

Informe temático

*INFORME DE REVISIÓN Y RACIONALIZACIÓN DEL
REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2001, DE 20 DE
JULIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO
REFUNDIDO DE LA LEY DE AGUAS*

Autor: Antonio Embid Irujo, *Catedrático de derecho
Administrativo. Universidad de Zaragoza*

Noviembre 2020



LIBRO VERDE DE LA
GOBERNANZA DEL
AGUA EN ESPAÑA

Índice

Resumen ejecutivo.....	iii
Acrónimos	v
1. Previo	1
2. Documentación examinada para la formulación del informe	1
3. Breve explicación de la finalidad y metodología que preside el modo de tratamiento de las cuestiones en el informe	3
4. Motivación de la reforma legal.....	5
5. Aspectos que se deben modificar	10
5.1. Sobre los conceptos, sus definiciones y la fundamentación en principios de la reforma legal	10
5.2. El derecho humano al agua y al saneamiento básico. Las iniciativas normativas estatales en el ámbito de los servicios públicos urbanos del agua	11
5.3. Las modificaciones en lo relativo a la extensión del dominio público hidráulico	13
5.3.1. La precisión de las aguas subterráneas que deben considerarse dominio público hidráulico	13
5.3.2. El mantenimiento, o no, de la titularidad privada de las aguas subterráneas	14
5.3.3. El cierre de la posibilidad de incluir nuevas aguas en el Catálogo de Aguas Privadas de la cuenca	15
5.3.4. La posición de las aguas minerales y termales.....	16
5.4. La planificación hidrológica. Referencia a los planes de gestión de los riesgos de sequía e inundación.....	17
5.5. La utilización del dominio público hidráulico. El régimen concesional. Mención a la modernización de regadíos.	19
5.6. La utilización del dominio público hidráulico. El régimen del mercado de derechos de uso de agua.	22
5.7. La protección ambiental del dominio público hidráulico.....	24
5.8. La organización administrativa para la gestión de las aguas	24
5.9. La participación social en la planificación y en la gestión del agua. Mención a las comunidades de usuarios.....	25
5.10. El régimen económico-financiero del agua.	26
5.11. El régimen de infracciones y sanciones	27
6. Propuestas alternativas de modificaciones. Algunas ideas complementarias a lo expuesto en el apartado 5	28
7. Fórmulas legales para llevar a cabo las propuestas presentadas	29

8. Reflexiones finales..... 30

Resumen ejecutivo

El Texto Refundido de la Ley de Aguas (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio) ha sido objeto de nada menos que diecisiete reformas legales, algunas muy importantes (como la que supone la transposición de la Directiva Marco de Aguas, en 2003) y otras que solo afectan a cuestiones puntuales. No cabe duda de que tal profusión de reformas ha afectado, y no siempre para bien, a la estructura del cuerpo normativo. Además, hay algunas partes de su texto que han sido objeto de críticas y hasta intentos de modificación, habiendo surgido iniciativas normativas de distinto signo en esa dirección que no han fructificado.

En general se piensa que los problemas fundamentales que se dan en el ámbito del agua en nuestro país no son debidos ni exclusiva ni mayoritariamente a la normativa legal existente, sino que en su mayor parte se deben a dificultades y hasta imposibilidades de una mejor gestión administrativa. Ello guarda una evidente relación con el empobrecimiento personal que en algunos casos se ha producido de los medios personales de la Administración hídrica y con la misma escasez de medios económicos con que se ha dotado a los Organismos de cuenca en nuestro país. Los distintos procesos informativos realizados en torno a la elaboración del Libro Verde de la Gobernanza del Agua muestran sin el más mínimo género de dudas, que las críticas y las iniciativas de reforma que se formulan están mayoritariamente relacionadas con cuestiones de gestión y no de reproche a la normativa existente. Ello no quiere decir que en algunos casos determinadas reformas normativas no posibilitaran una mejor gestión por parte de las Administraciones hídricas en cada caso competentes.

La mejora normativa no guarda tampoco relación con el derecho europeo que, en su caso y para algunos, estaría deficientemente transpuesto al derecho español. No hay tal, como regla general, y desde luego en ningún caso los diversos tribunales que podrían ser competentes sobre la cuestión (empezando por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) han realizado reproches de contenido jurídico a la labor de transposición de las diversas directivas europeas con impacto en el ámbito del agua, y a la cabeza de todas ellas la llamada Directiva Marco del Agua de 2000. No cabe duda de que sería necesario reflexionar sobre la posibilidad de intentar algunas modificaciones sobre la transposición ya realizada, pero ello no por reproches jurídicos de significación a la labor realizada por el Parlamento y el Gobierno –en sus distintos ámbitos de competencia- sino en función de criterios de oportunidad.

Quiere todo ello decir que las decisiones de modificación normativa deberán ser adoptadas por los órganos internos españoles competentes sobre la cuestión (las Cortes Generales, de forma predominante y especial) en función de decisiones de contenido sustancialmente político y que se desea se adopten con la finalidad de propiciar la mejor gestión de las aguas superficiales y subterráneas adecuada, además, a las necesidades específicas del prácticamente inicio de la tercera década del milenio.

En ese sentido el trabajo pone el acento específico en la necesidad de imbricar de una forma clara los retos que el cambio climático plantea para la gestión del agua. Se piensa que esa es la principal tarea en el plano de lo normativo a asumir, lo que tendrá diversas manifestaciones en

los diversos sectores normativos relacionados. En particular el trabajo analiza la mayor parte de estos sectores poniendo un interés especial en sugerir modificaciones en el ámbito de las aguas subterráneas, régimen concesional, caudales ecológicos, mercados de derechos de uso de aguas y régimen económico-financiero. Eso no quiere decir que no se lleven a cabo sugerencias en otros sectores también, si bien los cambios que para ellos se apuntan tendrían menos trascendencia.

En todo caso no se cree necesario que deba llevarse a cabo una modificación profunda y radical del actual régimen jurídico legal de las aguas en tanto en cuanto, como se ha dicho, se cree que los principales problemas planteados son de gestión y no de configuración normativa. Aun cuando no es tarea a realizar específicamente en este momento, también se piensa que es necesaria una labor seria en torno al Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986, muchas veces modificado y necesitado de aclaraciones técnicas y desarrollos adecuados en algunos sectores. Se recomienda que esta tarea de modificación técnica reglamentaria sea emprendida cuanto antes para que Administraciones hídricas y particulares tengan un elemento de ayuda imprescindible para su labor y que en ningún caso pueda plantear dudas o interrogantes en el momento de la aplicación del derecho.

Acrónimos

BOCG.....	Boletín Oficial de las Cortes Generales.
BOE.....	Boletín Oficial del Estado.
CCAA.....	Comunidades Autónomas.
CD.....	Congreso de los Diputados.
CE.....	Constitución Española.
CEDEX.....	Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas.
DMA.....	Directiva Marco de Aguas.
PHN.....	Plan Hidrológico Nacional.
RDPH.....	Reglamento del Dominio Público Hidráulico.
RRDD.....	Reales Decretos.
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo.
TRLA.....	Texto Refundido de la Ley de Aguas.
TC.....	Tribunal Constitucional.
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TS.....	Tribunal Supremo.
UE.....	Unión Europea.

1. Previo

Este trabajo analiza el Texto Refundido de la Ley de Aguas tomando como base distintas proposiciones de Ley presentadas en el Congreso de los Diputados durante la última legislatura, las aportaciones realizadas por los participantes en los foros de debate organizados en el marco de la construcción del Libro Verde sobre la Gobernanza del Agua en España y entrevistas con juristas especializados en materia de agua en las distintas Administraciones Públicas.

El informe se estructura en los siguientes apartados:

- Motivación de la reforma legal.
- Aspectos que se deben modificar.
- Propuestas alternativas de modificaciones.
- Fórmulas legales para llevar a cabo las propuestas presentadas.

Se considera necesario comenzar el Informe explicitando la documentación que se ha examinado para su formulación. Ese es el objeto del apartado 2 del trabajo. El apartado 3 desarrollará la finalidad del Informe y el método de tratamiento que se ha decidido seguir. Los apartados 4, 5, 6 y 7, serán el reflejo de la estructura que se acaba de mencionar. Finalmente, se terminará con un apartado conclusivo (el 8) en el que se contendrán algunas reflexiones finales que serán adicionales a las ya manifestadas en los apartados anteriores.

2. Documentación examinada para la formulación del informe

Conforme a lo indicado en el contrato se han examinado una serie de documentos que a efectos de su exposición se clasifican de la forma siguiente:

1. Iniciativas normativas formuladas en la XII legislatura:

- Proposición de Ley contra la mercantilización de derechos concesionales de agua. Presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. (BOCG-CD, Serie B, núm. 103-1, de 17 de marzo de 2017).
- Proposición de Ley de reforma del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas en coherencia con la Directiva Marco del Agua y el contexto de Cambio climático. Presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. (BOCG-CD, Serie B, núm. 268-1, de 7 de mayo de 2018).

- Proposición de Ley para la Regulación de los Servicios de Agua y Saneamiento. Presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. (BODG-CD, Serie B, núm. 361-1, de 11 de enero de 2019).

(Todos estos documentos han decaído por la conclusión de la XII Legislatura. Cfr. BOCG-CD, Serie D, núm. 519, de 27 de marzo de 2019).

2. Documentos parlamentarios de interés producidos en la XII Legislatura:

- Aprobación por la Comisión, con modificaciones, del Informe de la Subcomisión para el estudio y elaboración de propuestas de política de aguas en coherencia con los retos del cambio climático. (BOCG-CD, Serie D, núm. 448, de 8 de noviembre de 2018).

3. Documentos producidos en el proceso de elaboración del Libro Verde de la Gobernanza del Agua (consulta en www.librogobernanzagua.es). Singularmente resulta muy útil dentro de esta página web el documento titulado “Resumen de aportaciones recogidas en los Talleres: temas y propuestas DOCUMENTO DE TRABAJO PROPUESTAS DE GOBERNANZA 22 abril 2019”.

4. Documentos administrativos de interés:

- Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX), “Evaluación del impacto del cambio climático en los recursos hídricos y sequías en España”. Madrid, julio de 2017.
- Plan de acción para la implementación de la Agenda 2030. Hacia una Estrategia Española de Desarrollo Sostenible”. (Aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 29 de junio de 2018).
- Borrador de Estrategia de transición justa. (Documento para información pública aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 22 de febrero de 2019).
- Borrador de Estrategia de transición hidrológica.
- Documentación sobre procedimientos administrativos sobre aguas subterráneas proveniente de las Confederaciones Hidrográficas del Duero, Guadalquivir y Júcar.

5. Otros documentos de iniciativa normativa –pero no actualmente en sede parlamentaria- de interés:

- Iniciativa de reforma del texto refundido de la Ley de Aguas aprobada por el Pleno del Consejo Nacional del Agua el 20 de marzo de 2007.
- Anteproyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética aprobado inicialmente por el Consejo de Ministros el 20 de febrero de 2019. Sometido a un proceso de información pública en la actualidad.

6. Documentos privados de interés:

- Propuesta de WWF (World Wildlife Fund, Fondo Mundial para la Naturaleza) para mejorar la Ley de Aguas (RDL 1/2001). Marzo de 2019.

Además de ello se debe hacer obligada mención a que se ha llevado a cabo una entrevista personal con Elena Román Barreiro, Coordinadora de Área de Disposiciones e Informes de la Dirección General del Agua (Ministerio de Transición Ecológica).

Y que se cuenta, es obvio decirlo, con la documentación y experiencias personales propias tras más de treinta años de dedicación preferente a la investigación en materia de derecho de aguas, en España y en otros países.

3. Breve explicación de la finalidad y metodología que preside el modo de tratamiento de las cuestiones en el informe

El examen de la documentación enumerada en el apartado 2 es buena muestra de lo amplísimo del trabajo que se pide desarrollar puesto que las propuestas de modificación normativa de un texto de la complejidad e influencia en múltiples partes del ordenamiento jurídico (por no hablar de la trascendencia económica y social de la cuestión) como es la Ley de Aguas es fácilmente imaginable. Basta con observar la multitud de temas, ideas y propuestas que en el proceso de elaboración del Libro Verde de la Gobernanza del Agua refieren los participantes en los distintos debates habidos en los Foros celebrados y que en muchas ocasiones exceden completamente del ámbito de lo que se podría considerar como “Gobernanza del Agua”, aun tomada esa expresión en un sentido muy amplio. Lo mismo puede decirse si se tiene en cuenta el conjunto de iniciativas normativas mencionadas en el apartado 2 del Informe puesto que aunque alguna de ellas es muy concreta y trata de un solo aspecto de la regulación de las aguas (vid. ejemplificativamente la proposición de Ley relativa a la “mercantilización” de los derechos concesionales de agua de 2017) en el resto son multitud los temas tocados hasta el punto que prácticamente se equiparan a todo lo que es objeto de regulación en el actual TRLA.

Ante esa desmesurada amplitud creo que lo que puede ser el objetivo más razonable de un Informe que lleva incorporadas como palabras clave las de “revisión” y “racionalización”, es el de llevar a cabo una suerte de consideración comprensiva de los distintos temas sobre los que hay propuestas de modificación normativa en la documentación examinada. Y agruparlos, a efectos clasificatorios, en una serie de grandes rúbricas (que, en realidad, pueden ser en cierto modo equivalentes a las de los distintos Títulos en los que se divide la Ley de Aguas). Y en relación a cada uno de esos temas señalar los motivos que se pueden exhibir para la reforma (“revisión”) y también, y sobre todo, la trascendencia –impacto- que una reforma de cada uno de esos temas tendría (“racionalización”). Toda esa tarea es la que se desarrolla en el apartado 5 del Informe.

En algunos casos la simple enumeración de las propuestas de modificación ya permite apreciar claramente lo significativo de la reforma, pero eso no sucede en todos. Y una operación

normativa de tal complejidad como es la modificación de una Ley de Aguas exige tener clara conciencia de lo que puede denominarse “impacto” de la reforma que no solamente se desarrolla en el ámbito de lo jurídico sino que en muchos casos hay también que tener en cuenta (imaginar) su trascendencia económica que se puede mostrar, por ejemplo, en las posibles demandas de indemnización que en algunos casos pudieran generarse por quienes consideraran que la modificación normativa lesiona sus derechos adquiridos; de la misma forma que ese reflejo económico se puede producir también por la afectación al sistema productivo, mejorando su funcionamiento o haciéndolo más complicado y difícil, con independencia, obviamente, de la justeza de ambos tipos de argumentos.

En otros casos el impacto podría ser territorial o social (o tener ambas perspectivas) y ello debe también señalarse a los efectos de sugerir la necesidad de estudios más comprensivos de la trascendencia de la reforma en algunos casos.

Por supuesto en una operación normativa de esta ambición debe tenerse muy claro lo que son cuestiones de competencia del Estado (el contrato y este consiguiente Informe se desarrolla a iniciativa de instituciones estatales y tendría como último objetivo la formulación de un proyecto de Ley de iniciativa del Gobierno del Estado) de lo que son competencias de las Comunidades Autónomas en materia de agua. Todo ello según el sistema de reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas que deriva del art. 149.1.22 CE, fundamentalmente, pero también observando otros títulos competenciales (medio ambiente, ordenación del territorio, minas, régimen jurídico de las Administraciones Públicas, contratación pública, régimen de los empleados públicos...) y la interpretación que de todo ello ha hecho el Tribunal Constitucional (a partir, en el ámbito del agua, de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, y todas las que han seguido en una línea coherente).

Y puedo señalar que la observación de estas cuestiones competenciales es de singular interés cuando se trata de proposiciones relativas a lo que genéricamente se llama el “ciclo urbano del agua”, materia en la que el elemento de referencia predominante es el servicio público o la actividad y “régimen local”, más que la misma referencia al “agua” (como bien) que se suministra, se depura o se reutiliza.

Este trabajo puede servir también para separar claramente lo que en los distintos documentos examinados (sobre todo en los relativos al proceso de formación del Libro Verde de la Gobernanza del Agua con los debates realizados en los distintos Foros celebrados) es manifestación de un deseo de gestión distinto, aun con la misma normativa, de lo que son estrictamente voluntades de cambio regulatorio. Hay así muchas ideas, incluso propuestas, que no tienen o implican ninguna manifestación de modificación normativa sino que expresan, simplemente, deseos de una mejor gestión (desde la óptica de lo que puede considerar “mejor” gestión quien expresa sus deseos) manteniendo la misma normatividad.

Esto último es comprobable, sobre todo, en lo relativo a las continuas propuestas que se formulan en relación a una mejor dotación de medios personales y económicos de los Organismos de cuenca (singularmente de las Confederaciones Hidrográficas). Igualmente de las ideas, que son expresadas de forma muy plural, de mayor autonomía en la adopción de

decisiones por parte de las Confederaciones Hidrográficas. En general este tema de la organización administrativa ocupa mucho espacio en los documentos relativos a la formación del Libro Verde de la Gobernanza del Agua pero no tiene traducción en ninguna sugerencia concreta de modificación normativa.

4. Motivación de la reforma legal

Como se ha podido colegir de las distintas iniciativas normativas mencionadas en el apartado II y también de alguna de las propuestas incluidas en el proceso de formación del Libro Verde de la Gobernanza del Agua, en varias ocasiones se ha manifestado en el pasado la necesidad de proceder a una reforma del TRLA, no en todo su contenido y aspectos, obviamente, pero sí en bastantes de ellos. Ello es singularmente advertible en la iniciativa normativa de 2007 centrada sobre todo en el régimen jurídico de las aguas subterráneas (debiendo tenerse en cuenta que no llegó en ese caso a formularse por el Gobierno del momento un Proyecto de Ley, aunque la iniciativa normativa sí que mereció la aprobación del Consejo Nacional del Agua), y también en las varias proposiciones de Ley de un Grupo parlamentario producidas en 2017 y 2018, durante la XII Legislatura. Existe ya, por tanto, algún antecedente “histórico” que postula la revisión del cuerpo normativo denominado “Ley de Aguas”.

Al margen de esta referencia histórica a determinados afanes de reforma, hay también una razón que no siempre se cita (o se tiene en cuenta) y que sería favorable a una reconsideración del conjunto del edificio normativo del TRLA y ésta es de pura técnica normativa o de “calidad” de la regulación. Es fácil expresarla: en realidad y aunque el TRLA provenga formalmente de 2001, el origen del actual derecho español de aguas tiene su verdadera raíz en la *Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas*. Este texto legal de 1985 (que entró en vigor el 1 de enero de 1986) fue objeto de siete reformas legales (según mi cómputo) y el resultado de la agregación de todas ellas constituyó el TRLA de 2001, que fue aprobado por el Gobierno del momento mediante el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, conforme a la correspondiente autorización parlamentaria para proceder a la operación de refundición.

A su vez este TRLA de 2001 ha sido objeto de nada menos que diecisiete reformas legales (otra vez según mis cuentas). Algunas son de particular importancia, como la que tuvo lugar mediante el artículo 122 de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social*, (BOE núm. 313, de 31 de diciembre) que supuso la transposición al derecho español de la denominada usual, aunque no técnicamente, Directiva Marco de Aguas de 2000. También tuvo importancia significativa la que se desarrolló mediante el *Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente* (BOE núm. 108, de 5 de mayo) transformado en la *Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente* (BOE núm. 305, de 20 de diciembre) que lleva a cabo alguna nueva reforma sobre las del primitivo Real Decreto-Ley 17/2012 del que esta Ley es la transformación marcada por lo regulado en el art. 86 CE.

Pero estas reformas que apellido como de “importantes” (pues son las que afectan a más número de artículos) son complementadas por otras muchas (hasta llegar a las diecisiete que he indicado) que aun fijándose solo en aspectos concretos y puntuales, afectan, por su mera agregación, al esqueleto básico del TRLA que, insisto en la idea, tiene sus orígenes en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, Ley que sigue siendo, en su contenido esencial, el tronco clave de las instituciones hoy fundamentales del derecho de aguas español pese a todas las reformas legales que ha sufrido con posterioridad y que han sido mencionadas de manera global.

No cabe duda de que todas estas reformas han afectado a la estructura y a alguno de los fundamentos de nuestra norma básica de aguas tal y como fue concebida hace ahora casi treinta y cinco años (cuando España todavía tenía pendiente su ingreso efectivo, ya decidido, en las Comunidades Europeas, teniendo lugar ese ingreso el 1 de enero de 1986, precisamente la misma fecha de entrada en vigor de la Ley 29/1985) y por eso he hablado de “técnica” normativa o de “calidad” de la regulación al comienzo de este apartado, sugiriendo que desde esas premisas ya sería justificable una nueva regulación, para conseguir una “calidad” que se habría perdido o, al menos, difuminado ante tanta reforma normativa. Pero hay más.

Y es que sobre un mismo cuerpo normativo, el TRLA, se han proyectado otra serie de normas cuya trascendencia a nuestros efectos no puede desconocerse. En ese sentido debe citarse, sobre todo, la *Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional* (con sus significativas reformas de 2004 y 2005) en donde existen determinados preceptos que trascienden de lo que en sentido estricto es el objeto y contenido necesario de un Plan Hidrológico Nacional tal y como hoy expresa el art. 45 del TRLA tal contenido. Así, las normas sobre sequía, acuíferos compartidos entre varias cuencas hidrográficas, reservas ambientales, información hidrológica o caudales ecológicos, por poner algunos ejemplos significativos y sin pretender la exhaustividad en la enumeración, se insertaron en su momento en la Ley del PHN de 2001 pero perfectamente podrían haber formado parte o formar parte, en el futuro, del contenido de una Ley de Aguas concebida de nuevo en todo o en parte. Al menos considero que sería necesario un proceso de reflexión sobre esa posibilidad, proceso que alberga pocas dudas para mí acerca de que concluiría con la razonabilidad de traspasar ciertas normas (con sus posibles modificaciones, no estoy refiriéndome en modo alguno a un absoluto respeto al texto actual) de la Ley del Plan Hidrológico Nacional a la “nueva” Ley de Aguas.

Además y con proyección última en la Ley 29/1985, debe tenerse en cuenta lo que como carga normativa y experiencia práctica significa la regulación de los Planes Hidrológicos de cuenca (el texto primero aprobatorio de los mismos de 1998 y luego los dos ciclos ya adecuados a la DMA, el primero aprobado sin sistemática temporal alguna y el segundo y último aprobado por dos RRDD de enero de 2016, uno relativo a la planificación de las cuencas intercomunitarias y otro para las intracomunitarias), en suma, de la institución de la planificación hidrológica que en España, al contrario de lo que sucede en muchos países, no es solo un presupuesto metodológico teórico de la gestión del agua sino una realidad viva. Esa forma de actuación ha permitido llevar a cabo en nuestro país un giro notable en la tradicional actuación pública respecto a las aguas continentales y, al mismo tiempo, se ha podido confrontar en diversos

momentos la adecuación, o no, de la regulación actual con base legal (en el actual TRLA) de la planificación hidrológica. En particular se han puesto de manifiesto –sobre todo en las últimas Sentencias del Tribunal Supremo aparecidas en la primavera de 2019 y que tratan sobre diversos planes hidrológicos del segundo ciclo de planificación impugnados por distintos recurrentes- ciertos problemas (en relación a los caudales ecológicos en algún Plan Hidrológico) que son tanto defectos del correspondiente Plan Hidrológico como de la no suficiente precisión de la normativa en torno al contenido necesario de los Planes en relación a los caudales ecológicos.

Y lo mismo habría que expresar en relación la regulación *in fieri* del cambio climático como enseña el anteproyecto de Ley de cambio climático de 2019 sometido a información pública (y con las Leyes de cambio climático de las CCAA de Cataluña, Andalucía e Illes Balears como “avanzadilla” y sin profundizar ahora en la apelación al TC en lo relativo a la norma catalana). No cabe duda de que la regulación del cambio climático (de la lucha contra los efectos nocivos del cambio climático de origen antropogénico, deberíamos decir con más precisión) no debe olvidarse en ningún caso cuando se reflexiona sobre la posible modificación de la normativa de aguas (el TRLA). Ese planteamiento en los albores de la tercera década del siglo XXI y con la vista puesta en las fechas, tan cercanas, de 2030 y de 2050, a las que se refieren distintos objetivos de relevantes normas y organizaciones internacionales (la mención en este lugar al Acuerdo de París de diciembre de 2015 parece obvia, como también la referencia a la formulación por parte de Naciones Unidas de la Agenda 2030 con los Objetivos de Desarrollo Sostenible solo unos meses antes, septiembre de 2015), permite desembocar, de una forma natural, en que también la motivación de la reforma debe apoyarse, y además de manera preferente, en las preocupaciones y reacciones que parece más que necesario adoptar en relación al cambio climático (con sus correspondientes manifestaciones tanto de mitigación como de adaptación). Eso ha motivado que entre los documentos consultados para la confección de este Informe, no solo se encuentre el Anteproyecto de Ley de Cambio Climático mencionado sino también dos borradores de Estrategias en torno a la transición hidrológica y la transición justa (energética solamente, en realidad) respectivamente (de 2019) así como algún documento relevante del CEDEX (de 2017) que advierte, en lo que puede saberse con seguridad y en lo que sigue reinando la incertidumbre, sobre la evolución en las siguientes décadas de la cuantía y estado de los recursos hídricos.

Por el contrario no creo que deba fundamentarse la motivación de la reforma legal en una “defectuosa” transposición de determinadas Directivas de la Unión Europea como la Directiva Marco de Aguas, o las relativas a las inundaciones, aguas subterráneas, nitratos etc..., (por recordar algunas menciones que se llevan a cabo expresamente en la documentación anexa al contrato). La posición del Reino de España en los distintos procedimientos judiciales que en materia de medio ambiente se han desarrollado y se desarrollan ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con sentencias aparecidas tras, normalmente, recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión Europea contra actuaciones u omisiones de autoridades españolas) no ha sido muy lucida y son bastantes los casos que pueden citarse de condenas al Reino de España por incumplimientos en materias ambientales, también relativos a las aguas.

Pero respetando, obviamente, las opiniones contrarias a lo que aquí se expresa, no creo que pueda concluirse de ello que se ha producido una “defectuosa” transposición, al menos defectuosa con trascendencia jurídica, que es la que debe importar a nuestros efectos. La mayor parte de las Sentencias del TJUE que podrían citarse en este lugar lo que denotan, más bien, es una defectuosa aplicación administrativa del derecho europeo ya transpuesto, o por transponer, al derecho español, lo que es un reproche concreto a la actividad desarrollada por la correspondiente Administración hídrica y no al marco jurídico que dicha Administración hídrica competente debe aplicar.

Y otra cuestión es la opinión que se pueda tener sobre una transposición ya realizada. Un ejemplo puede explicar muy bien la diferencia entre la relevancia jurídica que pueda tener una concreta transposición y la opinión que se mantenga sobre ella. Es, así, muy usual que se considere en algunos de los documentos que se han examinado para realizar este Informe, que el principio de repercusión de costes a que se refiere el art. 9 de la DMA de 2000, no ha sido bien recogido por el derecho español. A esos efectos suelen aportarse como prueba de la justeza de tal afirmación los reducidos precios del agua entre nosotros (reducidos comparativamente con lo que se puede observar en otros países miembros de la UE), singularmente los relativos a la utilización del agua en la agricultura, pero no sólo en ella. Eso es fácilmente constatable y yo mismo en distintos trabajos publicados me he referido a la, normalmente, escasa trascendencia económica del principio de repercusión de costes entre nosotros en buena parte de los casos y de la necesidad, por distintos motivos, de incrementar los precios del agua que va a pagar el usuario como aplicación del régimen económico-financiero previsto legalmente.

Pero jurídicamente hay que tener en cuenta que el TJUE no ha concedido la importancia al art. 9 de la DMA que en algunos documentos de los examinados para la confección de este Informe se le pretende dar. Más bien lo que sucede es que, en la realidad, el TJUE delega prácticamente por completo en los Estados miembros la adopción de decisiones en relación a esta importante cuestión y no considera que prácticas exenciones del pago por la utilización del agua o precios francamente reducidos o hasta simbólicos, equivalgan a incumplimientos del principio de repercusión de costes tal y como lo refleja el art. 9 de la DMA (intocado, por cierto, desde su aprobación). Esta es la experiencia y conclusión que debe deducirse de la más que trascendente Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 11 de septiembre de 2014, asunto C-525/12, Comisión Europea/República Federal de Alemania, que se ha configurado como caso relevante en esta cuestión, incólume hasta el momento en sus conclusiones fundamentales.

Lo que quiere decir que un cambio normativo en esta materia provendrá de una voluntad política de las instituciones competentes del Estado, pero no será el resultado de la rectificación jurídica sobre una “defectuosa” transposición de las directivas europeas. Dicho esto, que me parece evidente, recomiendo vivamente que en materia de repercusión de costes (tal y como luego se seguirá precisando en distintos lugares del Informe) se lleven a cabo modificaciones sustanciales que permitan elevar la recaudación proveniente del plural régimen económico-financiero del agua presente en el derecho español (con normas estatales, pero también

autonómicas de diverso cariz, provenientes de Ordenanzas municipales etc...aun cuando a nuestros efectos la relevancia en el razonamiento va a ser exclusivamente del TRLA), y ello tanto por la necesidad de contar con más ingresos para la financiación de actuaciones en materia de aguas (creo que la evidente reducción de inversiones de los poderes públicos que se ha producido en éste y en otros muchos campos de la actuación pública, se va a prolongar permanentemente en el tiempo, sin que esta situación, originada con el comienzo de la crisis económica, pueda ya vincularse a su finalización) como para modular, a través de los precios, el comportamiento respetuoso y austero, verdadero “uso racional de las aguas” (tal y como directriz indican diversos preceptos del TRLA) que deben mostrar los distintos usuarios en un contexto, además, de evidente cambio climático y consiguientes restricciones y perturbaciones de todo tipo (en nuestro país) en lo relativo a los recursos hídricos. Pero esa elevación de los “precios” del agua será la consecuencia del ejercicio de una voluntad política por las instituciones competentes del Reino de España y no el resultado de una rectificación sobre una defectuosa transposición de la normativa europea realizada con anterioridad, y todo ello por las razones indicadas.

Pero, finalmente, lo que sí debe resaltarse en este apartado en torno a la relación Derecho europeo-Derecho nacional español conectado con ello con las motivaciones de la reforma normativa, es cómo las preocupaciones en materia de aguas de las instituciones europeas se han desarrollado, fundamentalmente, a partir de la DMA de 2000 y han dado lugar a algunas directivas europeas (sobre aguas subterráneas, inundaciones y otras) y documentos de relevancia (sequías) cuyo encaje en el TRLA de 2001 no se ha producido o solo se ha hecho de forma parcial. Es advertible, así, cómo determinados principios de esa nueva normativa europea se han integrado en normas reglamentarias españolas sin alcanzar el núcleo del TRLA o lo han hecho, en todo caso, de una manera tangencial. En ese sentido, una reforma de la Ley de Aguas llevada a cabo ahora en España, permitiría conseguir una visión y presencia conjunta de toda la normativa europea de relevancia en materia de aguas de singular trascendencia en materia ambiental, y cuya recogida en el cuerpo fundamental de nuestra legislación, contribuiría a una mayor equiparación y homogeneidad entre el texto legal español y el sentido global que tiene – y cada vez más- la intervención normativa europea en esta materia.

5. Aspectos que se deben modificar

Con todo lo cual y siguiendo la sistemática ordenada por el contrato se está ya en disposición de pasar a observar y comentar distintas partes del TRLA de 2001 que podrían ser objeto de modificación, con las enseñanzas deducidas de los documentos examinados y, obviamente, conteniéndose también mi propia opinión sobre el particular. Para ello y advirtiendo otra vez de lo amplio y complejo de la operación jurídica que debe realizarse constituyéndose este Informe en una suerte de guía y síntesis general, voy a llevar a cabo este apartado basándome en la construcción de una estructura relativa a las principales divisiones que pueden observarse en la actual regulación de las aguas e indicando sobre ellas materias objeto de reforma, sus posibles contenidos, precauciones a observar en la operación reformadora, cuestiones que tener en cuenta en todo caso, etc.

5.1. Sobre los conceptos, sus definiciones y la fundamentación en principios de la reforma legal

Como ya se ha advertido en este Informe, el TRLA de 2001 es hijo de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, el primer texto constitucional en materia de aguas que reforma, muy sustancialmente, la norma que había estado vigente durante más de un siglo en esta materia, la Ley de Aguas de 1879, sucesión prácticamente igual de la de 1866 en lo relativo a las aguas continentales (las aguas marítimas que originalmente formaban parte de la Ley de 1866 serían objeto de la Ley de Puertos de 1880), y prácticamente intocada durante todo ese largo tiempo de vigencia.

Eso quiere decir, entre otras cosas, que técnicamente el TRLA es heredero de la manera de regular en la década de los ochenta del siglo XX que era bastante distinta, formalmente, de la que se sigue en la actualidad, cuando ya se ha recorrido un largo camino teórico y práctico sobre lo que deben ser principios de una buena regulación y ello ha llevado consigo sustanciales cambios en la configuración formal y estructural de las leyes (del Estado, pero también de las Comunidades Autónomas).

En ese sentido es advertible la ausencia en el TRLA de 2001 de algo muy común en la mayor parte de las Leyes más modernas: el comienzo de los preceptos de la Ley por algunos artículos donde se contienen una serie de definiciones de los conceptos técnicos utilizados en dichas Leyes y, además, una enumeración de principios que, según el legislador que los recoge, deben inspirar la normativa de desarrollo y la gestión administrativa que lleve a cabo la ejecución de la Ley de que se trate.

No creo que deba ponerse en este lugar un gran interés en el catálogo de conceptos y en sus definiciones que, por otra parte y en la materia de aguas que nos ocupa, se encuentran ya recogidos con profusión en distintas normas reglamentarias de la primera década del s. XXI, de tal forma que el Legislador-reformador futuro lo que debería, si pretende seguir mi consejo, es

comprobar la corrección de dichas definiciones y llevar a cabo los correspondientes traslados (y ampliaciones de conceptos, si lo juzga necesario) a la nueva Ley.

Más importante me parece, sin embargo, el tema de los principios fundadores de la reforma normativa puesto que es en el marco de los que pretendiera reflejar el Legislador en el que se tendrían que expresar las decisiones esenciales que han guiado su acción de proposición normativa y las directrices que, para el futuro, quiere sentar sobre el desarrollo reglamentario de la Ley (incluyendo en ese desarrollo la planificación hidrológica de cuenca, aunque es un fenómeno el de la planificación hidrológica que trasciende específicamente el estricto desarrollo reglamentario) y la ejecución por la Administración hídrica competente de esa normativa.

No se trata en este lugar de llevar a cabo una enumeración concreta de los principios que deberían figurar al comienzo de la norma y en lugar relevante. Y mucho menos, obviamente, de profundizar en lo que debe entenderse por el contenido de cada uno de ellos, pero sí es momento adecuado para llamar la atención acerca de que las líneas directrices básicas de una actuación normativa, como la que habría que intentar hoy en día, deben tener una profunda base ambiental, puesto que es específicamente en el ámbito de la protección de las aguas y de los ecosistemas acuáticos donde se hallan muchos de los problemas actualmente existentes y ello, obviamente, tendría que tener una traducción en los principios concretamente regulados y en su definición. Basta para concordar en ello con el recordatorio del amplio número de masas de agua que en España no alcanzan el calificativo de buen estado según puede deducirse de la consulta a los actuales Planes Hidrológicos de cuenca con ámbito de demarcación hidrográfica (más del 40% de las masas no alcanzan esa calificación, según puede confrontarse). La referencia al cambio climático antropogénico que ya he llevado a cabo en varias ocasiones en este Informe conduciría también a ese resultado, un resultado que, por otra parte, ya comenzó a explicitarse en el ámbito de la planificación hidrológica con las distintas menciones que para ello aparecieron en la Instrucción de Planificación Hidrológica de 2008 y, por supuesto y en su cumplimiento, en los dos ciclos de Planes hidrológicos habidos desde entonces.

Concluyo indicando que ni el catálogo de definiciones ni la enumeración de los principios, se encuentran dentro de las iniciativas normativas mencionadas en el apartado II del Informe.

5.2. El derecho humano al agua y al saneamiento básico. Las iniciativas normativas estatales en el ámbito de los servicios públicos urbanos del agua

Aun cuando en términos teóricamente estrictos un planteamiento de “derechos humanos” no sea contenido necesario de una Ley de Aguas (concebida al modo clásico como una norma de regulación sobre la propiedad, la utilización y la protección del bien regulado) creo que hoy no es imaginable una reforma que haga referencia a la legislación del agua sin que se regule en ella el derecho humano al agua y al saneamiento básico. Incluso y en mensaje específicamente dirigido a los tuteladores del purismo tradicional en la regulación del agua, se podría indicar

cómo aun con distintos fundamentos jurídicos, la regulación española del llamado “uso común general” podría considerarse un cierto antecedente de lo que hoy propiamente debe definirse, siguiendo los documentos de Naciones Unidas iniciados con la Observación de 2004 del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a través de las Resoluciones fundamentales de la Asamblea General de 2010 y 2015, como uno o, mejor, dos derechos humanos: el derecho humano al agua (en el sentido de suministro o abastecimiento urbano) y el derecho humano al saneamiento básico.

El legislador español ya intentó una cierta aproximación a la cuestión cuando en la reforma del TRLA de 2005 se insertó dentro del régimen económico-financiero, en el nuevo art. 111 bis, un párrafo que se refería (y refiere, porque está vigente) a la satisfacción de las necesidades básicas a un precio adecuado, dentro de una voluntad de regulación indirecta del derecho y desde la perspectiva concreta del agua para el abastecimiento urbano. Creo, sin embargo, que hoy la regulación de estos derechos humanos debería ser directa, configurando el nuevo texto legal un mandato inequívoco dirigido, sobre todo, a los entes titulares de los servicios públicos mencionados; mandato inequívoco, sí, pero sin la pretensión de agotar la regulación tanto por razones constitucionales (el reparto competencial al que he hecho referencia con anterioridad y que deja un espacio de desarrollo a las Comunidades Autónomas, más amplio, creo, si se trata de la regulación de servicios públicos de su titularidad o locales) como por razones prácticas derivadas de la posibilidad de una adecuada complementación de la regulación a través del ejercicio de la potestad legislativa por parte de las Comunidades Autónomas y, sobre todo, de las Ordenanzas municipales correspondientes.

Por otra parte las iniciativas normativas estatales en el ámbito de los servicios públicos urbanos del agua (abastecimiento, saneamiento, depuración de aguas residuales urbanas y sin incluir en la enumeración la reutilización, que aun siendo el deseado final de todo el ciclo urbano del agua reseñado tendría una configuración jurídica que trascendería, por ahora, del estricto campo del servicio público local) tendrán siempre el problema básico de la extensión de la posibilidad de regulación en función del reparto competencial existente sobre la materia entre el Estado y las CCAA. No es esta materia, por otra parte, componente necesario de una Ley de Aguas lo que no quiere decir que no pudiera haber una cierta regulación, con limitaciones, en un TRLA reformado. La cuestión de la posible introducción de un regulador nacional y de criterios de medición de la calidad en la prestación del servicio (todos ellos temas objetivos y valorables positivamente, muchas veces reclamados por las empresas que se mueven en el sector y de los que devendría, inequívocamente, una mejora para el servicio que reciben los ciudadanos) merece un estudio específico sobre las posibilidades competenciales del Estado en este ámbito antes de adoptarse decisiones al respecto y arriesgar alguna impugnación desde el punto de vista competencial ante el TC.

5.3. Las modificaciones en lo relativo a la extensión del dominio público hidráulico

Los antecedentes de iniciativas normativas (sobre todo el texto de 2007 mencionado en el apartado II), la observación de los debates habidos en los distintos Foros para la formación del Libro Verde de la Gobernanza del Agua y alguna otra documentación examinada, permiten concluir en que si bien mayoritariamente existe conformidad con la práctica publicación general de las aguas llevada a cabo por la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, se muestran algunas insatisfacciones en torno a esta cuestión. Insatisfacciones que en todos los casos de quienes opinan sobre la cuestión se orientan hacia la ampliación del dominio público hidráulico, no en dirección contraria a ello.

Las cuestiones controvertidas son, fundamentalmente, las siguientes:

5.3.1. La precisión de las aguas subterráneas que deben considerarse dominio público hidráulico

En relación a la extensión que la demanialización de las aguas subterráneas debería tener, la Ley 29/1985, movida por el deseo de mantener la coherencia con el respeto al “ciclo hidrológico” que aparecía en su art. 1 como directriz general de la nueva Ley, manifestó que la demanialización de las aguas subterráneas (sobre las que con base en la anterior Ley vigente, la Ley de 1879, era dable adquirir propiedad privada) operaría sobre las aguas subterráneas “renovables” con independencia del tiempo de la renovación. En alguna iniciativa normativa (de 2018 mencionada en el apartado II) se ha incluido la supresión de la referencia a la renovabilidad y, por tanto, también la mención del tiempo de la renovación con lo cual la extensión del dominio público hidráulico operaría sobre todas las aguas subterráneas, fueran renovables o no renovables.

Creo, sinceramente, que aquí no nos encontraríamos con un problema jurídico (y tampoco económico o político) sustantivo si se mantuviera la regulación tradicional (la de 1985 prolongada en 2001) a la que juzgo, además, como muy inteligente. Para ello es conveniente recordar que fue el desconocimiento del principio del ciclo hidrológico por los autores de la Ley de Aguas de 1879 lo que conllevó la separación de régimen jurídico entre aguas superficiales y subterráneas, y fue también su descubrimiento pocos años más tarde (y/o el conocimiento público del mismo y su aceptación, pues la cuestión del ciclo hidrológico era debatida al menos desde los filósofos griegos, vid. las clásicas referencias a los “camino del agua”) el origen del movimiento jurídico que postuló con fuerza de lógica aplastante la unificación del régimen, bajo el prisma del dominio público hidráulico, para todas las aguas. La coherencia con tal principio lleva a concluir en la razonabilidad de que el dominio público se extienda “solamente” a las aguas subterráneas renovables. Pero la adición de la expresión relativa a la independencia del tiempo de la renovación, conduce a la conclusión de que con la normatividad actual perviviría la demanialidad en el caso de que quien se opusiera a tal demanialidad no pudiera demostrar que

ni siquiera una gota de agua entra y sale del acuífero teóricamente confinado cada millón de años. Demostración harto complicada.

Creo, por tanto, que una expresión como la que hoy figura en el TRLA es coherente con un principio básico (el del ciclo hidrológico) que deberá mantenerse en la nueva regulación, no ha causado problemas de relevancia y, por tanto, no hay porqué modificarla por el riesgo de que sea la modificación la que engendre, realmente, problemas ahora insospechados.

5.3.2. El mantenimiento, o no, de la titularidad privada de las aguas subterráneas

Algunas posiciones insisten –es algo repetido por distintas voces hace tiempo- en la supresión del registro administrativo llamado “Catálogo de las aguas privadas” de la cuenca y en, por tanto, la unificación bajo el paraguas del dominio público hidráulico para todas aquellas aguas para las que no hubo manifestación expresa de sus titulares para incluirlas, como aprovechamientos temporales de aguas privadas en el Registro de Aguas (disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley 29/1985) y para las cuales, consiguientemente, se produjo, a iniciativa de sus titulares, la inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca (disposición transitoria cuarta de la Ley 29/1985). Y a las que deben añadirse las que posteriormente y por sentencia de la jurisdicción ordinaria han adquirido tal cualificación privada y la correspondiente inscripción en el Catálogo.

Si se siguieran estas propuestas, las actuales inscripciones en el Catálogo de Aguas Privadas de la Cuenca deberían pasar al Registro de Aguas, lo que llevaría consigo una lógica modificación legal y reglamentaria para propiciar el conjunto de la operación jurídica mencionada.

Creo que la posición es respetable bajo los principios de avance en la demanialización o publicación general de las aguas que se ha llevado a cabo históricamente entre nosotros y que también preside la evolución del régimen jurídico de las aguas en la mayor parte de los países que conozco.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta una trascendencia económica evidente que llevaría consigo tal demanialización y que fue, además, la que condujo, con ocasión de la elaboración de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, a la prudencia del Legislador en cuanto a la generalización del dominio público, y es la del impacto económico de la medida. No cabe duda de que la transformación legal de las titularidades privadas en dominio público hidráulico sería considerada por los Tribunales (y antes por la doctrina y, por supuesto, por sus titulares) como una expropiación forzosa por simple aplicación de lo previsto en el art. 33 CE. La observación de las básicas sentencias del TC 227/1988, de 29 de noviembre (sobre la Ley de Aguas de 1985) y 149/1991, de 4 de julio (sobre la Ley de Costas de 1988) así permite concluirlo sin ningún género de vacilación. No quiere decirse, obviamente, que no pudiera llevarse a cabo tal operación expropiadora por el Legislador reformador del TRLA, pero debería preverse en ese caso en la misma norma legal expropiatoria la adecuada indemnización para cumplir con las exigencias del art. 33 CE.

En el caso de la Ley de Costas de 1988, el remedio indemnizatorio imaginado por el Legislador del momento fue considerado suficiente por parte del TC (en la Sentencia citada 149/1991) y, por tanto, declarada la constitucionalidad de la operación demanializadora llevada a cabo por tal Ley. El legislador de la Ley de Aguas de 1985 optó por la voluntariedad del titular en el pase de las aguas al dominio público (y, consiguientemente, en la voluntariedad también cuanto a la permanencia en el dominio privado) y, por tanto, no se imaginó ningún tipo de indemnización (porque no se produciría expropiación alguna que es una operación esencialmente coactiva y en ningún caso basada en la voluntariedad del presuntamente “expropiado”). Por todo ello la operación jurídica realizada por la Ley de Aguas de 1985 fue juzgada como constitucional por el TC (en la Sentencia citada 227/1988).

La conclusión es clara: la opción por la demanialización general de las aguas subterráneas hoy de titularidad privada, debería llevar consigo la previsión de una indemnización. Cuál fuera ésta no es cuestión de ser imaginada aquí, sino solo la de señalar su necesidad constitucional. Y, por supuesto, la necesidad también de proceder a los suficientes estudios como para prever con la mayor certeza posible, que pudiera ser calificada como adecuada por parte del TC en el seguro (o seguros) recursos de inconstitucionalidad y cuestiones de constitucionalidad que se formularían contra la medida legal expropiatoria.

En el informe que también he realizado relativo a la posición específica de las aguas subterráneas se hacen algunas reflexiones más profundas en relación a alguna posibilidad de avance en el sentido publicador. Es claro que como se puede deducir de este informe y de aquél al que me remito, estamos ante una cuestión sustancial de decisión política. En todo caso y como manifiesto en muchas ocasiones, una adecuada gestión de la situación de las aguas subterráneas en España por parte de los Organismos de cuenca hubiera podido conducir, de hecho, a una demanialización práctica de la mayor parte de estas aguas pues es muy común que los titulares de los pozos hayan hecho en ellos labores de profundización o de ampliación que deberían conducir al otorgamiento de una concesión. Probablemente es la falta de medios de los Organismos de cuenca la que ha impedido abocar a tal resultado. En el informe al que me remito se contienen propuestas para dotar de mayores medios económicos y personales a los Organismos de cuenca para que puedan actuar en el sentido sugerido.

5.3.3. El cierre de la posibilidad de incluir nuevas aguas en el Catálogo de Aguas Privadas de la cuenca

También se ha manifestado en diversas ocasiones la necesidad de cerrar el acceso al Catálogo de Aguas Privadas de la cuenca de nuevas titularidades que hoy se concretan, exclusivamente, en la adquisición (reconocimiento) de titularidad privada sobre las aguas en virtud de sentencia judicial (vid. la disposición transitoria 2ª 2 de la Ley del PHN de 2001).

Que el Legislador reformador del TRLA pudiera “cerrar” el acceso al Catálogo de Aguas Privadas de la cuenca es una posibilidad regulatoria imaginable. Pero, en realidad, ello no sería tanto el cierre al acceso a un registro administrativo sino el cierre (prohibición) al acceso a la Jurisdicción

civil que es la que, en realidad y mediante su pronunciamiento, hace posible el acceso al registro administrativo, al Catálogo de aguas privadas de la cuenca mencionado.

La cuestión, en estos términos, es mucho más compleja de lo que inicialmente se presenta en determinados debates y recomiendo un estudio serio y prudente antes de llevar a cabo ninguna actuación en este terreno para despejar el riesgo de inconstitucionalidad por violación de los arts. 1, 24, 33 y 106 CE.

En relación a esta cuestión he podido consultar algún documento administrativo (proveniente de la Confederación Hidrográfica del Duero) en el que, con razones lógico-administrativas de gran peso, se postula la reintroducción legal (mediante la correspondiente modificación) de un procedimiento administrativo para, en determinados casos, propiciar el reconocimiento de titularidades privadas sobre las aguas sin llegar al pronunciamiento judicial. Esta es una cuestión quizá sencilla de exponer, pero con una carga política impresionante y que se mueve, justamente, en la dirección contraria (al menos a corto plazo) de la mayor parte de las voces que postulan, justamente, la supresión de las posibilidades de ampliación de las titularidades privadas. En todo caso se trata de un asunto a considerar detenidamente en el marco de los necesarios estudios previos que el conjunto de la dialéctica propiedad pública-propiedad privada, deberían suceder en su momento, alguno de los cuáles y la orientación de su sentido ya se ha explicitado aquí.

5.3.4. La posición de las aguas minerales y termales

Las aguas minerales y termales quedaron remitidas a la legislación sectorial (la legislación de minas, en el caso de entonces y ahora la Ley de Minas de 1973) con ocasión de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (vid. su art. 1.5), remisión que continúa, en los mismos términos, en el TRLA de 2001 (idéntico precepto).

En muy distintas ocasiones ha sido manifestado por distintos actores el deseo de que estas aguas tengan su regulación fundamental en la Ley de Aguas y no en la de Minas. También la iniciativa normativa de 2018 procede a la expresión de esa voluntad.

Creo que estamos ante un deseo fundamentado y correcto puesto que solo habría, en teoría, beneficios que extraer de una operación normativa como ésta.

Ahora bien, la solución a los problemas, evidentes, que plantea la actual remisión a una legislación sectorial como es la de Minas no se llevaría a cabo (como sucede en una iniciativa normativa de las que se han estudiado y se incluye en el apartado II del Informe) por la mera inclusión de las aguas minerales y termales dentro del ámbito de la Ley de Aguas (modificada). Debería llevarse a cabo, además, una regulación efectiva de dichas aguas minerales y termales y no una mera inclusión de una escueta frase como en alguna iniciativa normativa se plantea. Y ello porque:

- Debería tratarse –y resolverse– el tema de la titularidad jurídica, privada o pública, de estas aguas. En la actualidad muchas de ellas se consideran de titularidad privada y existen, incluso, sentencias firmes de distintos tribunales que reconocen tal titularidad. Algunos de

sus titulares han promovido, además, estudios doctrinales ya publicados y que defienden la existencia de tal titularidad privada. La cuestión es, por tanto, inicialmente compleja. Vale aquí, por tanto, todo lo que anteriormente se ha indicado sobre la indemnización como consecuencia de una demanialización como punto de partida de más profundos estudios sobre el particular.

- Las Comunidades Autónomas desarrollan amplias competencias sobre estas aguas como consecuencia de una decisión constitucional (cfr. art. 148.1.10 CE que otorga competencia a todas las CCAA sobre aguas minerales y termales) su inserción en la legislación minera y de los traspasos de funciones y servicios que tuvieron lugar en los primeros tiempos de la vida autonómica española y para todas las CCAA en materia de minas, al margen de sus posibles competencias sobre aguas (dependientes éstas de lo previsto en el art. 149.1.22 CE). Habría, por tanto, que resolver perfectamente, con textos expresos y no dejándolo todo a futuras interpretaciones jurídicas que solo serían engendradoras de conflictos judiciales de signo constitucional, la clara separación de competencias entre las “nuevas” que ejercería la Administración hídrica y las de las Comunidades Autónomas derivadas de la decisión constitucional.

Se trata, en suma, de una decisión que puede ser razonable pero que tiene que ser adoptada con una regulación sustantiva, no con una mera frase (como en la iniciativa normativa de 2018), y que plantee claramente soluciones a los problemas que se acaban de manifestar. Lo peor que le puede suceder a una iniciativa normativa en este sentido es que, por su inconcreción, engendre una suma –que sería impresionante– de recursos de signo constitucional y contencioso-administrativo también. En todo caso debo hacer constar que en el informe realizado sobre aguas subterráneas se contienen algunas propuestas de reforma normativa que afectan a las aguas minerales y termales.

5.4. La planificación hidrológica. Referencia a los planes de gestión de los riesgos de sequía e inundación.

La planificación hidrológica tal y como se regula en la actualidad es uno de los mayores aciertos de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Como igualmente debe considerarse un acierto que una operación de la complejidad jurídica (y técnica, y política, y social y económica) de la planificación hidrológica pudiera ser puesta en marcha ya en los primeros tiempos de vigencia de aquélla Ley. Y que abocara a la aprobación de los primeros Planes hidrológicos de cuenca en la relativamente temprana fecha de 1998.

En función de esta historia hoy se cuenta en España con una experiencia planificadora de un gran valor, con unos planes hidrológicos más complejos que los que se redactaron y aprobaron inicialmente en 1998, resultado de la recogida por la DMA de 2000 de la planificación hidrológica con un determinado contenido y de la elaboración y aprobación de dos ciclos de planificación hidrológica conforme a la misma.

A continuación, detallo algunas ideas que podrían desembocar, de ser aceptadas, en alguna modificación normativa del TRLA:

- Una operación normativa de reforma legal debería en el ámbito de la planificación hidrológica hacer mención de su funcionalidad en relación al cambio climático, adoptándose decisiones sustantivas sobre la orientación de los futuros planes hidrológicos de cuenca en esa dirección. Obviamente la orientación que se le diera a la nueva regulación debiera estar coordinada con la norma que tendría necesariamente que configurarse en directriz para múltiples sectores de la actividad administrativa, no solo de las aguas, y me refiero así a la futura Ley de Cambio Climático cuyo anteproyecto ha sido mencionado en el apartado II y que, es de suponer, se tramitará parlamentariamente en la próxima legislatura, que ahora acaba de iniciarse.

En el actual anteproyecto de Ley de Cambio Climático hay distintas menciones a las aguas (vid. sus arts. 7, 17, 20, 23) y la elaboración de la nueva normativa de aguas deberá estar necesariamente coordinada con la redacción definitiva que se dé por el Legislador a tales preceptos (o los nuevos que puedan surgir). Mi opinión, por lo tanto, es la de una “primacía” de la legislación de cambio climático sobre la de aguas que, a esos efectos y desde la perspectiva del cambio climático, operaría como una legislación “sectorial” y, por tanto, con capacidad de imponerse, en caso de conflicto normativo, a la legislación de aguas tal y como, en general, suele suceder en la resolución por los tribunales de los conflictos que se establecen entre legislación general y sectorial.

- Recomiendo también que se otorgue una mayor presencia normativa a una de las decisiones fundamentales de la planificación hidrológica como es la del establecimiento de los caudales ecológicos. En este Informe se ha recordado la presencia de alguna regulación en la Ley del Plan Hidrológico Nacional de 2001 lo que se juzga disfuncional, por abocar a la dispersión normativa en cuestión esencial. Pero más importancia tiene la conflictividad judicial que ha acompañado a la regulación y fijación (o no fijación en bastantes casos) de los caudales ecológicos por la planificación hidrológica. Conflictividad que se manifestó ya con alguna Sentencia del TS en relación a determinados planes del primer ciclo de planificación y que se ha visto sumamente acrecentada en relación a los Planes Hidrológicos del segundo ciclo de planificación, con bastantes sentencias del TS aparecidas en estos primeros meses de 2019.

Una regulación adecuada en este terreno, en mi opinión, tendría que incorporar a la Ley de Aguas reformada principios claros sobre la definición de caudales ecológicos, su distinción con los mínimos (terminología esta última normalmente utilizada a efectos de la regulación de la pesca o de la protección de la fauna piscícola en la normativa de pesca, estatal y de las CCAA), su forma de establecimiento, su operatividad en cualquier caso y la relación con la posible indemnización a los titulares de las concesiones afectadas, en su caso, por el establecimiento de caudales ecológicos (con independencia de mi opinión personal sobre la falta de base, en la mayor parte de las ocasiones, de tales pretensiones indemnizatorias). No creo que nada deba ser alterado en relación a la jurisprudencia hasta ahora aparecida

del TS sobre el particular, pero me parece que sería conveniente evitar indefiniciones (o ausencia de definición) en los Planes hidrológicos del futuro (los del tercer ciclo de planificación) y, sobre todo, intentar evitar la conflictividad judicial, en algún caso desmedida, que ha sido signo de los tiempos en esta cuestión. También en esta cuestión se han realizado algunas propuestas de modificación normativa en el informe que he realizado sobre reforma del sistema concesional que, en el marco de todo lo que ya está apuntado en éste, profundiza, como es lógico, en algunas cuestiones específicas.

- Finalmente creo que la nueva regulación debe incluir en ella la realidad planificadora derivada de los Planes de gestión del riesgo de sequía e inundación (expresión con la que remito a una realidad expresada en la revisión de los Planes de sequía en noviembre de 2018 y de gestión del riesgo de inundación aprobados en enero de 2016 mediante RD) insertando sus previsiones generales y básicas en el cuerpo de la Ley. Ello puede hacer aconsejable un debate más profundo sobre la ubicación más adecuada de algún concepto (y sus consecuencias jurídicas, todavía pendientes en este momento de regulación) como el de sequía estructural.

5.5. La utilización del dominio público hidráulico. El régimen concesional. Mención a la modernización de regadíos.

La utilización del dominio público hidráulico ha merecido variadas consideraciones en los distintos documentos examinados. Hay bastante coincidencia en superar la decisión inicial de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, de permitir libremente la utilización de aguas subterráneas hasta un volumen de 7.000 metros cúbicos/año. Cuestiones importantes para la utilización de las aguas subterráneas, como la recarga de acuíferos, están ayunas de regulación. Por otra parte, el régimen concesional es objeto de distintas propuestas de modificación. Y también creo que es necesario introducir en el nuevo texto alguna referencia a la modificación de regadíos. Vamos por partes.

En primer lugar, creo que en las distintas alternativas que podrían proponerse en cuanto a los usos privativos por disposición legal (actual art. 54.2 TRLA) sería preferible una clara evolución a la integración de estos usos en el sistema concesional que dejarlos como están ahora, o rebajar el volumen de agua de libre utilización para aumentar el ámbito de aplicación de la autorización administrativa que también se refleja en este precepto. En el informe específico sobre aguas subterráneas se profundiza mucho más en esta alternativa y a él me remito ahora.

En segundo lugar, la recarga de acuíferos no tiene una regulación específica en el TRLA. Ello contrasta con la importancia objetiva que en distintas propuestas se atribuye a esta técnica y choca, también, con alguna regulación autonómica (a nivel de norma y también de Plan hidrológico). En el plano del derecho estatal solo se cuenta alguna regulación de signo reglamentario, también escasa, y con pequeñas menciones en determinados Planes hidrológicos. Creo que éste es un tema que merece un tratamiento a nivel legislativo, lo que, de seguro, permitiría, si la regulación está bien hecha y ofrece la adecuada seguridad jurídica, el

lanzamiento definitivo de esta técnica, imprescindible para una mejor gestión de las aguas subterráneas (de las aguas, en general). En el informe específico sobre aguas subterráneas se hacen propuestas de modificación de la normativa para introducir la referencia a la recarga de acuíferos.

Por otra parte, la expresión “flexibilidad del régimen concesional” aparece tradicionalmente en distintos documentos y debates que tienen lugar en España desde hace mucho tiempo sobre la utilización del agua. En ocasiones la expresión aparece vinculada a las propuestas sobre el mercado de derechos de uso de agua (propuestas que operan en distintas direcciones, tanto en su profundización como en su supresión) y en otras sobre otras cuestiones, por ejemplo, sobre los plazos con los que se otorgan las concesiones.

En relación a esta compleja y difícil problemática del elemento base de la utilización privativa de las aguas en España, la concesión, las reflexiones a realizar (y las consiguientes propuestas de posible reforma normativa) superan el límite de lo que objetivamente es un Informe de esta naturaleza, según se ha solicitado, pero pueden realizarse algunas consideraciones que pienso de utilidad para unir con las que, a continuación, se realizan en el punto 6 sobre el tema del mercado de derechos de uso de agua. Son las siguientes:

- La primera es que el otorgamiento de nuevas concesiones, por ausencia de caudales que otorgar y la reducción más que evidente que existe en la actualidad en la realización de las obras hidráulicas de regulación que podrían dar lugar a la generación (hipotética) de nuevos caudales, es cuestión reducida y hasta simbólica (al menos cuantitativamente) en la mayor parte de las cuencas hidrográficas españolas, y prácticamente desaparecida en otras (también hablando cuantitativamente). Incluso en la hipótesis –realista- de reducción de caudales a disponer en la futura planificación hidrológica en función de las exigencias del cambio climático, este otorgamiento de “nuevas” concesiones será todavía más inusual, otra vez considerándolas desde un punto de vista meramente cuantitativo.
- Eso conduce como conclusión lógica a que el Legislador del futuro deberá poner una atención especial en el régimen jurídico de la modificación y de la revisión concesional, más que en cualquier otra parte del régimen concesional. Singularmente creo que la revisión concesional (cfr. art. 65 TRLA) debe ser objeto de mayores precisiones (la iniciativa normativa de 2018 se mueve en esa dirección debiendo tenerse bien presente como ambientación general de esta cuestión que la primera modificación normativa que sufrió la Ley 29/1985 versó, precisamente, sobre la revisión concesional, lo que se realizó en 1995 operando sobre el art. 63 de la entonces vigente Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas) y, en otro plano, de un impulso decidido en la gestión de la misma, sobre todo en lo que afecta a la necesaria revisión que debe seguir a la profusa modernización de regadíos que ha tenido lugar en el país y que no siempre ha ido seguida, como hubiera debido suceder en el planteamiento teórico, de la correspondiente revisión concesional. Al menos para ser coherente con la presentación formal de la modernización de regadíos y de la justificación de los recursos financieros públicos invertidos en ella, que ha sido muy notable.

Por todo ello, una incorporación expresa de algún precepto relativo a la modernización de regadíos y a la consiguiente revisión concesional en el TRLA reformado, en general, sería muy razonable.

- Los plazos que regula el TRLA son imprecisos, puesto que no se fija en él un plazo concesional concreto sino un plazo máximo, hasta 75 años (y que es susceptible de ampliación teóricamente en función de las necesidades de la amortización de las infraestructuras vinculadas a una concesión, aun cuando la jurisprudencia haya negado tal posibilidad insistiendo en el límite de 75 años en todo caso y aun con necesidades suplementarias de amortización de infraestructuras). Con posterioridad los Planes hidrológicos de cuenca (vid., los del segundo ciclo) han rebajado sustancialmente los plazos de referencia en el TRLA, distinguiendo en la mayor parte de las ocasiones dichos plazos concesionales en función del destino de las aguas concesionadas. Pero no existe homogeneidad en los plazos concesionales que se contienen en los distintos Planes hidrológicos y creo que una adecuada modificación del TRLA debería consistir en propiciar tal homogeneidad unificando regulaciones parciales y disímiles desde el punto de vista territorial (que, por otra parte, no tienen justificación ni lógica ni jurídica en la amplia variedad producida) y desde luego en la línea iniciada de reducir los plazos concesionales respecto a los evidentemente excesivos de “hasta” 75 años.
- Pero, en realidad, el régimen jurídico “real” de los plazos de las concesiones más relevantes depende de la regulación –uniforme, intocada, desde 1985- de la posibilidad de novación automática de las concesiones para abastecimiento de aguas y regadíos si a ello no se opone la planificación hidrológica (cfr. art. 53.3 TRLA que habla solamente del PHN, habiendo la Ley del PHN introducido la referencia a la planificación hidrológica en general. Vid. sobre ello lo que se dice con más detenimiento en el informe sobre reforma del sistema concesional).

Creo que la novación automática de este tipo de concesiones es completamente razonable en el caso del abastecimiento de aguas y también muy razonable, en la mayor parte de las ocasiones, en el regadío. Pero de la misma forma que expreso esa creencia estimo que el instrumento imaginado para prever la excepcionalidad en la novación, el PHN, al que remite el art. 53.3 TRLA, no es el más idóneo, y es más razonable que esto pudiera ser decisión a adoptar, en su caso, por la planificación hidrológica de cuenca. En todo caso y en situación de una cierta excepcionalidad hídrica, sí que el PHN (que hasta ahora no contiene una sola línea sobre esta cuestión) podría establecer un marco de juego o unas directrices generales a ser concretadas por los Planes de cuenca.

- Finalmente, y en el plano también del régimen concesional, estimo que debería regularse con entera claridad el tema de la reversión en los supuestos de extinción concesional por el transcurso del plazo (cfr. en la regulación actual en el art. 53.4 TRLA). Ello tiene un interés especial en el caso de las concesiones hidroeléctricas pues el comienzo de la reversión de las grandes concesiones en este ámbito (proceso que se incrementará grandemente en el próximo futuro) está generando muchas dificultades en la práctica; una regulación legal que

explicitara claramente un condicionamiento legal de la reversión vinculado a los títulos concesionales concretos, podría ser muy estimable en cuanto a engendradora de seguridad jurídica y, por tanto, evitadora de seguros conflictos judiciales entre la Administración hídrica y los interesados, de distintas formas, en el proceso reversional y en la gestión futura de los aprovechamientos hidroeléctricos revertidos.

5.6. La utilización del dominio público hidráulico. El régimen del mercado de derechos de uso de agua.

Desde la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, se incorporó al derecho español de aguas una regulación del llamado “mercado de derechos de uso de agua” con dos manifestaciones principales: el contrato de cesión de derechos de uso de agua y la posibilidad de creación por parte del Consejo de Ministros de Centros de Intercambio de Derechos de Uso de Agua en los Organismos de cuenca y en determinadas circunstancias. Los contratos mencionados suponían una posibilidad de intercambio de derechos a iniciativa privada (de los usuarios de derechos, que deberían ser ambas partes del contrato, cedente y cesionario) mientras que los Centros de Intercambio representaban una iniciativa pública en este ámbito y estaban basados en una sucesión de ofertas públicas de adquisición de derechos y de ofertas públicas de venta de los derechos adquiridos primeramente. La regulación jurídica tenía calidad contrastada y el mercado lo era, sí, pero profundamente intervenido desde la Administración hídrica en cada caso competente (el respectivo Organismo de cuenca y, en algunos casos, hasta el Ministerio en cada momento competente sobre las aguas). La creación de este mercado se presentó justificada, entre otras razones, en motivos ambientales y eso conllevó un apoyo claro a la nueva regulación por parte de variadas organizaciones sociales de signo ambiental.

Con un retraso evidente en su puesta en marcha (la posterior aprobación a la Ley 46/1999 de la Ley del PHN en 2001 representó una opción muy distinta de política hídrica), las sucesivas sequías que han tenido lugar desde entonces han sido, sobre todo, ocasión de apreciar la funcionalidad de este mercado que se ha desarrollado singularmente en relación a determinadas infraestructuras de trasvase de recursos hídricos entre cuencas hidrográficas. Igualmente han tenido lugar con posterioridad distintas reformas legales que han arrojado un punto de complicación y, en algunos casos, también de oscuridad en la primitiva regulación.

En todo caso hay que precisar que el volumen de recursos hídricos objeto del mercado es porcentualmente muy reducido en relación a la utilización global del recurso en nuestro país, pero ha sido significativo, en su trascendencia, en determinados momentos de sequía. La valoración del mercado es hoy controvertida hasta el punto de que la iniciativa normativa de 2018 recogida en el apartado II del Informe propugna su supresión. Sin perjuicio de la necesidad de estudio más pormenorizado de la cuestión (remito a distintos trabajos personales sobre el particular en donde las ideas aquí expresadas tienen mayor desarrollo jurídico) creo que a los efectos del presente Informe se pueden formular de forma esquemática las siguientes ideas

que son propuestas personales, como todo lo que en general se contiene en este apartado del Informe:

- El mercado de derechos de uso de agua debe mantenerse como una opción legal para la utilización de recursos hídricos. En situaciones de la complejidad en la gestión del recurso hídrico como la que se vive y las que en el futuro pueden acontecer dado el cambio climático existente y las muchas incertidumbres que plantea, creo que no es malo sino justamente lo contrario que el ordenamiento jurídico ofrezca distintas posibilidades de gestión (distintas técnicas de actuación) a los poderes públicos para poder optar, en cada momento, por la que se considere más adecuada. Máxime si se trata de un mercado tan intervenido administrativamente –a pesar de algunas reformas normativas en algún caso excesivamente liberalizadoras que se han producido- como el actual.
- Cuestión distinta es que deba mantenerse la regulación actual y, sobre todo, la práctica seguida singularmente en el caso de los contratos para cesión de derechos entre distintos ámbitos de planificación hidrológica de cuenca.
- En particular y para el caso que se acaba de señalar, debe hacerse presente una imbricación más estrecha entre la planificación hidrológica y el mercado de derechos de uso de agua. La decisión fundamental de nuestro ordenamiento jurídico desde la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, es la de la planificación hidrológica; el mercado es una decisión posterior (Ley 46/1999) y, sobre todo, complementaria, que no puede desvincularse, en mi opinión, de la primera. Por tanto, la suscripción de determinados contratos debe examinarse a la luz de la planificación hidrológica existente y si se considera contradictoria con ella, conducir a la denegación en vía administrativa de la eficacia del contrato o a la revisión controlada, en su caso, de la planificación para hacerla congruente con la nueva realidad jurídica creada por el contrato. Obviamente ello supone una ágil gestión, corta en plazos, de la intervención administrativa, puesto que mediante los contratos de cesión de derechos de uso de agua se trata de reaccionar frente a determinadas situaciones de urgencia, lo que es incompatible con plazos muy dilatados para la intervención administrativa.

Lo que aquí se indica era más claro (y prescindible de exposición) cuando el ordenamiento jurídico original de los contratos cuando trataban del transporte de agua entre distintos ámbitos de planificación hidrológica de cuenca, propiciaba su inclusión en el PHN o su aprobación por Ley, pero ello desapareció en una de las reformas normativas que sufrió el TRLA, por lo que debe insistirse en esa idea (vid. el texto actual del art. 72 TRLA).

- En todo caso y circunstancia debe establecerse expresamente el silencio administrativo negativo en la regulación de la aprobación de los contratos de cesión de derechos de uso de agua. Y ello pese a que el TC expresó en sentencia sobre cuyo contenido discrepo, la licitud de la regulación del silencio administrativo positivo. (Lo que no quiere decir que el silencio administrativo positivo sea, obviamente, la única solución adecuada a la Constitución, sino que el TC juzgó que no había contradicción entre la regulación normativa en ese momento y ahora existente y la CE).

- Las propuestas escuchadas en algunos Foros y documentos sobre creación de un “Banco Público del Agua” (entendiendo que de base nacional) no tienen tras sí ninguna documentación que exprese claramente su objetivo y funcionalidad o, al menos, yo no la conozco (creo que no se ha hecho pública). Antes de adoptar ninguna decisión sobre esta cuestión (que por su trascendencia nacional me parece muy importante, decisiva para la gestión de las aguas, al menos en una determinada parte) debe procederse a un estudio riguroso de la forma y coherencia de su inserción en el actual ordenamiento jurídico.

En el informe específico sobre reforma del régimen concesional llevo a cabo propuestas pormenorizadas en cuanto a los elementos de garantía que deben introducirse en el régimen jurídico para evitar las tentaciones especulativas que en ocasiones y con bastante razón, se han esgrimido frente a determinados contratos de cesión de derechos de uso de agua. A él remito ahora.

5.7. La protección ambiental del dominio público hidráulico

En los diferentes documentos examinados y mencionados en el apartado II del Informe, esta cuestión no lleva consigo, específicamente, excesivas preocupaciones en tanto en cuanto que la protección ambiental se expresa más bien a través de modificaciones postuladas en la planificación hidrológica, en el régimen económico-financiero y, sobre todo, en la gestión que los Organismos de cuenca deben realizar. Remito, por tanto, a lo ya indicado en el punto 4 de este apartado V relativo a la planificación hidrológica, a lo ya dicho en el apartado IV sobre el principio de recuperación de costes y lo que se añadirá en el punto 10 de este apartado V sobre el régimen económico-financiero; igualmente a lo consignado en el punto 1, anterior, sobre los principios a expresar, como línea directriz, del conjunto de la reforma normativa que podría suceder.

5.8. La organización administrativa para la gestión de las aguas

Tampoco las decisiones básicas de la legislación española sobre organización administrativa para la gestión de las aguas son puestas en duda por los distintos documentos examinados. Y tampoco se expresan en otro tipo de documentos críticas acerca de la adopción de la cuenca y de la demarcación hidrográfica como divisiones territoriales naturales para la gestión de las aguas, máxime teniendo en cuenta, además, que nos encontramos ante decisiones rubricadas en distintas ocasiones en su constitucionalidad por parte del TC (desde la Sentencia 227/1988), con la consiguiente condena, por inconstitucionalidad, hacia otras opciones de gestión para lo que remito a las Sentencias del TC 30 y 32/2011). Decisiones básicas de la normativa española presentes desde la Ley 29/1985 (las de la cuenca, la demarcación hidrográfica, obviamente, es posterior) que, además, anticipan las que la DMA adoptará en 2000 para el conjunto de los Estados miembros de la UE.

Algunos de los documentos examinados contienen múltiples referencias a modificaciones en el modo de actuación de los Organismos de cuenca postulando, normalmente, la necesidad de su mayor dotación en medios personales y económicos por parte del legislador presupuestario cosa que me parece evidente como opción urgente para adoptar. Igualmente es común leer opiniones favorables al incremento de la autonomía en la actuación de los Organismos de cuenca pero, se insiste, ello no lleva consigo propuestas mínimamente sustanciales de modificación del marco jurídico existente en relación a los Organismos de cuenca y creo, además, que la realidad existente no merece que se lleven a cabo cambios sustanciales sino solo de mero detalle o perfeccionamiento. Algunas propuestas más concretas se dan en lo relativo a la participación social y para ello, refiero el siguiente punto del apartado.

Por supuesto todo lo que se indica en este lugar corresponde a órganos cuya composición y funcionamiento la decide el Estado según el orden de competencias a que se refiere el art. 149.1.22 CE. Habría también la necesidad de realizar un debate específico para las distintas CCAA que cuentan con Administración hídrica y al que no debo referirme en este lugar.

En todo caso esto solo son ideas generales sobre una cuestión sobre la que el firmante de este informe es conocedor de que se están realizando estudios sectoriales a los que se remite expresamente.

5.9. La participación social en la planificación y en la gestión del agua. Mención a las comunidades de usuarios.

En este ámbito se producen, sobre todo en las intervenciones en los debates habidos en los distintos Foros para la configuración del Libro Verde de la Gobernanza del Agua, algunas propuestas de modificación del marco jurídico existente. Así, es común postular un incremento de la participación de organizaciones sociales en los órganos de los Organismos de cuenca (opción que yo mismo he defendido en algunos trabajos publicados) así como la llegada de usuarios no representados hasta ahora a dichos órganos.

Pero en ningún caso se defiende expresamente que la participación de los usuarios en la cuantía de 1/3 de la composición de los distintos órganos de los Organismos de cuenca (Junta de Gobierno y Consejo del Agua, singularmente), deba disminuir. La cuestión es, entonces y como en muchas cuestiones, necesitada de decisión política para articular de forma coherente la participación de distintos intereses sectoriales en la gestión de las aguas. Se remite expresamente a los informes específicos que se están realizando sobre la cuestión.

Es de resaltar que no se encuentra en la documentación examinada ninguna referencia de relevancia al régimen jurídico de las Comunidades de Usuarios por lo que, en principio, pareciera que hubiera conformidad con el régimen jurídico actual. Sabedor de la existencia de informes específicos sobre esta cuestión, se remite a los mismos para mejor tratamiento.

5.10. El régimen económico-financiero del agua.

La cuestión del régimen económico-financiero del agua ha sido tratada en este Informe ya con anterioridad (sobre todo en el apartado IV sobre la motivación de la reforma) y merece una posición específica también en este apartado en función de la importancia que se le otorga tanto en los debates habidos en los Foros como en alguna iniciativa normativa (vid. el texto de 2018 singularmente).

En este punto debo recordar la diferenciación entre opiniones sobre el régimen económico-financiero existente y la congruencia del mismo con el principio de recuperación de costes tal y como lo recoge la DMA. Reitero que según la opinión del TJUE mostrada en una sentencia relevante (de 2014, ya citada) es a los Estados miembros de la UE a los que corresponde adoptar las decisiones básicas en este ámbito habiendo quitado el TJUE al principio de recuperación de costes la relevancia que tal principio parecía tener (desde luego la tenía en alguno de los textos primitivos que se elaboraron en el camino de consecución de la DMA, no tanto, en modo alguno, en el texto final de la DMA).

En este ámbito hay que convenir en lo sensible de la cuestión que se toca, sensibilidad, además, que en distintos momentos los obligados al pago han mostrado ante las variadas propuestas de modificación normativa que han tenido lugar en el pasado, normalmente para propiciar un aumento en el resultado económico que, de una u otra forma, se desprendería del “nuevo” régimen económico-financiero. Singularmente debe recordarse la propuesta de modificación vinculada al anteproyecto de Ley del Plan Hidrológico Nacional de 1991 y que motivó protestas generalizadas de los usuarios del agua hasta el punto de que fue, probablemente, uno de los motivos principales (unido al de la resistencia política frente a dicho anteproyecto) para que no siguiera adelante.

La iniciativa normativa de 2018 mencionada en el apartado II del Informe lleva a cabo modificaciones sustanciales sobre el régimen económico-financiero actualmente vigente. A esos efectos suprime la exención que los concesionarios del agua tienen en el canon de utilización actualmente (art. 112 TRLA). Igualmente se introduce en el canon de control de vertidos un nuevo hecho imponible por la contaminación de carácter difuso por fertilizantes y plaguicidas, lo que es una modificación más que sustancial en el régimen actualmente vigente y que recae directamente sobre los usuarios agrícolas planteándose, como es fácil de imaginar, problemas en la determinación del concepto de contaminación difusa y su exacta determinación (art. 113 TRLA). Igualmente existe modificación de la actual regulación de canon de regulación y tarifas de agua (art. 114 TRLA) cuya traducción final sería un aumento de las cantidades actualmente pagadas por esos conceptos; a esos efectos se llevan a cabo diversas remisiones reglamentarias pues es conocido como el RDPH es, a la postre, quien determina las cantidades finalmente abonadas como canon de regulación y tarifa de agua.

Creo que se debe convenir en la necesidad de modificar el régimen económico-financiero actualmente vigente por la razón fundamental de la necesidad de allegar recursos para una política hídrica que ya no va a depender (ya no depende) en el futuro de inversiones públicas

casi exclusivamente como ha sido característica común y permanente del régimen conocido. E, igualmente, debe mover a la modificación del régimen económico-financiero la necesidad de conducir, por medios económicos, a un “uso racional del agua”, que es una de las directrices básicas del ordenamiento jurídico creado desde la Ley 29/1985. Pero eso debe ir acompañado de estudios tanto jurídicos como económicos para medir, exactamente, el aumento de la recaudación producida, su funcionalidad y la afección que hipotéticamente se produciría a los actuales aprovechamientos económicos (sobre todo en el ámbito del regadío, pero no sólo en él). Obviamente ese estudio deberá tener en cuenta cómo una parte importante del regadío español se desarrolla en el marco de un régimen económico-financiero que no es el del TRLA sino el sectorial de las distintas transferencias de recursos hídricos existentes (comenzando con la regulación del trasvase Tajo-Segura en 1971 y 1980), o el derivado de la ejecución de determinadas infraestructuras por parte de las sociedades públicas de construcción y explotación de obras hidráulicas (a partir de 1996) que es un régimen de financiación privado y no público (de derecho privado, no de derecho público); esa particularidad no deberá olvidarse ni un momento.

Debe tenerse en cuenta la antigüedad del actual régimen económico-financiero (en realidad hunde sus raíces en la Ley de Obras Hidráulicas de 1911 pasando por unos importantes Decretos de 1960) y en la dificultad de modificar cuestiones que el tiempo ha permitido considerar a algunos como prácticamente intocables. Por otra parte, también hay que ser consciente de la inseguridad jurídica (en virtud de múltiples recursos) que actualmente tiene otra de las piezas recientes del régimen económico-financiero (el canon hidroeléctrico) lo que muy probablemente obligará en el próximo futuro a una reconsideración general de todo el sistema.

En todo caso este tema por su importancia es objeto de un informe específico al que remito. Aquí solo se han pretendido realizar unas ideas generales tal y como corresponde al sentido general de este Informe.

5.11. El régimen de infracciones y sanciones

Existen pocas referencias en la documentación examinada a lo relativo al régimen de infracciones y sanciones e, incluso, la iniciativa normativa de 2018 mencionada en el apartado II del Informe no contiene ninguna precisión sobre ello.

En la actualidad este régimen aparece relativamente pacificado tras una Sentencia del TS de 4 de noviembre de 2011 que afectó profundamente al sistema desde el ámbito de los principios de legalidad y de tipicidad, obligando a modificaciones legales y reglamentarias que tuvieron lugar en 2012.

Podría ser conveniente, en el marco de un estudio general sobre la cuestión, modificar los arts. 116 y 117 TRLA (modificado este último por Real Decreto-ley 17/2012) desde el punto de vista de incremento de la seguridad jurídica especificando expresamente infracciones administrativas a las que hasta ahora se llega en su determinación por una combinación de lo previsto en estos

artículos más las referencias correspondientes del RDPH también reformado en 2012. En los informes sobre aguas subterráneas y régimen concesional he llevado a cabo algunas propuestas específicas de reforma a las que remito ahora.

6. Propuestas alternativas de modificaciones. Algunas ideas complementarias a lo expuesto en el apartado 5

En este apartado quiero insistir específicamente en algunas ideas que, hasta el momento, no han sido objeto de exposición y que deben sumarse necesariamente al conjunto de las propuestas ya explicitadas.

- A) Es la primera la de llevar a cabo una recomendación sobre la que pongo un interés especial acerca de la necesidad de configurar con la mejor de las técnicas jurídicas un derecho transitorio que no presente problemas en su aplicación. Si la iniciativa normativa que, en su caso, se formule va a ser transformadora, muy difícilmente podrá ser operativa al completo en el mismo momento de entrada en vigor y, de la misma forma, la “vieja” normativa difícilmente dejará de tener ningún efecto en el mismo momento en que entre en vigor la “nueva”. Inevitablemente deberá existir un derecho transitorio que presida, de una forma ordenada, el proceso de transición, que de seguro deberá existir. Máxime si se va a implementar un nuevo régimen económico-financiero que represente una elevación sustancial de los actuales precios del agua, lo que es aconsejable que se previera su consecución a través de una determinada cadencia temporal.
- B) Creo, en segundo lugar, que al TRLA deberán llegar y de forma sustantiva, regulaciones de concretos sectores que hoy se encuentran casi por completo al margen de él. Estoy pensando, en principio, en la regulación material de sequías e inundaciones, con una normatividad a nivel legal que deberá dar amparo suficiente a los Planes ya conocidos de gestión del riesgo de sequías e inundaciones.

E, igualmente, el cambio climático deberá incorporarse plenamente al cuerpo del TRLA reformado y hacerlo en distintos ámbitos del mismo. Fundamentalmente en lo relativo a la planificación hidrológica, pero también con determinadas proyecciones en lo referente al régimen concesional. Y, desde luego, con coherencia con la legislación general de cambio climático.

- C) Creo que al futuro Legislador se le debe hacer una recomendación de “contención” en la actividad imaginativa de preceptos. No todo debe ser objeto minucioso de regulación legal. Se trata de configurar un Código de Aguas (eso es, al cabo, una Ley de Aguas), pero no con la extensión que tienen el Código Civil o el Código Penal. En el ámbito del Derecho Administrativo se cuenta con el poderoso instrumento del Reglamento y una adecuada relación Ley-Reglamento es la mejor forma de normar.

- D) Eso presupone un exquisito respeto al principio de reserva de Ley, por supuesto, pero sin exceder lo que estrictamente debe ser objeto de regulación legal.
- E) Esta idea me sirve para recomendar que el proceso de creación del texto reformador del TRLA vaya acompañado de los trabajos necesarios para conseguir un nuevo RDPH. Este texto reglamentario es fundamental para la gestión de las aguas, y ha tenido múltiples modificaciones en el pasado que afectan también en buena medida a su estructura. Incluso ahora está pendiente una nueva y necesaria modificación reglamentaria, para adoptar decisiones fundamentales que miran al contenido de los recientemente reformados planes de gestión del riesgo de sequía. Es necesario –y máxime pensando en una reforma legal- contar con un “nuevo” RDPH que siga la sistemática del nuevo texto legal y que suprima los tan perturbadores preceptos duplicados y triplicados (y más) en su numeración y que se encuentran en distintas partes del RDPH.

7. Fórmulas legales para llevar a cabo las propuestas presentadas

No hay más que un modo de conseguir la reforma del TRLA y es –presuponiendo la iniciativa política del Gobierno- mediante la elaboración y aprobación de un Proyecto de Ley. El mismo puede configurarse (esta es una cuestión de valoración sustancialmente política, aunque también técnica) o bien como un Proyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001 (lo que en técnica jurídica debería dar lugar, en el futuro, a un nuevo Texto Refundido contando con que la Ley modificatoria contuviera la correspondiente autorización para ello) o bien como un Proyecto de Ley de Aguas, si se pretendiera una modificación global del conjunto de la legislación, un partir de una nueva fecha (2020, 2021...) como referencia de la Ley de Aguas.

La opción es, como digo, política pero también técnica. Técnicamente ello tendrá un quicio fundamental para adoptar decisiones en la extensión que pretenda darse a la modificación legal. Si ésta es muy amplia, es conveniente configurar una nueva Ley de Aguas. Si las modificaciones van a ser puntuales, lo más aconsejable es un Proyecto de Ley de modificación del TRLA seguido, en su momento, de un nuevo Texto Refundido.

Pero, desde luego, lo que nunca deberá llamarse el texto reformador es Proyecto de Ley de modificación del Real Decreto Legislativo 1/2001.

Ese Proyecto de Ley, en su fase de anteproyecto, debería ser sometido a informe del Consejo Nacional del Agua.

8. Reflexiones finales

Una operación de reforma normativa como la que se propone y con los contenidos que en algunas propuestas existen más los que en este Informe y como aportación personal se han incluido, devendrá inevitablemente en un aumento de las responsabilidades de la Administración hídrica.

Sucedirá algo semejante a lo que ya tuvo lugar con la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. Determinadas novedades en aquel momento adoptadas como podemos ejemplificar con todas las competencias sobre aguas subterráneas que llegaban, para su gestión, a las Confederaciones Hidrográficas por medio de esa Ley, fueron una responsabilidad suplementaria, añadida, a los Organismos de cuenca, en aquél momento regulados con novedades sustanciales también en su régimen jurídico. Pero ese aumento competencial no vino acompañado de un aumento de los medios personales y económicos de las Confederaciones Hidrográficas, lo que sin duda constituye una razón significativa para la explicación de los múltiples problemas que la gestión de las aguas subterráneas conllevó en bastantes Organismos de cuenca del Estado.

Creo que el ejemplo es lo suficientemente importante como para concluir el Informe indicando que las mejores intenciones, los mejores textos normativos a incluir en la nueva legislación de aguas, con la mejor de las técnicas jurídicas y el más depurado estilo de redacción, no conseguirán sus objetivos sino se produce una mejora sustancial en la actual dotación personal y económica de las Confederaciones Hidrográficas. Obviamente ello no es tarea de una Ley de Aguas reformada, sino de otra Ley, la de Presupuestos Generales del Estado. Pero ambas tienen y deben tener el mismo origen y voluntad normativa.