acompañando a otros preceptos, los artículos relativos al agua de los Estatutos de la Comunidad Valenciana, Cataluña, Andalucía y Aragón han sido impugnados, estando ahora pendientes de resolución dichos recursos.

Las cuestiones más novedosas y que han suscitado discusión hasta de tipo constitucional, como digo, en los Estatutos mencionados, han sido las siguientes:

a) El derecho de los ciudadanos y ciudadanas valencianos a las aguas sobrantes de las cuencas excedentarias.

b) La cesión a la Comunidad Autónoma de Andalucía de la parte de la cuenca del Guadalquivir sita en el territorio de Andalucía y que no afecte a otras CCAA. (El Estatuto de Autonomía de Castilla León prevé lo mismo en relación a la parte castellano-leonesa de la cuenca hidrográfica del Duero).

c) El contenido de las competencias sobre aguas de Cataluña y Aragón en lo relativo a los caudales ambientales, participación en la planificación hidrológica del Estado o participación en los organismos de cuenca del Estado, todo ello en los supuestos de las cuencas intercomunitarias.

d) La competencia de los poderes públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón para que velen por que no existan transferencias a otras cuencas hidrográficas o, igualmente y referido a esta Comunidad, la presunta reserva de 6.500 Hm³ para ser utilizados en Aragón.

En todos los supuestos es, fundamentalmente, la cuestión de si se ha sobrepasado la función constitucional de los Estatutos de Autonomía, al introducirse el contenido mencionado en lo que serían atribuciones exclusivas del Estado, lo que está sometido

a discusión³. Obviamente este trabajo no quiere ser, ni por un momento, el foro adecuado para la resolución (o para el planteamiento de las posibles fórmulas resolutorias) de estos problemas de índole constitucional que en algún caso son bien complejos. El lugar de tratamiento de esa cuestión sería otro bien distinto, pero lo que sí quiero indicar aquí es cómo a través de la reforma de los Estatutos de Autonomía que tiene lugar en la actualidad y al igual que sucedió con los Estatutos de Autonomía originales del período 1979-1983, afloran las tensiones lógicas en un Estado compuesto en el que se pone de manifiesto, sobre todo, la posible contradicción entre las divisiones políticas –y el consiguiente ejercicio de las competencias administrativas sobre esos territorios- y las divisiones hidrográficas, las cuencas hidrográficas según la decisión que realizaron los arts. 14 y ss. de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, y que fue juzgada acorde con la Constitución (bien imperfecta o no precisa a estos efectos en la utilización de la expresión “aguas que discurren” por el territorio de más de una Comunidad Autónoma para referirse a las competencias del Estado, ex art. 149.1.22 CE) por la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre. Sin duda la Sentencia que el TC dicte en el futuro y relativa a la cesión de la parte andaluza del Guadalquivir a Andalucía, será clave para la resolución de la presunta contradicción indicada.

Mientras tanto ha tenido lugar también la promulgación de normas que, aun no refiriéndose directamente a las aguas, influyen profundamente en los procesos institucionales que se mueven en torno a las mismas. En ese plano deben recordarse la Ley 29/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente y la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). La primera ha tenido ya ocasión de aplicación en relación al contenido del Plan Especial del Alto Guadiana que antes refería y que ha sido objeto de la evaluación ambiental estratégica prevista por dicha Ley; la segunda es parte importante para la gestión ambiental en el país y está presidiendo la teoría y práctica del comportamiento de los Organismos de cuenca en cuanto al acceso a la información que poseen a los ciudadanos. Importantes procesos de participación, por otra parte, han tenido lugar en el país y aun siendo anteriores a esta Ley, es claro que se sitúan claramente en sus perspectivas. Así, el Acuerdo por el agua del Guadalquivir o la aprobación de las Bases para la Política del Agua en Aragón⁴.

Una vez expuestos los acontecimientos normativos que han tenido lugar en el período temporal examinado y explicitado su significado e inserción en el ordenamiento jurídico, es llegado el momento de profundizar sobre los principales problemas que tiene planteada la política de aguas y el derecho de aguas, consiguientemente, y su posible forma de evolución.

³ En el texto de uno de los Estatutos que en este momento se están tramitando, el Estatuto de Castilla La Mancha, se contienen distintas prescripciones en relación a la llamada “caducidad” del trasvase Tajo-Segura. No cabe duda de que la aprobación final de este Estatuto con el contenido ahora conocido, daría lugar a nueva discusión en sede constitucional. Sobre todo lo que se indica en el trabajo puede verse la aportación de A. EMBID IRUJO contenido en [Aqua y territorio](#).

⁴ Las Bases para la política del Agua en Aragón son un instrumento de planificación previsto por la Ley 6/2001, de 17 de mayo, de Ordenación y Participación en la Gestión del Agua en Aragón (arts. 62 y ss.), Ley que regula también un proceso participativo para su elaboración a través de la llamada Comisión del Agua en Aragón (arts. 47 y 48). Sobre el particular vid. los trabajos de BONE PUEYO, MONTOYA HIDALGO y ARANDA MARTIN, en el libro [Gestión del agua en Aragón](#) (2007) que se cita en la bibliografía.

3. Cuestiones básicas planteadas y su posible enfoque en un nuevo marco jurídico

3.1. Administración del agua. El papel de la cuenca (demarcación) hidrográfica y las CCAA

España cuenta con una antigua, relativamente hablando, Administración de aguas basada en las cuencas hidrográficas (comienza en 1926 con la gestión sistemática por las nacientes Confederaciones Hidrográficas y con arreglo a un Plan coordinado, de las obras que tienen lugar en las cuencas hidrográficas y más adelante se extenderá también a la gestión de las aguas) con un sistema juzgado acorde con la Constitución por el TC y que podría juzgarse igualmente conforme con las premisas de la Directiva 2000/60/CE⁵, pero que ha entrado francamente en crisis en los últimos años como muestran los actuales procesos de reforma de los Estatutos de Autonomía.

No es nada fácil conjugar el gobierno de las cuencas hidrográficas con el poder público autonómico como muestra la realidad de cualquier país organizado de forma descentralizada políticamente. Estados Unidos de América o Argentina –por poner ejemplos de realidades sociales y económicas muy distintas pero de países formalmente basados en premisas federales- ofrecen una imagen común de práctica inexistencia del Estado central (federal) en la gestión de las aguas y de convenios entre Estados (compact en Estados Unidos) y Provincias argentinas para el reparto de las aguas compartidas y su posterior gestión entre los Estados y Provincias que convenían (el ejemplo del río Colorado en Estados Unidos es muy conocido, pero apropiado citar aquí) a cuyos efectos hasta pueden surgir órganos mixtos de gestión como sucede en Argentina.

Nuestra realidad constitucional no es, precisamente, semejante a la de los países que acabo de mencionar por lo que nada puede hacerse en ese sentido y el mero discurrir –fuera de las consiguientes y tópicas apelaciones a la cooperación entre las CCAA y entre éstas y el Estado- sirve de bien poco. En el estado actual de las cosas (es decir, dejando de lado la cuestión de la posibilidad de una reforma constitucional en estas cuestiones operara la misma tanto en sentido centralizador como más descentralizador) me parece que:

a) La cuenca (demarcación) hidrográfica como unidad a los efectos de la gestión, debe mantenerse por encima de cualquier otro orden de consideraciones.

b) Tiene que incrementarse el peso de las CCAA en los Organismos de cuenca que, en algunos casos, debería ser decisivo (sería el caso de las Comunidades Autónomas de Andalucía y Castilla y León en relación a la cuencas del Guadalquivir y del Duero, respectivamente).

c) La planificación hidrológica, ahora más que nunca, debe ser elemento decisivo a la hora de resolver, preventivamente, las antinomias que puedan existir entre el Estado y las CCAA y entre las CCAA entre sí. La revisión de la planificación hidrológica que debe tener lugar antes de 2010 debería crear las condiciones para que en cierto

⁵ No obstante debe decirse que la Directiva en esto, como en otras cuestiones, no es suficientemente precisa y en algunos supuestos habla de “una” autoridad competente en la demarcación hidrográfica, y en otros de “autoridades” competentes. Sobre el tema vid. mi trabajo incluido en Agua y territorio (2007), pp. 54 y ss., en donde me inclino por la interpretación de que la Directiva permite la existencia de varias autoridades competentes en las demarcaciones bien que realizando su trabajo de forma coordinada.

sentido, las decisiones de gestión de los Organismos de cuenca estuvieran prácticamente determinadas por ella. Eso implica, entre otras cosas, disponer de una planificación hidrológica de cuenca mucho más flexible en su modificación que la actual, lo que tendría que tener la correspondiente traducción jurídica en las normas que regularan esa planificación como más adelante se dirá en este mismo apartado.

d) La encomienda de gestión de determinadas actividades y obras a las CCAA debe ser una práctica corriente de los Organismos de cuenca del Estado, hasta el punto que éstos pierdan algunas de sus actividades de gestión a favor de las CCAA. La práctica ya es conocida de antiguo pues se inició en relación a Cataluña en 1986, con ocasión de la aprobación del Real Decreto relativo a las transferencias de funciones y servicios en materia de agua y obras hidráulicas a esta Comunidad, pero no se ha generalizado. Ello obligaría a la creación de un marco jurídico favorecedor de la encomienda de gestión en este ámbito y que le otorgara más posibilidades que el actual y, desde luego, supondría en la realidad la revisión de la posición jurídica de las Sociedades Estatales para la Construcción y Explotación de Obras Hidráulicas a las que ha pasado en buena medida y desde la autorización de su creación por Ley 13/1996 el ejercicio de la función de ejecución de obras hidráulicas tradicionalmente encomendado a las Confederaciones Hidrográficas⁶.

3.2. El derecho al agua

Aun cuando la cuestión enunciada en la rúbrica de este punto pueda a algunos parecer menor y, desde luego, sabiendo que no está vinculada al desarrollo o aplicación de la Directiva 2000/60/CE que no tiene ninguna mención directa sobre el particular (fuera de lo que cualquiera quisiera deducir a partir de la premisa de que parte la Directiva 2000/60/CE de que el agua no es un bien meramente comercial), creo necesario que el ordenamiento jurídico español recoja la existencia de un derecho subjetivo al agua en el sentido de una pretensión jurídicamente protegible al acceso al agua potable y al saneamiento en unas determinadas condiciones de cantidad y precio asequible que regularía la normativa aplicable.

Conviene advertir que aunque la cuestión mencionada ha sido, hasta ahora, controvertida solamente en relación a países en estado de subdesarrollo y hoy se plantea sobre todo en el marco de los esfuerzos que se desarrollan en la llamada década del milenio (2005-2015), no se trata de un problema solo típico o pensable en relación a estos países subdesarrollados y en estado de pobreza, sino de una premisa general de configuración de un determinado ordenamiento jurídico en relación a la utilización de un bien público y sin que construcciones típicas de la teoría del dominio público (como el uso común general) sirvan a los objetivos a que quiere orientarse la construcción de un derecho al agua. Como prueba de lo que indico puede mencionarse que la legislación francesa de aguas ha acogido este derecho en una reforma habida en diciembre de 2006 cuyo contenido podría ser interesante examinar entre nosotros

⁶ En ese contexto, las posibilidades de actuación podrían ser muchas y una de ellas, por ejemplo, la incorporación de las CCAA como accionistas al capital de las Sociedades. Ello ya ha sucedido en alguna ocasión en el pasado y podría generalizarse, pues no hay inconveniente jurídico decisivo para ello. De esa forma podría aprovecharse la existencia de un instrumento de actuación, como son las actuales Sociedades Estatales, y combinarse con la responsabilidad de las CCAA. No se olvide que presentes las CCAA en las Confederaciones Hidrográficas responsables de las obras, perdieron cualquier posibilidad jurídica o formal de influencia o dirección sobre dichas obras, al crearse las Sociedades Estatales y ser su capital al 100%, como regla general, de titularidad del Estado. Esto es una idea solamente, desde luego, y podría haber otras posibilidades distintas de actuación.

antes de adoptar las decisiones normativas consiguientes⁷. Es obvio que dadas las premisas de nuestro ordenamiento jurídico, el sujeto que debe garantizar este derecho al agua son las entidades locales⁸ y, en algún caso, las Comunidades Autónomas (cuando existan abastecimientos o sistemas de saneamiento y depuración de gestión supramunicipal), por lo que debe llevarse a cabo una regulación típica de las prescripciones de los servicios públicos jugando la legislación estatal de aguas solo como legislación básica que debe ser concretada por el legislador competente en cada caso.

3.3. Participación de ciudadanos y usuarios

La Directiva 2000/60/CE pone un gran énfasis en la participación del “público” en la gestión del agua lo que singulariza específicamente en la participación en la formación de la planificación hidrológica. Es claro que “público” es un concepto amplio que debe ser singularizado y explicado y que comprende tanto a los usuarios como a los ciudadanos⁹. Nuestro país conoce fórmulas antiquísimas de participación de los usuarios en la gestión de las aguas (piénsese en las tradicionales “Comunidades de regantes” hoy extendida la fórmula a todos los usuarios que usan en común de un aprovechamiento bajo la expresión “Comunidades de usuarios”), llegando a reconocérseles en el actual derecho una participación hasta orgánica y que no puede bajar del 1/3 de los miembros de órganos colegiados de los Organismos de Cuenca (Junta de Gobierno o Consejo del Agua de la demarcación) lo que conviene constatar que en el panorama del derecho comparado es algo excepcional. Por otra parte y con todos los inconvenientes que puedan pensarse, el juicio global sobre la presencia de los usuarios en la gestión del agua es, sin duda, positivo. Sin embargo y hasta hace pocos años (1994) no se han incorporado a los ciudadanos a los órganos o a los procedimientos de gestión del agua y aun en este momento dicha presencia es demasiado escasa.

Otra vez y con independencia del aumento de dicha presencia de ciudadanos, el presente momento de elaboración de la planificación hidrológica de cuenca con ámbito de demarcación adaptada a las prescripciones de la Directiva 2000/60/CE se presenta como ideal a los efectos de contrastar la virtualidad del actual régimen jurídico de la participación de ciudadanos en los procedimientos de formación de esta planificación para fomentar ésta sin que, por otra parte, los procesos de planificación se hagan interminables, que es uno de los riesgos permanentes que la participación ciudadana (no solo en el ámbito de las aguas, sino en cualquiera propio de la actuación de los poderes públicos) lleva consigo. Es la tensión permanente entre las exigencias de la democratización y la transparencia y la llamada “eficiencia” de la Administración¹⁰. No hay nada peor para una planificación hidrológica que sirva, realmente, a los fines

⁷ Las referencias sobre el particular en la voz “derecho al agua” que realizo en el Diccionario de derecho de aguas (2007), p. 550, nota 5, que se cita en la bibliografía.

⁸ Que son las que poseen, en principio, las competencias sobre abastecimiento y saneamiento tal y como se deduce de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 1985, en su art. 25, debiendo tenerse también en cuenta las precisiones que la normativa autonómica contenga sobre el particular.

⁹ Conviene tener conceptos claros tanto de usuarios como de ciudadanos. Más adelante y en nota se ofrece una definición del concepto de usuario.

¹⁰ Lo que indico en el texto, aun siendo en muchas ocasiones verdad, no deja de ser, en su planteamiento tan abstracto y simple, una cierta verdad a medias, porque la eficiencia de la Administración no es un valor que pueda ser alcanzado prescindiendo de las exigencias de transparencia y democratización. Hacerlo así nos situaría ante un nuevo despotismo ilustrado, bien que en los marcos de sistemas formalmente democráticos.

institucionales de la misma, que los datos de base de la planificación puedan convertirse en anticuados mientras ésta se va, simplemente, elaborando. Creo que éste es un baldón, precisamente, del proceso de planificación hidrológica que desembocó en la aprobación de los Planes Hidrológicos de cuenca intercomunitarios de 1998 con información de base que procedía de finales de la década de los años 80. Si se tiene en cuenta, además, la necesidad de configurar procedimientos flexibles de modificación del planeamiento sobre la que ya he insistido en alguna ocasión en este trabajo, se comprende la necesidad de conseguir un equilibrio entre la máxima transparencia y la difusión de la información y, a su vez, una adecuada agilidad en la adopción de las decisiones finales.

3.4. Planificación hidrológica. Alguna reflexión adicional sobre la Directiva 2000/60/CE

La planificación hidrológica es una realidad en nuestro derecho y en nuestra política de aguas (baste recordar la aprobación de los Planes Hidrológicos de cuenca sustancialmente realizada en 1998 con la aprobación de los Planes de cuenca intercomunitarios y el de las cuencas internas de Cataluña con la aprobación posterior de los Planes Hidrológicos de Illes Balears y de Galicia-costa y de los insulares canarios así como del Plan Hidrológico Nacional por la Ley 10/2001 con modificaciones posteriores) y, a su vez, es una parte fundamental de la Directiva 2000/60/CE que ordena la realización de Planes hidrológicos de cuenca con ámbito de demarcación hidrográfica¹¹.

Es conocido, sin embargo, cómo la configuración de los Planes hidrológicos en la Directiva 2000/60/CE es diversa de lo que hasta ahora era conocido en nuestro derecho¹². Y ello por el hecho de su extensión material, al abarcar no sólo a las aguas continentales sino extenderse también su campo decisional a las aguas costeras y de transición y de variar alguno de sus contenidos y, además, porque la Planificación hidrológica es en nuestro derecho una norma jurídica¹³ y no existe nada previsto sobre el particular en la Directiva 2000/60/CE. Más bien podría decirse, incluso, que el contenido de la Directiva 2000/60/CE permite interpretar que la vinculatoriedad directa de los Planes, y el ser en sí mismos una muestra de particularización del derecho general de aguas en relación a la cuenca concreta (que es el papel que los Planes hidrológicos juegan en España) están muy alejados del tenor literal de las normas comunitarias que cito y ello tanto en sus preceptos, por supuesto, como también en la forma general de configurar por ellas el régimen de la planificación hidrológica.

Esto no debe preocupar porque en modo alguno debe verse la Directiva 2000/60/CE como un texto que los países comunitarios deben, simplemente, desarrollar en su propio marco jurídico. Eso sería contradictorio con la propia configuración de las

¹¹ Puede comprenderse fácilmente que en el contexto de la Directiva 2000/60/CE, preocupen solamente los Planes Hidrológicos de cuenca con ámbito de demarcación. La existencia de un Plan Hidrológico Nacional es propia del derecho español y está vinculada, prácticamente con exclusividad, a la regulación de las transferencias de recursos hídricos entre distintos ámbitos territoriales de Planes Hidrológicos de cuenca. En un contexto comunitario como el que la Directiva 2000/60/CE debe de contemplar necesariamente, no tiene sentido una regulación del Planes hidrológicos “nacionales” con independencia de la entera legitimidad de la legislación interna de los países –como el caso de España- para regularlos si así lo consideran necesario.

¹² Vid. consideraciones de FANLO LORAS, en su trabajo recogido en la bibliografía.

¹³ Esta consideración proviene de un trabajo que publiqué en 1991 y que ha sido luego incorporado por toda la doctrina que se ocupa del particular (vid. ello en el trabajo que se cita en la bibliografía de FANLO LORAS) y es, además, la naturaleza que han asumido todos los Planes hidrológicos.

Directivas comunitarias (que fijan objetivos, pero que no señalan medios para conseguirlos, necesariamente, como señala el Tratado de las Comunidades Europeas y repite incesantemente el Tribunal de Justicia) y, además, incompatible con lo que el propio Tribunal de Justicia comunitario ha señalado en relación a esta Directiva 2000/60/CE al indicar, en el marco de un reciente proceso contra Luxemburgo, que no se trata de una norma de “armonización” de los derechos nacionales con lo que, al tiempo, ha subrayado la relativa autonomía que tienen los países a la hora de la transposición siempre y cuando, claro está, cumplan los objetivos que fija la Directiva¹⁴. La transposición al derecho español, en lo relativo a la planificación hidrológica –y a otras cuestiones- ha sido una operación que no ha tenido para nada en cuenta la necesidad de conjugar la propia tradición del derecho español en este punto, con las prescripciones de la Directiva 2000/60/CE. Se ha producido tras el art. 129 de la Ley 62/2003 una mera agregación de normas de la que no resalta –al menos jurídicamente- una idea clara de lo que se pretende sea ahora entre nosotros la planificación hidrológica. En particular no hay una clara distinción y articulación entre los planes hidrológicos y los programas de medidas. Para la Directiva 2000/60/CE que, como digo, no se sustenta en una consideración de los Planes hidrológicos como norma jurídica, son solo los programas de medidas el elemento operativo y transformador o modificador de una realidad, pero eso no debería suceder específicamente en el derecho español que sí se basa en la consideración normativa de los Planes hidrológicos de cuenca.

Algunas cuestiones, menores, que podrían preocupar han quedado aclaradas con el reciente Reglamento de planificación hidrológica (2007), pero el fondo de los problemas a los que me refiero debería haber sido considerado en una norma de rango legal. Más en concreto, el marco jurídico de una planificación hidrológica adaptada a la Directiva 2000/60/CE y congruente con una tradición normativa española cuya valoración juzgo positiva –otra cosa sería si no lo fuera- debería contemplarse dentro del contenido de una nueva Ley completa de aguas que, como se podrá observar más adelante, es una de las conclusiones y recomendaciones que se contienen en este trabajo.

3.5. Recuperación de costes

El art. 9 de la Directiva 2000/60/CE regula la llamada recuperación de costes de los servicios proporcionados por el agua. Sobre el precepto se ha escrito bastante y comenzado a discutir algo –nada parecido a lo que se escribirá y discutirá sobre él en el futuro- porque tiene una evidente voluntad de ambición (ahí es nada referirse a los “costes ambientales” entre los que deben tenerse en cuenta para el cómputo de los costes que deben recuperarse) aunque el resultado no haya sido excesivamente lucido desde el punto de vista de la precisión, lo que en una materia tan sensible como ésta y, a la vez, imprescindible para el éxito del conjunto de la Directiva 2000/60/CE, es,

¹⁴ Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 30 de noviembre de 2006, que recae en el asunto C-32/05, que tiene por objeto un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Gran Ducado de Luxemburgo. En el apartado 42 de la Sentencia se dice lo siguiente: “...procede recordar que la Directiva 2000/60/CE es una directiva marco adoptada sobre la base del artículo 175 CE, apartado 1. Establece principios comunes y un marco global de acción para la protección de las aguas y garantiza la coordinación, integración y, a más largo plazo, el desarrollo de los principios generales y de las estructuras que permitan la protección y una utilización ecológicamente viable del agua en la Comunidad Europea. Los principios comunes y el marco global de acción que instituye deben ser desarrollados con posterioridad por los Estados miembros, quienes deben adoptar una serie de medidas particulares de conformidad con los plazos previstos por la Directiva. Sin embargo, ésta no busca una armonización total de la normativa de los Estados miembros en el ámbito del agua” (el resalte tipográfico es mío).

evidentemente, criticable. Quizás la Directiva 2000/60/CE no pudo llegar al grado de precisión (con el consiguiente e inestimable servicio al principio de seguridad jurídica, consustancial al Estado de Derecho) que sería exigible en una norma de este tipo dadas las muchas presiones recibidas y los variados compromisos que debieron atenderse para que, finalmente, el texto pudiera llegar al Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Pero lo cierto es que el artículo 9 permite distintas interpretaciones en cuestiones fundamentales y, sobre todo, distintas posibilidades de aplicación, contrapuestas algunas de ellas.

Y en esto otra vez la transposición española realizada por el art. 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, no ha arreglado nada sino que se ha limitado a reproducir el texto de la Directiva 2000/60/CE dejando para más adelante, se supone, la creación del marco normativo de una cuestión que tiene una evidente trascendencia social y económica que a nadie se le puede ocultar. Lo contrario sería engañarse¹⁵. Como, igualmente, sería engañarse el desconocer que una de las condiciones –no la única– para que se de el “éxito” en la aplicación de la Directiva 2000/60/CE es, precisamente, la plena consideración económica del recurso con la creación de un marco jurídico que incentive, efectivamente, a su utilización lo más racional posible.

El tiempo que queda para el cumplimiento de los objetivos en este caso fijados por la Directiva 2000/60/CE no es demasiado (el año 2010), sobre todo si se tiene en cuenta la evidente “maduración” que una cuestión como la que se trata necesita en el seno de la sociedad española, pues, aunque pueda inicialmente parecer lo contrario, lo que se trata en este punto del trabajo no es una cuestión atinente solamente a los “usuarios” en el concepto estricto que tal palabra debe tener sino al conjunto de la ciudadanía¹⁶. Y creo, además, que el cumplimiento de esos objetivos necesita como condición previa de la creación de un marco jurídico adecuado que en este momento no existe, al menos, de forma completa. Tampoco puede pensarse que con la mera apelación a alguna parte del contenido de los futuros Planes Hidrológicos de cuenca se pueda entender solucionado el problema. Esto sucedería, solamente, si el análisis económico que los Planes Hidrológicos deben realizar demostrara el cumplimiento –con el derecho actual– del principio de recuperación de costes. Ello puede ser perfectamente posible, ¿por qué no?, pero no puede asegurarse a priori¹⁷.

En todo caso, siempre queda la labor de la Comisión Europea por vía del seguimiento del cumplimiento de los objetivos de la Directiva 2000/60/CE y de la formulación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su caso, del recurso de

¹⁵ Una prueba de lo que refiero está constituida, en la presente legislatura, por los intentos de fijación por el Ministerio de Medio Ambiente de un “precio” por el agua que chocaron, parece, con la oposición del Ministerio de Agricultura. Con independencia de la oportunidad, o no, del momento elegido para ello, un marco jurídico claro de la cuestión que tratamos, hubiera ayudado a la decisión final. Un marco jurídico que hubiera debido resolver la gran cuestión básica todavía no planteada en ese momento: si la introducción de un precio por el agua es requisito esencial para que se cumpla el principio de recuperación de costes.

¹⁶ Usuario, como antes se ha dicho, es una persona titular de un derecho al aprovechamiento del agua, provenga éste de Ley, concesión o título histórico. Por poner un ejemplo claro de lo que quiero transmitir, los vecinos de un Municipio, así, no son usuarios sino que quien lo es –dentro de los términos estrictos que estoy refiriendo– es el Municipio, el sujeto sobre el que, en teoría, deberán recaer los costes de los servicios proporcionados por el agua (los costes del “agua en alta”) y luego éste repercutirlos en la forma que crea conveniente sobre sus vecinos.

¹⁷ El intento al que antes me he referido del Ministerio de Medio Ambiente de introducir un precio por el uso de agua, sería una prueba de que desde la propia Administración hídrica no se consideraba correcto el ordenamiento jurídico hasta ese momento –y también ahora– existente.

incumplimiento cuando opine que no se está dando en alguno de los países comunitarios, de forma efectiva, el cumplimiento de lo indicado en el art. 9¹⁸.

3.6. Regulación de los nuevos recursos: desalación y reutilización

No ha sido preocupación directa de la primera norma postconstitucional de aguas (la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas) la profundización en la utilización de recursos hídricos “no convencionales” como serían los provenientes de la reutilización de aguas residuales depuradas o de la desalación de aguas marinas o desalobración de aguas saladas continentales. Sí que existían en el texto citado algunas menciones a la reutilización, pero nada en relación a la desalación. Es con la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, cuando se produce por primera vez una regulación legal de la actividad de desalación (antes, en 1995 el Gobierno había operado por medio de un Real Decreto que la Ley 46/1999 deroga) cambiándose también algunas premisas jurídicas de la reutilización. El conjunto de las modificaciones que refiero están presididas por un principio de favorecimiento de la actuación de los particulares¹⁹ y miran a que pueda incrementarse el volumen de recursos no convencionales. Cero que la regulación es congruente, por otra parte, con otra novedad de la Ley 46/1999, como es la creación normativa de un marco del “mercado del agua” (la regulación de los contratos de cesión de derechos de uso de agua y de los Centros de Intercambio de derechos de uso de agua) que tienen el fondo común de intentar incrementar la oferta del recurso sin acudir a la realización de las clásicas obras hidráulicas de regulación y canalización²⁰.

Lo cierto es que nada se hará para utilizar las nuevas previsiones normativas porque la aparición de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, con la regulación de la transferencia de 1050 Hm³ desde la cuenca del Ebro a las cuencas del arco mediterráneo, supone un olvido de dichas regulaciones de la Ley 46/1999 dado que se acude a la clásica obra de transporte de aguas superficiales para allegar los recursos que se consideran necesarios en el Mediterráneo. Conocida es la derogación jurídica de lo relativo a esta transferencia de aguas por Real Decreto-Ley en 2004 y la consolidación jurídica de dicha derogación por la Ley 11/2005, que en lo relativo a la desalación vuelve a la consideración del agua desalada como bien de dominio público

¹⁸ Esto, en la pura teoría. En la práctica y dado el marco jurídico creado por el art. 9 de la Directiva 2000/60/CE, no será tan sencilla la argumentación de un recurso de incumplimiento por estas cuestiones si bien estoy seguro de que los habrá en el futuro, así como que –de no existir marcos jurídicos nacionales claros sobre el particular- será el Tribunal de Justicia comunitario quien en este tema –como en tantos otros- deberá establecer las condiciones que suponen el cumplimiento de este principio de recuperación de costes de los servicios proporcionados por el agua.

¹⁹ Por ejemplo y en lo relativo a la desalación, la clave de la modificación normativa de la Ley 46/1999, es considerar que el agua desalada como producto industrial es un bien de propiedad privada que puede ser dispuesto libremente por el desalador, y que solo se transforma en un bien de dominio público hidráulico cuando se “incorpora” a un bien de esta categoría. Igualmente la actividad de desalación se somete al principio de autorización, huyendo de la concesión que regulaba el RD de 1995 al que antes me refería en el texto.

²⁰ En su conjunto la Ley 46/1999 tenía una evidente impronta ambiental e intentaba abrir caminos de futuro, cosa que en el plano de lo normativo fue conseguido aun cuando, como se dice en el texto, la Ley no fuera objeto de aplicación en un primer momento debiendo haber debido esperar algunas de las innovaciones normativas, a su efectiva aplicación en tiempos bastante recientes (por ejemplo en lo relativo al comercio de derechos de uso de agua y al uso efectivo de las posibilidades de desalación, bien que ahora con el marco jurídico modificado por la Ley 11/2005).

hidráulico desde el primer momento estando su utilización, por lo tanto, sometida a concesión así como el mismo ejercicio de la actividad de desalación.

La contraposición entre tendencias “privatizadoras” de la Ley 46/1999 y publicadoras de la Ley 11/2005 en lo relativo a la desalación, sería una forma parcial de ver las cosas, porque con una u otra norma lo cierto es que la actividad de desalación en nuestro país hasta ahora solo ha sido realizada de forma efectiva y significativamente importante, por el poder público (ahora actuando fundamentalmente a través de la Sociedad estatal Aguas del Mediterráneo S.A., ACUAMED). El marco jurídico actual no favorece, precisamente, esa actuación del poder público porque existen algunas indefiniciones que pueden ayudar a suscitar –y suscitan- conflictos competenciales²¹ y tampoco están claros los poderes de la Administración pública promotora de la desalación cuando actúa a través de una Sociedad estatal²². Sería conveniente, por tanto, que una futura regulación jurídica de la desalación –y de la reutilización²³- en el marco de una nueva Ley de Aguas, solventara estos problemas ofreciendo un marco más claro de comportamiento para todos.

3.7. Comercio de derechos de uso de agua

Fue, como ya se ha anticipado en este trabajo, la Ley 46/1999 quien, por primera vez, reguló en el derecho español el comercio de derechos de uso de agua a través de un instrumento perteneciente al derecho “privado” (el contrato de cesión de derechos de uso de agua) y de la regulación de la creación y actividades de una organización pública (los Centros de Intercambio de Derechos de uso de agua) vinculados a las Confederaciones Hidrográficas. La regulación llevada a cabo, como ya he dicho en otras ocasiones, es matizada, fuera de los excesos privatizadores de determinados países (Chile es el paradigma de dicha privatización) y atenta a impedir las especulaciones que pudieran producirse por los presuntos “aguatenientes” en este ámbito. Solo he encontrado fuera de medida, la regulación de un silencio positivo en la autorización de los contratos que debe llevar a cabo la Administración hídrica, lo que es una cuestión menor en el conjunto de esta regulación jurídica²⁴.

Pero como también he anticipado en este trabajo, la Ley 46/1999 en estos aspectos, como en lo relativo a la desalación y reutilización, no se puso en marcha, como cabría

²¹ Pende ante el TC en este momento un conflicto jurídico entre la Comunidad Autónoma valenciana y el Estado suscitado en torno a la construcción de una desaladora en Torrevieja.

²² La relación entre los usuarios de las instalaciones de desalación y reutilización y la Sociedad estatal promotora de las obras, también merecería una presencia normativa. En general, las experiencias habidas en los últimos años deberían animar a una regulación más pormenorizada de lo que hasta este momento existe, como muestra del interés de los poderes públicos por promover este tipo de recursos no convencionales.

²³ Sigue pendiente desde 1985, la aparición de un reglamento por parte del Gobierno, que regule el marco general de la reutilización. Los intentos habidos en distintos momentos, no han fructificado hasta el momento. No desconozco que la cuestión presenta evidentes dificultades, sobre todo desde los aspectos sanitarios y de la determinación de los usos a que pueden dedicarse las aguas a reutilizar según las características de los primeros y de las segundas, pero se cuentan con experiencias de otros países (Estados Unidos de América) y organizaciones internacionales (prescripciones de la Organización Mundial de la Salud) que podrían ayudar a avanzar en un camino de imprescindible recorrido.

²⁴ El Gobierno de Aragón formuló recurso de inconstitucionalidad contra esta regulación de silencio positivo que aun está pendiente de resolución por parte del TC.

esperar, nada más promulgarse la Ley²⁵. Solo ha sido durante la sequía iniciada en 2004 cuando ha comenzado a existir una utilización del contrato de cesión de derechos de uso de agua de una forma significativa e, igualmente, se han constituido algunos Centros de Intercambio de Derechos de uso de Agua que están realizando actividades también de cierta significación²⁶.

Esto permite concluir en que el mercado de agua no ha sido la “varita mágica” que, como algunos postulaban o defendían, iba a constituirse en uno de los signos distintivos y prácticamente exclusivos del nuevo derecho de aguas, pero, sin embargo, sí que con transacciones escasas en número y volumen pero significativas en cuanto al momento en el que operan, se ha podido contribuir a la resolución de conflictos en momentos de crisis hídrica. Lo que también pone de manifiesto esta parte del trabajo en la que nos encontramos, es la escasa importancia que instituciones claves del derecho de aguas en otros momentos, como la concesión, tienen en un momento en el que no existen nuevos recursos, al menos convencionales, que otorgar²⁷.

A los efectos, finalmente, de prever futuras innovaciones normativas en este terreno, creo que la mera modificación del sentido del silencio positivo en la autorización de contratos transformado ahora en negativo, sería suficiente. Uniendo a ello el incremento de las posibilidades interventoras de la Administración Pública para lo que, entre otras cosas, el contenido de la disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 9/2006, debería pasar al contenido de una nueva Ley de Aguas.

3.8. Aguas subterráneas. Regulación de supuestos sensibles y medidas de mejora normativa

Uno de los puntos negros de la actual gestión de las aguas y con responsabilidades tanto en la actuación de unos particulares decididos a infringir la norma como en una actitud durante mucho tiempo parsimoniosa o no excesivamente diligente de la Administración pública en corregir determinados comportamientos en ciertos lugares sensibles de España, lo constituyen las aguas subterráneas. Eso ha llevado consigo una degradación de determinados acuíferos, con la necesidad de propiciar declaraciones de sobreexplotación y, sobre todo, de adoptar medidas para invertir la tendencia de la situación. Es en ese contexto en que la disposición adicional cuarta de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, prevé la formación del Plan Especial del Alto Guadiana al que ya se han dedicado algunas menciones en este trabajo y que está pronto, parece, a ser aprobado definitivamente.

²⁵ La Ley apelaba al necesario desarrollo reglamentario en alguno de sus preceptos, y este desarrollo no llegó hasta mayo de 2003, operándose por medio de una reforma del Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

²⁶ Estoy pensando en los Centros de Intercambio de Derechos de uso del agua de la cuenca del Júcar o de la del Guadiana. En este último caso, además, las ofertas de adquisición de derechos y la reserva de algunos de los derechos adquiridos para mejorar la situación de algunos acuíferos (cosa que se puede hacer a partir de la innovación normativa del Real Decreto-Ley 9/2006, disposición adicional tercera), es parte esencial del Plan Especial del Alto Guadiana en estos momentos pendiente de aprobación definitiva habiéndose producido ya algunas ofertas por parte del Centro con anticipación, incluso, a la aprobación del Plan.

²⁷ Crisis de la concesión de aguas en cuanto a instrumento válido para el otorgamiento de nuevos recursos que no existen, al menos en cantidades significativas. Obviamente la concesión como institución necesitaría en este momento de una profundización en algunos de sus aspectos, como la modificación y la revisión, referentes a concesiones existentes. Vid. sobre todo ello el magnífico estudio de F. LOPEZ MENUJO, contenido en el Diccionario de Derecho de Aguas que aparece en la Bibliografía.

Pero al margen de medidas específicas para corregir la situación en algún lugar del territorio nacional, parece que el ordenamiento jurídico de las aguas, en lo que se refiere a las subterráneas, debiera ser objeto de innovaciones normativas. A ello me he referido en otro lugar, limitándome a transcribir en este trabajo las propuestas de modificación normativa que podrían tener lugar, algunas de las cuales se encontraban ya en el Anteproyecto de Ley presentado por el Ministerio de Medio Ambiente la pasada primavera. Serían las siguientes:

a) Una de las características del actual régimen jurídico de las aguas subterráneas que se origina por las disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, consiste en que las modificaciones del régimen de aprovechamiento –en el caso de que se haya optado por permanecer en el régimen privado- conducen ineludiblemente al régimen público, debiendo otorgarse la correspondiente concesión. Creo que se debería precisar algo más en qué consistirían esas modificaciones del régimen de aprovechamiento y, además, cómo se otorgaría dicha concesión. En todo caso creo que no habría inconveniente en permitir –con el adecuado amparo normativo y control de la Administración hídrica- determinadas modificaciones allí donde las masas de agua subterránea no estuvieran en riesgo ni, además, pudieran ponerse en riesgo por dichas modificaciones, mientras que en las masas de agua subterránea en riesgo y con la necesaria precisión legal también, debería haber una prohibición estricta de tales modificaciones con el consiguiente pase a la situación concesional de aquél que las infringiere.

b) La libre apertura de pozos a que se refiere el art. 54.2 TRLA debe modularse y, entre otras cosas, distinguirse la finalidad de la utilización. Creo, así, que si la apertura del pozo tiene como finalidad la de un uso doméstico, de puro abastecimiento de agua, debería continuar el principio de libre apertura bien que reduciendo las cantidades, pues 7.000 metros cúbicos anuales parece excesivo para un uso de esa clase. Cualquier otro destino de las aguas debería llevar como consecuencia la necesaria obtención de la autorización administrativa para la apertura del pozo con independencia de la cantidad que se pretendiera usar.

c) Debe producirse una regulación específica de las Comunidades de usuarios de agua subterránea con una densidad normativa muy superior a la que hoy refleja el TRLA. Y ello tanto por razones ligadas a la misma peculiaridad de estas Comunidades (tiene que distinguirse la situación de unas Comunidades de aguas subterráneas en las que la titularidad de los derechos pertenecerá, ordinariamente, a sus miembros en relación a la situación de las Comunidades de aguas superficiales en las que son ellas, regularmente, las titulares de la concesión) como por la necesidad de ensayar nuevos caminos frente al fracaso de los actuales, enteramente burocráticos. En tal sentido, las Comunidades de usuarios (formadas tanto por titulares de aguas privadas como por concesionarios en los acuíferos) deberían responsabilizarse del control de los consumos de sus miembros, de la misma forma que sucede en las Comunidades de aguas superficiales. Obviamente para ello hace falta una actitud de franca cooperación con los Organismos de cuenca –y la ayuda técnica y económica de éstos- que debería estructurarse en el marco de los correspondientes convenios.

d) Naturalmente que de nada servirán las modificaciones legales si no van acompañadas de una actitud más comprometida de las Administraciones públicas (no solamente las puramente hidráulicas, sino que también tienen mucho que ver otras, como las competentes en materia agraria) y, por supuesto, de una actitud generosa del Legislador con las Administraciones hidráulicas para dotarlas de suficientes medios personales y materiales con los que cumplir su función. El problema fundamental de las aguas subterráneas no es de régimen jurídico, sino de gestión, y es en ese ámbito donde hacen falta las grandes novedades. Una modificación del régimen jurídico

puede cooperar, y mucho, a la mejora de las aguas subterráneas pero siempre con la condición de una Administración decidida a utilizar las posibilidades que le otorgue el derecho.

e) En todo caso quiero precisar, de forma negativa, que no creo necesaria una modificación “radical” del régimen jurídico de las aguas subterráneas transformando todas las existentes en aguas de dominio público, es decir, olvidando las opciones que se realizaron por los antiguos titulares en el período 1986-1989. En realidad la propiedad pública o privada de las aguas subterráneas creo que hoy ha perdido casi completamente su significación y, desde luego, no la tiene en relación a nuestro objeto principal de discusión en este trabajo, la Directiva 2000/60/CE, para la que es indiferente el tema de la titularidad pública o privada refiriendo todas sus medidas de prevención y protección ambiental a las aguas subterráneas, sin mención de su situación jurídica²⁸.

4. Conclusiones

De todo lo anteriormente expuesto resalta, ante todo, la necesidad de elaborar por completo una nueva Ley de Aguas, con líneas directrices claras y homogéneas, pensada de forma global y que supere los actuales defectos que se dan en virtud de un proceso continuo de acumulación de materiales normativos, no siempre respondiendo a las mismas preocupaciones. Es obvio que debe tratarse de una nueva Ley de Aguas adecuada a la problemática actual que presenta la utilización y protección de dicho recurso y que tenga en cuenta el enorme recorrido material e intelectual que se ha llevado a cabo desde la promulgación de la muy notable Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que situada en su contexto temporal merece plácemes, sin duda alguna, pero con un contenido sobrepasado en bastantes circunstancias por las nuevas necesidades y hasta por los cambios políticos y de concepciones sobre el gobierno del territorio.

Dentro de ese nuevo contexto cobran hoy una importancia fundamental las cuestiones de reparto de poder sobre las aguas, quizás la primera condición de lo que algunos llaman gobernanza, y que hoy está sometida en España a fuertes tensiones. El informe lleva a cabo diversas recomendaciones de las que debe destacarse a efectos de la formulación de conclusiones, sobre todo la necesidad de seguir partiendo de la cuenca hidrográfica como elemento territorial sustancial para la gestión de las aguas.

En esa nueva Ley de Aguas debe prestarse atención preferente a llevar a cabo una transposición adecuada a las exigencias de nuestro Derecho de la Directiva 2000/60/CE, cosa que no se ha producido hasta el momento. No se trata, ni mucho menos, de reproducir, simplemente, el tenor literal de la Directiva, que fue lo que se llevó a cabo en 2003, sino de insertar en la Ley los objetivos de esa Directiva con un lenguaje adecuado a la tradición y contexto del derecho de aguas español y, sobre todo, de imaginar instrumentos normativos para hacer realidad el cumplimiento de los objetivos de la Directiva. Esto tiene una especial incidencia en lo relativo a la planificación hidrológica o al principio de recuperación de costes de los servicios proporcionados por el agua, sectores en los que afloran sobre todo los defectos o insuficiencias del proceso de transposición realizado.

Finalmente destaco en estas conclusiones, remitiéndome en todo lo demás a los apartados II y, sobre todo, III del informe, la necesidad de reformar sustancialmente el

²⁸ Mayores desarrollos de todo lo que se encuentra en el texto pueden seguirse en mi trabajo, “A vueltas con la propiedad de las aguas”, cit. en la bibliografía.

marco jurídico de la gestión de las aguas subterráneas en España, dado que es en donde más deficiencias pueden destacarse hasta el punto de que en algún ámbito territorial se están intentando soluciones ad hoc (me estoy refiriendo al Plan Especial del Alto Guadiana) cuya efectividad y operatividad deberá ser una de las tareas prioritarias de los distintos sectores de la doctrina científica, en cuanto las técnicas allí contenidas pueden, caso de tener éxito, ser susceptibles de exportarse a otros lugares de la geografía española donde, hipotéticamente, puedan en algún momento presentarse problemas semejantes.

Referencias

Dada la variedad de temas estudiados en el trabajo, la narración bibliográfica podría ser interminable por lo que prefiero limitarme a bibliografía propia del período temporal examinado. Bastantes de los textos citados son de autor colectivo y, desde luego, a través de los mismos, se puede tener pleno conocimiento del conjunto de la bibliografía sobre derecho de aguas en España.

AAVV (2006) *Derecho de aguas*. Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia.

Delgado Piqueras F. (2001) *El nuevo marco comunitario de la política de aguas: la Directiva 2000/60/CE/CE*. Esperia Publications Ltd, London

Embid Irujo A. (dir) (2006) *El derecho al agua*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

Embid Irujo A. (2006) A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa, en A. EMBID IRUJO (dir.), *Propiedades públicas*, Justicia Administrativa, número extraordinario de 2006, pp. 183-206.

Embid Irujo A., Albiac Murillo J, Tortajada Quiroz C. (2007) *Gestión del agua en Aragón*. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

Embid Irujo A. (dir.) (2007) *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

Embid Irujo A. (dir.) (2007) *Diccionario de derecho de aguas*, Iustel, Madrid.

Embid Irujo A. (dir.) (2007) *Agua y territorio*, Thomson.-Civitas, Cizur Menor.

Fanlo Loras A. (2006) Planificación hidrológica en España: estado actual de un modelo a fortalecer, *RAP* 169: 265-299.

Martín-Retortillo, S. (1997) *Derecho de aguas*, Civitas, Madrid.

González Varas, S. (coordinador) (2007) *Nuevo derecho de aguas*, Thomson-Civitas

Tirado Robles C. (2004) *La política del agua en el marco comunitario y su integración en España*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.