

Fundación Nueva Cultura del Agua

PANEL CIENTÍFICO-TÉCNICO DE SEGUIMIENTO DE LA POLÍTICA DE AGUAS

Convenio Universidad de Sevilla-Ministerio de Medio Ambiente

La adaptación española de la Directiva marco del agua

Abel La Calle Marcos *

Universidad de Almería

Índice

	Pág.
1. Introducción	1
2. La Directiva Marco del Agua y la adaptación española.....	1
2.1. Los caracteres de la Directiva	1
2.2. La adaptación española de la Directiva	5
2.3. La completitud y corrección de la adaptación.	6
3. La adaptación de la política de aguas	7
3.1. La necesidad de una adaptación sustancial	7
3.2. Un nuevo enfoque ecosistémico	8
3.3. La prioridad de la protección	9
3.4. La prevención de todo deterioro adicional	11
3.5. La vocación integradora	12
4. La adaptación de la administración pública del agua	14
4.1. El diálogo institucional y social.	14
4.2. La Autoridad competente de la Demarcación hidrográfica	16
4.3. Los conceptos territoriales de la Directiva marco del agua.....	19
5. La adaptación de la planificación y gestión hidrológicas	26
5.1. El análisis y estudios previos.....	26
5.2. Los inventarios de recursos y los caudales ecológicos	27
5.3. La participación pública en la planificación hidrológica.....	30
6. La adaptación del sistema autorizatorio y concesional	32
7. Conclusiones y recomendaciones.....	37

1. Introducción

El presente informe pretende analizar la adaptación del Derecho español de la Directiva marco del agua. Al tratarse de una norma compleja y muy amplia no se pretende agotar todos los temas de la materia y se centra en aquellos que parecen más problemáticos.

El estudio de los problemas de la adaptación puede llevar al lector a tener una idea muy negativa de cómo se ha llevado a cabo la modificación del sistema jurídico español, por ello conviene realizar algunas advertencias. En España, a diferencia de otros países, la especial sensibilidad con se tratan los temas de aguas está dando como resultado un fructífero debate sobre lo que ha de ser la futura política de aguas. Por otra parte, hay aspectos en los que la adaptación del Derecho interno ha sido correcta en su contenido y prácticamente en plazo que no se citan pues la materia es amplia y el espacio limitado, y sobre todo tienen menor interés práctico para el análisis jurídico.

El informe comienza haciendo una breve reseña de los principales caracteres de la Directiva marco del agua y de los aspectos formales y generales de la adaptación del Derecho español. Continúa estudiando la necesidad de la adaptación sustancial de la política de aguas española que es una tarea aún pendiente y llamando la atención sobre la adopción del enfoque ecosistémico y el principio de prevención de todo deterioro adicional, así como la imprescindible atención que ha de prestarse al principio de integración. Después, en los aspectos institucionales, estudia el refuerzo que exige la Directiva del diálogo institucional y social, el debate sobre la Autoridad competente de la Demarcación, especialmente sensible por el Estado de las Autonomías, y los conceptos territoriales ligados a esta cuestión. La adaptación del sistema de planificación y gestión se centra sólo algunos aspectos como son el diagnóstico a través de los estudios previos y la participación pública en el proceso de elaboración de los planes hidrológicos de cuenca. Por último analiza también algunas materias con problemas respecto del sistema autorizatorio.

En las conclusiones se pretende ofrecer un conjunto de sugerencias para una correcta y completa adaptación de la Directiva marco del agua que, como ocurre con el análisis realizado, no es exhaustiva.

2. La Directiva marco del agua y la adaptación española

2.1. Los caracteres de la Directiva

La Directiva marco del agua¹ es el basamento jurídico sobre el que la Unión Europea está construyendo una política de aguas sostenible, como norma es innovadora y ambiciosa en sus objetivos, compleja en su contenido y aplicación, e integradora y

* Profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Almería y Abogado.

¹ 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 DO L 327 22/12/2000. Modificada por la Decisión 2455/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2001, por la que se aprueba la lista de sustancias prioritarias en el ámbito de la política de aguas, y por la que se modifica la Directiva 2000/60/CE, DO L 331 15-12-2001.

participativa en sus métodos. Todo ello la ha convertido en un centro de atención multidisciplinar y social².

Como norma ha introducido una nueva concepción regulatoria del Derecho comunitario ambiental, basada en las estrategias de sostenibilidad y en la táctica de establecer directivas marco de carácter general para un amplio ámbito de actuación³.

La Directiva se caracteriza como «marco» porque sirve de base para la adopción de otras directivas específicas. Para dar coherencia al conjunto de directivas específicas ya existentes en materia de aguas, la Directiva marco estableció la derogación de aquellas que sustituye en dos fases 2007⁴ y 2013⁵, y dejó vigentes las que la complementan⁶. En su desarrollo ya se han aprobado más directivas específicas⁷ y nuevas propuestas están en trámite⁸.

² Antonio Embid Irujo, «Consideraciones jurídicas generales sobre la Directiva-marco de aguas con atención especial a las aguas subterráneas», *Revista interdisciplinar de Gestión ambiental*, enero 2003, y en AIH-GE, *Presente y futuro del agua subterránea en España y la Directiva marco europea*, IGME, Madrid, 2003 p. 11.

³ Ducan Matthews, "The Framework Directive on Community Water Policy: A New Approach for EC Environmental Law" en *Yearbook of European Law*, vol. 17, 1997, p. 191. De forma paralela a la Directiva marco del agua se aprobó también otra directiva marco en materia de protección atmosférica la Directiva 96/62/CE del Consejo de 27 de septiembre de 1996 sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente, DO L 296 21-11-1996.

⁴ Conforme al artículo 22.1 de la Directiva 2000/60/CE el 22-12-2013 el 22-12-2007 van a ser derogadas: Directiva 75/440/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la calidad requerida para las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable en los Estados miembros; Directiva 79/869/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1979, relativa a los métodos de medición y a la frecuencia de los muestreos y del análisis de las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable en los Estados miembros; y la Decisión 77/795/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1977, por la que se establece un procedimiento común de intercambio de informaciones relativo a la calidad de las aguas continentales superficiales en la Comunidad.

⁵ Conforme al artículo 22.2 de la Directiva 2000/60/CE el 22-12-2013 van a quedar derogadas: Directiva 2006/44/CE del Consejo de 6 de septiembre de 2006, relativa a la calidad de las aguas continentales que requieren protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces; Directiva 2006/113/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la calidad exigida a las aguas para cría de moluscos; Directiva 80/68/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas; y Directiva 2006/11/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2006, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad.

⁶ Directiva 98/83/CE del Consejo, de 3 de noviembre de 1998, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano; Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño que será sustituida por la Directiva 2006/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2006, relativa a la gestión de la calidad de las aguas de baño y por la que se deroga la Directiva 76/160/CEE; Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, relativa al tratamiento de las aguas residuales urbanas; y Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura.

⁷ Directiva 2006/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2006, relativa a la gestión de la calidad de las aguas de baño y por la que se deroga la Directiva 76/160/CEE; Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro; y Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación.

⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Directiva 2000/60/CE por la que se establece un marco comunitario de

En lo que concierne a su redacción, desde el principio se ha reclamado una de mayor claridad y precisión⁹ que no se ha satisfecho en su prolongada tramitación¹⁰, ni con la multitud de enmiendas realizadas¹¹. En su debate y en la yuxtaposición de posiciones plasmadas en el texto final, se evidencian la bipolaridad de intereses¹² entre el crecimiento económico de la generación actual y la protección ambiental intergeneracional.

El objetivo del buen estado de las aguas y ecosistemas acuáticos para el 2015¹³ es innovador en la materia¹⁴ y ambicioso en el plazo. Especialmente si se toman en consideración las circunstancias en las que se adopta. Entre estas circunstancias son destacables las siguientes: se refiere al estado de los ecosistemas, no sólo a la calidad química del agua como era habitual; se trata de un objetivo común obligatorio¹⁵ para

actuación en el ámbito de la política de aguas, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión [COM (2006) 921; y Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de julio de 2006, relativa a las normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas y por la que se modifica la Directiva 2000/60/CE, COM (2006) 397 final.

⁹ Duncan Matthews, "The Framework Directive on Community Water Policy: A New Approach for EC Environmental Law", *Yearbook of European Law*, vol. 17, 1997, p. 206.

¹⁰ Abel La Calle Marcos, "El nuevo marco jurídico que introduce la Directiva Marco de Aguas en la Unión Europea", en *El agua en España, Propuestas de futuro*, (edición prologada por Arrojo Agudo, P.), Ediciones del oriente y del mediterráneo. Madrid, 2004.

¹¹ La falta de claridad ha provocado posiciones desiderativas de mejora «la Directiva debe a) ser más clara y explícita en lo que se refiere a la protección de los sistemas hídricos y la salud de las personas sin condicionar estos objetivos prioritarios a los criterios económicos (monetarios), b) eliminar de una vez para siempre la confusión, probablemente no casual, derivada de la incompatibilidad existente entre la aplicación del principio de precaución y el mantenimiento del principio, obsoleto en su concepción y prácticamente nunca aplicado, según el cual el que contamina paga y c) explicitar, crear y potenciar de manera mucho más precisa el papel y los marcos del debate público para profundizar en la democracia cotidiana o democracia deliberativa en relación con los problemas ambientales» Federico Aguilera Klink, Valor, uso y precio del agua: La protección de los recursos hídricos y el papel del análisis económico en la Directiva 2000, Nuno Grande, Pedro Arrojo Agudo y Javier Martínez Gil (coordinadores), *Una cita europea con la nueva cultura del agua: la Directiva marco. Perspectivas en España y Portugal, II Congreso Ibérico sobre Planificación y Gestión de Aguas*, Zaragoza, 2001, p. 708, y críticas más duras: «texto prolijo, farragoso y de no fácil comprensión» Sebastián Martín-Retortillo y Baquer, «Desarrollo sostenible y recursos hidráulicos. Reflexiones en el entorno de la reciente Directiva estableciendo un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas», *Revista de Administración Pública*, n. 153, 2000, p. 32; quienes han indagado en su contenido «tan sólo se han encontrado preguntas y un cierto desconcierto» Isabel Caro-Patón Carmona, "La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general", en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, 2006 p. 38.

¹² José Juste Ruiz, *Derecho internacional del medio ambiente*, McGraw-Hill, Madrid, 1999, p. 42.

¹³ Artículo 4 Directiva 200/60/CE.

¹⁴ «La directiva ha acuñado el concepto de estado ecológico que está llamado a ser un elemento fundamental para la mejora de los ecosistemas acuáticos en todos los países europeos, dependiendo de cómo se use y se aplique» Narcís Prat, «Problemas y perspectivas en la definición del estado ecológico de los ecosistemas fluviales peninsulares ibéricos», en Nuno Grande, Pedro Arrojo Agudo y Javier Martínez Gil (coordinadores), *Una cita europea con la nueva cultura del agua: la Directiva marco. Perspectivas en España y Portugal, II Congreso Ibérico sobre Planificación y Gestión de Aguas*, Zaragoza, 2001, p. 43.

¹⁵ Como señala Araceli Mangas Martín «Lo realmente importante es que el Estado miembro destinatario asegure el resultado fijado: es una obligación imperativa impuesta por el Tratado a los Estados miembros (sentencias de 1 de febrero de 1977, *Verbond van Nederlanse*, 51/76; 26

un considerable número de Estados, todos los miembros de la Unión Europea; pretende actuar sobre el modelo de políticas de aguas centradas en la oferta de recursos para el crecimiento económico; y, especialmente, pretende responder al preocupante estado de deterioro de las aguas europeas¹⁶. Recuérdese que la Directiva se justifica como propuesta marco por la ineficacia de las directivas existentes para mejorar la calidad de las aguas europeas¹⁷.

Este objetivo ambicioso de protección ha convertido a la Directiva en una metáfora¹⁸ de la defensa de los ecosistemas acuáticos. Para los movimientos ciudadanos y organizaciones ambientales es una esperanza en que la sociedad puede aún recuperar una relación de cierta armonía con los ríos.

En su contenido encarna un cambio cualitativo y no sólo cuantitativo en la política de aguas¹⁹. Cambia la correlación de valores de esta política, colocando en primer lugar la protección de las aguas y ecosistemas, y en segundo su uso sostenible. Establece un modelo integrado y de participación activa en la planificación y gestión, frente al anterior modelo fragmentado y de participación limitada y reactiva. Incorpora los instrumentos económicos como elementos decisivos para lograr el uso sostenible.

Las exigencias de la participación pública activa que establece la Directiva marco del agua son también un rasgo nuevo en la política de aguas comunitaria, cuyo énfasis puede explicarse en parte por la coincidencia en su tramitación con la firma del Convenio de Aarhus de 1998²⁰ y la intervención al respecto del Parlamento Europeo en «codecisión» con el Consejo²¹.

de febrero de 1986, Marshall, 152/84 Vínculo a jurisprudencia TJCE; 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld, C-72/95; 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie c. Région Wallona C-129/96 Vínculo a jurisprudencia TJCE)» (Araceli Mangas Martín, «El sistema de normas del Derecho comunitario: El derecho derivado (Caracteres Generales y actos típicos)», <http://www.iustel.com>, Consultado 10-12-2007; 10:30.

¹⁶ Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo, Hacia una gestión sostenible del agua en la Unión Europea, Primera fase de aplicación de la Directiva Marco del Agua (2000/60/CE), Bruselas, 22.3.2007, COM(2007) 128 final.

¹⁷ Abel La Calle Marcos, «El nuevo marco jurídico que introduce la Directiva Marco de Aguas en la Unión Europea», en *El agua en España, Propuestas de futuro*, (edición prolongada por Arrojo Agudo, P.), Ediciones del oriente y del mediterráneo. Madrid, 2004.

¹⁸ «La esencia de la metáfora es entender y experimentar un tipo de cosa en términos de otra», George Lakoff y Mark Johnson, *Metáforas de la vida cotidiana*, Cátedra, Madrid, 2004, p. 41.

¹⁹ La Comisión Europea la propuso como una continuación integradora de la política ambiental diseñada en el Quinto programa de acción comunitaria en materia de medio ambiente (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la política de aguas de la Comunidad Europea, Bruselas 21-02-1996, COM(96) 59 final, p. 1) lo que no impide reconocerle el salto cualitativo en esta línea. Además, existen opiniones distintas: «no incorpora ningún cambio, sino que refuerza una tendencia ya presente en España de manera destacada desde la reforma de la Ley de aguas de 1999» Isabel Caro-Patón Carmona, «La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, 2006, 54, autora que cita a favor de su posición S. Leprince, «La nouvelle directive 2000/60 du Parlement et du Conseil instituant un cadre pour l'action communautaire dans le domaine de l'eau: coordination et efficacité?», *Actualités du Droit, Faculté de Droit de Liege*, Kluwer 2001-4, 2002, 1, pg. 874

²⁰ Convenio relativo al acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, Aarhus (Dinamarca), 25-06-1998, Ratificado por España en Instrumento de 15-12-2004 (BOE 16-2-2005) y adoptado por las Comunidades Europeas en Decisión 2005/370 de 17-02-2005.

²¹ El procedimiento legislativo por el que se inició la tramitación fue el de cooperación, pero con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999 quedó sustituido por el procedimiento de codecisión que otorga al Parlamento un mayor poder en el procedimiento

2.2. La adaptación española de la Directiva

La adaptación del Derecho interno a la Directiva marco del agua es una obligación de resultado para los Estados²² cuyo plazo de tres años expiró el 22 de diciembre de 2003²³. Pero pocos Estados modificaron su legislación en el tiempo otorgado y las adaptaciones realizadas han sido de escasa calidad en opinión de la Comisión Europea²⁴, aunque este no sea un problema exclusivo de esta Directiva²⁵.

La política de aguas del Gobierno español (legislatura 2000-2004) centró sus esfuerzos en la aprobación del Plan Hidrológico Nacional y la ejecución de las transferencias del Ebro, tarea que supuso un conflicto social de inusitado alcance en esta materia. En ello se agotaron los tres años de plazo y, en el último mes, se incluyó una modificación de la Ley de aguas en la llamada «ley de acompañamiento» a los presupuestos generales del Estado²⁶. La modificación fue aprobada previamente en una sesión de apenas dos horas y media en el Consejo Nacional del Agua²⁷. Esta adaptación ha merecido críticas por realizarse a través de una norma inadecuada para el fin propuesto, como es la «ley de acompañamiento», e introducirse a través de una enmienda en el Senado reduciendo su debate parlamentario²⁸.

La Directiva establece que «los Estados miembros fomentarán la participación activa de todas las partes interesadas en la aplicación de la presente Directiva»²⁹. Como la ley de acompañamiento pretende su adaptación, no parece que la forma en que se tramitó cumpla con el fomento de la participación exigido, sino con la provocación del conflicto y la contestación³⁰. Se podría pensar en contra que, al ser una Ley, está suficientemente legitimada con la tramitación parlamentaria, pero resulta difícil aceptarlo con lo reducido del debate en las Cortes. No puede olvidarse que es una norma trascendental en la política de aguas del Estado cuyo debate ha de difundirse lo más posible en la sociedad civil. Por último tampoco se podría justificar por la premura del tiempo cuando se habían agotado tres años sin hacerlo y, de todas formas, se incumplía el plazo debido a que la adaptación fue parcial como se verá.

legislativo (artículo 251 TCE y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa a las Consecuencias de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam sobre los procedimientos legislativos en curso SEC(1999) 581, 01-05-1999).

²² Artículo 249 TCE.

²³ Artículo 24 de la Directiva marco de aguas.

²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Hacia una gestión sostenible del agua en la Unión Europea, Primera fase de aplicación de la Directiva Marco del Agua (2000/60/CE), Bruselas, 22.3.2007, COM(2007) 128 final, p. 6.

²⁵ Recomendación 2005/309/CE de la Comisión de 12 de julio de 2004 relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior DO L 98 16-4-2005.

²⁶ Apartado V de la exposición de motivos y capítulo V del título V de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, BOE 31-12-2001.

²⁷ El País, 11-11-2003.

²⁸ Intervenciones en el telegráfico debate parlamentario del Grupo Mixto (Sr. Labordeta) IU (Sra. Urán) PSOE (Sr. Bel) Diario de Sesiones del Congreso n. 308 de 23-12-2003. Francisco Delgado Piqueras, «La transposición de la Directiva marco de aguas en España», en *Revista de Administración Pública*, n. 165, Septiembre-Diciembre, 2004, p. 182; Antonio Fanlo Loras, «Planificación hidrográfica en España: estado actual de un modelo a fortalecer» en...; Antonio Fortes Martín, Consideraciones acerca de la nueva significación conceptual e instrumental de la protección ambiental de las aguas, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 228, Madrid, Setiembre, 2006.

²⁹ Artículo 14 Directiva 2000/60/CE.

³⁰ Sobre las reacciones a este respecto confrontar las ediciones de El País y El Mundo 24-12-2003.

2.3. La completitud y corrección de la adaptación

Los Estados deben garantizar en la práctica una incorporación completa y correcta o eficaz de las directivas comunitarias al Derecho interno, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas³¹.

Sin embargo, la adaptación realizada por la citada Ley de acompañamiento no cumplió las expectativas de incorporación completa y eficaz, muy al contrario ha recibido reproches por ser críptica³², incompleta³³ e incorrecta³⁴. Aspectos que se tratarán más adelante en los respectivos epígrafes temáticos. En cualquier caso, se perdió una buena oportunidad para realizar una codificación integrada de la nueva política de aguas española, lo más razonable habría sido un amplio debate social que concluyese en la tramitación y aprobación de una nueva y más amplia ley de aguas³⁵.

La siguiente legislatura (2004-2008) recibió el relevo con problemas importantes en materia de adaptación de la Directiva. La Comisión Europea había abierto de oficio dos expedientes frente a España por no haber realizado «la designación de la autoridad competente apropiada» en cada una de las demarcaciones hidrográficas³⁶ y por no haber designado las demarcaciones hidrográficas³⁷. A lo que se suma el retraso acumulado que está lastrando el proceso de aplicación de la Directiva.

En dicha legislatura se ha prestado una mayor atención a la adaptación de la Directiva. Se han constituido distintos grupos de trabajo para la modificación de la Ley de aguas que han contribuido a la elaboración de un borrador de reforma, aunque al final no ha llegado a las Cortes. Al parecer la causa ha sido una falta de acuerdo con las Comunidades Autónomas sobre el reparto de competencias y la resistencia de los Regantes a pagar más³⁸. No obstante, se ha aprobado la designación de las

³¹ Como muestra baste citar las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la Sala Sexta de 05-12-2002, Comisión contra Bélgica, C-324/01; Sala Tercera de 22-09-2005, Comisión contra Bélgica, C-221/03; y Sala Segunda de 20-10-2005, Comisión contra Reino Unido, C-6/04.

³² Isabel Caro-Patón Carmona, «La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, 2006, p. 44.

³³ Transposición de la DMA realizada por el art. 129 de la Ley de medidas de acompañamiento de 2003 que modifica el Texto Refundido de la Ley de Aguas, Instituto para la Política Ambiental Europea, Madrid, mayo de 2004; Elena Román Barreiro, «Transposición de la Directiva marco del agua en el año 2003» en... p. 89; WWF/ADENA, «Comentarios de WWF/Adena sobre la transposición de la Directiva Marco de Agua (DMA) de la UE en España», 18-10-2004, p.2.

³⁴ Greenpeace, *Agua. La calidad de las aguas en España. Un estudio por cuencas*, Madrid, 2005, pp. 6, 10 y 11.

³⁵ Abel La Calle Marcos, «La Directiva marco del agua: Una tarea por hacer», en Carles Ibáñez Martín y Narcís Prat Fornels (Coordinadores), *Ciencia, técnica y ciudadanía, claves para una gestión sostenible del agua*. IV Congreso Ibérico sobre gestión y planificación del agua, FNCA, Zaragoza, 2006, pp. 449-456.

³⁶ Expediente 2004/2305 de la Comisión Europea que tras su fase administrativa ha concluido en la demanda de 3-12-2007, Comisión contra España C-516/07 por haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los apartados 2, 7 y 8 del artículo 3 de la Directiva 2000/60/CE.

³⁷ Expediente de 2005/2316 de la Comisión Europea en el que se ha emitido la carta de emplazamiento el 12 de octubre de 2005 que ha sido contestada por el Gobierno.

³⁸ El País, 30-08-2007, p. 20.

demarcaciones intercomunitarias³⁹ y el Reglamento de planificación hidrológica⁴⁰ que ha venido a llenar un considerable número de lagunas de la adaptación de la Directiva marco del agua y a posibilitar su aplicación en la planificación en curso.

3. La adaptación de la política de aguas

3.1. La necesidad de una adaptación sustancial

La Directiva marco del agua no sólo es una directiva ambiental en materia de aguas, sino que pretende ser el marco legislativo coherente, efectivo y transparente⁴¹ de la política integrada de aguas⁴² en la Unión Europea.

Para conocer el alcance de esta vocación es necesario saber qué entiende la Directiva marco del agua por «política de aguas». No la define, pero como aproximación se puede decir que es el conjunto de acciones y omisiones que realizan o de la que son responsables las Autoridades públicas en relación a las aguas y los ecosistemas relacionados con estas.

En el Derecho español la expresión «política del agua» ya se utilizó con anterioridad a la Directiva, para designar la «ordenación y protección» del agua «en su sentido amplio de recurso productivo y medioambiental»⁴³. Contenido que se aproxima al comunitario pero que mantiene un sesgo distinto al hablar de «recurso» medioambiental y no citar el concepto clave de ecosistema. Luego será con la Directiva, como traducción de la expresión inglesa «water policy», cuando alcance su sentido actual y una mayor difusión.

El Gobierno español (Legislatura 2000-2004) partió de una idea «restringida» de la Directiva marco del agua: «se ciñe a establecer un marco para la protección de las aguas comunitarias... y de forma lateral, y al hilo de éstos..., sobre otros aspectos de la muy extensa y compleja regulación del agua... En consecuencia,..., no se trata en modo alguno de una Ley de aguas comunitaria que suponga una sustitución o modificación sustancial de nuestro ordenamiento»⁴⁴.

Con esa concepción la Ley de acompañamiento se limitó a una modificación «no sustancial» o de mínimos, donde sólo se introducen cambios relevantes en el capítulo de protección de las aguas pero no se reordenan las bases jurídicas de la política de aguas española.

³⁹ Real Decreto 125/2007, de 2 febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas, BOE 03-02-2007

⁴⁰ Real Decreto 907/2007, de 6 julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica, BOE 07-07-2007.

⁴¹ Considerando 18 Directiva 2000/60/CE.

⁴² Considerando 9 Directiva 2000/60/CE.

⁴³ Real Decreto 576/1991, de 21 abril, de estructura orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, BOE 22-04-1991.

⁴⁴ Comentario al artículo 1 de la Directiva 2000/60/CE en Ministerio de Medio Ambiente (Francisco Cabezas), *Directiva 2000/60/CE Análisis de trasposición y procedimientos de desarrollo*, MMA, Madrid, Abril de 2003, p. 18.

3.2. Un nuevo enfoque ecosistémico

La Directiva marco del agua adopta una aproximación o enfoque de la política de aguas basado en el concepto de ecosistema y su uso sostenible, y lo hace explícito desde el principio:

«El objeto de la presente Directiva es establecer un marco para la protección de las aguas... que: a) prevenga todo deterioro adicional y proteja y mejore el estado de los ecosistemas acuáticos y, con respecto a sus necesidades de agua, de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos; b) promueva un uso sostenible del agua basado en la protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles;...»⁴⁵.

Comienza a introducirse el concepto de ecosistema en el Derecho de aguas español a través del Derecho internacional general con el Convenio de Helsinki de 1992 sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales⁴⁶.

El legislador (legislatura 1996-2000) introdujo el concepto de ecosistema en la Ley de aguas con la reforma de 1999 en relación a las cautelas previas a la autorización de los contratos de cesión de derechos privativos de uso de las aguas⁴⁷.

En la siguiente legislatura (2000-2004) estando en vigor la Directiva marco de aguas se utilizó el concepto para justificar las transferencias del Ebro cuyo destino se limitaba entre otros a «mejorar las condiciones ambientales de aquellos ecosistemas... que se encuentren actualmente sometidos a intensa degradación», en al establecimiento de los caudales ecológicos, la recuperación de humedales y el Plan integral del Delta del Ebro⁴⁸. Igualmente se recoge en el texto refundido de la Ley de aguas de 2001 respecto del régimen de vertidos al definir el buen estado ecológico de las aguas⁴⁹.

La adaptación a través de la Ley de acompañamiento se limita a introducir el concepto de ecosistema en la determinación de los objetivos de protección y para definir la contaminación, dentro del título V dedicado a la protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas⁵⁰.

En suma, el concepto clave de ecosistema y su uso sostenible no se recogen expresamente entre los objetivos generales, ni como parte integrante del dominio público hidráulico en los títulos preliminar y primero de la Ley de aguas. Su inclusión se relega a las determinaciones de protección reduciendo su importancia y significado en la política de aguas española. Esta omisión puede considerarse una adaptación insuficiente y por tanto un incumplimiento del Derecho comunitario.

⁴⁵ Artículo 1 Directiva 2000/60/CE.

⁴⁶ Instrumento de ratificación de 23 julio 1997 del Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, hecho en Helsinki, el 17 marzo 1992, BOE 4-04-2000.

⁴⁷ Artículo vigésimo cuarto Ley 46/1999.

⁴⁸ Artículos 17, 26, 31 y disposición adicional décima Ley 10/2001.

⁴⁹ Artículo 100 RDL 1/2001.

⁵⁰ Artículo 92.a y 93 RDL 1/2001.

3.3. La prioridad de la protección

La Directiva marco del agua establece la prioridad de la protección en los fines de la política de aguas pues la consecución del buen estado de las aguas y los ecosistemas sólo puede tener excepciones en casos extremos⁵¹.

La importancia y el alcance de la finalidad de protección se concretan cuando la Directiva establece los objetivos ambientales que deben guiar la política de aguas a través de su planificación y los programas de medidas y seguimiento. Especialmente relevante es el tratamiento de las excepciones. En ellas se caracteriza la relación entre el interés de la protección y el interés de su uso económico y social del agua. La consecución de los objetivos del buen estado de las aguas sólo puede tener excepciones en casos de que no existiendo alternativas, exista fuerza mayor, una inviabilidad técnica, económica o natural, un interés público superior y/o que los daños para el medio ambiente y la sociedad se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud humana, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible⁵². Este tratamiento de las excepciones permite concluir que los intereses económicos y sociales están subordinados al interés ambiental de la protección salvo cualificadas excepciones.

En el Derecho español la concepción de la política de aguas que impera hasta la adaptación de a la Directiva es la de planificación del desarrollo, es decir la que se aplicó en la segunda mitad del siglo XX para que los países de economía tradicional pudieran acceder al estatus de «país desarrollado»⁵³. Esta concepción se plasmó en términos jurídicos a través de los objetivos de Planificación hidrológica, que concibe y regula el agua como un recurso natural que ha de estar disponible cuantitativa y cualitativamente en función de la planificación económica⁵⁴. En consonancia con esta concepción, la planificación hidrológica tenía como objetivos generales «conseguir la mejor satisfacción de las demandas de agua y equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales»⁵⁵. Como puede observarse los objetivos prioritarios se refieren a la satisfacción de las demandas de aguas y sólo en segundo lugar se recoge como objetivo la protección ambiental en términos menos claros y precisos.

La adaptación a la Directiva marco de aguas no ha alterado esencialmente esta concepción pretérita. Aunque formalmente el primer objetivo que recoge dentro de la planificación hidrológica sea «conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta Ley», omite establecer el uso sostenible como segundo objetivo. En lugar del uso sostenible, mantiene los objetivos de oferta pretéritos: «la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso»⁵⁶.

⁵¹ Artículo 1 y 4 Directiva 2000/60/CE.

⁵² Apartados 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 4 Directiva 2000/60/CE.

⁵³ Antonio Estevan y José Manuel Naredo, *Ideas y propuestas para una nueva política del agua en España*, Bakeaz, Bilbao, 2004, p. 63.

⁵⁴ Preámbulo Ley 29/1985.

⁵⁵ Artículo 38 Ley 29/1985.

⁵⁶ Artículo 40.1 Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, en la redacción dada por la Ley 62/2003 citada.

Pero lo que resulta más contradictorio en la modificación operada es que con la adaptación se ha incorporado a renglón seguido una nueva jerarquía que da prioridad a las estrategias y planes sectoriales: «La política del agua está al servicio de las estrategias y planes sectoriales que sobre los distintos usos establezcan las Administraciones públicas». Este nuevo párrafo continúa «sin perjuicio de la gestión racional y sostenible del recurso que debe ser aplicada por el Ministerio de Medio Ambiente, o por las Administraciones hidráulicas competentes, que condicionará toda autorización, concesión o infraestructura futura que se solicite». Nótese que la protección ambiental aquí recogida se predica únicamente de la gestión pero no de las estrategias y planificación en la que prima la sectorial⁵⁷.

Esta servidumbre de la política de aguas respecto de las estrategias y planes sectoriales contradice el principio de protección ambiental comunitaria en especial al principio de integración de la protección ambiental en otras políticas y acciones comunitarias, recogido en el Derecho comunitario primario⁵⁸. También puede ser contraria a la prioridad de la protección de las aguas y ecosistemas respecto de otros usos que por ello califica la Directiva de sostenibles⁵⁹. La prevención, protección y mejora de las aguas y ecosistemas relacionados es un objetivo preferente que no se encuentra ni sometido ni al servicio de las estrategias y planes sectoriales. Por ello tampoco ha de estarlo en el Derecho español conforme a la obligación que tiene el Gobierno de adaptar el Derecho interno a la Directiva⁶⁰.

El efecto práctico de esta prioridad estratégica es muy considerable. No es lo mismo analizar en primer lugar las condiciones necesarias para la vida de un río a largo plazo (perspectiva intergeneracional) y en segundo lugar determinar cuál será el uso sostenible que ha de hacerse (suministro de agua potable y suministro para actividades económicas), que analizar primero cual es el desarrollo económico que se desea fomentar y en segundo lugar «hasta donde se puede llegar sin matar el río». Los poderes públicos adoptan papeles distintos según la correlación de valores en la que actúan, priorizando la planificación del desarrollo o la protección ambiental, y estos papeles crean a su vez tendencias presentes en cada una de las opciones que se adoptan⁶¹. Una correlación de valores que es asumida por la Administración y ha llegado a convertirse en una tendencia en su funcionamiento tiene un efecto multiplicador.

En el establecimiento de los principios rectores de la gestión en materia de aguas⁶² tampoco incorpora la prevención, protección y mejora de los ecosistemas acuáticos, al igual que ignora los principios de participación de todos los interesados⁶³, no sólo los considerados usuarios, y los de recuperación de los costes y de quien contamina paga⁶⁴, entre otros.

Respecto a la utilización del dominio público y, más concretamente, al regular la concesión administrativa, establece un orden de preferencia de usos que otorga

⁵⁷ Artículo 40.1 Real Decreto Legislativo 1/2001.

⁵⁸ Artículo 6 del TCE.

⁵⁹ Artículo 1 Directiva 2000/60/CE.

⁶⁰ Artículo 24 Directiva 2000/60/CE.

⁶¹ Un ejemplo claro de ello se encuentra en la sentencia *Ippel Bank* en la que estaba en conflicto el interés de un desarrollo económico futuro con la protección de la biodiversidad (TJCE Pleno 07-11-2000, *The Queen / Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions*, ex parte: *First Corporate Shipping Ltd*, C-371/98, Rec. 2000, p. I-9235).

⁶² Artículo 14 del Real Decreto Legislativo 1/2001.

⁶³ Artículo 14 de la Directiva marco de aguas.

⁶⁴ Artículo 9 de la Directiva marco de aguas.

prioridad sin distinción alguna a los abastecimientos de población incluyendo determinadas industrias, sobre los caudales ecológicos y necesidades ambientales⁶⁵. Esta prioridad incondicional choca igualmente con los principios de la Directiva marco de aguas pues como se ha expuesto más arriba sólo exime su cumplimiento si se debe a circunstancias excepcionales y observando ciertas garantías⁶⁶.

3.4. La prevención de todo deterioro adicional

El fin de la prevención de todo deterioro adicional del estado de las aguas y los ecosistemas acuáticos relacionados⁶⁷ viene a desarrollar en esta materia el principio ambiental de acción preventiva⁶⁸ y encuentra su fundamento en razones lógicas y económicas, debido al carácter irreversible de muchos daños ambientales y el hecho de que es más sencillo y barato prevenir que tratar de restaurar. El alcance de este fin en la Directiva viene delimitado por el adverbio «todo» que permite poco margen de apreciación o relatividad.

El Derecho español se ha adaptado a la Directiva de manera incompleta en este extremo pues recoge como objetivo de la protección de las aguas y el dominio público hidráulico «prevenir el deterioro, proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos...»⁶⁹, omitiendo el citado adverbio «todo». Ausencia que mantiene el Reglamento de planificación.

La Ley de acompañamiento establece la obligatoriedad de «prevenir el deterioro del estado de las masas de aguas superficiales» desde su entrada en vigor⁷⁰, conforme al criterio interpretativo del llamado principio de no deterioro realizado por la Comisión Europea que lo considera aplicable desde la entrada en vigor de la Directiva marco del agua que se produjo el 22 de diciembre de 2000⁷¹, con independencia de que existan otras obligaciones con plazos posteriores⁷².

Una de las exigencias que comprende la prevención de todo deterioro adicional es la obligación de abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda poner en peligro la realización de los objetivos previstos en la Directiva marco del agua, objetivo como la consecución del buen estado de las aguas⁷³. Esta obligación de abstención se inserta

⁶⁵ Artículos 59.7 y 60 del Real Decreto Legislativo 1/2001.

⁶⁶ Apartados 4, 5, 6 y 7 del artículo 4 de la Directiva marco de aguas.

⁶⁷ considerandos 3, 11, 25 y 43 y artículo 1 Directiva 2000/60.

⁶⁸ artículo 174.2 del TCE

⁶⁹ Artículo 92.a del Real Decreto Legislativo 1/2001 en su redacción dada por el artículo 129.24 de Ley 62/2003

⁷⁰ Disposición adicional 11.a RDL 1/2001.

⁷¹ Artículo 25 Directiva 2000/60/CE.

⁷² La Comisión Europea en el expediente iniciado frente a España con motivo de la aprobación del Plan Hidrológico Nacional lo puso de manifiesto en la carta dirigida a las autoridades españolas: «En general, el “no deterioro” puede ser considerado como un principio de la legislación comunitaria que los estados Miembros han de respetar tras la entrada en vigor de una directiva, incluso si otras obligaciones llegan a ser vinculantes con posterioridad» (Dirección General de Medio Ambiente de la Comisión Europea, Bruselas, 19 de diciembre de 2002, ENV/B1/CD/PMM/D311548). Interpretación discrepante puede encontrarse en Isabel Caro-Patón Carmona, “La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general”, en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, 2006, p. 44.

⁷³ Artículos 1 y 4 Directiva 2000/60/CE.

en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y ha sido interpretada de forma amplia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁷⁴.

Todo ello permite entender que al igual que en cualquier otra planificación pública, se deberían suspender aquellas actuaciones que pueden poner en riesgo el cumplimiento de los nuevos objetivos y, por tanto, aquellas actuaciones que pueden significar un deterioro adicional de los ecosistemas acuáticos. Máxime cuando se está ante un dominio público en un estado de deterioro importante y ante una obligación de Derecho comunitario que exige la inaplicación del derecho interno incompatible. Lo contrario puede suponer un incumplimiento del citado deber de prevención de todo deterioro de los ecosistemas acuáticos⁷⁵, así como un incumplimiento de la obligación de abstenerse de adoptar medidas que pueden poner en peligro la consecución de los objetivos ambientales de la Directiva marco del agua⁷⁶.

3.5. La vocación integradora

La Directiva marco del agua tiene una vocación integradora en la propia política de aguas y en el resto de políticas públicas. La integración «ad intra» trata de aunar objetivos, ámbitos, métodos y medios antes fragmentados. La integración «ad extra» intenta que la protección ambiental de las aguas y los ecosistemas asociados se incorpore al resto de políticas públicas.

- La integración «ad intra»

La integración «ad intra» se considera una necesidad⁷⁷ y se muestra en distintos ámbitos de la política de aguas: Aúna el marco jurídico de dicha política en una directiva marco desarrollada en directivas específicas⁷⁸. Establece un único régimen jurídico para garantizar la protección y uso sostenible⁷⁹ de todas las categorías de aguas que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados⁸⁰. Establece una planificación y gestión en unidades territoriales básicas que denomina cuencas hidrográficas y que constituyen cada una de ellas un sistema ecológico, hidrológico e hidrogeológico⁸¹. Configura ámbitos de planificación y gestión denominados demarcaciones hidrográficas en los que las competencias han de estar coordinadas por «la Autoridad competente»⁸². Unifica la gestión del agua y los ecosistemas⁸³, en todas las categorías de aquella y en sus aspectos cualitativos y cuantitativos relacionados⁸⁴. En relación con la prevención y el control de la contaminación, establece un enfoque combinado a partir del control de la contaminación en la fuente mediante la fijación de valores límite de emisión y de normas de calidad

⁷⁴ Artículo 10 TCE y Sentencia de 18-12-1997, Inter-Environnement Wallonie ASBL contra Région wallonne, C-129/96, Rec. p. I-7411.

⁷⁵ Artículo 92.a del Real Decreto Legislativo 1/2001 interpretado conforme al artículo 1.a de la Directiva 2000/60/CE

⁷⁶ Artículos 4 Directiva 2000/60/CE y artículos 249 y 10 TCE.

⁷⁷ Considerando 9 Directiva 2000/60/CE

⁷⁸ Para ello revisa la legislación vigente en la materia (artículo 22 Directiva 2000/60/CE).

⁷⁹ Considerando 18 Directiva 2000/60/CE.

⁸⁰ Artículo 1 y 4 Directiva 2000/60/CE.

⁸¹ Considerando 33

⁸² Artículo 3.2 Directiva 2000/60/CE.

⁸³ Artículo 1 y 4 Directiva 2000/60/CE.

⁸⁴ Considerando 34 Directiva 2000/60/CE.

medioambiental⁸⁵. Por último otro aspecto integrador es que pretende contribuir a paliar los efectos de las inundaciones y sequías, y garantizar el suministro suficiente⁸⁶.

La adaptación realizada en la legislatura 2000-2004 no llevó a cabo una integración completa del régimen jurídico la protección de las aguas lo que se puede observar en los ejemplos siguientes: Las aguas subterráneas no renovables están excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de aguas⁸⁷. El aprovechamiento de las aguas minerales y termales está regulado por la legislación especial minera que bajo el control de las Autoridades en materia de industria ni siquiera somete la autorización de su uso a informe preceptivo y vinculante de las Autoridad competente en materia de aguas⁸⁸. Las aguas de transición, costeras y territoriales se regulan por leyes especiales de costas y puertos y por tanto tampoco integradas de forma suficiente en el marco jurídico de protección creado por la Directiva marco del agua. Por último las aguas privadas al no estar sujetas a un régimen obligatorio de autorización para su uso también pueden escapar en gran medida al sistema de control y seguimiento establecido en la Directiva.

- La integración «ad extra»

La integración «ad extra», entendida por la Comisión Europea como la coordinación eficaz y coherente de todas las políticas públicas relacionadas⁸⁹, también se concibe por la Directiva como una necesidad⁹⁰. Coordinación que -entiende dicha Institución- ha de garantizarse de forma estructural a través de la ordenación del territorio y la gestión hidrológica⁹¹. Los Programa integrados de medidas cumplen esta función al incluir todas las medidas necesarias para la protección y el uso sostenible de una masa de aguas, aunque hayan de adoptarse por Autoridades diferentes⁹². Los ámbitos donde se evidencia esta necesidad de manera más clara son las políticas en materia de energía, transporte, agricultura, pesca, política regional y turismo⁹³. Téngase en cuenta que la integración del objetivo de la protección de las aguas y los ecosistemas asociados en la política economía y las citadas por la Directiva puede tener una relevancia mayor para las aguas que muchas normas de protección específica.

La adaptación de la Ley de acompañamiento fue incompleta en materia de integración por no establecer medidas suficientes para ello por ejemplo en materia de aguas marinas, o por establecerlas con efectos potencialmente contrarios a la integración, como es el caso de someter la política de aguas «al servicio de las estrategias y planes sectoriales». Por tanto, también puede considerarse que se incurre en un incumplimiento de la Directiva.

En la legislatura 2004-2008 se han llevado a cabo distintas iniciativas legislativas tendentes a mejorar dicha materia como es el informe de suficiencia en materia de

⁸⁵ Considerando 40

⁸⁶ Artículo 1 Directiva 2000/60/CE.

⁸⁷ Artículo 2.a RDL 1/2001

⁸⁸ Artículos 24 y siguientes Ley 22/1973.

⁸⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo La política de aguas de la Comunidad Europea, Bruselas, 21-02-1996, COM(96) 59 final p. 6.

⁹⁰ Considerando 16 Directiva 2000/60/CE.

⁹¹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo La política de aguas de la Comunidad Europea, Bruselas, 21-02-1996, COM(96) 59 final p. 6.

⁹² Considerando 26 Directiva 2000/60/CE y Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo La política de aguas de la Comunidad Europea, Bruselas, 21-02-1996, COM(96) 59 final p. 13.

⁹³ Considerando 16 Directiva 2000/60/CE.

suministro para actos o planes de las Comunidades Autónomas o entidades locales⁹⁴ y el establecimiento de cautelas en el régimen del suelo⁹⁵, así mismo en cumplimiento del Derecho comunitario ha introducido instrumentos que mejoran dicha integración como el informe de sostenibilidad ambiental de los planes y programas⁹⁶, la codificación y mejora de la protección de la biodiversidad⁹⁷ y la regulación de una nueva política de desarrollo rural sostenible⁹⁸. En cuanto a su detalle esta materia es analizada por Leandro del Moral Ituarte en un informe paralelo y baste aquí con su cita.

4. La adaptación de la Administración pública del agua

4.1. El diálogo institucional y social

La Directiva marco del agua reconoce que el éxito de su misión depende en gran medida de que su aplicación se lleve a cabo con diálogo institucional y multinivel, entre las Autoridades implicadas (comunitarias, estatales, regionales y locales) y con la participación activa del público (en general y de todas las partes interesadas)⁹⁹.

- El diálogo institucional

Las competencias en materia ambiental se encuentran compartidas de forma vertical en distintos niveles (Unión Europea, Estados, Autoridades regionales y locales) y horizontal en distintos planos (Estados en las demarcaciones internacionales y Comunidades Autónomas en las demarcaciones intercomunitarias), lo que determina la necesidad de un diálogo institucional continuo y eficaz que otorgue coherencia a su ejercicio. El objeto de este diálogo debe ser la protección de las aguas y los ecosistemas asociados, y su uso sostenible. Objeto que ha de sustituir el mero reparto sectorial de los recursos en el que se centra la mayor parte de las veces.

En España las relaciones institucionales sobre la política de aguas se caracterizan por el enfrentamiento más que por el diálogo. En la legislatura 2000-2004 las relaciones ente la Unión Europea y el Estado en materia de aguas estuvieron centradas en el Plan hidrológico Nacional y el cumplimiento del Derecho comunitario con los efectos que ello suponía sobre la financiación del proyecto más importante de dicho plan: las transferencias del Ebro hacia el litoral del sudeste español. Este mismo asunto enfrentó al Gobierno del Estado con los Gobiernos de determinadas Comunidades Autónomas, especialmente de Aragón y Cataluña. En la legislatura 2004-2008 las relaciones con la Unión Europea en materia de aguas se han normalizado y aunque continúan existiendo ámbitos de retraso en el cumplimiento de este ámbito del Derecho comunitario, los criterios políticos sobre la planificación y gestión de las aguas se han aproximado a los comunitarios. El enfrentamiento entre Gobierno del Estado y los de las Comunidades autónomas sigue existiendo con distintos actores y se ha exacerbado entre las distintas autonomías con motivo de las reformas estatutarias. Es especialmente llamativa la reivindicación de competencias «exclusivas» sobre las aguas de las Comunidades autónomas, cuando se trata de una materia primordial y necesariamente compartida. Igualmente destacable es el énfasis que se utiliza para

⁹⁴ Artículo 25.4 modificado por disposición final 1.3 de Ley 11/2005.

⁹⁵ Artículos 10.c, 16.1.c y 15.3.a Ley 8/2007 del suelo.

⁹⁶ Ley 27/2006 del suelo, BOE 29-05-2007.

⁹⁷ Ley 42/2007 del Patrimonio natural y la biodiversidad, BOE 14-12-2007.

⁹⁸ Ley 45/2007 del desarrollo sostenible del medio rural, BOE 14-12-2007.

⁹⁹ Considerando 14, 46 y artículo 14 Directiva 2000/60/CE.

reclamar la disposición sobre las aguas y el olvido casi generalizado de exigir su protección.

La adaptación de la Directiva marco del agua debe llevar a una coordinación en las competencias internas en materia de aguas a través de la Autoridad competente de la demarcación hidrográfica, obligación que no se satisface con el diseño del Comité de autoridades competentes como se verá más adelante. No obstante es difícil pensar en que la coordinación sea posible, mientras no se reduzca el enfrentamiento existente. El problema parece que continuará mientras se sigan obteniendo ventajas electorales de los conflictos del agua y no cambie la opinión pública al respecto. Seguramente se tendrían más oportunidades de cambio si se extiende la conciencia de que la gestión de un patrimonio común sólo puede llevarse a cabo centrándose en su protección y uso sostenible, y no en el mero reparto de un recurso económico.

- El diálogo social

Como ya se ha dicho la Directiva marco del agua reconoce que el éxito de su misión depende en gran medida de que su aplicación se lleve a cabo con diálogo social entre las Autoridades implicadas y el público (en general y de todas las partes interesadas) a través de su involucración o participación activa¹⁰⁰.

Los objetivos de la Directiva marco del agua pretende cambios en el comportamiento de la sociedad que sólo pueden conseguirse con un diálogo e implicación de la sociedad. Para ello, la Directiva establece tres obligaciones principales para los Estados: el fomento de la participación activa de todas las partes interesadas en su aplicación, la realización de un procedimiento de consultas públicas en la planificación hidrológica, y el derecho específico de acceso a la información hidrológica previa solicitud¹⁰¹.

Estas obligaciones vienen reforzadas por enmarcarse en el modelo internacional del Convenio de Aarhus de 1998¹⁰² que desarrolla el principio de participación pública de la Declaración de Río de 1992¹⁰³, y el modelo comunitario de gobernanza multinivel que actualmente cuenta en este ámbito con las Directivas sobre información ambiental¹⁰⁴, participación pública¹⁰⁵ y evaluación ambiental estratégica¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Considerando 14, 46 y artículo 14 Directiva 2000/60/CE.

¹⁰¹ Considerandos 14, 46 y artículos 14 y 18.5 Directiva 2000/60/CE.

¹⁰² Convenio relativo al acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, Aarhus (Dinamarca), 25-06-1998, Ratificado por España en Instrumento de 15-12-2004 (BOE 16-2-2005) y adoptado por las Comunidades Europeas en Decisión 2005/370 de 17-02-2005 (DO L 124 17-05-2005).

¹⁰³ Principios 10, 20-22 Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, Río de Janeiro (Brasil), 14 de junio de 1992, ONU Doc. A/CONF. 151/5/Rev.1.

¹⁰⁴ Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003 relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo, DO L 041, 14/02/2003.

¹⁰⁵ Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de mayo de 2003 por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo, DO L 156, 25-06-2003.

¹⁰⁶ Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, DO L 197 21-07-2001.

En la legislatura 2000-2004, la Ley de acompañamiento sólo recogió expresamente la obligación de fomentar la participación activa en el ámbito de la planificación hidrológica, atribuyendo dicha función al Consejo de cuenca de la demarcación¹⁰⁷. Esta adaptación implica al menos las siguientes carencias: reduce el ámbito de aplicación ya que la obligación comunitaria se extiende a toda la aplicación de la Directiva y no sólo a la planificación hidrológica; y restringe también el alcance subjetivo de la obligación pues responsabiliza únicamente al Consejo de cuenca que difícilmente puede asumir la obligación general de fomento establecida. Estas limitaciones pueden ser consideradas una aplicación insuficiente y por tanto incorrecta de la Directiva.

Otra restricción subjetiva de la Ley de acompañamiento es que la Directiva marco del agua se refiere como destinatarios de la participación activa a «todas las partes interesadas» y no sólo a los usuarios, como ocurre en la adaptación¹⁰⁸. Es evidente que el concepto de parte interesada es mucho más amplio que el de usuarios, máxime en la Ley de aguas española que equivale no al mero consumidor, sino a la persona que goza de un aprovechamiento privativo de aguas por concesión administrativa u otro título legítimo.

Estas adaptaciones incompletas de la Directiva también pueden considerarse un incumplimiento del Derecho comunitario.

En lo que concierne a la participación pública en la planificación hidrológica se tratará más adelante por lo que baste aquí con anotar la insuficiencia de la adaptación que demoró su regulación en la legislatura 2000-2004 al desarrollo reglamentario¹⁰⁹.

En la legislatura 2004-2008 el Gobierno como ya se ha dicho tenía previsto modificar la Ley para conseguir una adaptación correcta a la Directiva y aunque no se llegó a aprobar dicho proyecto de Ley, por vía reglamentaria se ha realizado una modificación en la composición del Consejo nacional del agua.

4.2. La Autoridad competente de la Demarcación hidrográfica

La Directiva marco del agua establece que «los Estados miembros adoptarán las disposiciones administrativas adecuadas, incluida la designación de la autoridad competente apropiada, para la aplicación de las normas de la presente Directiva en cada demarcación hidrográfica situada en su territorio»¹¹⁰.

En cuanto al número de autoridades por demarcación hidrográfica la interpretación literal de la norma es clara, los Estados miembros designarán en cada demarcación hidrográfica «la» autoridad competente. En otras palabras, los Estados miembros han de designar solo a una autoridad competente para cada demarcación hidrográfica, cuestión que interpreta de otra forma parte de la doctrina¹¹¹.

¹⁰⁷ Artículo 35.1 RDL 1/2001.

¹⁰⁸ Artículos 14.1, 18, 26.2, 27, 31, 32, 34, 36 y 56 Real Decreto Legislativo 1/2001.

¹⁰⁹ Artículo 41.2 y Disposición adicional duodécima.3 RDL 1/2001

¹¹⁰ Artículo 3.1 de la Directiva 2000/60/CE.

¹¹¹ «...la Directiva no obliga a la designación de una única autoridad; de hecho, se está pensando más bien en que sean varias, pues el art. 3.8 DMA señala que los Estados remitirán a la Comisión la «lista» de autoridades competentes, de acuerdo con lo que disponga el derecho interno» (Isabel Caro-Patón Carmona, «La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm.

Esta referencia a una única autoridad competente se reitera en la Directiva cuando permite que se designe como autoridad competente a un organismo nacional o internacional preexistente¹¹² y cuando establece el plazo de tres años para la designación de «la» citada autoridad que concluyó el veintidós de diciembre de dos mil tres¹¹³.

Cuando la Directiva define la expresión «autoridad competente» realiza una remisión a «la o las autoridades designadas con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 3»¹¹⁴. En una primera lectura podría parecer que esta redacción se contradice con la del artículo 3 antes transcrito, pues se entiende que pueden ser una o más autoridades (la o las autoridades). Una lectura más detenida deshace aquella percepción inicial. La definición de la autoridad competente se refiere a la o las autoridades porque puede ser una en el caso de las demarcaciones nacionales y dos en el caso de las demarcaciones internacionales. Ello además se corresponde con la correlación entre la expresión «la o las autoridades» y «apartados 2 y 3 del artículo 3», pues el apartado 2 se refiere a las demarcaciones nacionales y el apartado 3 a las internacionales.

Sin embargo la Directiva no es igualmente clara en el anexo I relativo a la información que han de transmitir los Estados miembros a la Unión Europea para establecer una lista de autoridades competentes. La norma dice: «los Estados miembros facilitarán la información siguiente sobre todas las autoridades competentes en cada demarcación hidrográfica nacional, así como en la porción situada en su territorio de cualquier demarcación hidrográfica internacional»¹¹⁵.

Al referirse a «todas las autoridades competentes en cada demarcación hidrográfica nacional» puede interpretarse que admite la posibilidad de que los Estados miembros designen más de una autoridad por demarcación hidrográfica. Interpretación que choca con lo establecido en el texto articulado.

Existe, no obstante, una interpretación coherente con el texto articulado si se acude a la información requerida de cada autoridad competente. El indicado anexo dice que «cuando la autoridad competente se haga cargo de la coordinación de otras autoridades competentes, debe facilitarse una lista de estas autoridades»¹¹⁶. Esta redacción pone de manifiesto que la Directiva emplea la expresión «autoridad competente» en dos acepciones, una estricta para referirse a la autoridad designada a efectos de la Directiva y otra acepción amplia que parece señalar a toda autoridad que tenga alguna responsabilidad sobre las aguas. Esto permitiría interpretar que cuando en el primer párrafo del anexo dice «todas las autoridades competentes» está refiriéndose a esa acepción amplia de la expresión y no a la escrita.

9, 2006. 46) El hecho de que sea una lista de todas las autoridades de todas las demarcaciones de un Estado no tiene que significar necesariamente que sean varias por demarcación.

¹¹² Artículo 3.6 de la Directiva 2000/60/CE: «6. Los Estados miembros podrán designar un organismo nacional o internacional preexistente como autoridad competente a los efectos de la presente Directiva».

¹¹³ Artículo 3.7 de la Directiva 2000/60/CE: «7. Los Estados miembros designarán la autoridad competente a más tardar en la fecha mencionada en el artículo 24.»

¹¹⁴ Artículo 2.16 de la Directiva 2000/60/CE: «"autoridad competente": la o las autoridades designadas con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 3»

¹¹⁵ Anexo 1 de la Directiva 2000/60/CE.

¹¹⁶ Anexo I.v de la Directiva 2000/60/CE.

Esta interpretación es coherente con el texto articulado y parece la más adecuada, por otra parte es difícil defender la posibilidad de designar una pluralidad de autoridades competentes en cada demarcación hidrográfica nacional en base a la literalidad de un anexo contradiciendo lo establecido por el texto articulado.

Abunda en la interpretación mantenida que incluso en las demarcaciones hidrográficas internacionales con Estados no comunitarios se exige el esfuerzo de los comunitarios para «establecer una coordinación adecuada»¹¹⁷.

Esta interpretación es además coherente con determinados antecedentes legislativos de la Directiva. La Comisión Europea manifestó ya su criterio al respecto en la comunicación «La política de aguas de la Comunidad Europea» de 1996, con la que pretendía dar respuesta a las solicitudes del Consejo y del Parlamento Europeo relativas a la necesidad de una revisión fundamental de la política comunitaria de las aguas¹¹⁸:

«...a efectos prácticos y dada la importancia de integrar la gestión de las aguas superficiales y subterráneas, parecería lógico incorporar ambas, junto con las aguas costeras próximas a las desembocaduras de los ríos, bajo el control directo o la coordinación de una autoridad responsable de una cuenca fluvial. Ello constituiría un objetivo deseable que permitiría la máxima eficacia en la utilización de los recursos y en la planificación de las medidas relativas a la gestión de los recursos hídricos».

Criterio que mantuvo en la propuesta inicial de la Directiva presentada en 1997¹¹⁹:

«...la propuesta requiere que el control y el establecimiento de programas de medidas, etc., se apliquen en cada una de las cuencas fluviales, permite que ello se lleve a cabo mediante la coordinación de esfuerzos administrativos, en lugar imponer una agencia o autoridad única. Así, el papel de una autoridad competente puede variar desde una responsabilidad específica, e incluso limitada, dentro de la estructura administrativa coordinada, hasta una autoridad centralizada de pleno derecho, en función de las tradiciones administrativas de los Estados miembros correspondientes».

En los antecedentes señalados se observa que el criterio de la Comisión Europea fue el de establecer la obligación de designar una única autoridad competente en cada demarcación hidrográfica nacional.

La interpretación literal de la norma coincide también con la finalidad y el efecto útil de la Directiva. Esta establece como clave de su eficacia la política «integrada»¹²⁰ objetivo que siempre será más fácil alcanzar a través de una sola autoridad que con la cooperación de distintas autoridades.

El Gobierno español (legislatura 2000-2004) adaptó esta obligación configurando un órgano denominado «Comité de Autoridades Competentes» y estableciendo la obligación de notificar una lista de dichas autoridades y las modificaciones que se

¹¹⁷ Artículo 3.5 Directiva 2000/60/CE.

¹¹⁸ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «La política de aguas de la Comunidad Europea», 21.02.1996, COM(96) 59 final, p. 14.

¹¹⁹ Propuesta de la Comisión Europea relativa a la Directiva del Consejo por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, 26.02.1997, COM(97) 49 final, 97/0067 (SYN), p. 16.

¹²⁰ Considerando 9 y 18 de la Directiva 2000/60/CE.

produjeran¹²¹. Pero esta obligación de notificación se recoge sin plazos¹²² a diferencia de lo que establece la Directiva¹²³ y con un órgano de «cooperación»¹²⁴ en vez de serlo de «coordinación» como se deduce de la Directiva¹²⁵. Además en dicha legislatura no se notificó a la Comisión la lista de autoridades competentes como se ha señalado más arriba. No obstante, se actuó con la consideración provisional de que las demarcaciones hidrográficas equivalían a los ámbitos territoriales de los antiguos planes hidrológicos de cuenca. El ejemplo tal vez más claro de dicha asimilación provisional se encuentra en la división territorial que realizó en los informes de características de la demarcación hidrográfica, estudio del impacto ambiental de la actividad humana y análisis económico del uso del agua de la Directiva marco de aguas¹²⁶.

En la legislatura 2004-2008 como también se ha indicado más arriba aunque estaba previsto realizar una adaptación de la Ley que pretendía modificar la configuración del Comité de Autoridades Competentes no ha llegado a entrar en sede parlamentaria. Sin embargo el Gobierno si ha fijado las demarcaciones intercomunitarias¹²⁷ posibilitando facilitar la lista de autoridades a la Comisión Europea, restando la designación de algunas demarcaciones intracomunitarias por las Comunidades Autónomas.

De todo ello se observa que existe un incumplimiento en la adaptación y la aplicación de la Directiva que en parte ya es objeto de una demanda contra España ante el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas¹²⁸.

Por último, cabe señalar que una correcta adaptación de la Directiva marco del agua ha de llevar de forma indirecta a la deseada modificación de la Administración pública del agua. Cuando la directiva exige que la Autoridad competente sea apropiada para su aplicación significa también que debe existir coherencia entre los objetivos establecidos y la dotación de medios para alcanzarlos, tanto respecto del perfil de los medios personales como la amplitud y adecuación de los medio técnicos y económicos. Adecuación que parece aún distante si se consideran las lagunas de información aún existentes (actualización de los datos de caracterización de las masas de aguas y de los derechos sobre su uso privativo), de la falta de disciplina en materia de aguas subterráneas y las dificultades que se están encontrando los organismos de cuenca para llevar a cabo de forma simultánea la elaboración de los nuevos planes hidrológicos de cuenca y el proceso de participación pública paralelo.

4.3. Los conceptos territoriales de la Directiva marco del agua

La Directiva marco del agua establece una serie de conceptos territoriales sobre los que construye su sistema de planificación y gestión. El concepto básico es el de cuenca hidrográfica y partiendo de él elabora el concepto principal de demarcación

¹²¹ Artículo 26, 36 bis y 36 ter RDL 1/2001 en su redacción dada por el artículo 129.11, 16 y 17 Ley 62/2003.

¹²² Artículo 36 ter RDL 1/2001 en su redacción dada por el artículo 129.17 Ley 62/2003.

¹²³ Artículo 3.7 y 3.9 Directiva 2000/60/CE.

¹²⁴ Artículo 26 y 36 bis RDL 1/2001.

¹²⁵ Artículo 3 y anexo I.v Directiva 2000/60/CE.

¹²⁶ Artículo 5 de la Directiva 2000/60/CE.

¹²⁷ Real Decreto 125/2007, de 2 febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas, BOE 03-02-2007

¹²⁸ Demanda de 3-12-2007, Comisión contra España C-516/07 por haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los apartados 2, 7 y 8 del artículo 3 de la Directiva 2000/60/CE.

hidrográfica y el derivado de subcuenca. Como concepto espacial mínimo a los efectos de la gestión define conceptos de masas de agua.

- La cuenca hidrográfica

La idea de gestionar el uso del agua en el marco territorial de la cuenca se ha ido consolidando a través de los años hasta constituir hoy un imperativo de eficacia no discutido. La ligazón entre gestión y cuenca hidrográfica se debe principalmente a la necesidad de responder al progresivo deterioro de las aguas, la ineficacia de los enfoques que fragmentan la cuenca y las aportaciones del conocimiento científico a través del concepto de ecosistema. Prueba de ello es que la protección sectorial que fraccionaba la intervención sobre las aguas según los usos humanos (consumo humano, ocio, agricultura, piscícolas, molusqueras, etc.) o su ubicación (superficiales, subterráneas, continentales, marinas, etc.) lastró la política de aguas comunitaria con una fuerte ineficacia¹²⁹.

El carácter de unidad geográfica natural y la necesidad de intervenir de forma coherente en dicho espacio es la idea que subyace en la evolución del acervo comunitario. Actualmente el enfoque de la gestión del agua en el marco de la cuenca hidrográfica constituye un estándar de la gestión y protección hidrológica. Entendiendo que la cuenca hidrográfica, como objeto de la gestión integrada de las aguas, incluye las aguas superficiales, subterráneas, de transición y costeras, así como los ecosistemas que albergan¹³⁰.

La Directiva marco del agua adopta una definición de cuenca hidrográfica que determina el ámbito espacial de aplicación, los límites territoriales de la unidad básica de la planificación y gestión del agua. Por ello es lógico que el Estado incorpore en su sistema jurídico a través de una norma obligatoria el concepto de «cuenca hidrográfica»¹³¹.

La cuenca hidrográfica como espacio territorial se define en la Directiva marco del agua como «la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta»¹³². Además, la Directiva recoge dos acepciones más de cuenca hidrográfica: como sistema ecológico, hidrológico e hidrogeológico¹³³ y como unidad básica de la gestión y la planificación hidrológica¹³⁴.

España ha sido pionera en la aplicación del concepto de cuenca en la gestión del agua y contaba con una definición¹³⁵ similar pero no igual a la comunitaria. Definición que ha

¹²⁹ Abel La Calle Marcos, "El nuevo marco jurídico que introduce la Directiva marco de aguas en la Unión Europea" en Pedro Arrojo Agudo (Coordinador), *El agua en España: Propuestas de futuro*, Ediciones del oriente y del mediterráneo, Madrid, 2004, pp. 71 a 87.

¹³⁰ Abel La Calle Marcos, «Impacto de la Directiva marco comunitaria y territorio» en Antonio Embid Irujo, *Agua y territorio*, Madrid, Civitas, 2007.

¹³¹ Sentencia TJCE (Sala Tercera) 30-11-2006, Comisión contra Luxemburgo, C-32/05, ap. 61-65.

¹³² Artículo 2.13 de la Directiva 2000/60/CE.

¹³³ Considerando de la Directiva 2000/60/CE.

¹³⁴ Considerando 33 de la Directiva 2000/60/CE.

¹³⁵ Artículo 14 de la Ley 29/1985 definía la cuenca hidrográfica como «el territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único».

permanecido vigente hasta la adaptación literal a la Directiva marco del agua¹³⁶. Lo que sí parece ser común en ambos sistemas jurídicos es que se trata del marco territorial o presupuesto geográfico para la gestión sostenible¹³⁷.

La diferencia más importante entre ambas definiciones es la forma en que se produce la desembocadura. El concepto español pretérito especificaba que «convergen en un cauce principal único» y para la definición comunitaria por «por una única desembocadura, estuario o delta». No sólo se está ante una mayor precisión de la definición comunitaria, se está ante una diferencia significativa. La definición comunitaria amplía los criterios de delimitación en los estuarios y sistemas deltáicos, criterios que con la definición anterior se podían considerar limitados por la definición de legal de cauce.

Esta diferencia no es una cuestión de laboratorio jurídico o mero matiz académico. Aplicar el nuevo concepto puede comportar una modificación de los ámbitos territoriales de las cuencas y por tanto de las demarcaciones hidrográficas españolas. Al extender el territorio que comprende su desembocadura determina la calificación de subcuencas territorios que con la concepción anterior podrían considerarse cuencas hidrográficas intracomunitarias. Es el caso territorios incluidos en la llanura deltaica del Júcar-Turía que se consideraron cuenca hidrográfica intracomunitaria en el ámbito territorial del Plan hidrológico del Júcar y que, entre otras, determinaron la declaración de su nulidad parcial¹³⁸.

- La demarcación hidrográfica

La demarcación hidrográfica se define como «la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas»¹³⁹. La razón de ser este concepto parece ser una respuesta a la diversidad de cuencas hidrográficas; ya que existe un considerable número de cuencas hidrográficas de pequeños ríos cuya reducida superficie y necesidades no justifican la existencia de un Plan hidrológico de cuenca y una autoridad específicos para su adecuada gestión. Así la Directiva permite que se agrupen este tipo de cuentas hidrográficas entre sí o a otras mayores cuyo conjunto sí justificaría la planificación y organización específicas para su gestión. Como única condición para la agrupación de las cuencas hidrográficas en una misma demarcación exige que sean vecinas¹⁴⁰.

¹³⁶ Artículo 16 del Real Decreto Legislativo 1/2001 modificado para su adaptación a la Directiva 2000/60/CE por el artículo 129.6 de Ley 62/2003.

¹³⁷ Emilio Pérez Pérez, «Breve exposición de la Ley de Aguas de 1985» en *Derecho de aguas*, IEA, Murcia, 2006, p. 63 y 68.

¹³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Contencioso Administrativa, Sección 5ª, de 20-10-2004, recurso 3154/2002, ponente: Pedro José Yagüe Gil La delimitación de las cuencas hidrográficas del antiguo ámbito de planificación del Plan hidrológico del Júcar conforme a este nuevo concepto puede dar una nueva visión del problema planteado por la citada sentencia y la doctrina (Fanlo Loras, Antonio, «La sorpresiva e inesperada anulación por el Tribunal Supremo del Plan Hidrológico del Júcar (Comentario crítico de urgencia)», Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional 17/2004 y Isabel Gallego, «Crónica de una declaración de invalidez anunciada: la STS de 20 de octubre de 2004, que anula parte del Plan Hidrológico del Júcar», Actualidad Jurídica Aranzadi, n. 659/2005).

¹³⁹ Artículo 2.15 de la Directiva 2000/60/CE.

¹⁴⁰ Es curioso que la versión francesa del artículo 2.15 de la Directiva 2000/60/CE no incluya esta exigencia: «"district hydrographique": une zone terrestre et maritime, composée d'un ou plusieurs bassins hydrographiques ainsi que des eaux souterraines et eaux côtières associées, identifiées conformément à l'article 3, paragraphe 1, comme principale unité aux fins de la gestion des bassins hydrographiques; »

Constituye la «principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas»¹⁴¹, afirmación que no debe cuestionar¹⁴² el principio español de unidad de cuenca¹⁴³ pues como se ha visto más arriba la cuenca hidrográfica ha de ser considerada la unidad básica.

En el Derecho español anterior a la adaptación este concepto podría asimilarse al de «ámbito territorial del plan hidrológico»¹⁴⁴, la diferencia radica en que la concepción europea avanzó un paso más en la coherencia entre el ciclo hidrológico y la su gestión integrada al incorporar las aguas costeras, mientras que la regulación española excluía dichas aguas¹⁴⁵. La adaptación realizada en la legislatura 2000-2004 ha recogido la definición europea con pequeños matices como incluir expresamente las aguas de transición e intercambiar el orden en la referencia a la zona marina y la terrestre¹⁴⁶: «la zona terrestre y marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas a dichas cuencas»¹⁴⁷.

Por otra parte se ha cuestionado que para la demarcación hidrográfica no rige el principio de unidad de gestión o de gestor único pues su ámbito territorial no se corresponde con ninguna autoridad pública concreta¹⁴⁸, sin embargo con la interpretación expuesta más arriba sobre la necesidad de la Autoridad competente de la demarcación hidrográfica y sus facultades de coordinación, sí puede entenderse vigente dicho principio de unidad de gestión.

- La subcuenca hidrográfica

La subcuenca se define como «la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos hacia un determinado punto de un curso de agua (generalmente un lago o una confluencia de ríos)»¹⁴⁹.

Si se compara con el concepto de cuenca hidrográfica se observa que el de subcuenca se define partiendo de aquél y que él único elemento diferenciador de ambos conceptos es el destino del fluir de las escorrentías: en la cuenca hidrográfica es el mar y en la subcuenca es un curso de agua.

¹⁴¹ Artículo 2.15 de la Directiva 2000/60/CE.

¹⁴² Hay doctrina que se cuestiona esta vigencia Isabel Caro-Patón Carmona «La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, 2006, p. 48.

¹⁴³ Artículo 16 RDL 1/2001.

¹⁴⁴ Artículo 40.2 Real Decreto Legislativo 1/2001.

¹⁴⁵ Los artículos 38.2 de la Ley 29/1985 y 40.2 del Real Decreto Legislativo 1/2001, recogían una remisión: «el ámbito territorial de cada Plan Hidrológico se determinará reglamentariamente» que en ningún caso incluía las aguas de transición ni costeras.

¹⁴⁶ Nótese que la versión española de la Directiva 2000/60/CE dice «la zona marina y terrestre...», mientras que las versiones inglesa y francesa lo expresan en orden inverso «the area of land and sea...» y «une zone terrestre et maritime...».

¹⁴⁷ Artículo 16 bis del Real Decreto Legislativo 1/2001, añadido por artículo 129.7 de Ley 62/2003.

¹⁴⁸ Isabel Caro-Patón Carmona, «La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9, 2006, pp. 48-49.

¹⁴⁹ Artículo 2.14 de la Directiva 2000/60/CE.

Para comprender el alcance de la diferencia es necesario saber que entiende la Directiva marco del agua por un «curso de agua». Este concepto no se define ni en la Directiva ni en el Derecho comunitario derivado, aunque se especifica en definiciones de conceptos próximos que se trata de aguas continentales y no marinas¹⁵⁰. La Directiva lo que sí hace es aclarar que el punto de un curso de agua donde termina la subcuenca es «generalmente» un lago o una confluencia con otro río.

Para cubrir esta laguna conceptual, parece razonable acudir al concepto actual de «curso de agua» en el ámbito internacional¹⁵¹, en el que se define como un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común¹⁵². Definición que es perfectamente compatible con los conceptos de río¹⁵³ y de lago¹⁵⁴ definidos en la Directiva marco del agua.

La adaptación española de la Directiva marco del agua realizada a través de la Ley de acompañamiento (legislatura 2000-2004) no trasladó al Derecho interno el concepto de subcuenca, lo que conforme al criterio establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas supuso el incumplimiento del Derecho comunitario¹⁵⁵.

El Gobierno español (Legislatura 2004-2008) ha subsanado esta omisión en el Reglamento de planificación hidrológica¹⁵⁶.

En cualquier caso la interpretación de este concepto de forma incorrecta puede llevar a aplicaciones contrarias a la Directiva marco del agua. Se ha defendido que los ríos que desembocan en los estuarios no pueden considerarse subcuencas y por tanto tienen la consideración de cuencas hidrográficas que en muchos casos tendrían el carácter de intracomunitarias.

No parece correcta esta interpretación. La definición de subcuenca exige que el destino de las aguas sea un curso de agua, a diferencia de lo que ocurre en la cuenca hidrográfica que el destino ha de ser el mar, y la interpretación de las normas parece indicar que el estuario es, efectivamente, una parte de un curso de agua.

¹⁵⁰ Aunque efectivamente no se define dicho concepto en el Derecho comunitario derivado, resulta de interés señalar que en la definición de vía navegable interior señala que se trata de «un curso de agua, que no forma parte del mar...» (artículo 3.a del Reglamento (CE) 425/2007). En términos parecidos en cuanto a carácter no marino del curso de agua se expresa la Directiva 2006/11 cuando define «límite de las aguas continentales» como el «lugar del curso de agua en el que, durante la marea baja en épocas de débil caudal de agua continental, el grado de salinidad aumenta considerablemente como consecuencia de la presencia de agua de mar» (artículo 2.c de la Directiva 2006/11).

¹⁵¹ El concepto «curso de agua» en el Derecho internacional ha sido criticado por la doctrina debido a su imprecisión. Confrontar: Ghassan Abbas y Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, «La interrelación entre el derecho de la participación equitativa y la gestión integrada de los cursos de agua internacionales», <http://www.inbo-news.org/ag2000/abbas.htm> obtenida el 22 May 2007 03:44:24 GMT.

¹⁵² Artículo 2.a de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, Nueva York, 21 de mayo de 1997: «Por "curso de agua" se entenderá un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común».

¹⁵³ Artículo 2.4 de la Directiva 2000/60/CE.

¹⁵⁴ Artículo 2.5 de la Directiva 2000/60/CE.

¹⁵⁵ Sentencia TJCE (Sala Tercera) 30-11-2006, Comisión contra Luxemburgo, C-32/05, ap. 61-65.

¹⁵⁶ Artículo 3.z Real Decreto 907/2007.

Si se busca el concepto jurídico de estuario, se observa que el texto definitivo de la Directiva marco del agua no lo recoge¹⁵⁷ pero dentro del Derecho comunitario de aguas se puede encontrar una definición aplicable por analogía en la Directiva de aguas residuales que lo considera una zona en la desembocadura de un río¹⁵⁸ y, por ende, una parte del mismo. Parece que sólo podría considerarse que no forma parte del río si éste desembocase en el estuario, pero ya se ha visto que desemboca en el mar. En este sentido, la citada Directiva de aguas residuales establece que las aguas costeras se sitúan fuera del límite exterior del estuario¹⁵⁹. En otros términos, el río como curso de agua mantiene esta denominación y carácter hasta que acaba en el mar, en las aguas costeras con las que limita el estuario.

Esta afirmación es igualmente acertada si se analiza desde la perspectiva de la caracterización de las aguas. El estuario es un espacio que alberga generalmente aguas de transición y la definición de estas expresamente señala que son aguas del río próximas a su desembocadura¹⁶⁰, luego forman parte del río aunque sean parcialmente salinas. Recuérdese que no pueden confundirse las aguas de transición con las aguas costeras¹⁶¹ pues donde acaban las primeras, empiezan las segundas.

Esto conduce a una última reflexión. El concepto de río en la Directiva marco del agua establece en su definición -en lo que ahora interesa- que es «una masa de agua continental»¹⁶², lo que lleva a la cuestión del límite exterior de dichas aguas. Las aguas continentales, las aguas costeras y el mar territorial comparten un mismo límite, exterior para las aguas continentales e interior para las aguas costeras y el mar territorial. Este límite común es la denominada «línea de base» concepto que proviene del Derecho internacional del mar¹⁶³. Pero, en lo que ahora interesa, el estuario o el delta son aguas continentales ya que están en el lado de la tierra o el continente respecto de la línea de base¹⁶⁴. Luego el estuario y el delta son parte de esa masa de aguas continental que define el concepto de río en la Directiva marco del agua.

¹⁵⁷ Si se contenía una definición en el artículo 2.5 de la Propuesta base de Directiva del Consejo...por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, COM(1997)0049, 26/02/1997: «5. “Estuario”, la zona de transición en la desembocadura de un río entre las aguas dulces superficiales y las aguas costeras. Los límites exteriores (hacia el mar) de los estuarios serán determinados por los Estados miembros en función de las necesidades. El límite interior (aguas arriba) será el límite de las aguas dulces.»

¹⁵⁸ Artículo 2.12 de la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, DO L135, 30/05/1991: «12) «Estuario»: la zona de transición, en la desembocadura de un río, entre las aguas dulces y las aguas costeras. Cada Estado miembro determinará los límites exteriores (orientados hacia el mar) de los estuarios a efectos de la presente Directiva, dentro del programa para su aplicación a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 17».

¹⁵⁹ Artículo 2.13 de la Directiva 91/271/CEE: «13) « Aguas costeras »: las aguas situadas fuera de la línea de bajamar o del límite exterior de un estuario».

¹⁶⁰ Artículo 2.6 de la Directiva 2000/60/CE «6) “aguas de transición”: masas de agua superficial próximas a la desembocadura de los ríos que son parcialmente salinas como consecuencia de su proximidad a las aguas costeras, pero que reciben una notable influencia de flujos de agua dulce;»

¹⁶¹ Artículo 2.7 de la Directiva 2000/60/CE.

¹⁶² Artículo 2.4 de la Directiva 2000/60/CE.

¹⁶³ Tullio Scovazzin y Valentín Bou Franch, *Elementos del Derecho internacional del Mar*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 24 y Víctor Luis Gutiérrez Castillo, La delimitación de los espacios marinos españoles, tesis doctoral, Córdoba, 2002, p. 84 y siguientes.

¹⁶⁴ Artículo 2.3 de la Directiva 2000/60/CE

En conclusión, el estuario se considera una parte del río y por tanto una parte del curso de agua, luego nada impide la existencia de subcuencas que tengan como destino de sus aguas un determinado punto del estuario. Así, la subcuenca comparte el mismo destino que el afluente que alimenta: integrarse en una misma cuenca hidrográfica.

Resultaría contradictorio con el uso común de las palabras, con la experiencia y el sentido jurídico de los conceptos, considerar que la cuenca de un afluente se convierta en cuenca hidrográfica bajo la ficción de que la desembocadura del afluente en el estuario es como desembocar en el mar.

- La masa de agua

La Directiva marco de aguas define la masa de agua superficial¹⁶⁵ y la masa de agua subterránea¹⁶⁶ pero no establece una definición básica de masa de agua que comprenda ambas. De ambas definiciones se pueden inducir que es una parte homogénea, diferenciada y significativa de las aguas de una cuenca hidrográfica que se identifica y utiliza como la fracción básica para conocer y diagnosticar su estado de conservación, aplicar las medidas necesarias para su protección y uso sostenible, y seguir su evolución¹⁶⁷. La utilidad de este fraccionamiento de la cuenca hidrográfica tiene su razón de ser en facilitar o posibilitar un diagnóstico y una aplicación de medidas eficaz, eficiente y efectiva para lograr los objetivos medioambientales de los Programas de medidas y por ende de la planificación hidrológica¹⁶⁸. No sería factible gestionar y alcanzar un buen estado de las aguas de una cuenca hidrográfica con un solo diagnóstico para todas las aguas que la integran o unos únicos objetivos ambientales para todas ellas; la diversidad de circunstancias y estados agrupados haría imposible una aplicación global de medidas que fuera coherente para todas las aguas.

La clasificación de las masas de agua se realiza atendiendo a distintos criterios como son su situación (superficial o subterránea), su tipología (río o lago, de transición o costera, acuífero o acuíferos), su origen (natural, artificial, o muy modificada), su uso (utilizadas para la captación de agua potable, de uso recreativo y de baño) y su estado (óptimo, muy bueno, bueno, aceptable, malo y muy malo).

En el Derecho español anterior a la adaptación de la Directiva marco del agua no existía este concepto aunque con dicha adaptación se incorporó a la Ley de aguas¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Artículo 2.10 de la Directiva 2000/60/CE.

¹⁶⁶ Artículo 2.12 de la Directiva 2000/60/CE.

¹⁶⁷ Esta definición coincide en gran medida con la propuesta realizada por el Grupo de trabajo sobre masas de agua en *Common Implementation Strategy for the Water Framework Directive (2000/60/Ec), Guidance Document No 2. Identification of Water Bodies*, 2003, p. 2, que se puede consultar en <http://forum.europa.eu.int/Public/irc/env/wfd/library>.

¹⁶⁸ Artículo 4 de la Directiva 2000/60/CE.

¹⁶⁹ Artículo 40 bis del Real Decreto Ley 1/2001 añadido por artículo 129.19 de Ley 62/2003.

5. La adaptación de la planificación y gestión hidrológicas

5.1. El análisis y estudios previos

El diagnóstico tiene una importancia fundamental en el esquema metodológico de la Directiva marco del agua y se lleva a cabo a través del análisis de las características de las cuencas fluviales y de las repercusiones de la actividad humana, así como un análisis económico del uso del agua. Son los llamados «informes del artículo 5 de la Directiva Marco de Aguas». Su importancia radica en son la base sobre la que se establecen los objetivos concretos de protección y uso sostenible a alcanzar, el punto de partida del Plan de gestión¹⁷⁰ y de los Programas de medidas¹⁷¹. Por tanto, de su calidad y acierto depende la eficacia de la política de aguas.

El legislador comunitario le ha dado tanta importancia a este diagnóstico que desarrolla sus contenido en dos anexos de la Directiva Marco de Aguas (anexo II y III) con objeto de fijar unas especificaciones técnicas para su realización que sean comunes y comparables en todos los Estados de la Unión Europea. Además, la Comisión Europea y los Estados mantienen desde la aprobación de la Directiva Marco de Aguas un trabajo continuo y sistemático para consensuar los criterios de realización y revisión de este diagnóstico.

Estos informes constituyen en sí mismos una evaluación del cumplimiento actual de un conjunto de directivas anteriores a la Directiva Marco de Aguas¹⁷² y que ya venían desplegando la obligación del control de la contaminación que se estima e identifica en dichos informes para cada una de las masas de aguas¹⁷³. Evaluación que comporta para los Estados el deber de mejorar el estado de las aguas no sólo a efectos del horizonte del año 2015¹⁷⁴, sino respecto de los estándares de calidad y lucha contra la contaminación aplicables con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva conforme a las citadas normas.

Constituyen igualmente un punto de referencia de la obligación de «prevenir todo deterioro adicional» del estado de los ecosistemas acuáticos y, con respecto a sus necesidades de agua, de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos¹⁷⁵. Luego cualquier deterioro adicional del estado constatado en dichos informes podría suponer un incumplimiento de la Directiva Marco de Aguas salvo que se tratara de alguna de las excepciones contempladas en dicha Directiva¹⁷⁶.

La adaptación realizada en la legislatura 2000-2004 no recogió de forma suficiente la exigencia respecto del contenido e importancia de estos estudios ni el plazo de su realización¹⁷⁷. Omisiones que se han subsanado parcialmente en la legislatura 2004-2008 con el Reglamento de planificación¹⁷⁸.

¹⁷⁰ Artículo 13.4 y anexo VII Directiva 2000/60/CE.

¹⁷¹ Artículos 11.1 Directiva 2000/60/CE.

¹⁷² Directiva 91/271/CEE, Directiva 96/61/CE, Directiva 76/464/CEE, Directivas 75/440/CEE, 76/160/CEE, 78/659/CEE, 79/923/CEE, Directiva 91/676/CEE, Directiva 91/414/CEE y Directiva 98/8/CE.

¹⁷³ Artículo 13.4 y anexo VII.1.4 Directiva 2000/60/CE.

¹⁷⁴ Artículo 4 Directiva 2000/60/CE.

¹⁷⁵ Artículo 1 y 4 Directiva 2000/60/CE y Disposición adicional 11.a RDL 1/2001.

¹⁷⁶ Artículo 4.6 y 7 Directiva 2000/60/CE.

¹⁷⁷ Artículo 41.5 y 42.1 RDL 1/2001 añadido por art. 129.21 y 129.22 Ley 62/2003.

¹⁷⁸ Artículos 78 y 40 y siguientes RD 807/2007.

5.2. Los inventarios de recursos y los caudales ecológicos

Un tema crucial de la planificación hidrológica lo constituye determinar las disponibilidades de agua que vienen condicionadas por los objetivos ambientales y la aplicación de los principios de prevención de todo deterioro adicional y de precaución. Esta es una cuestión que no fue objeto de regulación expresa en la ley de acompañamiento pero sí fue tratada en cuanto a los caudales ambientales en la Ley del Plan Hidrológico Nacional¹⁷⁹.

En la legislatura 2004-2008 se ha establecido una definición del caudal ecológico¹⁸⁰ han sido objeto de regulación reglamentaria los inventarios de recursos¹⁸¹ y determinados aspectos de los caudales ecológicos¹⁸² estando pendiente su desarrollo a través de una instrucción de planificación.

En esta instrucción es importante que exista una coherencia entre los criterios establecidos para la determinación de los inventarios y de los caudales ecológicos, y que en cualquier caso respondan a los principios de prevención de todo deterioro adicional y precaución. Para ilustrar esto es de interés traer a colación la nota realizado en 2007 por Antonio Estevan, José Manuel Naredo y el redactor del presente informe.

En dicha nota se considera que las series hidrológicas que han de tenerse en cuenta para la determinación de los inventarios de recursos no deberían ser *«las series cubrirán el mayor período temporal que permitan los datos disponibles En cualquier caso, las referentes a aguas superficiales deberán contener el período que comprenda los años hidrológicos 1940/41 a 2005/06, ambos inclusive, con datos al menos mensuales»*¹⁸³.

El criterio que se adopte para las estimaciones cuantitativas de disponibilidad de recursos en la planificación hidrológica es de gran trascendencia y por tanto exige una especial reflexión y prudencia en su determinación.

Tabla 1. Aportaciones medias en distintas series hidrológicas

Sistema:	Segura	Júcar (Tous)	Tajo (Bolarque)
Parámetro:	Aportaciones reguladas	Aportaciones regulables	Aportaciones reguladas
Aportación media hm³/año			
Serie completa 1940/41 a 2005/06	469,1	1.303,0	1.159,9
Serie últimos 25 años 1981/82 a 2005/06	303,4	947,5	786,7
Incrementos en %			
Serie completa / Serie últimos 25 años	54,6%	37,5%	47,4%

Fuente: Confederaciones Hidrográficas del Júcar, Segura y Tajo

¹⁷⁹ Artículos 5, 6.d y 26 Ley 10/2001.

¹⁸⁰ Artículo 42.1.b.c Ley 10/2001 modificado por la Ley 11/2005.

¹⁸¹ Artículo 11 RD 9007/2007.

¹⁸² Artículo 81.b, 88.c, ,

¹⁸³ Ministerio de Medio Ambiente, 2007. Instrucción de Planificación Hidrológica (Borrador). Pág 33.

Como es sabido, en la mayoría de las cuencas hidrográficas y especialmente en las de la vertiente mediterránea y la mitad sur de la Península, tanto las precipitaciones como las aportaciones han experimentado una considerable reducción en los últimos 25 años, tanto en cantidad como en calidad. En la tabla 1 se presentan las aportaciones medias en tres sistemas especialmente presionados (Segura, Júcar y Cabecera del Tajo) en los 66 años de la serie cuyo uso preconiza la Instrucción, y en los últimos 25 años.

Si la planificación hidrológica en los sistemas recogidos en la tabla se apoyase en la serie de 66 años establecida en la Instrucción, se estarían asumiendo unos recursos medios que excederían en proporciones muy elevadas a los registrados en los últimos 25 años. En otros sistemas peninsulares también se producen desviaciones significativas, aunque en general no llegan al extremo de las arriba citadas.

Siguiendo la mecánica del proceso de planificación, la utilización de la serie más larga determinaría el establecimiento de mayores caudales disponibles para su asignación a las funciones ambientales y a los distintos usuarios de la cuenca. En tal caso, si en los próximos años se mantuvieran las tendencias de precipitaciones y aportaciones registradas en el último cuarto de siglo, estas asignaciones podrían no estar respaldadas por recursos reales. Es importante señalar que el problema de la sobrevaloración de los recursos, con las graves consecuencias ambientales, económicas y sociales que conlleva, ya ha ocurrido de modo generalizado en la planificación vigente, en la que las series utilizadas han acabado mostrando una divergencia con la realidad aún mayor que la que se mostraba en la tabla anterior.

Indudablemente, el principio de representatividad estadística indica que cuanto más larga sea una serie de datos aleatorios, más representativos son los parámetros estadísticos que se puedan extraer de ella. Sin embargo, la validez de este principio sólo se mantiene si las variables estudiadas son estrictamente aleatorias a lo largo de toda la serie de registros utilizada. Si se identifican factores que pueden estar influyendo de modo significativo en el comportamiento de estas variables las series históricas dejan de ser representativas a efectos estadísticos, aunque puedan mantener su validez con fines de conocimiento histórico de la situación analizada.

Son numerosos los factores señalados durante estos últimos años por diversos autores como potenciales modificadores del régimen de precipitaciones y aportaciones en la península ibérica, más allá de la variabilidad natural del clima. En este sentido se ha señalado la posible influencia incipiente del cambio climático en la precipitación y la evapotranspiración¹⁸⁴, así como las alteraciones en la generación de escorrentías por factores tales como los cambios de uso del suelo, las nuevas técnicas agrarias¹⁸⁵ o la reforestación natural y la repoblación forestal en las cabeceras¹⁸⁶.

En estas condiciones, las series hidrológicas que se limitan a períodos temporales próximos son más representativas que las históricas a efectos de la planificación porque son las únicas que reflejan la influencia de los nuevos factores que alteran el

¹⁸⁴ Ayala-Carcedo, F.J., 2002. Impactos del cambio climático sobre los recursos hídricos en España y viabilidad física y ecológica del Plan Hidrológico Nacional 2001. Ponencia presentada en el III Congreso Ibérico de Uso y Gestión del Agua. Sevilla, 2002.

¹⁸⁵ Gascó, J.M., Naredo, J.M. y Jiliberto, R., 1996. Desarrollo operativo de las Cuentas del Agua en España. Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas. MOPTMA

¹⁸⁶ Gallart, F., 2002. Informe sobre el Plan Hidrológico Nacional. En *El Plan Hidrológico Nacional a debate*. Arrojo, P. Coord., Ed. Bakeaz, 2002.

régimen hidrológico, unos factores que continuarán presentes –y quizá incrementados– en la etapa del futuro inmediato que se pretende planificar.

En una situación como ésta es obligada la aplicación del principio de precaución¹⁸⁷. Este principio ambiental ha sido interpretado por la Comisión Europea con referencia expresa al cambio climático¹⁸⁸, marcando una posición explícita de las instituciones comunitarias respecto a las evaluaciones ambientales tanto en el campo de los recursos hídricos como en otros aspectos.

Este principio indica que en situaciones de riesgo insuficientemente explicadas por el conocimiento científico prima la adopción de las decisiones más prudentes. Aplicado a la planificación hidrológica el principio de precaución exige que la planificación nunca pueda autorizar un uso de las aguas y ecosistemas que pueda suponer, con una significativa probabilidad, su deterioro o el incumplimiento de los objetivos ambientales.

En el caso presente, la aplicación del principio de precaución está doblemente justificada por el elevado nivel de riesgo que se percibe. Se ha constatado que en un período de 66 años se ha producido una etapa de 25 años con un régimen de aportaciones muy inferiores a las de las etapas anteriores. La probabilidad de que se produzca una situación como esa parece muy significativa, ya que se ha producido una vez en sólo 66 años.

El ciclo hidrológico de los últimos 25 años se considera de suficiente duración como período de referencia para la planificación hidrológica de las próximas dos o tres décadas. Un cuarto de siglo se suele aceptar como período más característico de las perspectivas humanas de largo plazo. Más allá de este horizonte cualquier intento de planificación se reduce a una expresión de hipótesis o de deseos, dadas las incertidumbres que la rodean.

La posición de prudencia en esta materia está avalada, además, por el criterio incluso más restrictivo que el aquí propuesto que ha sido reiteradamente mantenido a este respecto por las instituciones europeas en sus deliberaciones sobre política hidrológica con las instituciones españolas.

La Comisión Europea, en la carta dirigida al Gobierno español en fecha 23 de mayo de 2002, solicitó conocer la serie temporal de los últimos quince años alegando que *en años recientes han ocurrido cambios importantes en la tendencia pluviométrica a lo largo de todo el territorio europeo, cambio que algunos autores achacan a modificaciones debidas al cambio climático*¹⁸⁹.

Asimismo, el Banco Europeo de Inversiones, en su informe realizado en julio de 2003 sobre la viabilidad del trasvase Júcar-Vinalopó, asumió los últimos veinte años como período de referencia para su análisis: *debido a la tendencia decreciente de las series y para situarnos en el lado de la seguridad, hemos decidido considerar los datos de los últimos 20 años como representativos*.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Artículo 174.2 del Tratado de la Comunidad Europea

¹⁸⁸ Communication from the Commission on the precautionary principle COM(2000) 1. Brussels, 02.02.2000

¹⁸⁹ Carta de la DG de Medio Ambiente de la Comisión Europea al Gobierno Español solicitando aclaraciones en relación con el proyecto del Plan Hidrológico Nacional. 23 de mayo de 2002.

¹⁹⁰ Banco Europeo de Inversiones, 2003. *Detailed Analysis. Conducción Júcar-Vinalopó. Spain.*

Con posterioridad, el Ministerio de Medio Ambiente aceptó, a instancias del Grupo de Trabajo que revisó la viabilidad del proyecto de la transferencia Júcar–Vinalopó, la recomendación de tomar *los últimos 25 años como más próximos a la situación real actual, y a su percepción por los usuarios*.¹⁹¹ Los resultados del análisis de los últimos 25 años sirvieron de base para la modificación del proyecto, posición que sería validada posteriormente por la Comisión Europea asumiendo su cofinanciación.

Conforme a los aspectos señalados en la citada nota se proponía que la Instrucción de Planificación Hidrológica estableciera en su apartado dedicado a las Estadísticas de las Series Hidrológicas la obligatoriedad de tomar como serie hidrológica de referencia en las aportaciones la que abarca el período 1981/82 a 2005/2006, manteniendo la serie iniciada en 1940 únicamente a efectos del análisis histórico.

5.3. La participación pública en la planificación hidrológica

Además de los aspectos ya mencionados más arriba al hablar del diálogo social necesario para la Administración del agua, en el presente epígrafe se analizan los aspectos concretos de la información y consulta pública en la planificación hidrológica.

Se trata de una obligación general¹⁹² que se concreta de forma específica en por la Directiva marco del agua en la forma en que se verá.

Los planes hidrológicos de cuenca se ven sometidos simultáneamente a los procedimientos de participación de la evaluación ambiental estratégica y específico de la planificación hidrológica¹⁹³.

El procedimiento de participación pública en este ámbito de decisión se desarrolla en las fases que podrían denominarse inicial, media y final.

La fase inicial tiene por objeto la difusión y primera implicación del público en el procedimiento que comienza. La fase habrá cumplido su finalidad si la sociedad conoce la existencia del procedimiento, los efectos que puede tener y percibe la necesidad de involucrarse. Se trata de que la sociedad pueda implicarse «cuando todas las opciones y soluciones sean aún posibles y cuando el público pueda ejercer una influencia real»¹⁹⁴. En la planificación hidrológica esta fase inicial tiene dos momentos diferenciados en la Directiva marco del agua: el referido a los análisis y estudio previos y el del calendario y programa de trabajo.

La planificación hidrológica comienza con la realización de los análisis y estudio previos de diagnóstico y pronóstico de la demarcación hidrográfica en los que se analizan sus características, las repercusiones de la actividad humana, y los aspectos económicos del uso del agua¹⁹⁵. Constituyen la base sobre la que se construye la planificación y los programas de medidas. En su realización y conforme al mandato

¹⁹¹ Confederación Hidrográfica del Júcar, 2005. *Informe de la Comisión Técnica para el estudio de la viabilidad del Proyecto Júcar-Vinalopó*

¹⁹² Artículos 7 y 8 del Convenio de Aarhus de 1998, desarrollada en el Derecho comunitario a través de la Directiva de participación pública (Directiva 2003/35), cuya adaptación se ha realizado en el Derecho español a través de la Ley de participación pública ambiental (Ley 27/2006), paralelamente se aplica a través de la evaluación ambiental estratégica (Directiva 2001/42 y Ley 9/2006).

¹⁹³ Artículo 3 Directiva 2001/42 y Ley 9/2006 y artículo 14 Directiva 2000/60 y 41.3 RDL 1/2001.

¹⁹⁴ Artículo 6.4 Convenio Aarhus 1998.

¹⁹⁵ Artículo 5 Directiva 2000/60, 41.5 RDL 1/2001 y 78 RD 907/2007

general se ha de fomentar la participación activa de todas las partes interesadas, ya que se trata de una aplicación de la Directiva¹⁹⁶. La adaptación española aunque establece el carácter previo de estos estudios respecto de la elaboración del Plan hidrológico de cuenca¹⁹⁷, no fija el plazo para su realización y revisión que sí establece la Directiva.

El segundo momento del procedimiento de planificación hidrológica se realiza con tres años de antelación a la aprobación del Plan hidrológico de cuenca. Concreta la Directiva marco del agua que la Autoridad competente habrá de publicar y poner a disposición del público un calendario y un programa de trabajo sobre la elaboración del plan, con inclusión de una declaración de las medidas de consulta que habrán de ser adoptadas, concediendo un plazo mínimo de seis meses para la presentación de observaciones por escrito¹⁹⁸. La adaptación del Derecho español establece como documentos de esta consulta el Programa de trabajo que incluye un calendario y el Estudio general de la demarcación¹⁹⁹, este último viene a sintetizar los análisis y estudio previos antes mencionados.

Desde un punto de vista crítico en los procesos realizados en España se ha partido de un considerable retraso y se han acumulado fases respecto de lo establecidos por la Directiva marco del agua, la difusión y participación se ha centrado en el público interesado y muy poco o nada en el público en general, y entre la documentación no se han recogido documentos de síntesis y divulgación suficientes.

La fase media tiene como objeto difundir el contenido del plan, programa o disposición general y establecer un diálogo con el público. Es importante en esta fase destacar la necesidad de que la información que se difunda sea adecuada a los destinatarios y que el diálogo social que se establezca sea transparente, real y amplio. El Convenio de Aarhus de 1998 establece el derecho del público a expresar por escrito y en un plazo razonable, su opinión ante las autoridades públicas sobre la decisión propuesta²⁰⁰.

En la planificación hidrológica en esta fase también se pueden distinguir dos momentos de diálogo, la consulta sobre temas importantes y la consulta sobre el proyecto de plan hidrológico de cuenca.

Dos años antes de la fecha prevista para la aprobación del Plan hidrológico de cuenca, la Autoridad competente difundirá un esquema provisional de los temas importantes que se plantean en la cuenca hidrográfica en materia de gestión de aguas y concederá un plazo mínimo de seis meses para la presentación de observaciones por escrito con objeto de permitir una participación y consulta activas²⁰¹. La adaptación española se realiza diferenciando la participación pública de las partes interesadas que se consultan de forma directa por un plazo de tres meses, de la relativa al público en general que se prolonga durante seis meses²⁰².

Un año antes de la citada fecha en la que se prevé aprobar el Plan hidrológico de cuenca, la Autoridad competente publicará y pondrá a disposición del público

¹⁹⁶ Artículo 14 Directiva 2000/60

¹⁹⁷ Artículo 41.5 RDL 1/2001

¹⁹⁸ Artículo 14.1.a y 14.2 Directiva 2000/60

¹⁹⁹ Artículos 76-78 RD 907/2007

²⁰⁰ Artículo 7 y 6 Convenio de Aarhus de 1998.

²⁰¹ Artículo 14.1.b Directiva 2000/60

²⁰² Artículo 79 RD 907/2007

ejemplares del proyecto de plan hidrológico de cuenca, concediendo un plazo mínimo de seis meses para la presentación de observaciones por escrito²⁰³. La adaptación española vuelve a diferenciar la participación pública de las partes interesadas que se consultan de forma directa por un plazo de tres meses, de la relativa al público en general que se prolonga durante seis meses. Este momento se hace coincidir con la participación pública exigida por la evaluación ambiental estratégica sometiendo a consulta el informe medioambiental del proyecto de Plan hidrológico de cuenca²⁰⁴.

La fase final de este procedimiento se alcanza cuando se adopta, publica y difunde la decisión tomada en la que habrán de ser tenidas debidamente en cuenta los resultados de la participación pública²⁰⁵.

En el procedimiento de planificación hidrológica la Directiva marco del agua no establece directamente que los resultados de participación pública hayan de tenerse en cuenta, pero sí lo hace de forma indirecta al exigir que en el Plan hidrológico de cuenca se recoja «un resumen de las medidas de información pública y de consulta tomadas, sus resultados y los cambios consiguientes efectuados en el plan»²⁰⁶. La adaptación española establece la necesidad de tener en cuenta las consultas realizadas en el proyecto de Plan hidrológico de cuenca²⁰⁷.

Como puede observarse la participación pública en planes, programas y disposiciones generales tiene ya un desarrollo normativo amplio, especialmente en el caso de la planificación hidrológica. Si bien parece que sería necesario unificar los procedimientos para impedir la diversidad existente.

En lo que se refiere a la información ambiental aunque en la legislatura 2000-2004 no de produjo una adaptación suficiente de la Directiva marco del agua, la adaptación realizada de la Directiva sobre difusión e información ambiental²⁰⁸ en la legislatura 2004-2008 ha supuesto la subsanación indirecta de esta omisión.

6. La adaptación del sistema autorizatorio y concesional

La Directiva marco del agua comienza considerando que «el agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal»²⁰⁹. Esta declaración considera el agua como un patrimonio y, aunque no lo caracteriza de público, el tono general en el que habla y los efectos de tutela que deduce llevan a caracterizarlo como bien «común»²¹⁰.

En cualquier caso en España desde la Ley de aguas de 1985²¹¹ se estableció una sola calificación jurídica de las aguas como bien de dominio público estatal, aunque se reconoció la existencia de derechos adquiridos²¹².

²⁰³ Artículo 14.1.c y 14.2 Directiva 2000/60

²⁰⁴ Artículo 80 RD 907/2007 y artículos 10-11 de la Ley 9/2006

²⁰⁵ Artículo 2.2.c Directiva 2003/35, artículo 3.2.c Ley 27/2006

²⁰⁶ Anexo VII.A.9 Directiva 2000/60

²⁰⁷ Artículo 80.1 RD 907/2007

²⁰⁸ Ley 27/2006.

²⁰⁹ Considerando 1 Directiva 2000/60.

²¹⁰ Cualquiera que sean las conclusiones que se puedan extraer sobre el concepto de patrimonio y su titularidad, ha de recordarse que el artículo 295 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea dice que «no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros».

²¹¹ Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, BOE 8-08-1985.

La Directiva marco del agua recoge dentro del Programa de medidas, entre las que califica como básicas, medidas de control de captación de las aguas dulces que incluyen la autorización previa y un registro, y la exigencia de que se revisen periódicamente y actualicen²¹³. El sistema de autorizaciones ha de prever además su examen y revisión por causas ambientales para adaptarlo a la consecución de los objetivos ambientales previstos²¹⁴.

El Gobierno español (legislatura 2000-2004) no previó ninguna adaptación del sistema autorizatorio porque, como ya se ha dicho, entendía que la Directiva se «ceñía» a la protección ambiental. Sin embargo, existen aspectos que afectan al sistema de autorizaciones y concesiones preexistente.

La adaptación española debió de clarificar la aplicación de las medidas de control de las captaciones de agua dulce para las aguas privadas²¹⁵ y establecer para todos los casos de captaciones de aguas dulces (públicas o privadas, autorizadas o ilegales) un régimen concreto de revisión periódica y de actualizaciones.

Igualmente la adaptación debió establecer en una nueva causa de revisión de las concesiones en el caso de que la información existente indicara que con las medidas básicas establecidas fuera probable que no se lograran los objetivos ambientales establecidos. Esto podría haberse logrado ampliando expresamente el primer supuesto de revisión concesional «cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento»²¹⁶, ya que se trata de una modificación de los supuestos ambientales que determinan su otorgamiento.

Por una parte, habría sido recomendable otorgar transparencia a la información sobre los derechos de usos privativos de las aguas a través de la actualización y difusión pública de dichos derechos en Internet.

En la Legislatura 2004-2008 además de la continuación del proyectos para la actualización del registro de aguas como el Alberca, se ha creado el Sistema Integrado de Información del Agua (SIA) un instrumento necesario para lograr la exigencia comunitaria de difusión de la información ambiental en materia de aguas y que puede aportar la transparencia deseada sobre los usos y derechos del agua.

- Las cesiones de derechos de uso privativo de las aguas

Mención aparte merece el régimen de cesiones de derechos de uso de las aguas que, aunque no se haya producido adaptación, alguna han de verse afectados por la aplicación de los principios y obligaciones establecidos por la Directiva. Se trata de una materia que es objeto de debate a consecuencia de los intereses que suscita, las aplicaciones concretas que se han realizado en los últimos años y a la voluntad de reformar su régimen jurídico.

La Ley de modificación de 1999²¹⁷ consideró que «la experiencia de la intensísima sequía» de primeros de los noventa imponía la «búsqueda de soluciones alternativas»

²¹² Exposición de motivos y artículos 1 y 38.1 Ley 29/1985.

²¹³ Artículo 11.3.e Directiva 2000/60/CE.

²¹⁴ Artículo 11.5 Directiva 2000/60/CE.

²¹⁵ Disposición transitoria segunda, tercera y cuarta RDL 1/2001.

²¹⁶ Artículo 65.1.a RDL 1/2001.

²¹⁷ Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, BOE 14-12-1999.

a través de la desalación, reutilización, «potenciar la eficiencia en el empleo del agua para lo que es necesario la requerida flexibilización del actual régimen concesional a través de la introducción del nuevo contrato de cesión de derechos al uso del agua» y la introducción de políticas de ahorro²¹⁸.

Con esa justificación aumentó las facultades de modificación de los aprovechamientos sin alterar el sistema concesional. Introdujo la «cesión de derechos al uso privativo de las aguas»²¹⁹ o «transacciones de derechos de aprovechamiento de agua»²²⁰ que comprende dos figuras jurídicas diferentes: el «centro de intercambio» y el «contrato de cesión».

Los «centros de intercambio» permiten al Organismo de cuenca realizar ofertas públicas de adquisición de derechos de uso privativo de las aguas a cambio de una compensación económica y ofertas de enajenación o venta de los derechos adquiridos a cambio de un precio. Los «contratos de cesión» son acuerdos entre dos titulares de concesiones o derechos al uso privativo de las aguas, mediante el cual el cedente cede al cesionario todo o parte de dicho uso privativo de forma temporal, pudiendo mediar una compensación económica y sujeta su eficacia a la autorización administrativa. Ambas son de carácter voluntario.

Las cesiones de derechos a través del centro de intercambio o del contrato de cesión constituyen una excepción. Ello porque rompe la regla general de que «el agua que se conceda quedará adscrita a los usos indicados en el título concesional, sin que pueda ser aplicada a otros distintos, ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos»²²¹. El centro de intercambio además sólo se puede crear en supuestos de hecho formalmente excepcionales²²². El contrato de cesión es también una excepción porque la modificación del aprovechamiento se hace a instancia de los usuarios y el silencio administrativo de derechos sobre el dominio público es estimatorio.

Estas cesiones de derechos introducidas con la reforma de 1999 van a ser objeto de una reducción de requisitos y ampliación de supuestos aplicables, formalmente de carácter excepcional y temporal pero que se ha prolongado año a año desde 2005 hasta 2008 por ahora.

El Real Decreto-Ley 15/2005 de medidas urgentes²²³ tomó en consideración: por una parte que en el año hidrológico 2004-2005 las precipitaciones fueron «las más bajas de toda la serie registrada» y que en el momento de la aprobación de la norma se estaba en «más de un 30% por debajo de la situación de normalidad» en el régimen de pluviosidad; por otra que las transacciones que podían llevarse a cabo resultaba «insuficientes» por lo que «resulta crucial abrir la posibilidad de que las mismas puedan ser celebradas por los titulares de derechos al uso de agua de las Zonas Regables de Interés Nacional, ya que los caudales de los que disfrutan se acercan al 80% de la totalidad de los recursos superficiales existentes». Con esta justificación de

²¹⁸ Párrafo cuarto de la exposición de motivos Ley 46/1999.

²¹⁹ «SECCIÓN 2ª. Cesión de derechos al uso privativo de las aguas», «CAPÍTULO III De las autorizaciones y concesiones», « TÍTULO IV De la utilización del dominio público hidráulico» RDL 1/2001.

²²⁰ Artículo 72 RDL 1/2001, este segundo término lo utiliza de forma prioritaria el Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamiento de agua.

²²¹ Artículo 61.2 RDL 1/2001

²²² Artículo 71.1 RDL 1/2001.

²²³ Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamiento de agua, BOE 17-12-2005.

«combatir la intensa sequía»²²⁴ se flexibilizaron las condiciones de las cesiones de derechos durante el período comprendido entre el 17 de diciembre de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2006 y se ampliaron los supuestos posibles a ámbitos de planificación distintos a través de las infraestructuras del Tajo-Segura y el Negratín-Almanzora²²⁵.

El Real Decreto-Ley 9/2006 de medidas urgentes²²⁶ consideró que el año hidrológico 2005-2006 era un «año con mayores precipitaciones que el anterior aunque también seco (un 16% por debajo de la situación de normalidad)» y que «no ha mejorado en su conjunto las reservas de los sistemas» por lo que «se refuerza la eficacia de los centros de intercambios de derecho de aguas, ampliando el ámbito de la reasignación de recursos de forma que este instrumento sirva para dar respuesta a objetivos medioambientales o de interés de las Comunidades Autónomas, con el objetivo de dar una respuesta ágil a la problemática actual que la sequía impone»²²⁷.

Entre las medidas de carácter temporal que adopta se encuentra la prórroga de las medidas excepcionales establecidas en el Real Decreto-Ley 15/2005²²⁸ al período comprendido entre el 30 de noviembre de 2006 y el 30 de noviembre de 2007. Entre las medidas que no están sujetas a un tiempo de vigencia determinado está la «autorización» a los centros de intercambio para «realizar ofertas públicas de adquisición, temporal o definitiva, de derechos de uso del agua con el fin de destinar los recursos adquiridos a: La consecución del buen estado de las masas de agua subterránea o a constituir reservas con finalidad puramente ambiental, tanto de manera temporal como definitiva. La cesión a las Comunidades Autónomas, previo convenio que regule la finalidad de la cesión y posterior utilización de las aguas. La cesión deberá inscribirse en el Registro de Aguas de la cuenca»²²⁹. Aunque no se explicita esto supone una modificación de la Ley de aguas pues amplía el único objetivo reconocido: «para cederlo posteriormente a otros usuarios»²³⁰.

El Real Decreto-Ley 9/2007 de medidas urgentes²³¹ consideró que el año hidrológico 2006-2007 «aunque ha tenido una lluvia en niveles normales, no ha sido suficiente para solventar el déficit acumulado por los dos años anteriores en algunas cuencas», motivos que para el Gobierno «aconsejan» la prórroga del Real Decreto-ley 15/2005 «ya que se ha revelado como un instrumento útil para la reasignación voluntaria de derechos de agua». Por ello entre otras medidas excepcionales prorroga por el período de tiempo comprendido entre el 30 de diciembre de 2007 y el 30 de noviembre de 2008 la vigencia del Real Decreto-ley 15/2005.

²²⁴ Apartado II de la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamiento de agua.

²²⁵ Artículo 3.1 y disposición adicional primera y tercera Real Decreto-Ley 15/2005.

²²⁶ Real Decreto-ley 9/2006, de 15 septiembre, de medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en las poblaciones y en las explotaciones agrarias de regadío en determinadas cuencas hidrográficas, BOE 16-09-2006.

²²⁷ Párrafo séptimo de la exposición de motivos y disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 9/2006, de 15 septiembre, de medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en las poblaciones y en las explotaciones agrarias de regadío en determinadas cuencas hidrográficas.

²²⁸ Disposición adicional primera Real Decreto-ley 9/2006.

²²⁹ Disposición adicional tercera Real Decreto-Ley 9/2006.

²³⁰ Artículo 71 RDL 1/2001.

²³¹ Real Decreto-ley 9/2007, de 5 octubre, de medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas, BOE 6-10-2007.

La adaptación del Derecho interno a la Directiva debió establecer de forma expresa mayores controles sobre estas cesiones para evitar que puedan producir un deterioro adicional de las aguas y los ecosistemas asociados.

Tal vez la forma más sencilla de someterlos a dichos controles es incluirlos de forma expresa como medida complementaria para alcanzar el uso sostenible a través de la optimización de la oferta. Ello supondría clarificar su carácter de instrumento económico en el marco de los programas de medidas²³², que debe tener como objetivo el uso eficaz y sostenible de las aguas²³³ y someterse a un análisis comparativo de coste y eficacia respecto de otras medidas a utilizar²³⁴.

Ello clarificaría la necesidad de tomar en consideración otros tipos de medidas que puedan tener un resultado similar al obtenido con la cesión de derechos entre las que se han de incluir al menos las siguientes: Las medidas de carácter temporal, como la fijación del régimen de explotación de los embalses y acuíferos²³⁵, las limitación o condicionamiento de los usos del dominio público hidráulico²³⁶, la evitación de los abusos de derecho, el desperdicio o el mal uso de las aguas²³⁷, la sustitución del origen de los caudales concedidos²³⁸, y las medidas en casos excepcionales²³⁹. Las medidas de carácter permanente, como la revisión²⁴⁰ y la caducidad de la concesión²⁴¹.

Análisis comparativo habría de considerar: La preferencia de la iniciativa pública en los centros de intercambio frente al contrato de cesión, ya que permite un mayor control de los intereses públicos y de los objetivos de la planificación hidrológica. La coordinación administrativa pues la aplicación de estas medidas suele estar ligada al ejercicio de competencias de otras Administraciones, por lo que la eficacia de su aplicación exige una coordinación e implicación efectiva entre todas las Administraciones afectadas. La previsión e integración con la debida antelación e integradas de forma armoniosa en la planificación hidrológica y la planificación del abastecimiento y saneamiento local (la aplicación para situaciones como la sequía hace que su utilización sea más eficaz aumentando la garantía de abastecimientos de forma temprana, más que tratando de paliar sus efectos una vez producidos y el control sobre los consumos reales de los cedentes también hace aconsejable realizar la oferta de adquisición antes del inicio del año hidrológico). Y la evitación exenciones tributarias o medidas similares contraria a los principios de recuperación de costes y quien contamina paga.

En lo que se refiere a los efectos que podrían producir estas cesiones se ha de tomar en consideración especialmente a efectos de la aplicación de los principios y obligaciones de la Directiva marco del agua los siguientes:

- El mencionado análisis comparativo de coste y eficacia de las medidas debe impedir que se adopten las cesiones de derechos existiendo otras medidas

²³² Considerando 38 Directiva 2000/60/CE y artículo 92. quater RDL 1/2001.

²³³ Artículo 11.3 Directiva 2000/60/CE.

²³⁴ Anexo III.b Directiva 2000/60/CE

²³⁵ Artículo 55.1 RDL 1/2001 y 90.1 RD 849/1986

²³⁶ Artículo 55.2 RDL 1/2001 y 90.2 RD 849/1986

²³⁷ Artículo 50.4 RDL 1/2001 y 50.4 RD 849/1986

²³⁸ Artículo 61.3 y 92.h RDL 1/2001

²³⁹ Artículo 58 y 56 RDL 1/2001

²⁴⁰ Artículo 65 RDL 1/2001

²⁴¹ Artículo 66 RDL 1/2001

viables que supongan un menor coste económico como las mencionadas más arriba.

- La prevención de todo deterioro adicional de las aguas y ecosistemas acuáticos debe garantizar que no se pueda producir dicho deterioro o que se aumente el estrés hídrico a través de la cesión de derechos que no se venían usando o no se pueden usar. Hay que llamar la atención sobre el hecho de no existir un conocimiento suficiente sobre el uso efectivo de las aguas y generalmente la asignación de derechos es superior al uso, lo que facilita la cesión de derechos que no se han usado. Por otra parte el índice de explotación de las masas de agua es en muchos casos superior al de su disponibilidad. Máxime si se tienen en cuenta que los inventarios de recursos que existen están sobreestimados y que la actualización habrá de incorporar el principio de precaución, los efectos del cambio climático y el establecimiento de la restricción previa que suponen los caudales ecológicos, calculados con las nuevas metodologías.
- La consecución del uso sostenible, equilibrado y equitativo debe impedir que el cedente obtenga un beneficio muy superior al que habría conseguido usándola. Para ello habrá que mantener el carácter de mera «compensación económica» de lo que reciben por la cesión. El motivo es que se trata del uso de un bien de dominio público cuyo otorgamiento por concesión es gratuito, aunque su uso no lo sea, y que las cesiones de derechos habidas hasta ahora han alcanzado un montante económico que multiplica el beneficio que habría obtenido usándola.
- Desde un punto de vista del Derecho interno se ha de evitar el riesgo de aumentar el volumen de trasvase autorizado entre cuencas hidrográficas distintas, e impedir la omisión de los controles administrativos, ambientales y de información y participación pública por la existencia unos plazos exigüos y el silencio administrativo positivo en contra del régimen generalizado del dominio público.
- Por último, dado el poco conocimiento de los efectos que produce la aplicación de estas medidas es necesario establecer el deber público de realizar una evaluación anual previa y otra posterior sobre dichos impactos sometiéndolos a información y participación pública.

7. Conclusiones

En la legislatura 2004-2008 a pesar del retraso heredado en la materia, se han realizado importantes esfuerzos para adaptar la política de aguas a los principios y obligaciones de la Directiva marco del agua, no obstante es necesario llevar a cabo otros objetivos pendientes en esta tarea.

La adaptación correcta y completa del sistema jurídico español a la Directiva marco del agua hace aconsejable la elaboración de una nueva ley que se acompañe de un amplio proceso de diálogo institucional y social que habría de comenzarse desde el principio de la siguiente legislatura 2008-2009.

La nueva Ley de aguas debería asumir de forma clara y global los nuevos enfoques de la política de aguas de la Unión Europea en especial el enfoque ecosistémico, la prioridad de la protección, el uso sostenible y una amplia vocación integradora.

En el proceso de planificación en trámite resulta aconsejable suspenderse aquellas actuaciones que pueden poner en riesgo el cumplimiento de los nuevos objetivos de protección y, por tanto, aquellas actuaciones que pueden significar un deterioro adicional de los ecosistemas acuáticos. Máxime cuando se está ante un dominio público en un estado de deterioro importa y ante una obligación de Derecho comunitario que exige la inaplicación del derecho interno incompatible.

El citado proceso de planificación hidrológica además sería conveniente que se acompañara de una revisión de los estudios previos dada la premura con la que se hicieron inicialmente. Es también necesario que la determinación de inventarios de recursos y caudales ambientales se realice con unas mismas series hidrológicas que se refieran a un período cercano conforme a los criterios comunitarios y al principio de precaución.

En lo que atañe a la participación pública en la elaboración de los nuevos planes hidrológicos es necesario que se extienda en un mayor número de lugares del territorio y mejorar su difusión entre el público en general y no limitarse a las partes interesadas. Sería conveniente que se establecieran iniciativas para crear vías abiertas de diálogo aprovechando el proceso en curso con grupos de trabajo y foros abiertos que se reunieran periódicamente. En lo que se refiere a la difusión de la información es necesario mayores esfuerzos para adecuar la información al público en general e incluso a las partes interesadas, sin que ello suponga pérdida de acceso a la información técnica y la posibilidad de reproducir todo el proceso de racionalización llevado a cabo por la Administración. En este sentido internet es necesaria para la difusión de la información pero no es suficiente, hay que acudir a otras medidas más eficaces cuando se trata del público en general. En cuanto a la inversión pública en participación, es un gasto más de su desarrollo y debería comprender la asistencia técnica de los partícipes sin ánimo de lucro para conseguir una mejor defensa de las percepciones de la sociedad civil y la mejora técnica del plan hidrológico de cuenca. Por último es necesario que se implemente la evaluación objetiva, externa y participada de la política pública del agua ex post.

En el ámbito de la integración interna de la política de aguas la nueva Ley podría proceder a establecer medidas de integración en ámbitos que actualmente no están suficientemente sometidos a la consecución de los objetivos ambientales como aguas subterráneas no renovables, las aguas minerales y termales, las aguas de transición, costeras y territoriales, y las aguas privadas.

Para la integración externa de la protección de las aguas y ecosistemas acuáticos ha subsanarse el sometimiento de la política de aguas a las estrategias y planes sectoriales y lograr que el desarrollo de las recientes leyes y el diálogo institucional con las Comunidades Autónomas reoriente las tendencias de enfrentamiento por el reparto del recurso y el olvido del uso sostenible, equilibrado y equitativo.

La Administración pública del agua tendría una mayor eficacia en su misión si se instalase en un proceso continuo de diálogo institucional multinivel con la Unión Europea, las Comunidades Autónomas y las entidades locales, y horizontal de integración con otras competencias como la ordenación del territorio, agricultura, energía, urbanismo y turismo. Respecto del diálogo social se ha de asumir que no es posible modificar los hábitos sociales respecto del agua si no es con una información, educación y participación pública reales.

Una vez concluidos los procesos de reformas estatutarias se impone la necesidad de avanzar en la configuración de una autoridad competente de la demarcación que implemente la coordinación e integración de la política de aguas de forma efectiva y

para ello es necesario que se modifique el Comité de Autoridades Competentes y la Junta de Gobierno de los Organismos de cuenca, dotando a las Comunidades Autónomas de una representación más adecuada a sus competencias y se atribuyan facultades que permitan realmente la coordinación necesaria.

En materia de ámbito territorial deben revisarse los criterios de delimitación de las cuencas hidrográficas para ajustarlos a la Directiva con objeto de evitar su incumplimiento, especialmente respeto de las cuencas intracomunitarias y los estuarios.

Por último en cuanto al sistema de autorizaciones y concesiones se ha de clarificar la aplicación de las medidas de control de las captaciones de agua dulce para las aguas privadas y establecer para todos los casos de captaciones de aguas dulces (públicas o privadas, autorizadas o ilegales) un régimen concreto de revisión periódica y de actualizaciones. Igualmente es necesario establecer una nueva causa de revisión de las concesiones en el caso de que la información existente indicara que con las medidas básicas establecidas fuera probable que no se logaran los objetivos ambientales establecidos. Esto podría haberse logrado ampliando expresamente el primer supuesto de revisión concesional «cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento», ya que se trata de una modificación de los supuestos ambientales que determinan su otorgamiento. Así mismo sería aconsejable incorporar en el SIA información sobre el Registro de aguas y el Catálogo de aguas privadas.

En lo que respecta a las cesiones de derechos de uso de las aguas es conveniente recoger expresamente su carácter de medida complementaria de los programas de medidas, priorizar los centros de intercambio antes de los contratos de cesión y limitar de forma expresa que el cedente pueda percibir una compensación económica muy superior al beneficio que obtendría si la utilizase. En cualquier caso debe evaluarse el impacto de dichas cesiones de forma previa y posterior para determinar la relación coste eficacia de su utilización.