

Informe temático

*INFORME SOBRE LA ADAPTACIÓN DEL RÉGIMEN
CONCESIONAL ESPAÑOL AL ACERVO
COMUNITARIO*

Autor: Abel La Calle Marcos, *Profesor de Derecho
Internacional Público, Universidad de Almería*

Noviembre de 2020



LIBRO VERDE DE LA
GOBERNANZA DEL
AGUA EN ESPAÑA

Índice

Resumen ejecutivo.....	iii
Acrónimos	v
1. Introducción.....	1
2. Antecedentes.....	2
3. Objetivos, obstáculos y propuestas.....	4
3.1 Integración sectorial del uso sostenible.....	4
3.2 Objetivos medioambientales.....	5
3.3 Disponibilidad hídrica sostenible.....	6
3.4 Conocimiento y control efectivos.....	7
3.5 Recuperación eficaz de los costes.....	8
3.6 Cultura del cumplimiento	9
4. Caudales ecológicos	13
4.1 Antecedentes.....	13
4.2 Necesidad	17
4.3 Propuestas	18
5. Zonas regables.....	20
5.1 Antecedentes.....	20
5.2 Necesidad	21
5.3 Propuestas	22
6. Cesiones de derechos	22
6.1 Antecedentes.....	22
6.2 Necesidad	24
6.3 Propuestas	25
7. Desalación.....	26
7.1 Antecedentes.....	26
7.2 Necesidad	27
7.3 Propuestas	27
8. Registro de aguas	28

8.1	Antecedentes.....	28
8.2.	Propuestas.....	29

Resumen ejecutivo

El procedimiento realizado con el Libro Verde ha mostrado que existe la percepción social y técnica de que es necesario modificar el régimen concesional establecido en la legislación española. Esta necesidad se centra en multitud de aspectos y para profundizar en algunos de ellos se han solicitado opiniones de expertos.

En el informe elaborado sobre la adaptación del régimen concesional al acervo comunitario se parte de exponer los antecedentes de la política del agua en España para tratar de comprender la situación actual. En concreto se estudia de forma breve el régimen concesional establecido para la promover y asegurar la propiedad burguesa en la construcción del Estado liberal de mediados del siglo XIX, como se modifica en el siglo XX a raíz de la Constitución de 1978 y cómo debería modificarse para enfrentar los retos del siglo XXI.

El estudio de la adaptación española de la Directiva marco del agua (Directiva 2000/60) muestra que existe aún margen para mejorar la adaptación y lograr el objetivo del buen estado de todas las masas de agua.

Los principales aspectos de esta mejora son: la integración de los objetivos de la política del agua en el resto de políticas sectoriales; la introducción de una condicionalidad ambiental en el régimen concesional para contribuir a la consecución de los objetivos medioambientales; la unificación de la prioridad ambiental en los usos a través de un concepto de disponibilidad que salvaguarde las necesidades ambientales; la incorporación del deber de informar a través de declaraciones telemáticas y periódicas del uso que se realiza del dominio público cuyo aprovechamiento se ha concedido o autorizado; la recuperación eficaz de los costes para contribuir al uso sostenible a través de una nueva prestación pública que convierta a todo usuario en contribuyente por dicho uso; y lograr una cultura de cumplimiento de las normas tanto respecto de la Unión Europea como de las Administraciones Públicas que gestionan el agua.

Uno de los aspectos concretos que requiere atención es el régimen de caudales ecológicos y por ello se propone una nueva definición que trata de asumir el mejor conocimiento científico disponible introduciendo nuevos aspectos, así mismo se proponen las líneas maestras que deben desarrollar dicho régimen. En el caso de las zonas regables del Estado se avanza en la posibilidad de introducir un procedimiento simplificado especial para el reconocimiento de derechos. En cuanto a las cesiones de derechos se centra el análisis en los centros de intercambio que pasaría a formar parte del programa de medidas. Las propuestas sobre desalación no parecen exigir un cambio legislativo. En lo referido al Registro de aguas se considera necesario su implantación efectiva y su vinculación con el control de los concesionarios a través de las declaraciones telemáticas y periódicas propuestas.

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. Introducción

En el Derecho español el agua es un bien de dominio público estatal (artículo 2 Real Decreto Legislativo 1/2001), determinación realizada conforme a la Constitución (artículo 132.2 Constitución y sentencia ES:TC:1988:227, fundamentos jurídicos 7 y 14).

Esta naturaleza jurídica de dominio público resulta coherente con su función ecosistémica, social y económica; con la proclamación comunitaria de que «el agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal» (considerando (1) de la Directiva 2000/60/CE), y con el reconocimiento de los derechos humanos al agua y al saneamiento (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas de 28 de julio de 2010, A/RES/64/292).

El uso privativo del agua se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa (artículo 52 del Real Decreto Legislativo 1/2001).

El régimen concesional del uso privativo de las aguas se halla regulado en términos básicos en la ley de aguas (artículo 149.18ª Constitución y artículos 59 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2001) y desarrollado en el Reglamento de dominio público hidráulico (artículos 93 y siguientes del Real Decreto 849/1986).

Determinados aspectos de este régimen concesional y su adaptación al Derecho de la Unión Europea en materia de aguas constituyen el objeto del presente análisis. Las limitaciones del trabajo impiden extender dicho análisis a la adecuación del régimen concesional a otros ámbitos competenciales comunitarios, como por ejemplo el mercado interior y más concretamente la contratación pública (considerando (40) y artículo 12 de la Directiva 2014/23/UE y la Directiva 2014/25/UE).

He de agradecer en los aciertos, las observaciones que sobre distintos aspectos de las materias tratadas he recibido de María Antonia García Jiménez, y la resolución y ánimo de Josefina Maeztu y Nuria Hernández Mora. En materia de caudales ecológicos me han sido de gran utilidad los trabajos realizados por el proyecto QClima, en especial las aportaciones de María Soledad Gallego, Domingo Baeza, Fernando Magdaleno y Diego García de Jalón.

Este análisis recoge en los antecedentes una breve evolución del régimen concesional, a la que siguen unos objetivos y obstáculos en aquellos aspectos de la normativa vigente que entiendo deben ser objeto de modificación para concluir con un análisis más detallado de determinados aspectos concretos.

2. Antecedentes

En la segunda mitad del siglo XVIII la creciente burguesía que daría lugar a las revoluciones liberales en distintas partes del mundo (Declaración de independencia de Filadelfia, 1776; Revolución francesa de 1789; y los procesos revolucionarios en torno a 1820) trataba de establecer las condiciones políticas y jurídicas necesarias para la prosperidad de la propiedad burguesa. Como se verá más adelante, entre esas condiciones estaba la de instituir un régimen concesional para las aguas públicas que facilitara y dotara de seguridad jurídica los nuevos usos privativos.

En primer tercio del siglo XIX fue crítico para España (ocupación francesa, guerra de la independencia y revolución gaditana, 1808-1812; reacción absolutista de Fernando VII, 1814-1820; trienio constitucional, 1820-1823; década absolutista, 1823-1833; regencia de María Cristina y guerra carlista, 1833-1840; a lo que hay que sumar la pérdida del poder naval en Trafalgar, 1805 y las guerras de independencia hispanoamericanas, 1810-1825). A mediados del siglo XIX España se encontraba ante la necesidad de reconstruir el Estado, tarea que se realizó desde una concepción liberal apuntalada por el ejército y enfrentada a la reacción absolutista.

En este contexto la burguesía se encontraba con «las dificultades que suelen presentarse al establecimiento de nuevos riegos, fábricas y otras empresas agrícolas e industriales en que se trata de aprovechar de diversos modos las aguas de los ríos, y en atención a las causas que motivan por lo común la instrucción de expedientes gubernativos y judiciales sobre estos asuntos, a la alarma en que suelen poner tales empresas a los riberiegos y a la poca seguridad con que pueden intentarlas los especuladores retraídos por el temor de verse envueltos en pleitos dispendiosos» (RO 1846).

La respuesta del Estado fue consolidar su dominio sobre los ríos a través del establecimiento de un régimen centralizado de adscripción y control del uso del agua para promover y asegurar el aprovechamiento privado de las aguas públicas. En los términos utilizados en aquél momento, era necesario de un lado «procurar el mayor aprovechamiento posible» y de otro «garantir desde luego con reglas fijas los esfuerzos de la especulación individual en esta importante materia, dándole seguridades de que serán respetados y atendidos sus derechos y sus intereses» (RO 1860).

El régimen concesional configurado entre 1846 y 1866 se consolidó en la Ley de 1879 y se caracterizó por su carácter centralizador; tener un carácter obligatorio y actuar de forma previa al establecimiento de nuevos aprovechamientos; estar sometido a una tramitación con control técnico y publicidad; y otorgar derechos sujetos a caducidad y sin perjuicio de terceros.

La transición a la democracia llevó a España a constituirse con la Constitución de 1978 en un Estado social y democrático de Derecho con una forma política de monarquía parlamentaria, dotado de una descentralización autonómica e integración europea. En materias de aguas

continentales, la adaptación jurídica a esta nueva realidad se ensayó con la Ley de 1985. La ley entró en vigor el mismo día en que se producía la incorporación efectiva a las Comunidades Europeas, el 1 de enero de 1986.

La adaptación al Derecho comunitario llevó al legislador al tímido reconocimiento de un nuevo objetivo en la política de aguas: la protección del medio ambiente (artículo 13.3 y 38.1 de la Ley 29/1985). En lo que atañe al régimen concesional la principal novedad fue la integración de las aguas subterráneas en el dominio público hidráulico del Estado (artículo 2.1) y la limitación de la duración de las concesiones que acabó con la perpetuidad (artículo 57.4), pero puede afirmarse que mantuvo en lo esencial la configuración del régimen concesional de la Ley de 1879 (promover y asegurar el aprovechamiento privado), si bien estableció algunas medidas ambientales de carácter menor (preferencia en condiciones de igualdad por la protección del entorno del artículo 71 y la cautela de evaluación de impacto ambiental del artículo 90).

El desarrollo y las modificaciones de la Ley de 1985 introdujeron nuevas medidas de carácter ambiental. Especial relevancia tienen los caudales mínimos (Real Decreto 849/1986 y Orden 24/9/1992) y los caudales ecológicos (Real Decreto 1664/1998 y Ley 46/1999).

El 23 de octubre de 2000 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva marco del agua (Directiva 2000/60/CE) que introdujo un cambio sustancial en la concepción y objetivos de política del agua en la Unión Europea. Tiene como fin garantizar la protección y el uso sostenible del agua y los ecosistemas asociados en el marco de la cuenca hidrográfica (considerando 13, 18, 23 y artículo 1) para lo que establece un calendario de objetivos, unidades y autoridades de gestión (masa de agua, cuenca hidrográfica y demarcación hidrográfica), un sistema de planificación hidrológica innovador (de carácter integrador y adaptativo, de base científica y ecosistémica, y con tramitación transparente y participativa), e instrumentos económicos de recuperación de costes y aplicación del principio de quien contamina paga.

La Directiva marco del agua es una norma adoptada en el marco de la competencia comunitaria compartida de medioambiente (artículos 4.2.e y 191 del TFUE), que obliga a España a adoptar en su ordenamiento jurídico nacional todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de la directiva, conforme al objetivo por ella perseguido (artículos 288 del TFUE y la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde la sentencia de 10 de abril de 1984, Von Colson, C-14/83, EU:C:1984:153, apartado 28, entre las recientes la sentencia de 29 de julio de 2019, Fashion ID, C-40/17, EU:C:2019:629, apartado 49).

La Ley 62/2003 de medidas fiscales, administrativas y del orden social decía «incorporar al derecho español la Directiva 2000/60/CE» pero la realidad fue muy otra. Con posterioridad y entre procedimientos de infracción y negociaciones con la Comisión Europea se han adoptado diversas disposiciones que han pretendido la adaptación correcta y completa (Real Decreto

907/2007, Orden ARM/2656/2008, Real Decreto 1514/2009, Real Decreto 29/2011, Real Decreto 60/2011, Orden ARM/1195/2011, Real Decreto 817/2015 y Real Decreto 1075/2015).

3. Objetivos, obstáculos y propuestas

Como se ha avanzado la adaptación del régimen concesional al acervo comunitario está por concluir, al menos en los siguientes aspectos:

3.1 Integración sectorial del uso sostenible

Del aseguramiento del uso privativo del agua al uso sostenible

La Directiva marco del agua promueve «un uso sostenible» basado en «la protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles», protección que exige que se «prevenga todo deterioro adicional y proteja y mejore el estado de los ecosistemas acuáticos y, con respecto a sus necesidades de agua, de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes» (artículo 1 Directiva 2000/60). Es un concepto de «uso sostenible» ambicioso y coherente con el objetivo obrar de alcanzar «un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medioambiente» (artículo 3 TUE) y del principio de integración según el cual «las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión» (artículo 11 TFUE).

El uso sostenible del agua debe integrar necesariamente la garantía del derecho humano al agua y del derecho humano al saneamiento reconocidos por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en su Resolución 64/292 de 28 de julio de 2010, y reivindicados en la «Right2Water», primera iniciativa ciudadana europea que cumplió los requisitos legalmente exigidos, logrado el apoyo de 1,6 millones de ciudadanos en su presentación ante la Comisión Europea el 20 de diciembre de 2013 (COM/2014/0177 final).

La ley de aguas establece que «la política del agua está **al servicio de las estrategias y planes sectoriales** que sobre los distintos usos establezcan las Administraciones públicas, sin perjuicio de la gestión racional y sostenible del recurso que debe ser aplicada por el Ministerio de Medio Ambiente, o por las Administraciones hidráulicas competentes, que condicionará toda autorización, concesión o infraestructura futura que se solicite» (negrita añadida, artículo 40.2 Real Decreto Legislativo 1/2001, en la redacción introducida por el artículo 129.18 de la Ley 62/2003).

Entiendo que la adaptación hecha por el legislador en 2003 no es conforme con la Directiva 2000/60/CE, pues la afirmación de que la política del agua está «al servicio» de las estrategias y planes sectoriales es incompatible con el citado principio comunitario de integración. La norma española introduce confusión sobre la prioridad entre las exigencias ambientales y sectoriales. Estar «al servicio de..» es en el uso común «estar sujeto a alguien por cualquier motivo haciendo lo que él quiere o dispone» (DRAE 2018), por lo que la autoridad sectorial puede

interpretar que sus estrategias y planes no están al servicio de las exigencias de protección de las aguas y los ecosistemas asociados, sino al contrario. Parafraseando a Francis Bacon se podría decir que para el agua las políticas sectoriales son buenos servidores pero pésimos amos (*divitiae bona ancilla, pessima domina*).

- **Propuesta:** los principios rectores de la política del agua

Modifica: el artículo 14. Principios rectores de la gestión en materia de aguas. [...] 3.º La prevención y precaución frente a todo deterioro adicional del estado de las masas de agua, la protección y mejora del estado de los ecosistemas acuáticos y los terrestres asociados, y el uso sostenible basado en una protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles. 3 bis.º La mitigación y adaptación al cambio climático que contribuirá a paliar los efectos adversos de las inundaciones y sequías sin producir deterioros ambientales adicionales del estado de las masas de agua. 3 ter.º El respecto a los derechos humanos al agua potable y al saneamiento, para lo que entre otras medidas se garantizará a toda persona un mínimo indispensable de agua salubre y limpia, de la que no se podrá privar por su incapacidad de pagar los costes que tenga asociados.

- **Propuesta:** objetivos de la planificación hidrológica

Modifica: el artículo 40. Objetivos y criterios de la planificación hidrológica: 1. La planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta ley, y garantizará la gestión sostenible de los ecosistemas acuáticos y terrestres asociados, el control de la demanda y la protección de su calidad. 2. Las exigencias de protección contempladas en la planificación hidrológica se integrarán en las estrategias y planes sectoriales que sobre los distintos usos establezcan las Administraciones públicas, sin perjuicio de la gestión racional y sostenible del recurso que debe ser aplicada por las Autoridades competentes en materia de aguas que condicionarán toda autorización, concesión o infraestructura futura que se solicite.

- **Propuesta:** adecuación terminológica

Modifica: el término «hidráulico, ca» en el uso común de la lengua viene referido a mecanismos que se mueven por el agua, lo que aconseja sustituirlo en la ley por el término «hídrico, ca» que se refiere al agua como elemento de la naturaleza, en especial en expresiones como «dominio público hidráulico» (es utilizada 87 veces en el Real Decreto Legislativo 1/2001) para sustituirla por «dominio público hídrico» que resulta más correcto que la expresión actual. En otros casos, como «Administración hidráulica», «legislación hidráulica» o «competencia en materia hidráulica» podría sustituirse por el término «hidrológica».

3.2 Objetivos medioambientales

De las tímidas limitaciones del uso a la condicionalidad ambiental

Los objetivos medioambientales entiendo que constituyen la obligación central de la política del agua, en tanto que determinan en qué estado se encuentran las masas de aguas y las zonas

protegidas y cuál es la brecha existente para conseguir el buen estado (artículo 4, 5 y 8 de la Directiva 2000/60/CE), así como las medidas que han de adoptarse para su consecución (artículo 11 de la Directiva 2000/60/CE). Su obligatoriedad se extiende a toda la política del agua, tanto a la planificación como a la gestión, así se deduce de la Directiva marco del agua cuando señala que la obligación de alcanzar los objetivos medioambientales se produce al aplicar las medidas («al poner en práctica los programas de medidas» dice el artículo 4).

El título IV de la utilización del dominio público hidráulico de la ley de aguas sólo menciona los objetivos medioambientales al referirse a los programas de actuación en las masas de aguas subterráneas en riesgo de no alcanzar el buen estado (artículo 56 en su redacción dada por Real Decreto-ley 17/2012 y Ley 11/2012).

Considero necesario establecer de forma clara y precisa que toda concesión o autorización de uso del dominio público hidráulico está condicionada de forma esencial y estricta a la consecución de los objetivos medioambientales con las únicas excepciones que establece el Derecho comunitario. Las excepciones a los objetivos medioambientales están tasadas por la norma comunitaria (artículo 4.3 a 7 de la Directiva 2000/60/CE) y deberían incluirse en la ley, no resulta apropiado la mera inclusión en una norma reglamentaria (artículo 35 a 39 del Real Decreto 907/2007).

- **Propuesta:** la prioridad de los objetivos medioambientales

Modifica: dentro del capítulo II de usos comunes y privativos se incorporará un nuevo artículo 49 bis. Todo uso común o privativo de las aguas y los ecosistemas asociados está subordinado al interés general y por tanto a la consecución de los objetivos medioambientales sin más excepciones que las establecidas en el Derecho comunitario.

3.3 Disponibilidad hídrica sostenible

Del máximo aprovechamiento del agua a la disponibilidad sostenible

El concepto de recursos hídricos se define en el ámbito internacional como los *recursos disponibles o potencialmente disponibles, en cantidad y calidad suficientes, en un lugar y en un período de tiempo apropiados para satisfacer una demanda identificable* (*Glosario hidrológico internacional*, OMM y UNESCO, 2012). Así, los conceptos de agua y recurso hídrico no son equivalentes. En una masa de agua encontramos agua que debe permanecer en el medio natural por motivos ambientales y una vez cubiertas las necesidades ecosistémicas podemos encontrar también recursos hídricos que se hallan disponibles para su extracción y uso.

Estos recursos hídricos disponibles son lo que, desde la perspectiva de servicios ecosistémicos, se denominan bienes o servicios de aprovisionamiento (Ecosystems and Human Well-being: A Framework for Assessment, WRI, 2003, p. 56 y ss).

En la Directiva marco del agua los recursos disponibles son aquellos que quedan una vez se ha detruido el volumen de agua necesaria para conseguir los objetivos medioambientales (referido a las aguas subterráneas, artículo 2.27 2000/60/CE; artículo 3.x Real Decreto 907/2007).

El *título IV de la utilización del dominio público hidráulico* de la ley de aguas realiza la siguiente mención a la disponibilidad: *las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos* (artículo 59.2 Real Decreto Legislativo 1/2001).

Creo que la ley debe establecer de forma clara y precisa que la disponibilidad del agua está condicionada por motivos naturales, de cambio climático y por la consecución de los objetivos medioambientales.

- **Propuesta:** la garantía de disponibilidad

Añade: en el artículo 59. Concesión administrativa. [...] 2. Las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la gestión racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos ya sea por motivos naturales, el cambio climático o la consecución de los objetivos medioambientales.

3.4 Conocimiento y control efectivos

De la responsabilidad pública a la responsabilidad compartida

Contar con «el mejor conocimiento disponible» de la realidad permite ser coherente y eficaz en las decisiones de cualquier política pública. En la política del agua este principio se plasma en la obligación de análisis y estudio previos (artículo 5 y anexos II y III Directiva 2000/60/CE; artículo 40-42 y 78 Real Decreto 907/2007) y en la exigencia de seguimiento (artículo 8 Directiva 2000/60/CE; artículo 92 ter Real Decreto Legislativo 1/2001 y artículos 31, 34, 87 y 88 Real Decreto 907/2007). Este conocimiento incluye necesariamente el correspondiente a las presiones antropogénicas a que pueden verse expuestas las masas de aguas (anexo II Directiva 2000/60/CE; artículo 78 Real Decreto 907/2007), lo que comprende los usos de que son objeto.

El *título IV de la utilización del dominio público hidráulico* en su versión original no contempló el control volumétrico de los usos del agua (artículo 53 de la Ley 29/1985), fue catorce años después cuando se introdujo la obligación del control volumétrico (decimotercero de la Ley 46/1999). La Ley del Plan Hidrológico Nacional estableció plazos para el cumplimiento de dicha obligación y calificó su incumplimiento (disposición adicional duodécima Ley 10/2001) y la modificación de esta atribuyó a la Administración hidráulica el establecimiento con carácter general de la normativa sobre sistemas de control volumétrico (disposición final 1.6 de la Ley 11/2005). La regulación general de estos sistemas se realizó cuatro años después (Orden ARM/1312/2009). Considero de interés realizar una evaluación de su cumplimiento. No contribuye a su cumplimiento que siga utilizándose la unidad superficial (hectárea en riego) para los cánones de regulación y las tarifas de utilización (artículo 301 y 308 del Real Decreto 849/986).

Entiendo que es necesario modificar la ley para condicionar toda concesión y autorización al cumplimiento de la obligación de instalar y mantener un sistema de control volumétrico en las

condiciones establecidas, así como al deber de informar de manera leal y de forma telemática y periódica de las mediciones y características del uso realizado. Ello debería comprender información precisa sobre las presiones que se producen y las medidas correctoras que se adoptan (modificaciones hidromorfológicas, contaminación (uso de fertilizantes y pesticidas en la agricultura, etc.), etc., información relevante toda ella para el conocimiento de los impactos sobre el dominio público hidráulico con independencia de que la ordenación de la actividad subyacente sea competencia de otra Administración.

- **Propuesta:** las declaraciones periódicas de los usuarios finales

Añade: en el artículo 59. Concesión administrativa. [...] 2 ter. El otorgamiento y mantenimiento de las concesiones está condicionado a la obligación de informar a la administración competente del uso que se hace del dominio público hidráulico a través de declaraciones telemáticas periódicas, tanto en relación a los volúmenes utilizados como al resto de presiones producidas.

3.5 Recuperación eficaz de los costes

De la subvención del uso a la recuperación eficaz de los costes

La Directiva marco del agua innova la política del agua al introducir los instrumentos económicos como medida para alcanzar los objetivos medioambientales. El principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos asociados a los daños o a los efectos adversos sobre el medio acuático, deben tenerse en cuenta, en particular, en virtud del principio de que quien contamina paga (considerando 38). Con la finalidad de conseguir los objetivos medioambientales y de aplicar este principio se establecen obligaciones concretas de: a) análisis y transparencia económica de los servicios relacionados con el agua (artículos 2.38, 5 y anexo III); b) garantizar una política de precios con incentivos adecuados (artículo 9.1); c) lograr contribución adecuada de los diversos usos (artículo 9.1); d) llevar a cabo un seguimiento con difusión y por ende de participación pública a través de los planes hidrológicos (artículo 9.2) y e) la posibilidad de establecer excepciones motivadas para una determinada actividad de uso del agua siempre que no comprometa la consecución de los objetivos medioambientales y sean objeto de difusión y por ende de participación pública en los planes hidrológicos (artículo 9.4).

La ley de aguas ha sido objeto de una adaptación en los principios aplicables en materia de recuperación de costes (artículo 129 de la Ley 62/2003 y las modificaciones introducidas con la disposición final 1.12 y 13 de la Ley 11/2005, el artículo 1.3 y 4 del Real Decreto-ley 17/2012 y el artículo 1.5 y 6 de la Ley 11/2012) y se ha introducido un canon de uso de aguas continentales para la producción de energía eléctrica (artículo 29 de la Ley 15/2012 y Real Decreto 198/2015, artículo 4 del Real Decreto-ley 10/2017 y artículo 10 de la Ley 1/2018) con escasa relevancia a efectos de recuperación de costes de los servicios relacionados con el agua.

Es básico y necesario lograr que toda persona o actividad socio-económica que usa el agua sea contribuyente por dicha utilización. La relación entre la disponibilidad de dicho servicio y el pago de una prestación patrimonial de carácter público debe extenderse a todos los ámbitos beneficiarios de dichos servicios, ello debe comprender el ciclo urbano del agua, el ámbito rural y todas las actividades productivas incluyendo el regadío. En la política del agua toda persona que usa el agua debe ser contribuyente por ese motivo, pues existe una Administración que se ocupa de su protección, más allá de que lo sea también por amortización de obras, ocupación de dominio público y otros motivos. Con este objetivo y tomando en consideración el estado económico en el que se encuentra la Administración competente en materia de aguas, habría que establecer una prestación patrimonial pública que permitiera sufragar los costes de administración y protección del medio hídrico. Esta prestación supondría además contar con una relación de contribuyentes que asociada al registro de aguas permitiría su actualización periódica.

- **Propuesta:** Dado que existe un grupo de trabajo específico sobre la materia omito una propuesta concreta.

3.6 Cultura del cumplimiento

De la percepción de la imposición injusta a la cultura del cumplimiento

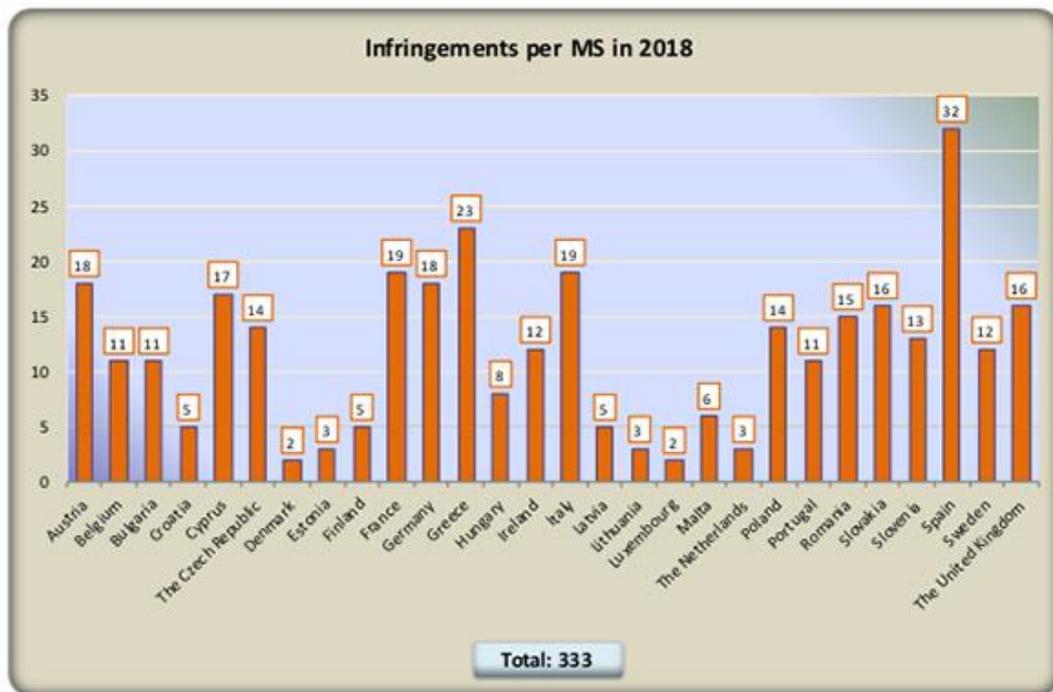
En el ámbito comunitario, aunque los tratados constitutivos originales no mencionaron la protección ambiental (TCECA 1951, TCEE 1957 y EURATOM 1957), las Comunidades Europeas iniciaron en 1970 una acción normativa de protección ambiental (Directiva 70/220/CEE) que de manera constante, ha ampliado su ámbito de integración e intensificado su grado de exigencia.

En materia de agua y ecosistemas asociados la evolución también tiene esa amplitud e intensidad crecientes. En los años setenta y principio de los ochenta se adoptaron las directivas de estándares de calidad de las aguas potables (Directiva 75/440/CEE), de baño (Directiva 76/160/CEE), piscícolas (Directiva 78/659/CEE), de cría de moluscos (Directiva 79/923/CEE) y aguas de consumo humano (Directiva 80/778/CEE), y de lucha contra la contaminación por sustancias peligrosas (Directiva 76/464/CEE y Directiva 80/68/CEE). En los años noventa se amplió el ámbito de acción para luchar contra la contaminación producida por las aguas residuales (Directiva 91/271/CEE) y los nitratos en la agricultura (Directiva 91/676/CEE). A finales de los noventa, cuando se pretendía adoptar una directiva sobre calidad ecológica de las aguas, se produjo una revisión sobre el enfoque fragmentado de la protección de las aguas que llevó a las Instituciones Comunitarias a dar un cambio cualitativo de integración en la política con la Directiva marco del agua (Directiva 2000/60/CE), creando así un cuerpo normativo en materia de aguas que ha ido derogando y revisando las directivas anteriores para dotarlo de coherencia y eficacia.

En la integración de España en las Comunidades Europeas no se negoció ningún período de transición para la aplicación de las normas ambientales por lo que el 1 de enero de 1986 entró

en vigor todo ese acervo. No obstante, la Comisión Europea sí otorgó un período de adaptación en la exigencia estricta de su cumplimiento. En materia de aguas España ha sido llevada ante el Tribunal de Justicia por incumplimiento de las directivas de aguas de baño (sentencia de 12 de febrero de 1998, Comisión contra España, C-92/96, EU:C:1998:53; y de 25 de noviembre de 2003, Comisión contra España, C-278/01, EU:C:2003:635), aguas para la cría de moluscos (sentencia de 15 de diciembre de 2005, Comisión contra España, C-26/04, EU:C:2005:772), aguas potables (sentencia de 16 de enero de 2003, Comisión contra España, C-29/02, EU:C:2003:37; y de 8 de setiembre de 2005, Comisión contra España, C-121/03, EU:C:2005:512), sustancias peligrosas (sentencia de 25 de noviembre de 1998, Comisión contra España, C-214/96, EU:C:1998:565), aguas residuales (sentencia de 15 de mayo de 2003, Comisión contra España, C-419/01, EU:C:2003:285; de 8 de setiembre de 2005, Comisión contra España, C-416/02, EU:C:2005:511; de 19 de abril de 2007, Comisión contra España, C-219/05, EU:C:2007:223; de 14 de abril de 2011, Comisión contra España, C-343/10, EU:C:2011:260; de 10 de marzo de 2016, Comisión contra España, C-38/15, EU:C:2016:156; y de 25 de julio de 2018, Comisión contra España, C-205/17, EU:C:2018:606), nitratos (sentencia de 1 de octubre de 1998, Comisión contra España, C-71/97, EU:C:1998:455; y de 13 de abril de 2000, C-274/98, EU:C:2000:206) y la Directiva marco del agua (sentencia de 7 de mayo de 2009, Comisión contra España, C-516/07, EU:C:2009:291; de 4 de octubre de 2012, Comisión contra España, C-403/11, EU:C:2012:612; de 24 de octubre de 2013, Comisión contra España, C-151/12, EU:C:2013:690; y de 26 de setiembre de 2019, Comisión contra España, C-556/18, EU:C:2019:785). Entre estos procesos por incumplimiento dos de ellos han sido por incumplimiento de sentencias que llevan aparejada importantes sanciones es el caso de las directivas de aguas de baño (sentencia de 25 de noviembre de 2003, Comisión contra España, C-278/01, EU:C:2003:635) y aguas residuales (sentencia de 25 de julio de 2018, Comisión contra España, C-205/17, EU:C:2018:606). En la actualidad existen diversos procedimientos de infracción en materia de aguas que pueden terminar en nuevas condenas de España (C-384/19, C-559/19, 20182250, 20170528, 20170528, 20172022, 20172100, 20144004, 20144023, 20042031, 20122100).

Los incumplimientos de España en materia de aguas deben asociarse al problema que tenemos con el cumplimiento del derecho comunitario ambiental como pone de manifiesto el hecho de que seamos el país que más casos registra en esta materia. Como botón de muestra se reproduce la estadística del año 2018.



Fuente: <https://ec.europa.eu/environment/legal/law/statistics.htm>

Para comprender los aspectos sociales de este incumplimiento resulta de interés atender a la retórica que se utiliza como justificación de posiciones contrarias a las obligaciones comunitarias. Este conocimiento puede ayudar a cambiar las percepciones que no se ajustan a la realidad y contribuir a una cultura del cumplimiento como bien común necesario. Con objeto de aportar una muestras de dicha retórica, reproduzco frases que hemos criticado en distintas ocasiones con Javier Martínez Gil, Pedro Arrojo Agudo, Leandro del Moral, Narcis Prat, Francesc La Roca y otros, como las que siguen: a) «España es pionera» en la gestión del agua (unidad de cuenca, ciclo hidrológico y participación de regantes e hidroeléctricos); b) la Directiva marco del agua está pensada por y para países del centro y el norte de Europa (aguas superficiales y ríos caudalosos), pero «España es diferente»; c) en España la satisfacción de las demandas es un objetivo establecido en la ley y la planificación hidrológica debe estar al servicio de las políticas sectoriales; d) el «regadío es riqueza» e interés general a financiar por el Estado; e) el «agua se tira al mar» por lo que debe aprovecharse al máximo; f) la «participación es de los usuarios» y debe seguir siendo de regantes e hidroeléctricos de forma predominante.

Los datos muestran que en la política del agua española existen resistencias a la sostenibilidad real (la prioridad efectiva de la protección ambiental), la sostenibilidad aparente ya ha sido asumida de forma general (en el discurso o lo que ahora llaman relato e incluso en los textos normativos). Estas resistencias en las relaciones Unión Europea - España, alimentan también las resistencias en las relaciones Administración - particulares.

Sirva como muestra de los incumplimientos lo ocurrido en relación a la apertura y mantenimiento de pozos ilegales, ampliaciones de regadíos ilegales y las sucesivas

regularizaciones e incluso el otorgamiento de ayudas. Baste citar los casos del Alto Guadiana, la Mancha Oriental, Campo de Dalías o Doñana, entre otros.

Creo que es necesaria y urgente una «cultura del cumplimiento» en la que la Administración General del Estado cumpla con lealtad (artículo 4 del TUE) el Derecho de la Unión Europea y exija el cumplimiento a los particulares.

La estrategia denominada revisión de la implementación ambiental (Environmental Implementations Review) de la Comisión Europea pretende mejorar la aplicación de la legislación ambiental en la Unión Europea analizando las causas de las brechas existentes y las posibles soluciones de los problemas a través de un ciclo de análisis, diálogo y colaboración de dos años con publicación de informes y debates entre la Comisión Europea, los Estados miembros y las partes interesadas. Realizar una adaptación de esta estrategia y aplicarla en el ámbito del agua español podría mejorar la cooperación entre la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales.

Los beneficios de la cultura del cumplimiento son claros. El cumplimiento de las normas de protección ambiental comporta al menos las siguientes ventajas: a) los beneficios ecosistémicos de un medio ambiental más sano asegurando la disponibilidad sostenible a medio y largo plazo; b) aporta una ventaja competitiva en un mundo cada vez más preocupado por la protección ambiental; c) evita los perjuicios éticos, administrativos, económicos, etc. de los procedimientos de infracción; d) consolida el Estado de derecho y la lealtad y legitimación en el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea; e) garantiza la seguridad jurídica y el tratamiento igual a todos los ciudadanos; y f) comporta un efecto disuasorio tanto en el ámbito de la Unión Europea, como en el ámbito interno para las Autoridades nacionales (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas o Entidades Locales) y para los agentes económicos y la ciudadanía.

- **Propuesta:** en lo que se refiere al conocimiento y control de los usos, me remito a lo expuesto en el epígrafe dedicado a dicha materia.
- **Propuesta:** plan de gobernanza hidrológica

Añade: disposición adicional [...]. Plan de sensibilización y educación hidrológica. Los organismos de cuenca elaborarán un plan de información, comunicación, sensibilización y educación hidrológica en el plazo de un año desde la publicación de esta ley que tendrá como objetivos: a) sensibilizará a toda la sociedad sobre los beneficios ecosistémicos propios e intergeneracionales de proteger las aguas y sus ecosistemas asociados; b) reafirmará el carácter público de la planificación y gestión del agua y los ecosistemas asociados, y de su protección como primera responsabilidad; c) reforzará la responsabilidad ética y solidaria de los agentes económicos y en especial de los usuarios sobre el uso sostenible del agua y su condición de contribuyentes por este motivo; c) fortalecerá la sociedad civil organizada en su función de control público para la consecución de los objetivos medioambientales; d) mejorará la formación y educación

ambiental en materia de aguas y ecosistemas asociados; e) difundirá los servicios del Registro de Aguas como instrumento de transparencia sobre el uso privativo del agua y las presiones que ejercen sobre las masas de agua; y e) distinguirá las buenas prácticas en todos los ámbitos de la protección de las aguas y los ecosistemas asociados.

La ejecución del plan se realizará de forma coordinada con los ciclos de la planificación hidrológica y contribuirá a su cumplimiento.

4. Caudales ecológicos

4.1 Antecedentes

En el Derecho Romano ya se establecían interdictos para proteger los usos comunes de los ríos, en especial la navegación (D. 43,12,1,12 y D. 43,12,1,18).

En la reordenación del poder territorial realizada por Fernando VI se atribuyó al Intendente Corregidor de cada provincia la función de *facilitar la fertilidad de campos con el aprovechamiento de todas las aguas que puedan aplicarse a su beneficio; y para lograrlo procurarán y esforzarán sacar acequias de los ríos, sangrándoles por las partes más convenientes sin perjuicio de su curso, y de los términos y distritos inferiores* (Ordenanza de Intendentes Corregidores de 1749).

En 1846 se adoptó un sencillo régimen concesional sobre las aguas públicas en el que se estableció un procedimiento con precauciones para que las nuevas concesiones no ocasionara perjuicios públicos o particulares: la exigencia de una descripción del proyecto (memoria facultativa, regla 3); el conocimiento técnico (informe del ingeniero regla 7); la consulta pública (publicidad y plazo de reclamaciones, regla 4 y 9); y el otorgamiento «sin perjuicio de los derechos de propiedad» (regla 9).

En 1860, cuando se estaba elaborando un código de aguas (ley de aguas de 1866), se adoptó un régimen concesional más completo que contemplaba mayores cautelas que el citado de 1846. En este nuevo régimen la concesión se entendía hecha «sin perjuicio de tercero ni del derecho de propiedad» (artículo 2). Establecía además diversas cautelas: siempre que hubiera aprovechamientos inferiores debía preceder el «aforo de las aguas estiales» y «estudio especial» de las aguas necesarias para que quedaran cubiertas (artículos 7); en regadíos que afectaran a una comarca la obligación de establecer una Junta sindical (artículo 10); en usos no consultivos la obligación de retornos previos a los aprovechamientos inferiores (artículo 12); las nuevas concesiones se otorgarían de manera interina o provisional, sujeta a la eventualidad de otra determinación «hasta que se hallen suficientemente estudiados los ríos de la Península» y pueda elaborarse un «plan general de aprovechamientos» (artículo 13).

Las leyes de aguas de 1866 y 1879 consolidaron en términos similares el régimen concesional con las siguientes precauciones: la concesión se entendía hecha «sin perjuicio de tercero, y dejando a salvo los derechos de particulares» (artículos 150); la Administración «no será responsable de la falta o disminución que pueda resultar en el caudal expresado en la concesión, ya sea que proceda de error o de cualquiera otra causa» (artículos 154); el necesario aforo de aguas estiales (artículo 191); y el mandato para que se procediese al «reconocimiento de los ríos existentes» (artículo 204).

Entiendo que la evolución del régimen concesional instaurado a mediados del siglo XIX pone de manifiesto el interés por establecer un sistema estatal centralizado de las aguas públicas que priorizara el mayor aprovechamiento posible de las aguas públicas en manos privadas y que establecía ciertas cautelas sobre la disponibilidad de los recursos para evitar perjuicios públicos o privados.

En 1942, la ley de pesca fluvial obligó a las concesiones hidroeléctricas a respetar un caudal mínimo y a establecer y mantener escalas de peces (artículo 5 de la Ley de 20 de febrero de 1942). Las primeras centrales hidroeléctricas se instalaron a finales del siglo XIX (1878 Cragside en Northumberland, Reino Unido; 1882 Schoellkopf número 1 en el río Niágara, Nueva York; Appleton en Wisconsin, EEUU; 1894 Molino de San Carlos en el río Ebro, Zaragoza; y San Román o El Porvenir sobre el río Duero en Zamora) y se multiplicaron a principios de siglo XX, luego ya existía una experiencia acumulada («empobrecimiento en los cursos fluviales» en términos de la exposición de motivos de la ley) que hacía necesaria dicha cautela.

En la II Legislatura (Felipe González 1982-1986) el 12 de junio de 1985 España firmó el tratado y acta de adhesión a las Comunidades Europeas que ratificada (20/09/1985) entró en vigor el 1 de enero de 1986 (el mismo día que la Ley 29/1985), fecha en la que se incorporó en nuestro país todo el acervo comunitario en materia de medio ambiente. Ello incluyó la Directiva de evaluación de impacto ambiental (Directiva 85/337/CEE, transpuesta en el Real Decreto Legislativo 1302/1986 y Real Decreto 1131/1988) que en su aplicación supuso la implantación de «caudales ecológicos» para la protección de ecosistemas aguas abajo de una presa como medida correctora (por ejemplo en las declaraciones de impacto ambiental de los embalses de Montearagón en el río Flumen (Huesca) de 1992; Cigudosa-Valdeprado (Soria) sobre el río Alhama de 1993; Torre de Abraham (Ciudad Real) de 1993; Irueña (Salamanca) sobre el río Agueda de; entre otras).

El 2 de agosto de 1985 se aprobó la ley de aguas (Ley 29/1985) que no contempló la exigencia de caudales de carácter ambiental, sin embargo en la regulación reglamentaria del régimen concesional se estableció que en las concesiones se exigirán *caudales mínimos que respetar para usos comunes o por motivos sanitarios o ecológicos, si fueran precisos* (artículo 115.2.g del Real Decreto 849/1986). En la Instrucción de planificación se recogió la necesidad de realizar simulaciones de los sistemas de explotación en los que se tendría en cuenta entre otros los «caudales mínimos por razones medioambientales» (Orden 24/9/992, BOE 16/10/1992).

En la VI Legislatura (José María Aznar 1996-1999) se aprobaron los planes hidrológicos de cuenca (Real Decreto 1664/1998) en cuyo texto el Gobierno establece entre los criterios de interpretación de los planes de las cuencas intercomunitarias la necesidad de *homogeneizar el tratamiento de los caudales ecológicos a fin de garantizar la salvaguardia del medio ambiente en la explotación de los recursos hídricos* (exposición de motivos). Para ello estableció que *los caudales ecológicos o demandas ambientales establecidos en los planes no tendrán el carácter de usos a efectos de los artículos 57 y siguientes de la Ley 29/1985, de Aguas, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación de los Planes Hidrológicos. En todo caso, en el análisis de los citados sistemas será aplicable a los caudales medioambientales la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones recogida en el párrafo final del apartado 3 del artículo 58 de la Ley 29/1985, de Aguas. Todo ello sin perjuicio del derecho a indemnización previsto en el artículo 63.c) de la citada disposición legal en relación con las posibles revisiones de las concesiones vigentes cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos* (artículo 2.c).

El 13 de diciembre de 1999 se aprobó una modificación de la ley de aguas en la que se afirmó que *las mayores exigencias que imponen, tanto la normativa europea como la propia sensibilidad de la sociedad española, demandan de las Administraciones públicas la articulación de mecanismos jurídicos idóneos que garanticen el buen estado ecológico de los bienes que integran el dominio público hidráulico, a través de instrumentos diversos, como puede ser, entre otros, [...] o la regulación de los caudales ecológicos como restricción general a todos los sistemas de explotación, (exposición de motivos de la Ley 46/1999)*. Sobre esta motivación estableció al regular las concesiones que *los caudales ecológicos o demandas ambientales no tendrán el carácter de uso a efectos de lo previsto en este artículo y siguientes, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación. En todo caso, se aplicará también a los caudales medioambientales la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones recogida en el párrafo final del apartado 3 del artículo 58. Los caudales ecológicos se fijarán en los planes hidrológicos de cuenca. Para su establecimiento, los Organismos de cuenca realizarán estudios específicos para cada tramo de río* (artículo 1, vigésimo de la Ley 46/1999 que introdujo los números 7 y 8 en el artículo 57 de la Ley 29/1985).

El 23 de octubre de 2000 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la Directiva marco del agua (Directiva 2000/60/CE) que introdujo un cambio sustancial en la concepción y objetivos de política de aguas en la Unión Europea. La directiva establece el objetivo general de lograr el buen estado de todas las masas de agua en 2015 y para ello exige que se establezcan en cada masa de agua objetivos medioambientales y las medidas necesarias para su consecución, medidas entre las que debe hallarse un régimen ecológico de caudales como se deduce de los indicadores del estado ecológico de las masas de agua superficiales (anexo V).

El concepto de ecosistema está concebido en el ámbito internacional como el *complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional* (artículo 2 CDB 1992; Decisión 93/626/CEE; y artículo 3.10 Ley 42/2007).

El texto refundido de la ley de agua establece que los planes hidrológicos incluirán en la descripción general de usos presiones e incidencias antrópicas significativas sobre las aguas, la asignación y reservas de recursos para usos y demandas actuales y futuros, así como para la conservación y recuperación del medio natural. A estos efectos se determinarán *los caudales ecológicos, entendiéndolo como tales los que mantiene como mínimo la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar en el río, así como su vegetación de ribera* (artículo 42.1.b.c' del Real Decreto Legislativo 1/2001 en la redacción dada por la disposición final 1.4 de la Ley 11/2005).

La regulación de los caudales ecológicos, en cuanto a su definición, finalidad, establecimiento y aplicación o cumplimiento, parte de lo establecido en los artículos 42.1.b.c' y 59.7 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (TRLA), artículo 26 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional (PHN) y artículos 17.2 y 18 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica (RPH), que constituyen el marco básico de su regulación.

La jurisprudencia en materia de caudales ecológicos ha ido consolidando aspectos importantes en su aplicación como son el carácter de limitación al uso privativo de las aguas (sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2013, recurso 939/2010, ponente María del Pilar Teso Gamella, ES:TS:2013:5425, fundamento de derecho 8, que interpreta el artículo 59.7 del Real Decreto Legislativo 1/2001), el principio general de respecto de los caudales ecológicos (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2014, recurso 328/2013, ponente Ramón Trillo Torres, ES:TS:2014:2991, fundamento de derecho 6), la concertación como método no como resultado necesario (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2014, recurso 328/2013, ponente Ramón Trillo Torres, ES:TS:2014:2991; de 11 de julio de 2014, recurso 329/2013, ponente María del Pilar Teso Gamella, ES:TS:2014:3230; de 20 de enero de 2015, recurso 360/2013, ponente Luis María Díez-Picazo Giménez, ES:TS:2015:136; y de 21 de enero de 2015, recurso 278/2013, ponente José Luis Requero Ibáñez, ES:TS:2015:231; de 18 de marzo de 2019, recurso 4439/2016, ponente Octavio Juan Herrero Pina, ES:TS:2019:858; de 18 de marzo de 2019, recurso 4437/2016, ponente Octavio Juan Herrero Pina, ES:TS:2019:857; de 21 de marzo de 2019, recurso 4449/2016, ponente César Tolosa Tribiño, ES:TS:2019:938; de 25 de marzo de 2019, recurso 4444/2016, ponente Octavio Juan Herrero Pina, ES:TS:2019:939).

Mención especial merecen los pronunciamientos del Tribunal Supremo en relación al alcance de la obligación de fijar los caudales en los planes hidrológicos. Señala el alto tribunal que «no falta razón a la parte recurrente en su planteamiento, pues, en efecto, de todos los

componentes del régimen de caudales ecológicos que deben establecerse, según el apartado 3.4.1.3.1. de la IPH, para las 309 masas tipo río de la cuenca del Tajo, el Plan Hidrológico del Tajo de 2016 ha reducido su fijación solo a los caudales mínimos ecológicos, y estos solo para 16 masas, un 5% de las masas tipo río, que denomina "estratégicas" [...] Todo ello lleva a estimar el recurso en cuanto a las pretensiones de declaración de nulidad del art. 9.1,3, 5, 6, y 7, en relación con los apéndices 4.1, 4.2 y 4.3 de la normativa del PHT, así como el art. 10.2 en el inciso "no serán exigibles en el horizonte temporal del presente Plan", en cuanto supone el incumplimiento de la obligación de la Administración de establecer en el Plan hidrológico del Tajo un régimen de caudales ecológicos completo con carácter vinculante para el horizonte temporal del Plan (2015-2021)» (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2019, recurso 4351/2016, ponente Octavio Juan Herrero Pina, ES:TS:2019:856, fundamento de derecho segundo; reiterada en las sentencias de 14 de marzo de 2016, recurso 4430/2016, ponente César Tolosa Tribiño, ES:TS:2019:854; de 14 de marzo de 2016, recurso 4482/2016, ponente César Tolosa Tribiño, ES:TS:2019:855; y de 2 de abril de 2019, recurso 4400/2016, ponente Juan Carlos Trillo Alonso, ES:TS:2019:1159).

En lo que atañe al régimen indemnizatorio con motivo de la implantación de los caudales ecológicos ha de tenerse en cuenta que la ley establece que los planes hidrológicos «no crearán por sí solos derechos en favor de particulares o entidades, por lo que su modificación no dará lugar a indemnización» (artículo 40.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001), además los caudales ecológicos son una restricción previa y las concesiones no garantizan la disponibilidad (artículo 59.7 y 59.2 del Real Decreto Legislativo 1/2001). La mención expresa al derecho de indemnización del concesionario perjudicado (artículo 40.4 y 65.3 del Real Decreto Legislativo 1/2001 y artículo 26.3 de la Ley 10/2001) crean confusión y litigiosidad innecesaria sobre la aplicación de dicho régimen general. Afirmando la aplicación del régimen general y la necesidad del análisis caso a caso se ha pronunciado tanto en Consejo de Estado (dictámenes CE-D-2013-315 (PHD Miño-Sil), CE-D-2014-674 (PHD Júcar) y especialmente CE-D-2015-1151 (PPHH 2015-2021)), como el Tribunal Supremo (sentencias de 11 de julio de 2014, recurso 329/2013, ponente María del Pilar Teso Gamella, ES:TS:2014:3230; de 17 de junio de 2014, recurso 343/2013 ponente Ramón Trillo Torres, ES:TS:2014:2643; de 11 de julio de 2014, recurso 345, ponente José Luis Requero Ibáñez, ES:TS:2014:3003; de 23 de setiembre de 2014, recurso 582/2012, ponente Ramón Trillo Torres, ES:TS:2014:3720; de 27 de abril de 2015, recurso 341/2013, ponente Ramón Trillo Torres, ES:TS:2015:1931; de 21 de enero de 2015, recurso 278/2013, ponente José Luis Requero Ibáñez, ES:TS:2015:231; y de 14 de marzo de 2019, recurso 4413/2016, ponente Inés María Huerta Garicano, ES:TS:2019:853) por lo que debería ser suprimido.

4.2 Necesidad

Se considera que es necesario reforzar el marco legal para la revisión y actualización de los caudales ambientales de acuerdo con la evolución de los recursos; priorización de caudales

ambientales frente a otros derechos concesionales; reforzar la contingencia de los caudales de las concesiones ligada a los planes hidrológicos y a los planes de sequía.

En el proceso de participación del Libro Verde de la Gobernanza del Agua en España se ha considerado necesario: a) mayor concreción normativa, b) implantación progresiva, c) mejora de la instrumentación, estaciones de aforo, y criterios uniformes para el control de los caudales ecológicos, d) clarificación jurídica de la implantación de un régimen de caudales que elimine la posibilidad de indemnizaciones por su implantación, e) dado que el cambio climático afecta usos y concesiones, ha de encontrarse la fórmula para concertar caudales con usos preexistentes, f) incorporación de sentencias recientes estableciendo la obligación de adaptar las concesiones a la normativa vigente: los caudales ecológicos se han de cumplir, g) los caudales ecológicos en concesiones se han de cumplir en respeto al condicionado, sin indemnización, h) reforma de los diseños de las infraestructuras hidráulicas y el régimen de explotación para adaptarse a las nuevas necesidades (caudales) [en la actualidad, el diseño de algunas infraestructuras hidráulicas no permite el establecimiento de un régimen de caudales ecológico. Su implantación requeriría una modificación de la infraestructura]. Aprovechar el momento de la revisión concesional (ver documento *Aportaciones de los foros de debate en relación a la necesaria reforma concesional*, páginas 3, 11 y 12).

4.3 Propuestas

Los caudales ecológicos surgieron en el derecho español como respuesta a la necesidad de limitar las concesiones, el centro sobre el que pivotaron fue la concesión. Sin embargo, el acervo comunitario coloca siempre el centro de atención en el estado de los ecosistemas. Por tanto, es necesario adoptar esta nueva perspectiva ecosistémica para conseguir los frutos esperados.

El Vigésimo Simposio internacional de ríos y la Conferencia de caudales ambientales celebrada en 2017 en Brisbane (Australia) inició un proceso de consultas para revisar la Declaración de Brisbane sobre caudales ambientales de 2007, en este proceso se ha llegado a la Declaración de Brisbane y Agenda de acción global sobre caudales ambientales de 2018 que ha propuesto prestar más atención a la necesidad de incluir en la definición de caudales ambientales la calidad como aspecto indisoluble de la cantidad y la variación de los caudales, e incorporar los niveles para insistir en la necesidad de mantener determinados calados en humedales y otros ecosistemas leníticos, donde la velocidad del flujo no es significativa.

- **Propuesta:** definición de caudales ecológicos:

Añade: en la disposición... desarrollo reglamentario de los caudales ecológicos. En el desarrollo del régimen ecológico de caudales se tendrá en cuenta: a) la imposibilidad de aplicar excepciones en los objetivos medioambientales en los espacios protegidos; b) la necesidad de respetar los objetivos de conservación específicos de la red Natura 2000; c) el carácter

completo del régimen ecológico de caudales que incluye caudales mínimos, caudales máximos, distribución temporal de los anteriores, caudales de crecida y tasas de cambio, así como otros componentes que aconseje el mejor conocimiento científico disponible; d) la incorporación de los indicadores establecidos conforme al Derecho de la Unión Europea, evitando formas incompletas como el uso ictiofauna restringida a determinadas especies; e) la implantación de un seguimiento en toda o la mayor parte posible de la extensión de la masa de agua; f) en situaciones de sequía se mantendrá el régimen ecológico de caudales correspondiente, para ello se limitarán las derivaciones existentes y se dispondrá de los caudales acumulados en los embalses.

Modifica: el artículo 42.1.b.c' el texto: «c') La asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros, así como para la conservación y recuperación del medio natural. A este efecto se fijarán los regímenes ecológicos de caudales completos para todas las masas de agua tipo río y de transición que se aplicarán a la entrada en vigor del plan y podrán incrementarse para la consecución de los objetivos medioambientales, sin necesidad de revisar el plan. Las reservas naturales fluviales, con la finalidad de preservar, sin alteraciones, aquellos tramos de ríos con escasa o nula intervención humana. Estas reservas se circunscribirán estrictamente a los bienes de dominio público hidráulico.»

- **Propuesta:** determinación de caudales ecológicos:

Añade: en el artículo 41. Elaboración de los planes hidrológicos de cuenca. [...] 3 bis La fijación de los caudales ecológicos se realizará con la participación de todas las Comunidades Autónomas que integren la cuenca hidrográfica y en el caso de masas de agua asociadas a espacios naturales protegidos de competencia autonómica, a través de un procedimiento específico de coordinación integrado en el procedimiento de elaboración de los planes hidrológicos.

- **Propuesta:** la disponibilidad de los recursos hídricos en el título IV:

Añade: artículo 43 bis. Disponibilidad de recursos hídricos. La disponibilidad de recursos hídricos para los usos se produce cuanto previamente se han garantizado las necesidades ambientales a través del régimen ecológico de caudales en las aguas superficiales y la determinación de los recursos disponibles en las aguas subterráneas. El abastecimiento de las necesidades básicas de las poblaciones podrá considerarse prioritario respecto de las necesidades ambientales en situaciones excepcionales siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la exención del deterioro temporal.

- **Propuesta:** la normalización del régimen indemnizatorio:

Suprime: el número 3 del artículo 65 y la frase se suprimirá el número 3 y en el artículo 40 se suprimirá la frase «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 65» del artículo 40 del Real Decreto Legislativo 1/2001. Así como la frase «sin perjuicio del posible derecho de indemnización establecido en el artículo 63.3 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas» del número 3 del artículo 26 de la Ley 10/2001.

5. Zonas regables

5.1 Antecedentes

En el siglo XVIII las ideas de la fisiocracia (François Quesnay 1694-1774) y del liberalismo económico (Adam Smith 1723-1790) fueron el bagaje ideológico con el que la España de Carlos III (1716-1788) se enfrentó a los problemas de la agricultura eran tanto estructurales (latifundismo, privilegios de nobleza y clero, obsolescencia de las redes de transporte y comercialización) como coyunturales (las malas cosechas, aumento de precios y las movilizaciones de subsistencia del motín de Esquilache de 1766). No obstante, la principal iniciativa del momento no se materializó en una ley (Expediente de la Ley Agraria 1784-1795).

En el siglo XIX el regeneracionismo hidráulico (Joaquín Costa 1846-1911) propugnó un liberalismo más activo pero tampoco se materializó de manera significativa. Entró el siglo XX y la confianza liberal en la iniciativa privada para la expansión y modernización de la agricultura acabó sustituyéndose por la iniciativa directa del Estado (Ley de 7 de julio de 1911). La política agrícola de iniciativa pública tuvo una gran importancia para el Gobierno republicano y socialista de Manuel Azaña lo que se reflejó entre otras medidas en: a) la creación del Instituto de Reforma Agraria (Decreto 23 de setiembre de 1932) con el objeto de llevar a cabo una reforma agraria que nacionalizara los latifundios y promoviera la explotación agrícola colectiva; b) la elaboración del Plan Nacional de Obras Hidráulicas en 1933 a cargo de Manuel Lorenzo Pardo.

Tras la guerra civil española, la reforma agrícola republicana fue sustituida por lo que la Dictadura denominó «colonización», para la que se creó el Instituto Nacional de Colonización (Decreto 18 de octubre de 1939) con el objeto de reorganizar y reactivar el sector e incrementar la producción mediante el aumento de tierras de labor y la superficie de riego, y aprobó las bases para la colonización de «grandes zonas» (Ley de bases de 26 de diciembre de 1939) y la ley de colonizaciones de interés local (Ley de 25 de noviembre de 1940).

En la segunda mitad del siglo XX se creó el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, IRYDA (Ley 35/1971) integrando el Instituto Nacional de Colonización y el Servicio de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural (Orden de 16 de febrero de 1953). Entre los fines del IRYDA se asume la transformación económica y social de las «grandes zonas» y de las comarcas (artículo 2.1 de la Ley 35/1971) o «zonas regables» (artículo 5 del texto refundido aprobado por Decreto 118/1973).

La transformación de las mencionadas zonas regables requería la declaración de interés nacional y contemplaba la realización pública de las obras y trabajos necesarios para la «puesta en riego», así como la atribución de las unidades de explotación a los beneficiarios (artículo 94 y siguientes del texto refundido aprobado por Decreto 118/1973). Sin embargo, se previó el

otorgamiento a los beneficiarios de una concesión de uso privativo de las aguas necesarias para dicho riego.

En la II legislatura (Felipe González 1982-1986) se aprobó una nueva ley de aguas (Ley 29/1985) que, estableció que el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo, del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa (artículo 50.1 de la Ley 29/1985 y artículo 52.1 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001). Concesión que se otorga conforme al procedimiento establecido (artículo 79 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001 y artículos 93 a 95 y 122 a 125 del Real Decreto 849/1986).

En la Ley de aguas de 1985 se establecieron normas transitorias para el reconocimiento de derechos adquiridos conforme a la legislación anterior (disposición transitoria primera a quinta de Ley 29/1985), sin que se adoptara una atención específica a las referidas zonas regables.

Existe un número considerable de estas zonas regables. Se ha estimado que usaban caudales que se acercaban al ochenta por ciento de la totalidad de los recursos superficiales existentes (exposición de motivos del Real Decreto-ley 15/2005). En muchas de estas zonas se mantiene un aprovechamiento del agua sin contar con la correspondiente concesión administrativa.

En 2002 la Subdirección General de Gestión del Dominio Público Hidráulico planteó la aplicación de un procedimiento «abreviado» (solicitud / informe de la Comisaría de Aguas / propuesta del Área de Dominio Público Hidráulico / informe de la Abogacía del Estado / otorgamiento de concesión) para la tramitación de concesiones a las Comunidades de Regantes.

La Abogacía del Estado en informe de 3 de enero de 2003 (AE: 1998/2002) informó a la Dirección General de Obras Hidráulicas y Calidad de las Aguas en un supuesto de comunidades de regantes de zonas regables ejecutadas por el IRYDA —no de forma general— que podían otorgarse concesiones de uso privativo de las aguas a través del procedimiento «abreviado», al que procedía denominar procedimiento «ordinario simplificado».

5.2 Necesidad

Se considera necesario que se otorguen las correspondientes concesiones o autorizaciones de uso asegurándose que los titulares sean los regantes individualmente considerados y no las comunidades de regantes.

En el proceso de participación del Libro Verde de la Gobernanza del Agua en España se ha considerado necesario caducar las concesiones de aguas subterráneas en las zonas regables del Estado (ver documento *Aportaciones de los foros de debate en relación a la necesaria reforma concesional*, páginas 3).

5.3 Propuestas

Entiendo que el denominado procedimiento ordinario simplificado reúne los elementos esenciales del procedimiento de concesión salvo la concurrencia y la publicidad. Considero que la concurrencia no sería necesaria dadas las circunstancias jurídicas descritas en los antecedentes, sin embargo creo que es necesario que se mantenga la necesaria publicidad del procedimiento.

En lo que respecta a la posibilidad de otorgar de forma individualizada las concesiones, ha de recordarse que la ley establece que los usuarios del agua y otros bienes del dominio público hidráulico de una misma toma deben constituirse en comunidades de usuarios (artículo 81.1 del Real Decreto Legislativo 1/2001). Sin embargo, no parece que esta norma impida el otorgamiento de concesiones individuales en una zona regable del Estado por pues la obligación de constituirse en comunidad de usuario tiene como destinatarios a los usuarios, no la Administración; y la ley atribuye a la Administración la facultad de imponer dicha constitución pero no la obligación (artículo 81.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001).

No obstante, un otorgamiento individualizado de las concesiones puede dificultar la gestión de los usos y por ello parece recomendable que para alcanzar una relación más directa entre la Administración y el usuario final se realice a través de declaraciones telemáticas periódicas propuestas más arriba.

- **Propuesta:** otorgamiento de concesiones en las zonas regables del Estado

Añade: disposición adicional [...] Zonas regables del Estado. Los beneficiarios de aprovechamiento privativo de las aguas de las zonas regables del Estado podrán solicitar y obtener una concesión o autorización acreditando su derecho en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley. La Administración podrá otorgar dicha concesión a través de un procedimiento ordinario simplificado que comprenderá informe de la Comisaría de Aguas, propuesta del Área de Dominio Público Hidráulico, información pública, informe de la Abogacía del Estado y otorgamiento de concesión o autorización.

6. Cesiones de derechos

6.1 Antecedentes

En la concepción liberal del siglo XIX el Estado, titular del dominio público hidráulico, ha de poner en manos de la iniciativa privada los recursos hídricos públicos para su explotación y lo hizo a través de las concesiones (artículo 192 y siguientes de la Ley de 3 de agosto de 1866 y artículo 147 y siguientes de la Ley de 13 de junio de 1879). El otorgamiento y la denegación de las concesiones se configuraron como un acto administrativo discrecional que había de estar justificado en el interés público. La necesaria utilidad o interés público de la concesión

determinó la posibilidad de imponer servidumbre, la prohibición de cambiar el destino y caudal del aprovechamiento y la prohibición de que se desperdicie o que no se aproveche.

En la II legislatura (Felipe González 1982-1986) se aprobó una nueva ley de aguas (Ley 29/1985) que, en lo que ahora interesa, amplió el dominio público de las aguas, especial significación tuvo para las aguas subterráneas y limitó los derechos adquiridos con la legislación anterior. No obstante, mantuvo la configuración del régimen concesional del siglo XIX.

En la VI legislatura (José María Aznar 1996-2000) se produjo una modificación importante a través de la introducción de dos nuevas figuras, el centro de intercambio y el contrato de cesión en la Ley 46/1999. En ambas se producía una excepción del mantenimiento de la adscripción del uso, que en el caso de los contratos de cesión quedaba en manos de los particulares, quebranto así también la exclusividad pública de adscripción de usos (artículo 59.2 de la Ley 29/1985).

El centro de intercambio es un instrumento público de gestión que autoriza al Organismo de cuenca a realizar ofertas públicas de adquisición y cesión de los derechos adquiridos del uso privativo del agua en circunstancias excepcionales y bajo ciertas limitaciones (artículo 71.1 del Real Decreto Legislativo 1/2001).

Su establecimiento tiene carácter formalmente «excepcional» pues sólo puede acordarse cuando: «así lo exija la disponibilidad del recurso» o «garantizar su explotación racional» (artículo 55 del Real Decreto Legislativo 1/2001); «una masa de agua subterránea está en riesgo de no alcanzar un buen estado» (artículo 56 del Real Decreto Legislativo 1/2001); o «en circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales» (artículo 57 del Real Decreto Legislativo 1/2001).

No obstante, si se analizan los supuestos habilitantes y se tienen en cuenta la situación y tendencia del estrés hídrico en España, así como los efectos previstos del cambio climático, será difícil encontrar una demarcación hidrográfica donde no se dé alguno de los supuestos que permiten su constitución.

El Ministerio con competencias en materia de aguas por sí mismo o a petición de las Comunidades Autónomas es quien puede proponer al Consejo de Ministros su establecimiento (artículo 71.1 y 71.2 TRLA).

En el desarrollo reglamentario se han determinado las condiciones que ha de reunir la oferta pública de adquisición de derechos de uso privativo del agua, las solicitudes de cesión y la adjudicación de los derechos adquiridos (artículo 355 RDPH).

En la VIII legislatura (José Rodríguez Zapatero 2004-2008) con motivo de la sequía 2004-2005 el Gobierno entendió que se daban las condiciones de extraordinaria y urgente necesidad para dictar el Real Decreto-ley 15/2005 en el que se ampliaron las posibilidades de realización de los contratos de cesión de derechos de uso privativo del agua.

Las ampliaciones más significativas de los contratos de cesión fueron: a) la posibilidad de ceder derechos a determinados regantes (zonas regables de iniciativa pública), aunque no fueran titulares de derechos inscritos, y b) la posibilidad de realizar los contratos de cesión intercuenca en las transferencias del Tajo-Segura y Negratín-Almanzora, aunque no estaba previsto ni en el Plan hidrológico nacional, ni en las leyes de dichas transferencias.

Aquellas medidas del Real Decreto Ley 15/2005 se prorrogaron hasta el 30 de noviembre de 2009 a través de los reales decretos leyes 9/2006, 9/2007, 8/2008 y se reitera hasta el 30 de noviembre de 2010 en el Real Decreto-ley 14/2009.

En la X legislatura (Mariano Rajoy 2011-2015) el Partido Popular con mayoría absoluta en las Cortes convirtió aquellas condiciones excepcionales y temporales en algo estructural.

A través de la disposición final cuarta de la Ley 21/2013 de evaluación de impacto ambiental se suprimió de forma estable el control parlamentario en los contratos de cesión intercuenca, pues dejó de ser necesario que estuviera autorizado en una norma con rango de ley.

El Gobierno se despidió de la legislatura ampliando los límites legales del contrato de cesión en la modificación de la ley del cine (Real Decreto-ley 6/2015). En la disposición adicional tercera permitió desde mayo hasta diciembre de 2015 (entre dos años hidrológicos 2014-2015 y 2015-2016) que los usuarios del Segura pudieran adquirir derechos de uso otorgados a otros regantes, aunque nunca hubieran sido efectivamente utilizados por el cedente.

6.2 Necesidad

Se considera necesario configurar los centros de intercambio para que en el caso de ser necesarios puedan ser implantados en las Demarcaciones hidrográficas, especialmente en aquellas en las que exista un mayor índice de explotación hídrica y mayor riesgo de sequías prolongadas, garantizando una gestión pública y transparente de los mismos.

En el proceso de participación del Libro Verde de la Gobernanza del Agua en España se ha considerado necesario: a) la creación de un Banco Público del Agua, b) activar los centros de intercambio a nivel de cuenca, especialmente en aquellas con mayores índices de explotación y mayor riesgo de sequías prolongadas, garantizando una gestión pública y transparente de los mismos: Se trata de prever con antelación la gestión de dichas sequías, evitando, de manera efectiva, beneficios especulativos a través de los contratos de cesión de derechos concesionales, c) los beneficios del agua y su gestión deben ser 100% públicos, d) modificación

de la ley de Aguas para eliminar los contratos de cesión de derechos. e) activar bancos de agua/centros de intercambio a escala de demarcación, f) hay que realizar auditorías y aumentar la transparencia a los expedientes de compraventa de derechos de agua, g) integrar/intercambiar aguas desaladas con aguas subterráneas en zonas intensivas (sobreexplotadas), h) modificar la legislación/reglamento concesional de manera que se intercambien las concesiones actuales por el uso de agua desalada con el objeto de recuperación de acuíferos en calidad y cantidad, i) prohibir la venta de derechos de agua, evitar mercadeo y privatización. Las concesiones no son una propiedad, sino un bien público. Actualmente la legislación permite la venta de una comunidad a otra (ver documento *Aportaciones de los foros de debate en relación a la necesaria reforma concesional*, páginas 2 y 10).

6.3 Propuestas

El sistema concesional de las aguas públicas desde su instauración en la segunda mitad del siglo XIX atribuyó al estado el monopolio de adscripción del uso privativo de las aguas. Este principio tiene su fundamento en la naturaleza del bien y en la necesidad de ejercer un control directo sobre los servicios públicos que cumple. Además en la actualidad se ve reforzado por la necesaria garantía de los derechos humanos, del bienestar social y la protección medioambiental, en una situación de cambio climático.

Este principio de control público directo sobre la adscripción del uso privativo de las aguas quedó quebrado con la introducción de los contratos de cesión ya que permiten que los titulares de derechos privativos los cedan a otros usuarios. Ello reduce el control de la Administración para determinar conforme a criterios sociales, económicos y ambientales la adecuada adscripción de las aguas públicas. Además al realizarse de forma autónoma respecto de la planificación hidrológica permite la alteración privada de los objetivos establecidos en dicha planificación. Sin que pueda olvidarse que posibilita que un titular de derechos de uso privativo pueda lucrarse con la cesión, habiendo recibido dicha titularidad de forma gratuita para el cumplimiento de una función social.

- **Propuesta:** la supresión de los contratos de cesión
Suprime: los artículos 67 a 69 y del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001
- **Propuesta:** la contraprestación en los centros de intercambio
Modifica: en el número 1 del artículo 70 Centro de intercambio de derechos, donde dice «para posteriormente cederlos a otros usuarios mediante el precio que el propio Organismo oferte», dirá «para posteriormente cederlos a otros usuarios mediante el pago que el propio Organismo oferte».
- **Propuesta:** la transparencia los centros de intercambio

Añade: el número 4 al artículo 70 Centro de intercambio de derechos: «4. La decisión de la puesta en funcionamiento de un centro de intercambio, su justificación y evaluación deberá estar prevista de manera completa en el programa de medidas del plan hidrológico de cuenca. En los tres meses siguientes al finalizar cada año hidrológico se elaborará y difundirá públicamente un informe que evalúe de forma suficientemente detallada los resultados de su funcionamiento y la consecución de los objetivos propuestos».

7. Desalación

7.1 Antecedentes

Aunque las primeras plantas desaladoras en España datan de los años sesenta (Lanzarote 1964 y Ceuta 1966), ni la ley de aguas de 1985 (Ley 29/1985), ni la ley de costas de 1988 (Ley 22/1988) regularon esta materia.

En la V legislatura (Felipe González 1993-1996) el Gobierno reguló por primera vez las *instalaciones de desalación de agua marina o salobre* (Real Decreto 1327/1995) que las configuró como una actividad eminentemente pública.

En la VI legislatura (José María Aznar 1996-2000) las Cortes Generales aprobaron una modificación de la ley de aguas en la que se excluyó el carácter demanial de las agua objeto de desalación mientras estaban en la planta y afirmó dicho carácter cuando se incorpora a cualquier elemento del dominio público hidráulico, configurándola como una actividad libre sujeta a las concesiones y autorizaciones que correspondieran (artículo único, primero y quinto de Ley 46/1999 que introdujeron los artículos 2.e y 12 bis en la Ley 29/1985).

En la VII legislatura (José María Aznar 2000-2004) el Gobierno integró la regulación de las aguas procedentes de la desalación en el texto refundido de la ley de aguas (artículos 2.e y 13 del Real Decreto Legislativo 1/2001) y derogó de forma expresa el Real Decreto 1327/1995 (disposición derogatoria única Real Decreto 606/2003).

En la VIII legislatura (José Luis Rodríguez Zapatero 2004-2008) las Cortes Generales modificaron la ley de aguas para introducir la «demanialización total de las aguas desaladas» (exposición de motivos y disposición final primera, uno de la Ley 11/2005) al incluirlas sin distinción alguna entre los elementos que integran el dominio público hidráulico, sometiendo su uso privativo al régimen general, interviniendo el régimen tarifario en caso de servicios a terceros y autorizando su incorporación a los centros de intercambio (modificación de los artículos 2.e y 13 del Real Decreto Legislativo 1/2001).

En la XII legislatura (Mariano Rajoy 2016-2018 y Pedro Sánchez 2018-2019) las Cortes Generales adoptaron medidas para un «Mediterráneo sin sed» que comprendía instrumentar ayudas a fin

de que el precio del agua desalada para riego no excediera los 0,3 €/m³ (disposición adicional cuarta de la Ley 1/2018).

La Dirección General del agua es el órgano competente para el otorgamiento, revisión y cancelación de las concesiones de agua que sean competencia del Ministerio para la Transición Ecológica (artículo 5.1.n del Real Decreto 864/2018 y artículo 14 del Real Decreto 355/2018).

7.2 Necesidad

En el proceso de participación del Libro Verde de la Gobernanza del Agua en España se han realizado algunas consideraciones sobre la desalación, entre ellas la de atribuir a los presidentes de las confederaciones hidrográficas la competencia para el otorgamiento de dichas concesiones (ver documento Confederación Hidrográfica del Segura, O.A., Informe identificación temas más importantes de gobernanza, 25/6/2019, página 7 y 9).

7.3 Propuestas

El carácter de dominio público de las aguas es el principal pilar sobre el que se apoya la política del agua y que le otorga al Estado la capacidad necesaria para cumplir todas sus obligaciones para con los derechos humanos, el bienestar social y la protección del medio ambiente.

Estas facultades del Estado para lograr el uso sostenible y socialmente equitativo, tienen en la actualidad un mayor sentido en la situación global de cambio climático, dada la vulnerabilidad de España a los cambios que ya se están produciendo y se incrementarán según el mejor conocimiento científico disponible.

En el caso de la desalación, las aguas que se toman son dominio público y su destino también tiene el carácter de servicio público, por lo entiendo que razón que justifique que el proceso de extracción determine un cambio de la naturaleza jurídica del agua.

En lo que atañe a las competencias para el otorgamiento de las concesiones sobre el agua desalada se ha argumentado que la tramitación de la Dirección General del Agua comporta dificultades de tramitación. La dotación de medios humanos, técnicos y económicos en la Administración con competencias en aguas requiere un mayor esfuerzo presupuestario y para ello se ha propuesto una mayor recuperación de costes que facilitará la mejora de estas dificultades de tramitación que no deben ser muy diferentes en los servicios centrales y en los organismos de cuenca. En estas circunstancias no encuentro justificación suficiente para cambiar la sede de la decisión sobre desalación.

8. Registro de aguas

8.1 Antecedentes

El 12 de abril de 1901 se adoptó el Real Decreto por el que se centralizó en la Dirección General de Obras Públicas el conocimiento de las peticiones de aprovechamientos que se presenten en los Gobiernos de provincia (Gaceta 14/4/1901) que constituyó el Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas. Se trataba de tener una información fiable que impidiera el otorgamiento de concesiones sin disponibilidad y permitiera otorgar concesiones cuando existiera dicha disponibilidad. La necesidad provenía del aumento de las centrales hidroeléctricas y las obras hidráulicas para regadíos.

En 1963 se adoptó la Orden por la que se dictan normas sobre el funcionamiento del Registro de Aprovechamientos de Aguas Públicas (Orden 24/7/1963, BOE 16/8/1963) y en 1967 se revisaron las características de aprovechamientos inscritos en el Registro de Aguas Públicas (Orden 26/4/1967, BOE 6/6/1967).

La ley de aguas de 1985 estableció la obligación de llevar un Registro de Aguas en cada organismo de cuenca, remitió su desarrollo a las normas reglamentarias, determinó su carácter público y su alcance probatorio (artículo 72 de la Ley 29/1985 y artículo 80 del texto refundido Real Decreto Legislativo 1/2001).

La ley sobre el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos estableció que las Administraciones Públicas utilizarán las tecnologías de la información asegurando disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la confidencialidad y la conservación de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias (artículo 1 de la Ley 11/2007).

En 2013 se modificó el Reglamento del Dominio Público Hidráulico en materia de registro de aguas (Real Decreto 670/2013, BOE 21/9/2013). Se configuró así como un sistema electrónico para dejar constancia oficial de la existencia, estado y condiciones de los aprovechamientos de aguas, favorece la seguridad jurídica al constituir un medio de prueba y dispensar protección a los aprovechamientos en él inscritos, herramienta fundamental para elaborar las estadísticas de los recursos comprometidos legalmente, de ayuda en la gestión del dominio público hidráulico y en la planificación hidrológica, al permitir una adecuada estimación de las disponibilidades hidráulicas de las diferentes cuencas hidrográficas.

En 2016 se desarrolló la estructura informática del Registro de Aguas con carácter homogéneo para todos los organismos de cuenca (Orden AAA/1760/2016, BOE 8/11/2016).

Con arreglo a la citada modificación del Reglamento de Dominio Público Hidráulico se estableció como fecha límite para la adecuación del Registro de Aguas el 1 de enero de 2020 (disposición transitoria quinta).

8.2. Propuestas

Inmediata puesta en funcionamiento del Registro de Aguas y su difusión pública. El desarrollo avanzado en el que se encuentran los trabajos para la puesta en servicio del Registro de Aguas y la dimensión pública de información que implementará determinan la necesidad de su inmediata puesta en funcionamiento. El hecho de que inicialmente tenga un número limitado de registros no debe ser óbice para que entre en servicio y se ultime su funcionamiento con la experiencia de las consultas reales de la ciudadanía.

Conforme a lo expuesto más arriba sería necesario establecer módulos en el Registro de Aguas para implementar las siguientes funciones: a) acceso a geolocalización a través de un visor en línea (por ejemplo <https://sig.mapama.gob.es/snczi/visor.html?>); b) acceso telemático a los usuarios para que puedan realizar declaraciones sobre su uso del dominio público hidráulico; y c) control de cumplimiento de obligaciones sustantivas, formales y económicas de los usuarios.

- **Propuesta:** la transparencia y ampliación de funciones del Registro de Aguas:

Modifica: apartado 2 del artículo 80. Características del Registro de Aguas. [...] El Registro de Aguas tendrá carácter público, siendo accesible a la ciudadanía a través de la sede electrónica del Ministerio con competencias en la materia, pudiendo solicitarse las oportunas certificaciones sobre su contenido. El Registro de Aguas reflejará las características de los derechos inscritos, su geolocalización y su situación jurídica.

- **Propuesta:** la puesta en funcionamiento de las nuevas funcionalidades:

Añade: disposición transitoria. Las nuevas funcionalidades del Registro de Aguas se podrá en funcionamiento seis meses después la publicación de esta ley e irá incorporando progresivamente toda la información pertinente.