

Extra
2012

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

© Lex Nova 2012

Lex Nova, S.A.U.

Edificio Lex Nova
General Solchaga, 3. 47008 Valladolid
T +034 983 457038 · F +034 983 457224
E-mail: clientes@lexnova.es
www.lexnova.es

Impresión

Rodona Industria Gráfica, S.L.
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 Pamplona

Depósito Legal: VA. 777-1998

ISSN 1139-4951

Printed in Spain — Impreso en España

Dirección General

Daniel Tejada Benavides

Esta revista ha sido coordinada por Antonio Embid Irujo,
con la colaboración de Henar del Olmo y Jaime Barbero,
del Departamento de Producción Editorial de Lex Nova.

La Editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Esta revista no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, ni prestarse, alquilarse o cederse su uso de cualquier otra forma, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Lex Nova no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o invocación de la información contenida en esta publicación.

Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

Esta revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología, entre otros; por ello, se encuentra integrada en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos:



CARHUS PLUS



CSIC

Dialnet



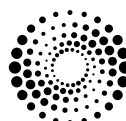
IN-RECJ



El texto de las resoluciones jurisprudenciales citadas o reproducidas en esta obra tiene como fuente los documentos oficiales distribuidos por el CENDOJ. Esta publicación se limita a transcribirlos total o parcialmente, respetando la literalidad y sentido de los documentos originales.

LA VERSIÓN ON LINE DE ESTA COLECCIÓN, QUE HA SIDO SELECCIONADA POR EL CGPJ PARA SU UTILIZACIÓN POR LOS MIEMBROS DE LA CARRERA JUDICIAL, PUEDE CONSULTARSE EN **PORTALJURIDICO.LEXNOVA.ES**

LEX NOVA



THOMSON REUTERS

DIRECTOR
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá

SECRETARÍA TÉCNICA
MARGARITA BELADIEZ ROJO

Universidad Complutense de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN
IÑAKI AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

JAVIER BARNÉS VÁZQUEZ
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva

ANTONIO EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid

JAVIER GARCÍA ROCA
Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad Complutense de Madrid

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
Magistrado del Tribunal Constitucional
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha

MANUEL REBOLLO PUIG
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

JOAQUÍN TORNOS MAS
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO
(de los artículos enviados)
ESTANISLAO ARANA

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

LUIS ARROYO
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha

XABIER ARZOZ
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

RAFAEL BUSTOS
Profesor Titular de Derecho Público. Universidad de Salamanca

MIGUEL CASINO
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III de Madrid

FEDERICO CASTILLO BLANCO
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada

EDORTA COBREROS
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

ELOY COLOM PIAZUELO
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ALFREDO GALÁN
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

ROBERTO GALÁN VIOQUE
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

AGUSTÍN GARCÍA URETA
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

FELIPE IGLESIAS
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

IÑAKI LASAGABASTER
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco

MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ
Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba

ORIO L MIR
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona

ENCARNACIÓN MONTOYA
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla

OCTAVIO SALAZAR
Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Córdoba

BEATRIZ SETUÁIN
Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

ÍNDICE GENERAL

Página

LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS Y SU RECEPCIÓN EN ESPAÑA (EL MODELO EUROPEO DE GESTIÓN DEL AGUA)

ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS Y SIGLAS	5
PRESENTACIÓN.	
<i>Antonio Embid Irujo</i>	9
DERECHO ESPAÑOL	
CUESTIONES INSTITUCIONALES: DEMARCACIONES Y CUENCAS HIDROGRÁFICAS, PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE RECUPERACIÓN DE COSTES.	
<i>Antonio Embid Irujo</i>	15
LA CONFIGURACIÓN PÚBLICA DE LAS AGUAS EN EL DERECHO EUROPEO DE AGUAS Y SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL.	
<i>Eloy Colom Piazuolo</i>	39
DERECHO CIVIL Y DIRECTIVA MARCO DE AGUAS. TERMINOLOGÍA Y DENOMINACIONES JURÍDICAS SOBRE AGUAS EN LA DIRECTIVA MARCO. COMPARACIÓN CON LAS DENOMINACIONES DE LA LEGISLACIÓN SECTORIAL DE AGUAS Y DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL.	
<i>María Martínez Martínez</i>	61
EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN CUALITATIVA DE LAS AGUAS SUPERFICIALES DERIVADO DE LA DMA. ASPECTOS FUNDAMENTALES Y REFLEJO EN EL DERECHO ESPAÑOL.	
<i>Beatriz Setuáin Mendía</i>	81
MODIFICACIONES ECONÓMICO-FINANCIERAS EN EL ÁMBITO DEL ABASTECIMIENTO.	
<i>Ismael Jiménez Compaired</i>	105
MODIFICACIONES ECONÓMICO-FINANCIERAS EN EL ÁMBITO DEL SANEAMIENTO.	
<i>Lucía M.ª Molinos Rubio</i>	127

ASPECTOS INSTITUCIONALES Y PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA EN LAS CUENCAS INTERNACIONALES QUE CONCIERNEN A ESPAÑA. TRANSFORMACIONES OPERADAS POR LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS.	
<i>Sergio Salinas Alcega</i>	145

OTROS DERECHOS

LA APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE AGUAS EN ALEMANIA.	
<i>Christian Pielow</i>	169
LA RECEPCIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS DE 2000 EN FRANCIA: UNA TRANSPOSICIÓN A TUERTAS Y A DERECHAS.	
<i>Jochen Sohnle</i>	193
LAS TRASFORMACIONES DE LOS DERECHOS DE AGUAS NACIONALES POR EL DERECHO EUROPEO DE AGUAS. LA SITUACIÓN EN ITALIA.	
<i>Manuel Bordini</i>	213
LA APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE AGUAS EN PORTUGAL.	
<i>Amparo Sereno</i>	237
LOS EFECTOS DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS 2006/60/CE AL DERECHO RUMANO.	
<i>Mircea Duțu</i>	259

JURISPRUDENCIA EUROPEA

LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS EN PAÍSES EUROPEOS DISTINTOS DE ESPAÑA.	
<i>Carmen Tirado Robles</i>	293

ABREVIATURAS, ACRÓNIMOS Y SIGLAS

ADC	Anuario de Derecho Civil.
AGE	Administración General del Estado.
AJDA	Actualité Juridique. Droit Administratif.
ANA	Autoridade Nacional da Água.
AP	Audiencia Provincial.
APA	Agência Portuguesa para o Ambiente, Água e Acção Climática.
ARH	Autoridade de Região Hidrográfica.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CA	Comunidad Autónoma.
Cass.	Corte di Cassazione.
CC	Código Civil español (1889).
CCAA	Comunidades Autónomas.
CCR	Comissão de Coordenação Regional.
CCDR	Comissão de Coordenação de Desenvolvimento Regional.
CE	Constitución Española (1978).
CGCT	Code général de collectivités territoriales.
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil.
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques.
CHE	Confederación Hidrográfica del Ebro.
CNA	Conselho Nacional da Água.
Corte Cost.	Corte Costituzionale.
Cost.	Costituzione.
CRH	Conselho de Região Hidrográfica.
DH	Demarcación Hidrográfica.
DDHH	Demarcaciones Hidrográficas.
DF	Disposición Final.
DGRM	Direção-Geral de Recursos Naturais, Segurança e Serviços Marítimos.
Dlgs	Decreto legislativo.
DMEM	Directiva Marco de Estrategia Marina.

DMA	Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, modificada por la Decisión núm. 2455/2001/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2001, por la que se aprueba la lista de sustancias prioritarias en el ámbito de la política de aguas, y por la que se modifica la Directiva 2000/60/CE, y por la Directiva 2008/32/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.
DPC	Revista Derecho Privado y Constitución.
DPCM	Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.
DPR	Decreto del Presidente della Repubblica.
DREAL	Direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement
DT	Disposición Transitoria.
EA	Estatuto de Autonomía o Estatuto de Autonomía de Andalucía (2007).
EAr	Estatuto de Autonomía de Aragón (2007).
EC	Estatuto de Autonomía de Cataluña (2006).
ECL	Estatuto de Autonomía de Castilla y León (2007).
ECV	Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (2006).
EEAA	Estatutos de Autonomía.
INAG	Instituto da Água.
IPPC	Prevención y control integrados de la contaminación o Panel Internacional sobre el Cambio Climático.
JA	Justicia Administrativa.
JORF	Journal Officiel de la République Française.
L	Legge.
LA	Lei da Água de 2005 (portuguesa).
LBA	Libro Blanco del Agua (1998).
LAg.	Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.
LCo.	Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (1998).
LO	Ley Orgánica.
LT	Lei da Titularidade (2005).
MAOTDR	Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Desenvolvimento Regional.
MAPDR	Ministério da Agricultura das Pescas e Desenvolvimento Rural.
MAMAOT	Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território.
NCCR	Nuevo Código Civil Rumano (2011).
ONEMA	Office national de l'eau et des milieux aquatiques.

OOCC	Organismos de Cuenca.
OOMM	Órdenes Ministeriales.
OT	Ordenación del Territorio.
PGDHD	Plan de Gestión de la Demarcación Hidrográfica del Danubio.
PHN	Plan Hidrológico Nacional.
PPHH	Planes Hidrológicos de Cuenca.
RADA	Revista Aranzadi de Derecho Ambiental.
RAP	Revista de Administración Pública.
RAPA	Real Decreto 927/1988, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica.
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RD	Real Decreto.
R.D.	Regio Decreto.
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
RDI	Real Decreto-ley.
RDleg	Real Decreto Legislativo.
RDPH	Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.
RPH	Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica.
SAGE	Schéma d'aménagement et de gestion de l'eau.
SDAGE	Schéma directeur d'aménagement et de gestion de l'eau.
SS.UU.	Sezioni Unite.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TAR	Tribunale Amministrativo Regionale.
TC	Tribunal Constitucional.
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLA	Texto Refundido de la Ley de Aguas (2001).
TS	Tribunal Supremo.
TSAP	Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche.
T.U.	Testo Unico.
Tuel	Testo Unico degli enti locali.
UE	Unión Europea.

PRESENTACIÓN

Los trabajos que se incluyen en este número especial de la revista *Justicia Administrativa* son el resultado de un proyecto de investigación otorgado en 2009 por el entonces llamado Ministerio de Ciencia e Innovación⁽¹⁾. El proyecto se proponía comprobar el estado de la política de aguas en Europa, teniendo en cuenta que a su conclusión la DMA llevaría ya doce años de vigencia (entró en vigor el 22 de diciembre de 2000), tiempo más que suficiente para permitir la formulación de un juicio consistente, pues durante dichos años —sobre todo los propios de la realización del proyecto, 2010-2012— se habrían sobrepasado los plazos para realizar por los Estados miembros determinados compromisos fundamentales, como aprobar la planificación hidrológica de cuenca con ámbito de DH, poner en marcha el principio —y las excepciones— de recuperación de costes de los servicios proporcionados por el agua y otros más. Igualmente el proyecto se proponía estudiar la expansión, a países distintos de la UE, de rasgos del modelo comunitario de gestión del agua.

Estamos, por tanto, ante la presentación ordenada de los resultados de una actividad sistemática y coordinada de investigación. De esa forma, en los trabajos incluidos en este volumen hay varias partes y objetivos a distinguir: por un lado y como componente básico, se atiende a la recepción y práctica en el ordenamiento jurídico español de la DMA. En segundo lugar, se estudia, por profesores procedentes de diversas Universidades europeas, su recepción y aplicación en cinco Estados miembros significados (Alemania, Francia, Italia, Portugal y Rumanía). Finalmente, se presta atención a la jurisprudencia del TJUE recaída, sobre todo, en recursos de incumplimiento interpuestos por la Comisión Europea contra retrasos en la transposición de la DMA o deficientes aplicaciones de ella a juicio de la Comisión y, regularmente, también del TJUE⁽²⁾.

Es en este último aspecto en el que querría reparar, en primer lugar, en esta breve presentación del volumen. No ha sido ni está siendo nada fácil la recepción y, sobre todo, la aplicación de la DMA por los Estados miembros de la UE. El amplio número de Sentencias del TJUE recaídas en este ámbito, y su unanimidad en el reconocimiento de defectuosas prácticas de los Estados miembros, así lo demuestran sin ninguna duda. Y sabemos, además, por el conocimiento de distintos dictámenes motivados dirigidos a variados países

(1) El título era: «Política del Agua en Europa: transformaciones institucionales, jurídicas y económicas derivadas de la implantación de la Directiva Marco de Aguas. Expansión del modelo comunitario de gestión del agua», otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Referencia DER 2009-09073. Los investigadores encargados de llevar a cabo el proyecto son miembros del Grupo consolidado de investigación reconocido por el Gobierno de Aragón AGUDEMA (Agua, Derecho y Medio Ambiente) y autores de los trabajos incluidos en este volumen.

(2) Hay que indicar que los trabajos fueron presentados y debatidos en un seminario celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 25 y 26 de octubre de 2012. Seminario en el que estuvieron presentes los autores de todos los trabajos y otros miembros del Grupo de investigación, y que permitió un fluido e interesantísimo intercambio de opiniones y experiencias sobre la política global de aguas en Europa.

(en algunos artículos de este volumen se hace mención a ellos) y que, en algunos casos, han avanzado un punto, pues ya se han formulado por la Comisión Europea en los correspondientes procedimientos recursos por incumplimiento, que esta tónica va a continuar, pudiéndose prever, por tanto, nuevas sentencias del TJUE para el próximo futuro.

Esto es bastante sorprendente porque la situación actual no se corresponde, ni mucho menos, con las opiniones que con ocasión de la entrada en vigor de la DMA se escuchaban en España y también en otros países, expresadas tanto por políticos y funcionarios como por expertos en recursos hídricos desde distintas perspectivas sectoriales. Era, así, moneda de curso común entre nosotros la consistente en indicar que la DMA se aplicaría en España sin excesivos problemas porque bastantes de sus contenidos ya se correspondían con la tradición del derecho español (gestión por cuencas —aunque aquí con la incógnita de la nueva división de las Demarcaciones o Distritos hidrográficos, según la terminología utilizada en distintos países—, planificación hidrológica, costumbre de un cierto pago por la utilización del agua, etc...). Y en relación a otros países se subrayaba la importancia de la influencia de la Europa del Norte en la confección de ciertas obligaciones presentes en la DMA, por ejemplo en relación a la calidad de las aguas.

La realidad está demostrando que esos pronósticos optimistas no se corresponden con lo que está sucediendo como regla general. Porque no está siendo nada fácil la implementación de la DMA e, insisto, las Sentencias del TJUE son una prueba de ello, aunque solamente indiciaria. Una cuestión posterior, y más sofisticada de observar, sería la de estudiar cómo se ha recibido en los derechos internos la DMA, en concreto, y cómo ella ha cooperado a modificar sustancialmente, o no, los derechos de aguas de los respectivos Estados. Los estudios que se contienen en este volumen presentan una curiosa unanimidad en la consideración de que la transposición no ha llevado consigo tal transformación de los derechos internos, ni formal ni mucho menos material. Se ha sido bastante temeroso a la hora de la incorporación de la DMA y los efectos del texto europeo no se han dado, al menos con la intensidad que se preveía.

Pero, además de eso, la observación de todos los trabajos incluidos en este volumen muestra también que uno de los elementos imprescindibles para la aplicación práctica de la DMA, como es la elaboración y aprobación de los planes hidrológicos de cuenca, presenta unos retrasos muy sustantivos en la mayor parte de los países, ámbito en el que también sucesivas sentencias del TJUE lo vienen constatando, entre ellas la reciente de 4 de octubre de 2012 relativa a España. Si estos planes parecen imprescindibles para la consecución de los objetivos ambientales presentes en la DMA, preguntarse acerca de lo que pasará con la llegada del gran plazo presente en esta (el 22 de diciembre de 2015) induce a concluir en una opinión bastante desesperanzadora, pero no quiero anticipar opiniones ni jugar a profeta, pues me faltan cualidades básicas para ello y, además, la formulación de augurios en este ámbito sirve de bien poco.

En lo que sí se puede estar completamente de acuerdo —y lo están los distintos trabajos incluidos en este volumen— es en el juicio enteramente positivo que debe expresarse en relación a los contenidos de la DMA, con independencia del mayor o menor acierto en su recogida técnica. El contenido de la DMA conecta claramente con lo que deben ser preocupaciones evidentes de una política de aguas del siglo XXI, momento temporal en el que la crisis hídrica vinculada a la propia dinámica de la evolución de la tradicional política de

aguas y el crecimiento demográfico globalmente disparatado nos conduce a interrogaciones muy serias sobre el futuro acceso —general, con independencia de benditas excepciones puntuales— a un agua de calidad y suficiente para cubrir las distintas necesidades de las sociedades. Por no hablar de las consecuencias del evidente cambio climático sobre los recursos hídricos, todavía no completamente investigadas al nivel del impacto en las distintas regiones geográficas. La DMA expresa correctamente lo que deben ser los principios de la política hídrica del siglo XXI, y responsabilidad de los Estados es su correcta lectura e implementación. Es claramente advertible en estos momentos, sin embargo, que Europa no está pasando por su mejor fase en la realización de políticas ambientales, y la crisis económica está contribuyendo a diluir lo mejor de los impulsos que solo hace pocos años recorrían el viejo y complejo mapa europeo en esa dirección. Eso parece tener también un impacto en las políticas hídricas amparadas por la DMA.

Distintas actuaciones se han realizado por el Grupo de investigadores⁽³⁾ en relación a otro de los objetivos del proyecto, la expansión del modelo comunitario de gestión del agua, pero la explicación de los pasos dados en esa dirección y la presentación de los resultados conseguidos debe quedar necesariamente para mejor ocasión.

En Zaragoza, a 4 de noviembre de 2012

ANTONIO EMBID IRUJO

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza
Investigador principal del proyecto DER 2009-09073

(3) Me parece procedente resaltar aquí expresamente lo que todo lector podrá advertir en los créditos de cada artículo: el carácter interdisciplinar del equipo investigador. Sobre la base de la común dedicación jurídica, las distintas especializaciones (derecho administrativo, financiero y tributario, civil, internacional) son garantía imprescindible de poder estudiar, desde todos los ángulos posibles y con provecho, el poliédrico documento que representa la DMA y, en general, la mayor parte de los textos jurídicos de relevancia hoy en día. Sobre todo en el ámbito específico del derecho de aguas.

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

DERECHO ESPAÑOL

CUESTIONES INSTITUCIONALES: DEMARCACIÓN Y CUENCA HIDROGRÁFICAS, PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE RECUPERACIÓN DE COSTES^(*)

ANTONIO EMBID IRUJO

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

Cuestiones institucionales: demarcación y cuenca hidrográficas, planificación hidrológica y su relación con el principio de recuperación de costes

En el trabajo se estudia la difícil adaptación del derecho español a la Directiva Marco de Aguas en lo relativo a las estructuras de gestión (demarcaciones hidrográficas), en función del reparto competencial interno entre Estado y Comunidades Autónomas sobre aguas. Se constata la importancia de la planificación hidrológica y las dificultades de la aprobación de la mayor parte de los Planes Hidrológicos a la Directiva. Finalmente se estudian los cambios existentes en relación a la forma de aprobar las excepciones al principio de recuperación de costes de los servicios proporcionados por el agua.

Palabras clave: Cuencas hidrográficas; Demarcaciones hidrográficas; Planificación hidrológica; Recuperación de costes.

ABSTRACT

Institutional matters: Demarcations and hydrographical basins, hydrological planning and its connection with the principle of costs recovery

The work studies the difficult adaptation of the Spanish law to the Water Framework Directive (DMA) regarding the management organization (hydrographical demarcations) depending on the internal distribution of competences between the Central Government and the Autonomous Communities on water matters. It is confirmed the importance of the hydrological planning and the difficulties of the approval of most of the hydrological plans to the Regulation. Finally it is studied the existent changes relating to the way of approving the exceptions at the beginning of the recovery of costs of those services provided by water.

Key words: Hydrographical basins; Hydrographical demarcations; Hydrological planning; Recovery of costs.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN GENERAL.
- II. LA MUY DIFÍCIL COMBINACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE AGUAS Y DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN LA ARDUA CUESTIÓN DE DELIMITAR DEMARCACIONES Y ESTABLECER COMPETENCIAS SOBRE CUENCAS HIDROGRÁFICAS.

(*) Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Política del agua en Europa: transformaciones institucionales, jurídicas y económicas derivadas de la implantación de la Directiva Marco de Aguas. Expansión del modelo comunitario de gestión del agua» (Ref. DER2009-09073).

1. **La fragmentación en la gestión de las cuencas del Guadalquivir y del Duero. El Derecho europeo no opera en las decisiones del Tribunal Constitucional.**
2. **La crítica del Tribunal De Justicia de la Unión Europea a la forma de delimitación de algunas DDHH y a la designación de autoridades competentes. El surgimiento de las DDHH «mixtas» y la apelación a la coordinación en su gestión.**
3. **Una desautorización de todo lo anterior en la Sentencia Del Tribunal Constitucional 149/2012: no pueden incluirse cuencas de competencia de las Comunidades Autónomas en las DDHH de competencia del Estado.**
4. **Una solución, que no propuesta: la reforma de los Estatutos de Autonomía para suprimir la competencia de las Comunidades Autónomas sobre sus cuencas internas.**

III. LAS DIFICULTADES EN LA REALIZACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA. LA PROXIMIDAD DE LA FECHA DE CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS AMBIENTALES Y EL PAPEL CAPITAL, PARA ELLO, DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA.

IV. LA DIFÍCIL ARTICULACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPERCUSIÓN DE COSTES DE LOS SERVICIOS DEL AGUA. DEL PLAN HIDROLÓGICO (NORMA) AL ACTO ADMINISTRATIVO, PERO SIN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES. EL VALOR, EN TODO CASO, DE LA TRANSPARENCIA.

V. ANEXO BIBLIOGRÁFICO Y DOCUMENTAL.

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

El título de este trabajo es un agregado de menciones conectadas con la palabra «institucional». Palabra de perfiles difusos pero que en este momento voy a entender referida a cuestiones organizativas (administrativas, podría decirse) esenciales para la gestión del agua y que tienen un apoyo o sustento cierto en el derecho europeo, singularmente en la DMA. Trataré, así, de la delimitación de las DDHH, el nuevo concepto presente en la DMA, y que ha resultado ser de tan dificultosa implantación en España. Y paralelamente a él, habrán de mezclarse necesariamente aspectos de derecho interno español, como la gestión de las cuencas hidrográficas, ámbito en el que han existido —y existen— problemas sustanciales, que han llevado a la intervención del TC, el cual ha dictado ya una serie de sentencias desde la óptica, fundamentalmente, del reparto competencial sobre estas entre Estado y CCAA. Otra vez y en este caso habrá de notarse la relación —cuando exista— entre el derecho interno y la DMA, que, anticipo ya, será bastante difícil de articular, casi imposible por los continuos vaivenes que la situación presenta.

La siguiente cuestión en ser tratada será la de la planificación hidrológica. Y ello por ser una técnica fundamental para que puedan alcanzarse los objetivos ambientales según la DMA, y no digamos nada en el plano interno español, cuando desde la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, se afirma (*vid.* su artículo 1.º 4 con idéntico contenido en el TRLA) que a la planificación hidrológica debe subordinarse toda actuación en el dominio público

hidráulico⁽¹⁾. Y habría que añadir, además, y sin ningún problema conceptual, que también la utilización de las aguas privadas tiene que ser conforme con la planificación hidrológica y la consecución de los objetivos ambientales. Nada en las aguas continentales⁽²⁾ (incluyendo los ecosistemas acuáticos) está fuera del ámbito que debe considerar la planificación hidrológica⁽³⁾.

Por cierto que los dos puntos que he mencionado hasta ahora como objeto de tratamiento tienen la característica común de haber merecido sentencias condenatorias para la práctica (o ausencia de práctica) española, por parte del TJUE. En los apartados que siguen habrá ocasión de mencionar esas sentencias y el sentido de sus fallos, pero ahora basta con este apunte mediante el que, por otra parte, se están resaltando las múltiples dificultades que por distintos motivos tiene la implantación de la DMA en España y, por supuesto, también en otros países europeos⁽⁴⁾. Finalmente, y como un apéndice del tratamiento de la planificación hidrológica, trataré ligeramente algunos aspectos económicos de la gestión del agua desde el punto de vista de la recuperación de costes de los servicios proporcionados por el agua, sobre todo teniendo en cuenta las modificaciones operadas en esta cuestión por el Real Decreto-Ley 17/2012.

Debo advertir que el carácter limitado que tienen estas páginas determina inexorablemente aspectos de la metodología a seguir. Por ello no voy a intentar construir una historia pormenorizada de la compleja problemática del reparto competencial sobre las aguas en España, narración que debería comenzar con el indeterminado planteamiento del artículo 149.1.22 de la CE y llegar hasta este mismo momento. Más bien lo que únicamente me interesa es resaltar las conexiones que puedan establecerse con lo previsto en el derecho europeo y, en su caso, con lo que se desprende de la jurisprudencia del TJUE. Y todo ello referido, además, a lo acontecido en los últimos años, prácticamente durante la vigencia del proyecto de investigación cuyo resultado final está constituido por el conjunto de artículos incluidos en este número especial de la revista *Justicia Administrativa*, sin necesidad de ir más atrás en el tiempo. Para cubrir esa omisión remito a la profusa literatura jurídica —propia y ajena— existente sobre el particular.

Ello permite justificar, también, la limitación en las remisiones bibliográficas expresas, que van a estar referidas, casi exclusivamente, a trabajos aparecidos en los últimos años y en los que se trate el estricto círculo de las cuestiones que interesan ahora. Esto no supone

(1) Sobre la planificación hidrológica originalmente EMBID IRUJO (1991), resaltando su naturaleza jurídica normativa, que es el rasgo singular —y decisivo— de la planificación hidrológica en el derecho español. Más tarde, entre otros, FANLO LORAS (2006), ya con referencias a la DMA.

(2) Y también en las de transición y costeras, con los correspondientes conceptos recogidos en la DMA y en el TRLA.

(3) Lo que incluye a las aguas privadas. Esta idea ya en EMBID IRUJO (1991: p. 194, entre otras). La DMA no se plantea, siquiera, el tema de la propiedad de las aguas, con la misma omisión con la que, en general, el derecho europeo pasa por alto las cuestiones de propiedad desde los mismos tratados fundacionales (y *vid.* ahora el artículo 345 del TFUE, que taxativamente expresa que «Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros»). El buen estado de las aguas —el gran objetivo de la DMA— debe conseguirse en relación a todas las aguas, sean de titularidad pública o privada, cuestión que depende de los derechos internos de cada país y es indiferente a los ojos de la DMA.

(4) Los pronunciamientos condenatorios no son exclusivos, ni mucho menos, de nuestro país. *Vid.* el trabajo de TIRADO ROBLES en este mismo volumen.

desconocimiento ni, mucho menos, menosprecio de los valiosos estudios publicados sobre la recepción y problemas de aplicación del derecho europeo en España, sino que es, solamente, la consecuencia lógica de la premisa metodológica señalada.

II. LA MUY DIFÍCIL COMBINACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE AGUAS Y DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN LA ARDUA CUESTIÓN DE DELIMITAR DEMARCACIONES Y ESTABLECER COMPETENCIAS SOBRE CUENCAS HIDROGRÁFICAS

La cuenca hidrográfica, desde su aparición normativa en España en 1926, configurada entonces solamente como ámbito territorial de la planificación y gestión de las obras hidráulicas, para, más adelante, ser también sede territorial para la gestión del agua (proceso singularmente consolidado a partir de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y su ratificación por la STC 227/1988), está igualmente presente en la DMA, cuya definición pasa al TRLA —aunque no con términos exactos— con motivo de la transposición en 2003 de dicha DMA a nuestro derecho (artículo 16 del TRLA). En ese momento se introduce en el TRLA también el concepto de DH, aquí sí con correspondencia con lo previsto en la DMA, y cuya referencia territorial en relación a la de la cuenca es más amplia, por la inclusión en ella de las aguas costeras y las de transición, cuyas definiciones en la DMA también se incorporan al TRLA (artículo 16 bis del TRLA).

Pues bien, la introducción del concepto de DH tal y como lo configura la DMA ha tenido singulares dificultades en el derecho español, causadas, sobre todo, por las exigencias internas del reparto competencial sobre las aguas (presente en CE y EEAA). Además de otras razones, la reforma de algunos EEAA iniciada en 2006 (con los ECV y EC), y con otros textos en los años posteriores, ha acrecentado las dificultades como consecuencia de la decisión de algunos de ellos (EA y ECL) de otorgar competencias a sus CCAA sobre partes muy relevantes de las cuencas hidrográficas del Guadalquivir (EA) y del Duero (ECL). De todas formas, y aun corregida esa tendencia por el TC, que la desautoriza desde parámetros constitucionales (con la reiteración de la lectura interpretativa realizada por la STC 227/1988 del indeterminado artículo 149.1.22 de la CE que se refiere, como competencia del Estado, a las «aguas [que] discurren por más de una Comunidad Autónoma»), las dificultades no desaparecen, pues la articulación coherente de lo que dice la DMA y lo que se deduce de las normas relevantes del derecho español (CE y EEAA) resulta casi imposible de realizar en algunos casos, en concreto cuando se trata de articular las cuencas de competencia autonómica con las DDHH de competencia estatal en las que dichas cuencas pretenden incluirse. La constante apelación a los Tribunales (el TC, pero también el TS) muestra tanto la insatisfacción que producen las respuestas normativas que se dan a la situación aquí descrita como que el tema sigue abierto en el derecho español⁽⁵⁾.

(5) Creo que este hecho es una prueba evidente —una más— de que no ha existido influencia española —al menos en la medida en que algunos autores han indicado— en la configuración de la DMA. Tiene completa razón SERENO (2012: pp. 156-157, entre otras) cuando habla de esa falta de influencia, pese a la tradición española —evidente— de una forma determinada de configurar la Administración hídrica que luego ha tenido y tiene tantísimas dificultades en adaptarse a las prescripciones de la DMA.

En las páginas que siguen voy a tratar con algo más de detenimiento las principales referencias normativas y jurisprudenciales con las limitaciones metodológicas antes indicadas. El objetivo, al margen de describir una compleja realidad, es mostrar cómo las heridas (jurídicas) siguen abiertas y parecen muy difíciles de cerrar (en el ámbito de lo jurídico, insisto) si no se adoptan planteamientos radicales, cuestión que es de pura opción política y sobre la que dudo que se vaya a seguir la solución —que no propuesta— a la que aquí se llegará. Es más que previsible que la situación (insatisfactoria) actual continúe prolongándose en el tiempo y que, por ello, la polémica perviva indefinidamente, al menos según lo observado en los pasados años. Todo eso no debería preocupar excesivamente si estas cuestiones adjetivas al derecho de aguas (o sea, no sustantivas) no fueran —como creo que ha podido suceder— el pretexto para retrasar la adopción de las medidas más adecuadas (eso sí que es el ámbito de lo sustantivo, y por tanto lo de máximo interés para el derecho de aguas) para enfrentar una auténtica crisis de recursos hídricos que se desarrolla al par de las exigencias de alcanzar los objetivos ambientales de la DMA y en el contexto de un cambio climático innegable con la correspondiente afección a la cantidad y a la calidad de los recursos hídricos⁽⁶⁾.

Técnica
fundamental
para que puedan
alcanzarse
los objetivos
ambientales según
la DMA.

1. La fragmentación en la gestión de las cuencas del Guadalquivir y del Duero. El Derecho europeo no opera en las decisiones del Tribunal Constitucional

He mencionado en las líneas que anteceden distintos acontecimientos y problemas relativos al reparto competencial entre Estado y CCAA. Ahora debo decir, además, que el TC, en sus Sentencias 30 y 32/2011, relativas, respectivamente, a los EA y ECL, declaró inconstitucionales y nulos los preceptos de ambos EEAA, que atribúan competencias a sus CCAA sobre fragmentos de las cuencas del Duero y del Guadalquivir⁽⁷⁾. Ello suponía una reiteración de la ya mencionada interpretación del artículo 149.1.22 de la CE presente en la STC 227/1988, donde el TC

(6) La problemática de la relación entre cambio climático y recursos hídricos desde el punto de vista jurídico puede seguirse en la bibliografía española en GONZÁLEZ RÍOS (2009) y EMBID IRUJO (2010). También está incorporada al RPH y a la IPH, con un planteamiento que vincula a los Planes hidrológicos de las cuencas intercomunitarias obligándoles a partir en sus propuestas de una cuantía de recursos hídricos menor que las cifras hasta ahora dadas por buenas y con reducciones diversas en porcentaje según las distintas cuencas. Ello se corresponde con los planteamientos más avanzados —pero todavía no decisivos desde el punto de vista científico— presentes en distintos documentos del IPPC, como los que en la bibliografía de este trabajo pueden encontrarse (2008 y 2009). En general y entre nosotros, el estudio técnico de referencia es el dirigido por MORENO RODRÍGUEZ (2005), de gran calidad y muy temprano, temporalmente hablando, para el debate que por esas fechas se estaba abriendo por doquier. Para más referencias tanto en el ámbito de lo jurídico como en el técnico, y con planteamientos *iusinternacionalistas*, como de derecho europeo y doctrinales, remito a mi trabajo citado en esta nota.

(7) Fragmentos casi totales en el caso de Castilla y León y muy mayoritarios en el caso de Andalucía, tanto en porcentajes de superficie como de población, así como de actividad económica en relación a las respectivas cuencas.

advertía, también, de que la identificación de las aguas que discurrían por más de (o solo por) una Comunidad Autónoma con la cuenca hidrográfica estaba basada en criterios técnicos, lógicos y de experiencia, pero no era la única posible constitucionalmente hablando⁽⁸⁾. Es claro que la que alcanzaron casi veinte años después los EA y ECL no constituía otra de las posibles según el TC, y de ahí el pronunciamiento anulatorio de los respectivos preceptos. En el fondo la doctrina de las SSTC mencionadas equivale a concluir que el criterio de la cuenca hidrográfica como base para el reparto competencial sobre las aguas se deriva de la CE (y hasta puede ser el criterio único, me atrevería a decir tras esta insistencia del TC y pese a lo mencionado en nota anterior con referencia a las palabras del propio TC), con lo que, entonces, la CE de 1978 sería la primera del mundo —según mis conocimientos y en virtud de la interpretación del TC— donde, como resultado de la interpretación jurídica practicada, se encontraría plasmada la cuenca hidrográfica como base territorial de la gestión de las aguas, hecho resaltante ya de por sí, pero mucho más si se tiene en cuenta que opera en un Estado cuya Constitución se fundamenta en la descentralización político-territorial⁽⁹⁾.

Desde la específica perspectiva de este trabajo, en la que se relaciona el derecho europeo (la DMA) con el derecho interno español, debo añadir a todo lo anterior que en las SSTC 30 y 32/2011 la DMA y sus referencias a la cuenca o a la DH no son clave de la *ratio*

(8) La referencia a que no estamos ante la única interpretación constitucionalmente viable sigue apareciendo en la última jurisprudencia constitucional citada. *Vid.*, así, el FD 6.º de la STC 30/2011, en cuyas primeras líneas se dice que «nuestro punto de partida ha de ser necesariamente el integrado por las consideraciones fundamentales de la STC 227/1988, ratificada por las SSTC 161/1996, de 17 de octubre, y 11/1998, de 13 de enero, que ahora nos llevan a concluir que *aunque el criterio de la cuenca hidrográfica no sea el único constitucionalmente viable en el marco del artículo 149.1.22 CE*, sí ha de declararse que no le es dado al legislador estatal concretar las competencias del Estado en esta materia mediante una fragmentación de la gestión de las aguas intercomunitarias de cada curso fluvial y sus afluentes» (la cursiva es mía).

(9) El criterio del TC en las Sentencias mencionadas puede verse anticipado en mi trabajo de 2007 (pp. 34 y ss.), el primero dedicado a analizar conjuntamente las prescripciones sobre agua en los distintos EEAA, que comienzan a reformarse en 2006, y donde indicaba que, a no ser que el TC cambiara su interpretación, la doctrina establecida en la STC 227/1988 predeterminaba lo que ocurriría, lo que no quería decir que, de *lege ferenda* y partiendo en todo caso de la competencia del Estado sobre las cuencas intercomunitarias, no debiera aspirarse a otra forma de organización de la gestión de las aguas en la que la posición de las CCAA estuviera mucho más reforzada que la que existía en el momento en que redactaba esas páginas. Lo que manifesté entonces (en muchas ocasiones sobre proyectos de EEAA en tramitación y todavía no aprobados) sigo sosteniéndolo sin ningún matiz ahora, pues ha sido confirmado por la profusa jurisprudencia del TC relativa a problemas no solo de los EEAA de Andalucía y Castilla y León, sino también de la Comunidad Valenciana, de Cataluña y de Aragón, EEAA que también se analizaban en el texto (así como el proyecto de Castilla-La Mancha que no llegó a ser aprobado definitivamente), siendo indiferentes a los objetivos de este trabajo la fecha de las respectivas SSTC. *Vid.* también sobre el tema entre la literatura relevante a FANLO LORAS (2007), LÓPEZ MENUDO (2009), DE MARCOS FERNÁNDEZ (2010), MELLADO RUIZ (2010), GALLEGÓ CÓRCOLES (2011), MELGAREJO y MOLINA GIMÉNEZ (2012) y SERENO (2012). La STC 30/2011 (y también la 32/2011) ha sido objeto de bastantes comentarios, favorables y también críticos. Entre los últimos resalto aquí el de BALAGUER CALLEJÓN (2011). Por último, y en relación a las menciones que he realizado en el texto, debo añadir que ningún país federal o de estructura descentralizada políticamente basa exclusivamente en la cuenca hidrográfica el reparto competencial sobre la gestión de las aguas entre la «Federación» y los «Estados federados» (digámoslo así genéricamente), y ello pese a las numerosas recomendaciones en ese sentido de la literatura especializada. Eso es claramente advertible en lo que hace referencia a la República Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos etc... tal y como se resaltan en los diferentes trabajos de reputados especialistas de esos Estados incluidos en EMBID IRUJO (dir.) (2009 b); *vid.* un resumen de las distintas situaciones de esos Estados junto con apuntes sobre todo ello en mi «Introducción» a dicho libro.

decidendi. La DMA aparece citada, sí, pero solo para decir que la definición de cuenca del TRLA se hace «en coincidencia» con lo que establece la DMA, cosa que es incierta⁽¹⁰⁾.

2. La crítica del Tribunal De Justicia de la Unión Europea a la forma de delimitación de algunas DDHH y a la designación de autoridades competentes. El surgimiento de las DDHH «mixtas» y la apelación a la coordinación en su gestión

Pero si la DMA no ha sido elemento determinante en la jurisprudencia que acabo de mencionar, sí que ha operado de esa forma, obviamente, en la intervención del TJUE sobre la aplicación del concepto de la DH en España. Igualmente la DMA es utilizada profusamente por las Sentencias del TS de 22 y 27 de septiembre de 2011, mediante las cuales, y aun con distinta perspectiva, se llega a un resultado con el que se legitima la inserción de las cuencas intracomunitarias valencianas y murcianas —provisionalmente, bien es verdad— en las DDHH del Júcar y del Segura (de competencia del Estado, por referirse a cuencas intercomunitarias).

La Sentencia del TJUE mencionada es la de 7 de mayo de 2009, Asunto C-516/07, Comisión/Reino de España. En ella el TJUE establece el incumplimiento español de las obligaciones que regula la DMA en cuanto a la no designación de las autoridades competentes en lo que afecta a las CCAA de Galicia, del País Vasco, de Andalucía, de Baleares y de Canarias, pero ello va estrictamente vinculado a la ausencia de delimitación de las correspondientes DDHH. Y ello porque esta y la designación de las autoridades competentes «no pueden disociarse» (*vid.* punto 32 de la sentencia).

Se lee en esta sentencia que la defensa de España se basa en que las autoridades existentes y competentes lo son por cuanto ejercen sus competencias sobre «cuencas hidrográficas», y lo que el TJUE reprocha es que, según la DMA, las autoridades deben ejercer las competencias sobre las «DDHH», lo que es bien distinto⁽¹¹⁾.

Y volviendo a la DMA lo que debemos notar es que la cuenca hidrográfica es en ella una referencia puramente territorial. Así, el artículo 2.º13 la define como «la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y, eventualmente, lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta». Mientras que, al contrario, la DH suma en la DMA a una descripción territorial («la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas») la referencia capital a que es la «principal unidad a

(10) *Cfr.* los FFJJ 5.º de las dos SSTC 30 y 32/2011, idénticas en sus referencias a la DMA. En todo caso, no es completamente cierta tal coincidencia, puesto que el TRLA habla de la cuenca como unidad de gestión, y la gestión, como luego precisaré, no aparece para nada en la definición de la DMA sobre la cuenca hidrográfica, sino que en ella la gestión es referida solo a la DH.

(11) Una de las consecuencias de la Sentencia fue que no era posible considerar que la DH del Norte (*vid.* artículo 3.º 2 del RD 125/2007, de 2 de febrero, que luego cito en el texto) incluyera el conjunto de cuencas que mencionaba con exclusión de las internas del País Vasco [*cfr.* el magnífico estudio de SERENO, (2012): pp. 174 y ss. especialmente, con gráficos que demuestran el error hasta ese momento cometido], por lo que el RD 29/2011, de 14 de enero, modificó el citado 125/2007, para subdividir la demarcación del Norte en la DH del Cantábrico Occidental y en la DH del Cantábrico Oriental, que incluía las cuencas del País Vasco. Luego vuelvo a este texto comentando su artículo 1.º 4.

efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas» (artículo 2.º15 de la DMA). Sin embargo, cuando ello se ha transpuesto al derecho español la palabra «gestión» ha aparecido en lo relativo tanto a las cuencas hidrográficas como a las DDHH⁽¹²⁾. El artículo 16 del TRLA, tras la definición de cuenca, añade que «La cuenca hidrográfica como *unidad de gestión* del recurso se considera indivisible». Y el artículo 16.bis 4 del TRLA, después de que en los apartados anteriores se hayan llevado a cabo las definiciones de demarcación, aguas de transición, aguas costeras etc..., precisa que «la DH, como *principal unidad a efectos de la gestión de cuencas...*»⁽¹³⁾. Es claro, entonces, que la DMA hace residir la gestión de las aguas (de las cuencas) solo en las DDHH, mientras que el TRLA configura dos unidades de gestión aunque, en la realidad, la gestión de las DDHH (estatales) es bien lábil, puesto que el Comité de Autoridades Competentes (que es el órgano de gestión de las DDHH estatales *ex* artículo 36 bis del TRLA) solo tiene atribuidas competencias de informe o consultivas, llevándose a cabo la gestión real a través de los Organismos de cuenca (estatales o autonómicos, en función del carácter de las cuencas y resaltando, otra vez, que el Comité de Autoridades competentes solo se crea en las demarcaciones estatales) y de las autoridades competentes (autonómicas) sobre algunos aspectos de las aguas costeras y de transición (vertidos, por ejemplo)⁽¹⁴⁾.

Es por ello que la diferencia entre cuencas y DDHH no reside solamente en que las últimas sean, territorialmente, las cuencas hidrográficas (tradicionales) sumadas las aguas costeras, las de transición y las subterráneas asociadas. Las diferencias pueden ser mucho mayores (territorial pero también cualitativamente hablando) y, por ello, es perfectamente lógico y comprensible, en principio, que las DDHH puedan agrupar a varias cuencas hidrográficas vecinas tal y como establecen la DMA y el TRLA en los textos *supra* reproducidos, lo que no supone, también en principio, indicar nada en relación a la dependencia jurídico-competencial de las cuencas integradas en las DDHH.

Acudiendo, entonces, al caso concreto objeto de fuerte polémica política y jurídica —el supuesto de las cuencas intracomunitarias valencianas y murcianas—, puede parecer contrario al texto de la DMA que dichas cuencas —intracomunitarias por pertenecer a la competencia de las CCAA y no del Estado— no se incluyeran originalmente en el RD 125/2007, que procedía a la delimitación de las DDHH del Júcar y del Segura (entre otras de la competencia estatal). Más exactamente: no se incluyeron las valencianas, siguiendo

(12) Lo que tiene una fácil explicación: la cuenca es en España el criterio tradicional de articulación territorial de la gestión de las aguas. Y la atribución a las DDHH de ser la «principal» unidad de gestión de las cuencas responde, sin más, a la transposición literal de los términos de la DMA. Pero la mezcla de todo ello con los criterios de atribución competencial sobre las cuencas derivados de la CE y de los EEAA arroja un resultado explosivo, como se verá en el texto a continuación.

(13) Aunque inmediatamente se añada que «constituye el ámbito espacial al que se aplican las normas de protección de las aguas contempladas en esta Ley...», como queriendo traslucir que esa gestión tiene solo referencia a la «protección» o sea, a la calidad de las aguas y no a la cantidad, por usar términos clásicos y, a la vez, imposibles de aplicar, como si la calidad y la cantidad fueran términos perfectamente separables.

(14) En ese sentido, el artículo 36 bis.1 no engaña en nada al referirse a la creación del Comité de Autoridades Competentes «para garantizar la adecuada *cooperación* en la aplicación de las normas de protección de las aguas». Cooperar también entra dentro del concepto amplio de gestión, pero es claro que no puede dar lugar a la adopción de una sola decisión ejecutiva en el ámbito de las demarcaciones. *Vid.* la prueba en la especificación de funciones del Comité en el apartado 3.º del precepto citado.

lo establecido en la STS de 20 de octubre de 2004, que había declarado nulos determinados preceptos del Plan Hidrológico del Júcar (aprobado como otros por RD 1664/1998) por referirse a esas cuencas intracomunitarias, que por ser de la competencia de la Comunidad Valenciana (porque eran aguas —cuencas— incluidas íntegramente en el territorio de tal Comunidad) debían ser objeto de otro Plan hidrológico formado por la Administración valenciana⁽¹⁵⁾, aun cuando sí se incluyeron, provisionalmente, las murcianas. Así debe entenderse la disposición transitoria única del RD 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las DDHH, cuyo texto introductorio cita, precisamente, esa STS de 20 de octubre de 2004, que explica la provisionalidad en la adscripción de cuencas hasta el momento en el que las CCAA respectivas asuman efectivamente (o sea, reciban los medios personales y materiales correspondientes) las competencias sobre dichas cuencas intracomunitarias. Se trata de una aplicación de preceptos constitucionales (y estatutarios) de derecho interno español, acompañada, además, de la fuerza de cosa juzgada de una sentencia, lo que determinó con entera lógica jurídica, por tanto, la no inclusión de las cuencas valencianas y, en todo caso, la referencia a la provisionalidad de la inclusión de las murcianas (y de todas las que pudieran encontrarse en su misma situación, obviamente).

Es en ese contexto en el que aparecen las SSTS de 22 y 27 de septiembre de 2011, que van a dar otra orientación a la cuestión partiendo del nuevo hecho —que, dicen, con entera lógica temporal que no pudo contemplar la STS de 20 de octubre de 2004— de la llegada al derecho español del concepto de DH. Por ello, la STS de 22 de septiembre de 2011, respondiendo al recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha⁽¹⁶⁾, lo desestima entendiendo razonable la «adscripción provisional» a las DDHH del Júcar y del Segura de las correspondientes cuencas intracomunitarias. La razonabilidad de tal inclusión provisional aparece en el FJ 11 aludiendo a los perjuicios que habría si se excluyeran estas cuencas de dichas DDHH, pues ello tendría una «grave repercusión para el interés general (...) introduciendo una suerte de tajante escisión que bloquearía la gestión del agua y sometería la misma a una suerte de lenta descomposición. En este contexto, se impediría el cumplimiento de los objetivos de defensa y protección de un recurso natural indispensable para la vida, se bloquearía su función como instrumento de progreso y avance en determinados territorios, y,

La articulación coherente de lo que dice la DMA y lo que se deduce de las normas relevantes de derecho español resulta casi imposible de realizar.

(15) Aun aprobado, definitivamente, por el Gobierno de la Nación, actuando una función coordinadora, tal y como estableció la STC 227/1988.

(16) Comunidad «favorecida» por la exclusión de las cuencas intracomunitarias de las DDHH, por lo que aumentaría, relativamente, su «poder» en los órganos de las Confederaciones Hidrográficas del Júcar y del Segura, y de ahí su acción tendente a que definitivamente se considere a esas cuencas intracomunitarias fuera de las respectivas DDHH.

en fin, espantaría su propósito de salvaguarda del medio ambiente y de la calidad de vida, a cuyo servicio se encuentra vinculado».

La STS de 27 de septiembre de 2011 se basa en el mismo tipo de razonamiento pero avanza un punto sobre la anterior. Esta Sentencia se pronuncia tras un recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Comunidad Valenciana contra la ausencia en el artículo 2.º3 del RD 125/2007 de mención expresa a las cuencas intracomunitarias valencianas. En esta sentencia, y apoyándose decisivamente en la DMA y en el dictamen motivado de 18 de marzo de 2010⁽¹⁷⁾ dirigido por la Comisión Europea contra el Reino de España⁽¹⁸⁾, se considera posible que las cuencas intracomunitarias se inserten dentro de las DDHH de gestión del Estado, como lo sería, en el caso, la DH del Júcar. Con ello queda vaporizado el efecto de la STS de 20 de octubre de 2004 y se entra en una nueva fase —que podríamos denominar de las DDHH «Mixtas»— que, como vamos a apreciar inmediatamente, no puede considerarse solución (jurídica) de los problemas planteados.

Y ello porque la inclusión de cuencas hidrográficas cuya competencia de gestión corresponde a las CCAA (según sus EEAA) en DDHH de competencia del Estado obliga necesariamente a nuevas precisiones para que la situación normativa creada no choque frontalmente —como aparentemente lo hace— con el sistema presente en la CE (artículo 149.1 22) y en los preceptos aplicables de los respectivos EEAA.

Esas nuevas precisiones pretenden encontrarse en el concepto de «coordinación». Estado y CCAA deberían coordinarse en la gestión de las DDHH (estatales) que incluyeran cuencas intracomunitarias. La primera manifestación de tal coordinación se encuentra en el RD 29/2011 (*supra* mencionado), cuyo artículo 1.º 4 introduce una disposición adicional sexta en el RD 125/2007 titulada «Coordinación de la planificación y gestión del agua en la DH del Cantábrico Oriental». La disposición tiene dos objetivos, tal y como expresa su título. En relación a la planificación se ordena que la AGE se coordine con la Comunidad Autónoma del País Vasco para la consecución de una serie de objetivos, de los que el primordial es el de la elaboración del Plan Hidrológico de la DH del Cantábrico Oriental, cosa que se conseguirá «mediante la integración armónica de los Planes Hidrológicos de las Administraciones Públicas competentes así como sus respectivos programas de medidas».

Y en el ámbito de la gestión se ordena la creación de «un órgano colegiado de coordinación adoptándose de común acuerdo su objeto, composición y funciones». No obstante, la composición del órgano aparece ya en la misma disposición⁽¹⁹⁾, remitiéndose para la coordinación, tanto de la planificación como de la gestión, a un futuro convenio de colaboración entre la AGE y la Comunidad Autónoma del País Vasco.

(17) Y que, apunto, no ha dado lugar todavía a una Sentencia del TJUE si tal dictamen fue seguido de la interposición de un recurso por incumplimiento, cosa que ignoro.

(18) Curiosamente no se cita la Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2009 antes mencionada. En el dictamen motivado que se cita la Comisión indica al Reino de España que todavía no ha articulado un sistema correcto de gestión de las DDHH, al predicar la gestión tanto de las cuencas como de las DDHH, de forma contraria a como lo hace la DMA, para la que son las demarcaciones, y no las cuencas, la principal unidad de gestión.

(19) Se prevé que, además de la participación de representantes de la AGE y de la Comunidad Autónoma del País Vasco, la haya de la Comunidad Foral de Navarra y de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, así como de las entidades locales.

El convenio mencionado es de fecha 18 de julio de 2012 y se publica en el BOE de 4 de agosto de 2012 mediante Resolución de 25 de julio de 2012 de la Confederación Hidrográfica del Cantábrico. Importa destacar, sobre todo, que además de las funciones que ya aparecen en el RD 29/2011, se suman algunas nuevas para el órgano de coordinación⁽²⁰⁾, pero todas en el ámbito de lo informativo, consultivo, de coordinación o de impulso. Las competencias ejecutivas sobre las cuencas hidrográficas afectadas no se tocan en lo más mínimo, pues ya el RD 29/2011 advertía en el precepto citado de que «la creación de este órgano no afectará a la titularidad de las competencias que en las materias relacionadas con la gestión de las aguas correspondan a las distintas Administraciones Públicas».

Creo que, ante lo anteriormente referido sobre las dos DDHH del Cantábrico y sobre las DDHH del Júcar y del Segura (¿pendientes estas, quizá, de la creación de otro «Órgano Colegiado de Coordinación» como el contemplado, pues también se trata de DDHH «mixtas»?), resulta de interés plantear si la gestión de unas DDHH puede, en el espíritu y en la letra de la DMA, llevarse a cabo solamente a través de técnicas de coordinación como las informativas o consultivas mencionadas en el RD 29/2011 y en el Convenio de 18 de julio de 2012. Y ello sin que llegue a plantearse la fácil —y de seguro ocurren— cuestión de la incompatibilidad de las medidas que adopten cada una de las Administraciones competentes sobre las distintas cuencas hidrográficas (vecinas) incluidas en la DH. Lo cierto es que las medidas de coordinación adoptadas no incluyen —ni podrían incluir jurídicamente— que el «Órgano Colegiado de Coordinación» revoque algunas de ellas en uso de esa potestad coordinadora. ¿Quién coordina, con eficacia y no sólo con las vacías frases de la norma, a los que se deben coordinar cuando estos no se coordinan? ¿Se puede llevar a cabo ese tipo de coordinación en ausencia de mención constitucional expresa en ese sentido como, sin embargo, sí que sucede en el ámbito de la actividad económica —artículo 149.1.13 de la CE— o de la sanidad —artículo 149.1.16—?

E incidiendo en las últimas palabras, la solución para la gestión de estas DDHH Mixtas tampoco reside en otorgar poderes ejecutivos a tal órgano, puesto que en este ámbito está más que consolidada la jurisprudencia del TC que proscribió confiar esos poderes a un órgano de coordinación, pues ello supondría el desconocimiento de las competencias atribuidas legítimamente y con exclusividad al Estado y/o a las CCAA⁽²¹⁾.

(20) Que se sustantiva y se llama, con mayúsculas, «Órgano Colegiado de Coordinación».

(21) La jurisprudencia que menciono en el texto tiene su inicio en la STC 194/2004. En la STC 331/2005 se continúa con ella en relación a una Ley andaluza, la 8/1999, de 27 de octubre, sobre el Espacio Natural de Doñana, indicándose en el FJ 10.b) que: «... la Ley autonómica tampoco puede atribuir a un órgano de cooperación de carácter predominantemente consultivo y deliberante, y, en todo caso, no ejecutivo, en el que se integran, además de la Comunidad Autónoma, representantes del Estado, de los entes locales y de intereses sociales privados, el ejercicio de funciones administrativas de carácter aplicativo o ejecutivo que, por ser de tal naturaleza, han de ejercitarse por la Comunidad Autónoma en régimen de propia responsabilidad, toda vez que las competencias son, además de indisponibles, irrenunciables. El empleo de técnicas de cooperación y coordinación, absolutamente imprescindible en múltiples ocasiones para el funcionamiento del Estado Autonómico, no permite, sin embargo, alterar el principio de competencia, de manera que mientras que responde adecuadamente a la finalidad del principio de cooperación el establecimiento de órganos de deliberación y consulta, como el presente, con funciones de mera propuesta, no se acomoda al orden constitucional de distribución de competencias que estos órganos, integrados por varias Administraciones y no sólo por la Administración autonómica e, incluso, por representaciones de los intereses privados, ejerzan funciones administrativas que están atribuidas estatutariamente y con carácter exclusivo a la Comunidad Autónoma de Andalucía». En la misma línea puede verse la STC 31/2010 (EC) y la reciente 149/2012, que luego se cita en el texto desde la perspectiva de las DDHH.

En suma, que el derecho español, con tan débil instrumento jurídico como un RD seguido de un convenio⁽²²⁾, ha descubierto las DDHH «mixtas», aun cuando me permito dudar que se hayan encontrado fórmulas adecuadas de gestión para ellas mediante las que se pueda responder positivamente a la básica afirmación de la DMA de que la DH es la «principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas».

3. Una desautorización de todo lo anterior en la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/2012: no pueden incluirse cuencas de competencia de las Comunidades Autónomas en las DDHH de competencia del Estado

Pero todo lo que voy enumerando sucesivamente y que se sitúa en la línea de la insatisfacción (jurídica) sobre las decisiones que se van adoptando cobra una nueva dimensión con la STC 149/2012, de 5 de julio. El origen de la sentencia —un recurso de la Junta de Andalucía contra los artículos 126, 127 y 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social— nos retrotrae a la transposición de la DMA realizada por el artículo 129 de la Ley citada. La Junta de Andalucía hace una serie de reproches a dicho precepto consistentes, en lo que nos preocupa, en la inconstitucionalidad de lo que ella cree autorización del legislador al Gobierno para que delimite DDHH correspondientes a cuencas de competencia de las CCAA, reproche que la sentencia considerará injustificado por cuanto interpreta —con acierto— el artículo 16 bis.5 del TRLA como relativo, exclusivamente, a la capacidad del Gobierno de delimitar DDHH correspondientes a cuencas de competencia estatal⁽²³⁾. Importa ahora resaltar lo que, al hilo de lo que se va diciendo, expresa el TC en línea con todo lo que anteriormente se ha indicado. Así, me parece decisivo el siguiente párrafo del FJ 7.º, que, por su trascendencia, transcribo textualmente resaltando en cursiva algunas ideas:

«... no puede compartirse la interpretación conforme a la cual el art. 16 bis 5 del texto refundido de la Ley de aguas permite al Estado incluir en la misma DH cuencas intercomunitarias de competencia estatal y cuencas intracomunitarias de competencia autonómica, pues lo cierto es que, de ser así, ello debería tener su reflejo en la regulación de los aspectos organizativos que contempla la Ley. Es decir, si el legislador pretendía habilitar al Gobierno de la Nación para incluir en una misma demarcación cuencas de competencia estatal y de competencia autonómica debería haber establecido alguna previsión respecto a la organización, la gestión y planificación en estas demarcaciones mixtas. Sin embargo, no ha hecho tal cosa sino que, por el contrario, se ha limitado a regular, por un lado, la organización y funcionamiento de las confederaciones hidrográficas —que han de crearse en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma (artículo 21 del Texto Refundido de la Ley de Aguas)— con competencias respecto a las demarcaciones intercomunitarias, y a establecer ciertas previsiones en torno a la organiza-

(22) Es decir, no se ha intentado dar siquiera base legal a una creación tan arriesgada jurídicamente como la de las «DDHH Mixtas». Creo que, igualmente, hubiera podido merecer la Ley reproches de inconstitucionalidad, como veremos en el siguiente punto, pero al menos hubiera habido un mayor amparo en una decisión que afecta, sin duda alguna, a las competencias de las CCAA (y del mismo Estado).

(23) Creo que la interpretación del TC es acertada porque ello es lo que se deduce de los términos literales del artículo 16 bis.5: «El Gobierno, por real decreto, oídas las Comunidades Autónomas, fijará el ámbito territorial de cada Demarcación Hidrográfica que será coincidente con el de su plan hidrológico».

ción y gestión de las demarcaciones intracomunitarias, sin que, por otra parte, en precepto alguno de la ley se mencione o se prevea la existencia de demarcaciones mixtas, ni exista base jurídica alguna — hoy por hoy con la actual regulación— para su creación, al margen, claro está, de eventuales convenios, al efecto, entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En definitiva, para resolver la presente controversia este Tribunal no ha de pronunciarse ahora sobre la eventual constitucionalidad de una regulación estatal que habilitara, efectivamente, al Gobierno de la Nación para delimitar tanto demarcaciones intercomunitarias como intracomunitarias, así como para configurar demarcaciones mixtas, pues lo cierto es que la correcta interpretación del significado y alcance del art. 16 bis 5 CE lleva a la desestimación de los motivos de impugnación alegados por la Letrada de la Junta de Andalucía, sin que proceda, tampoco, que nos pronunciemos acerca de la constitucionalidad de la actual opción legislativa conforme a la cual corresponde a las Comunidades Autónomas la delimitación del ámbito de las DDHH intracomunitarias, puesto que esta cuestión no ha sido planteada por las partes en este proceso»⁽²⁴⁾.

Resumiendo lo anteriormente citado: falta base jurídica —si es que esta pudiera existir constitucionalmente hablando— para que sea legítima la inserción de cuencas de competencia autonómica en DDHH de gestión del Estado. Cuestión, por cierto, sobre la que no se pedía pronunciamiento al TC y este, sin embargo, aprovecha para decirlo (¿porque observa inquietamente lo que está sucediendo a nivel puramente reglamentario?) sin que la mención a esos eventuales convenios entre el Estado y las CCAA sirva de nada frente a la ausencia, clamorosa, que hace notar el TC, de base jurídica suficiente como para proceder a tal inserción. Un convenio, obviamente, no constituye un ordenamiento jurídico; no es sino un acto administrativo de aplicación de este, en esta ocasión inexistente.

Es claro, así, que esta STC es una nueva pieza en el tablero en el que se está jugando esta interminable —y asaz aburrida— partida de ajedrez, en la que el vencedor de la polémica sobre la forma de gestionar las aguas entre nosotros no se adivina todavía nítidamente, dada la complejidad ínsita al Estado descentralizado políticamente, unido todo ello a las exigencias de la DMA en relación al nuevo nivel territorial de gestión, las DDHH.

La palabra
«gestión»
ha aparecido en
lo relativo tanto
a las cuencas
hidrográficas como
a las DDHH.

(24) Y se concluirá indicando que: «La desestimación ha de extenderse a la impugnación del mismo artículo 129 de la Ley 62/2003 referida a la introducción del artículo 36 bis y a la redacción dada al artículo 40.3 del texto refundido de la Ley de aguas, puesto que el motivo de inconstitucionalidad que se alegaba en relación con estos preceptos partía de la misma interpretación —ya rechazada en este fundamento jurídico— de que el texto refundido de la Ley de Aguas habilita al Gobierno para delimitar demarcaciones mixtas».

4. Una solución, que no propuesta: la reforma de los Estatutos de Autonomía para suprimir la competencia de las Comunidades Autónomas sobre sus cuencas internas

Tal y como se encuentran las cosas en este momento, pronosticar el desenlace de la partida que acabo de mencionar es difícil. Pero lo que sí puede decirse es que, a menos que alguien (¿la Comisión Europea a través de un recurso ante el TJUE?) haga valer en algún momento la primacía del derecho europeo sobre cualquier normativa interna española, y leyendo de una determinada forma el derecho europeo, o sea la DMA, impulse el que las DDHH sean la única instancia de gestión de las cuencas incluidas en ellas (con las consecuencias arrasadoras de todo lo que se ha venido desarrollando a lo largo de más de 90 años, y felizmente, en el derecho español y, desde luego, el olvido de lo que la CE y los EEAA dicen, puesto que el derecho comunitario prima sobre cualquier norma interna en lo que son competencias de la UE, cualquiera que sea la jerarquía normativa del derecho interno a considerar) resulta dificultoso encontrar una salida a la difícil cuestión planteada, pues pareciera que todas las piezas que se encuentran en el tablero de ajedrez de la partida que describo son «reinas», con capacidad sin límite de movimiento y de, paralelamente, inmovilizar o neutralizar los movimientos inmediatamente anteriores de las reinas de otro color.

Si, según la STC 149/2012, no se pueden incluir cuencas de las CCAA en las DDHH de competencia del Estado porque falta base jurídica para ello, las soluciones dadas reglamentariamente y en alguna jurisprudencia hasta ahora a las cuencas valencianas, murcianas y a las del Cantábrico Oriental quedan desautorizadas. Con lo que reverdecería, otra vez, la doctrina de la STS de 20 de octubre de 2004, que, desde un punto de vista de lectura constitucional y estatutaria de la situación, me parece de superior calidad jurídica a las posteriores de 22 y 27 de septiembre de 2011⁽²⁵⁾ y que, además, enlaza perfectamente con lo defendido ahora tan recientemente por el TC en su Sentencia 149/2012, sentencia en la que el TC no ha querido pronunciarse definitivamente sobre la constitucionalidad de las Demarcaciones Mixtas —quede el espinoso tema para otra ocasión—, sino solamente sobre la falta de base jurídica «ordinaria» para su creación.

Pero, en realidad, mientras existan cuencas de competencia de las CCAA según sus EEAA (porque son aguas que circulan íntegramente dentro del territorio de la correspondiente Comunidad Autónoma y responden al concepto técnico de cuenca hidrográfica) cualquier actuación en la dirección que impulsa machaconamente el Estado a través de normas de naturaleza solamente reglamentaria arriesga claramente una posible declaración de inconstitucionalidad. Solo la desaparición del título competencial autonómico sobre sus propias cuencas y, consiguientemente, la aplicación del artículo 149.3 de la CE (competencia residual del Estado sobre estas) podría cerrar, jurídicamente, una herida abierta que amenaza con paralizar la acción del Estado en este ámbito.

Quiero aclarar expresamente que esto es una solución (jurídica), no una propuesta.

(25) Igual VALENCIA (2012: *in totum*), trabajo de singular calidad y profundidad sobre la cuestión pese a su limitada extensión.

III. LAS DIFICULTADES EN LA REALIZACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA. LA PROXIMIDAD DE LA FECHA DE CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS AMBIENTALES Y EL PAPEL CAPITAL, PARA ELLO, DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA

Como ya indiqué con anterioridad, la planificación hidrológica tiene en España naturaleza jurídica normativa, naturaleza jurídica que no coincide con la evidentemente solo informativa que tienen los Planes Hidrológicos de Cuenca en la DMA. Este planteamiento, diferente en cuestión tan fundamental como la naturaleza jurídica, no tiene que llevar a extrañezas o, mucho menos, a concluir en la necesidad de variar la configuración de la planificación hidrológica en España. No, desde luego, por razones jurídicas, puesto que la DMA no impulsa a ello como consecuencia de la «primacía» del derecho europeo sobre los derechos de los Estados miembros. Y no es así, por cuanto lo que la DMA persigue solamente —como cualquier otra directiva— es la consecución de una serie de objetivos —en este caso ambientales— en unos plazos y con unas técnicas determinadas, una de las cuales es la planificación hidrológica. Consiguientemente, lo que importa desde la perspectiva de los Estados miembros es el cumplimiento de dichos objetivos ambientales a través de técnicas que serán diseñadas por los ordenamientos internos, una de las cuales debe ser la planificación hidrológica —eso sí—, que debe tener una serie de contenidos determinados en el articulado de la DMA y en sus Anexos, singularmente en el VII. Nada más y nada menos que eso. Pero ello no implica nada en relación a la naturaleza jurídica de la planificación hidrológica, que puede evidentemente ser distinta en los 27 Estados miembros de la UE (pronto 28, con la incorporación de Croacia el próximo 1 de enero de 2013), y ello por la existencia de peculiaridades propias de la tradición normativa de los Estados, que estos pueden decidir mantener, o, simplemente, de las decisiones que tomen en el momento de la transposición de la DMA (o posteriormente), todo ello dentro del plano de la oportunidad política y sirviendo siempre —claro está— a los fines propios de la planificación⁽²⁶⁾.

Pues bien, con ese claro punto de partida lo que importa constatar es que en España la Planificación hidrológica no solo ha constituido un marco jurídico abstracto presente desde la Ley 29/1985, sino que ha tenido una realización práctica con distintos Planes Hidrológicos de Cuenca aprobados a partir de 1998⁽²⁷⁾ y, posteriormente, el PHN aprobado por Ley 10/2001, de 5 de julio, modificada en 2004 y 2005. Planes Hidrológicos de Cuenca que en su práctica totalidad siguen vigentes en este momento, si bien deben ser «revisados» en función de las exigencias propias de la DMA, que debían haber sido concretadas en documentos específicos antes del 22 de diciembre de 2009, y comunicados posteriormente a la Comisión Europea antes del 22 de marzo.

(26) En este plano y ejemplificativamente puede recordarse que en la DMA no se encuentra ninguna referencia a un PHN, y sin embargo esto es signo distintivo de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, con la tradición anterior que podemos remontar hasta 1933 (y aun antes) de un Plan Nacional de Recursos Hídricos con distintos objetivos, y uno de ellos bien específico del derecho español, como es el de la interconexión entre distintos ámbitos de planificación hidrológica de cuenca (o sea, las transferencias de recursos hídricos).

(27) Pongo esta fecha porque es la del RD 1664/1998, de 24 de julio, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de Cuenca, que son en el marco de ese RD los correspondientes a las cuencas intercomunitarias (las que abarcan el territorio de más de una Comunidad Autónoma) y también el del Plan Hidrológico de las cuencas intracomunitarias de Cataluña, aunque posteriormente se aprobarán los restantes, no siendo necesaria aquí la especificación de dichas fechas.

Sin embargo, en el momento en el que se redactan estas páginas solo han sido aprobados cinco Planes Hidrológicos de Cuenca adaptados a las exigencias de la DMA, y todos ellos, curiosamente, de competencia de CCAA. Se trata del Plan de Gestión del Distrito de Cuenca Fluvial de Cataluña, (RD 1219/2011, de 5 de septiembre), de los tres Planes Hidrológicos de competencia andaluza, a saber el de la DH de los ríos Tinto, Odiel y Piedras (RD 1329/2012, de 14 de septiembre), el de la DH del Guadalete y Barbate (RD 1330/2012, de 14 de septiembre) y el de la DH de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas (RD 1331/2012, de 14 de septiembre), y, finalmente, del Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa (RD 1332/2012, de 14 de septiembre). Planes en todo caso importantes, obviamente, pero referidos a territorios no muy amplios, siendo, por tanto, más que notable, la ausencia, todavía, de la planificación hidrológica de plena competencia estatal.

No es de extrañar, entonces, que existiera en su momento una denuncia de la Comisión Europea seguida de la formulación de recurso por incumplimiento ante el TJUE, de todo lo cual ha devenido la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta,) de 4 de octubre de 2012, Asunto C-403/11, Comisión Europea/Reino de España. En esa Sentencia —muy simple de factura y nada proclive a sofisticados comentarios jurídicos que, desde luego, aquí no se van a encontrar por ser inútiles— se condena a España por no haber adoptado antes del 22 de diciembre de 2009 los Planes Hidrológicos de cuenca, salvo el del Distrito de Cuenca Fluvial de Cataluña (los andaluces y el gallego son muy recientes, no existentes en la fecha de formulación del dictamen motivado por parte de la Comisión, que es a la que deben referirse los incumplimientos de los Estados miembros) y no haber enviado a la Comisión Europea y a los demás Estados miembros interesados, a 22 de marzo de 2010, un ejemplar de dichos planes conforme a los artículos 13.1.3 y 6 y artículo 15.1 de la DMA. Igualmente el fallo condenatorio se extiende a que tampoco se había iniciado, a más tardar el 22 de diciembre de 2008 —salvo en el caso de los Planes Hidrológicos de distrito de la cuenca fluvial de Cataluña, Islas Baleares, Tenerife, Guadiana, Guadalquivir, Cuenca Mediterránea Andaluza, Tinto-Odiel-Piedras, Guadalete-Barbate, Galicia-Costa, Miño-Sil, Duero, Cantábrico Occidental y Cantábrico Oriental— el procedimiento de información y consulta públicas sobre los proyectos de los Planes Hidrológicos de Cuenca, conforme al artículo 14.1.c) de la DMA.

Como se habrá podido comprobar, el pronunciamiento es simple y, desde luego, congruente con el ordenamiento jurídico aplicable (la DMA y sus referencias de distintos plazos). Nada que comentar ni objetar a este sino, simplemente, desear que el resto de los Planes Hidrológicos de Cuenca con ámbito de demarcación se aprueben en España cuanto antes por el convencimiento de su carácter imprescindible para el cumplimiento de los objetivos ambientales de la DMA, muchos de ellos referibles a fecha tan cercana como el 31 de diciembre de 2015 (*cfr.* disposición adicional undécima del TRLA)⁽²⁸⁾.

(28) Es por ello que uno de los argumentos esgrimidos en el procedimiento ante el TJUE por la defensa jurídica del Reino de España no tiene sentido (jurídico), si bien se debe ser comprensivo con el profesional encargado de realizar una defensa que, simplemente, era imposible. Se opuso al recurso, según se informa en la Sentencia, que el Reino de España ya disponía de planificación hidrológica, la aprobada sustancialmente en 1998 *supra* referida, pero es claro que estaba realizada con referencia al ordenamiento jurídico entonces existente, en el que no se contaba la DMA.

Y apunto que la publicación del RD aprobador de estos Planes debería ir acompañada —dado su carácter normativo según el TRLA— de la publicación del contenido normativo de estos. Los RRDD hasta ahora publicados no se refieren a esta obligación de publicación legal, que me parece inexcusable, sino que mencionan, con términos muy semejantes⁽²⁹⁾ que (sigo el texto de las cuencas mediterráneas andaluzas): «Dado el carácter público de los planes hidrológicos, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.4 del texto refundido de la Ley de Aguas, el contenido íntegro del Plan podrá consultarse por cualquier persona en la Dirección General de Planificación y Gestión del Dominio Público Hidráulico y en las Delegaciones Provinciales de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía. Igualmente, esta información estará disponible en la página web de dicha Consejería (www.juntadeandalucia.es/medioambiente).

Asimismo se podrán obtener copias o certificados de los extremos del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y acceder a su contenido en los términos previstos en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente».

Publicidad material, derecho de acceso y cualquier otra perspectiva de las mencionadas en este precepto no tienen nada que ver ni sustituyen a la publicidad formal que se deriva de exigencias de la Constitución (artículo 9.º) y de norma tan relevante como el Código Civil (*vid.* artículo 2.º1). Podría, así, hablarse perfectamente de falta de eficacia (no de nulidad) de una norma no publicada, lo que caso de esgrimirse por algún interesado ante los Tribunales no le haría ningún favor a los Planes Hidrológicos, de tan dilatado proceso de elaboración. Ya con ocasión de la aprobación de los Planes por el RD 1664/1998, hice constar mi opinión contraria a la falta de publicación de su contenido normativo⁽³⁰⁾, lo que posteriormente fue corregido gracias a la publicación en el BOE de distintas OOMM (con fecha, sobre todo, del 13 de agosto de 1999) relativas a los contenidos normativos de los Planes. Creo que hoy en día habría de realizarse idéntica forma de publicación por los responsables ministeriales para los Planes intercomunitarios o por los

La Demarcación Hidrográfica es la «principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas».

(29) Semejanza de fondo que no impide constatar algunas diferencias que, creo, deberían corregirse en el futuro. Así, el RD relativo al Plan del Distrito Fluvial de Cataluña tiene una ordenación interna en artículos y se publica en la parte I (Disposiciones Generales) del BOE. Los otros Planes se dividen en referencias a Primero, Segundo, Tercero, y se publican en la parte III (Otras disposiciones) del BOE. Creo que en estos temas formales sería más que conveniente un tratamiento homogéneo.

(30) *Cfr.* EMBID IRUJO (1999: pp. 82 y ss.), a cuya argumentación me remito ahora pues el mismo discurso jurídico allí utilizado es susceptible de ser reproducido ahora.

de las CCAA para los Planes Hidrológicos de Cuencas Intracomunitarias, con ámbito de demarcación en ambos casos⁽³¹⁾.

IV. LA DIFÍCIL ARTICULACIÓN DEL PRINCIPIO DE REPERCUSIÓN DE COSTES DE LOS SERVICIOS DEL AGUA. DEL PLAN HIDROLÓGICO (NORMA) AL ACTO ADMINISTRATIVO, PERO SIN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES. EL VALOR, EN TODO CASO, DE LA TRANSPARENCIA

La DMA en el ámbito financiero ordenaba a los Estados miembros la realización en cada DH (o parte de una demarcación internacional) de un análisis económico del uso del agua en ese territorio (*vid.* artículo 5.º). El plazo para ello concluía cuatro años después de la entrada en vigor de la DMA, o sea el 22 de diciembre de 2004 [*cfr.* artículo 42.1.f) en relación con la disposición adicional 11.ª del TRLA], cuestión que no ha debido plantear problemas en España al no haber existido denuncia alguna de la Comisión Europea.

Pero esto no era sino una primera fase de lo que debía alcanzarse. En el artículo 9.º de la DMA se contiene también el llamado principio de recuperación de costes de los servicios relacionados con el agua, con una compleja redacción que debía tener aplicabilidad a partir del 31 de diciembre de 2010. Este principio tiene el objetivo general de que «la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales de la presente Directiva». La transposición a nuestro derecho de este principio se hizo mediante la adición de un artículo 111 bis (colocado justo al comienzo del título dedicado al régimen económico-financiero en el TRLA) con también muy complejo contenido, pero con una mención final en el apartado tercero a que «los planes hidrológicos de cuenca deberán motivar las excepciones indicadas». Es decir, se encomendaba a los Planes que fuera en ellos —y solo en ellos— donde pudieran encontrarse las excepciones al principio de recuperación de costes, que podrían basarse en «consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio, siempre y cuando ello no comprometa ni los fines ni el logro de los objetivos ambientales». La mención a los Planes tenía su razón de ser, creo, en la relevancia de tales instrumentos, que conectaba también perfectamente con la importancia evidente del régimen económico-financiero del agua. Por otro lado, la naturaleza jurídica normativa de los Planes Hidrológicos en España servía también para justificar la remisión a estos de la regulación de este aspecto, que podía tener —por qué no— elementos normativos en cuanto a la presencia de un determinado condicionado solo a través de cuyo cumplimiento —o excepción— pudie-

(31) Quizás esa publicación vaya a tener lugar en los próximos días. Sugiero que tuviera lugar, además de en los Diarios oficiales autonómicos, también en el BOE, pues en este también en donde se ha publicado, obviamente, el Real Decreto aprobatorio, y estamos ante normas de la máxima relevancia, por lo que el general conocimiento en el ámbito territorial del Estado sería francamente positivo. No se olvide que, por deslegalización producida por el artículo 60.1 y 3 del TRLA, en estos textos se pueden adoptar decisiones que suponen la ocupación del lugar de la ley, como en el ejemplo mostrado se trata, por la posibilidad de alterar el orden de utilización del agua.

ran deducirse consecuencias relativas a la configuración concreta, en cada caso específico, del principio de recuperación de costes⁽³²⁾.

Es claro que la DMA (cuya reproducción se encontraba en este artículo 111 bis) alcanzaba con su artículo 9.º y la redacción que acabo de resumir un compromiso matizadamente distinto en relación a su primitiva redacción en el proyecto de 1997, bien taxativo en el principio de recuperación de costes. Ahora se rebajaban las originales exigencias y se permitía la excepcionalidad a partir de la motivación suficiente y de la siempre condicionabilidad a que no se pusiera en peligro la consecución de los objetivos ambientales.

Es bien fácil concordar en que, dado el retraso en España de la elaboración y aprobación de los Planes Hidrológicos, idéntico retraso ha tenido, por tanto, la aplicación —de la forma que fuere— del principio de recuperación de costes.

Y ahora hay que añadir que, desde una reciente modificación del artículo 111 bis del TRLA, los Planes Hidrológicos han perdido su funcionalidad en este ámbito. Me estoy refiriendo al Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, que en su artículo 1.º ha modificado el apartado tercero del artículo 111 bis del TRLA para otorgar a la Administración «competente» esa facultad que antes era propia del instrumento normativo llamado Plan Hidrológico de Cuenca. Así, esa Administración competente (el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en el ámbito de la AGE, se precisa) mediante «resolución» establecerá [«podrá (n) establecer» dice el precepto] motivadamente excepciones al principio de recuperación de costes para determinados usos, teniendo en cuenta las mismas consecuencias y condiciones mencionadas (mencionadas en el primer párrafo del nuevo apartado 3, que se refiere a las consecuencias sociales, ambientales y económicas así como las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio «y de las poblaciones afectadas», novedad en el precepto esta de hablar de las poblaciones afectadas) y sin que, en ningún caso, se comprometan los fines ni el logro de los objetivos ambientales correspondientes.

Podríamos decir, entonces, que el derecho español de aguas prosigue su pertinaz labor de recorrido perimetral en relación a la básica cuestión planteada por el artículo 9.º de la DMA, transfiriendo ahora de la norma al acto la responsabilidad de adoptar las decisiones correspondientes⁽³³⁾. Quiere ello decir que la Administración operará caso por caso, cuestión que —igual que lo que podría suceder en el caso de que la decisión estuviera en los Planes Hidrológicos— en este tema puede tener algunos inconvenientes, dada la profusión de

(32) Sobre la compleja problemática del principio de recuperación de costes remito a mi trabajo (2009), en donde se hace un análisis tanto del artículo 9.º de la DMA como del artículo 111 bis del TRLA, insistiendo en la razonabilidad del principio y también en la necesaria demostración de la razonabilidad de las excepciones que puedan ser establecidas (motivación). La problemática planteada es lo suficientemente importante como para que solo haga ahora esa remisión, aprovechando el momento para decir que mantengo todas las conclusiones entonces alcanzadas. Es conveniente manifestar, igualmente, que en el citado trabajo se constataba que la transposición del principio en el artículo 111 bis del TRLA se había hecho sin tocar una coma de los preceptos sustantivos reguladores de los distintos tributos (tasas) existentes en el ámbito del agua, vigentes desde el 1 de enero de 1986, lo que podía sugerir la convicción del legislador de que el derecho español ya estaba adaptado al principio de recuperación de costes, cosa que en relación, sobre todo, a lo previsto en determinados preceptos del RDPH, desarrolladores a esos efectos de los artículos 112 y ss. del TRLA, ponía en duda.

(33) En todo caso me parece más razonable, y hasta factible, que la solución para cada caso concreto (cada usuario concreto) se adopte por un acto administrativo, que no por una norma.

conceptos jurídicos indeterminados que maneja el artículo 111 bis del TRLA⁽³⁴⁾ y que dejan un amplio ámbito de libertad a la Administración. Obviamente, esa profusión de conceptos jurídicos indeterminados y el campo de libertad que abren pueden animar al combate judicial en relación al contenido de tales resoluciones, combate emprendido por quien se crea perjudicado por ellas y, naturalmente, tenga reconocida legitimación.

Por lo demás debe notarse cómo el Real Decreto-ley 17/2012 es consciente, al menos en parte, de la dificultad de adoptar las decisiones correspondientes, pues hace intervenir sucesivamente a dos órganos administrativos. Al Organismo de cuenca, en primer lugar, al que se le encarga la emisión de un informe (se ignora si de oficio o a petición del interesado, pero los informes suelen aparecer tras alguna solicitud proveniente de un sujeto público o privado, dado que el «informe» es parte de un procedimiento administrativo siempre, aun cuando también sería admisible la emisión de oficio) que es preceptivo, previo a la resolución que se adopte, y, además, motivado, justificando, en función de la resolución a adoptar, que no se comprometen los fines ni el logro de los objetivos ambientales que estarán establecidos en las respectivas planificaciones hidrológicas; y, luego y tras ese informe, la resolución de la Administración competente, que, como ya he indicado, es el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente en el ámbito de la AGE.

De las referencias normativas anteriores creo que se pueden deducir algunas consecuencias o reflexiones. Son estas:

a) Que el informe habrá sido solicitado por aquel que pretenda que no se le aplique el principio de recuperación de costes. Pero también cabría que estos informes emanaran por propia iniciativa del Organismo de cuenca, informes con la funcionalidad de ser dirigidos al órgano que debe adoptar la resolución definitiva en este plano. Serían en este último caso, curiosamente, informes que a su vez abren un procedimiento administrativo.

b) Lo que quiere decir que, conectando con el ordenamiento que le sirve de base —salvo existencia de una excepción, que es la que figuraría en el informe o en la resolución final si difiriera del informe, y luego me pronuncio sobre su vinculatoriedad—, el principio general es siempre el de recuperación de costes, con toda la extensión que les da el artículo 111 bis.1 (también modificado, por cierto, por el Real Decreto-ley 17/2012, artículo 1.º3), o sea incluidos los costes ambientales y del recurso.

c) Que, aun tratándose de aplicación de tributos (tasas), no está prevista la intervención de ningún órgano competente en materia de Hacienda, cuestión en nada baladí, pues es claro que en ausencia de recuperación completa de costes por los usuarios serán los correspondientes presupuestos públicos quienes deberán asumir la diferencia (o sea, los contribuyentes)⁽³⁵⁾.

d) Que esta resolución deberá esperar a que esté aprobada la planificación hidrológica de cuenca, en tanto en cuanto los fines y logros ambientales deben estar establecidos en las «respectivas planificaciones hidrológicas», como se dice en el nuevo texto. Ello permite pensar en nuevos retrasos sobre la básica decisión de la contribución adecuada de los

(34) Me he referido a esta cuestión con mucho detenimiento en EMBID IRUJO (2009 a: pp. 56 y ss.).

(35) Quizá el hipotético desarrollo reglamentario que seguirá o debería seguir al Real Decreto-ley 17/2012 pudiera precisar algo en esta dirección.

distintos usos que, según la disposición adicional undécima del TRLA, debía ser operativa el 31 de diciembre de 2010⁽³⁶⁾.

e) En todo caso el informe del Organismo de cuenca no está configurado en el precepto comentado como vinculante para la Administración competente, si bien se hace difícil pensar que, en la práctica, no sea así⁽³⁷⁾. Sería algo semejante a lo que ha terminado por ocurrir con el informe de los Organismos de cuenca sobre la existencia de recursos hídricos antes de que se adopten decisiones urbanísticas o de ordenación del territorio que supongan nuevos usos urbanos, con necesidades de agua para la población, en donde la jurisprudencia del TS ha configurado dicho informe como vinculante⁽³⁸⁾.

Con lo que vuelve a recrudecerse el interés en que los Planes Hidrológicos de Cuenca se aprueben lo antes posible y que contengan las suficientes precisiones como para que la emanación del informe por el Organismo de cuenca (y luego la resolución por el Ministerio en el caso de la Administración General del Estado) pueda emitirse con la máxima seguridad jurídica posible; ser, sin más, una consecuencia lógica de la configuración general del ordenamiento jurídico español de aguas formado, a esos efectos, por el TRLA y por el correspondiente Plan Hidrológico de Cuenca con ámbito de DH.

Lo que la DMA persigue solamente —como cualquier otra directiva— es la consecución de una serie de objetivos —en este caso ambientales— en unos plazos y con unas técnicas determinadas, una de las cuales es la planificación hidrológica.

V. ANEXO BIBLIOGRÁFICO Y DOCUMENTAL

BALAGUER CALLEJÓN, F. (2011): «El Tribunal Constitucional como “supremo intérprete” de la Ley de Aguas. Una reflexión sobre la posición de los Estatutos de Autonomía en nuestro ordenamiento constitucional

(36) Lo que podría plantear, en su momento, la hipotética aparición de otra sentencia condenatoria del Tribunal de Justicia, dado el retraso evidente en la adopción del marco jurídico relativo a la aplicación del principio de repercusión de costes. Ello no significa en modo alguno, claro está, el sentido que pudiera en cada caso concreto tener este principio sino, solamente, la necesidad de adoptar las decisiones correspondientes para que lo regulado en la DMA pudiera tener operatividad.

(37) Lo que es un motivo más para interrogarse acerca de la intervención de dos órganos administrativos. ¿No hubiera bastado con la resolución —que no informe— del Organismo de cuenca? No es una cuestión capital, en todo caso, la que estoy tratando. Quizás todo ello deba entenderse en el contexto de la evidente centralización competencial o de atribuciones que preside el contenido de otros preceptos del Real Decreto-ley 17/2012 y que hace perder un cierto papel a los Organismos de cuenca (Confederaciones Hidrográficas) en favor de órganos centrales con, por otra parte, medidas organizativas que rebajan la «autonomía» de los Organismos de Cuenca, como el carácter de subdirector general que ahora tienen los Presidentes de las Confederaciones Hidrográficas, «degradados» de su anterior posición, más relevante política y administrativamente, de Directores Generales. Paradójico que ello suceda tras una jurisprudencia constitucional que reafirma las competencias del Estado (SSTC 30 y 32/2011) sobre las cuencas hidrográficas.

(38) Naturalmente que vinculación presuponiendo, cómo no, la correcta realización de ese informe en relación a lo establecido en la planificación hidrológica. En relación a la problemática del informe en los temas de urbanismo y ordenación del territorio (*cfr.* artículo 25.4 del TRLA), *vid.* últimamente la STS de 24 de abril de 2012 y mi comentario sobre esta en JA 57.

- y un comentario a la STC 30/2011», *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 14, pp. 114-151.
- DE MARCOS FERNÁNDEZ, A. (2010): «Las DDHH en la Directiva Marco de Aguas y su desarrollo en el derecho español», en las pp. 185-260 de Agudo González, J. (coord.), *El Derecho de Aguas en clave europea*, La Ley, Madrid, 476 pp.
- EMBED IRUJO, A. (1991): *La planificación hidrológica: régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 241 pp.
- EMBED IRUJO, A. (1999): «La planificación hidrológica en la actualidad. Consideraciones desde una perspectiva jurídica», en las pp. 69-143 de Embid Irujo, A. (dir.), *Planificación hidrológica y política hidráulica. (El Libro Blanco del Agua)*, Civitas, Cizur Menor, 327 pp.
- EMBED IRUJO, A. (2007): «Los nuevos Estatutos de Autonomía y el reparto de competencias sobre el agua y las obras hidráulicas entre el Estado y las Comunidades Autónomas», en las pp. 13-80 de Embid Irujo, A. (dir.), *Agua y Territorio. (Consideración especial de la Reforma de los Estatutos de Autonomía)*, Thomson.Civitas, Cizur Menor.
- EMBED IRUJO, A. (2009 a): «El régimen económico-financiero del agua en el contexto de la aplicación de la Directiva Marco de Aguas de 2000. Reflexiones generales», en las pp. 13-80 de Embid Irujo, A. (dir.), *Régimen económico-financiero del agua. Los precios del agua*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 498 pp.
- EMBED IRUJO, A. (dir.) (2009 b): *Gestión del Agua y descentralización Política. Conferencia Internacional de gestión del agua en países federales y semejantes a los federales*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 605 pp.
- EMBED IRUJO, A. (2010): «Cambio climático y recursos hídricos. Aspectos jurídicos», en las pp. 45-92 de García Pachón, M.^a del P., y Amaya Navas, O.D. (coords.), *Derecho y Cambio climático*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 471 pp.
- EMBED IRUJO, A. (2012): «Algunos aspectos del derecho europeo de aguas según la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2012 en el marco de la problemática suscitada por la desviación de un río (griego)», en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 28.
- FANLO LORAS, A. (2006): «Planificación hidrológica en España: estado actual de un modelo a fortalecer», *RAP*, núm. 169, pp. 265-299.
- FANLO LORAS, A. (2007): *La unidad de gestión de las cuencas hidrográficas*, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia.
- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2011): «De la asimetría en la delimitación de las Demarcaciones Hidrográficas», en las pp. 283-317 de Embid Irujo, A. (dir.), *Agua y Agricultura*, Thomson-Reuters Civitas, Cizur Menor, 442 pp.
- GONZÁLEZ RÍOS, I. (2009): «Incidencia del cambio climático en los recursos hídricos. Medidas de mitigación y adaptación», *RArAP, Agua, Territorio, Cambio Climático y Derecho Administrativo*, pp. 307-336.
- IPPC (2007): *Cambio Climático 2007: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de Trabajo I, II y III al Cuarto Informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*. Equipo de redacción principal: Pachauri, R.K., y Reisinger, A. (directores de la publicación)], IPPC, Ginebra, Suiza, 104 pp.
- IPPC (2008): *Climate change and Water. Technical Paper of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, (B. Bates, Z.W. Kundewicz, S. Wu y J. Palutikof, eds.), Geneva, 210 pp.
- JIMÉNEZ COMPAIRED, I. (2012): *Los cánones de regulación y las tarifas de utilización del agua*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, próxima publicación.

- LOPEZ MENUDO, F. (2008): «Agua y territorio», en las pp. 46-83 de *Informe Comunidades Autónomas 2007*, Instituto de Derecho Público, Barcelona.
- MELGAREJO MORENO, J., y MOLINA GIMÉNEZ, A. (2012): «La gestión territorial de los recursos hídricos españoles. Tensiones entre las fronteras físicas y administrativas», *RADA*, núm. 21, pp. 125-153.
- MELLADO RUIZ, L. (2010): *Aguas y ordenación del territorio en el contexto de la reforma estatutaria*, Comares, Granada, 352 pp.
- MORENO RODRÍGUEZ, J.M. (coord.) (2005): *Evaluación preliminar de los impactos en España por efecto del cambio climático*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid.
- SERENO ROSADO, A. (2012): «Las Confederaciones Hidrográficas tras diez años de Directiva Marco de Aguas. El caso de la DH del Cantábrico Oriental», *RADA*, núm. 21, pp. 155-183.
- VALENCIA MARTÍN, G. (2012): «El problema de las cuencas internas», *RADA*, núm. 21, pp. 13-17.

LA CONFIGURACIÓN PÚBLICA DE LAS AGUAS EN EL DERECHO EUROPEO DE AGUAS Y SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL

ELOY COLOM PIAZUELO

*Profesor Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

La configuración pública de las aguas en el derecho europeo de aguas y su transposición al derecho español

En la DMA de aguas se contiene una regulación de la protección de las aguas que parte de su configuración pública. Esa publicación no ha supuesto una considerable novedad desde la perspectiva de los Estados miembros, y ello dado que en estos se reconocía también el carácter público de las aguas, aunque con diferencias entre ellos. Precisamente, en el presente trabajo se examina lo que ha supuesto la aprobación de la DMA y, en particular, en qué medida nuestro modelo de aguas debe modificarse para adaptarse a esa configuración pública de las aguas contenida en la DMA.

Palabras clave: Protección pública de las aguas; Directiva marco de aguas; transposición; aguas superficiales y subterráneas.

ABSTRACT

The public configuration of water within the European law of water and its incorporation into the Spanish law

The DMA of water includes a regulation for the protection of the waters that starts from its public configuration. That nationalization has not meant a considerable novelty from the perspective of the Member States mainly because they also recognized the public nature of water, although with differences among them. In fact, the current work analyses the implications of the approval of the DMA and, in particular, in what sense our model of water has to be modified to adapt it to that public configuration of waters included contained in the DMA.

Key words: Public protection of water; Water Framework Directive; incorporation; superficial and underground water.

SUMARIO

- I. LA CONFIGURACIÓN PÚBLICA DE LAS AGUAS EN LOS ESTADOS EUROPEOS ANTES DE LA DMA: DIVERSIDAD DE MODELOS Y PUNTOS EN COMÚN.
 1. El modelo público de aguas fundamentado en su calificación como dominio público de una Administración o como una cosa común: su origen en el Derecho romano y su posterior reelaboración en los Derechos nacionales.
 2. El modelo público de aguas fundamentado en la identificación de una función pública a la que están destinadas: la teoría de las cosas públicas vigente en Alemania.
 3. El modelo público de aguas mixto fundamentado en la calificación de parte de las aguas como dominio público de una Administración y en las restantes la identificación de una función pública, cuya efectividad y protección impone una intervención administrativa.

- II. LA INCORPORACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN PÚBLICA DE LAS AGUAS A LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS: INTRODUCCIÓN DE UNA REGULACIÓN COMÚN MÍNIMA PARA TODOS LOS ESTADOS MIEMBROS.
1. **Identificación del fin público perseguido por la Directiva marco de aguas: la protección de las aguas superficiales y subterráneas tanto desde la perspectiva cuantitativa como cualitativa.**
 2. **Medidas de control de la captación y almacenamiento del agua dulce y recarga y aumento de las aguas subterráneas: las autorizaciones previas otorgadas por las autoridades competentes.**
 3. **Medidas de control de los vertidos en las masas de agua.**
 4. **Determinación de los criterios preferentes de utilización de las aguas.**
 5. **El establecimiento de precios del agua.**
- III. LA ADAPTACIÓN DEL MODELO ESPAÑOL DE CONFIGURACIÓN PÚBLICA DEL AGUA A LA NUEVA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS: LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE INTERVENCIÓN PÚBLICA.
1. **La adaptación del modelo de configuración pública de las aguas español a la DMA: la introducción del modelo mixto de configuración pública de las aguas.**
 2. **La ampliación del ámbito de aplicación de la Ley de Aguas: la consideración de las aguas costeras y de transición como aguas superficiales.**
-

En la Directiva Marco de Aguas se contiene una regulación de la protección de las aguas que parte de su configuración pública. Esa publicación no ha supuesto una considerable novedad desde la perspectiva de los Derechos de los Estados, y ello dado que con anterioridad a la citada Directiva los ordenamientos nacionales partían de ese mismo carácter público, aunque con diferencias entre ellos. Es precisamente el examen de esa configuración pública prevista en la DMA y lo que ha supuesto para los Derechos nacionales y, en especial, para el Derecho español el objeto de este estudio.

Con este fin primero se examinará cómo se configuraban las aguas en algunos de los Estados europeos más importantes antes de la DMA, advirtiendo las diferencias existentes entre ellos (I). Y, después, cómo ese carácter público se incorpora a la DMA, optando por las soluciones vigentes en ciertos países (II). Esta elección contenida en la DMA va a ocasionar la necesidad de adaptar algunos aspectos de la intervención pública prevista en nuestro ordenamiento a la DMA, como se expondrá en un apartado específico (III)

I. LA CONFIGURACIÓN PÚBLICA DE LAS AGUAS EN LOS ESTADOS EUROPEOS ANTES DE LA DMA: DIVERSIDAD DE MODELOS Y PUNTOS EN COMÚN

En los países europeos más importantes existía una configuración pública de las aguas antes de la aprobación de la DMA; configuración que se ha mantenido con posterioridad a

esta. Ello explica el contenido de la regulación de la DMA, que será objeto de examen en un apartado posterior.

Sin embargo, esta configuración pública de las aguas no es homogénea, dado que existen diferencias importantes en sus articulaciones jurídicas. Así, puede identificarse un grupo de países que han partido de las nociones de Derecho romano sobre las cosas públicas y privadas, reelaboradas después en los ordenamientos nacionales. En ellos lo relevante es determinar si las aguas son apropiables o no, en definitiva si son *res commune omnium*, y, en el caso de que no lo sean, si son *res publicae* o dominio público, o por el contrario propiedad privada. En esta calificación de las aguas como cosas comunes o demaniales se fundamenta la intervención administrativa y la limitación de la actuación de los particulares. A esta primera modalidad se aludirá en un apartado específico (I.1).

Frente a este primer modelo de configuración pública de las aguas, existe un segundo modelo que parte de presupuestos totalmente diferentes, es decir, de la teoría de las cosas públicas vigente en Alemania. Para él lo importante no es saber si las aguas son de las Administraciones o de particulares, sino la identificación de una función pública que cumplen las aguas y que justifican una intervención administrativa. Esa función pública de las aguas es lo que se denomina *cosa pública*, modalidad a la que se aludirá en un epígrafe posterior (I.2).

Y, por último, existe un modelo mixto de configuración de las aguas y que supone un acercamiento de los dos anteriores (3). Así, en algunos de los países que parten de los conceptos de Derecho romano y que diferencian entre unas aguas de dominio público y de propiedad privada, y en los que se quería intervenir en las aguas privadas sin asumir su titularidad, se ha optado por configurar una función pública en estas aguas privadas y someterlas a la legislación administrativa. De esta forma, en estos países la configuración pública se articula mediante la asunción por la Administración de la titularidad de las aguas —dominio público hídrico— y la intervención en las aguas privadas. Este modelo mixto no ha sido elegido por aquellos países que han preferido demanializar las aguas privadas, asumiendo su titularidad y gestión, como sucede en España.

Aunque existan diferencias entre los diversos países, lo cierto es que en todos ellos se aprecia la existencia de una intervención administrativa⁽¹⁾. Y es precisamente esa intervención administrativa, que tiene un considerable alcance, la que se incorpora a la DMA. De ahí que se expongan de forma separada estas tres formas de intervención. Examen que no tendrá carácter exhaustivo, dadas las limitaciones del presente estudio.

1. El modelo público de aguas fundamentado en su calificación como dominio público de una Administración o como una cosa común: su origen en el Derecho romano y su posterior reelaboración en los Derechos nacionales

En diversos países europeos existe una forma pública de articulación de las aguas basada en conceptos de Derecho romano y, en particular, del Derecho de cosas y los conceptos

(1) Estos puntos en común han sido señalados por DÍAZ LEMA, J.M. (2006): «Bases para la construcción de un Derecho de aguas europeo», *RAP*, 169, 2006, pp. 252 y ss. *Vid.*, también, AGUDO GONZÁLEZ, J. (2010): p. 141, de Agudo González, J. (coord.), *El Derecho de aguas en clave europea*, La Ley, Madrid, y amplia bibliografía allí citada.

de *res publicae* y *res commune omnium*⁽²⁾. Estas nociones jurídicas son reelaboradas con posterioridad en los Derechos nacionales.

El primero de los conceptos mencionados de Derecho romano es el de *res publicae*, y en él se integraban los ríos públicos. Cosas públicas que en las obras de Derecho romano del siglo XIX se atribuían al Estado o a la nación y se diferenciaban de las *res singulorum* o cosas de particulares⁽³⁾. Esta noción se utilizó en países como Francia, Portugal, España o Italia, y fue evolucionando en los Derechos nacionales hasta permitir un modelo dual de titularidad de aguas, que partía de la posibilidad de apropiación de estas y que diferenciaba entre aguas públicas o de dominio público de la Administración —las antiguas *res publicae*—, que estaban sometidas a normas administrativas, y aguas particulares, que se regían por el Derecho privado prioritariamente. Esta dualidad tenía un alcance distinto en cada país, puesto que los criterios para determinar qué aguas se consideraban públicas o privadas variaban de uno a otro⁽⁴⁾.

(2) En relación con esta dualidad de conceptos de Derecho romano aplicada a las aguas en el Derecho romano vid. GALLEGU ANABITARTE, A. (1986): pp. 99 y ss. de Gallegu Anabitarre, A., y otros (dirs.), *El Derecho de aguas en España*, tomo I, MOPU, Madrid.

(3) En concreto, en el Derecho romano se consideraban *res publicae* los ríos públicos. Estas cosas estaban reguladas en Título I, Libro II, de las Instituciones de Justiniano, dedicado a la división de las cosas, y se consideraban fuera del comercio, junto con las *res commune* y las *res universitatis*. Por otra parte, estas *res publicae* pertenecían al pueblo y esta relación de pertenencia y el hecho de su consideración como cosas fuera del comercio las diferenciaba de las *res singulorum* o propiedades particulares, que estaban dentro del comercio. Esa calificación de los ríos como *res publicae* puede encontrarse en la literatura jurídica de Derecho romano del siglo XIX. Vid., por ejemplo, ORTOLAN, M. (1847): *Explicación histórica de la Instituta del emperador Justiniano*, Madrid, p. 25; THEZARD, L. (1864): *Répétitions écrites sur le Droit Roman*, París, p. 75; DOMENGET, M.L. (1866): *Institutes de Gaius*, París, p. 121; GÓMEZ DE LA SERNA, P. (1869): *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, tomo I, 4.ª ed., Madrid, p. 206; LAGRANGE, E. (1870): *Manual de Derecho romano*, Madrid, p. 189; HEINECIO, J. (1873): *Recitaciones del Derecho civil romano*, 6.ª ed., Valencia, p. 217; y GLÜCK (1888): *Comentario alle Pandette*, Libro I, Milán, p. 737. Además, en Derecho romano se consideran públicos los *flumina perennia*, tal y como afirman con fundamento en Derecho romano, BONJEAN, G. (1878): *Explication méthodique des Institutes de Justinien*, tomo I, París, p. 411; o SOHM, R. (1928): *Instituciones de Derecho privado romano*, 17.ª ed., Madrid, p. 231.

Finalmente, es necesario indicar que en las obras de Derecho romano del siglo XIX se aprecia, al referirse a quién pertenecen las cosas públicas, una sustitución de la mención al «pueblo» por la de «Estado» o «nación». Sustitución que en parte respondía al proceso de personificación del Estado producido durante ese siglo en el ámbito del Derecho y a la paulatina identificación de un titular en la mayor parte de las cosas que fueran susceptibles de apropiación. Vid. por ejemplo, esa sustitución en THEZARD, L. (1864): *Répétitions écrites sur le Droit Romain*, París, p. 75; BONJEAN, G. (1878): *Explication méthodique des Institutes de Justinien*, tomo I, París, p. 411; o GLÜCK (1888): *Comentario alle Pandette*, Libro I, Milán, pp. 736 y 737. Vid. también consideraciones realizadas en COLOM, E. (2006): «Las cosas públicas y su régimen jurídico», *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario, 2006, p. 15. Vid., además, en relación con el proceso de personificación de las Administraciones y sus consecuencias patrimoniales las consideraciones realizadas por COLOM, E. (1995): «Influencia de la configuración de la personalidad jurídica del Municipio en la determinación de la titularidad del patrimonio local», *RAP*, 137, 1995, pp. 93 y ss.

(4) El Derecho romano influyó en los ordenamientos jurídicos propios de diferentes países europeos, bien mediante su aplicación directa o mediante su incorporación a normas nacionales —las *Partidas* de Alfonso X, constituyen un ejemplo en el caso de España—, y esa influencia se aprecia en el siglo XIX y en los Códigos civiles y leyes complementarias que se aprobaron. Y es precisamente en esos nuevos Códigos, entre los cuales pueden mencionarse los de Francia, Italia o España, y en las normas sectoriales, en los que se introdujo un cambio relevante: las *res publicae* pasaron a denominarse «dominio público» y se consideraron fuera del comercio reguladas por normas especiales; mientras que la propiedad privada estaba dentro del tráfico jurídico y se sometía a la regulación de los Códigos. Cambio que se aprecia primero en Francia y después en Italia y España. Vid. en relación con la noción de *res publicae* y su reelaboración en Derecho francés, italiano y español y su sustitución por la categoría de dominio público, las conside-

La situación que se acaba de describir ha quedado sustancialmente alterada durante el siglo xx. La escasez de las aguas ha llevado a que tanto en España como en Italia se haya incluido dentro del dominio público hídrico la mayor parte de las aguas superficiales y subterráneas existentes en los respectivos países, quedando un reducido número de supuestos de aguas privadas⁽⁵⁾. De la misma forma, en Francia han aumentado los supuestos de aguas demaniales, si bien no han llegado a demanializar la mayor parte de las aguas. Decisión que quizás responda a la adopción de un modelo mixto en la configuración pública de las aguas, en el que se impone un régimen de intervención a las aguas privadas sin asumir la titularidad, tal y como se expone en un apartado

Lo relevante es determinar si las aguas son apropiables o no, en definitiva si son *res commune omnium*.

raciones realizadas en COLOM, E. (2006): *op. cit.*, pp. 21 y ss. y bibliografía allí citada. En cambio, en el Código civil portugués de 1867, en sus artículos 379 y 380, no se adoptó la nueva terminología y continuaron denominándose cosas públicas y calificándose como fuera del comercio. Asimismo, en dichos Códigos y leyes sectoriales se identificaron los ríos y aguas que se consideraban demaniales con criterios diferentes a los del Derecho romano. De esta forma, aparecieron criterios como el de la navegabilidad, flotabilidad, etc., en Francia, para considerar un río de dominio público. Esa sustitución de los criterios del Derecho romano por otros nuevos en Francia ha sido destacada por GALLEGO ANABITARTE, A. (1986): *op. cit.*, p. 101. *Vid.* también, en relación con este criterio en Francia, DEMOLOMBE (1861): *Traité de la distinction des biens*, tomo I, París, pp. 343 y ss. y jurisprudencia y bibliografía allí citada. Sin embargo, en otros países, como sucede en Italia, los criterios utilizados eran más amplios. *Vid.* TIEPOLO (1887): *Acque demaniali, pubbliche*, Milán, pp. 3 y ss. Tampoco en España se utilizó el criterio de la navegabilidad y se consideraron públicas o de dominio público los ríos, las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corrían por sus cauces naturales y las aguas que nacían continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.º de la Ley de Aguas de 1879.

Por último, es necesario indicar que la naturaleza jurídica y alcance de la noción de dominio público ha estado sometida a un amplio debate jurídico desde el siglo xix hasta nuestros días. A él no se hará referencia en el presente estudio, dadas las limitaciones de su objeto. No obstante, debe indicarse que en nuestro país, en la actualidad, se consideran los bienes de dominio público como una propiedad pública de la Administración, fuera del comercio y sometida al Derecho administrativo. *Vid.* en este sentido las consideraciones realizadas en relación con la aplicación de este concepto a las aguas y la jurisprudencia al respecto en COLOM, E. (2007): «Dominio público hidráulico», en las pp. 650 y ss. de Embid Irujo, A. (dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*, Iustel, Madrid.

(5) En concreto, en Italia el artículo 822 del Código civil de 1942 dice que pertenecen al dominio público estatal los ríos, torrentes, lagos y otras aguas definidas públicas por la legislación dictada en la materia. Esa remisión debe entenderse referida inicialmente al Real Decreto legislativo núm. 1775, de 11 de diciembre de 1933, en el que se determinan con gran amplitud las aguas. Con posterioridad, se ha aprobado la Ley núm. 36, de 5 de enero de 1994, en cuyo artículo 1.º se dice que todas las aguas superficiales y subterráneas, aun las no afloradas del subsuelo, son públicas y constituyen un recurso que es salvaguardado y utilizado según criterios de solidaridad. Esta última previsión contenida en la Ley de 1994 y su alcance ha sido objeto de controversia en Italia. En relación con la evolución legislativa durante el siglo xx de la publicidad de las aguas públicas, *vid.* PIERI, S. (2003): «Acque», en las pp. 17 y ss. de *Digesto delle Discipline privatistiche*, UTET, Turín, y bibliografía y jurisprudencia allí citadas.

Y en España, en el artículo 1.º 2 de la Ley de Aguas de 1985 se decía que las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituirían un recurso unitario, subordinado al interés general, que formaba parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico. Dicha regulación se complementaba con la enumeración de bienes que se consideraban de dominio público en el artículo 2.º Junto a estas aguas públicas continuaban siendo privadas las previstas en las Disposiciones transitorias segunda y tercera, Disposición adicional primera y otras de carácter menor mencionadas en el articulado de la Ley de Aguas. Dicha regulación se ha incorporado a los artículos 1.º 3 y 2.º, y Disposiciones transitorias segunda y tercera y adicional primera del TRLA de 2001. En relación con las aguas que forman parte del dominio público, *vid.*, con carácter general, PLAZA MARTÍN, C. (2009): «El dominio público hidráulico», en las pp. 542 y ss. de GONZÁLEZ GARCÍA, J. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, Tirant lo Blanch, 2.ª ed., Valencia, y bibliografía y jurisprudencia allí citada.

posterior⁽⁶⁾. Solución esta última que también ha sido adoptada en Portugal, como puede apreciarse en otro trabajo de la presente obra, dedicado a la legislación de aguas de ese país⁽⁷⁾.

Por último, debe señalarse que la demanialización de las aguas y la atribución de la pertenencia a una Administración no conllevan que su gestor sea exclusivamente su titular. En algunos de los países, como significativamente ocurre en España, se ha producido una descentralización política, creándose las Comunidades Autónomas. Comunidades que asumen parte de su gestión. Esta disociación entre propiedad de las aguas, que corresponde al Estado, y parte de la gestión, a las Administraciones autonómicas, no afecta a la configuración del modelo. Los poderes de las Administraciones sobre las aguas derivan de su configuración como dominio público y su pertenencia pública⁽⁸⁾.

Frente a esta primera articulación dual de las aguas como *res publicae* o dominio público y particulares, en otros Estados se ha excluido desde el principio la posibilidad de apropiación de las aguas y, por tanto, la existencia de aguas de propiedad privada. Para ello se ha utilizado el concepto de Derecho romano de *res commune omnium*, en el que se incluyen las aguas corrientes. Categoría esta última que conlleva que las aguas no pertenecen a nadie y pueden ser utilizadas por todos.

Esta configuración puede apreciarse en Inglaterra. En dicho país todas las aguas se consideran corrientes y son *res commune omnium*. Ello conlleva que las aguas no puedan ser propiedad de persona privada o pública alguna y que el debate jurídico se centre en quién tiene derecho al aprovechamiento. Inicialmente, los propietarios de fundos ribereños eran los que tenían derecho a su aprovechamiento, pero esta situación se ha ido superando

(6) Algún autor ha señalado que esta diferencia entre Francia y España responde a la menor escasez de agua en Francia. *Vid.*, sobre la configuración de las aguas en Francia, las consideraciones realizadas por DÍAZ LEMA, J.M. (2006): *op. cit.*, pp. 254 y ss.; y DÍAZ LEMA, J.M.- (1986): *op. cit.*, pp. 687 y ss. Las aguas que se califican demaniales aparecen determinadas en la actualidad en el Código general de las propiedades de las personas públicas. Así, en su artículo L 2111-7 se establece que el dominio público fluvial natural está constituido por los cursos de agua y lagos pertenecientes al Estado, a las colectividades territoriales o sus agrupaciones y clasificados en su dominio público fluvial. De forma complementaria, en el artículo L 2111-12 se dice que la clasificación en el dominio público fluvial de una persona pública mencionada en el artículo L 2111-7 de un curso de agua, de una parte de un curso de agua, de un canal, lago o estanque se produce por un motivo de interés general relativo a la navegación, suministro de agua a las vías navegables, a las necesidades de agua de la agricultura y la industria, al abastecimiento de las poblaciones o la protección contra las inundaciones. La regulación expuesta coincide en su mayor parte con la contenida con anterioridad en el Código de dominio público fluvial y de la navegación interior de 1964. *Vid.*, en relación con esta última norma, DUFAU, J. (1990): *Le domaine public*, tomo I, Editions du Moniteur, París, pp. 99 y ss. Las restantes aguas no demaniales pueden ser de propiedad privada de los entes públicos o de propiedad particular.

(7) En concreto, en el artículo 84 de la Constitución portuguesa de 1976 se dice que son de dominio público los lagos, las lagunas y las corrientes de agua navegables o flotantes, con sus lechos respectivos. En desarrollo de esa previsión constitucional se ha aprobado la Ley núm. 54/2005, de 15 de noviembre, por la que se establece la titularidad de los recursos hídricos. En los artículos 2.º, 5.º y 7.º de esta Ley se amplían las aguas que se consideran dominio público y se incluyen otros supuestos de cursos de agua no navegables, aguas subterráneas y superficiales en predios públicos, determinados supuestos de aguas nacidas en predios privados o pluviales que caigan en estos, etc. *Vid.*, en relación con las aguas que se consideran demaniales y privadas y la intervención administrativa sobre las aguas de particulares, las consideraciones y bibliografía y jurisprudencia contenida en otro trabajo de la presente obra.

(8) En relación con esta disociación *vid.* jurisprudencia del TC y consideraciones realizadas en COLOM, E. (2007): *op. cit.*, pp. 651 y ss.

con posterioridad, admitiéndose el aprovechamiento de otras personas y la necesidad del otorgamiento de un título habilitante para el disfrute⁽⁹⁾.

De lo expuesto en el presente apartado se deduce que, en la actualidad, el modelo de configuración pública de las aguas descrito en el presente apartado parte de la exclusión de la propiedad privada de las aguas, ya sea en su totalidad —los países que califican las aguas como *res commune omnium*— o en su mayor parte —los países, como Italia o España, que califican como dominio público de la Administración casi todas las aguas—. Esa configuración pública ha permitido una intervención administrativa sobre las aguas, exigiendo autorizaciones, estableciendo prohibiciones, etc.

2. El modelo público de aguas fundamentado en la identificación de una función pública a la que están destinadas: la teoría de las cosas públicas vigente en Alemania

El modelo de configuración jurídica de las cosas públicas y, en concreto, de las aguas en Alemania es distinto al descrito en el apartado anterior, en la medida en que parte de bases diferentes⁽¹⁰⁾. En dicho país se admite la existencia de aguas privadas, que se regulan por el Derecho privado, y también de aguas públicas, que se rigen asimismo en lo esencial por el mismo régimen que las cosas privadas. Sobre ambos tipos de aguas se va a establecer una intervención administrativa. Intervención que conlleva una excepción a esa aplicación del Derecho privado a las aguas en lo que sea preciso para asegurar el fin público que cumplen y que es de una gran intensidad⁽¹¹⁾.

El esquema que se ha expuesto se articula jurídicamente de acuerdo con su propia teoría de las cosas públicas, teoría que no utiliza los conceptos de Derecho romano des-

(9) *Vid.*, en relación con el Derecho de aguas en Inglaterra, las consideraciones realizadas por GALLEGO ANABITARTE, A. (1986): *op. cit.*, pp. 73 y ss.; y LIÉBANA ORTIZ, J.R. (2005): «El Derecho de aguas inglés y la Directiva marco de aguas. Pasado y presente», *RARAP*, núm. 27, 2005, pp. 295 y ss.

(10) En relación con esta separación del Derecho alemán del resto de los ordenamientos de países de Europa occidental y, en particular, el sometimiento de la mayor parte de las aguas públicas al Derecho privado *vid.* GALLEGO ANABITARTE, A. (1986): *op. cit.*, pp. 57 y ss. *Vid.* también, sobre la teoría de las cosas públicas en Alemania y sus diferencias con la teoría del dominio público expuesta en el apartado anterior, las consideraciones realizadas y bibliografía citada en PAREJO ALFONSO, L. (1983): «Dominio público: un ensayo de reconstrucción de su teoría general», *RAP*, núm. 100-102, 1983, pp. 2396 y ss.; y DÍAZ LEMA, J.M. (1986): *op. cit.*, pp. 716 y 717.

(11) Así, DÍAZ LEMA, J.M. (1986): *op. cit.*, p. 726, ha afirmado que el Derecho alemán vigente ha alcanzado un grado de publicación de las aguas prácticamente absoluto. Y en, *op. cit.*, p. 718, señala que el contenido de las aguas está sujeto a intensas limitaciones, y entre ellas las siguientes: la propiedad del fundo y, accesoriamente, de las aguas, no implica el derecho al aprovechamiento de las aguas, puesto que con algunas excepciones el Estado se reserva la concesión de los aprovechamientos, ya sea al propietario o a un tercero; el propietario de aguas corrientes superficiales ha de soportar ciertos aprovechamientos comunes, para los usos individuales y domésticos fundamentales; o el propietario, cuando no es a la vez ribereño, ha de soportar ciertos aprovechamientos del ribereño. También existen limitaciones en relación con los cánones que percibe el propietario de las aguas. En relación con las diversas modalidades de aprovechamientos y títulos habilitantes requeridos *vid.* las consideraciones realizadas por el citado autor, *op. cit.*, pp. 719 y ss. *Vid.* también sobre el Derecho alemán OLLER RUBERT, M. (2007): «La evolución de Derecho de aguas en la República Federal Alemana», *REALA*, núm. 303, 2007, pp. 229 y ss.

Tal conjunto de limitaciones ha llevado a que se sostenga en la doctrina alemana que no hay propiamente propiedad en las aguas superficiales así como en las subterráneas, salvo en los ríos navegables de la Federación y de los Estados. *Vid.*, en este sentido, destacadamente el trabajo contenido en esta obra de J. PIELOW titulado «La aplicación del Derecho europeo de aguas en Alemania», apartado VIII.

critos en el apartado anterior ni las modificaciones posteriores de estos en los Derechos nacionales. Así, en el Derecho administrativo alemán la teoría de las cosas públicas no tiene por objeto propiamente el estatuto aplicable a los bienes de los entes públicos, que en lo esencial es el mismo que el aplicable a los de los particulares; sino que el objeto es la función pública que cumplen los bienes, el destino al que están afectados, y cuya efectividad y protección puede requerir el establecimiento de excepciones a la aplicación del estatuto de la propiedad privada, la imposición de servidumbres y limitaciones sobre los bienes privados, etc.

Desde esta perspectiva, en la teoría de las cosas públicas lo realmente importante es la regulación de esa finalidad pública y los poderes que se atribuyen para su efectividad y protección a las Administraciones, y no tanto averiguar quién es el propietario, que pasa a un segundo plano. Afirmación que aplicada a las aguas conlleva, dada su consideración como cosas públicas, la necesidad de determinar el régimen de intervención administrativa sobre las aguas para hacer efectiva la función pública que cumplen, pasando a un segundo plano quién es su titular⁽¹²⁾.

Por último, es necesario señalar que, en el caso de las aguas, la intervención administrativa sobre ellas no corresponde a un único ente público, sino a varios, según el sistema de distribución de competencias previsto en la legislación⁽¹³⁾, situación que no es novedosa, puesto que también se aprecia en los países descritos en el apartado anterior.

De lo expuesto en este apartado se deduce la configuración pública de las aguas. Configuración pública que consiste en el conjunto de instrumentos jurídicos precisos, tales como autorizaciones, limitaciones, prohibiciones, etc., para hacer efectiva y proteger la función que cumplen las aguas, y que no deriva de la titularidad pública de las aguas o de la declaración de inapropiabilidad de estas.

3. El modelo público de aguas mixto fundamentado en la calificación de parte de las aguas como dominio público de una Administración y en las restantes la identificación de una función pública, cuya efectividad y protección impone una intervención administrativa

Como se indicó en un epígrafe anterior, el modelo público dual de aguas que diferenciaba entre aguas de dominio público y privadas entra en crisis en el siglo xx. En algunos países, como es el caso de España, se optará por demanializar la mayor parte de las aguas y asumir las Administraciones su gestión y protección, admitiendo un número reducido de aguas privadas. Y en otros países se optará por un modelo mixto en el que la Administración no ampliará excesivamente los supuestos de aguas demaniales, respetando la titularidad priva-

(12) Como ha indicado DÍAZ LEMA, J.M. (2006): *op. cit.*, p. 257, en el Derecho alemán se ha llevado a su plenitud la publicación de todas las aguas, considerándolas en su conjunto como cosas públicas e imponiéndoles, por consiguiente, unas muy intensas limitaciones jurídico-públicas, que se traducen en que, con ciertas salvedades, la inmensa mayoría de los aprovechamientos están sometidos a un previo control administrativo (o bien de carácter autorizatorio o bien de carácter concesional); esto es aplicable por igual a las aguas superficiales y a las aguas subterráneas.

(13) *Vid.*, sobre la distribución de competencias de las Administraciones sobre las aguas privadas y públicas en Alemania, DÍAZ LEMA, J.M. (1986): *op. cit.*, pp. 713 y ss.

da de las aguas, pero las someterá a una serie de controles similares a los existentes en las aguas demaniales. De esta forma, la configuración pública de las aguas tendrá un doble fundamento: la calificación como dominio público de una parte de ellas, asumiendo su gestión y protección, y la intervención administrativa en las aguas privadas fundamentada en la existencia de un interés público (protección medioambiental, etc.).

Esta situación puede apreciarse en Francia. Durante el siglo xx se produce la demanialización de ciertas aguas, pero el resto permanecen privadas. No obstante, de ello no puede deducirse que no se haya avanzado en la configuración pública de las aguas. Por el contrario, esa publicación se ha producido, aunque utilizando las técnicas propias del modelo alemán. Es decir, las aguas privadas no se demanializan, pero se identifica un interés o función pública que justifica la intervención de la Administración en ellas, exigiendo autorizaciones, estableciendo prohibiciones y limitaciones, etc. De esta forma, se opta por un modelo mixto que parte de una demanialización de determinadas aguas, asumiendo su gestión y protección, dado que la Administración es su titular, y una intervención pública en las aguas privadas, justificada en su protección⁽¹⁴⁾.

Asimismo, puede apreciarse este modelo mixto en Portugal. Como se indica en otro estudio específico en esta obra sobre la legislación portuguesa de aguas, en la década de los años noventa del siglo xx, se aprobaron determinadas normas en las que se optó por no por demanializar las aguas privadas, sino sujetar todos los usos del dominio hídrico, fuera este público o privado, a título de utilización⁽¹⁵⁾.

En resumen, de la situación descrita en diversos países europeos se deduce que existe una intervención considerable en las aguas, intervención que puede articularse mediante la asunción de la titularidad de las más importantes por la Administración —dominio público—, dejando supuestos de menor relevancia en el dominio privado o declarándolas inapropiables por persona alguna —*res commune omnium*—. O también puede manifestarse jurídicamente mediante su consideración como cosas públicas, por existir una función pública justificativa de esta calificación, y mediante el establecimiento consecuente de un régimen de

Configuración pública que consiste en el conjunto de instrumentos jurídicos precisos, tales como autorizaciones, limitaciones, prohibiciones, etc., para hacer efectiva y proteger la función que cumplen las aguas.

(14) *Vid.*, sobre estos controles, consideraciones realizadas por DÍAZ LEMA, J.M. (2006): *op. cit.*, pp. 255 y ss. En él el autor afirma que se ha aprobado en Francia la Ley de 3 de enero de 1992, en la que se introduce un principio general de control administrativo —consistente en una autorización administrativa o una simple declaración— aplicable por igual a las corrientes de agua no dominiales y dominiales, así como las subterráneas; únicamente quedan excluidos los aprovechamientos domésticos. La existencia de esta intervención administrativa ha llevado al citado autor, *op. cit.*, p. 257, a sostener que el control previsto en la citada Ley de 1992 produce unos resultados muy cercanos a la declaración de dominialidad general; y solo la abundancia de los recursos hidráulicos explica que se haya quedado a las mismas puertas de la declaración de dominio público. *Vid.* también, sobre estos controles, las consideraciones realizadas en otro trabajo de esta obra dedicado a la legislación francesa de aguas.

(15) *Vid.* consideraciones realizadas por SERENO, A., en el estudio incluido en esta revista titulado «La aplicación del Derecho de aguas en Portugal», pp. 233 y ss.

intervención estricto sobre las aguas —autorizaciones, declaraciones, limitaciones, etc.—; régimen de intervención que se aplica tanto a las aguas privadas como públicas. O puede articularse mediante una combinación de los dos supuestos anteriores —dominio público de las aguas y sometimiento a intervención pública de las aguas privadas—.

II. LA INCORPORACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN PÚBLICA DE LAS AGUAS A LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS: INTRODUCCIÓN DE UNA REGULACIÓN COMÚN MÍNIMA PARA TODOS LOS ESTADOS MIEMBROS

La configuración pública de las aguas antes de la aprobación de la DMA en la mayor parte de los Estados europeos, aunque con diferencias en su articulación jurídica, ha llevado a que en la citada Directiva se refleje esta. No obstante, la existencia de varios modelos de concreción de esa publicidad determina que en la DMA se opte por la solución que se adapte a la mayor parte de los ordenamientos nacionales, y que consiste en regular el fin público perseguido en las aguas y los mecanismos de intervención para hacerlo efectivo. De esta forma, se consigue que la regulación contenida en la DMA sea compatible con el modelo alemán o el modelo mixto de configuración pública de las aguas y con el modelo que utiliza el concepto de *res commune omnium* aplicado a las aguas; no obstante, la solución elegida plantea problemas con el modelo dual de aguas demaniales/privadas, como es el español, como se indicará en un apartado posterior⁽¹⁶⁾.

Precisamente, esta falta de adaptación del modelo español obliga a examinar los mecanismos de intervención pública contenidos en la DMA y, en última instancia, la configuración pública de estas. Para ello primero se examinará el alcance y fines perseguidos por la DMA y, en especial, su aplicación a todo tipo de aguas (II.1). Y, posteriormente, se hará una breve referencia a algunos de los mecanismos de intervención regulados en la DMA. Entre ellos se aludirá a la autorización previa para la captación de aguas dulces superfi-

(16) La DMA es compatible con el modelo alemán, dado que lo que hace es regular la función pública y los instrumentos para hacer efectiva esa finalidad pública; intervención que recae tanto sobre aguas públicas como privadas. Desde esta perspectiva se corresponde con la teoría de las cosas públicas expuesta en el apartado anterior. O también puede aplicarse la DMA en el modelo mixto, en el que existe un dominio público hidráulico y una intervención pública sobre las aguas privadas. En ambos casos existe una función pública y una actuación administrativa, si bien más intensa en el caso de las aguas demaniales que la que recae sobre aguas privadas. O, asimismo, se corresponde con el modelo que utiliza el concepto de *res commune omnium*, al ser los poderes públicos los que protegen las aguas y los que son garantes del cumplimiento de los fines fijados por la DMA.

Por el contrario, la regulación de la DMA plantea problemas en el modelo dual de aguas demaniales/privadas, como es el español. En él se parte de que las aguas privadas se rigen prioritariamente por el Derecho privado, frente a las demaniales, sometidas plenamente al Derecho administrativo. Aplicación de los principios de Derecho privado que puede ser incompatible con el intervencionismo público sobre las aguas privadas ordenado por la DMA, tal y como se expondrá en un apartado posterior. Ello puede obligar a modificar el modelo español de configuración pública de las aguas para convertirlo en un sistema mixto, como es el francés o portugués.

En relación con la DMA, a la que se hará referencia en el presente apartado *vid.* Agudo González; A. (coord.) (2010): *El Derecho de aguas en clave europea*, La Ley, Madrid; TIRADO ROBLES; C. (2004): *La política del agua en el marco comunitario y su integración en España*, Thomson/Aranzadi, Pamplona; y LA CALLE MARCOS, A. (2004): «El nuevo marco que introduce la Directiva Marco de Aguas en la Unión Europea» en las pp. 69 y ss. de Aguilera, A., y Arrojo, P. (coords.), *El agua en España. Propuestas de futuro*, Ediciones del Oriente y del Mediterráneo, Madrid. *Vid.* también la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo «La política de aguas de la Comunidad europea» de 21 de febrero de 1996 [COM (96) 59 final].

ciales y recarga y aumento de las aguas subterráneas y otras medidas de control (II.2), las autorizaciones previas de vertidos en las masas de aguas y otras medidas adoptadas (II.3), la introducción de criterios preferentes de utilización de las aguas (II.4) o la regulación de los precios del agua (II.5).

1. Identificación del fin público perseguido por la Directiva marco de aguas: la protección de las aguas superficiales y subterráneas tanto desde la perspectiva cuantitativa como cualitativa

El fin público perseguido por la DMA es la protección de las aguas superficiales y subterráneas⁽¹⁷⁾. Esta finalidad se interpreta de forma amplia en la DMA. Así, se consideran medidas de protección los controles cuantitativos, que afectan a la cantidad de recurso (v. gr. autorización de las captaciones de agua dulce), y también se consideran como tales los controles cualitativos, centrados en la calidad de las aguas (v. gr. autorización de vertidos). Es preciso resaltar que los primeros afectan a la forma de gestionar las aguas⁽¹⁸⁾. Por otra

(17) Así, en los Considerandos de la DMA se dice que el agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que proteger, defender y tratar como tal (Considerando 1). Y esta protección es precisa, dado que las aguas de la Comunidad están sometidas a la creciente presión que supone el continuo crecimiento de la demanda de agua de buena calidad en cantidades suficientes para todos los usos (Considerando 4). De ahí que sea necesario desarrollar una política comunitaria integrada de aguas (Considerando 9). Política que necesita un marco legislativo coherente, efectivo y transparente que proporcione principios comunes y un marco general de actuación; marco que se contiene en la DMA y en el que, entre otros aspectos, se contienen los principios generales de protección y uso sostenible del agua en la Comunidad de conformidad con el principio de subsidiariedad (Considerando 18).

(18) Esta doble perspectiva de la protección se justifica en los Considerandos de la DMA. En este sentido, por ejemplo, en el Considerando 19 se afirma que la presente Directiva tiene por objeto mantener y mejorar el medio acuático de la Comunidad; este objetivo se refiere principalmente a la calidad de las aguas afectadas; sin embargo, el control cuantitativo es un factor de garantía de una buena calidad de las aguas y, por consiguiente, deben establecerse medidas cuantitativas subordinadas al objetivo de garantizar una buena calidad. En el Considerando 20 se dice que el estado cuantitativo de una masa de agua subterránea puede tener repercusiones en la calidad ecológica de las aguas superficiales y de los ecosistemas terrestres asociados con dicha masa de agua subterránea. O se alude de nuevo a esta doble perspectiva en el Considerando 23 de la DMA. *Vid.*, en relación con la interpretación amplia de la protección de las aguas, así como el fundamento de la competencia comunitaria para aprobar la DMA, las consideraciones realizadas por TIRADO ROBLES; C. (2004): *op. cit.*, pp. 62 y ss., y 83 y ss.; y AGUDO GONZÁLEZ, J. (2010): pp. 73 y ss. de Agudo González, A. (coord.), *El Derecho de aguas en clave europea*, La Ley, Madrid. Esta doble perspectiva cuantitativa y cualitativa tiene sus precedentes, tal y como se señala en los Considerandos 3 y 4 de la DMA. En concreto, en el Considerando 3 se dice que en la declaración del seminario ministerial sobre aguas subterráneas, celebrado en La Haya en 1991, se reconocía la necesidad de adoptar medidas para evitar el deterioro a largo plazo de los aspectos cualitativos y cuantitativos de las aguas dulces y se solicitó la aplicación de un programa de medidas antes del año 2000 encaminado a lograr la gestión sostenible y la protección de los recursos hídricos; en sus Resoluciones de 25 de febrero de 1992 y de 20 de febrero de 1995, el Consejo exigió un programa de actuación en materia de aguas subterráneas y una revisión de la Directiva 80/68/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1979, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas en el marco de una política general de protección de las aguas dulces. Y en el Considerando 4 de la DMA se dice que las aguas de la Comunidad están sometidas a la creciente presión que supone el continuo crecimiento de la demanda de agua de buena calidad en cantidades suficientes para todos los usos; el 10 de noviembre de 1995, en su Informe «El medio ambiente en la Unión Europea-1995», la Agencia Europea del Medio Ambiente presentó un estudio actualizado sobre el estado del medio ambiente, en el que se confirmaba la necesidad de tomar medidas para proteger las aguas comunitarias en términos cualitativos y cuantitativos.

A cada uno de estos tipos de controles se asocian instrumentos jurídicos diferentes, tal y como se indica en los Considerandos de la DMA. Así, por lo que respecta a los controles cualitativos, se mencionan las medidas de pre-

parte, debe señalarse que esos controles cuantitativos y cualitativos de las aguas se realizan por demarcaciones hidrográficas y por la autoridad competente que designen los Estados⁽¹⁹⁾.

Y para hacer efectiva esta finalidad, en la DMA no se diferencia entre aguas privadas o públicas ni superficiales ni subterráneas. A todas ellas se aplican. Además, las aguas superficiales y subterráneas se consideran, en principio, recursos naturales renovables (Considerando 28 de la DMA). De la misma forma la DMA se aplica a las aguas de transición y costeras⁽²⁰⁾.

Debe resaltarse la inclusión de las aguas costeras dentro de las aguas superficiales, lo que conlleva, desde la perspectiva de algunos ordenamientos nacionales, una novedad, como es el caso español⁽²¹⁾. Consideración como parte de las aguas superficiales que conlleva que se les aplique la DMA y, por tanto, el cumplimiento de los objetivos medioambientales previstos en el artículo 4.º de la DMA, su inclusión en la demarcación o demarcaciones hidrográficas más próximas o más apropiadas (artículo 3.º 1 de la DMA) y su previsión en los programas de medidas y en los planes hidrológicos de cuenca (artículos 3.º 4 y 13 y Anexos II y VII de la DMA).

vención y control de la contaminación, el control de la contaminación por vertido, emisión o pérdida de sustancias peligrosas prioritarias, etc. (v. gr. Considerandos 40, 43, etc.) Y, por lo que respecta a los controles cuantitativos, en el Considerando 41 se dice que, en cuanto a los aspectos cuantitativos del agua, deben establecerse principios generales de control de la captación y del almacenamiento a fin de garantizar la sostenibilidad medioambiental de los sistemas acuáticos afectados.

(19) En este sentido, en el artículo 3.º 2 de la DMA se dice que los Estados miembros adoptarán las disposiciones administrativas adecuadas, incluida la designación de la autoridad competente apropiada, para la aplicación de las normas de la presente Directiva en cada demarcación hidrográfica situada en su territorio. Dicha autoridad competente podrá ser un organismo nacional o internacional preexistente, según el artículo 3.º 6 de la DMA, y existir varias en una misma demarcación hidrográfica, aunque deben actuar coordinadamente, según se especifica en el artículo 3.º 8 de la DMA. Finalmente, es preciso señalar que la demarcación hidrográfica se define en el artículo 2.º como la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, designada, de acuerdo con el artículo 3.º 1 de la misma Directiva, como principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas.

(20) Las definiciones de aguas subterráneas y superficiales se contienen en el artículo 2.º de la DMA. Así, aguas subterráneas son aquellas que se encuentran bajo la superficie del suelo en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo. Y aguas superficiales son las aguas continentales, excepto las aguas subterráneas; las aguas de transición y las aguas costeras, y, en lo que se refiere al estado químico, también las aguas territoriales. En dichas definiciones se entienden incluidas tanto las aguas privadas como públicas. En relación con la aplicación de la DMA a las aguas costeras *vid.* TIRADO ROBLES, C. (2004): *op. cit.*, pp. 71 y ss.; y CHINCHILLA PEINADO, J.A. (2010): pp. 165 y ss. de Agudo González, J. (coord.), *El Derecho de aguas en clave europea*, La Ley, Madrid.

(21) Por aguas costeras se entiende, según el artículo 2.º 7 de la DMA, las aguas superficiales situadas hacia tierra desde una línea cuya totalidad de puntos se encuentra a una distancia de una milla náutica mar adentro desde el punto más próximo de la línea de base que sirve para medir la anchura de las aguas territoriales y que se extienden, en su caso, hasta el límite exterior de las aguas de transición.

La inclusión de las aguas costeras se justifica en el Considerando 17 de la DMA. En él se dice que una política de aguas eficaz y coherente debe tener en cuenta la vulnerabilidad de los ecosistemas acuáticos situados cerca de las costas y los estuarios o en golfos o mares relativamente cerrados, puesto que el equilibrio de todas estas zonas depende en buena medida de la calidad de las aguas continentales que fluyen hacia ellas; la protección del estado de las aguas en las cuencas hidrográficas proporcionará beneficios económicos, al contribuir a la protección de las poblaciones piscícolas, incluidas aquellas que tienen su hábitat cerca de las costas.

2. Medidas de control de la captación y almacenamiento del agua dulce y recarga y aumento de las aguas subterráneas: las autorizaciones previas otorgadas por las autoridades competentes

En la DMA se enumeran unos instrumentos para hacer efectivo el control cuantitativo de las aguas superficiales y subterráneas, y se establece la posibilidad de que los Estados miembros introduzcan otros diferentes. Dichos controles, que se aplican tanto a aguas privadas como públicas, se justifican en el Considerando 41 de la DMA en que con ellos se garantiza la sostenibilidad medioambiental de los sistemas acuáticos afectados. En concreto, los controles que se mencionan en la DMA son los siguientes:

a) Autorización previa para la captación de aguas dulces superficiales y subterráneas y para el embalse de aguas dulces superficiales [artículo 11.3.e) de la DMA]. Dicha modalidad de control se revisará periódicamente y, cuando proceda, se actualizará. Es preciso advertir que el apartado e) del artículo 11.3 permite excluir de la autorización algunos supuestos por su escasa relevancia. Así, en el citado precepto se dice que los Estados miembros podrán eximir de dichos controles las captaciones o embalses que no repercutan de manera significativa en el estado del agua.

b) Registro o registros de captación de aguas dulces superficiales y subterráneas [artículo 11.3.e) de la DMA]. Al igual que se dijo en el caso anterior, dicho control se revisará periódicamente y, cuando proceda, se actualizará, y los Estados miembros podrán eximir de este a las captaciones que no repercutan de manera significativa en el estado del agua.

c) Otras medidas de control para la captación de aguas dulces superficiales y subterráneas [artículo 11.3.e) de la DMA]. En el citado precepto no se enumeran, permitiendo a los Estados su introducción.

d) Autorización previa para la recarga o el aumento de masas de agua subterránea [artículo 11.3.f) de la DMA]⁽²²⁾. Dicho control se revisará periódicamente y, cuando proceda, se actualizará.

Las autorizaciones a las que se acaba de hacer referencia pueden ser objeto de revisión en los casos en los que no se logren los objetivos de protección de las masas de agua (artículo 11.5 de la DMA)⁽²³⁾.

Debe resaltarse la inclusión de las aguas costeras dentro de las aguas superficiales, lo que conlleva desde la perspectiva de algunos ordenamientos nacionales una novedad, como es el caso español.

(22) Es preciso advertir que esta autorización previa, en algunos casos, es necesario relacionarla con la descrita en el apartado a) anterior, puesto que ha sido necesario previamente realizar una captación del agua. Relación que se pone de manifiesto en el artículo 11.3.f) de la DMA, al afirmar que el agua que se utilice para este fin podrá obtenerse de cualquier agua superficial o subterránea, siempre que el uso de la fuente no comprometa la consecución de los objetivos medioambientales establecidos para la fuente o la masa de agua recargada o aumentada.

(23) En el artículo 11.5 de la DMA se establece que, cuando los datos en virtud de actividades de seguimiento u otros datos indiquen que probablemente no se lograrán los objetivos establecidos en el artículo 4.º de la Directiva

Finalmente, es necesario advertir que con posterioridad a la DMA se ha aprobado la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, directiva que es aplicable a los casos de usos de agua que requieran una intervención pública y, en particular, una autorización, y Directiva en la que se regula el procedimiento de concesión de autorizaciones en ciertos supuestos y se establecen condiciones para que pueda exigirse una autorización⁽²⁴⁾.

3. Medidas de control de los vertidos en las masas de agua

Las captaciones de aguas para aprovechamientos exigen en numerosas ocasiones el vertido de las aguas sobrantes. Este vertido puede ser realizado mediante una fuente puntual, como sucede con los vertidos procedentes de industrias, poblaciones, etc., o bien mediante una fuente difusa, como puede suceder con los regadíos agrícolas. La DMA va a introducir condicionantes en forma de autorizaciones previas, prohibiciones o introducción de reglamentaciones. Es preciso indicar que esta regulación debe estar coordinada con la expuesta en el apartado anterior, en la medida en que carece de sentido otorgar una autorización para la captación para un determinado uso y denegar la autorización de vertidos procedentes de esa actividad⁽²⁵⁾.

Los controles de vertidos aparecen enumerados en el artículo 11.3 de la DMA y artículos complementarios, y en ellos se diferencia en función de la fuente de procedencia:

a) Controles para vertidos procedentes de fuente puntual que puedan causar contaminación. De acuerdo con el artículo 11.3.g) de la DMA, estos podrán consistir en un requisito de reglamentación previa, como la prohibición de la entrada de contaminantes en el agua, o el requisito de autorización previa, o el registro basado en normas generales de carácter vinculante, que establezca controles de la emisión de los contaminantes de que se trate, incluyendo los controles con arreglo a lo dispuesto en los artículos 10 y 16 de la DMA. Dichos controles se revisarán periódicamente y, cuando proceda, se actualizarán.

b) Controles para los vertidos procedentes de fuentes difusas que puedan causar contaminación. Según el artículo 11.3.h) de la DMA, estos controles podrán consistir en un requisito de reglamentación previa, como la prohibición de la entrada de contaminantes

marco para una masa de agua, el Estado velará por que se investiguen las causas de esa posible carencia, se examinen y revisen adecuadamente los permisos y autorizaciones pertinentes, se revisen y ajusten adecuadamente los programas de seguimiento, y se establezcan las medidas adicionales que sean necesarias para lograr los objetivos, incluido, cuando proceda, el establecimiento de normas de calidad medioambiental más estrictas con arreglo a los procedimientos del Anexo V de la DMA. Por otra parte, en el propio artículo 11.5 de la DMA se establece que cuando esas causas resulten de circunstancias debidas a causas naturales o de fuerza mayor que sean excepcionales y no hayan podido preverse razonablemente, en particular, graves inundaciones y sequías prolongadas, el Estado miembro podrá determinar que no es factible adoptar medidas adicionales, de conformidad con el artículo 6.º 4 de la DMA.

(24) *Vid.*, por ejemplo, la exigencia de un procedimiento público e imparcial y transparente para otorgar autorizaciones en recursos naturales cuando estas sean limitadas, contenida en el artículo 12 de la Directiva. O la regulación contenida en los artículos 9.º y ss. de la Directiva relativa a las autorizaciones, en aquello que sea aplicable.

(25) Esa necesaria coordinación se aprecia, por ejemplo, en el artículo 7.º de la DMA. En dicho precepto se establecen normas relativas a la captación de agua potable para consumo humano y normas relativas a la depuración de aguas.

en el agua, el requisito de autorización previa, o el registro basado en normas generales de carácter vinculante, cuando este requisito no esté establecido de otra forma en la legislación comunitaria. Dichos controles se revisarán periódicamente y, cuando proceda, se actualizarán.

c) Controles de vertidos directos de contaminantes en las aguas subterráneas. En relación con estos, en el artículo 11.3.j) de la DMA se establece la prohibición de vertidos directos en las aguas subterráneas, sin perjuicio de los supuestos concretos que menciona el propio precepto, en los que los Estados podrán autorizar la reinyección en ellas para fines geotérmicos, de exploración y extracción de hidrocarburos o actividades mineras, etc., siempre que dichos vertidos no pongan en peligro el logro de los objetivos medioambientales establecidos para esa masa de agua subterránea.

d) Otro tipo de controles. En el artículo 11.3.i) de la DMA se prevé la posibilidad de establecer medidas para garantizar en particular que las condiciones hidromorfológicas de las masas de agua estén en consonancia con el logro del estado ecológico necesario o del buen potencial ecológico de las masas de agua designadas como artificiales o muy modificadas. Los controles realizados con este fin podrán consistir en el requisito de autorización previa o de registro basado en normas generales de carácter vinculante, cuando no esté establecido de otra forma en la legislación comunitaria. Dichos controles se revisarán periódicamente y, cuando proceda, se actualizarán.

4. Determinación de los criterios preferentes de utilización de las aguas

El objeto de la DMA, según su artículo 1.º, es establecer un marco para la protección de las aguas superficiales y subterráneas que promueva un uso sostenible del agua basado en la protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles, y contribuir de esta forma a garantizar el suministro suficiente de agua superficial o subterránea en buen estado, tal y como requiere un uso del agua sostenible, equilibrado y equitativo, y reducir de forma significativa la contaminación de las aguas subterráneas.

El cumplimiento de estas finalidades requiere, entre otras medidas, conocer cuáles son los usos más apropiados y priorizar unos usos frente a otros. La DMA no concreta cuáles son estos usos prioritarios, salvo la excepción a la mención de las aguas para consumo humano contenida en el artículo 7.º de la DMA⁽²⁶⁾. Dichos usos deben determinarse en el ámbito de cada demarcación hidrográfica, respetando las reglas previstas en la DMA. Entre

(26) Así, en el apartado primero del artículo 7.º de la DMA se establece que los Estados miembros especificarán, dentro de cada demarcación hidrográfica, todas las masas de agua utilizadas para la captación de agua destinada al consumo humano que proporcionen un promedio de 10 m³ diarios o que abastezcan a más de 50 personas, y todas las masas de agua destinadas a tal uso en el futuro, y en el apartado tercero del citado precepto se establece que los Estados miembros velarán por la necesaria protección de las masas especificadas, con objeto de evitar el deterioro de su calidad, contribuyendo así a reducir el nivel de tratamiento de purificación necesario para la producción de agua potable; los Estados miembros podrán establecer perímetros de protección para esas masas de agua.

Es preciso advertir que en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo - La política de aguas de la Comunidad europea» (97/C30/02) se propuso expresamente que se indicara en la futura Directiva una priorización de usos, que quedaría definida por el abastecimiento humano, la garantía de los requerimientos ecológicos, los usos agrícolas e industriales y el ocio y otros usos santuarios. Tales propuestas, sin embargo, no se tuvieron en cuenta en la redacción final de la DMA.

esas reglas se encuentra que los usos sean compatibles con los objetivos medioambientales enumerados en el artículo 4.º de la DMA, salvo que concurren algunas de las excepciones previstas en el citado precepto⁽²⁷⁾, y que sean determinados siguiendo los pasos fijados en la DMA⁽²⁸⁾.

5. El establecimiento de precios del agua

En la DMA se regulan los precios por el uso del agua y los criterios para fijar su cuantía. Ello responde a la consideración de los precios como un instrumento más para conseguir los objetivos fijados en la DMA⁽²⁹⁾.

Esta vinculación entre precios y objetivos de la DMA se reconoce en el propio artículo 9.º de la DMA. En dicho precepto se establece que con los precios del agua los Estados miembros garantizarán dos objetivos: que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales de la presente Directiva, y que conlleve una contribución adecuada de los diversos usos del agua desglosados, al menos, en industria, hogares, y agricultura, a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, basada en el análisis económico efectuado con arreglo al Anexo III de la DMA, y teniendo en cuenta el principio de que quien contamina paga. Al cumplir con estos dos objetivos, los Estados miembros podrán tener en cuenta los efectos sociales,

(27) Entre los objetivos fijados en el artículo 4.º de la DMA se mencionan la necesidad de prevenir el deterioro, proteger, mejorar y regenerar las masas de aguas superficiales, proteger y mejorar las masas de aguas superficiales y muy modificadas y la reducción de progresiva de la contaminación procedente de sustancias prioritarias e interrumpir o suprimir gradualmente los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias. De forma similar, aunque con adaptaciones, para las aguas subterráneas el artículo 4.º 1.b) de la DMA. *Vid.* también el artículo 4.º de la DMA en relación con la persecución de objetivos menos rigurosos en ciertos supuestos, prórroga de plazos para cumplir esos objetivos o la determinación de las actuaciones que constituyen infracciones de la DMA. Esta necesidad de respetar los objetivos fijados, al autorizar los diversos usos del agua, ha sido puesta de manifiesto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2012, Asunto C-43/10.

(28) En la DMA se regulan los diversos pasos para determinar los usos prioritarios. Así, en primer lugar, en el artículo 5.º se contempla la realización de un estudio de las repercusiones de la actividad humana en el estado de las aguas superficiales y subterráneas, en las condiciones marcadas en el Anexo II de la DMA, y un análisis económico del agua de acuerdo con lo previsto en el Anexo III. Dichos estudio y análisis se revisarán periódicamente de conformidad con lo previsto en el artículo 5.º 2 de la DMA. Las conclusiones de este estudio y análisis se tendrán en cuenta en el programa de medidas de la demarcación hidrográfica. Programa de medidas regulado en el artículo 11 de la DMA y en el que se incluyen las prohibiciones de ciertos usos, la introducción de autorizaciones, el fomento de los usos más eficaces y sostenibles del agua, etc. Y los resultados de estos programas, a su vez, se incorporan a los planes hidrológicos de cuenca, tal y como se indica en el artículo 13 y Anexo VII de la DMA.

(29) Así, en el Considerando 38 de la DMA se dice que el uso de instrumentos económicos por los Estados miembros puede resultar adecuado en el marco de un programa de medidas; el principio de recuperación, 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; con este fin será necesario un análisis económico de los servicios del agua basado en previsiones a largo plazo de la oferta y la demanda de agua en la demarcación hidrográfica. *Vid.* también, en relación con la utilización de los precios del agua para conseguir las finalidades de la DMA, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo y al Comité económico y social «Política de tarificación y uso sostenible de los recursos hídricos». Bruselas, 26 de julio de 2000 [COM (2000) 477 final].

medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones afectadas⁽³⁰⁾.

En resumen, de lo expuesto en el presente apartado se deduce que en la DMA se contiene una configuración pública de las aguas coherente con la situación existente en la mayor parte de los países europeos antes de su aprobación y que se expuso en un epígrafe anterior. Configuración que parte de la determinación de una función pública en las aguas —la protección de las aguas superficiales y subterráneas— y que se concreta en la utilización de un conjunto de instrumentos jurídicos diversos previstos en la propia DMA —autorizaciones, prohibiciones y limitaciones, etc.—.

III. LA ADAPTACIÓN DEL MODELO ESPAÑOL DE CONFIGURACIÓN PÚBLICA DEL AGUA A LA NUEVA REGULACIÓN CONTENIDA EN LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS: LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE INTERVENCIÓN PÚBLICA

Tal y como se expuso en apartados anteriores, en la DMA se contiene una configuración pública de las aguas que se adapta al modelo alemán y al modelo mixto de aguas, así como a aquellos países que parten de la consideración de las aguas como *res commune omnium*. Sin embargo, plantea desajustes en aquellos países en los que las aguas son dominio público en su mayor parte y existen aguas privadas que se rigen prioritariamente por el Derecho privado. Modelo dual de aguas públicas y privadas que es el vigente en España y que debe ser adaptado a la DMA, como se indicará en un apartado específico a continuación (III.1).

A esta necesidad de adaptación se une otra novedad relevante contenida en la DMA, y que consiste en la inclusión de las aguas costeras dentro de las aguas superficiales y su sometimiento a las previsiones de la Ley de Aguas. Esta novedad plantea desajustes importantes en nuestra tradicional división entre aguas terrestres o continentales (dominio público hidráulico) y aguas marinas (dominio público marítimo-terrestre), como se indicará otro epígrafe posteriormente (III.2).

1. La adaptación del modelo de configuración pública de las aguas español a la DMA: la introducción del modelo mixto de configuración pública de las aguas

El modelo de configuración pública de las aguas existente en nuestro Derecho se basa en que la mayor parte de las aguas se califica como bie-

Las aguas privadas no se rigen prioritariamente por el Derecho privado, sino que, por el contrario, se regulan en primer lugar por la DMA y las normas nacionales que la trasponen y, en la medida en que sea compatible, por el Derecho privado.

(30) En relación con los precios *vid.*, también, las excepciones a su aplicación y las condiciones para ello contenidas en el artículo 9.º 4 de la DMA.

nes de dominio público de una Administración y, por tanto, son cosas fuera del comercio destinadas a un fin público y se rigen por normas administrativas especiales, y entre ellas, el TRLA de 2001. Junto a estas aguas públicas, en el modelo español también se admiten aguas privadas que se rigen por el Derecho privado y, en lo que sea aplicable, la legislación de aguas. Este modelo dual se refleja en la versión originaria del TRLA de 2001, y con anterioridad en la Ley de Aguas de 1985⁽³¹⁾.

El modelo dual descrito se pone en cuestión, en la medida en que la configuración pública de las aguas contenida en la DMA parte de otros presupuestos y de la intervención administrativa en todas las aguas, con independencia de si son privadas o públicas, según se expuso en un apartado anterior. De ello se deriva que las aguas privadas no se rigen prioritariamente por el Derecho privado, sino que, por el contrario, se regulan en primer lugar por la DMA y las normas nacionales que la trasponen y, en la medida en que sea compatible, por el Derecho privado. Esto supone un cambio en el modelo de configuración pública de las aguas existente en nuestro país, que lo hace similar al modelo mixto de otros países como Portugal o Francia⁽³²⁾.

La novedad introducida en la DMA, además, tiene un alcance mayor, en la medida en que la protección de las aguas, que es el objetivo perseguido por esta, conlleva la introducción de controles cualitativos y cuantitativos. Controles cuantitativos que inciden directamente en la gestión de las aguas, tal y como se indicó en el apartado precedente, y alcanza a cuestiones tan importantes como las autorizaciones previas para la captación, los precios del agua, etc.

La transposición de la DMA al Derecho nacional ha llevado a modificar el TRLA del 2001 por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Sin embargo, la adaptación que se ha realizado plantea dudas en relación con el tema que se está tratando en el presente apartado, puesto que las aguas privadas no han sido sometidas a los controles cuantitativos más

(31) En el artículo 2.º de la Ley de Aguas de 1985 se establecía que formaban parte del dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades establecidas en la propia Ley, las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación. Esas salvedades aludían a las aguas subterráneas privadas y superficiales que eran privadas con anterioridad a la Ley de 1985 y que continuaban siendo privadas con posterioridad a esta. A las aguas subterráneas privadas aludían las Disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley de 1985, y a las aguas superficiales privadas se referían la Disposición adicional primera y el artículo 10 de la Ley de Aguas de 1985. En relación con las aguas subterráneas privadas se ha señalado por algunos autores que resultan de importancia. Vid. PLAZA MARTÍN, C. (2009): *op. cit.*, pp. 547 y ss., y bibliografía allí citada. La regulación contenida en la Ley de Aguas de 1985 se ha incorporado al Texto refundido de la Ley de Aguas de 2001. Por otra parte, la aplicación del Derecho privado a las aguas subterráneas privadas se reconoce en las Disposiciones transitorias segunda y tercera de la Ley de Aguas de 1985 y el TRLA de 2001. No obstante, en dichas disposiciones también se prevé que será de aplicación a estas, en todo caso, las previsiones de las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad, y en general, las relativas a limitaciones del uso del dominio público hidráulico. Vid., en relación con la titularidad de las aguas y la composición del dominio público hidráulico, las consideraciones realizadas por MARTÍN RETORTILLO, S. (1997): *Derecho de aguas*, Civitas, Madrid, pp. 107 y ss., y COLOM, E. (2007): «Dominio público hidráulico» en pp. 648 y ss. de Embid Irujo; A. (dir.), *Diccionario de Derecho de aguas*, Iustel, Madrid.

(32) Este cambio de modelo ya ha sido indicado para el caso de la diferenciación entre aguas subterráneas privadas y públicas después de la DMA por Embid Irujo, A. (2006): «A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa», *Revista Justicia Administrativa*, núm. extraordinario 2006, pp. 187 y ss., y AGUDO GONZÁLEZ, J. (2010): pp. 140 y 141, en Agudo González, J. (coord.), *El Derecho de aguas en clave europea*, La Ley, Madrid

importantes previstos en la DMA. Así, la captación de aguas subterráneas privadas o las superficiales que todavía son particulares no están sometidas a autorización previa, etc.⁽³³⁾ Y en otros aspectos referidos a estas no se ha determinado cuáles son los efectos de la aplicación de la DMA a las aguas privadas⁽³⁴⁾. Por otra parte, se han mantenido sin modificar las Disposiciones transitorias segunda y tercera del TRLA, de las que puede deducirse la limitación de la aplicación del TRLA a las aguas privadas.

Esta falta de adaptación de los puntos indicados del TRLA a la DMA contrasta con el hecho de que en otras materias sí que se han sometido las aguas públicas y privadas a las disposiciones contenidas en la DMA. En este sentido cabe destacar que, a efectos de la aplicación de los preceptos relativos a la planificación hidrológica, en el artículo 40 bis del TRLA las definiciones de aguas continentales, superficiales y subterráneas comprenden tanto las aguas públicas como las privadas.

De la situación actual que se acaba de exponer se deduce la necesidad de clarificar cuál es el régimen actual de las aguas privadas y de regular sistemáticamente su sometimiento a la DMA y los mecanismos de control cuantitativos y cualitativos previstos en ella.

(33) Ya se ha indicado en otro lugar que en el artículo 11.3.e) de la DMA se prevé, como medida de control, la introducción de un requisito de autorización previa para la captación y embalse de aguas y de inclusión en un registro de captaciones de aguas. Esta autorización previa no se ha introducido para el caso de aguas privadas en la modificación del TRLA realizada por la Ley 62/2003. De la misma forma, en los artículos 44 y 48 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, sobre planificación hidrológica, se ha omitido la referencia a las autorizaciones de captación de aguas contenidas en el artículo 11 de la DMA. Tampoco en la Ley 62/2003 o en el Real Decreto citado se ha justificado que la supresión de autorizaciones responda a que no repercuten de manera significativa en el estado del agua. Excepción que está prevista en el artículo 11 de la DMA. En cambio, la autorización para la recarga de acuíferos está prevista en el artículo 53 del citado Real Decreto 907/2007. Únicamente en las Disposiciones transitorias segunda y tercera del TRLA se prevé la exigencia de una concesión, que abarcará la totalidad de la explotación, cuando el propietario pretenda un incremento de los caudales utilizados o la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento. Y en la Disposición transitoria décima del TRLA de 2001 se prevé la transformación de las aguas privadas en derechos concesionales. Frente a esta falta de adaptación, en cambio, en la Disposición transitoria tercera bis del TRLA sí que se regula el registro de aguas privadas. Regulación que se corresponde con lo previsto en el artículo 11 de la DMA en relación con la creación de registros de captaciones de aguas.

Por lo que respecta a la regulación de los precios del agua, debe resaltarse que en el artículo 9.º de la DMA no se diferencia entre aguas de titularidad pública y privada. En cambio, la perspectiva de la regulación contenida en el TRLA es otra, tal y como se refleja en la rúbrica del Título VI del TRLA: «Del régimen económico-financiero de la utilización del dominio público hidráulico». Consecuente con ello, se regula en el artículo 112 del TRLA el canon de utilización de los bienes de dominio público hidráulico, en el artículo 113 del TRLA el canon de vertidos al dominio público hidráulico y en el artículo 114 del TRLA el canon de regulación y tarifa de utilización del agua vinculados a compensar los costes de inversión y costes de explotación de determinadas obras. *Vid.*, en relación con los precios del agua, las consideraciones contenidas en Embid Irujo, A. (dir.) (2009): *Régimen económico-financiero del agua. Los precios del agua*, Thomson, Madrid.

Al margen de los problemas expuestos de adaptación de nuestra legislación nacional a la DMA, algunos autores han señalado otros. *Vid.*, por ejemplo, consideraciones realizadas por TIRADO ROBLES, C. (2004): *op. cit.*, pp. 146 y ss., y 163 y ss.

(34) En este sentido, por ejemplo, puede mencionarse cómo no se han concretado en el TRLA las consecuencias de la aplicación a las aguas privadas del principio contenido en el artículo 92 del TRLA relativo a que es un objetivo de la protección de las aguas la promoción del uso sostenible del agua protegiendo los recursos hídricos disponibles y garantizando un suministro suficiente en buen estado. Tampoco está claro cómo se aplica a las aguas privadas la priorización de usos adoptados desde la perspectiva de la demarcación hidrográfica para todo tipo de aguas y con el fin de conseguir los objetivos medioambientales contenidos en la DMA. *Vid.*, a estos efectos, en relación con la planificación hídrica, los artículos 40 y ss. del TRLA o los principios generales contenidos en el artículo 111 bis del TRLA en relación con los precios del agua.

Regulación que puede suponer que en nuestro ordenamiento se adopte el modelo mixto de configuración pública de las aguas.

Y esa clarificación de las aguas privadas puede realizarse de varias formas: mediante la aprobación de una ley sectorial medioambiental de aguas que fuera aplicable a las aguas públicas y privadas, si bien esta solución puede plantear dudas interpretativas entre las diversas normas reguladoras de las aguas, o mediante la aprobación de una ley de aguas en la que se regule de forma completa las aguas de dominio público y la configuración pública de las aguas privadas. Esta última posibilidad es por la que se ha optado en nuestro país, al aprobarse la Ley 62/2003. Pero esta Ley de reforma del TRLA es puntual y no aborda de forma completa la configuración pública de las aguas privadas contenida en la DMA.

Finalmente, y al margen de lo que se acaba de indicar, si bien afecta a la configuración de las aguas privadas, la DMA ha incidido en un debate existente en nuestro país y fundamentalmente teórico, relativo al carácter renovable de las aguas y la existencia de aguas fósiles o no renovables. La importancia de esta última distinción radica en que son de dominio público las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación [artículo 2.º a) del TRLA], y, por tanto, no son demaniales las aguas subterráneas no renovables⁽³⁵⁾. Con respecto a esta cuestión, en el Considerando 28 de la DMA se afirma que las aguas superficiales y subterráneas son, en principio, recursos naturales renovables. De ello se deduce que, en principio, no existen aguas subterráneas fósiles no demaniales.

2. La ampliación del ámbito de aplicación de la Ley de Aguas: la consideración de las aguas costeras y de transición como aguas superficiales

La definición de aguas superficiales contenida en el artículo 2.º de la DMA, en la que se consideran como tales las aguas costeras, introduce un cambio sustancial en la regulación de las aguas terrestres o continentales y aguas marinas en el Derecho español. Tradicionalmente, las aguas continentales se han regido por su legislación específica (Ley de Aguas de 1879, Ley de Aguas de 1985 y Texto Refundido de la Ley de Aguas de 2001), mientras que las marinas lo han hecho por un conjunto de normas distintas, entre las cuales se pueden mencionar las diversas leyes de costas o puertos⁽³⁶⁾. Por otra parte, en la actualidad la mayor parte de las aguas continentales forma parte del dominio público hidráulico, y en cambio las aguas costeras se integran en el dominio público marítimo-terrestre. Distinción que también afecta a las autoridades competentes para gestionarlas y que se mencionan en las diversas leyes reguladoras de cada tipo de aguas.

(35) *Vid.*, en relación con la existencia en nuestro país de aguas no renovables, las consideraciones realizadas por PLAZA MARTÍN, C. (2009): *op. cit.*, p. 543, y bibliografía allí citada.

(36) En el Título I de la Ley de Aguas de 1879 se indicaba lo que se entendía por aguas terrestres: aguas pluviales, aguas vivas, manantiales y corrientes, aguas muertas o estancadas y aguas subterráneas. De la misma forma, en el artículo 1.º de la Ley de Aguas de 1985 se aludía a las aguas continentales superficiales y subterráneas, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico. Sobre el alcance de lo que se entiende por agua continental y su consideración como opuesto a las marinas *vid.* COLOM, E. (2007): «Dominio público hidráulico», *op. cit.*, p. 658.

Esta división queda superada parcialmente desde la aprobación de la DMA, al considerar como aguas superficiales tanto las terrestres como las costeras y de transición, a las que se aplica la regulación contenida en la citada Directiva. Este planteamiento se recoge en la nueva redacción dada al artículo 1.º 2 del TRLA por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. En él se dice que es objeto de esta Ley el establecimiento de las normas de protección de las aguas continentales, costeras y de transición. Protección que debe ser entendida en el sentido amplio señalado por la DMA y comprender tanto los controles cuantitativos como cualitativos, según se indicó en el apartado anterior.

Las consecuencias de la ampliación del objeto del TRLA a las aguas costeras son variadas. Así, forman parte de las demarcaciones hidrográficas, están contempladas en los planes hidrológicos de cuenca y en los programas de medidas, están sujetas a la regulación de vertidos marinos contenida en el TRLA, etc.⁽³⁷⁾ O permite realizar planteamientos integrados de cuestiones tales como la desalación de aguas costeras⁽³⁸⁾. Aplicación prioritaria del TRLA que no excluye la existencia de una normativa sectorial complementaria que regule cuestiones específicas de las aguas costeras, tal y como se reconoce en la nueva redacción del artículo 1.º 2 del TRLA antes citado. En dicho precepto se dice que las

En la actualidad, la mayor parte de las aguas continentales forman parte del dominio público hidráulico.

(37) En concreto, en el nuevo artículo 16 bis del TRLA se dice que se entiende por demarcación hidrográfica la zona terrestre y marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas. Y, a continuación, en el citado precepto se dice que la demarcación hidrográfica, como principal unidad a efectos de la gestión de cuencas, constituye el ámbito espacial al que se aplican las normas de protección de las aguas contempladas en esta ley. O en la nueva redacción del artículo 40 del TRLA se dice que 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, entre otros fines, y el ámbito territorial de cada plan hidrológico de cuenca será coincidente con el de la demarcación hidrográfica correspondiente. En los artículos 41.2 y 92 quáter del TRLA se contempla la existencia de unos programas de medidas y, específicamente, unos programas relativos a aguas costeras que se coordinarán y se integrarán en los planes hidrológicos. En el artículo 92 del TRLA se regulan unos objetivos medioambientales para las aguas en correspondencia con los determinados en la DMA, y en el artículo 108 bis del TRLA se introduce una nueva regulación de los vertidos marinos.

(38) Con anterioridad a la integración de las aguas costeras en las aguas superficiales y su sometimiento al TRLA, la desalación de aguas marinas estaba sometida a una doble normativa: el TRLA y la Ley de Costas. Y se planteaba la necesidad de coordinación de ambas legislaciones. En relación con las diversas soluciones adoptadas los últimos años para coordinar ambas legislaciones *vid.* COLOM, E. (2000): «El dominio público hidráulico» en pp. 329 y ss. de Embid Irujo (dir.), *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, Civitas, Madrid. En cambio, en la actualidad se parte del sometimiento de las aguas terrestres superficiales y costeras al TRLA y la existencia de una única planificación integrada para atender las demandas de agua. Desde esta perspectiva la actividad de desalación debe abordarse también desde este planteamiento único de su consideración como una actividad que afecta a aguas superficiales, aunque con implicaciones en aguas costeras y terrestres. Este planteamiento integrado puede apreciarse en el artículo 13.1 del TRLA, en la redacción dada por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre. En dicho precepto se dice que, con carácter general, la actividad de desalación de agua marina o salobre queda sometida al régimen general establecido en esta Ley para el uso privativo del dominio público hidráulico, sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones demaniales que sean precisas de acuerdo con la Ley de Costas de 1988, y las demás que procedan conforme a la legislación sectorial aplicable.

aguas costeras están sometidas a las normas de protección del TRLA «sin perjuicio (...) de la legislación específica que les sea de aplicación»⁽³⁹⁾.

Quedan, no obstante, aspectos importantes desde el punto de vista teórico sin resolver adecuadamente. En este sentido, por ejemplo, se ha dado una solución transitoria al problema de la naturalaza jurídica de las aguas superficiales, sin resolver el problema de fondo. En concreto, si se ha optado por un concepto de aguas superficiales amplio que comprende las continentales o terrestres y las costeras, y se pretende que esa integración sea duradera, lo lógico sería integrarlos en la misma categoría jurídica de dominio público. Pero esta no es la solución actual, puesto que una parte de las aguas superficiales son dominio público hidráulico y otra parte forman parte del dominio público marítimo-terrestre, según los artículos 1.º y 2.º del TRLA de 2001⁽⁴⁰⁾. Tampoco se ha coordinado la regulación de los títulos habilitantes regulados en el TRLA y la Ley de Costas, aspectos que en una futura de reforma de la legislación de aguas y costas deberían ser abordados.

De lo expuesto en este apartado y a modo de conclusión del presente estudio, cabe señalar que en la DMA se contiene una configuración pública de las aguas y una serie de instrumentos jurídicos que se corresponden con dicha calificación —autorizaciones previas, registros, prohibiciones, etc.—, configuración que es coherente con la situación existente en distintos países europeos antes de aprobarse la DMA y en sus ordenamientos jurídicos, si bien existen diferencias relevantes entre ellos, al articularse jurídicamente esa publicación de las aguas. Precisamente, esas diferencias han llevado a la DMA a optar por una configuración pública de las aguas que se adapte a la mayor parte de ordenamientos jurídicos europeos, regulación contenida en la DMA que no se corresponde totalmente con la existente en nuestro país, por lo que deberá ser modificada para adaptarla a la citada DMA.

(39) La DMA ya reconoce en su propio articulado que ciertos preceptos son aplicables exclusivamente a las aguas continentales, utilizando la terminología del TRLA, y no a las costeras. Así, en su artículo 11 se prevé la autorización para la captación de aguas dulces superficiales, pero no para las aguas costeras, tal y como se indicó en un apartado anterior. Por otra parte, la aplicación de una legislación sectorial a supuestos específicos de aguas es tradicional en nuestro Derecho. Puede mencionarse, en este sentido, las aguas minerales y termales. Así, en el artículo 1.º de la Ley de Aguas de 1985 ya se indicaba que las aguas minerales y termales se regían por su legislación específica, es decir, la Ley de Minas. Remisión que se entendía sin perjuicio de la aplicación de las previsiones generales de la Ley de Aguas, tales como la consideración de las aguas como parte del dominio público hidráulico, etc. Esta remisión se ha incorporado al TRLA de 2001.

(40) En este sentido, en el artículo 2.º del TRLA se establece que se integran en el dominio público hidráulico las aguas continentales, que comprenden las superficiales y las subterráneas renovables. Y en el artículo 1.º 2 del TRLA, en la nueva redacción dada por la Ley 62/2003, afirma que dicha norma se aplica a las aguas costeras «sin perjuicio de su calificación jurídica y de la legislación específica que les sea de aplicación».

DERECHO CIVIL Y DIRECTIVA MARCO DE AGUAS. TERMINOLOGÍA Y DENOMINACIONES JURÍDICAS SOBRE AGUAS EN LA DIRECTIVA MARCO. COMPARACIÓN CON LAS DENOMINACIONES DE LA LEGISLACIÓN SECTORIAL DE AGUAS Y DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL^(*)

MARÍA MARTÍNEZ MARTÍNEZ

*Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

**Derecho civil y Directiva Marco de Aguas.
Terminología y denominaciones jurídicas
sobre aguas en la Directiva Marco.
Comparación con las denominaciones
de la legislación sectorial de aguas
y del Código civil español**

La DMA impone a los estados de la UE un marco para la protección de la calidad de las aguas de todo tipo, superficiales continentales, de transición, costeras y subterráneas, fijando claros objetivos y fechas para su consecución y sin distinguir entre aguas de dominio público o privado. En este trabajo se apuntan algunas consecuencias en el ámbito civil de la modificación del TRLA 2001 por la Ley 62/2003, y por otras reformas legislativas posteriores como el Real Decreto-Ley 17/2012.

Palabras clave: Legislación sectorial de aguas; calidad de las aguas; aguas de dominio público o privado.

ABSTRACT

**Civil Law and Water Framework Directive.
Terminology and legal denomination in
terms of water policy in the Framework
Directive. Comparison with the denominations
of the sectorial legislation of water
and with the Spanish Civil Code**

The Water Framework Directive (WFD) imposes to the EU members a framework to protecting the quality of all waters: continental surface waters, transitional waters, coastal and groundwaters, by determining clear objectives and schedules to achieve them without distinguish among public and private waters. This work points out of some consequences in the civil law field of the modification of TRLA 2001 by the Law 62/2003, and by other latter legislative reforms, as the Real Decreto-Ley 17/2012.

Key words: Sectorial legislation of water, quality of water, water of public or private state.

(*) Trabajo en el marco del Grupo Consolidado de Investigación reconocido por el Gobierno de Aragón AGU-DEMA (Agua, Derecho y Medio Ambiente) y del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Transformaciones institucionales, jurídicas y económicas derivadas de la implantación de la Directiva Marco de aguas. Expansión del modelo comunitario de gestión del agua» (DER 2009-09073), ambos dirigidos por Antonio EM-BID IRUJO, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. AGUA Y DERECHO PRIVADO.
 - 1. **Acción legislativa civil tras la Constitución Española en materia de aguas: Código civil de Cataluña.**
 - 2. **Propiedad del agua.**
 - 3. **Agua y Derecho de Cosas.**
 - 4. **Límites entre aguas públicas y privadas: difuminados en materia de seguridad de presas, embalses y balsas.**
 - III. CONTRASTES ENTRE TERMINOLOGÍA Y DENOMINACIONES JURÍDICAS SOBRE AGUAS EN LA DMA, LA LEGISLACIÓN SECTORIAL DE AGUAS Y EL CC ESPAÑOL.
 - IV. INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL ADECUADA, AGUA Y REGISTROS.
 - V. UN SIGNIFICATIVO EJEMPLO DE APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS FINALISTAS DE PRESERVACIÓN DE LA CALIDAD DEL AGUA DE LA DMA EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL: LA SAP CIUDAD REAL, DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2003, SOBRE LAS «LAGUNAS DE RUIDERA».
 - VI. BIBLIOGRAFÍA.
-

I. INTRODUCCIÓN

La DMA establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, y destaca en su artículo primero, entre sus objetivos de protección medioambiental, lograr una buena calidad de las aguas; para ello fija plazos concretos que obligan a los Estados a proteger todas: aguas superficiales continentales, aguas de transición, aguas costeras y aguas subterráneas.

Ni la Directiva ni la norma que la transpuso al ordenamiento español, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativa y del Orden Social, «ley de acompañamiento» de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, aluden específicamente a la naturaleza privada o pública de las aguas, ni al tipo de titularidad sobre estas, si aprovechamiento, propiedad privada, concesión, etcétera⁽¹⁾.

(1) La DMA «no se plantea siquiera, el tema de la propiedad de las aguas con la misma omisión que, en general, el derecho europeo pasa por alto las cuestiones de propiedad desde los mismos tratados fundacionales. El buen estado de las aguas —el gran objetivo de la DMA— debe conseguirse en relación a todas las aguas, sean de titularidad pública o privada, cuestión que depende de los derechos internos de cada país e indiferente a los ojos de la DMA»: EMBID IRUJO, A. (2012): «Cuestiones institucionales: demarcación y cuenca hidrográficas, planificación hidrológica y su relación con el principio de recuperación de costes», en este mismo volumen.

El RD-I 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente ha introducido modificaciones en el TRLA, aduciendo también en la exposición de motivos la necesidad de racionalizar la gestión y uso del agua, en línea con la DMA.

La aprobación de la DMA, pero también de otras posteriores, muestra el inequívoco interés desde las instancias de gobierno de la UE en conseguir unos adecuados niveles de calidad de las aguas, libres de contaminación, tanto para los usos urbanos como de otros tipos, que no se agotan en controles de cantidad y preferencias de usos.

La DMA es norma de rango superior al derecho interno conforme a los principios de «primacía y efecto directo» del derecho de la UE⁽²⁾. Obliga a los Estados miembros en cuanto al resultado a conseguir, dejando a las autoridades nacionales la elección de las formas y de los medios. En la reflexión general sobre las transformaciones de los derechos nacionales por el derecho europeo de aguas cabe considerar implicaciones en aspectos atinentes al derecho civil español desde el inicio del siglo XXI. Pese a la falta de acción legislativa del poder central para la modificación del derecho de aguas del CC de 1889, se han producido cambios importantes en la configuración de las titularidades de aguas y, en general, en el ejercicio de los derechos relacionados con su uso y disfrute. Conviene subrayar algunas dificultades, cada vez más acusadas, para armonizar los términos jurídicos del CC con los que ha impuesto la DMA; algunos de estos términos auténticos propiciaron la introducción de un nuevo artículo 40 bis en el TRLA en 2003. No es cuestión baladí. Las denominaciones y definiciones terminan por tener importancia capital en el régimen jurídico de las cosas, de los bienes, sobre todo si se comprueba que terminan acuñándose en normas posteriores relevantes en materia de protección medioambiental. Las mismas denominaciones sobre aguas del artículo 40 bis del TRLA se acogen en el artículo 2.ºb) de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental.

En las páginas que siguen se hará también breve referencia a otros aspectos íntimamente relacionados con los derechos de los particulares y el agua, como el Catálogo de Aguas Privadas, nuevamente de actualidad pues la nueva DT 10 introducida en el TRLA en 2012 prevé la conversión de los aprovechamientos de aguas en él declaradas en concesiones, mediante la inscripción en el Registro de Aguas de la correspondiente cuenca; brinda esta reforma, asimismo, una buena ocasión para citar jurisprudencia reciente de la Sala Tercera del TS, de especial relevancia para la interpretación de la DA 2.ª de la LPHN 10/2001, sobre la posibilidad de acceso de derechos privados de aguas con posterioridad al nuevo término preclusivo de tres meses, que finalizó el 27 de octubre de 2001.

Una red de información que constituya fidedigna fuente de datos sobre aguas es imprescindible para lograr los objetivos de calidad de la DMA. Se puede asimismo coho-

(2) Es, además, fuente de Derecho con características especiales, dado que establece unos objetivos de protección medioambiental que cada Estado debe lograr, sin imponer medidas detalladas, pero exigiendo una armonización básica y suficiente para la consecución de la adecuada calidad de todas las aguas sin excepción. Se «autocalifica» como Directiva marco para satisfacer los requerimientos del Protocolo núm. 30 introducido por el Tratado de Ámsterdam relativo a la aplicación de los principios de subsidiaridad y proporcionalidad, aunque hoy superados, de interés para conocer el alcance de lo previsto en la Directiva; STJCE de 30 de noviembre de 2006 (Asunto 32/05, Comisión contra Luxemburgo): *vid.* AGUDO GONZÁLEZ, J. (2005): «La trascendencia de la Directiva Marco de Aguas y la evolución de la política hidráulica española hacia un modelo de gestión sostenible», en <<http://ocw.uam.es/cursos/agudomarcoaguas>>, p. 22.

nestar con la exigencia a los estados de un deber de información medioambiental adecuada, y con el derecho de todos a una información solvente, suficiente y adecuada, deducibles de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente⁽³⁾.

Existen pronunciamientos de la jurisdicción civil que integran en su fundamentación jurídica nuevas tendencias del derecho de aguas ecológico o medioambiental. La DMA no solo es de rango superior, sino que conforma claramente el *contexto* para la aplicación e interpretación de las normas del derecho interno, uno de los elementos del *canon o elemento sistemático* hermenéutico al que se refiere el artículo 3.º1 del CC. Así lo ha entendido la jurisdicción civil, en sentencia sobre las *Lagunas de Ruidera*, al aplicar el *Soft Law* europeo en derecho de aguas como elemento finalista, junto a otros criterios hermenéuticos para calificar masas de agua como río y no laguna.

El derecho derivado de la UE muestra indudablemente las tendencias actuales del agua como objeto de derechos y obligaciones; en consecuencia, puede ser guía que proporcione claves solventes para conocer la «realidad social del tiempo en que han de aplicarse las normas», canon para la interpretación de las normas introducido junto a los tradicionales del artículo 3.º1 en la reforma del Título preliminar del CC en 1974.

Finalmente, y pese a que no haré referencia en este lugar a la cuestión, cabe pensar en la posible aplicación de criterios deducibles del nuevo artículo 117 del TRLA, reformado en 2012 para la valoración de daños en la calidad de las aguas en reclamaciones por responsabilidad extracontractual entre particulares; son indudablemente aplicables y previstas para la valoración del daño ecológico puro y de los daños al dominio público hidráulico, pero acaso puedan introducirse como criterios de ponderación de daños en el ámbito de las relaciones de vecindad (*vid.* artículo 47 del TRLA).

El análisis de estas cuestiones muestra ciertas transformaciones de relevancia, a pesar de que el texto del CC no ha modificado el tenor literal de sus preceptos sobre aguas desde 1889. Las características y extensión de este trabajo no permiten sino dejarlas apuntadas.

II. AGUA Y DERECHO PRIVADO

En relación con el agua, al derecho privado le interesan muchos aspectos, como las relaciones de vecindad y servidumbres legales (paso natural de aguas pluviales, servidumbre de saca de agua, estribo de presa, etcétera); el contenido del derecho de propiedad sobre las aguas, aprovechamiento de aguas públicas y privadas, derechos de uso; las relaciones con las administraciones públicas, incluidas las obligaciones de declaración e inscripción en registros oficiales (inventario de embalses, etc.); el Registro de la Propiedad; el derecho de daños y la responsabilidad civil; incluso, las cuestiones relacionadas con el consumo del agua, últimamente considerado bien y servicio y objeto de regulación específica y de especial relevancia para el derecho contractual, señaladamente en la contratación con

(3) *Vid.* Directiva 2007/2/CE.

consumidores a distancia y mediante nuevas tecnologías⁽⁴⁾. No pueden tratarse todas estas cuestiones (y hay muchas otras) exhaustivamente aquí, ni es la finalidad de estas páginas. Bastará su planteamiento para reflexiones futuras.

1. Acción legislativa civil tras la Constitución Española en materia de aguas: Código civil de Cataluña

Es de interés común lograr un buen estado de todas las aguas, con independencia de sus títulos de explotación, y parece razonable que exista obligación de los particulares de contribuir a su buen estado cuantitativo y cualitativo como canon de ejercicio *civiliter* de sus facultades y derechos. Cuando se transpone la DMA al derecho español (2003) el panorama jurídico es complejo, y difícil la articulación entre el CC y la legislación de aguas postconstitucional.

Los artículos 407 a 425⁽⁵⁾ permanecen inalterados desde su promulgación, lo mismo que los artículos 552 a 563, entre las «servidumbres legales en materia de aguas», aunque su naturaleza corresponde más bien a las denominadas relaciones de vecindad o limitaciones del dominio por razón de vecindad⁽⁶⁾. Hay otras normas relevantes para el régimen de las aguas y los terrenos por donde discurren o se alumbran, como el artículo 350, que, al regular derechos del propietario de un terreno, remite expresamente a la legislación de aguas y a los reglamentos de policía, o los artículos 370 y 372 sobre cauces abandonados por variar el curso de las aguas, o las normas sobre adquisición de la propiedad por ocupación (artículos 609 ss. y cc. del CC) a tener en cuenta para conocer el alcance de los derechos adquiridos al amparo de las disposiciones transitorias y adicionales de la LAg. de 1985, reformuladas en el TRLA.

La DMA es norma de rango superior al derecho interno conforme a los principios de primacía y efecto directo del derecho de la UE.

(4) En este momento existe un borrador de anteproyecto de modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios 1/2007, con la finalidad de transponer la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores, entre otras materias, sobre contratación con consumidores de suministro de venta de agua.

(5) Están en el Libro II, «De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones», Título IV, «De algunas propiedades especiales» y configuran el Capítulo Primero, «De las aguas», que tiene cuatro secciones: «Del dominio de las aguas», «Del aprovechamiento de las aguas públicas», «Del aprovechamiento de las aguas de dominio privado» y «De las aguas subterráneas. Los otros dos capítulos del mismo título se ocupan «De los minerales» y «De la propiedad intelectual».

(6) Sobre la distinción conceptual y sistemática entre «relaciones de vecindad» y «servidumbres»: FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J. (1994): «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», *Cuadernos de Derecho Judicial. Protección del Derecho de propiedad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, tomo, IX, pp. 133 a 139; EVANGELIO LLORCA, R. (2000): «El ámbito de las relaciones de vecindad», *RCDI*, núm. 659, mayo-junio 2000, pp. 1840 a 1846; HUALDE MANSO, T. (2004): *Las inmisiones en el Derecho civil navarro*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra, pp. 129 a 131. *Vid.* STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª, 17 de mayo de 2006 (RJ 2006, 4500), Ponente: Fernández Urzainqui.

No está claro qué está y qué no en vigor desde la promulgación de la LAg. de 1985. La lectura de la DF 1 con la derogatoria número 1⁽⁷⁾ es algo desconcertante y ha provocado críticas prácticamente unánimes de la doctrina desde diferentes ámbitos, pues obliga casi en cada caso a averiguar qué norma o porción de norma se ha de aplicar o no⁽⁸⁾. Entrar en otros detalles sobre derechos preexistentes de los particulares amparados en la legislación anterior (decimonónica de aguas y CC), o fijar y valorar el haz de facultades, derechos y obligaciones de los titulares en la actualidad, requiere reflexiones intensas sobre las disposiciones transitorias y adicionales del TRLA (reformulación de las de la LAg. de 1985) y de muchos otros preceptos, así como de la STC 227/1988, de 29 de noviembre, y de otra jurisprudencia constitucional; también, de la jurisprudencia del TS, incluida la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que también ha terminado por configurar el contenido de las titularidades sobre aguas.

Desde la entrada en vigor de la CE de 1978 no ha existido acción legislativa del poder central para reformar el derecho de aguas del CC. Sí la ha habido en Cataluña, con competencias en legislación civil al amparo del artículo 149.1.8.ª de la CE. Con independencia de valoraciones sobre si ha habido o no exceso en la interpretación de los términos «conservar, modificar y desarrollar», que ahora no interesan⁽⁹⁾, según el artículo 545.2.2, letra g), la Ley 5/2006, por la que se aprueba el Libro V del Código civil de Cataluña, la legislación de «aguas continentales» (todas, sin distinguir) se considera una «restricción en interés público del derecho de propiedad»⁽¹⁰⁾. Dos conclusiones: el legislador civil catalán no renuncia a mencionar las aguas como objeto de propiedad en el Código civil de Cataluña, y además considera que las restricciones de la legislación de aguas son límites ordinarios del derecho de propiedad⁽¹¹⁾.

2. Propiedad del agua

El profesor EMBID IRUJO ha subrayado la «virulencia —y, paralelamente, la profundidad y hasta sofisticación en el razonamiento—», que ha alcanzado en España el debate sobre la propiedad pública o privada de ciertas clases de aguas continentales⁽¹²⁾, en un contexto de

(7) La primera remitía expresamente al CC: «En todo lo que no esté expresamente regulado por esta Ley, se estará a lo dispuesto por el Código civil». Y la segunda declaraba derogados «Los artículos 407 a 425 de 24 de julio de 1889 en cuanto se opongan a lo establecido en la presente ley».

(8) LACRUZ BERDEJO y MENDOZA OLIVÁN (1987): *Elementos de Derecho civil*, III-1, 2.ª ed. en Bosch, p. 160; CAPILLA RONCERO, F. (1991): *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, p. 1118.

(9) Permítaseme remitir, para estas valoraciones, al apartado IV de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2011): «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés: de la Compilación al Código del Derecho Foral de Aragón de 2011», *DPC*, núm. 25, enero-diciembre, pp. 205 a 227.

(10) El Libro V lleva el título «Derechos reales», dentro de él, el Capítulo V se titula «Restricciones al derecho de propiedad» y el artículo 545-2.2 dice que «Tienen la consideración de límites ordinarios del derecho de propiedad, entre otras, las siguientes restricciones establecidas por la legislación: g) De costas y aguas continentales».

(11) Es muestra de cómo acomete la ley puramente civil en el siglo XXI la cuestión sobre la propiedad de las aguas y, además, sin referencias al artículo 33 de la CE o a la «función social de la propiedad», que no se encuentran en el Código civil de Cataluña.

(12) EMBID IRUJO, A. (2006): «A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa», en *Justicia Administrativa, Revista de Derecho Administrativo*, Lex Nova, número extraordinario, p. 184.

clara tendencia de consideración de la propiedad pública de las aguas, compartido con los ordenamientos jurídicos de otros países, significativamente de la UE⁽¹³⁾.

La intervención de los poderes públicos ha sido muy intensa en los últimos años y se ha producido una clara debilitación en la realidad jurídica de los derechos de propiedad de aguas, hasta el punto de quedar muy difuminados los límites entre aguas públicas y privadas⁽¹⁴⁾. La configuración actual de la propiedad del agua no solo se deduce de la evolución del derecho escrito en la legislación sectorial, cada vez más restrictivo con el haz de facultades y derechos de los particulares. Es ilustrativa, a este respecto, la lectura de la nueva DT 3.^a bis del TRLA, introducida en 2012, cuyo número 1 dice que «se considerará modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, entre otras, las actuaciones que supongan la variación de la profundidad, diámetro o localización del pozo, así como cualquier cambio en el uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamientos de regadío». Según se deduce del tenor de la ley, estas modificaciones provocarán la pérdida de la propiedad, pues en las DDTT 2.^a y 3.^a, a las que remite la nueva 3.^a bis, se exige en tales casos concesión para «la totalidad de la explotación», que deberá respetar la planificación hidrológica y, tratándose de «masas de agua subterráneas en riesgo de no alcanzar los objetivos de buen estado a que se refiere el artículo 56» (también con nuevo texto desde 2012), también se atenderá a las «limitaciones establecidas en el programa de actuación, o en su defecto, a las medidas cautelares relativas a la extracción o de protección de la calidad del agua subterránea que en su caso se establezcan» (número 4 de la nueva DT 3.^a bis). En todo caso, «el otorgamiento de la concesión comportará la extinción simultánea del derecho sobre aguas privadas reconocido hasta ese momento» (número 5.^o *in fine* DT 3.^a bis del TRLA).

Es fácil encontrar en Internet, sin hacer indagaciones profundas, opiniones de abogados que mantienen que este tipo de actividades son imprescindibles en muchas ocasiones para la conservación de los pozos y se preguntan si no se está ante una expropiación sin indemnización de justiprecio⁽¹⁵⁾.

No es sencilla una respuesta para todos los casos, y se requiere la correcta interpretación de la naturaleza de las titularidades sobre aguas del 1 de enero de 1986 y su prueba, claramente posible, a mi juicio, con todos los medios de prueba admitidos en derecho⁽¹⁶⁾. En los supuestos en que existe concesión como contraprestación, la legislación de costas

(13) Datos y reflexiones sobre esta clara tendencia, en MARTÍN-RETORTILLO, S. (1997): *Derecho de Aguas*, Madrid, pp. 124 y ss.; EMBID IRUJO, A. (2001): «Evolución del derecho y de la política del agua en España», *RAP*, núm. 159, 2001, pp. 61 y ss.; COLOM PIAZUELO, E. (2012): «La configuración pública de las aguas en el derecho europeo de aguas y su transposición al derecho español», en este mismo número.

(14) Puesto que los «condicionantes ambientales son tan gravosos y los controles tan rigurosos, que la realidad jurídica de los derechos de propiedad sobre las aguas quedan especialmente debilitados por las potestades administrativas de modo que, en cierta medida, existe una “equiparación” de todas las aguas a pesar de su diferente titularidad»: AGUDO GONZÁLEZ, J. (2005): «La trascendencia de la Directiva Marco de Aguas y la evolución de la política hidráulica española hacia un modelo de gestión sostenible», p. 59.

(15) <<http://jalesvi.wordpress.com>>, posted 3 de enero de 2011 (últ. acceso, 10 de septiembre de 2012).

(16) Así lo suele admitir la jurisprudencia: *vid.* DELGADO PIQUERAS, F., y GALLEGU CÓRCOLES, I. (2007): *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Editorial Bomarzo, en especial, pp. 35 y ss., y 64 a 66.

postconstitucional ofrece un claro paralelismo. Según DEL SAZ, si cuando se promulgó la LAg. de 1985 se hubiese conocido el refrendo por el TC a la Ley de Costas de 1988 y la admisión de la concesión como vía indemnizatoria, las cosas en torno a la regulación de los derechos adquiridos sobre aguas hubiesen sido acaso diferentes⁽¹⁷⁾.

Estas restricciones (como las denomina, recordemos, el legislador catalán) en la propiedad de las aguas no se agotan en las reformas legislativas. La jurisprudencia de lo contencioso-administrativo está finalmente perfilando el ejercicio de la propiedad. En muchos supuestos, las leyes plasman por escrito doctrina elaborada en decisiones jurisprudenciales previas. Sirva el ejemplo de la STS, c-a, de 27 de octubre de 2009, sobre sanciones administrativas por regadío ilegal de tierras a consecuencia de la transmisión de «acciones o participaciones del total caudal aforado» *inter privados* para regar⁽¹⁸⁾. Se podrá decir que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa debe atenerse a su propio ámbito, pero lo cierto es que, si una sentencia firme de la Sala Tercera del TS declara ajustada a derecho la imposición de sanciones administrativas en supuestos en que los particulares ejercitan facultades antes consideradas inherentes a la propiedad del agua, está claro que el derecho no ampara hoy este tipo de propiedad privada (sea o no lícito, justo o correcto el fallo judicial, cuestión en la que no entro). Más todavía si las conductas son susceptibles de sanción penal⁽¹⁹⁾.

3. Agua y Derecho de Cosas

Nos encontramos indiscutiblemente ante un recurso natural determinante, junto al suelo y la atmósfera. Acaso, el recurso natural por excelencia (si hay agua dondequiera que sea, hay vida) y de obligada preservación medioambiental. Su escasez se asocia desde hace bastantes años al calentamiento del planeta y a la incidencia de las emisiones a la atmósfera de CO₂⁽²⁰⁾. Se ha dicho que es un patrimonio (término utilizado en la DMA), incluso patrimonio de la humanidad, que debería quedar al margen del comercio de los hombres. Patrimonio de la humanidad, bien ecológico, recurso vital, objeto de seguridad y protección civil...

El agua es también un recurso estratégico, inequívocamente decisivo desde el punto de vista económico para cualquier país (artículo 128 de la CE). La capacidad y fuerza hidrológica de los Estados determinarán (o parece razonable que así sea) muchas políticas públicas: planificación económica, urbanística, de ordenación territorial y demográfica,

(17) DEL SAZ CORDERO, S. (2001): «¿Cuál es el contenido de los derechos privados sobre las aguas subterráneas?», en *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, pp. 81 y 82; y (2011), «Las comunidades de usuarios de aguas subterráneas y, en especial, las comunidades de usuarios de aguas subterráneas en la Ley 9/2010, de 9 de agosto, de Andalucía», en *Agua y Agricultura*, dir. Embid Irujo, Aranzadi, p. 83.

(18) Como la STS, c-a, de 29 de octubre de 2009 (JUR 2009, 487343), sobre facultades de disposición del agua: *vid. amplio comentario de MOREU BALLONGA, J.L.* (2011): «La propiedad privada “congelada” del agua, según el Tribunal Supremo», *ADC*, tomo LXIV, fasc. III, pp. 931 a 988.

(19) *Vid. MAGÁN PERALES, J.M.*A.* (2005): «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre infracciones y sanciones en materia de aguas», *RADA*, pp. 135 a 176.

(20) El periódico *El País* de 23 de octubre de 2012 da noticia de las conclusiones de un estudio publicado en la revista científica *Nature Geoscience* elaborado por científicos españoles del CSIC y la Universidad Complutense que afirma que la sobreexplotación del acuífero de Guadalentín agravó las consecuencias del terremoto de Lorca (Murcia) en 2011.

sanitaria, seguridad, protección civil... El profesor DÍEZ-PICAZO considera necesaria la armonización del Derecho de Cosas con las estructuras económico-sociales y con los principios constitucionales de la organización política actuales, y afirma que los intensos cambios sociales y económicos coetáneos han de quedar necesariamente reflejados en el derecho civil, lo mismo que ha sucedido, por ejemplo, con el Derecho de Familia o de la Contratación⁽²¹⁾. Tanto el uso del agua como su regulación presentan hoy una enorme sofisticación, a la que ha contribuido la evolución tecnológica en su explotación. Y, en lo que respecta a la calidad de las aguas, acaso haya que deducir, de las anotaciones hechas hasta ahora, que su titularidad, propiedad, aprovechamiento, etcétera, llevan aparejados más obligaciones y deberes que derechos, facultades y prerrogativas⁽²²⁾.

4. Límites entre aguas públicas y privadas: difuminados en materia de seguridad de presas, embalses y balsas

Se puede ofrecer el ejemplo del RD 9/2008, de 11 de enero, que modificó los artículos 4.º, 6.º, 7.º, 14 y 356 a 368 del RDPH. Desarrolla el artículo 123 bis del TRLA, introducido por la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, e impone obligaciones y responsabilidades para los titulares de presas, embalses y balsas, formen o no parte del dominio público hidráulico.

Reconoce expresamente la posible titularidad privada de recipientes artificiales de aguas, «presas, embalses y balsas», «fuera del dominio público hidráulico». La exposición introductoria alude a la necesidad de estas previsiones por la tradicional exclusión del ámbito de la normativa de seguridad a almacenamientos de aguas ajenas al dominio público hidráulico, pero también para respetar los nuevos criterios introducidos en el derecho español por la DMA, así como la relativa a evaluación y gestión de riesgos de inundación impuestos por la Directiva 2007/60/CE, todavía no transpuesta al ordenamiento interno español cuando se promulgó el RD 9/2008, como el propio texto normativo reconoce. Los títulos aducidos por el Gobierno fueron los del artículo 149.1.22.ª y 23.ª de la CE: competencia exclusiva del Estado en legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma y legislación básica

Nos encontramos
indiscutiblemente
ante un
recurso natural
determinante,
junto al suelo
y la atmósfera.

(21) Vid. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008): *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo III, 5.ª ed., Thomson-Civitas Aranzadi, pp. 71 a 75. Como ejemplo, y con cita de SANTOS BRIZ, «señala las restricciones que al derecho de dominio se pueden imponer para la defensa de la naturaleza o para la lucha contra la contaminación de la atmósfera o de las aguas», p. 72.

(22) La propiedad, como otros derechos, «obliga»: MARTÍN-RETORTILLO, L. (1998): *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 379 y ss.

sobre protección del medio ambiente, respectivamente (DF 1.^a1); también del artículo 149.1.29.^a: competencia exclusiva en materia de seguridad pública (DF 1.^a2). Se someten presas, embalses y balsas, sea cual fuere su titularidad, a intensas medidas de seguridad, materia y competencia aducidas por el Gobierno junto a razones de preservación medioambiental (artículo 149.1.22.^a y 23.^a).

El nuevo artículo 357 del RDPH acoge definiciones específicas para presa, balsa, embalse y altura de tales depósitos. Se puede citar jurisprudencia que utiliza indistintamente los términos presa y charca⁽²³⁾.

III. CONTRASTES ENTRE TERMINOLOGÍA Y DENOMINACIONES JURÍDICAS SOBRE AGUAS EN LA DMA, LA LEGISLACIÓN SECTORIAL DE AGUAS Y EL CC ESPAÑOL

A la vista del panorama de los derechos de otros países de la UE, y analizadas las exigencias de la DMA sobre requisitos de autorización previa para captación de aguas dulces superficiales y subterráneas y para el embalse de aguas dulces superficiales, o de imposición de registros de captación y de controles periódicos, se ha dicho que la inequívoca configuración pública de las aguas contenida en la DMA exige la modificación de nuestro modelo dual de aguas públicas y privadas vigente en España⁽²⁴⁾.

Sin entrar a valorar esta razonable afirmación, puede aportarse para la reflexión la comparación entre los conceptos y términos sobre aguas utilizados en el vigente artículo 40 bis del TRLA, introducido por el artículo 129 de la Ley 62/2003, que recoge un total de diez definiciones «a los efectos de la planificación hidrológica y de la protección de las aguas objeto de esta Ley»⁽²⁵⁾ y los del CC. En sus artículos 407 a 425 acoge las siguientes denominaciones: ríos, manantiales, arroyos, lagos, lagunas, charcas, aguas pluviales, aguas subterráneas, aguas continuas, aguas discontinuas, cauces naturales de tales tipologías de aguas, acequia o acueducto, cajeros, márgenes, aguas sobrantes, aprovechamiento, álveos de aguas pluviales, depósitos (artículo 416), aguas alumbradas (418), curso natural (419), curso de las aguas (421), fuentes o manantiales (424). Son denominaciones claramente concordantes con la terminología utilizada en la legislación especial de aguas decimonónica⁽²⁶⁾, pero no con la del TRLA tras la reforma de 2003.

(23) Vid. STS de 22 de octubre de 1973, c-a, en la que se denomina a un mismo almacenamiento de aguas «Charca de Valderrey» y «Presa de Valderrey» (Ar. 3872).

(24) COLOM PIAZUELO, E.: «Las aguas privadas no se rigen prioritariamente por el Derecho privado, sino que por el contrario se regulan en primer lugar por la DMA y las normas nacionales que la trasponen y, en la medida en que sea compatible, por el Derecho privado». Vid. en este mismo número «La configuración pública de las aguas en el derecho europeo de aguas y su transposición al derecho español», que cito por gentileza del autor al remitirme el borrador de su ponencia unos días antes del Seminario.

(25) La DMA (en su artículo 2.º y «a los efectos de la presente Directiva», un total de cuarenta y una definiciones) y recogidos en el artículo 129 de la Ley 62/2003 que la transpuso para modificar el TRLA 2001 introduciendo un nuevo artículo 40 bis que recoge un total de

(26) La legislación de aguas decimonónica 1866-1879 y CC de 1889 eran textos armónicos, lógica consecuencia de la proximidad de las fechas en su promulgación y la base 10 de la Ley de 11 de mayo 1888 de Bases, que autorizaba

El artículo 40 bis define, «a los efectos de la planificación hidrológica» y también de la «protección de las aguas objeto del TRLA», las siguientes: «aguas continentales», «aguas superficiales», «aguas subterráneas», «acuífero», «masa de agua superficial», «masa de agua subterránea», «masa de agua artificial», «masa de agua muy modificada», «servicios relacionados con el agua» y «usos del agua». Como se dijo en la introducción, estas definiciones han sido adoptadas por la Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental⁽²⁷⁾.

He oído afirmar para el derecho francés, en relación con la regulación de las aguas del Código de Napoleón, que su terminología no se adecua al ciclo hidrológico, y aun conociendo que las cuestiones de propiedad nada tienen que ver con el ciclo hidrológico, la correcta subsunción del supuesto de hecho en la norma jurídica exige acertar en la naturaleza del objeto⁽²⁸⁾.

Y si finalmente así se califica, es posible que no solo haya que aplicar el régimen jurídico correspondiente a dicha tipología de agua en ese momento, sino que acaso puede incidir en situaciones preexistentes. Hacer afirmaciones categóricas requiere mayor detenimiento, pero no cabe duda de su interés a la vista de los nuevos términos y definiciones de aguas⁽²⁹⁾.

El artículo 40 bis considera aguas continentales todas las que están en la superficie del suelo, y todas las aguas subterráneas situadas hacia tierra desde la línea que sirve de base para medir la anchura de las aguas territoriales, y aguas superficiales son las continentales, excepto las subterráneas, las de transición y costeras y, en lo que se refiere al estado químico, también las aguas territoriales; aguas subterráneas son las que se encuentran bajo la superficie del suelo. Cabe preguntarse si las subterráneas son solo aquellas que están todavía bajo la lámina o rasante del suelo, siendo el resto consideradas superficiales.

De todos modos, si, como prevé el artículo 56 del TRLA después de la reforma de 2012, el programa de actuación para la recuperación de «aguas subterráneas en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico» permite aplicar medidas cautelares por ejemplo, limitaciones de extracción (artículo 56.1) o «la sustitución de las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias, transformándose, en su caso los títulos individuales con sus derechos inherentes, en uno colectivo que deberá ajustarse a

al Gobierno la publicación del Código civil (Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1888): «... y se incluirán en el Código las bases en que descansan los conceptos especiales de determinadas propiedades como las aguas, las minas (...), bajo el criterio de respetar las leyes particulares por que hoy se rigen en su sentido y disposiciones, y deducir de cada una de ellas lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos para incluirlo en el Código».

(27) Artículo 2.º: «a efectos de la presente ley», se consideran «daños medioambientales», entre otros, «b) Los daños a las aguas, entendidos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos tanto en el estado ecológico, químico y cuantitativo de las masas de agua superficiales o subterráneas, como en el potencial ecológico de las masas de agua artificiales y muy modificadas».

(28) «Determinar cuándo se está ante un manantial y corriente susceptibles de propiedad privada y cuándo ante un río, es cuestión de hecho»: CAPILLA RONCERO, F. (1991): *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, p. 1125.

(29) La terminología sobre aguas es cuestión compleja y muchas veces equívoca. Baste como ejemplo las «aguas pluviales» que los artículos 1.º y 2.º de la LAg. de 1879 regulaban expresamente y a los que aluden los artículos 407.5.º y 408.4.º del CC, aunque la LAg. de 1985 no hizo referencia expresa y directa a su titularidad, si bien en el artículo 5.º1 se declaran de dominio privado los cauces por los que ocasionalmente discurran aguas pluviales: *vid.* MARTÍN-RETORTILLO, S.: (1997), *Derecho de Aguas*, pp. 167 a 171.

lo dispuesto en el programa de actuación», o «determinar perímetros de protección de las masas de agua subterránea en los que será necesaria su autorización», es posible que poco importe en el ejercicio final de los derechos la naturaleza de las titularidades sobre porciones de agua (si cabe todavía esta terminología).

Cierto que la elasticidad del derecho de propiedad, que permite la recuperación de facultades al propietario desprovisto de ellas, hace que no sea indiferente la cuestión sobre la titularidad pese a las profundas modificaciones producidas en los últimos años en el derecho de aguas. Como prevé el propio artículo 56.4 del TRLA, «cuando como consecuencia de la aplicación del programa de actuación se mejore el estado de la masa de agua subterránea, el organismo de cuenca, de oficio o a instancia de parte, podrá reducir progresivamente las limitaciones del programa y aumentar, de forma proporcional y equitativa, el volumen que se pueda utilizar, teniendo en cuenta, en todo caso, que no se ponga en riesgo la permanencia de los objetivos generales ambientales previstos en el artículo 92 y siguientes».

IV. INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL ADECUADA, AGUA Y REGISTROS

La consecución de los objetivos medioambientales marcados por la DMA no parece abordable sin una adecuada red de información que permita a los Estados miembros disponer de datos fidedignos y conocer la calidad de todas las masas de agua, así como revisarlas y controlarlas periódicamente. Las exigencias de los artículos 5.º y 8.º de la DMA no pueden cumplirse sin un adecuado sistema de registros e inventarios.

Asimismo, el derecho de acceso de todos a una información solvente, suficiente y adecuada, deducible de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, tampoco es viable sin que las administraciones dispongan de los datos que deben, a su vez, proporcionar.

Se ha dicho que la gestión integrada proclamada en la Carta del Agua del Consejo de Europa de 17 de octubre de 2001 debe estar apoyada en un inventario de recursos que ha de comprender «un balance relativo a su cantidad y calidad y ha de tenerse en cuenta las utilizaciones necesarias, presentes y futuras, así como el impacto del cambio climático»⁽³⁰⁾. La importancia de los inventarios y registros administrativos ha sido subrayada no solo desde el ámbito jurídico, sino también por economistas, politólogos⁽³¹⁾ y geólogos⁽³²⁾. Es asimismo imprescindible para una correcta planificación hidrológica.

En relación con las aguas privadas y los derechos privados sobre aguas cabe aludir al Catálogo de Aguas privadas de la cuenca, de renovado interés dado el tenor de la nueva DT

(30) CARO-PATÓN CARMONA, I. (2006): «La Directiva marco de aguas y su trasposición al Derecho español: análisis jurídico general», *RADA*, núm. 9, p. 50.

(31) Referencias, en ÁLVAREZ CARREÑO, S.: «Consideraciones sobre la función protectora del Registro de Aguas desde la perspectiva ambiental», *RADA*, núm. 11/2007, pp. 45 y 46.

(32) FORNÉS AZCOITI, J.M.; DE LA HERA PORTILLO, A., y LLAMAS MADURGA, R. (2005): «La propiedad de las aguas subterráneas en España: la situación del Registro/Catálogo», en <<http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/2424/1/122article3.pdf>> (acceso, 24 de octubre de 2012).

10 del TRLA introducido en 2012. Bajo el titulillo «Transformación de derechos privados en concesiones», dicha DT prevé que los titulares de aprovechamientos de aguas inscritos en el Catálogo de aguas privadas de la cuenca a los que se refiere la DT 4.^a del TRLA puedan solicitar en cualquier momento la inscripción en el Registro de Aguas de la cuenca, para lo que instarán el otorgamiento de la correspondiente concesión. En el número 3 se indican las características de la concesión, cuyo término será el 31 de diciembre de 2035, teniendo preferencia en ese momento para obtener una nueva concesión, y recogerá las características con que el aprovechamiento esté incluido en el Catálogo de Aguas privadas de la cuenca, singularmente en lo que se refiere al uso del agua, previa comprobación de la adecuación de estas características a la realidad por parte del Organismo de cuenca.

El número 4 impide la transformación del derecho cuando se trate de aguas subterráneas declaradas en riesgo de no alcanzar un buen estado que no tengan un programa de actuación aprobado conforme al artículo 56 del TRLA, también reformado en 2012.

Registro de Aguas y Catálogo de Aguas privadas del Organismo de cuenca son dos registros oficiales y públicos con competencias y regímenes jurídicos distintos⁽³³⁾. En el Registro de Aguas de la correspondiente cuenca se debían inscribir los derechos privados y aprovechamientos temporales de aguas privadas para obtener la «protección administrativa» a que aludía la LAg. de 1985. Exigía acreditación ante la administración correspondiente del derecho sobre las aguas (del tipo que fuera) y se preveía la transformación en concesión pasado el tiempo previsto en las DDTT.

Paralelamente, la LAg. de 1985 obligó a crear un Catálogo de Aguas privadas en cada Organismo de cuenca, distinto del Registro de Aguas, para que se inscribieran (más bien declararan) las aguas privadas al amparo de la legislación anterior manteniéndose en el mismo régimen jurídico y a elección de los propietarios⁽³⁴⁾. Las normas administrativas suelen denominar los derechos inscritos en el Catálogo como «aprovechamientos de aguas» privadas, aunque la doctrina ha indicado que caben también verdaderos derechos de propiedad⁽³⁵⁾.

Registro de Aguas y Catálogo de Aguas privadas del organismo de cuenca son dos registros oficiales y públicos con competencias y regímenes jurídicos distintos.

(33) Como indica la STC 227/1988, FJ 8.º

(34) El Catálogo es un registro administrativo que ofrece a la Administración Hidráulica una información indispensable para el control de los recursos y aprovechamientos, la planificación y la puesta en práctica de medidas de protección de los acuíferos, como son la declaración de sobreexplotación y salinización: DEL SAZ CORDERO, S. (2001): «¿Cuál es el contenido de los derechos privados sobre las aguas subterráneas?», en *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, p. 75.

(35) MOREU BALLONGA, J.L. (2011): *Código civil comentado*, pp. 1644 y ss.

Como la doctrina ha indicado, las diferencias conceptuales, de régimen y finalidad, entre Registro y Catálogo, en la práctica han pasado desapercibidas⁽³⁶⁾.

Los titulares de aguas privadas tenían un período de tres años desde la entrada en vigor de la LAg. de 1985 (1 de enero de 1986) para inscribirse en el Catálogo. Dicha declaración en el Catálogo (era declaración más que inscripción) se ha considerado como una obligación legal⁽³⁷⁾; jurisprudencia civil considera que, de no cumplirse, ningún efecto debería tener en el derecho de propiedad o titularidad consolidada, ya derecho adquirido al entrar en vigor la LAg. de 1985⁽³⁸⁾.

Es sobradamente conocido el escaso éxito de las administraciones en el logro del acceso de los derechos privados sobre aguas a los registros oficiales, pese a su indiscutible relevancia⁽³⁹⁾.

A pesar de que había pasado desde hacía años el plazo legalmente previsto, una nueva norma otorgó un nuevo plazo de inscripción. La DT 2.^a de la LPHN 10/2001, de 5 de julio, otorgó nuevamente a los titulares de derechos no inscritos en el Registro de Aguas ni en el Catálogo de Aguas Privadas un nuevo plazo improrrogable de tres meses desde su entrada en vigor, día 27 de julio de 2001⁽⁴⁰⁾, indicando que, «transcurrido este plazo sin haberse cumplimentado esta obligación no se reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas si no es en virtud de resolución judicial firme»⁽⁴¹⁾.

Esta norma vino a complementar lo dispuesto en las DDTT 3.^a y 4.^a de la LAg., aunque el tenor literal de su apartado 1 solo remita expresamente a la DT cuarta.

La Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, se tramitó prácticamente al mismo tiempo que el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el TRLA. Aunque este último es de fecha posterior, entró en vigor un par de días antes que la LPHN: la primera, el 25 de julio de 2001 (DF única del TRLA) y la segunda, el día 27 del mismo mes y año. Lógicamente, en razón de las fechas expuestas, la LPHN alu-

(36) DELGADO PIQUERAS, F., y GALLEGO CÓRCOLES, I. (2007): *Aguas subterráneas privadas, teledecepción y riego. Un estudio jurisprudencial*, Editorial Bomarzo, pp. 27 y ss.

(37) STS 20 de enero de 2012, Id. Cendoj: 28079130052012100025.

(38) Así lo afirma la SAP Ciudad Real, Sección 1.^a, de 25 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2227).

(39) Datos en FORNÉS AZCOITI, J.M.^a; DE LA HERA PORTILLO, A., y LLAMAS MADURGA, R. (2005): «La propiedad de las aguas subterráneas en España: la situación del Registro/Catálogo», en <<http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/2424/1/122article3.pdf>>.

(40) El 27 de julio de 2001 es la fecha de entrada en vigor de la LPHN pues, dado que nada indica expresamente la norma sobre el particular, se aplica el período de *vacatio legis* previsto en el artículo 2.º del CC y entra en vigor a los veinte días de su completa publicación en el BOE, que tuvo lugar el 6 de julio de 2001. Puesto que el cómputo del tiempo se rige por lo dispuesto en el artículo 5.º también del CC, debe quedar excluido el propio día 6 de julio, al tratarse de veinte días naturales. Así es aunque el TS, en su jurisprudencia, suele aludir al día 26 de octubre de 2001 (tres meses después de la entrada en vigor) como fecha de caducidad del plazo para la inscripción en el Catálogo de aguas privadas de los derechos que la LAg. de 1985 reconocía en sus disposiciones transitorias.

(41) Según la STS, c-a, de 1 de junio de 2010 (FD 3.º), transcurrido dicho plazo de tres meses sin cumplir con el deber de inscripción en el Catálogo de aguas privadas, no solo se comete una infracción sancionable administrativamente, sino que «no se reconocerá ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas salvo en virtud de resolución judicial firme». Id. Cendoj: 28079130052010100249.

de en sus artículos a la LAg. de 1985 y no al TRLA de 2001. El TRLA de 2001 no derogó la citada DT 2.^a de la LPHN⁽⁴²⁾.

La jurisprudencia (Sala Tercera del TS) ha ido perfilando los términos de esta facultad de inscripción en el Catálogo de Aguas privadas, pues no parecían claros algunos puntos una vez finalizado el plazo de tres meses preclusivo, el 27 de octubre de 2001. Hasta hoy, se pueden citar los siguientes.

La sentencia firme declarativa en la que se reconozcan derechos privados sobre aguas puede ser tanto de fecha anterior al 27 de octubre de 2001, fecha de cierre del catálogo, como posterior: SSTS, c-a, 17 de mayo de 2012 (FD 6.º, párrafo 5) y 21 de diciembre de 2011⁽⁴³⁾. Esta última reitera doctrina de otra anterior, de 22 de marzo de 2011⁽⁴⁴⁾, al indicar que la obligación de inscribir so pena de imposición de sanciones administrativas, no implica «en absoluto la derogación del régimen de las aguas privadas contemplado en las DDTT 2.^a, 3.^a y 4.^a LAg. y TRLA» (FD 6.º, párrafo quinto).

Y por último, dos sentencias recientes de la misma Sala Tercera del TS, de 17 de mayo de 2012⁽⁴⁵⁾ y 15 de junio de 2012⁽⁴⁶⁾, afirman que, pasados los indicados tres meses, solo cabe inscribir aguas privadas en el Catálogo cuando se acredite que lo son mediante sentencia firme de la jurisdicción civil, sin que sirva a tal fin la resolución dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa resolviendo cuestión prejudicial al amparo del artículo 4.º de la LJCA⁽⁴⁷⁾. Hasta entonces no existía jurisprudencia del TS sobre ese concreto particular.

Esta doctrina del TS tendrá, además, relevancia a los efectos de la inscripción de aguas privadas en el Registro de la Propiedad puesto que, en la práctica, se exige para la inscripción de derechos de aprovechamiento de aguas privadas acreditación de la inscripción en el catálogo: RDGRN de 23 de abril de 2005 (RJ 2005, 5368), tesis también mantenida por la jurisdicción civil: SAP Ciudad Real, Sección 1.^a (JUR 2006, 284490)⁽⁴⁸⁾.

Hay sentencias de la jurisdicción civil que reconocen derechos privados no anotados, como la citada SAP Ciudad Real, Sección 1.^a, de 25 de noviembre de 2010 (AC 2010,

(42) Vid. DD única TRLA y, entre otras, STS de 20 de enero de 2012, FD 6.º, últ. párrafo (Id. Cendoj: 28079130052012100025).

(43) Id. Cendoj: 28079130052011100782.

(44) Recurso de Casación núm. 269/2009.

(45) Id. Cendoj: 28079130052012100350.

(46) Id. Cendoj: 28079130012012100058.

(47) Sobre la dualidad jurisdiccional en materia de aguas: vid. MOREU CARBONELL, E. (2011): *Código civil comentado*, vol. I, Civitas-Aranzadi, pp. 1628 y 1629. Vid. También CANTERO MARTÍNEZ, J. (2004): Comentario a la STS 24 de julio de 2003 (RJ 2003, 5855) en *CCJC*, enero-abril, en especial, pp. 429 a 433.

(48) Esta exigencia, que no ha estado exenta de críticas de la doctrina, tiene, a juicio de algunos, explicación en que la Administración pública del agua está encargada de controlar o supervisar los actos de los particulares que busquen la protección registral, incluso la del Registro de la Propiedad: PÉREZ PÉREZ, E. (2001): *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Bosch, Barcelona, p. 352. A mi juicio, conviene para este análisis tener en cuenta las razonabilísimas inquietudes, desde el ámbito de los registradores, para contribuir hoy no solo a la seguridad del tráfico jurídico, labor que vienen desempeñando desde su creación, sino también al logro de unos estándares de protección medioambiental adecuados y que se deducen también de la inscripción de obra nueva y la segregación y parcelación de fincas.

2227), que indica que lo que se declara caducado por la Ley de 2001 (LPHN) no es el derecho de aprovechamiento adquirido con anterioridad a la Ley de 1985, sino la opción que se confería a tales propietarios en su régimen transitorio, sin que se extingan tales aprovechamientos⁽⁴⁹⁾, o la SAP Ciudad Real, Sección 1.ª, de 2 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 35577), que admite la existencia de derechos privados no anotados anteriores a la LAg. de 1985.

A la vista de la jurisprudencia del TS, Sala Tercera, antes citada, en virtud de estas sentencias de la jurisdicción civil debería permitirse a los particulares proceder a la inscripción en el Catálogo de Aguas privadas y, después, al amparo de la nueva DT 10 TRLA, pedir su inscripción en el Registro de Aguas y su transformación en derechos concesionales.

Sin embargo, las exigencias de respeto a la planificación y las de programas de actuación podrán ser obstáculo (basta comprobar los términos de la última reforma del TRLA en 2012). Por el momento, no cabe pensar que haya muchos particulares interesados en obtener la «protección administrativa» de las administraciones públicas, pero está claro que hay sentencias recientes de la jurisdicción civil que reconocen derechos privados sobre aguas, estén o no declarados o inscritos en catálogos oficiales.

V. UN SIGNIFICATIVO EJEMPLO DE APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS FINALISTAS DE PRESERVACIÓN DE LA CALIDAD DEL AGUA DE LA DMA EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL: LA SAP CIUDAD REAL, DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2003, SOBRE LAS «LAGUNAS DE RUIDERA»

La relevancia, tanto de la terminología auténtica sobre aguas (definida por el propio legislador) como de los nuevos criterios impuestos por la DMA de protección del recurso, no solo exigiendo su preservación cuantitativa sino también, y significativamente, de unos niveles adecuados de calidad, fue determinadamente acogida en el *iter* argumental de la fundamentación jurídica de la SAP Ciudad Real, Sección 2.ª, núm. 255/2003, de 6 de noviembre de 2003, dictada en grado de apelación civil⁽⁵⁰⁾.

La sentencia revocó parcialmente por unanimidad la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ciudad Real y, estimando la demanda interpuesta en su día por el Estado español, a la que se había adherido la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, declaró de dominio público hidráulico todas las aguas situadas en las denominadas «Lagunas de Ruidera» y su curso de comunicación, entendidas como parte del río Alto Guadiana, y comprendiendo, como parte de un todo unitario y especial, los terrenos cubiertos por esas mismas aguas, ya sea el lecho, cauce o álveo (primera proposición del apartado 1.º del fallo).

La extensa sentencia (36 páginas) sobre el bello humedal castellanomanchego fue completamente refrendada por la Sala de lo Civil del TS en Sentencia de 22 de junio de

(49) También, que de la normativa aplicable no cabe deducir el carácter constitutivo o necesario de la inclusión en un registro o la obtención de una autorización, de modo que implique la ausencia del derecho privado que la ley reconocía al alumbrador.

(50) Conozco el contenido gracias a la amabilidad de quienes trabajan en Secretaría de dicho Tribunal, que me han proporcionado el texto de la sentencia y remitido para su estudio a la Facultad de Derecho de Zaragoza.

2009 (RJ 2009, 4702), que desestimó íntegramente los recursos de casación interpuestos por los particulares demandados en su día. El fallo se basó en un dato fáctico apreciado en instancia: las lagunas no son tales, sino que forman parte del río Alto Guadiana, y el TS la confirmó íntegramente, puesto que «la calificación fáctica no cabe ser revisada en casación, so pena de caer en el vicio de hacer supuesto de la cuestión» (FD 2.º1).

No haré en este lugar análisis sobre las interesantes cuestiones planteadas en estos fallos judiciales. Invitan a reflexionar sobre la propiedad de lagos, lagunas y charcas en el derecho español expresamente mencionados, como se recordará, en la DA del TRLA (la misma en la LAg.) y el artículo 10, así como de sus lechos, cauces y álveos. También sobre aguas y Registro de la Propiedad.

La AP argumentó, con base en diferentes criterios, que se estaba ante río y no lagunas: gramatical, interpretaciones sobre la unidad del ciclo hidrológico, un relevante informe del IGME (Instituto Geológico Minero Español), y también, y esto es lo que ahora señalaré, se utilizó como criterio interpretativo finalista para calificar las aguas como río (y no como lagunas) el *Soft Law* europeo sobre derecho de aguas, tratados y convenios internacionales ratificados por España y sentencias del TJCE, aplicados con base en los artículos 10 y 93 de la CE (en línea con la interpretación de la STC 41/2002, de 25 de febrero) y en el principio del derecho a un medio ambiente adecuado del artículo 45 de la CE.

Es por supuesto una sentencia que muestra la importancia de la calificación fáctica de las masas de agua (río *versus* laguna). Piénsese en la relevancia que ello puede tener para las cuestiones de aplicación intertemporal de las normas y no solamente hacia futuro. Pero también, y eso se quiere subrayar, de la consideración de criterios de conservación medioambiental en la configuración de la naturaleza de las cosas como objeto del derecho civil. Es asimismo un modo de entender la labor judicial de aplicación del derecho europeo en los términos de la STJCE de 13 de diciembre de 1989, Asunto Grimaldi C-322-88, citada por la AP: «los tribunales nacionales están obligados a tener en cuenta las Recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación...».

Dichas masas de agua son río, a juicio de la AP, además de la conexión entre el conocido acuífero del Campo de Montiel declarado sobreexplotado y el río Guadiana, de un análisis exhaustivo y pormenorizado de las terminologías jurídicas y gramaticales también extrajurídicas y del informe pericial del Instituto Geológico y Minero de España, entre otras cuestiones, sobre el sistema de drenaje de aguas, porque dicha calificación se acomoda a la necesaria preservación cuantitativa y cualitativa del recurso que marca la política de aguas desde la UE,

Hay sentencias recientes de la jurisdicción civil que reconocen derechos privados sobre aguas, estén o no declarados o inscritos en catálogos oficiales.

exigida también por el TSJCE. La sentencia insiste en que todos estos criterios por sí solos no hubieran servido para llegar a la conclusión del fallo. Pero resulta ilustrativa la última proposición del párrafo segundo, número 2.º del FD 2.º (p. 28 en el texto que manejo): «Por otra parte, la conceptualización de “río” con independencia de la posibilidad de que su fluir se desarrolle parcialmente o en algún tramo de modo subterráneo que se deriva del artículo 2.º de la Directiva 2000/60/CEE, de 23 de octubre de 2000, resulta francamente significativa en la delimitación conceptual aquí patrocinada».

Sin incluir otros comentarios ni valorar afirmaciones de la sentencia, quiero destacar la utilización por la AP como criterio hermenéutico finalista para interpretar las normas, la legislación sobre calidad de las aguas a través del principio de protección del medio ambiente y del derecho a un medio ambiente adecuado a la luz del marco comunitario de actuación, partiendo del Tratado de la Comunidad Europea (artículo 174) conforme al cual la política en el ámbito del medio ambiente debe contribuir a alcanzar los objetivos de conservación, protección y mejora de la calidad, y la utilización prudente y racional de los recursos naturales⁽⁵¹⁾. Y en apoyo de estas tesis se citan varias Directivas del Consejo⁽⁵²⁾, además de otros procesos judiciales ante el TJCE⁽⁵³⁾ [letra b) de FD 2.º].

Finalmente, es de reseñar que, como la propia SAP Ciudad Real reconoce, las referencias expresas a las terminologías y definiciones auténticas de la DMA sobre protección de la calidad de las aguas se toman en consideración aunque todavía no había sido transpuesta al ordenamiento español en el momento de dictarse el fallo en apelación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2005): «La trascendencia de la Directiva Marco de Aguas y la evolución de la política hidráulica española hacia un modelo de gestión sostenible», en <<http://ocw.uam.es/cursos/agudomarcaguas>>, 106 pp. (último acceso 17 de octubre de 2012).

(51) En las páginas 17 y siguientes, la SAP alude al principio de protección al medio ambiente y derecho a un medio ambiente adecuado (artículos 45 y 53.3 de la CE), y dice que: «ha de tenerse en consideración la operatividad que ha de predicarse a estos fines de interpretación finalista, del hecho de la ratificación por el Estado Español de numerosos instrumentos normativos convencionales de carácter internacional y entre ellos muy decisivamente el Tratado de la Comunidad Europea (en adelante TCE), en cuyo artículo 174, versión Ámsterdam, se viene a establecer que la política de la Comunidad Europea debe contribuir a alcanzar los objetivos siguientes: la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, y la utilización prudente y racional de los recursos naturales».

(52) 75/440/CEE (16 de junio de 1975), relativa a la calidad requerida para las aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable en los Estados Miembros; D 76/160/CEE (8 de diciembre de 1975), relativa a la calidad de las aguas de baño; D 78/659/CEE (18 de julio de 1978), relativa a la calidad de las aguas continentales que requieren protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces; D 80/788/CEE (15 de julio de 1980), relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano; D 91/271/CEE (12 de diciembre de 1991), relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura; y, finalmente, la D 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo (23 de octubre de 2000), por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas».

(53) STJCE de 15 de junio de 2000 en asuntos acumulados C-418/97 y C-419/97, en sendas cuestiones prejudiciales interpretativas de las Directivas 75/442/CEE y 91/156/CEE; Conclusiones del Abogado General en el Asunto C-231/97, AML *Van Rooij versus Dagelijks bestuur het waterschap de Dommel*, cuestión interpretativa de la Directiva 76/464/CEE.

- ÁLVAREZ CARREÑO, S. (2007): «Consideraciones sobre la función protectora del Registro de Aguas desde la perspectiva ambiental», *RADA*, núm. 11.1, pp. 39-50.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. (2004): «Comentario a la STS 24 de julio de 2003 (RJ 2003, 5855)», en *CCJC*, enero-abril, pp. 419-433.
- CAPILLA RONCERO, F. (1991): *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, pp. 1118-1148.
- CARO-PATÓN CARMONA, I. (2006): «La Directiva marco de aguas y su trasposición al Derecho español: análisis jurídico general», *RADA*, núm. 9, pp. 37-57.
- COLOM PIAZUELO, E. (2012): «La configuración pública de las aguas en el derecho europeo de aguas y su transposición al derecho español» (en prensa en este mismo número).
- DEL SAZ CORDERO, S. (2001): «¿Cuál es el contenido de los derechos privados sobre las aguas subterráneas?», en *Régimen jurídico de las aguas subterráneas*, Fundación Marcelino Botín, pp. 57-88.
- (2011): «Las comunidades de usuarios de aguas subterráneas y, en especial, las comunidades de usuarios de aguas subterráneas en la Ley 9/2010, de 9 de agosto, de Andalucía», en *Agua y Agricultura*, dir. Embid Irujo, A., Aranzadi, p. 83.
- DELGADO PIQUERAS, F., y GALLEGO CÓRCOLES, I. (2007): *Aguas subterráneas privadas, teledetección y riego. Un estudio jurisprudencial*, Editorial Bomarzo, 148 pp.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2008): *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo III, 5.ª ed., Thomson-Civitas Aranzadi, pp. 71-75.
- EMPID IRUJO, A. (2001): «Evolución del derecho y de la política del agua en España», *RAP*, núm. 159, 2001, pp. 61 y ss.
- (2006): «A vueltas con la propiedad de las aguas. La situación de las aguas subterráneas a veinte años de la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985. Algunas propuestas de modificación normativa», en *Justicia Administrativa, Revista de Derecho Administrativo*, Lex Nova, número extraordinario, pp. 183-205.
- (2012): «Cuestiones institucionales: demarcación y cuenca hidrográficas, planificación hidrológica y su relación con el principio de recuperación de costes», en prensa en este mismo volumen.
- EVANGELIO LLORCA, R. (2000): «El ámbito de las relaciones de vecindad», *RCDI*, núm. 659, mayo-junio 2000, pp. 1840-1846.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J. (1994): «Las relaciones de vecindad entre fundos en el Derecho civil común y foral», *Cuadernos de Derecho Judicial. Protección del Derecho de propiedad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, tomo IX, pp. 133-139.
- FORNÉS AZCOITI, J.M.^a, DE LA HERA PORTILLO, A. y LLAMAS MADURGA, R. (2005): «La propiedad de las aguas subterráneas en España: la situación del Registro/Catálogo», en <<http://upcommons.upc.edu/revistes/bitstream/2099/2424/1/122article3.pdf>>, 12 pp.
- HUALDE MANSO, T. (2004): *Las inmisiones en el Derecho civil navarro*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra.
- LACRUZ BERDEJO y MENDOZA OLIVÁN (1987): *Elementos de Derecho civil*, III-1, 2.ª ed. en Bosch, p. 160.
- MAGÁN PERALES, J.M.^a A. (2005): «La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre infracciones y sanciones en materia de aguas», *RADA*, pp. 135-176.

- MARTÍN-RETORTILLO, S. (1997): *Derecho de Aguas*, Madrid, 734 pp.
- MARTÍN-RETORTILLO, L. (1998): *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 379 y ss.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2011): «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés: de la Compilación al Código del Derecho Foral de Aragón de 2011», *DPC*, núm. 25, enero-diciembre, pp. 205-227.
- MOREU BALLONGA, J.L. (2011a): *Código civil comentado*, pp. 1644 y ss.
- (2011b): «La propiedad privada “congelada” del agua, según el Tribunal Supremo», *ADC*, tomo LXIV, fasc. III, pp. 931-988.
- MOREU CARBONELL, E. (2011): *Código civil comentado*, vol. I, Civitas-Aranzadi, pp. 1628-1629.
- PÉREZ PÉREZ, E. (2001): *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Bosch, Barcelona, pp. 314-352.

EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN CUALITATIVA DE LAS AGUAS SUPERFICIALES DERIVADO DE LA DMA: ASPECTOS FUNDAMENTALES Y REFLEJO EN EL DERECHO ESPAÑOL^(*)

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

*Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

El régimen de protección cualitativa de las aguas superficiales derivado de la DMA: aspectos fundamentales y reflejo en el derecho español

El régimen de protección de la calidad de las aguas superficiales ha experimentado un giro radical tras la aprobación de la DMA. La adopción del enfoque combinado y las pretensiones de globalidad de la norma superan los planteamientos previos, introduciendo exigencias novedosas que se articulan, como instrumentos preferentes, a través de los programas de medidas y los planes hidrológicos. La transformación del derecho español es coherente con este nuevo paradigma, si bien se detectan disfunciones e incumplimientos.

Palabras clave: DMA; protección hídrica; vertidos; normas de calidad; programas de medidas; planes hidrológicos; autorización de vertido.

ABSTRACT

The régime of qualitative protection of superficial waters derived from the DMA. Fundamental aspects and its influence on the Spanish law

Further to the approval of the DMA, the regime of protection of the quality of superficial waters has undergone a radical turnaround. The adoption of a combined perspective and the aim of globalization of the norm, overcome the previous approaches, introducing new demands which are drawn up, as preferred instruments, through the measurement programs and the hydrological plans. The transformation of the Spanish law is consistent with this new paradigm, although there are certain dysfunctions and failures.

Key words: Water Framework Directive; water protection; discharges; quality standards; programme of measures; river basin management plans; discharge authorization.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO COMUNITARIO DETERMINA LA EXISTENCIA EN ESPAÑA DE UN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN CUALITATIVA DEL AGUA. PANORÁMICA Y SISTEMÁTICA GENERAL.

(*) Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación «Política del agua en Europa: transformaciones institucionales, jurídicas y económicas derivadas de la implantación de la Directiva Marco de Aguas. Expansión del modelo comunitario de gestión del agua» (Ref. DER2009-09073).

- II. EL IMPACTO DE LA DMA: LA SUPERACIÓN DE LAS VISIONES SECTORIALES Y LA ADOPCIÓN DE UN ENFOQUE GLOBAL. PRINCIPALES DETERMINACIONES.
 - 1. El buen estado de las aguas como objetivo general. La importancia particular de los mecanismos de control de vertidos.
 - 2. El papel de las Instituciones comunitarias: identificación de las sustancias prioritarias y establecimiento de normas de calidad ambiental a través de actos legislativos.
 - 3. El papel de los Estados: la sustancialidad de los programas de medidas y de los planes hidrológicos.
- III. LA TRASLACIÓN DEL RÉGIMEN AL DERECHO ESPAÑOL: EXTENSIÓN DEL PLANTEAMIENTO Y EJECUCIÓN A TRAVÉS DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS HABITUALES. AFECCIONES.
 - 1. La forma de trasponer y el esquema general de esa trasposición.
 - 2. Cuestiones organizativas. Objetivos de protección: reiteración del sistema comunitario y confirmación del papel preferente de los PPHH para su consecución.
 - 3. Programas de medidas y planes hidrológicos: competencia e interrelación.
 - 4. Breve mención a la cuestión de los caudales ecológicos.
 - 5. Ordenación y control de vertidos: la autorización de vertido como medida principal.
- IV. SÍNTESIS FINAL.
- V. ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

I. INTRODUCCIÓN: EL DERECHO COMUNITARIO DETERMINA LA EXISTENCIA EN ESPAÑA DE UN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN CUALITATIVA DEL AGUA. PANORÁMICA Y SISTEMÁTICA GENERAL

La tutela de la calidad de las aguas continentales en España experimentó un impulso determinante con la incorporación de nuestro país a las Comunidades Europeas y la consiguiente asunción de su acervo normativo. Excepción hecha de algunos textos muy singulares, que manifestaban una preocupación incipiente por las condiciones cualitativas del medio (bien que condicionada a los usos previstos)⁽¹⁾, la cuestión de la preservación hídrica no se situó durante mucho tiempo en la órbita de preocupaciones de nuestro legislador. Lo que a lo largo de los años venía interesando, en un entorno de irregularidad y escasez hídrica como el español, era poder disponer de agua suficiente en el momento en que se precisara, lo que condujo indefectiblemente a una política de captación y regulación de recursos ajena a cualquier condicionante ambiental.

Esta situación cambia cuando el derecho comunitario entra a formar parte del ordenamiento jurídico de este país. En 1986 la política ambiental comunitaria ya tenía un reco-

(1) Una visión general de estos en SETUÁIN MENDÍA, B. (2002): pp. 60-86. Téngase en cuenta la bibliografía allí citada.

ruido importante, que arranca en los primeros 70 al amparo implícito proporcionado por la interpretación «ecológica» de determinados preceptos del Tratado CEE, respaldada por el TJUE. Así pues, antes de su reconocimiento expreso a nivel de derecho originario (llevado a cabo ese mismo año por el Acta Única Europea), venía desarrollándose en este marco un sólido corpus normativo dirigido específicamente a proteger la calidad de las aguas superficiales y subterráneas. Corpus que, en lo que hace a las primeras —objeto de este estudio—, se centró en su defensa frente a la contaminación derivada de sustancias procedentes de los vertidos, y se significó sobre todo en la aprobación de un conjunto de Directivas alineadas conforme a un doble enfoque: el establecimiento de estándares de emisión y la fijación de objetivos de calidad (o estándares de inmisión). Las primeras limitaban la composición de los vertidos, siendo su máximo exponente la Directiva 76/464, de 4 de mayo (hoy vigente en la versión codificada derivada de la Directiva 2006/11, de 15 de febrero), que fijó un régimen general de valores límite de emisión para sustancias peligrosas⁽²⁾. Las segundas establecían exigencias cualitativas a las que habrían de acomodarse las aguas receptoras, variables en función de los usos a que estas se destinasen⁽³⁾. Estas normas principales se completaban con otras también muy importantes que, con la misma intención tuitiva, se centraban en actividades concretas, bien susceptibles de contaminar las aguas (Directiva IPPC, hoy vigente en su redacción 2008/1, de 15 de enero⁽⁴⁾, o Directiva 61/676, de 12 de diciembre, de protección del agua contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura), bien necesarias para conseguir un estado de los caudales acorde con los estándares de emisión e inmisión exigidos por aquellas (por ejemplo, la Directiva 91/271, de 21 de mayo, relativa al tratamiento de las aguas residuales urbanas, que impone obligaciones graduales de recogida y depuración de estas en función de la composición de las aguas, los núcleos donde se generen y el punto en que se realice el vertido).

Por supuesto, las normas mencionadas han sido traspuestas a derecho español, propiciando la existencia de un régimen interno de protección hídrica frente a vertidos de sustancias contaminantes. Así, el contenido de la Directiva 76/464 fue introducido en nuestro ordenamiento por los artículos 92 a 100 de la LAg. y, sobre todo, por el Capítulo II del Título III RDPH, y sus Anexos II y III, que, hoy actualizados, reprodujeron el sistema de doble lista y previa autorización de vertido que caracteriza a la norma comunitaria. Por su parte, los límites de emisión de sustancias concretados por sus Directivas de desarrollo se trasladaron a los articulados de diversas Órdenes Ministeriales (12 de noviembre de 1987,

(2) En realidad, los valores precisos fueron fijados por un conjunto de Directivas «hijas» aprobadas en desarrollo de esta Directiva «madre». Allí se concretaron dichos valores en relación con sustancias que, por su especial peligrosidad, debían eliminarse: mercurio (Directivas 82/176, de 22 de marzo, y 84/156, de 8 de marzo); cadmio (Directiva 83/513, de 26 de septiembre); hexaclorociclohexano (Directiva 84/491, de 9 de octubre); otras sustancias peligrosas comprendidas en la lista I del Anexo de la Directiva 76/464 (Directiva 86/280, de 12 de junio).

(3) Caso, por ejemplo, de las Directivas 80/778, de 15 de julio, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano (derogada por la Directiva 98/83, de 3 de noviembre); 76/160, de 8 de diciembre, relativa a la calidad de las aguas de baño (derogada por la Directiva 2006/7, de 15 de febrero, a más tardar el 31 de diciembre de 2014); 78/659, 18 de julio, relativa a la calidad de las aguas continentales que requieren protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces (codificada por la Directiva 2006/44, de 6 de septiembre); o 79/923, de 30 de octubre, relativa a la calidad exigida a las aguas para la cría de moluscos (codificada por Directiva 2006/113, de 12 de diciembre).

(4) El objeto de esta Directiva es sujetar a autorización ambiental integrada (que controla las emisiones a atmósfera, agua y residuos) aquellas actividades con un elevado potencial contaminador. En el caso del agua, dicho permiso no será emitido si las emisiones previstas superan los límites cualitativos fijados en las normas antecitadas.

13 de marzo de 1989, 28 de junio de 1991, 25 de mayo de 1992, etc.), mientras que las normas de objetivos de calidad tuvieron oportuno reflejo en sucesivos Anexos del RAPA, también completados con diversas Órdenes. La Directiva IPPC se incorporó a derecho español por Ley 16/2002, de 1 de julio, y con ella, la exigencia de autorización ambiental integrada —incluyendo la de vertidos— para determinadas instalaciones y actividades, mientras que la de nitratos lo hizo a través del RD 261/1996, de 16 de febrero. Por fin, las exigencias de depuración de la Directiva de aguas residuales se encuentran recogidas en el RDLey 11/1995, de 28 de diciembre.

Este régimen, obvio es señalarlo, se cohonesto por su mismo origen con el existente en el resto de Estados comunitarios y se fundamenta en las técnicas jurídicas instrumentadas por aquellas normas que, de este modo, quedan incorporadas a derecho español en caso de no existir. Este ha sido el caso significativo del antecitado sistema de doble lista y valores límites de emisión de la Directiva 76/464, considerada durante mucho tiempo la auténtica «Directiva-marco» en materia de lucha contra la contaminación de las aguas. La Directiva, y ahora también las normas españolas, identifican un conjunto de sustancias que, por su toxicidad, persistencia o bioacumulación se hace necesario eliminar del medio acuático (Lista I), así como otras que, por su efecto perjudicial (Lista II), es preciso reducir. En ambos casos, son los estándares de calidad fijados por sus normas derivadas los que van a determinar su admisibilidad en los vertidos, con los consecuentes otorgamiento o denegación de la autorización para su evacuación. La autorización de vertido, figura ya conocida en nuestro derecho, se erige así en pieza clave del sistema de preservación ambiental hídrica, al contenerse en ella los niveles máximos de concentración y cantidad de las sustancias como límite de obligado cumplimiento. El control del cumplimiento de estos límites se articula a través de las tradicionales actuaciones materiales de fiscalización (muestreos, análisis, inspecciones, etc.), a las que se suman con carácter preventivo y/o represivo otras técnicas habituales también recogidas la normativa interna (mapas, censos e inventarios de vertidos o masas de agua, códigos de prácticas ambientalmente respetuosas, informes; tipificación de infracciones y sanciones, etc.)⁽⁵⁾. De hecho, es lugar común que las propias Directivas encomienden a los Estados miembros la adopción a nivel interno de las medidas que resulten necesarias para conseguir los objetivos impuestos, siendo estos los que las singularizan a través de sus figuras clásicas de policía administrativa⁽⁶⁾. Sin embargo, en España, en coherencia con la importante apuesta a su favor hecha por la legislación hídrica, se suma y supera a estas otra herramienta esencial, llamada a jugar un papel clave en la consolidación y aplicación del régimen de protección del agua. Se trata de la planificación hidrológica, principalmente a nivel de cuenca (hoy de demarcación), con valor normativo. Ya la propia redacción original de la LAg. —previa a la incorporación de España a la UE, pero considerando su inminencia— identificaba como contenido obligatorio de los PPHH un aspecto tan determinante y ligado a lo expuesto como la fijación de las características básicas de la calidad de las aguas y de la ordenación de los vertidos de aguas residuales; contenido que, se verá, ha sido perfeccionado tras la aprobación de la DMA, que extiende la técnica planificatoria a nivel comunitario anudándole la consecución de sus objetivos.

(5) Una clasificación temprana de las técnicas de protección de la calidad de las aguas en España en el trabajo EMBID IRUJO, A. (1994): pp. 31-42. Más detalladamente, AGUDO GONZÁLEZ, J. (2004).

(6) Vid. MORENO MOLINA, A.M. (2006): pp. 321-322.

Hay que indicar no obstante que, como regla general, el mandato de la LAg. no ha tenido el oportuno reflejo en los PPHH aprobados en 1998, aunque es lícito esperar que su ya demorada modificación —exigida por aquella norma marco—, dé la presencia requerida a estos contenidos.

Este incumplimiento interno, solo apuntado, da pie para destacar otra cuestión semejante que tampoco puede ocultarse: la trasposición formal de las Directivas citadas y el establecimiento consecuente de un marco interno de protección de la calidad del agua no es suficiente *per se* para afirmar ni su complitud ni, mucho menos, su obediencia. De hecho, han sido varias las condenas que ha sufrido nuestro país por incumplimiento de las exigencias derivadas de aquella normativa comunitaria. Algunas relativamente recientes, como la impuesta por la STJUE de 14 de abril de 2011, asunto C-343/10, que, pasados casi veinte años de la fecha límite para su trasposición y siete después de que sus intimaciones más estrictas hubiesen debido estar atendidas, aún declara incumplida en un buen número de aglomeraciones urbanas españolas la obligación de recoger y tratar las aguas residuales urbanas que impone la Directiva 91/271⁽⁷⁾. También cabe encontrar sentencias que condenan a España por incumplimiento de las Directivas de valores límite de emisión (STJUE de 25 de noviembre de 1998, Asunto C-214/96) y objetivos de calidad (SSTJUE de 12 de febrero de 1998, Asunto C-92/96, o de 15 de diciembre de 2005, Asunto C-26/04). Pese a lo mucho hecho, resta abundante tarea por hacer.

Aprobación
de un conjunto
de Directivas
alineadas
conforme a un
doble enfoque:
el establecimiento
de estándares de
emisión
y la fijación
de objetivos
de calidad.

II. EL IMPACTO DE LA DMA: LA SUPERACIÓN DE LAS VISIONES SECTORIALES Y LA ADOPCIÓN DE UN ENFOQUE GLOBAL. PRINCIPALES DETERMINACIONES

Las insuficiencias y disfunciones de la mayoría de las normas aludidas, derivadas en buena medida del doble enfoque con el que se alinean (que considera de forma paralela e inarticulada dos aspectos inescindibles del mismo problema), pronto se hicieron notar, aconsejando la adopción de un enfoque combinado que los valorase de forma conjunta. Sin desdoro de algunas manifestaciones previas, esta es la perspectiva que se consolida con la aprobación de la fundamental DMA, cuyo carácter ambiental, autoproclamado desde su primer artículo, ha sido bien des-

(7) No es la única sentencia condenatoria por incumplimiento de las obligaciones derivadas de esta Directiva. Cabe mencionar también, entre otras, las SSTJUE de 19 de abril de 2007 (Asunto C-219/05), 15 de mayo de 2003 (Asunto C-419/01) y 8 de septiembre de 2005 (Asunto C-416/02). Esta última sentencia también declara el incumplimiento de la Directiva sobre nitratos utilizados en agricultura, al no haberse declarado un determinado paraje zona vulnerable a estos, como exigía esta norma.

tacado en la doctrina⁽⁸⁾. Su propio artículo 10 alude a dicho enfoque, siendo este el prisma de control a adoptar por los Estados miembros en relación con los vertidos en aguas superficiales.

1. El buen estado de las aguas como objetivo general. La importancia particular de los mecanismos de control de vertidos

En realidad, la DMA plantea un objetivo global mucho más ambicioso que el puro control de vertidos, consistente en síntesis en conseguir un buen estado de las aguas tanto ecológico⁽⁹⁾ como químico⁽¹⁰⁾. No podía esperarse menos de una norma que pretende erigirse en marco común para la protección de las aguas superficiales continentales, de transición, costeras y subterráneas⁽¹¹⁾, y en este papel prevenir, proteger y mejorar su estado y el de los sistemas asociados (es cierto que destacadamente mediante medidas de reducción o supresión de vertidos de sustancias contaminantes), así como promover un uso sostenible del agua basado en la protección a largo plazo de los recursos disponibles⁽¹²⁾. La intención de acometer una política hidráulica sustentable a nivel europeo queda así fuera de toda duda, como también su condición integral, deducible no solo de los distintos tipos de aguas destinatarios de sus previsiones —lo que permite considerar la interacción de todos los recursos y el mutuo condicionamiento de sus condiciones cualitativas⁽¹³⁾— sino, más aún,

(8) MARTÍN-RETORTILLO (2000): p. 27; SETUÁIN MENDÍA, B. (2001): pp. 10-12. El Considerando 19.º de la norma también despeja cualquier duda, al proclamar como objeto de la DMA «el mantenimiento y mejora del medio acuático de la Comunidad en lo que hace a su calidad», quedando subordinada cualquier medida cuantitativa que pueda adoptarse, que será, en todo caso, factor de garantía de la buena calidad hídrica. Queda demostrado que, pese a la amplitud de su título, la DMA es en realidad un texto centrado en los aspectos cualitativos del agua, como corresponde a la competencia comunitaria que constituye la base jurídica para su aprobación. Esto no es óbice para que diversos autores hayan destacado con razón la repercusión de esta norma más allá de lo cualitativo, constituyendo un nuevo planteamiento de la política del agua a nivel europeo. Evidentemente: la ambición de sus planteamientos implica un nuevo paradigma, caracterizado por su globalidad. Pero sin perder su condición ambiental de esencia, siendo como es, igual que las antecitadas, una norma adoptada en el marco de la política medioambiental comunitaria.

(9) Un análisis de este como concepto jurídico en ÁLVAREZ CARREÑO, S. (2006): *in totum*.

(10) Se considera buen estado químico de las aguas superficiales el alcanzado por una masa de agua en la que las concentraciones de contaminantes no superan las normas de calidad ambiental establecidas en el Anexo IX de la DMA (los valores límite de la Directiva 76/464 y sus Directivas hijas) y en otras normas comunitarias que también las establezca (caso de la Directiva 2008/105, que luego se explicará).

(11) Remito al análisis de estos conceptos hecho en el trabajo de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., publicado en este mismo número.

(12) Esta idea de norma de encuadre genérico de la política comunitaria de aguas es expresamente reconocida por el Considerando 18.º de la DMA, al reclamar un marco legislativo coherente, efectivo y transparente al efecto en el que contengan principios comunes y un marco general de actuación. Lógicamente, es la misma DMA la que pretende establecer dichos marcos, garantizando «la coordinación, la integración y, a más largo plazo, la adaptación de las estructuras y los principios generales de protección y uso sostenible del agua en la UE de conformidad con el principio de subsidiariedad». Esta mención al principio de subsidiariedad no es en absoluto gratuita, y aleja cualquier duda acerca de la consideración de la DMA como norma de armonización obligatoria de los ordenamientos de los Estados miembros. Así lo ha confirmado expresamente la STJUE de 30 de diciembre de 2006, Asunto C-32/05.

(13) La integridad en el tratamiento ambiental de las aguas continentales superficiales y subterráneas, de transición y costeras asociadas es un planteamiento nuclear, pues supone un salto sustancial en la política de protección hídrica. Del condicionamiento recíproco de su situación cualitativa no puede dudarse —¿o el estado de estuarios, deltas, franja litoral y análogos no depende de la calidad de las aguas continentales que llegan a ellos?—, por lo que una

de la consideración inescindible de los ecosistemas vinculados a estas, cuyo equilibrio ecológico depende de ellas.

Así pues, el buen estado de las aguas y, más concretamente, el buen estado ecológico de las superficiales es el objetivo principal de la DMA, debiendo entenderse por tal (artículo 2.º22) el estado de una masa de agua superficial clasificada con arreglo al Anexo V de la norma⁽¹⁴⁾. Este Anexo extenso, complejo y de indudable carácter normativo por su imperatividad, se conforma así en la piedra de toque de las previsiones de la Directiva, al señalar los indicadores de calidad de distinta índole (biológicos, hidromorfológicos, químicos, físico-químicos) que deberán considerarse en cada masa hídrica para determinar su estado ecológico (muy bueno, bueno, aceptable)⁽¹⁵⁾, condicionante a su vez de la aplicación de procedimientos de control diversos.

El cumplimiento del objetivo general indicado corresponde a cada Estado miembro, que, como recuerda el artículo 4.º de la DMA, con la referencia común que suponen los criterios y parámetros proporcionados por aquel Anexo, deberán adoptar para cada tipo de masa de agua superficial las medidas necesarias para prevenir su deterioro y lograr aquel buen estado ecológico antes de finales de 2015⁽¹⁶⁾. Y en particular, aplicar los mecanismos procedentes para reducir o suprimir progresivamente la contaminación derivada de sustancias prioritarias y de sustancias peligrosas prioritarias, de acuerdo con las medidas específicas de lucha contra esta adoptadas por el Parlamento y el Consejo *ex* artículo 16.1 de la norma. Pese a que, como se ha señalado, la DMA supera la perspectiva de Directivas anteriores, centradas en la regulación y el control de la contaminación producida por vertidos, la degradación producida por estos se tiene muy presente, al ser la actividad que más altera la calidad del agua y su entorno. Cabe afirmar así que su control no es el único mecanismo para lograr aquel objetivo general, pero sí el esencial.

2. El papel de las Instituciones comunitarias: identificación de las sustancias prioritarias y establecimiento de normas de calidad ambiental a través de actos legislativos

Buena muestra de ello es el artículo 16 de la DMA que acaba de citarse y que, bajo la rúbrica «Estrategias para combatir la contaminación de las aguas», plantea la actuación de las

gestión sostenible del agua como la que persigue la DMA impone una visión integral también desde el punto de vista material. Así lo ha recordado recientemente nuestro TC (STC 149/2012, de 5 de julio), FJ 6.º

(14) Nótese cómo la referencia que considera la DMA para concretar su objetivo y comprobar su consecución son las «masas de agua», delimitadas por cada Estado miembro conforme a los criterios del Anexo II y singularizadas, en el caso de las aguas superficiales, en ríos, lagos, aguas de transición, aguas costeras, aguas artificiales o masas de agua superficial muy modificadas. Cada uno de estos tipos son conceptuados en el artículo 2.º de la norma, que, paradójicamente, no define la noción general. No obstante, de aquellos conceptos singulares se deduce que se entiende por tales los volúmenes de agua superficial significativos y diferenciados que se singularizan por condiciones naturales (emplazamiento, magnitud, características) o por una decisión humana (a efectos de su gestión, por ejemplo).

(15) Para las masas de agua artificiales (creadas por la actividad humana) o muy modificadas (que han experimentado un cambio sustancial en su naturaleza por alteraciones físicas producidas por la actividad humana), la clasificación atenderá a su potencial ecológico (óptimo, bueno o aceptable).

(16) Sin perjuicio de la aplicación de las prórrogas autorizadas por el apartado 4 en atención a la magnitud de la tarea, de las singularidades previstas para las masas de agua artificiales o muy modificadas, y de las excepciones fijadas para casos de deterioro temporal de las masas. *Vid.* los apartados 5, 6 y 7 del precepto.

instancias comunitarias en el diseño y adopción de medidas al efecto. En concreto, el precepto distingue entre funciones de propuesta y funciones de aprobación y decisión, que son asignadas respectivamente a las instituciones que las tienen atribuidas por el TUE a la hora de regular el procedimiento legislativo ordinario; hecho que lleva a afirmar que las tales «estrategias» vendrán constituidas, en último término, por actos legislativos⁽¹⁷⁾. De conformidad con aquella atribución, las primeras corresponden a la Comisión, quien, en su condición de impulsora del proceso normativo comunitario, elaborará una lista de sustancias contaminantes consideradas prioritarias por presentar un riesgo significativo para el medio acuático o a través de él, fijando dentro de ella cuáles son peligrosas⁽¹⁸⁾. También propondrá controles (basados en la vigilancia de productos y procesos) para la reducción progresiva del vertido, emisión y pérdida de las primeras y para la interrupción y supresión gradual de las segundas, y formulará normas de calidad —límites— aplicables a las concentraciones de sustancias prioritarias en las aguas superficiales, los sedimentos o la biota, revisando al efecto las Directivas sobre objetivos de calidad. Sobre la base de estas propuestas, que deberán aprobar, el Parlamento y el Consejo adoptarán las medidas específicas de lucha contra la contaminación hídrica que antes se han señalado.

La primera propuesta de lista de sustancias prioritarias fue presentada por la Comisión el 7 de febrero de 2000 (COM 2000 47 final) —nótese: incluso con carácter previo a la aprobación de la DMA, que se produjo en diciembre del mismo año⁽¹⁹⁾—aprobándose por el Parlamento y el Consejo a través de la Decisión 2455/2001, de 20 de noviembre. Esta Decisión pasó a incorporarse a la DMA como Anexo X, constituyéndose así, por su índole normativa, en la referencia obligada para las medidas de lucha contra la contaminación que adopten los Estados en cumplimiento del artículo 4 de la misma norma. Pese a que el apartado 4 del artículo 16 imponía su revisión cada cuatro años, no ha sido hasta fechas recientes (31 de enero de 2012) cuando la Comisión ha presentado propuesta al respecto (COM 2011 876 final), planteando la adición de quince sustancias nuevas a las treinta y tres ya contenidas. Actualmente esta propuesta se encuentra en fase de debate y aprobación por Parlamento y Consejo.

Por lo que respecta a la formulación de normas de calidad ambiental (NCA)⁽²⁰⁾, ha sido la Directiva 2008/105, de 16 de diciembre (DNCA), la que, en su Anexo I, ha establecido los límites en que consisten en relación con las sustancias identificadas como prioritarias y con otros ocho contaminantes reglamentados en normas comunitarias⁽²¹⁾. Cabe afirmar, pues, que estamos ante un texto que fija valores límite y que, como tal, se centra en esencia

(17) Así está sucediendo: las más significativas de las adoptadas han revestido esta naturaleza jurídica, bien con la forma de Decisión —Decisión 2455/2001, de 20 de noviembre, por la que se aprueba la lista de sustancias prioritarias en el ámbito de la política de aguas—, bien de Directiva —Directiva 2008/105, de 16 de diciembre, relativa a las normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas—. A ambos textos me referiré en el cuerpo del trabajo.

(18) Por su toxicidad, persistencia y bioacumulación, o nivel de riesgo análogo (artículo 2.º 29).

(19) Obviamente, y considerando la larguísima tramitación que sufrió esta Directiva, se conocía muy bien la segura imposición de esta exigencia.

(20) Definidas en el artículo 2.º 35 de la DMA como «la concentración de un determinado contaminante o grupos de contaminantes en el agua, los sedimentos o la biota, que no deben superarse en aras de la protección de la salud humana y el medio ambiente».

(21) En concreto, en la Directiva 86/280, cuya vigencia se mantiene en su relación.

en conseguir un buen estado químico de las aguas superficiales (artículo 1.º)⁽²²⁾. Valores límite que, sin embargo, en consideración con el enfoque combinado que impone la DMA —de la que esta DNCA es desarrollo—, resultan de aplicación a las masas de agua superficial en cuanto tales (no a los vertidos que se hacen en ellas o al recurso según sus usos previstos, como sucedía en las Directivas anteriores), como topes de concentración de sustancias especialmente contaminantes que son tolerables en ellas. La expresión de estos topes conforme a dos parámetros distintos —medias anuales o concentraciones máximas admisibles—, según se considere respectivamente la protección de las aguas frente a su exposición a las sustancias a largo o a corto plazo, también constituye una muestra de la superación del enfoque paralelo: no se atiende solo al momento puntual del vertido o al destino inmediato de las aguas sino al mantenimiento constante del buen estado de los caudales.

Aun siendo una labor esencial, la Directiva no se contenta con establecer las NCA en relación con las sustancias prioritarias que hoy se recogen en el Anexo X de la DMA —que por cierto modifica, determinando su sustitución por su propio Anexo II, técnicamente más completo—, sino que ofrece una lista adicional de sustancias, enumeradas en su Anexo III, que habrán de ser examinadas por la Comisión con vistas a su eventual identificación como sustancias prioritarias o peligrosas. Aunque la fecha límite para finalizar esta tarea era el 13 de enero de 2011 (tres años después de la entrada en vigor de la DNCA, fijada a los veinte días desde su publicación), no ha sido hasta la reciente presentación del documento COM 2011 876 final cuando se ha procedido a dicho análisis, decidiendo aquella institución la posible designación como prioritarias de algunas de ellas, y rechazando la de otras por falta de pruebas suficientes sobre sus efectos. Finalizada esta tarea, la Comisión entiende obsoleto el Anexo III de la DNCA, y propone a Parlamento y Consejo su supresión en el futuro acto legislativo (Directiva) que posiblemente surja de la propuesta presentada. Como antes se ha señalado, esta se encuentra ahora en tramitación.

La DNCA también presta una especial atención a las denominadas «zonas de mezcla», entendiendo por tales las zonas adyacentes a los puntos de vertido (artículo 4.º). Es evidente que en estas áreas la concentración de sustancias contaminantes es muy superior al resto de la masa, habida cuenta de la inmediatez de la evacuación y la falta de dilución de los compuestos. Por esta razón, se prevé la posibilidad de que en ellas se

El buen estado de las aguas y, más concretamente, el buen estado ecológico de las superficies es el objetivo principal de la DMA.

(22) En puridad, la DNCA también establece normas de calidad ambiental aplicables a la biota en relación con tres sustancias (hexaclorobenceno, hexaclorobutadieno, mercurio), respecto de las cuales no es posible garantizar la protección contra sus efectos indirectos solo mediante normas destinadas a las aguas superficiales. Eso no quiere decir que los Estados no puedan decidir su inaplicación y su sustitución por normas internas sobre aguas superficiales más estrictas, siempre que supongan el mismo grado de protección para la biota que las fijadas a nivel comunitario en esta Directiva (artículo 3.º 2).

superen las NCA, siempre que se garantice su cumplimiento en el resto de la masa superficial. En todo caso, los Estados miembros deberán dar reflejo en sus planes hidrológicos de las zonas de mezcla señaladas en su territorio, con las exigencias y salvedades enunciadas en aquel precepto, entre las que destacan su carácter restringido y la determinación de medidas dirigidas a su reducción. Es de reseñar asimismo la obligación de esos mismos Estados de elaborar un inventario de emisiones, vertidos y pérdidas de sustancias prioritarias en cada demarcación conforme a los períodos de referencia que fija el artículo 5.º, variables en función de las sustancias de que se trate. Igualmente, el problema específico de la contaminación transfronteriza tiene tratamiento en la Directiva, eximiendo de responsabilidad por incumplimiento a aquellos Estados que desatiendan las NCA pero demuestren que es por causa de circunstancias generadas fuera de su jurisdicción (artículo 6.º).

Por supuesto, la aprobación de las nuevas NCA va a tener su efecto sobre regulaciones previas. En concreto sobre las Directivas enunciadas en el Anexo IX de la DMA (Directivas «hijas» derivadas de la Directiva 76/464), cuya condición de valores límite de emisión y *normas de calidad medioambiental* a los efectos de la DMA, proclamada allí mismo, se ve superada con la aprobación de este nuevo texto. Por esa razón, la DNCA plantea su derogación a partir del 22 de diciembre de 2012 (artículo 12.1), en plena coherencia con la fecha establecida por el artículo 10 de la DMA para que los Estados apliquen las fórmulas de control de vertidos que permitan cumplir las exigencias de protección que imponen las normas comunitarias. Entre ellas, obviamente, esta DNCA. Se aclara también que la Directiva «madre» quedará derogada, *ex* artículo 22.2 de la DMA, el 22 de diciembre de 2013, fecha en la que se supone que todo su contenido estará integrado en su implementación. En igual fecha, por mor del mismo precepto, también quedarán sin efecto las Directivas sobre objetivos de calidad citadas en nota a pie número 3.

De la misma manera que la DNCA prevé la derogación de las normas cuyo contenido supera, también es consciente de lo que queda por hacer. Principalmente asegurar su aplicación, que deberá ser analizada por la Comisión con ocasión de la elaboración del informe sobre la aplicación de la DMA previsto en su artículo 18.1. A raíz de dicho análisis, podrá formular las propuestas de modificación, desarrollo o análogas que considere oportunas. La DNCA contiene así una llamada a la elaboración de normativa de desarrollo, lo que no ha de extrañar en una norma que asimismo es tal.

3. El papel de los Estados: la sustancialidad de los programas de medidas y de los planes hidrológicos

A pesar de su indiscutible alcance, el control de vertidos no puede quedar solo en manos de las instituciones comunitarias a través de estas actuaciones esencialmente normativas, teniendo que complementarse con los desempeños obligados por parte de los Estados, responsables últimos del cumplimiento del objetivo general de buen estado de las aguas. Por lo tanto, además de las medidas que adopten Parlamento y Consejo en los términos indicados, también los Estados establecerán y aplicarán fórmulas de fiscalización de vertidos, a más tardar antes de finales de este año 2012. En concreto, como señala el artículo 10 de la DMA, controles de emisión basados en las mejores técnicas disponibles, valores límite de emisión, y controles basados en las mejores prácticas medioambientales en el caso de impactos difusos que, como mínimo, respetarán las regulaciones al efecto establecidas en

las Directivas IPPC, tratamiento de aguas residuales urbanas y protección frente a contaminación producida por nitratos agrícolas, las que puedan adoptarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la DMA (por ejemplo, la DNCA), las Directivas de objetivos de calidad y cualquier otra norma comunitaria que también pudiera contenerlas. Siempre a salvo, por supuesto, de la aplicación de controles más rigurosos si lo requieren los objetivos de calidad previstos en la norma.

Es evidente que la DMA, en línea con su condición de marco general, ha decidido no ser ella la que concrete directamente valores límite de emisión y objetivos de calidad comunes a todos los Estados miembros, como fórmula de control de vertidos. Lo que no quiere decir, sabido es, que no los defina y predetermine indirectamente, sin perjuicio de la actuación posterior de estos. El señalamiento de Directivas de referencia mínima para el establecimiento y aplicación estatal de medidas de fiscalización de vertidos es buena muestra de ello. También la definición de los objetivos de calidad, conforme a parámetros de cuyo cumplimiento depende el estado ecológico de cada masa de agua, puede considerarse una cierta concreción —amplia, es cierto—, al operar como normas de control condicionando la clasificación ecológica del agua ⁽²³⁾. Y por supuesto, lo son los papeles reservados a las instituciones comunitarias respecto a la identificación de sustancias prioritarias y establecimiento de NCA aplicables a las concentraciones de las estas, que constituyen una llamada a la aprobación de normativa comunitaria de desarrollo que ayude a concretar las disposiciones a las que los Estados deban acomodar sus vertidos. La DNCA es un buen ejemplo de ello.

Este desarrollo normativo debe acompañarse del diseño o afianzamiento de técnicas y actuaciones jurídicas y materiales. No hay que olvidar que, en último término, todo va dirigido a que los Estados adopten las medidas necesarias para conseguir un buen estado ecológico de las aguas superficiales. Así, no se trata tanto de desechar las existentes —el propio sistema de listas, la autorización de vertido previa, la elaboración de planes y programas de prevención de la contaminación, etc.— como de reforzarlas acomodándolas a la nueva visión integral de la DMA, que, si bien se detiene particularmente en el control de vertidos, va más allá. Superada la visión de la protección del agua como una labor de mera vigilancia de su composición físico-química, las técnicas clásicas de control permanecen como parte de un régimen holístico que exige mecanismos más amplios que también atiendan a los nuevos y más precisos indicadores de referencia del buen estado ecológico del agua. Y aquí es donde juegan un papel principal los programas de medidas y los planes hidrológicos, instrumentos bien conocidos por el derecho hídrico español, si bien estos últimos, adoptados como principal instrumento de ordenación y aplicación de las actuaciones comunitarias en materia de aguas, presentan importantes diferencias de configuración respecto de su tratamiento en el derecho español. Volveré sobre esta cuestión.

A los *programas de medidas* —vehículo en el que concretar las disposiciones de prevención del deterioro de las diversas masas de aguas superficiales aludidas en el artículo 4.º— se refiere el artículo 11 de la DMA, que encomienda a los Estados miembros la elaboración de uno para cada demarcación o parte de demarcación sita en su territorio. En ellos se contendrán dos tipos de medidas: básicas (requisitos mínimos obligatorios) y

(23) Cfr. AGUDO GONZÁLEZ, J. (2010): p. 126.

complementarias (adicionales a las anteriores), enumerándose las primeras en el apartado 3 del precepto⁽²⁴⁾, y ofreciendo la parte B del Anexo VI algunos ejemplos no exhaustivos de las segundas, a los que podrán unirse las que decida cada Estado en atención a sus condiciones hídricas. La lectura de estas relaciones permite percibir la diversidad de su tipología en ambos casos, ya que incluyen desde medidas normativas nacionales —por ejemplo, las que se hayan considerado precisas para cumplir con la normativa comunitaria sobre protección de aguas, que se habrán recogido en normas internas de transposición—, hasta actos administrativos —autorización previa o registros como mecanismo de control de vertidos— o actuaciones meramente materiales —construcción de infraestructuras o desarrollo de proyectos educativos—⁽²⁵⁾. La DMA no prejuzga, pues, ni su contenido ni su naturaleza, que deberán ser precisados por cada Estado miembro en función de su realidad legislativa, administrativa y física. Sí resalta, sin embargo, su carácter ejecutivo, modificativo, innovador, al concretarse en ellos los objetivos de calidad que fijen los Estados miembros para cada tipo de masa de agua dentro de los criterios y parámetros del Anexo V. La fecha límite para la aprobación de estos programas se situó en el 22 de diciembre de 2009, debiendo ser efectivo el cumplimiento de sus medidas tres años después. Sin embargo, en España aún no se ha cumplido esta obligación, toda vez que, decidida su inclusión en los planes hidrológicos y tramitándose simultáneamente, participan del retraso en la modificación de estos últimos, que hubiese debido cumplimentarse en esta misma fecha.

Por lo que se refiere a los *planes hidrológicos*, el artículo 13 de la DMA se muestra particularmente lacónico, circunscribiéndose a establecer la responsabilidad de los Estados en su realización, su extensión al ámbito de demarcación hidrográfica (interna o internacional⁽²⁶⁾), su contenido —con remisión a lo dispuesto al efecto en el Anexo VII, susceptible de completarse con instrumentos más detallados que traten aspectos especiales de la gestión hidrológica—, y el plazo para su publicación, revisiones y actualizaciones. La lectura del anexo citado permite comprobar la ausencia de medidas imperativas en dicho contenido, lo que ha llevado a defender en ocasiones su carácter meramente informador⁽²⁷⁾, y a señalar por ello su diferencia con la planificación hidrológica en nuestro país, de carácter normativo. Sin embargo, esta divergencia no afectaría en su caso al régimen interno. Por dos razones principales. La primera, porque las previsiones de la DMA, lejos de alterar la estructura de los ordenamientos nacionales, deben desarrollarse en el marco del derecho propio de cada uno, como es característico de una norma de resultado⁽²⁸⁾. Y la segunda, porque no

(24) En lo que interesa de manera más específica, son medidas necesarias las que se hayan considerado precisas para cumplir con la normativa comunitaria sobre protección de aguas en sentido amplio (incluidas las exigidas por las Directivas enumeradas expresamente en la parte A del Anexo VI, que son todas las que se han ido mencionando a lo largo de este trabajo), las de control de vertidos de fuente puntual y difusa, y las adoptadas con arreglo al artículo 16 para eliminar la contaminación producida por sustancias prioritarias.

(25) En estos términos, FANLO LORAS, A. (2006): p. 53.

(26) En este último caso, los Estados deberán coordinarse entre sí, y también, de ser preciso, países extracomunitarios, dado el carácter unívoco con que se plantea el instrumento. De no ser posible, los Estados miembros deberán elaborarlos para la porción sita en su territorio.

(27) CARO-PATÓN CARMONA, I. (2006): p. 52.

(28) Cfr. EMBID IRUJO, A. (2008): p. 21. Por esa razón no coincido con la autora citada en la anterior nota a pie, que sugiere que la planificación en España se ha adaptado a la nueva condición de la planificación comunitaria, perdiendo en buena medida su carácter normativo al extraerse de los PPHH los contenidos obligatorios de ordenación,

cabe una consideración separada de estos planes y de los programas de medidas, en los que se sitúa la capacidad para innovar contenido de los sistemas internos. Ambos elementos se complementan, y más en el caso español, en que los segundos se integran en los primeros. Como bien ha señalado FANLO LORAS, los planes en nuestro país forman un todo en el que existen elementos normativos y otros meramente cognoscitivos o materiales. Y todos ellos se interconectan, siendo precisos los segundos para que los primeros puedan llevarse a cabo⁽²⁹⁾.

III. LA TRASLACIÓN DEL RÉGIMEN AL DERECHO ESPAÑOL: EXTENSIÓN DEL PLANTEAMIENTO Y EJECUCIÓN A TRAVÉS DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS HABITUALES. AFECCIONES

Los Estados miembros deberán dar reflejo en sus planes hidrológicos de las zonas de mezcla señaladas en su territorio.

El impacto de todo lo expuesto sobre el régimen de las aguas superficiales en España, en particular sobre su protección, ha de ser sin duda importantísimo, yendo más allá de lo habitual en la trasposición de normas comunitarias. Normalmente, la aprobación de una Directiva ambiental implica la aprobación a nivel interno de una o varias normas nuevas que recojan los objetivos impuestos por esta y los medios diseñados para su consecución y/o la adaptación/derogación de la normativa interna afectada, así como la adopción de los actos no legislativos que resulten precisos al efecto —medidas organizativas, meramente materiales, etc.—⁽³⁰⁾. En este caso, el cambio de paradigma que implica la DMA obligaba a una reordenación más profunda del régimen hídrico, que introdujese la sostenibilidad como criterio central y transversal y que, por ello, vinculase de forma inescindible y preferente toda la gestión del agua con el planteamiento ambiental integral, fin último de la política europea común en la materia. Es cierto que el moderno derecho español de aguas derivado de la LAg. ya contemplaba la calidad como uno de sus principios fundamentales, recogiendo el acervo comunitario la materia. Y que la reforma que de esta llevó a cabo la Ley 46/1999,

que pasan a «alojarse» en los programas de medidas (*ibidem*). La DMA carece de la fuerza requerida para modificar el modelo existente que, en todo caso, deberá acoger los contenidos «normativos» de dichos programas —por ejemplo, los objetivos de calidad de las masas de agua dentro de los criterios y parámetros de referencia—, pudiendo remitirse a otros instrumentos los aspectos puramente informativos.

(29) FANLO LORAS, A. (2006): p. 63.

(30) Digo que esta es la forma normal o común de trasponer pero ni mucho menos la exigida. Como ha manifestado el TJUE, no es obligatorio trasladar los contenidos de las Directivas comunitarias a un único texto nacional, siendo factible adoptar varios o incardinar las nuevas determinaciones en las normas internas preexistentes. También sería legítima la simple existencia de un contexto jurídico general, si con este se garantiza la aplicación de la Directiva. El margen de apreciación y decisión del que gozan los Estados a la hora de trasponer ampara el reconocimiento de estas fórmulas. Un ejemplo de esta jurisprudencia, referida además a la DMA, es la STSJ de 30 de noviembre de 2006, Asunto C-32/05. Un comentario breve y clarificador sobre la misma en EMBID IRUJO, A. (2007): pp. 21-24.

de 13 de diciembre, adelantaba incluso conceptos que con posterioridad establecería como referentes la DMA, de cuyo contenido era evidente conocedor nuestro legislador. Pero aun así, la realidad demuestra que ni el planteamiento cualitativo de la normativa interna (más restringido que el que traza el texto comunitario) se había aplicado con demasiado escrúpulo —existiendo *de facto* una calidad hídrica bastante deficiente— ni que la trasposición de la DMA haya procedido a completar y profundizar en la cuestión a través de un diseño sistémico, coherente y articulado de la protección de la calidad de las aguas.

1. La forma de trasponer y el esquema general de esa trasposición

Para empezar, hay que señalar que la DMA fue traspuesta a derecho español de una forma poco ortodoxa —a través del artículo 129 de la «Ley de acompañamiento» a los Presupuestos Generales del Estado para 2004 (Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social)—, que parece explicarse por el temor a una sanción por incumplimiento, vencido el plazo establecido al efecto. Este precepto acomete una reforma muy importante de la LAg. (ya refundida con sus previas reformas en el TRLA), sin duda numéricamente —afecta a más de cuarenta preceptos—, más cuestionable sustantivamente. En efecto. Como se ha destacado en diversas ocasiones, aquel artículo no procede en realidad a una labor de trasposición, si entendemos por tal la incardinación articulada de los contenidos comunitarios en el régimen hídrico español con adaptación a sus categorías, figuras y sistemática. Más bien, lo hecho consiste en un encaje literal de los preceptos de la DMA en el articulado del TRLA, forzado en no pocos momentos. El resultado es un texto complejo, confuso e inconexo que ha generado dudas y disfunciones en la aplicación interna de la norma comunitaria, y que permite concluir la inkomplitud de la trasposición y la necesidad de perfeccionarla.

Los contenidos de la norma comunitaria se insertan básicamente en tres títulos del TRLA, sin perjuicio de algunas referencias singulares en otros puntos: el Título II, referido a la administración pública del agua; el III, relativo a la planificación hidrológica; y el V, concerniente a la protección del dominio público hidráulico y la calidad de las aguas. Este hecho indica coherencia formal con las principales regulaciones del texto comunitario, que son acogidas en la división normativa correspondiente: la fijación de un nuevo ámbito material y jurídico del que se predicen los objetivos ambientales (las demarcaciones hidrográficas, integradas por las masas diversas a las que la DMA extiende su aplicación, y que en nuestro país trae como consecuencia la aparición de una nueva organización administrativa a su servicio), el señalamiento de los programas de medidas y de los planes hidrológicos como vehículos precisos para su consecución (particularmente en lo que respecta a la protección de las aguas frente al vertido de sustancias contaminantes), y la determinación de esos mismos objetivos, así como de normas de calidad.

2. Cuestiones organizativas. Objetivos de protección: reiteración del sistema comunitario y confirmación del papel preferente de los PPHH para su consecución

El análisis de la figura de las demarcaciones hidrográficas y su problemática, principalmente organizativa, excede el objeto de estas páginas. Baste, por ello, con destacar su

importancia como nuevo ámbito del que se predicen los objetivos de calidad ambiental de las aguas, y en el que se aplican las normas de protección, en correspondencia con la visión holística de la DMA. La creación de las demarcaciones no afecta a la división tradicional a efectos de la gestión del agua —la cuenca hidrográfica—, que sigue manteniéndose como tal con carácter unitario e indivisible (artículo 16 del TRLA). Por contra, aquellas, definidas como «la zona terrestre y marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas» (artículos 2.º15 de la DMA y 16 bis del TRLA), conforman un concepto más amplio que no se ve restringido por los límites territoriales de cada Estado, abriendo paso a su condición internacional y a la mayor complejidad que de ahí se deriva⁽³¹⁾. También la unión bajo una misma división de aguas continentales y marinas, sistémicamente conectadas pero objeto de regulación separada en derecho español, ha suscitado dudas de competencia y coordinación, que parecen resueltas con la creación de un órgano de cooperación institucional —el Comité de Autoridades Competentes (artículo 36 bis del TRLA)—, cuya existencia en cada demarcación no afectará a las atribuciones de las Administraciones allí representadas. Va de suyo que el reparto de competencias sobre aguas continentales existente a nivel interno se mantiene tanto en la delimitación de las demarcaciones como en la designación del órgano citado, de tal manera que será el Estado el que determine las que integren cuencas intercomunitarias (como ha hecho mediante RD 125/2007, de 2 de febrero⁽³²⁾) y señale sus Comités (RD 126/2007, de 2 de febrero). Esta labor corresponderá a las CCAA cuando la referencia sea intracomunitaria⁽³³⁾⁽³⁴⁾.

Sí interesa, sin embargo, detenerse en el reflejo que tienen en el TRLA los objetivos de protección ambiental de las aguas, determinantes para el establecimiento de normas de calidad ambiental. Estos objetivos, a conseguir en los plazos establecidos en la DMA⁽³⁵⁾, se enumeran con carácter general en el artículo 92, siendo el 92 bis el que, con la denominación expresa de «objetivos ambientales», los singulariza en relación con las distintas masas de agua (superficiales, subterráneas, zonas protegidas, artificiales y muy modificadas). Nuestra norma opta así por reiterar el sistema de doble intensidad de los artículos 1.º y 4.º de la DMA, persiguiendo también el buen estado de las aguas superficiales⁽³⁶⁾ y reservando a los programas de medidas de cada demarcación el diseño de las actuaciones, en orden a conseguir los objetivos propios de cada masa (apartado 2 de los artículos 92.bis y 92.quáter), remitiendo, sin embargo, a un desarrollo reglamentario posterior la determinación de las condiciones técnicas que definan cada uno de los estados de aquellas y los criterios para

(31) Cfr. EMBID IRUJO, A. (2006): p. 55.

(32) Este RD ha debido ser modificado como consecuencia de la STJUE de 7 de mayo de 2009, Asunto C-516/07, en la que se condena a España por no cumplir completamente la obligación de delimitar las demarcaciones hidrográficas de su territorio y designar las correspondientes autoridades competentes.

(33) Sirvan de ejemplo los Decretos 357/2009, de 20 de octubre, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas de las cuencas intracomunitarias situadas en Andalucía y 14/2012, de 31 de enero, por el que se crea la Comisión de Autoridades Competentes de dichas demarcaciones y se regula su organización, funcionamiento y atribuciones.

(34) Vid. los FFJJ 7.º y 8.º de la STC 149/2012, de 5 de julio, que razonan con detenimiento sobre estas cuestiones aquí simplemente esbozadas.

(35) Vid. DA 11 del TRLA, que traspone el artículo 4.º4 de la DMA.

(36) Eso y no otra cosa es la condensación de los objetivos de protección del artículo 92 del TRLA.

su clasificación (artículo 92.ter). Este desarrollo no se produjo hasta el año 2007, en que los artículos 26 a 33 del RPH definieron criterios de clasificación y evaluación del estado de las masas, trasponiendo igualmente el Anexo V de la DMA y completando en este punto la incorporación a nuestro derecho de la norma comunitaria. Por cierto que este no es el único punto en que el RPH perfecciona la trasposición de la DMA en lo referente a objetivos medioambientales. Las excepciones y modulaciones condicionadas a estos, contempladas en los apartados 5 a 7 del artículo 4.º del texto comunitario, no habían sido tenidas en cuenta por el TRLA⁽³⁷⁾. Los artículos 37 a 39 del RPH operan su reconocimiento, contribuyendo de nuevo a aclarar cuestiones no resueltas en la norma legal de trasposición.

Sin duda, este papel del RPH lleva a insistir en el carácter imperfecto de la trasposición hecha por la Ley 62/2003. Pero, a la vez, lleva a confirmar un hecho de la máxima importancia: la condición de la planificación hidrológica, particularmente en el nivel de demarcación —el PHN no atiende a estas cuestiones—, como instrumento preferente en el desarrollo y aplicación de las reglas comunitarias de protección hídrica. Las precisiones indicadas sobre la evaluación del estado de las aguas y los objetivos ambientales son, téngase en cuenta, contenido obligatorio de los PPHH. Como también lo son los programas de medidas, en los que fijarán las actuaciones orientadas a conseguir los objetivos ambientales previstos para cada tipo de masa hídrica (artículo 41.2 del TRLA). La técnica planificatoria, de conformidad con el importante papel que le otorga el derecho hídrico español de aguas, asume en su corpus buena parte de las reglamentaciones comunitarias sobre protección de la calidad hídrica, constituyéndose en vehículo jurídico destacado para su aplicación.

3. Programas de medidas y planes hidrológicos: competencia e interrelación

Las cuestiones referidas a los programas de medidas y planes hidrológicos son objeto de un traslado interno particularmente equívoco, con no pocas duplicidades e imprecisiones⁽³⁸⁾ que, no obstante, el RPH ha contribuido a paliar en parte.

Sobre los primeros, ya se han indicado tanto su elaboración obligada en cada demarcación como su contenido, compuesto por las medidas precisas para lograr los objetivos ambientales del artículo 92 bis del TRLA. También se avanzó que, a falta de mayor especificación, tales medidas se interpretarán en sentido amplio, pudiendo tener naturaleza normativa, administrativa o material, con el único límite que supone su racionalidad económica y sostenibilidad (artículo 43.3 del RPH). Por supuesto, la legislación española reproduce su condición básica o complementaria en función de su carácter mínimo o adicional (artículo 92.quáter.3), singularizando las de uno u otro tipo en los artículos 44 a 61 del RPH⁽³⁹⁾.

(37) Se trata de excepciones y modulaciones para los enunciados en nota a pie número 16.

(38) Una referencia a las más relevantes en FANLO LORAS, A. (2006): pp. 58-62.

(39) Entre las que el artículo 44 del RPH considera básicas se destacan las medidas de control sobre vertidos y otras actividades con incidencia en el estado de las aguas, incluyendo la ordenación de vertidos directos e indirectos al dominio público hidráulico y a las aguas objeto de protección por el TRLA y las medidas respecto a las sustancias peligrosas recogidas en la lista I, lista II preferentes y lista II prioritarias del Anexo IV, a las que posteriormente me referiré. Por su parte, tras recordar el carácter adicional de las medidas complementarias y su naturaleza múltiple (artículo 55), los artículos 56 a 60 singularizan algunas de ellas, que deberán reflejarse en los programas de medidas, lo

La aprobación de los programas corresponde a las Administraciones competentes en materia de protección de agua dentro del ámbito de sus competencias (artículos 92.quáter.4 del TRLA y 43.5 del RPH), surgiendo, ante la generalidad de estas referencias, dudas sobre cuáles son aquellas. Más si se tiene en cuenta que las medidas señaladas en el programa van a resultar de aplicación a masas de agua superficial reguladas en este país desde ordenamientos y con parámetros competenciales distintos.

En efecto. En el caso de las aguas continentales superficiales, aludir a sujetos competentes en materia de protección de aguas implica, en aplicación del reparto de atribuciones sobre dominio público hidráulico, afirmar la correspondencia estatal para aprobar los programas de medidas cuando estas vayan a aplicarse en aguas intercomunitarias, y la autonómica en caso contrario. Sin embargo, la ampliación de las aguas destinatarias de estas medidas a las de transición y costeras asociadas a la demarcación obliga a considerar el alcance de las competencias de la Administración de costas sobre su protección, a fin de determinar su papel en la aprobación de los programas aludidos. De forma muy resumida, cabe manifestar que la mayor parte de esas competencias residen en el Estado, singularmente las referidas al mar territorial, quedando restringida la posible actuación autonómica a las aguas interiores e islotas, como parte de su territorio (STC 38/2002, de 14 de febrero, STS 10 de mayo de 2011). Esto no impide que, en ocasiones, superen este límite y sumen algunas atribuciones muy relevantes por expreso reconocimiento estatutario, como es el caso de la relativa al control de vertidos contaminantes desde tierra al mar (artículo 114 de la LCo). Pues bien: en estos términos podría defenderse la consideración de las Administraciones costeras estatal y autonómica como competentes para aprobar los programas de medidas de protección de la calidad de las aguas de transición y costeras, adicionándose en esa labor a las Administraciones hidráulicas, que habrán hecho lo propio sobre las aguas continentales, de acuerdo con el reparto competencial ya conocido.

Una conclusión parecida parece desprenderse de la lectura del artículo 41.2, *in fine*, del TRLA que, tras disponer con carácter general la integración de los programas de medidas en los planes hidrológicos, impone un especial deber de coordinación al efecto respecto a «los programas relativos a las aguas costeras y de transición elaborados por la Administración General del Estado o por las CCAA que participen en el Comité de Autoridades Competentes de la demarcación y que cuenten con litoral». La Administración costera debe, pues, elaborar sus programas de medidas en los que fije las actuaciones que estime necesari-

El cambio de paradigma que implica la DMA obliga a una reordenación más profunda del régimen hídrico, que introduzca la sostenibilidad como criterio central y transversal.

que las convierte en necesarias en nuestro ordenamiento. Se señalan, por ejemplo, las medidas para masas de agua con pocas probabilidades de alcanzar los objetivos ambientales o los perímetros de protección.

rias para conseguir los objetivos ambientales en las aguas de transición y costeras. Pero ¿implica esto que tenga que hacerlo separadamente, en un instrumento propio que, una vez elaborado, será remitido al Consejo del Agua de la demarcación —órgano de planificación— para su coordinación con los programas relativos a las aguas continentales y que, una vez «articulados», todos sean elevados al Gobierno a través del Ministerio de Medio Ambiente para su aprobación, como contenidos necesarios de los planes hidrológicos? No parece que esta fragmentación sea la más deseable *a priori*, existiendo en la doctrina voces contrarias que reivindican su fijación unitaria en el seno de aquel órgano, en el que están ya representadas las diversas Administraciones implicadas⁽⁴⁰⁾. El RD 126/2007 ha aclarado en cierto modo esta cuestión, confirmando la elaboración «separada pero conjunta» de los programas, al señalar, como cometido del Comité de Autoridades Competentes, el de facilitar el proceso de integración y coordinación de estos instrumentos, propiciando la cooperación entre las Administraciones competentes para su elaboración (artículo 7.º3). Una vez elaborados, este mismo órgano los remitirá a los OOCC, para que procedan a su coordinación e integración en el ámbito territorial de la demarcación hidrográfica⁽⁴¹⁾.

En cualquier caso, una cuestión que el TRLA no termina de despejar es la consideración de los programas de medidas como instrumentos autónomos, y no como una parte más de los planes hidrológicos. Si bien de la lectura de la norma se deduce de forma clara que en nuestro país se ha optado por integrar dichos programas en la planificación hidrológica —además, como contenido necesario⁽⁴²⁾—, dos preceptos consecutivos determinan dicha integración sin matices⁽⁴³⁾ y de forma resumida⁽⁴⁴⁾, así como su condición de instrumento diferenciado previo a la planificación (artículo 41.2), y de mero elemento de los planes (artículo 92.bis.2)⁽⁴⁵⁾, bien que esencial y con procedimiento y plazos de elaboración separados⁽⁴⁶⁾. Está claro que el legislador español, en una nueva muestra de trasposición irreflexiva, no ha terminado de distinguir entre ambas figuras, reflejando determinaciones en ocasiones contradictorias. Es cierto que la práctica parece inclinarse *de facto* por la segunda consideración citada, ya que los dos instrumentos se van desarrollando en paralelo. Sin embargo, jurídicamente parece imponerse su condición diferenciada, derivada de la interpretación literal de la DMA, de algunos preceptos taxativos del TRLA y de otras

(40) FANLO LORAS, A. (2006): pp. 62-63, para quien no cabe este sistema de elaboraciones externas so pena de quebrar el principio de unidad de planificación de la demarcación. Téngase en cuenta siempre que estamos hablando de contenidos necesarios de los PPHH.

(41) *Vid.* un relato detallado de este proceso en el apartado 8.1 de la Orden Ministerial 2656/2008, de 10 de septiembre, por la que se aprueba la Instrucción de planificación hidrológica.

(42) Lo que no deja de tener sentido en un ordenamiento que confiere carácter normativo a los planes hidrológicos: la condición ordenadora y ejecutiva de los programas se compadece bien con esta decisión.

(43) Artículo 41.2 del TRLA: «los programas de medidas se coordinarán e integrarán en los planes hidrológicos».

(44) Artículo 42.1.g): es contenido necesario de los PPHH «un resumen de los programas de medidas»

(45) «Los programas de medidas especificados en los planes hidrológicos deberán concretar las actuaciones y las previsiones necesarias para alcanzar los objetivos medioambientales indicados».

(46) *Vid.* DDAA 11 y 12 del TRLA.

normas de desarrollo⁽⁴⁷⁾. En todo caso, y aunque solo fuese en atención a la importancia de estos programas y a la naturaleza normativa de los planes en España, se hubiese agradecido una mayor precisión.

Por lo que respecta a los PPHH, poco queda por decir dentro de los estrechos márgenes de este trabajo. La mayoría de los aspectos que interesaba señalar ya se han avanzado: la ampliación de su ámbito de la cuenca a la demarcación, al vincularse a esta los objetivos de protección de aguas a nivel comunitario; la correspondencia para su elaboración y aprobación a Estado o CCAA según el carácter inter o intracomunitario de aquella; el mantenimiento en todo caso de su carácter normativo, pese a las dudas sobre esta condición en el tratamiento comunitario del instituto planificador; la interrelación inescindible con los programas de medidas que pasan a integrar su contenido, etc. Debemos incidir, quizás, en la esencialidad del instrumento para aplicar los contenidos de la DMA, en correspondencia con la relevancia que confiere a la técnica nuestro moderno derecho de aguas, ahora también asumida a nivel comunitario. La integración en ellos de los programas antecitados coadyuva a esta esencialidad, al concretarse allí las actuaciones determinantes al efecto.

Por supuesto, estos programas no son el único contenido obligatorio de los planes, que también reflejarán cuestiones tan importantes desde el prisma que se analiza como la lista de objetivos ambientales para las distintas masas de agua [artículo 42.1.e) del TRLA] —en lo que supone una singularización de la determinación general del artículo 92 bis⁽⁴⁸⁾— o las redes de control establecidas para el seguimiento del estado de las aguas. Evidentemente, aspectos de tanta tradición en los planes españoles como la descripción general de los usos y demandas existentes y previstos, incluyendo la fijación de criterios de prioridad y compatibilidad entre estos y la asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros, y para la conservación y recuperación del medio natural, siguen formando parte del contenido necesario de los PPHH. Se destaca aquí la cuestión de los caudales ecológicos, referidos en el mismo artículo 42.1 [apartado b.c’)], cuya condición de técnica de protección hídrica que coadyuva a la consecución del objetivo ambiental general es indiscutible. También lo hacen la determinación de las infraestructuras básicas requeridas y las regulaciones sobre control de vertidos, incluyendo su ordenación. No todo es contenido nuevo en los PPHH: las previsiones precedentes se mantienen, porque los planes no pierden su papel tradicional de instrumento central en la gestión y ordenación del agua. Los amplios contenidos ambientales impuestos por la DMA se adicionan a las habituales regulaciones de política hidráulica, que permanecen articuladas con la perspectiva ecológica impuesta. Y, precisamente por esta posición de referencia en el régimen de las aguas, resulta más sangrante el retraso en su revisión, achacable en parte a la mayor complejidad que reviste ahora el proceso planificador —en el que ocupa un lugar relevante la información y consul-

(47) Por ejemplo, el artículo 79.1 del RPH, al referirse al esquema de temas importantes en materia de gestión de las aguas que deberá redactarse en el proceso de elaboración de los PPHH, establece que «contendrá la descripción y valoración de los principales problemas actuales y previsibles de la demarcación relacionados con el agua y las posibles alternativas de actuación, *todo ello de acuerdo con los programas de medidas elaborados por las administraciones competentes*». Igualmente se deduce del apartado 8 de la Instrucción de planificación hidrológica, antecitada.

(48) Estos objetivos se están formulando en los proyectos de planes hidrológicos ahora en elaboración masa por masa. Puede consultarse el caso de la demarcación del Ebro en la dirección <<http://www.chebro.es:81/Plan%20Hidrologico%20Ebro%202010-2015/2.1.-%20Propuesta%20de%20Proyecto%20Plan%20cuenca%20del%20Ebro/2.1.2.-%20Normativa/>>.

ta públicas, artículos 71 a 83 del RPH—, pero no en exclusiva. De hecho, la muy reciente STJUE de 4 de octubre de 2012, Asunto C-403/11 acaba de condenar a España por no haber adoptado en la fecha prevista (22 de diciembre de 2009) sus PPHH —salvedad hecha del Plan de Distrito de la Cuenca Fluvial de Cataluña⁽⁴⁹⁾— y por no haber iniciado siquiera el trámite de información y consulta de un buen número de ellos a 22 de diciembre de 2008, fecha límite al efecto. La vigencia de los PPHH aprobados antes de la trasposición de la DMA no es para el TJUE muestra suficiente de satisfacción de los objetivos impuestos por esta, frente a lo defendido por nuestro país, que argumentaba analogía de contenidos.

4. Breve mención a la cuestión de los caudales ecológicos

Acaba de hacerse mención a los caudales ecológicos como contenido obligatorio de los PPHH y técnica de protección hídrica que, en cuanto tal, no puede desligarse del objetivo general de buen estado ecológico de las aguas. En efecto, aunque la DMA no los mencione directamente, su señalamiento viene exigido por aquel, pues al suponer la corriente mínima necesaria para garantizar la vida piscícola natural del río y su vegetación de ribera [artículo 42.1.b.c') del TRLA], se imbrica con el régimen hidrológico que el Anexo V del texto comunitario considera indicador de calidad determinante del buen estado de las masas de agua. Más explícito se manifiesta el RPH, que reconoce esta ligazón en su artículo 18.2, al vincular el régimen de caudales ecológicos en cada demarcación al mantenimiento de la funcionalidad y estructura de los ecosistemas acuáticos y terrestres asociados existentes, contribuyendo así a alcanzar el buen estado o potencial ecológico en ríos o aguas de transición.

Los caudales ecológicos, que no tienen condición de uso pese a priorizarse sobre los privativos (salvo el abastecimiento)⁽⁵⁰⁾, deberán fijarse en los PPHH de la demarcación en relación con cada tramo de río, en consideración a su carácter no homogéneo. Sorprende que nuestro ordenamiento no cite las actuaciones dirigidas a su aplicación como contenido de los programas de medidas, siquiera de carácter complementario, en atención a las importantes afecciones sobre usos preexistentes y futuros que conlleva su determinación⁽⁵¹⁾. También las restricciones que implican son disposiciones de prevención del deterioro de las masas aguas superficiales y, como tales, medidas que responden a la finalidad de esos instrumentos. De hecho, así lo ha entendido el legislador vasco, que enumera entre los contenidos necesarios de dichos programas en sus demarcaciones internas «el régimen jurídico de los caudales ecológicos» (artículo 24.2.1 de la Ley 1/2006, de 23 de junio, de Aguas).

En todo caso, es a la Administración hidráulica a la que corresponde su fijación, existiendo jurisprudencia constitucional (SSTC 15/1998, de 22 de enero, 110/1998, de 21 de mayo, y 123/2003, de 19 de junio) que rechaza la actuación unilateral por parte de las CCAA en uso de sus competencias para establecer normas adicionales de protección en

(49) Aprobado mediante RD 1219/2011, de 5 de septiembre. A este hay que unir el reciente plan hidrológico de la demarcación hidrográfica de las cuencas mediterráneas andaluzas, aprobado por RD 1331/2012, de 14 de septiembre. Nótese que son ambos planes de demarcaciones intracomunitarias.

(50) Se consideran restricción a los sistemas de explotación, detrayéndose de la cuantificación y asignación de recursos disponibles (artículo 59.7 del TRLA).

(51) Apunta la cuestión, centrada en su virtualidad como instrumento para la revisión de concesiones, CAROPATÓN CARMONA, I. (2007): pp. 317-318. En general, *vid.* el trabajo *in totum*.

materia ambiental: se trata de una función incardinada en la ordenación general de los recursos hídricos. Por supuesto, esto no significa que, amparadas por competencias propias que se proyectan sobre ellas (pesca fluvial, agricultura, etc.), las CCAA no intervengan en la determinación de dichos caudales en las aguas intercomunitarias, utilizando al efecto los mecanismos de coordinación que establezcan las normas jurídicas: participación institucional, informes, etc. Así lo ha recordado el TC en su Sentencia 110/2011, de 22 de junio.

5. Ordenación y control de vertidos: la autorización de vertido como medida principal

Antes de finalizar, aún resta aludir sucintamente al tratamiento de la actividad de ordenación y control de vertidos en nuestro ordenamiento. Esta actividad, esencial para conseguir el objetivo comunitario de buen estado hídrico, tiene, como se ha avanzado, su vehículo específico de concreción y desarrollo en los programas de medidas. De hecho, las dirigidas a dichos control y ordenación presentan carácter básico (artículo 44 del RPH), siendo los artículos 49 y 51 los que ayudan a definir en qué han de consistir. La síntesis de estos preceptos apunta como técnicas de articulación de estas medidas la prohibición de contaminar⁽⁵²⁾, la autorización previa de actividades que generen contaminación difusa o su registro previo y, en especial, la autorización de vertido. Así, el instituto autorizador mantiene su habitual relevancia como herramienta de control de la contaminación, situándose como medida principal al efecto.

En todo caso, el artículo 100 del TRLA ya no dejaba dudas al respecto, al asumir como objeto de esta el objetivo general de la DMA: el buen estado ecológico de las aguas, conforme a la clasificación hecha para cada masa por el Anexo V del RPH. Pese a su discreto resultado real —más achacable a una praxis discutible que al diseño de la figura, sucesivamente corregido⁽⁵³⁾— el legislador español confirma la fórmula, reiterando la exigencia de título previo a las evacuaciones contaminantes. El título será otorgado por la Administración hidráulica competente⁽⁵⁴⁾, teniendo en cuenta las mejores técnicas disponibles⁽⁵⁵⁾ y,

La Administración costera debe, pues, elaborar sus programas de medidas en los que fije las actuaciones que estime necesarias para conseguir los objetivos ambientales en las aguas de transición y costeras.

(52) Asumiendo el TRLA un concepto amplio de contaminación, acorde con el carácter integral de la política ambiental hídrica de la DMA. Véase su artículo 93.

(53) Recientemente, mediante RD 1290/2012, de 7 de septiembre, que, en lo que interesa, perfecciona la redacción de los preceptos del RDPH referidos a esta conforme a las nuevas determinaciones derivadas del RD 60/2011 (sustancias peligrosas). Un análisis de la figura, en las pp. 522-587 de SETUÁIN MENDÍA, B. (2002). Con posterioridad, FORTES MARTÍN, A. (2005): pp. 70-140.

(54) Salvo en los casos de vertidos efectuados en la red de alcantarillado o colectores gestionados por las Administraciones autonómicas o locales o por entidades dependientes de estas, en los que la autorización corresponderá al órgano autonómico o local competente (artículo 101.2 del TRLA)

(55) Sobre la aplicación de este concepto indeterminado en la normativa ambiental y sus problemas y repercusiones en la dogmática administrativa, *vid.* FORTES MARTÍN, A. (2007): «En torno al empleo de las mejores técnicas

asumiendo el enfoque combinado que impone el artículo 10 de la DMA, de acuerdo con las normas de calidad ambiental y los límites de emisión fijados reglamentariamente, que también podrán concretarse para cada demarcación. Cabrán fijar condiciones de vertido más rigurosas cuando el cumplimiento de los objetivos ambientales así lo requiera (apartados 2 y 3), lo que ha de entenderse como un ejercicio de la discrecionalidad administrativa limitado a situaciones precisas y debidamente justificado.

Así pues, será la autorización de vertido, como medida principal de control y ordenación de estos, la que establezca en cada caso el caudal a evacuar y sus condiciones cualitativas, dentro de los límites, normas y parámetros establecidos por el marco legislativo de referencia. Que no es sencillo identificar, al encontrarse disperso y afectado de transitoriedad en algunos puntos. Es cierto que el RD 60/2011, de 21 de enero, sobre normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas —que traspone la DNCA con práctica literalidad, sirviendo en su relación las indicaciones hechas sobre ella— ha simplificado algo el panorama, pero no con la nitidez deseable.

En efecto, los límites a la concentración en vertido de las sustancias contaminantes enumeradas en el Anexo II del RDPH (hoy Anexo III del RD 60/2011) no se han fijado tras la aprobación de la DMA, existiendo una remisión a favor de los órganos competentes conforme al reparto de atribuciones conocido, para su identificación y aprobación en la planificación hidrológica (artículo 6.º). En tanto se realice esta tarea, resultarán aplicables a estas sustancias los valores límites de emisión establecidos en su momento por las Directivas de desarrollo de la Directiva 76/464, recogidos en nuestro derecho por la Orden de 12 de noviembre de 1987. El problema va a surgir, empero, a partir del 22 de diciembre de este mismo año, fecha en que queda derogada esta Orden, en coherencia con el tope que el artículo 10 de la DMA señala a los Estados para aplicar las fórmulas de control de vertidos que permitan cumplir sus exigencias de protección. Conocido el estado del procedimiento planificador, se antoja difícil alcanzar este objetivo. Habrá que plantearse entonces qué marco queda para estas sustancias, puesto que la DD segunda del RD 60/2011 es taxativa sobre su pérdida de vigencia. En cuanto a las sustancias preferentes, definidas en el artículo 3.º19 del RD 60/2011 como «contaminantes que presentan un riesgo significativo para las aguas superficiales españolas debido a su especial toxicidad, persistencia y bioacumulación o por la importancia de su presencia en el medio acuático», tenían ya fijados sus límites en el Anejo 1 del RD 995/2000, hoy derogado. Y a ellos siguen sujetándose —si bien incorporados al Anexo II del RD 60/2011—, salvo en el caso de las que han pasado a tener consideración de prioritarias *ex* Decisión 2455/2001. Por fin, estas —identificadas en la Lista II del Anexo IV del RPH, que traspone aquella Decisión—, están sujetas a las NCA contenidas en el Anexo I del RD 60/2011, coincidentes, claro está, con las establecidas a nivel comunitario en la DNCA.

Este es, pues, el marco en el que actúa la autorización de vertido. Conforme a él debe fijar las condiciones concretas de cada evacuación directa o indirecta. Y él condicionará también las instalaciones de depuración a reflejar en cada título, que deberán ser suficientes para cumplir con sus exigencias.

disponibles como vestigio del moderno derecho administrativo ambiental». Préstese especial atención a la bibliografía allí citada. En todo caso, parece necesaria una cierta precisión normativa de este, que evite un indeseable casuismo.

IV. SÍNTESIS FINAL

A la vista de lo expuesto, no resta sino afirmar la evidente transformación del derecho español en materia de protección de la calidad del agua que ha propiciado el derecho comunitario. Esta transformación fue principalmente intensa en los inicios de nuestro moderno derecho hídrico, al punto de determinar la existencia de regulaciones en la materia. Sin embargo, la incorrecta ejecución interna —cuando no desatención— de unas normas que, además, presentaban imperfecciones y limitaciones determinó que las consecuencias que podrían esperarse no se alcanzasen ni remotamente.

La DMA plantea un nuevo modelo de política hidráulica común caracterizada por su globalidad, tanto a nivel objetivo —aguas destinatarias de sus determinaciones— como material —sostenibilidad como elemento central y transversal de todo el sistema—. Modelo que, obviamente, se transfiere al ordenamiento español, que asume este nuevo planteamiento sin que esto suponga, no obstante, novedades en el instrumental jurídico habitual, inspirador en aspectos destacados del propio patrón comunitario. Es el caso de la planificación hidrológica, que sale reforzada como técnica común por su reconocimiento a nivel europeo, manteniendo en España su carácter normativo. Por supuesto, el diseño del instrumento sufre afecciones, haciéndose más complejo en su elaboración y contenido. Sobre todo, por la decisión de incorporar a estos —con poca claridad sobre su alcance y autonomía— los programas de medidas, verdaderos instrumentos de concreción de actuaciones de protección cualitativa que permitan lograr el objetivo general de buen estado de las aguas. También es el caso de la autorización de vertido, que mantiene su condición de figura central en el control de la contaminación derivada del vertido de determinadas sustancias.

Sin embargo, la trasposición «de aluvión» realizada ha puesto de manifiesto deficiencias y faltas de coherencia que demuestran la inexistencia de un verdadero sistema articulado de protección ambiental de las aguas. Es necesario, pues, seguir desarrollando las previsiones existentes normativa y materialmente. En otras palabras: proceder a auténtica labor de trasposición (entendida como la traducción de las determinaciones de la DMA a la tradición y el contexto del derecho de aguas español⁽⁵⁶⁾) y ejecución de lo traspuesto. Incluso en los casos en que, por su propia condición de «marco», las previsiones a incorporar son tan generales que parecen asemejarse más, sin serlo, a voluntarismos programáticos que a auténticos mandatos propios de una norma jurídica. Y para ello, lo primero es aprobar sin más demoras las modificaciones de los PPHH, que juegan un papel esencial en este punto.

V. ANEXO BIBLIOGRÁFICO

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2004): *El control de la contaminación: técnicas jurídicas de protección medioambiental*, Montecorvo, Madrid, 597 pp.
- (2010): «Derecho de aguas en perspectiva europea: la trascendencia de la DMA», en las pp. 69-141 de Agudo González, J., (coord.), *El derecho de aguas en clave europea*, La Ley, Madrid, 476 pp.

(56) Cfr. EMBID IRUJO, A. (2008): pp. 21 y 22.

- ÁLVAREZ CARREÑO, S. (2006): «Aproximación al estado ecológico del agua como concepto jurídico», en las pp. 930-941 de AAVV, *Derecho de Aguas*, IEA, Murcia, 1112 pp.
- CARO-PATÓN CARMONA, I. (2006): «La DMA y su trasposición al Derecho español: análisis jurídico general», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 9, pp. 37-57
- (2007): «Caudal ecológico», en las pp. 307-322 de Embid Irujo, A. (dir.), *Diccionario de derecho de aguas*, Iustel, Madrid, 981 pp.
- DELGADO PIQUERAS, F. (2004): «La transposición de la DMA en España»; *RAP* 165, pp. 181-214.
- EMBID IRUJO, A. (1994): «Principios generales sobre el ordenamiento jurídico-administrativo de la calidad de las aguas», en las pp. 23-46 de Embid Irujo, A. (dir.), *La calidad de las aguas*, Civitas, Madrid, 265 pp.
- EMBID IRUJO, A. (2006): «Aguas continentales y marinas, protección», en las pp. 54 a 65 de Alonso García, E., y Lozano Cutanda, B. (dirs.), *Diccionario de Derecho Ambiental*, Iustel, Madrid, 1456 pp.
- (2007): «La DMA y algunos de los problemas de su proceso de implantación en España y otros países europeos», *Ingeniería y Territorio*, 80, pp. 20-27
- (2008): «La política de aguas y su marco jurídico», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 14, pp. 13-27.
- FANLO LORAS, A. (2002): «La DMA: base jurídica medioambiental y principales contenidos», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 2, pp. 57-76.
- (2006): «Los planes de gestión y los programas de medidas en la DMA. Su confusa transposición al derecho español», *REDUR*, 4, pp. 51-63.
- (2007): «Demarcaciones hidrográficas», en las pp. 528-532 de Embid Irujo, A. (dir.), *Diccionario de derecho de aguas*, Iustel, Madrid, 981 pp.
- FORTES MARTÍN, A. (2005): *Vertidos y calidad ambiental de las aguas. Regulación jurídico-administrativa*, Atelier, Barcelona, 192 pp.
- (2007): «El empleo de las mejores técnicas disponibles como vestigio del moderno derecho administrativo ambiental», *RGDA*, 14, 51 pp.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (2000): «Desarrollo sostenible y recursos hidráulicos. Reflexiones en el entorno de la reciente Directiva estableciendo un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas», *RAP*, 153, pp. 27-40.
- MORENO MOLINA, A.M. (2006): *Derecho comunitario del medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 555 pp.
- SETUÁIN MENDÍA, B. (2001): «La DMA: el fin del proceso decisorio y el inicio del aplicativo», *Justicia Administrativa*, 11, pp. 5-32.
- (2002): *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico*, Lex Nova, Valladolid, 735 pp.

MODIFICACIONES ECONÓMICO-FINANCIERAS EN EL ÁMBITO DEL ABASTECIMIENTO

ISMAEL JIMÉNEZ COMPAIRED

*Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

Modificaciones económico-financieras en el ámbito del abastecimiento

El trabajo describe las transformaciones que ha sufrido el Derecho español de aguas en ámbito económico-financiero, en lo que concierne a la parte del ciclo del agua que podemos denominar de abastecimiento. Se trata de observar las modificaciones operadas en la última década, una vez que la DMA entró en vigor. Se parte de una explicación somera de las exigencias de la DMA en materia de recuperación de costes de los servicios y de la situación española a la entrada en vigor de la Directiva. A partir de ahí se analizan las transformaciones, distinguiendo las que tienen proyección nacional (centradas en la Ley de Aguas y en sus reglamentos, sobre todo), las que tienen proyección regional y, finalmente, las referidas de manera específica a la distribución en baja. El trabajo acaba con unas conclusiones en las que el autor se pregunta y contesta si podemos asegurar que con estas transformaciones España ha cumplido los objetivos de la Directiva.

Palabras clave: Precios del agua; recuperación de costes; canon de regulación; tarifa de utilización del agua; tasas por distribución de agua.

ABSTRACT

Economic and financial modifications in the field of supplies

The work describes the changes undergone by the Spanish Law of waters in the economic and financial field, and more precisely with regard to the part of the cycle of water which is called supply. It is about observing the modifications carried out in the last decade, once the DMA went into effect. It starts from a brief explanation of the DMA demands as regards costs recovery of the services and of the Spanish situation when the Regulation came into effect. Thereon the modifications are analyzed distinguishing those that have national scope (focused mainly on the Law of Waters and its regulations); those that have a regional scope; and, finally, those specifically referred to the distribution in low. The work finishes with some conclusions in which the author wonders and answers whether we can assure that by carrying out these modifications Spain fulfils the objectives of the Regulation.

Key words: Price of water. Recovery of costs. Regulation tax. Water use Rate. Water distribution Rate.

SUMARIO

- I. SOBRE LA RECUPERACIÓN DE LOS COSTES DE LOS SERVICIOS DEL AGUA.
- II. LAS EXIGENCIAS EN MATERIA DE RECUPERACIÓN DE COSTES DERIVADAS DE LA DMA.
- III. LO ECONÓMICO-FINANCIERO DEL ABASTECIMIENTO DE AGUA EN ESPAÑA A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA DMA.

IV. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DE AGUAS ESPAÑOL EN EL ÁMBITO DE LA RECUPERACIÓN DE COSTES: ESPECIAL ATENCIÓN AL ABASTECIMIENTO.

1. **En la Ley estatal de Aguas, sus Reglamentos y los instrumentos normativos conexos. Examen de la práctica subsiguiente.**
2. **Las transformaciones del abastecimiento en alta desarrolladas por las CCAA.**
3. **La distribución o abastecimiento en baja.**

V. CONCLUSIONES: ¿PUEDE ASEGURARSE QUE LAS TRANSFORMACIONES OPERADAS EN EL DERECHO DE AGUAS ESPAÑOL SEAN SUFICIENTES PARA RESPETAR LOS PLANTEAMIENTOS DE LA DMA EN EL ÁMBITO DE LA RECUPERACIÓN DE COSTES?

VI. ANEXO DE BIBLIOGRAFÍA.

I. SOBRE LA RECUPERACIÓN DE LOS COSTES DE LOS SERVICIOS DEL AGUA

La recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua ofrece múltiples perspectivas y soluciones, posiblemente tantas como áreas en las que se divide la gestión hídrica y se presenta en continua evolución. A grandes rasgos podríamos fijar dos soluciones extremas. Una primera, en la que los costes fueran sufragados de manera íntegra por los usuarios y beneficiarios en sentido amplio: *que el agua pague el agua*. Dependería de la mayor o menor intervención del sector público en la gestión de estos servicios y de lo avanzado de dicha gestión el que los modos empleados operasen más con aportaciones de los usuarios y beneficiarios (precios del agua) o simplemente que las empresas y los hogares tuvieran que acometer de manera directa obras y trabajos, sin la intermediación, por lo tanto, de las autoridades. Otra segunda, que prescindiese de dichos usuarios y beneficiarios y asegurase el sostenimiento de los servicios con cargo a otras aportaciones o fuentes de ingreso. Es claro que, en esta situación, estaríamos socializando los costes en los que pudieran incurrir las autoridades públicas.

Ni una ni otra fórmula se encuentran con facilidad en la práctica. En una sociedad moderna, en la que las autoridades se involucran en los servicios del agua, abunda el gasto público en el sector; se vienen a hallar soluciones mixtas con las que se recupera una porción de los costes incurridos sobre usuarios y beneficiarios y otra porción se sostiene con cargo a otros ingresos. Se suele decir que la parte que corresponde a esta segunda porción está «subvencionada».

Añádase que el concepto de coste que se pretende recuperar también se puede hacer evolucionar y abandonar un planteamiento estrictamente financiero.

La aplicación de la fórmula concreta que resulte en un ámbito de gestión puede estar preordenada por imperativos superiores, internos o externos. Supongamos que una norma de rango constitucional exija el abastecimiento «gratuito» o, por el contrario, que exija la recuperación íntegra de los costes.

Cuando el agua o los servicios del agua tienen precio, y esos precios del agua son exigidos por las autoridades, la naturaleza de lo que se exija a los usuarios y beneficiarios dependerá de los principios formales que jueguen en cada ordenamiento. Tratándose con frecuencia de ingresos fiscales, los que responden a la naturaleza de lo que en Derechos como el español llamamos tasas o contribuciones especiales parecerían los más apropiados; pero de la experiencia se comprueba cómo perfectamente pueden ser sustituidos por otros en los que su presupuesto de hecho no sea tanto la actividad administrativa como la demostración de capacidad económica que realiza el usuario o beneficiario al usar o consumir agua: hablo de impuestos sobre el uso y consumo del agua. La mente debe estar abierta a cualquier posibilidad.

En apariencia, en el ámbito de la Unión Europea existirían, contenidos en la DMA, unas bases y principios de la recuperación de costes de los servicios del agua, de los que querríamos ofrecer una visión sintética. Esas bases y principios se habrían de imponer sobre veintisiete Estados bien distintos que, además, pueden estar lo suficientemente descentralizados para ofrecer internamente varios e incluso numerosos modelos. Nuestro primer objetivo será conocer estas bases y principios. También querríamos pensar que esas bases y principios han sido la causa de la transformación del Derecho (financiero) de aguas español.

A fuer que desde que se aprobase la DMA la parte del Derecho de aguas que se ocupa de lo económico-financiero ha evolucionado. La duda que ya anticipo es si se ha «transformado» por influencia del Derecho europeo o ha seguido, al menos de manera parcial, una evolución a espaldas de la DMA.

En particular, este trabajo se centrará en la primera fase del ciclo del agua, relativo a su captación, almacenamiento, transporte y distribución, lo que podríamos englobar, quizá con algo de impropiedad, en el término «abastecimiento».

II. LAS EXIGENCIAS EN MATERIA DE RECUPERACIÓN DE COSTES DERIVADAS DE LA DMA

Como hemos dicho, en el ámbito de la Unión Europea, las acciones de las autoridades nacionales en materia de aguas se encuentran terciadas en general por la política europea sobre las aguas.

Se perfila de algún modo el régimen económico-financiero de estas políticas nacionales, ya que en la estrategia comunitaria se tiene en consideración el medio financiero utilizado, instrumental, de los servicios relacionados con el agua. A simple vista parece que el que *quien use, pague* no sea solo una opción posible, sino más bien una imposición a los Estados miembros.

El precepto de la DMA en el que nos hemos de fijar es el artículo 9.º, que reproducimos:

«1. Los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, a la vista del análisis económico efectuado con arreglo al anexo III, y en particular de conformidad con el principio de que quien contamina paga.

Los Estados miembros garantizarán, a más tardar en 2010:

- que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales de la presente Directiva,
- una contribución adecuada de los diversos usos del agua, desglosados, al menos, en industria, hogares y agricultura, a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, basada en el análisis económico efectuado con arreglo al anexo III y teniendo en cuenta el principio de que quien contamina paga.

Al hacerlo, los Estados miembros podrán tener en cuenta los efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones afectadas.

2. Los Estados miembros incluirán en los planes hidrológicos de cuenca información sobre las medidas que tienen la intención de adoptar para la aplicación del apartado 1 y que contribuyan al logro de los objetivos medioambientales de la presente Directiva, así como sobre la contribución efectuada por los diversos usos del agua a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua.

3. Lo dispuesto en el presente artículo no impedirá la financiación de medidas preventivas o correctivas específicas con objeto de lograr los objetivos de la presente Directiva.

4. Los Estados miembros no incumplirán la presente Directiva si deciden no aplicar, de acuerdo con prácticas establecidas, las disposiciones de la segunda frase del apartado 1 y, a tal fin, las disposiciones correspondientes del apartado 2, para una determinada actividad de uso de agua, siempre y cuando ello no comprometa ni los fines ni el logro de los objetivos de la presente Directiva. Los Estados miembros informarán en los planes hidrológicos de cuenca de los motivos por los que no han aplicado plenamente la segunda frase del apartado 1».

El artículo 9.º de la DMA reserva un lugar de privilegio al principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua. Aunque, es cierto, no impone medidas económico-financieras concretas, no resultaría fácil que los Estados miembros evitasen un programa de tarificación: advertía de que debían garantizar, a más tardar en 2010, que la política de precios del agua incentive su uso eficiente y que los diversos usos del agua (industrial, doméstico, pero también agrícola) contribuyan a la recuperación de dichos costes. Los objetivos medioambientales son parte central de la DMA, en coherencia con los planteamientos generales del Derecho europeo y con los propios antecedentes de la DMA. El usuario está llamado a pagar y está llamado a pagar para sufragar los costes de la descontaminación que se ligan al propio uso. En ese sentido, la DMA advierte de que su contribución responde a objetivos medioambientales; veremos cómo incluso va algo más allá.

Concretando los principios económicos del Derecho europeo de aguas, han de repercutirse los costes de los servicios públicos propios del ciclo del agua sobre quien se beneficia de ellos. Y sobre ello se superpone, además, un principio tradicional de este Derecho: *quien contamina, paga*.

Algunos autores se muestran algo escépticos con los efectos reales de este artículo 9.º, sobre todo porque su redacción final es algo más suave que la versión contenida en el

proyecto. Lo que sucede es que si lo acompañamos de otros textos, sus mandatos —creo— se refuerzan.

Aunque no sea el único documento que pudiéramos presentar, como continente de la política europea de tarificación y uso sostenible de los recursos hídricos, puede destacarse la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, de 26 de julio de 2000. A sabiendas de que no es la única fórmula posible, sí defiende la tarificación como instrumento de la política hídrica. En este documento se define el *precio del agua* como «el importe global o marginal que pagan los usuarios por todos los servicios relacionados con el agua, incluido el aspecto ambiental». Teorizando esta política de tarificación, se advierte de que con el precio del agua deben reflejarse varios tipos de costes, que clasifica de este modo y define:

- *Costes financieros* (costes directos que incluyen los gastos de prestación y administración, de explotación y mantenimiento, así como los de capital);
- *costes ambientales* [costes de los daños que el uso del agua supone al ecosistema (por ejemplo, salinización o deterioro de los suelos productivos)] y
- *costes del recurso* (costes del agotamiento de los recursos que entraña la desaparición de determinadas oportunidades para otros usuarios).

Se explicaba en la Comunicación que cada usuario debería pagar los costes derivados de su consumo de agua. Y que para que la tarificación incite a utilizar mejor los recursos hídricos, los precios deberían estar directamente relacionados con la cantidad de agua consumida o con la contaminación provocada.

El documento concluía afirmando que la política de tarificación del agua permite limitar la presión sobre los recursos hídricos y mantener las infraestructuras. Pero además puede reforzar el uso sostenible de los recursos hídricos. En ese sentido se proponía que las estructuras de tarificación incluyesen un elemento variable (cantidad, contaminación) para que tuvieran una verdadera función de incentivo.

Todo este desarrollo habría de ser progresivo, de ahí los plazos marcados, y tener en cuenta cuestiones de índole social. Años más tarde, cuando la propia Comisión evalúa la primera fase de aplicación de la DMA, esta se muestra ciertamente preocupada con el cumplimiento de los principios económicos de la Directiva [Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 22 de marzo de 2007, «Hacia una gestión sostenible del agua en la Unión Europea - Primera fase de aplicación de la Directiva Marco del Agua (2000/60/CE)»]. No duda de que «existen lagunas importantes, sobre todo en lo relacionado con el análisis económico».

Cuando el agua o los servicios del agua tienen precio, y esos precios son exigidos por las autoridades, la naturaleza de lo que se exija a los usuarios y beneficiarios dependerá de los principios formales que jueguen en cada ordenamiento.

Si se preocupaba sería porque se podía esperar una vulneración masiva del Derecho europeo: mala preocupación sería sobre una mera recomendación.

Como se ve, la DMA no solo habla de costes financieros, también de los ambientales y de los del recurso. Dado que en países como España resulta —ya lo adelanto— muy discutible afirmar que se recuperen siquiera los costes financieros (en los términos que exige la DMA), y que el análisis referido a los costes ambientales y del recurso más bien parece cosa del futuro, conviene que nos centremos en aquellos. Si quien lea este trabajo se pregunta si la recuperación de los costes financieros debe ser íntegra, le rogaré que lea completamente este texto y compruebe cómo aparecen brechas relacionadas con razones de índole social o económica y otras que habilitan excepciones en la aplicación absoluta de estos principios.

Ahora bien, que se abra la vía a las excepciones no puede suponer que todo sea una gran excepción y, por lo tanto, que el artículo 9.º de la DMA sea papel mojado. Creo en la imperatividad de este precepto y en su capacidad para determinar incumplimientos de los Estados. A mi parecer, haya o no excepciones, no es dudoso que debe existir un régimen económico-financiero que asegure la aportación de los usuarios y beneficiarios, y que esas aportaciones deben ser proporcionales al uso y consumo y estar dotadas de una cierta progresividad para incentivar el ahorro.

Las complejidades que puede ofrecer cada sistema nacional o subsistema regional o local pueden ser tales que dificulten mucho la constatación del respeto a la DMA. Por eso la DMA insiste en que los Estados miembros tienen que asegurar la información a suministrar. El artículo 5.º de la DMA dice lo siguiente:

«1. Cada Estado miembro velará por que se efectúe en cada demarcación hidrográfica o en la parte de una demarcación hidrográfica internacional situada en su territorio:

- un análisis de las características de la demarcación,
- un estudio de las repercusiones de la actividad humana en el estado de las aguas superficiales y de las aguas subterráneas, y
- un análisis económico del uso del agua,

de conformidad con las especificaciones técnicas fijadas en los anexos II y III. Velará asimismo por que estos análisis y estudios estén terminados dentro del plazo de cuatro años contados a partir de la entrada en vigor de la presente Directiva.

2. Los análisis y estudios mencionados en el apartado 1 se revisarán y, cuando proceda, se actualizarán dentro del plazo de trece años contados a partir de la entrada en vigor de la presente Directiva, y cada seis años a partir de entonces».

Por lo que respecta al Anexo III, mencionado, se dice que:

«El análisis económico contendrá la suficiente información lo suficientemente detallada (teniendo en cuenta los costes asociados con la obtención de los datos pertinentes) para:

- a) efectuar los cálculos pertinentes necesarios para tener en cuenta, de conformidad con el artículo 9, el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el

agua, tomando en consideración los pronósticos a largo plazo de la oferta y la demanda de agua en la demarcación hidrográfica y, en caso necesario:

- las previsiones del volumen, los precios y los costes asociados con los servicios relacionados con el agua, y
 - las previsiones de la inversión correspondiente, incluidos los pronósticos relativos a dichas inversiones;
- b) estudiar la combinación más rentable de medidas que, sobre el uso del agua, deben incluirse en el programa de medidas de conformidad con el artículo 11, basándose en las previsiones de los costes potenciales de dichas medidas».

Para cerrar este apartado, un apunte final. Si la DMA se limitase a asegurar la repercusión de los costes de los servicios del agua sin fijar exigencias sobre la calidad de dichos servicios, poca importancia tendría el artículo 9.º en áreas de gestión en las que los servicios del agua fuesen, sencillamente, infames. No es así y los imperativos de calidad, en particular en cuanto al buen estado de las masas de agua, son tales que el gasto público asociado a esos costes financieros a recuperar es de una envergadura enorme, sobre todo en estos tiempos de crisis económica.

III. LO ECONÓMICO-FINANCIERO DEL ABASTECIMIENTO DE AGUA EN ESPAÑA A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA DMA

Para entender las ideas básicas de la recuperación de los costes del abastecimiento de agua en la España de comienzos del siglo XXI, se hace imprescindible ofrecer algo de claridad sobre las funciones que corresponden constitucional y legalmente a las autoridades de niveles diferentes que se van a superponer en un mismo territorio, para luego hablar de los instrumentos financieros que permitían esta recuperación.

Situémonos, en cualquier caso, a finales del siglo pasado.

Como en todos los órdenes, también en el hídrico, hemos de explicar el reparto de las funciones entre los tres niveles básicos de gobierno: estatal, autonómico y local. Sobre las mismas aguas podrían, en hipótesis, ejercer su poder tanto el Estado como la Comunidad Autónoma, y también las entidades locales. Claro que en el ámbito hídrico hay una complejidad adicional: uno de los principios rectores de la gestión en materia de aguas es el de respeto a la unidad de cuenca hidrográfica. La cuenca hidrográfica, como unidad de gestión del recurso, se considera indivisible. Sin entrar en complejidades, el caso es que había cuencas hidrográficas dentro del territorio de una sola Comunidad Autónoma (las llamamos «internas») y cuencas que superaban el territorio de una Comunidad Autónoma. Respetando el principio de gestión por cuencas, en el primer caso, el organismo de cuenca podía ser autonómico y, en el segundo caso, estatal. La mayor parte del territorio español se correspondía con cuencas que superaban el territorio de una región. Y en las que esto no era así, la transferencia a la respectiva Comunidad Autónoma se había producido (caso de Cataluña) o no (caso de Andalucía). Sucedió incluso que en alguna zona, como las Islas Canarias, la «cuenca» coincidía no con el territorio de la Comunidad Autónoma,

sino con el de cada una de las islas que lo componen (que es el territorio propio de una entidad local).

Pues bien, sea cual sea la situación, la administración del recurso hídrico se efectuaba en la normalidad de los casos a través de organismos con personalidad diferenciada, que en el ámbito del Estado reciben el nombre de Confederaciones Hidrográficas.

Es verdad que, fuera cual fuera la situación, siempre podíamos decir que el Estado, a través de su Ministerio correspondiente, ejercía algunas competencias, sobre todo de dirección y sostenimiento financiero. Pero, para simplificar, podríamos convenir que en España las competencias hídricas se repartían entre: i) la Confederación Hidrográfica u otro organismo de cuenca, ii) la comunidad autónoma y iii) las entidades locales. En las zonas con cuencas «internas» se confundirían las funciones que correspondían a las autoridades de segundo o tercer nivel, como organismo de cuenca, y las típicas de cualquier autoridad de su nivel en una cuenca intercomunitaria. En territorios como, por ejemplo, Cataluña las autoridades autonómicas del agua ejercían como organismo de cuenca en una parte del territorio, pero no en otro.

Siguiendo lo prevenido en el párrafo anterior, en el siguiente cuadro explicaré, de manera muy primaria, el reparto competencial, teniendo en cuenta la parte del ciclo del agua que ahora nos interesa.

Administración	Organismos de cuenca	Comunidades Autónomas	Entidades locales
Funciones	Administran el recurso hídrico. Construyen y explotan obra hidráulica de interés general.	Construyen y explotan obra hidráulica de interés autonómico.	Distribuyen agua en baja.

Pasando de lo general a lo económico-financiero, en nuestro país era tradición que no se cobrase por el mero uso y consumo del agua, de manera que no habría instrumento económico-financiero asociado a la administración del recurso. Pero sí que se cobrase por las obras y servicios relacionados con el agua.

Cada una de las autoridades con atribuciones en los servicios de abastecimiento incurría en costes financieros, y son precisamente estos costes los que procuraría recuperar. Los costes financieros se cubrirían, bien con recursos propios, bien con recursos transferidos desde otras autoridades. Entre los recursos propios de cada autoridad, los había con vocación específica de servir a la recuperación de esos costes hídricos (cuotas calculadas en función de estos, productos afectados a estos programas). Estos son los que nos interesan, habida cuenta de que *siempre* existía un régimen económico-financiero del agua asociado a cada función del ciclo del agua y a cada autoridad.

La mayor parte de las figuras existentes se acogerían a la naturaleza de tasa, especialmente en el ámbito del abastecimiento (cánones de regulación, tarifas de utilización

del agua, etc.). Sus hechos imponibles serían precisamente los servicios o actividades relacionados con el agua prestados por las autoridades, obligatorios o monopolizados, siempre que beneficien o al menos afecten a los obligados al pago. Sin abundar en cuestiones propias de la presupuestación, siendo figuras cuyo importe global guarda relación con el coste del servicio o actividad, es evidente la correlación entre el coste y el producto obtenido. Algo parecido sucede con las contribuciones especiales, que se exigían no con demasiada frecuencia para contribuir a la financiación de obras locales de pequeña o mediana envergadura en el ámbito del abastecimiento o de la colección. A primera vista parecería que, mientras las contribuciones tendrían por objeto financiar costes de inversión (una obra, por ejemplo), las tasas sostendrían el funcionamiento ordinario de una obra o servicio. No es así exactamente, pues el conjunto de los costes se podría derivar mediante una tasa que repercuta sobre los usuarios no solo la anualidad correspondiente a los gastos de administración, funcionamiento y explotación, sino también la amortización de la inversión, aplicando una periodificación razonable. Es el caso de los cánones de regulación y tarifas de utilización del agua.

Los cánones de regulación y las tarifas de utilización del agua eran por aquel entonces la figura tributaria predominante en el ámbito de la captación, almacenamiento y transporte, elemento fundamental para el sostenimiento ordinario de algunas Confederaciones Hidrográficas, dada la importancia relativa en su presupuesto. Contenidos en la Ley estatal de aguas —entonces en el artículo 106—, eran aplicados por las Confederaciones y también por alguna autoridad de cuenca autonómica, como la catalana, titular de importantes obras hidráulicas de almacenamiento de agua. Se trataba de exacciones anuales mediante las que se pretendía recuperar el monto anual de gastos de explotación y administración, así como la parte periodificada de los costes de inversión, repartida en 50 años en el caso de los embalses y en 25 en el caso de otras obras específicas. Se asocian, pues, a la obra hidráulica, imprescindible para la disponibilidad de agua en un país seco como España y, aunque recaigan sobre todos los usos, con una proyección esencial sobre el uso de agua para riego.

Los cánones de regulación y tarifas de utilización del agua presentaban una regulación bastante deficiente en lo material y en lo formal. Entre los principales defectos imputables podríamos destacar los siguientes:

- inexistencia en el caso de obras específicas no financiadas completamente con cargo al Estado;
- falta de claridad en cuanto a la liquidación de la tasa sobre colectivos de usuarios;

La política de tarificación del agua permite limitar la presión sobre los recursos hídricos y mantener las infraestructuras.

- inexplicable diferencia entre tipologías de obras (de regulación y otras) a la hora de poder repercutir sobre los usuarios los costes de inversión;
- dificultosa derrama de gastos financieros;
- falta de criterios para individualizar las cuotas, empleando módulos trasnochados como el superficiario; o
- un deficiente esquema de aprobación de los importes anuales que conducía a frecuentes anulaciones.

En fin, la fisonomía de estas figuras las alejaba de cualquier pretensión recuperadora de costes que no fueran los estrictamente financieros.

Justo en el momento en el que estamos centrando esta foto fija se había aprobado la que sería la Ley 46/1999, de 13 diciembre, que introduciría algunas modificaciones (menores) en los cánones y tarifas.

Si la disponibilidad del agua derivaba de obras de transferencia entre cuencas, la economía de esas obras (Tajo-Segura, minitransvase a Tarragona) era especial y podía contemplar compensaciones a los territorios de las cuencas cedentes.

El modelo más habitual era este. La economía del abastecimiento se completaría con lo propio de la distribución del agua o el abastecimiento en baja, especialmente en el caso del abastecimiento a poblaciones. La distribución se realizaba, bien por entidades locales (ayuntamientos, pero también mancomunidades, consorcios, etc.), bien por empresas públicas, mixtas o privadas que explotaban el servicio. Aunque hasta 1998, a la vista de la legislación de régimen local, se habían empleado con frecuencia los precios públicos —instrumentos de Derecho público no tributarios—, desde entonces se combinaban tasas locales (siempre que el servicio lo prestaba la autoridad local) con tasas o tarifas de derecho privado (en otros casos, y sin obedecer a una pauta general). Como es bien conocido, estamos hablando de figuras de exacción potestativa respecto de las que la ley establece reglas tendentes a fijar su techo global (el coste del servicio), lo que conducía a diferencias enormes en los precios que se pagaban en unas ciudades con respecto de los que se pagaban en otras, y que no obedecían solo a diferencias de costes, sino a voluntades políticas. Ello sin perjuicio de que una norma con rango legal exigía a los suministradores de agua que cargasen en sus recibos al menos los cánones de regulación y las tarifas de utilización del agua. En puridad no había determinaciones legales acerca de la estructura que debían adoptar estas aportaciones, conviviendo patrones diferentes por la decisión exclusiva del ente prestador del servicio.

En algunos territorios sus respectivas CCAA habían emprendido políticas fiscales propias, y no necesariamente estoy hablando de Comunidades en cuyo territorio hubiera cuencas internas —o quizá las cuencas internas solo ocupaban una porción—.

Cataluña es un buen ejemplo. Y es que, en efecto, cuando la mayoría de los Estatutos de Autonomía no estaban ni aprobados, en Cataluña había aparecido el que fuera embrión de los impuestos hídricos autonómicos: los llamados incremento de tarifa y canon de saneamiento. Es cierto que estas figuras poco tienen que ver con nuestro objeto de estudio, pues se asocian a la otra parte del ciclo del agua. Pero es que algo después se implantaría otro impuesto propio, denominado canon de infraestructura hidráulica. Si aquellos otros se

encontraban afectados al sostenimiento de la política de depuración de aguas residuales, el canon de infraestructura hidráulica lo estaba a la inversión en obras y actuaciones fijadas en el Programas de Obras Hidráulicas. Este impuesto fue establecido por la Ley 5/1990, de 9 de marzo. Tenía vocación, digamos, urbana y la particularidad de que las entidades suministradoras repercutirían explícitamente su importe sobre los consumidores finales. Además, se diseñó un sistema económico-financiero para resolver el sostenimiento de las empresas públicas autonómicas y de las entidades locales específicas del agua que intermediaban entre la autoridad de cuenca que servía el agua en bloque y la entidad que la suministraba al consumidor final. En el año 1999 se procedió a la fusión de este concepto tributario con el que se ocupaba de atender a los programas de saneamiento, generando una nueva exacción —llamémosla híbrida o casi mejor generalista— denominada «canon del agua», cuyo producto serviría al sostenimiento de los costes del ciclo integral del agua. Asimismo en la legislación catalana, aunque de manera muy tímida, se observaba algún amago que tendía a ordenar de manera diferente los cánones de regulación y tarifas de utilización del agua, no de todas las obras hidráulicas relacionadas con estas figuras, pero sí de alguna (al menos en pura teoría).

La Comunidad de Madrid es otro ejemplo a considerar.

Madrid presentaba un sistema complejo y bien trabado, que no puede conocerse sin mencionar sus antecedentes, vinculados a la existencia de la entidad Canal de Isabel II. El Canal de Isabel II, con más de siglo y medio de vida, se venía ocupando desde siempre de una parte muy importante de las obras y servicios relacionados con el agua en el área de la provincia de Madrid. El Estado de las Autonomías supuso su traspaso a la Comunidad de Madrid, asumiendo —era el signo de los tiempos—, además de lo que era tradicional entre sus funciones, las propias de la depuración de las aguas residuales y la mejora y conservación de los ríos, aunque con anterioridad a su traspaso ya existía un sistema económico-financiero articulado sobre la base de unas llamadas «tarifas», correspondientes con su condición empresarial. Por sus características, el Canal combina abastecimiento en alta y en baja: por ello, cuando se produce el traspaso a la Comunidad Autónoma, el Decreto de traspaso contendrá el marco de la política tarifaria hacia el consumidor final urbano, aspecto extraño en cualquier otro Decreto hermano. En particular, se recoge la cláusula que exige «Establecer una política tarifaria que discrimine por niveles de consumo y tipos de usuario, con la finalidad de incrementar los ingresos».

Ya en manos de la Comunidad Autónoma, la legislación madrileña enmarca las tarifas a exigir por el Canal, y además fija una llamada «cuota suplementaria», destinada a «la financiación de obras de infraestructura y actuaciones medioambientales relacionadas con la calidad del agua», concretada como «sobreprecio de los metros cúbicos consumidos». En la parte que ahora nos interesa se combinaría la parte de la tarifa de abastecimiento propia de la aducción (fijada con carácter general y anual para toda el área), con la cuota suplementaria (fijada individualizadamente para cada actuación de la que se predique). De manera que, se preste el servicio como se preste, las tarifas del agua en la Comunidad de Madrid tienen partes homogéneas. El esquema madrileño lleva a que los consumidores finales vean en sus recibos la parte que corresponde a la aducción y, en general, a inversiones en alta.

Como he apuntado, la empresa pública, en la mayor parte del territorio madrileño, tiene encomendada la explotación integral del abastecimiento, desde los embalses que son de su titularidad hasta el grifo del consumidor final, y desarrolla a tal fin una política fiscal propia regulada en normativa autonómica.

Insisto otra vez en que el planteamiento de la Comunidad Autónoma de Madrid ha ido todavía más allá de regular la actividad de la administración regional y ha tratado de ordenar la economía de los servicios «minoristas», como la distribución de agua, incluso en los supuestos en los que la titularidad del servicio es municipal, fijando las características de las tarifas. Esta idea ordenadora no fue coto exclusivo de la Comunidad de Madrid: otras, como Andalucía, mediante su reglamentación del abastecimiento de aguas, disponían una disciplina muy interesante del régimen económico en general y del sistema tarifario en particular.

A finales de los noventa se introdujo un nuevo elemento que, con el tiempo, iba a variar los planteamientos clásicos de la economía del abastecimiento, en particular del abastecimiento en alta, vinculado a formas de colaboración público-privada para la ejecución de obras hidráulicas: la intervención de sociedades estatales. El sistema se fue incorporando a la legislación estatal de aguas y permitiría la creación de una empresa pública participada mayoritaria o totalmente por la Administración, a la que se le encargará acometer la ejecución y gestión de la obra pública. Con el aval del Estado, la empresa acudiría al mercado para obtener la financiación necesaria para la ejecución de la obra hidráulica. La empresa construiría y gestionaría la obra hidráulica, suscribiendo convenios con los usuarios en los que figuraran las tarifas que estos pagarían para sufragar la inversión y la explotación. Las tarifas presentan un régimen de Derecho privado.

En efecto, en la fijación del régimen jurídico de las sociedades estatales se realizan algunas indicaciones relativas a su régimen económico financiero. Alude a las aportaciones económicas que haya de realizar la Administración General del Estado a la sociedad estatal, y también a las aportaciones que la sociedad estatal pueda recibir de otros sujetos públicos o privados, en virtud, en su caso, de la conclusión de los correspondientes convenios.

Resumiendo todo lo dicho, reconozcamos que la comprensión del modelo o modelos no era ni mucho menos sencilla. Todo arrancaba de que los costes financieros de cada obra o servicio trataban de ser recuperados desde la instancia promotora de la obra o servicio, implantando medidas fiscales que, o bien eran originales, o bien eran adaptables a la obra o servicio.

Con estos instrumentos —y otros exigidos por agentes privados— se construían estudios económicos que permitían hablar del precio del agua en España, como el *Libro Blanco del Agua*. Era lícito hablar del precio del agua en España aclarando siempre que se trataba del precio medio. El precio del abastecimiento de agua dependía en cada caso concreto de las obras que hubiera sido necesario costear para generar la disponibilidad de esa agua, así como de las peculiaridades y decisiones del agente del abastecimiento en alta (todo ello en una nación con enormes disparidades en cuanto a esta disponibilidad), y de quién y cómo realice el abastecimiento en baja.

IV. LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO DE AGUAS ESPAÑOL EN EL ÁMBITO DE LA RECUPERACIÓN DE COSTES: ESPECIAL ATENCIÓN AL ABASTECIMIENTO

Llegados al punto central de este trabajo, veamos los cambios operados desde la entrada en vigor de la DMA en el Derecho español de aguas en el ámbito en que estamos trabajando; cambios que pueden venir motivados por la Directiva o simplemente haberse introducido en el camino de su transposición y desarrollo.

1. En la Ley estatal de Aguas, sus Reglamentos y los instrumentos normativos conexos. Examen de la práctica subsiguiente

La entrada en vigor de la DMA exigiría sin duda la adaptación de las principales disposiciones españolas en materia de aguas, bien es cierto que algunos de sus objetivos permitían un largo transitorio.

La transposición de la DMA, como se conoce, se vino a realizar a través de la Ley 62/2003. Lo que sucede es que, entretanto, se aprobarían leyes tan importantes como la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. Esta Ley, que se relaciona siempre con el proyecto de trasvase del Ebro al Levante y sur de España, contenía reglas relativas a la economía de la transferencia entre cuencas en general y también en particular. Pero no puedo centrarme en ellas; solo poner de manifiesto que esta Ley contaba con una disposición adicional —la undécima («Del principio de recuperación de costes y del régimen de exacciones») —, según la cual:

Cada una de las autoridades con atribuciones en los servicios de abastecimiento incurría en costes financieros, y son precisamente estos costes los que procuraría recuperar.

«1. El Ministerio de Medio Ambiente iniciará, con carácter inmediato, los estudios necesarios para la implantación gradual del principio de recuperación de costes y las excepciones justificadas, de acuerdo con lo establecido en la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

2. El Ministerio de Medio Ambiente adoptará las medidas necesarias para que el régimen de exacciones regulado por el artículo 106 de la Ley de Aguas se aplique de modo que su cuantía se determine siempre teniendo en cuenta el volumen real de agua utilizado.

3. En todo caso, y en cuanto se disponga, en cada sistema de explotación, de los medios de control de caudales previstos en esta Ley, se adoptarán las medidas indicadas en el apartado anterior».

Poco tiempo quedaba para que venciera el plazo dado para la transposición de la DMA cuando se aprovechó a tal fin la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004, esto es, la referida Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que modificaría la Ley de Aguas, ya entonces refundida en el Texto de 2001.

En el tema que nos interesa, la exposición de motivos de la Ley prometía mucho cuando afirmaba que «Se modifica el régimen económico financiero del agua, al introducir el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con la gestión de las aguas». Lo malo es que no pasó de esto, de la introducción del principio, pero sin efectuar modificación alguna sobre los instrumentos financieros que lo pudieran asegurar y que eran, como vimos, muy mejorables. Ya era consciente la Ley, tal y como se recogía en el apartado 7 de la disposición adicional undécima que se introducía: vino a decir y dice todavía que «La política de incentivos para el uso eficiente del agua, así como la contribución económica adecuada de los distintos usos, deberá ser efectiva a más tardar el 31 de diciembre de 2010». Si ha sido efectiva, habrá sido de manera espontánea, dado que, estando en 2012, nada se ha hecho desde la normativa para implementarlo. En definitiva, la principal transformación fue la introducción de un nuevo artículo que serviría de cabecera a los pocos que regulaban el régimen económico-financiero del agua. El artículo ha sido objeto de algunas modificaciones de variado calado. Evitaré entrar en las propias transformaciones del precepto y reproduciré el texto actual:

El artículo al que me refería es el 111 bis del TRLA:

«1. Las Administraciones públicas competentes, en virtud del principio de recuperación de costes y teniendo en cuenta proyecciones económicas a largo plazo, establecerán los oportunos mecanismos para repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y del recurso, en los diferentes usuarios finales.

2. La aplicación del principio de recuperación de los mencionados costes deberá hacerse de manera que incentive el uso eficiente del agua y, por tanto, contribuya a los objetivos medioambientales perseguidos.

Asimismo, la aplicación del mencionado principio deberá realizarse con una contribución adecuada de los diversos usos, de acuerdo con el principio del que contamina paga, y considerando al menos los usos de abastecimiento, agricultura e industria. Todo ello con aplicación de criterios de transparencia.

A tal fin la Administración con competencias en materia de suministro de agua establecerá las estructuras tarifarias por tramos de consumo, con la finalidad de atender las necesidades básicas a un precio asequible y desincentivar los consumos excesivos.

3. Para la aplicación del principio de recuperación de costes se tendrán en cuenta las consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio y de las poblaciones afectadas siempre y cuando ello no comprometa los fines ni el logro de los objetivos ambientales establecidos.

Mediante resolución de la Administración competente, que en el ámbito de la Administración General del Estado corresponderá al Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, se podrán establecer motivadamente excepciones al principio de recuperación de costes para determinados usos teniendo en cuenta las mismas consecuencias y condiciones mencionadas y sin que, en ningún caso, se comprometan los fines ni el logro de los objetivos ambientales correspondientes. Para ello, los organismos de cuenca emitirán en el plazo de tres meses, con carácter preceptivo y previo a la resolución que se adopte, informe motivado que, en todo caso, justifique que no se comprometen ni los fines ni los logros ambientales establecidos en las respectivas planificaciones hidrológicas».

Sí es cierto que nuestra legislación general de aguas se había llenado de preceptos que se refieren a la recuperación de los costes, sobre todo previendo la futura aprobación de Planes Hidrológicos de cuenca (proceso en el que estamos, también, con retraso). Así pueden citarse artículos del TRLA, como el 131.4 (propuesta de financiación de la obra en expediente); 46.5.º (informe sobre viabilidad económica de una obra de interés general, con estudio específico sobre la recuperación de costes); 40 bis (usos del agua y recuperación de costes); 41.5 (análisis económico y planes de demarcación); o el 42.1.f) y 1.g) b') (posibilidad de excepcionar el principio). Lo que ha tenido reflejo en las disposiciones reglamentarias relativas a la planificación hidrológica y en los planes que se han podido ir aprobando o en los textos de borrador de los que disponemos.

Me refiero, sobre todo, al Reglamento de Planificación Hidrológica de 2007 (aprobado por el Real Decreto 907/2007). El artículo 42 del RPH, referido al contenido de los Planes Hidrológicos, explica lo que debe determinar cualquiera de los planes afectados por este Reglamento en el ámbito de la recuperación del coste de los servicios del agua. Hace referencia a la descripción de las tarifas aplicadas en los servicios del agua; a los costes de capital de las inversiones necesarias para la provisión de los diferentes servicios de agua, incluyendo los costes contables y las subvenciones, así como los costes administrativos, de operación y mantenimiento; a los costes ambientales y del recurso; a los descuentos, como los debidos a laminación de avenidas o a futuros usuarios; a los ingresos de los usuarios por los servicios del agua, y al nivel actual de recuperación de costes, especificando la contribución efectuada por los diversos usos del agua, desglosados, al menos, en abastecimiento, industria y agricultura. Por su parte, en el ámbito de lo que se da en llamar «programa de medidas», los artículos 44 y 46 atienden a las medidas a adoptar en el marco de la recuperación de costes.

Este RPH se desarrolla por la conocida como Instrucción de Planificación Hidrológica, aprobada por Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre. Pues bien, el punto 7.6 de esta disposición disciplina aspectos tan relevantes como el modo de cálculo del índice de recuperación de costes; la especificación en el plan de la recuperación por usos y la relevancia de subvenciones y descuentos; la metodología de valoración de los costes ambientales, incluyendo las medidas adoptadas tanto por las administraciones competentes como por los usuarios, y la metodología de valoración de los costes del recurso, al que define como el coste de escasez, entendido como el coste de las oportunidades a las que se renuncia cuando un recurso escaso se asigna a un uso en lugar de a otro u otros (señala que para analizar el coste de escasez se describirán los instrumentos de mercado y cómo estos permiten mejorar la asignación económica del recurso y los caudales ambientales).

Si se puede considerar al menos Derecho proyectado, los borradores de planes hidrológicos intercomunitarios que se han ido presentando obedecerían a lo ordenado por la Ley y las disposiciones reglamentarias, y lo mismo podríamos decir de los de circunscripción autonómica, alguno de los cuales ya se encuentra aprobado. Todo ello habiendo cumpliendo las autoridades de cuenca con los deberes de presentar documentos informativos de todo tipo, incluidos los relativos al análisis económico del agua y a la recuperación de costes.

Fuera del ámbito de lo proyectado, la práctica seguida por las autoridades de cuenca respecto de los instrumentos económico-financieros no ha supuesto ruptura alguna con la tradición que se venía desarrollando. Habiendo evaluado la evolución de los cánones

de regulación y tarifas de utilización de agua, no estoy en condiciones de asegurar que el Ministerio «de Medio Ambiente» haya adoptado siquiera las medidas necesarias para que el régimen de exacciones se relacione con el volumen real de agua utilizado: si se piensa bien, es casi hasta incompatible con las características básicas de dichas exacciones. El cambio más relevante vendría, quizá, de la mano de la materialización de obras hidráulicas construidas por las sociedades estatales que se empezaron a constituir pocos años atrás, lo que supondría la puesta en marcha de tarifas sostenidas en los convenios suscritos entre las referidas sociedades y los usuarios.

2. Las transformaciones del abastecimiento en alta desarrolladas por las CCAA

Cataluña ha tenido una preocupación constante por la mejora de los instrumentos financieros hídricos. Aunque los elementos de los que arranca el sistema actual estaban presentes en la legislación previa a la DMA, desde entonces se han producido reformas y adaptaciones continuas. La modernización, por ejemplo, del canon del agua ha sido una constante, si bien dadas las limitaciones de espacio me contendré y solo señalaré la evolución experimentada por los cánones de regulación y tarifas de utilización del agua. Y es que, en efecto, en su redacción original, la Ley de 1999 se refería al canon de regulación, aunque sin más pretensión que remitirse a la legislación estatal, pues no se introducían modificaciones. Esto se mantuvo vigente hasta finales de 2002. Es por esas fechas cuando se da nueva redacción al precepto, colocando en la realidad jurídica las tarifas de utilización de agua. Entretanto, se regula específicamente la tarifa de una actuación: la Baja Tordera. Si no lo dije antes lo digo ahora: las autoridades de cuenca autonómicas pueden aplicar los cánones y tarifas de la Ley estatal de aguas o sustituirlos por unos propios. El caso es que la sencilla disciplina catalana de los cánones de regulación se mantuvo vigente hasta 2005; fue modificada (digamos que levemente) hasta dos veces. Y a primeros de 2009 se introduce una redacción bastante completa en cuanto al canon de regulación, que permanece vigente. No detallaré las características de la tarifa de la Baja Tordera, pero sí mínimamente las bases generales de esos cánones de regulación. Y es que con ellas se ha pretendido solucionar algunas de las dificultades materiales y formales de la Ley estatal de Aguas, mejorándola sin duda. Por ejemplo, en el ámbito de la cuantificación, que resuelve dos cuestiones que con la legislación estatal son problemáticas. En primer lugar, la imputación de costes a los tipos de usos, lo que hace por remisión a «la homogeneización que se efectúe», sin hacer mención a eventuales «tablas de equivalencia» (aunque puede intuirse que algo así tendrá que ser). En segundo lugar, los módulos a aplicar para cada tipología: destaca la erradicación del módulo superficiario en los usos agrícolas y la vinculación en otros usos a datos físicos de volumen y no de concesión. De la misma manera trata de resolver problemas surgidos en cuanto a la imposición y ordenación de estas figuras.

Habría más aspectos que merecerían algún comentario, pero prefiero continuar con otros territorios.

Empiezo por la Comunidad Autónoma de Andalucía, que ha buscado personalizar la disciplina de los cánones de regulación y tarifas de utilización de agua de las obras propias de las cuencas internas, en su novedosa Ley de Aguas de 2010. Una dificultad muy concreta a la que sale al paso es la de repartir gastos generales (por ejemplo de administración) entre dos o más o todas las obras hidráulicas de una cuenca. Los criterios de repar-

to siempre han sido muy conflictivos y a frenar el disgusto se dirige la innovación andaluza: Andalucía planea extirpar de las bases de los cánones y tarifas los gastos de administración. A cambio, crea un nuevo tributo, al que denomina precisamente «canon de servicios generales». Igualmente, en el plano de lo formal, trata de mejorar la disciplina estatal de la imposición y ordenación de estas figuras.

En cuanto a otras Comunidades que, al menos en parte, ejercen como autoridad de cuenca, me limitaré a comentar algo del País Vasco. En el ejercicio de la política hídrica vasca, se ha aprobado un impuesto propio de igual nombre que el catalán (canon del agua). Las pretensiones recaudatorias de esta figura no son muchas, y ello se corresponde con una amplia tradición según la cual, sea en el ámbito de las cuencas internas o en el de las Confederaciones del Ebro y del Norte/Cantábrico, tanto en el almacenamiento, captación y abastecimiento en alta como en la depuración, han jugado y juegan un importantísimo papel las entidades locales, organizadas a través de fuertes consorcios. Pero genera algún recurso que de manera indiscriminada permite financiar actuaciones por parte de la Comunidad Autónoma o al menos internalizar costes.

Otras CCAA, aun sin detentar competencia alguna en calidad de autoridad de cuenca, también han transformado sus ordenamientos en aras de la modificación de las fórmulas de la recuperación de los costes de las obras y los servicios del agua. Dejando aparte a Madrid, que ya venía de atrás, podríamos destacar algunas actuaciones llevadas a cabo en Cantabria, Castilla-La Mancha y Murcia.

La Comunidad Autónoma de Cantabria, que, como muchas, realiza una notable actividad relacionada con el abastecimiento de aguas, venía regulando el aspecto económico-financiero mediante un precio público del que eran sujetos pasivos los Ayuntamientos de los municipios beneficiarios. Ese precio público fue sustituido por una tasa, llamada de abastecimiento de agua, por la Ley 6/2009, de 28 de diciembre. El hecho imponible se configura como la prestación de los servicios de abastecimiento en alta, tanto de agua bruta como de agua de consumo humano, gestionada por la Administración del Gobierno de Cantabria, siendo normalmente obligados tributarios a título de contribuyentes los entes locales, y excepcionalmente otras personas físicas o jurídicas privadas, a los que se preste el servicio. En cuanto a la cuantificación, las tarifas de la tasa de abastecimiento en alta se configuran mediante una parte fija y una parte variable, pudiendo optar el obligado tributario, bien por la tarifa de abastecimiento de agua llamada de consumo humano, bien por la tarifa de abastecimiento de agua bruta. Son veinticinco las infraestructuras vinculadas y el planteamiento, como se ve, se escapa de la obra específica, buscando una tarifa unitaria. Lógicamente, esta técnica evita la diferenciación entre fase aprobatoria y aplicativa, que tantos problemas crea en los cánones y tarifas de la Ley de Aguas.

El precio del abastecimiento de agua dependía en cada caso concreto de las obras que hubiera sido necesario costear para generar la disponibilidad de esa agua.

Castilla-La Mancha, mediante la entidad Aguas de Castilla-La Mancha, asume inicialmente la gestión de tres sistemas de abastecimiento en alta: el de Picadas en la provincia de Toledo, Bornova en la provincia de Guadalajara y el Girasol en Cuenca. Con posterioridad, además de incorporar nuevos sistemas a su gestión, ha suscrito diversos Convenios para hacerse cargo, y una vez que estén finalizadas, de las grandes infraestructuras de abastecimiento que se están ejecutando en Castilla-La Mancha. La legislación manchega articula la financiación y cofinanciación de las inversiones, enunciando una serie de principios generales a los que luego sigue, en el ámbito que ahora nos interesa, la implantación de una figura tributaria específica: el canon de aducción. Se trata de una tasa destinada a la financiación de los gastos de gestión y, en su caso, de los de inversión, de las infraestructuras previstas en el Plan Director de Abastecimiento de Agua correspondientes a su fase «en alta». Los sujetos pasivos son los municipios beneficiarios de la prestación del servicio y el tipo de gravamen se fija por Ley para cada sistema, si bien no resulta tampoco necesario articular una disociación entre una hipotética fase de aprobación y otra de aplicación.

Finalmente, en el caso de la Región de Murcia, conviene comenzar señalando que en esta Comunidad Autónoma la empresa pública Ente Público del Agua de la Región de Murcia tiene entre sus funciones más importantes las de promover la disponibilidad y el abastecimiento supramunicipal de agua para los distintos usos, todo ello teniendo en cuenta las competencias asumidas por la Comunidad en materia de obras hidráulicas. Pues bien, en la Región de Murcia se han acometido dos obras emblemáticas por parte de la Comunidad Autónoma: una es la planta desaladora de Escombreras y otra el canal de Alfonso X el Sabio. Pues bien, partiendo de que la explotación de dichas obras corre a cuenta de la Comunidad Autónoma, la Región de Murcia crea el precio público del agua de la Región de Murcia por abastecimiento de agua potable en alta procedente de la planta desaladora de Escombreras. Igualmente está previsto que los usuarios del Canal sufraguen el dinero invertido pagando un precio público de consumo.

3. La distribución o abastecimiento en baja

En principio, parecería que las reglas de ordenación de la economía de la distribución o abastecimiento en baja no habrían cambiado nada desde la entrada en vigor de la DMA. Y es cierto que no habría habido una voluntad general dirigida a determinar modificaciones que afectasen a su regulación en un sentido nacional. La legislación estatal de hacienda local no ha sufrido, en definitiva, modificación alguna y, en correspondencia con ello, las tasas, precios o tarifas se siguen articulando de forma autónoma, presentando enormes disparidades tanto en lo cuantitativo como en lo cualitativo.

La regulación de las aportaciones de los usuarios al sostenimiento de esta actividad ha venido presidida por la constante polémica en torno a cuál debía ser la naturaleza correcta del instrumento financiero a exigir. Todo ello, a resultas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a las figuras correspondientes con servicios imprescindibles para la vida privada o social de los ciudadanos, como los del agua. Tasas, precios públicos, tarifas sometidas al derecho privado son realidades que conviven en nuestro país y que se aplican de manera diferente en circunstancias iguales. Con motivo de la aprobación de una nueva Ley General Tributaria en el año 2003 se buscó una redacción más exigente que contrajese las posibilidades existentes a la puramente tributaria: la tasa. La falta de adecuación de la

práctica y el temor causado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo —que se había hecho eco de los planteamientos del Tribunal Constitucional— llevaron a una cierta marcha atrás, mediante una reforma legal aprobada en 2011. No obstante lo cual, la situación dista de estar resuelta, y más bien puede decirse que se ha cerrado en falso. Obsérvese que la elección de la fórmula exacta tiene implicaciones muy importantes respecto de aspectos materiales y formales que conciernen a la recuperación de los costes.

Aunque las reglas de aplicación sobre toda la nación no han cambiado, sí hemos podido observar cómo se han implantado otras que con una proyección menor (bien por su carácter indirecto, bien por su ámbito territorial más restringido) han tratado de ordenar determinados elementos relativos a los instrumentos financieros propios de la actividad de la que ahora hablo. Su misma existencia es discutible —por un problema competencial—, pero esta es una cuestión en la que ahora no puedo penetrar.

En el contexto de las competencias que las CCAA han asumido en relación con el abastecimiento, algunas de ellas han realizado incursiones de envergadura asimétrica en la regulación de aspectos formales o materiales relativos a las aportaciones efectuadas por los usuarios del servicio que, en principio, estarían llamadas a ser fijadas por las autoridades de ámbito local. Estos principios y/o reglas nunca sustituirían a los de ámbito estatal, que tendrían carácter de mínimos, sino que se añadirían a estos en cada área de influencia. Ya vimos cómo CCAA como Madrid o Andalucía habían sido pioneras al respecto, lo que tenía mucho que ver, en el primer caso, con la existencia de la empresa pública Canal de Isabel II, pero otras también han desarrollado iniciativas.

La intervención normativa autonómica en la materia no ha sido ni mucho menos homogénea. Detengámonos sin ánimo de exhaustividad en las legislaciones de Cantabria, Castilla-La Mancha, Galicia, La Rioja y el País Vasco.

La legislación de Cantabria relaciona los instrumentos en baja con los «en alta» aprobados por la Comunidad y se limitaría a ofrecer a las entidades suministradoras la posibilidad de repercutirlas sobre los usuarios.

Castilla-La Mancha, mediante su ley reguladora del ciclo integral del agua, viene a exigir que se implanten exacciones ajustadas a una recuperación de costes aparentemente total, al menos si quiere contar con auxilios de la Comunidad Autónoma. Luego previene que los precios y tasas que aprueben las Administraciones locales para la financiación de los costes económicos de, entre otros, el servicio de abastecimiento de agua, podrán diversificarse en función de los diferentes usos del agua, señalando asimismo que los precios y tarifas que sean aprobados para financiar los costes de la prestación del servicio de abastecimiento en relación con los usuarios domésticos podrán incorporar coeficientes correctores en función del número de miembros de la unidad familiar. Finalmente indica que si, por la gestión de los servicios, las Administraciones locales obtuvieran unos recursos económicos superiores a los costes, deberán aplicar el exceso a actuaciones de mejora de la infraestructura o de la prestación del servicio, dando cuenta a Aguas de Castilla-La Mancha.

En cuanto a Galicia, la Ley de Aguas de Galicia viene a exigir el cumplimiento de la normativa comunitaria y estatal. Añade, en un apartado que no está muy claro si tiene pretensiones de afectar a administraciones distintas de la propia Comunidad Autónoma

que, «(...) estudiará las fórmulas para que en los plazos exigidos por la normativa básica se pueda dar cumplimiento a las exigencias del principio de recuperación de los costes propios del ciclo del agua, incluidos los medioambientales, introduciendo criterios que intensificando la progresividad promuevan el ahorro de agua y los comportamientos menos degradantes del medio hídrico».

La Rioja, que ha acometido notables infraestructuras de abastecimiento en alta de titularidad autonómica, cuenta con un plan director de abastecimiento aprobado en el año 2002 que no duda en hacer referencia a los usuarios, como sujetos que deben sostener al menos una parte de la inversión y de los gastos de explotación de las obras, todo ello invocando el artículo 9.º de la DMA.

Finalmente, en el País Vasco, la Ley vasca de aguas contiene principios ordenadores de su régimen económico-financiero. Advierte de que la gestión de los servicios relacionados con el agua deberá contribuir a su uso sostenible. Exige que las exacciones locales respeten los principios comunitarios y señala que, para su determinación, «se tendrá en cuenta el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, en especial el coste total de la inversión, de la amortización y de su mantenimiento y explotación, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, así como el principio de que quien contamina paga». Previene asimismo de que «El coste del agua estará directamente relacionado con las cantidades de agua utilizadas y con la degradación del medio producida por su uso, y será progresivo en función de la cantidad consumida» y apodera al Gobierno vasco para que apruebe, mediante decreto, «los conceptos que deben incluirse en la tarificación del uso del agua».

Para acabar, diré que podemos encontrar también reglas sobre la economía de la distribución de agua que serían de aplicación en todo el territorio de la demarcación hidrográfica. La fórmula sería la de la inclusión en los respectivos planes. El planteamiento se está pudiendo observar en los textos que se están fraguando, y será de aquí a un tiempo cuando podamos evaluar con mayor seguridad si realmente se ha materializado.

V. CONCLUSIONES: ¿PUEDE ASEGURARSE QUE LAS TRANSFORMACIONES OPERADAS EN EL DERECHO DE AGUAS ESPAÑOL SEAN SUFICIENTES PARA RESPETAR LOS PLANTEAMIENTOS DE LA DMA EN EL ÁMBITO DE LA RECUPERACIÓN DE COSTES?

Hemos podido comprobar cómo existe un régimen económico-financiero del agua (o varios, en realidad) y que es/son bastante complejos. Ahora bien, una vez que hayamos ordenado las piezas de este rompecabezas —al menos, en cuanto al abastecimiento—, ¿podemos asegurar que se encuentra adaptado a la DMA? O, dicho de otra manera, ¿podemos asegurar que permite la recuperación de los costes de los servicios del agua en los términos exigidos por la DMA?

Tengo que decir que si España se ajusta a lo que pide la Directiva lo es por casualidad, porque, en realidad, no se han formalizado cambios reales suficientes que redirijan la situación preexistente. Salvo que queramos pensar que antes de la DMA ya estábamos adaptados a la DMA, lo que es contradictorio con las primeras manifestaciones legales en su transposición. O porque la DMA sea escasamente exigente, que no lo creo.

La composición de las piezas de la economía del abastecimiento obedece a un patrón que ni siquiera se encuentra en la Ley de Aguas del Estado. El paso más importante ha sido incorporar a la legislación española un precepto que es trasunto del propio artículo 9.º de la DMA, y es, en realidad, bastante inútil mientras no cree auténticas obligaciones a todas las autoridades implicadas. Ante esta situación han proliferado estudios públicos y privados que, desde perspectivas económicas, han aventurado respuestas a la pregunta que nos formulamos en la rúbrica del presente epígrafe. Desde las autoridades de cuenca se ha cumplido con las obligaciones de informar que resultan del artículo 5.º de la DMA y, aunque no sea igual en todos los escenarios territoriales, se observan lagunas evidentes, sectores infragravados, métodos obsoletos de tarificación (superficial, en el caso del agua para riego) y, sobre todo, nula recuperación de los costes ambientales no financieros (salvo alguna reciente excepción) y nula recuperación de los costes del recurso (el agua es gratis, lo que se cobra es por el coste de servirla o mantener limpio el cauce). Posiblemente las tasas más elevadas de recuperación se hallen en el ciclo urbano del agua y el componente subvencional sea más acentuado en los usos de riego, que son los predominantes.

Desde luego, el fin del año 2010, que parecía clave para tantas cosas, pasó sin pena ni gloria, cuando era esperable la adaptación concreta y específica de nuestro régimen global al artículo 9.º de la DMA.

Un mosaico de decisiones adoptadas por numerosas autoridades que ejercen sus funciones (y varias sobre las mismas aguas) presenta ángulos difíciles de evaluar. Es muy complicado afirmar que se recuperan costes en este o en aquel porcentaje, pero igualmente es muy complicado afirmar que con ese porcentaje de recuperación se vulnera o no el Derecho europeo. Lo que sucede es que de manera individual aparecen casos flagrantes y discriminaciones inaceptables, cuya realidad puede demostrarse con un análisis escrupuloso del Derecho, aunque ahora no sea momento ni lugar para entrar en detalles particulares.

A diferencia de otros escenarios, en los que con frecuencia se critican las medidas adoptadas desde las CCAA, en este, probablemente, cualquiera de las que se han tomado mejora la situación que deriva de la legislación estatal.

El cambio más relevante vendría, quizá, de la mano de la materialización de obras hidráulicas construidas por las sociedades estatales que se empezaron a constituir pocos años atrás.

VI. ANEXO DE BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. (Embid Irujo, Antonio, dir.) (2009): *Régimen Económico-Financiero del Agua. Los precios del agua*, Civitas.

AA.VV. (Embid Irujo, Antonio, dir.) (2012): *Agua y ciudades*, Civitas.

ÁLVAREZ RICO, M., PÉREZ MARÍN, A., y ÁLVAREZ-RICO GARCÍA, I. (2002): *Los problemas del régimen económico-financiero del dominio público hidráulico*, 2.ª ed., Comares.

DE VICENTE GARCÍA, J., y ADAME MARTÍNEZ, F. (2008): *Régimen Fiscal del agua. Tributos estatales, autonómicos y locales*, Comares.

JIMÉNEZ COMPAIRED, I. (2012): *Cánones de regulación y tarifas de utilización del agua*, Aranzadi, en prensa.

PAGÉS I GALTÉS, J. (2005): *Tributos sobre las aguas (estatales, autonómicos y locales)*, Marcial Pons.

MODIFICACIONES ECONÓMICO-FINANCIERAS EN EL ÁMBITO DEL SANEAMIENTO

LUCÍA M.^a MOLINOS RUBIO

*Profesora Colaboradora Doctora de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

Modificaciones económico-financieras en el ámbito del saneamiento

Nos ocupa en este trabajo la observancia de cómo ha influido en nuestro sistema jurídico la trasposición de la Directiva Marco del Agua en los instrumentos jurídicos financieros en el ámbito del saneamiento. Realizaremos un primer acercamiento a los principios de la DMA, sin olvidar que en la materia hay una marcada incidencia de las Directivas, precedentes en el tiempo, que regulan la calidad del recurso. A continuación, comprobaremos las competencias de las que dispone cada uno de los niveles territoriales de nuestro Estado, de qué debe ocuparse cada uno de ellos e incluso, si fuera preceptivo, por qué se actúa en ello. Presentaremos los instrumentos financieros establecidos para la financiación del saneamiento de las aguas, algunos de ellos anteriores a la DMA, deteniéndonos en las figuras establecidas recientemente por Andalucía y Extremadura. Nos gustaría presentar conclusiones que no solo fueran numéricas sino que también aportaran una valoración crítica, no por ello negativa, de lo que se ha dispuesto hasta el momento.

Palabras clave: Recuperación de costes; canon de control de vertidos; canon de saneamiento; tasas de alcantarillado.

ABSTRACT

Economic & financial modifications in the field of sanitary

This work tries to analyze in what sense the transposition of the Framework Regulation of Waters (DMA) to the legal and financial means in the field of sanitary. We will carry out a first approach to the principles of the DMA, without forgetting that the matter is highly influenced by the already existing Regulations, which regulate the quality of the resource. Next, we will check the competitions of each of the territorial levels in our State, what are their duties and even if necessary, why they act in it. We will present the established financial instruments for the financing of water sanitation, some of them previous to the DMA, especially in the recently established entities in Andalusia and Extremadura. We would like to show conclusions which were not just numeric but also contributed a critical assessment, not necessarily negative, of what has been stipulated for the time being.

Key words: Recovery of costs. Sewage control rate. Sanitary rate. Sewer system tax.

SUMARIO

- I. LAS ACTIVIDADES DE SANEAMIENTO Y DEPURACIÓN Y LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA.
- II. LA RECUPERACIÓN DE COSTES EN LA ACTIVIDAD DEL SANEAMIENTO DERIVADA DE LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA.
- III. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA ACTIVIDAD DEL SANEAMIENTO.

IV. EL DERECHO DE AGUAS ESPAÑOL EN EL ÁMBITO DE LA RECUPERACIÓN DE COSTES: ESPECIAL ATENCIÓN AL SANEAMIENTO.

1. El canon de control de vertidos.
2. Las figuras autonómicas.
3. Las tasas por alcantarillado.

V. CONCLUSIONES.

VI. ANEXO DE BIBLIOGRAFÍA.

I. LAS ACTIVIDADES DE SANEAMIENTO Y DEPURACIÓN
Y LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA

El artículo 130R del Tratado de la Unión Europea establece entre los principios fundamentales de la política ambiental europea, «la protección y mejora de la calidad del agua así como la utilización prudente y racional de los recursos naturales». Múltiples son las prácticas desarrolladas para la consecución de esos objetivos: el control de vertidos, la recolección y depuración de las aguas residuales, y cualquier otra que procure condiciones óptimas al recurso y que lo mejore.

En el origen de las actuaciones se encuentra el Plan Nacional de Saneamiento y Depuración (1995-2005), con el que se pone en marcha lo dispuesto en la Directiva 91/271/CEE, modificada por la Directiva 98/15/CE, que define los sistemas de recogida, tratamiento y vertido de las aguas residuales urbanas, estableciendo las medidas necesarias que se deben adoptar por los Estados miembros para garantizar que las aguas residuales urbanas reciban un tratamiento adecuado antes de su vertido. Para ello se determina la disposición de sistemas de depuración en las zonas denominadas «aglomeraciones urbanas» y se prevén los distintos tratamientos que debe recibir el recurso antes de su vertido.

La Directiva Marco del Agua ha implicado un cambio sustancial en la política del agua europea, aportando un nuevo enfoque global. Para dar respuesta a esa nueva visión y planteamientos marcados por la DMA se elabora el *Plan Nacional de Calidad de la Aguas: Saneamiento y Depuración 2007-2015*, Plan que respeta las competencias que en la materia de saneamiento y depuración ostentan las Comunidades Autónomas, y que requiere su colaboración y la de las entidades locales, responsables de la prestación de estos servicios.

La DMA relaciona en las definiciones de su artículo 2.º, entre los «servicios relacionados con el agua», la recogida y depuración de aguas residuales que vierten posteriormente en las aguas superficiales, como servicio en beneficio de los hogares, las instituciones públicas o cualquier otra actividad económica⁽¹⁾.

(1) Otras normas conexas: Directiva 75/440/CEE, Directiva 80/778/CEE, Directiva 98/83/CE.

II. LA RECUPERACIÓN DE COSTES EN LA ACTIVIDAD DEL SANEAMIENTO DERIVADA DE LA DIRECTIVA MARCO DEL AGUA

La finalidad de la DMA, la preservación y mejora del recurso hídrico, ha supuesto la asunción de obligaciones por los Estados miembros, reflejo de la política medioambiental de la Unión Europea. «Se exige a los Estados miembros que garanticen, a finales de 2010, que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos, y que los diversos usos del agua contribuyan a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua».

El artículo 9.º de la DMA dispone que los Estados miembros deben tener en cuenta el principio de la *recuperación de los costes* de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, y en particular atendiendo al principio de que *quien contamina paga*; dicho con otras palabras, que los precios satisfechos por los usuarios del recurso reflejen los costes de los servicios relacionados con el agua, atendiendo no solo a la recuperación del coste, sino también a la búsqueda y logro de un uso más racional del recurso por aplicación del principio *quien contamina paga*, tanto desde su aspecto positivo o incentivador para quien consiga el uso racional —que evite la contaminación y ayude a la protección del medio ambiente— como desde el aspecto negativo o «sancionador» para quien no realice un consumo racional o lleve a cabo actividades contrarias a la protección del medio ambiente.

La DMA no define en qué consisten los costes ambientales y los costes del recurso, pero conforme a lo que quedó establecido por la Comunicación 2000/477 de la Comisión Europea, política de tarificación y uso sostenible de los recursos hídricos, podemos decir que deben incluirse como costes financieros a los costes de prestación y administración de estos servicios, así como los operativos y los de mantenimiento y los de capital; este mismo documento nos indica qué se entiende por coste ambiental y de recurso, y deja patente cómo no se suelen tener en consideración a la hora de establecer los precios del agua, siendo conscientes de que los mecanismos que se emplean para evaluarlos de forma económica no procuran datos fiables para que entren a formar parte de ello.

De una parte de la vertiente económica que se fija en la DMA es de la que nos vamos a ocupar, de las figuras financieras de nuestro ordenamiento que se han establecido para dar cumplimiento a la recuperación de los costes derivados de los servicios de saneamiento, calculados de acuerdo con el principio *quien contamina paga*.

Puede que parezca que la DMA realiza pocas referencias a las aguas residuales y a su saneamiento, tal y como dispuso SETUÁIN MENDÍA, «lo hacen en cuanto que un aspecto más a realizar para conseguir el objetivo esencial de protección cualitativa del recurso que persigue..., [...] tal ausencia no ha de entenderse como sinónimo de inaplicación a la macroactividad (saneamiento), siendo actividades propias del saneamiento las dirigidas a la prevención, al control y por supuesto en las tradicionales de los usos del agua, las de alcantarillado y depuración».

III. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN LA ACTIVIDAD DEL SANEAMIENTO

Para poder abordar el estudio de las figuras económico financieras que se han establecido en el ordenamiento español para la consecución del mandato impuesto por la DMA de recuperación de costes, hemos de realizar con carácter previo la delimitación de las obligaciones que cada una de las Administraciones deben poner en práctica y cuáles son las competencias que ostentan en la materia. Por supuesto que existe otro aspecto tan relevante como los anteriores apuntados, como lo es el hecho de que para dar cumplimiento a los mandatos de la DMA se precisan fórmulas de colaboración entre el sector público y privado, y que hará que nos encontremos en la práctica con diferentes gestores de las actividades del saneamiento, si bien este aspecto queda reflejado de modo marginal en este trabajo.

El marco competencial español en el campo del agua es complejo, pero atendiendo a las actuaciones y servicios concretos que se realizan podríamos concretarlo del siguiente modo⁽²⁾:

- a) Actividades de alcantarillado, competencia que, según señala la Ley de Bases de Régimen Local, corresponde a las Corporaciones Locales.
- b) Actividades relacionadas con los colectores, cuya competencia también señala la Ley de Bases de Régimen Local para las Corporaciones Locales, en las que reproduce una intervención obligada de las Comunidades Autónomas, al ser estas las últimas responsables de fijar las aglomeraciones urbanas en que se estructura su territorio.
- c) Actividades de tratamiento y depuración, competencia que ostentan las Corporaciones Locales pero que, en función de las leyes autonómicas, pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas.
- d) Actividades de auxilio técnico y económico a las Corporaciones Locales por parte de la Administración General del Estado y de sus Organismos de cuenca, de las Comunidades Autónomas si las declaran de interés propio y de Diputaciones Provinciales, Mancomunidades y Consorcios.

El artículo 149.1) de la CE, «Materias que se fijan de competencia exclusiva del Estado», le otorga a este la legislación básica sobre la ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos de las aguas intercomunitarias y a la protección del medio ambiente. En el artículo 148 de la CE, en sus apartados 9 y 10, se reconoce la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de la gestión en materia de protección del medio ambiente y en los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma.

Las normas estatales no concretan las obligaciones que sobre la actividad del saneamiento deben desarrollar los distintos niveles del Estado, pero todos intervienen en ellas, exceptuando el artículo 101.2 del TRLA, que expresamente refiere la competencia municipal para autorizar y controlar los vertidos realizados en redes de alcantarillado o colectores gestionados por la Administración local o entidades dependientes de esta.

(2) Plan Nacional de Calidad del Agua.

Los tres niveles territoriales intervienen en las competencias de regulación, ordenación y prestación del servicio, pero no significa que los tres actúen en todos estos aspectos; las competencias estatales, en atención a lo dispuesto en los artículos 148 y 149 de la CE, lo son respecto a la legislación básica del medio ambiente, su objeto la ordenación de los recursos hídricos; sus productos el Texto Refundido de la Ley de Aguas, el Real Decreto Ley 11/1995 y el Real Decreto 509/1996.

El Plan Hidrológico Nacional tiene como objetivo alcanzar el buen estado del dominio público hidráulico, reequilibrar las disponibilidades del recurso, proteger su calidad y economizar su uso; para ello deja previstos mecanismos que coordinan a los distintos Planes de cuenca, e identifica las actuaciones que son consideradas de interés general y por ello financiadas por el Estado. El artículo 42 del TRLA impone a los Planes Hidrológicos de cuenca la determinación de medidas diversas relativas a las actividades del saneamiento y un resumen del análisis económico del uso del agua, incluyendo una descripción de las situaciones y motivos que puedan permitir excepciones en la aplicación del principio de recuperación de costes.

La observancia de la mayoría de la doctrina administrativa en la materia reconoce sin género de dudas la *clara inclinación a favor de de las instancias autonómicas*, en el reparto que se efectúa de las competencias relativas a las actividades del saneamiento. La aprobación del Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales supuso un importante impulso a la producción legislativa autonómica en esta materia, y presenta especial interés para nosotros, ya que obliga a establecer un canon específico para asegurar la obtención de los recursos necesarios que cubra los costes de establecimiento de las infraestructuras a las que se obligaba en la Directiva. Lo cierto es que las Comunidades Autónomas ostentan la mayoría de las competencias en las actividades de planificación del saneamiento, y por ello, como indica SETUÁIN MENDÍA, deben poner en marcha la nueva regulación del saneamiento, llevándolo al efecto normalmente en el plan de saneamiento autonómico correspondiente.

Los entes locales ostentan las tradicionales competencias municipales en materia de saneamiento, fijadas por las normativas estatal y autonómica; el artículo 25.2 de la LBRL establece que el Municipio ejercerá, en todo caso, competencias en materias como el alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, reservando a las entidades locales una serie de actividades o servicios esenciales conforme establece el artículo 86.3 del precitado cuerpo legal, en los siguientes términos:

«3. Se declara la reserva en favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales;

Se determina la disposición de sistemas de depuración en las zonas denominadas «aglomeraciones urbanas» y se prevén los distintos tratamientos que debe recibir el recurso antes de su vertido.

transporte público de viajeros. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma».

Otros niveles públicos detentan competencias sobre la actividad, siendo el título de dimensión y operatividad distinto: de mera ejecución y de atribución de facultades, funciones y potestades.

Indicamos con anterioridad que no nos detendríamos en las diferentes fórmulas prestacionales que podemos ver en la práctica para llevar a efecto los servicios del saneamiento; podemos encontrarlas en las actuaciones precedentes al saneamiento, como el planeamiento y equipamiento; en la prestación del servicio en su fase de alcantarillado, en los sistemas colectores y la depuración, atendiendo a los principios que rigen la prestación del servicio del alcantarillado: regularidad, continuidad, igualdad y adaptación, y que pueden hacer dudar de la naturaleza de la que se establezca para la recuperación del coste del servicio.

IV. EL DERECHO DE AGUAS ESPAÑOL EN EL ÁMBITO DE LA RECUPERACIÓN DE COSTES: ESPECIAL ATENCIÓN AL SANEAMIENTO

El principio de recuperación de costes establecido por la Directiva 2000/60/CE, conjuntamente con la Ley 11/2005, que modifica el Plan Hidrológico Nacional, marca las directrices de las actuaciones en el ámbito del saneamiento. Ciertamente es que la Directiva no determina la figura concreta que ha de establecerse, pero sí concreta que después de 2010 los Estados deben establecer una política de precios del agua que incentive un uso eficiente de los recursos hídricos y objetivos ambientales, y la contribución de los distintos usos del agua a la cobertura de los servicios relacionado con ella. En cuanto a los costes del servicio por la prestación y administración, los puramente operativos y de mantenimiento, y el capital, los costes ambientales y los costes de los recursos, comprendiendo estos los costes de oportunidad perdidos por otros usuarios por un agotamiento del recurso superior al índice natural de renovación o recuperación.

Hemos visto en el apartado anterior cómo todos los niveles del territorio pueden intervenir en la actividad del saneamiento, asumiendo que *toda actividad prestada desde el sector público ha de estar cubierta en sus necesidades económicas*, comprobemos a continuación los instrumentos financieros de los que disponemos en el ordenamiento español para dar cuenta de ello.

1. El canon de control de vertidos

El artículo 101.5 del TRLA, dispone que «las solicitudes de autorizaciones de vertido de las entidades locales contendrán, en todo caso, un plan de saneamiento y control de vertidos a colectores municipales. Las entidades locales estarán obligadas a informar a la Administración hidráulica sobre la existencia de vertidos en los colectores locales de sustancias tóxicas y peligrosas reguladas por la normativa sobre calidad de las aguas».

La Ley 46/1999, que modificó la Ley de Aguas de 1985, concedió una nueva redacción y denominación a la figura del canon de vertidos, desde entonces «canon de control de vertidos»; las mayores exigencias que imponían tanto la normativa europea como la propia sensibilidad de la sociedad española demandaban de las Administraciones Públicas la articulación de mecanismos jurídicos idóneos que garantizaran el buen estado ecológico de los bienes que integran el dominio público hidráulico, a través de instrumentos. La redacción del artículo 105 de la Ley 46/1999, actual 113 del TRLA, dispuso que «los vertidos al dominio público hidráulico estarán gravados con *una tasa* destinada al estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica, que se denominará *canon de control de vertidos*».

La figura se desarrolla en los artículos 289 y siguientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico; su hecho imponible lo constituye el vertido al dominio público hidráulico, y se destina al estudio, control, protección y mejora del medio receptor. Con la redacción que se ofrece desde el TRLA, artículo 113.6, el devengo de la tasa no se produce con la autorización del vertido, no es preciso estar autorizado; la exigencia del canon de control de vertidos se inicia con el comienzo del vertido, ya que, tal y como se dispone, «cuando se compruebe la existencia de un vertido, cuyo responsable carezca de la autorización administrativa a que se refiere el artículo 100, con independencia de la sanción que corresponda, el Organismo de cuenca liquidará el canon de control de vertidos por los ejercicios no prescritos, calculando su importe por procedimientos de estimación indirecta conforme a lo que reglamentariamente se establezca». El canon de control de vertidos grava los vertidos sobre el terreno, por ser potencialmente contaminantes de las aguas.

Son sujetos pasivos del canon de control de vertidos quienes lleven a cabo el vertido, lo realicen directa o indirectamente, empleando cualquier técnica para ello.

El importe del canon de control de vertidos es el producto del volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control de vertido. Este precio unitario se calculará multiplicando el precio básico por metro cúbico por un coeficiente de mayoración o minoración, que se establecerá reglamentariamente en función de la naturaleza, características y grado de contaminación del vertido, así como por la mayor calidad ambiental del medio físico en que se vierte.

La gestión del canon de control de vertidos, en cuanto a su recaudación, se encomienda al Organismo de cuenca en el supuesto de cuencas intercomunitarias, y si este lo conviniere en ello, a la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Asimismo, en virtud de convenio las Comunidades Autónomas podrán recaudar el canon en su ámbito territorial. En este supuesto, la Comunidad Autónoma pondrá a disposición del Organismo de cuenca la cuantía que se estipule en el convenio, en atención a las funciones que en su virtud se encomienden a la Comunidad Autónoma.

Una de las cuestiones principales que nos encontramos en esta figura es si es compatible con las figuras autonómicas, en concreto con los cánones de saneamiento autonómicos. Ya sobre la figura anterior, el canon de vertidos, fue planteada la discusión respecto a la invasión por parte del Estado de las competencias autonómicas, y la Sentencia del TC 227/1998 declaró la competencia del Estado para establecer el canon de vertidos, incluso en las cuencas intracomunitarias, pero señalando que las competencias gestoras del canon en las cuencas intracomunitarias, y su producto, correspondían a la Comunidades Autónomas.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al hilo de la cuestión, el canon de control de vertidos y las figuras autonómicas que se establezcan en materia de saneamiento, en su Sentencia de 29 de junio de 2011, considerando que ambos cánones son compatibles; aunque ambos tributos estén relacionados con la materia de vertidos, su hecho imponible es diferente, el vertido en sí mismo considerado en el canon de saneamiento y el uso del dominio público en el canon de vertidos. «La constitucionalidad del precepto habrá que examinarla más que desde la perspectiva de su incidencia sobre el dominio hidráulico, desde la perspectiva de la doble imposición, y ello porque, desde el primer aspecto no puede negarse a las Comunidades Autónomas la posibilidad de establecer medidas de protección del medio ambiente, aunque ésta incida sobre dominio público estatal, ya que el artículo 149.1.23.^a de la Constitución, que si bien atribuye al Estado competencia exclusiva en “Legislación básica sobre protección del medio ambiente”, ello lo es “sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección”, que en relación con esta materia, [...], asunción a la que se refiere el Texto Refundido de la Ley de Aguas, cuyo art. 113.7 señala que “El canon de control de vertidos será independiente de los cánones o tasas que puedan establecer las Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales para financiar las obras de saneamiento y depuración”».

2. Las figuras autonómicas

Diversas son las figuras que se presentan en el ordenamiento español en el ámbito autonómico en materia de saneamiento, y amplía la relación e influencia que mantienen con las figuras tradicionales del saneamiento que se exigen por las entidades locales.

La justificación de la existencia de tributos autonómicos sobre el saneamiento y depuración de las aguas residuales la encontramos en el Plan Nacional de Saneamiento y Depuración de Aguas Residuales Urbanas de 1995-2005: «el objetivo básico de este Plan es el de garantizar la calidad de la depuración y del vertido de las aguas residuales urbanas, acorde con los criterios de la Unión Europea, mediante la integración y coherencia de las inversiones de los tres niveles de la Administración, y el desarrollo normativo básico propiciado por la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y Vivienda».

Los autores han puesto de manifiesto a lo largo de esta última década cómo el elemento ambiental no está suficientemente elaborado en el canon de control de vertidos, por lo que desde un punto de vista ambiental y financiero se justifica la introducción del canon autonómico; quedaba fuera del objeto del canon de vertidos los usos de las aguas subterráneas, los usos de agua en regadíos tradicionales y los usos de aguas superficiales posibilitadas por la regulación privada, así como no existía figura tributaria que gravara la contaminación no tangible ni que tuviera en cuenta el coste del recurso.

El Plan exige a las Comunidades Autónomas que garanticen la calidad de la depuración y del vertido de las aguas urbanas, y que introduzcan figuras específicas que cubran los costes de establecimiento y explotación de las infraestructuras necesarias conforme a la normativa europea; también tiene como objetivo superar el modelo de gestión del agua hasta entonces tutelado por la Administración Central. Se prestaba para ello una atención preferente a la disminución de la carga contaminante en origen, para lo cual se debía incentivar las tareas de control y vigilancia, cambios en los procesos productivos e intentar la reutilización de las aguas residuales.

Ya hemos dejado indicado y reiteramos que la DMA no determina la figura concreta que ha de establecerse, pero los Estados han debido establecer una política de precios del agua que incentive un uso eficiente de los recursos hídricos y objetivos ambientales.

Debemos tener presente el reparto competencial entre el Estado y CCAA en materia hacendística en este ámbito, y cómo ello puede afectar a establecimiento y ordenación de las tasas locales; más aún cuando, en la materia de la que nos ocupamos, las entidades locales pueden delegar el ejercicio de sus competencias a favor de las CCAA; si bien el término «a su favor» debería ser extensamente matizado, pues si ello ocurre será más bien debido a una imposibilidad material de llevar a cabo el adecuado ejercicio de la prestación de los servicios por el Ente Local. Es habitual que en los municipios que llevan a efecto la gestión del servicio de depuración se unifique la figura que se establezca para los servicios prestados de recogida de las aguas residuales, tasa de alcantarillado, pero en otros casos las tarifas del servicio de distribución del agua se fijan atendiendo a la totalidad del coste de los servicios del ciclo integral del abastecimiento y saneamiento, sin llegar a distinguirse lo que corresponde a cada servicio, razón por la cual se debe atender a evitar incurrir en la prohibición de doble imposición.

En el territorio nacional diez son las Comunidades Autónomas que han dispuesto el canon de saneamiento, y otras seis han impuesto figuras que denominan de modo distinto pero que recogen como tal el mandato dado por la Directiva Marco del Agua en el escenario de actuaciones que se dibujaron desde las Directivas del saneamiento; queda al día hoy el establecimiento en Castilla y León de una figura que venga a dar cumplimiento al mandato de *quien contamina paga*. Cuando las Comunidades califican a estas figuras lo hacen de forma diversa: recurso tributario, tributo finalista, impuesto de finalidad ecológica, y también como impuesto, tasa e incluso contribución especial para la financiación de la ejecución de actuaciones medioambientales relacionadas con la calidad del agua.

Las Comunidades Autónomas de Canarias y de Castilla y León no han establecido tributos autonómicos en materia de saneamiento. La primera de ellas por las peculiaridades de las islas en la obtención de agua, la segunda por su manifiesta reticencia a establecer la figura; en Canarias, la Ley 12/1990, desarrollada por el Decreto 174/1994, estableció el canon destinado a la protección y mejora del acuífero insular, cuyo hecho imponible está constituido por la realización de vertidos autorizados de aguas residuales, quedando su recaudación destinada al desarrollo de actuaciones de protección y mejora de su acuífero; mientras, la Confederación Hidrográfica del Duero, organismo de cuenca en la Comunidad de Castilla y León, se manifiesta por la necesidad de establecer un canon regional que palie el déficit existente en el man-

Los Entes Locales ostentan las tradicionales competencias municipales en materia de saneamiento, fijadas por las normativas estatal y autonómica.

tenimiento de las instalaciones de los ayuntamientos que no pueden hacer frente a los gastos.

La primera figura tributaria que apareció en el marco autonómico con el objeto que nos ocupa fue la ordenada por la Comunidad de Madrid como «cuota suplementaria de la tarifa» del agua, conforme a la Ley 17/1984; se dispuso una tasa sobre el saneamiento de aguas, consistiendo en un sobreprecio exigido en función del consumo de agua, o canon estimado en función del consumo, y carga contaminante. Los autores consideran que se trata de una tasa ya que «el servicio por el que se exige, se refiere y beneficia a unas personas determinadas y ha sido motivado por estas, y porque se halla condicionada a la existencia de una actuación administrativa, a un plan de actuación».

Le siguió la Comunidad Foral de Navarra, disponiendo en la Ley Foral 10/1988 el canon de saneamiento; su hecho imponible lo constituye la realización de vertidos de aguas residuales al medio ambiente, ya sea directamente o a través de vertidos de las redes de alcantarillado de las entidades locales. Esta figura, que en opinión de parte de la doctrina se acerca más a la figura de tasa, es un impuesto medioambiental, queda previsto que su recaudación se destine exclusivamente a la financiación de la explotación de los servicios de depuración de aguas residuales y de las obras e instalaciones relacionadas con dicha actividad, declarándose compatible con la percepción de tasas y con cualquier otro precio o recurso legalmente autorizado para costear la prestación del servicio de abastecimiento de aguas, alcantarillado, colectores generales y redes locales de saneamiento que no son objeto de la figura.

El canon del agua catalán, Ley 6/1999, en vigor desde el 1 de abril de 2000, y actualmente regulado por el Decreto Legislativo 3/2003, vino a sustituir al incremento de tarifa y el canon de saneamiento arbitrados en la Ley 19/1991; el hecho imponible está constituido por el uso real y potencial del agua, por la contaminación que su vertido puede producir, incluyendo los usos de tipo indirecto que provengan de aguas pluviales o escorrentías, asociados a un proceso productivo o no. Se grava el uso del agua no solo real, sino también el potencial, comprobándose estos extremos por la fórmula que se emplea en la facturación del canon, al determinarse una cantidad mínima por la que se abona el canon, se consume o no. La contaminación se grava con independencia de la que se derive del vertido, y si bien no es una actividad sujeta a gravamen, se tendrá en cuenta para la cuantificación. La recaudación del canon queda afecta a la prevención de la contaminación en origen, al mantenimiento y recuperación de los caudales ecológicos, así como a la consecución de otros objetivos, en particular a la dotación de los gastos de inversión y de explotación de las infraestructuras que se prevén y otros gastos que genera el cumplimiento de las funciones de la Agencia Catalana del Agua. En este territorio el servicio de depuración de las aguas residuales es prestado por los entes locales, pero no exigen tasas por él, ya que la actividad es financiada por la Comunidad Autónoma por el canon del agua.

Baleares ordenó, en la Ley 9/1991, el canon de saneamiento, configurando el hecho imponible en el vertido de aguas residuales que se manifieste por el consumo real, potencial o estimado de aguas de cualquier procedencia. Doctrinalmente se ha dicho de esta figura que se configura como un impuesto, pese a que en la exposición de motivos se aludiera a que su finalidad era la de destinar la recaudación obtenida a cubrir los gastos derivados del funcionamiento de las instalaciones de saneamiento de las aguas residuales.

La Ley de la Comunidad Valenciana, Ley 2/1992, estableció el canon de saneamiento. El hecho imponible lo constituye la producción de aguas residuales, manifestada a través del consumo medio o estimado de aguas de cualquier procedencia. El canon de saneamiento es un impuesto ecológico, pues su fin es mejorar el nivel de conservación de medio ambiente de la Comunidad Valenciana. Su recaudación se afecta a la financiación de los gastos de gestión y explotación de las instalaciones de evacuación, tratamiento y depuración de aguas residuales de titularidad pública y, en su caso, de las obras de construcción de estas instalaciones.

Galicia reguló, en la Ley 8/1993, el canon de saneamiento, cuyo hecho imponible estaba constituido por la producción de vertidos de aguas y productos residuales, realizados directa o indirectamente. En el año 2010 se aprobó en esta Comunidad una Ley de Aguas; se asume el principio comunitario de recuperación de costes de los servicios relacionados con el agua. Galicia lo hace mediante la creación del canon del agua, como tributo propio afectado a los programas de gasto de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia del ciclo del agua y con la del coeficiente de vertido a sistemas de depuración, como tasa específica para la prestación de este servicio por parte de la Administración hidráulica de Galicia. Se respeta el ejercicio de las competencias de los entes locales que quieren y son capaces de llevarlas a cabo y que la Comunidad Autónoma ejerza su responsabilidad de acometer acciones en áreas en que otras fórmulas son insostenibles: allí donde actúe la Comunidad Autónoma las tarifas que exigirá por los servicios prestados a las personas usuarias serán uniformes. En esta Comunidad y varias de sus ciudades, se produce la existencia de instalaciones de depuración regionales y locales. En este caso, si el servicio de depuración es prestado por la Comunidad Autónoma el canon del agua se ponderará por el llamado coeficiente de saneamiento; si fuera prestado por otras autoridades, solo se exigirá la cuota básica.

Asturias dispuso el canon de saneamiento en la Ley 1/1994, modificada por Ley 6/2008, donde queda constituido su hecho imponible por cualquier consumo potencial o real del agua de toda procedencia, por razón de la contaminación que pueda producir su vertido directo o por las redes de alcantarillado. La doctrina lo ha catalogado como un auténtico impuesto de consumo, cuya recaudación queda previsto que se afecte íntegramente a la financiación de los gastos de inversiones en obras e instalaciones de depuración de las aguas residuales, así como a los gastos de explotación y mantenimiento de estas. Se establece expresamente la incompatibilidad de la figura con cualquier tasa, contribución especial o precio público, de carácter autonómico o local que se destinara a la financiación de los gastos anteriormente referidos.

La Ley 7/1994, de la Comunidad de La Rioja, arbitró el canon de saneamiento, si bien la alteración del marco básico estatal en materia de tratamiento de aguas residuales urbanas provocó que la Ley 7/1994 fuera modificada para corregir ciertas deficiencias del régimen legal; se aprobó la Ley 5/2000, que introdujo algunas novedades como la mención expresa de la naturaleza impositiva del canon. Este canon grava la realización de vertidos de aguas residuales al medio ambiente, bien sea directamente o por las redes de alcantarillado de las entidades locales, puesto de manifiesto por el consumo de agua. Este tributo se configura como un impuesto, quedando afecta su recaudación a la financiación de las actividades de saneamiento y depuración de las aguas residuales, así como a los programas medioambientales vinculados a la calidad de las aguas.

Murcia fijó el canon de saneamiento en la Ley 3/2000. Es un impuesto autonómico de carácter finalista, que tiene como objetivo principal atender los gastos de explotación y conservación de las instalaciones de saneamiento y depuración. Se añade en la Exposición de Motivos que este tributo puede ser también un instrumento financiero para facilitar la construcción de nuevas infraestructuras públicas de saneamiento y depuración. El hecho imponible lo constituye la producción de aguas residuales, generadas por el metabolismo humano, la actividad doméstica, pecuaria, comercial o industrial, que realicen su vertido final a una red municipal de saneamiento o sistema general de colectores públicos, manifestada a través del consumo medido o estimado de agua de cualquier procedencia. En esta Región, una empresa pública, si así lo ha establecido en un convenio con los Ayuntamientos, es la que realiza la gestión y el control de las instalaciones de saneamiento y depuración titularidad de ellos.

La Ley 6/2001, de la Comunidad de Aragón, estableció el canon de saneamiento en esta Comunidad, declarando expresamente su inserción en el contexto de la DMA; es un impuesto ecológico y finalista, estando su producto afecto a la financiación de las actividades de prevención de la contaminación, saneamiento y depuración; su hecho imponible queda constituido por la producción de aguas residuales que se manifiesta por el consumo de agua de cualquier procedencia o del propio vertido de estas. Dicho impuesto es gestionado por el Instituto Aragonés del Agua. Debemos destacar la reforma efectuada en la Ley 13/2005, que propuso la generalización del sistema del canon de saneamiento a todas las aguas residuales vertidas en el territorio de la Comunidad, atendiendo a la situación concreta de la ciudad de Zaragoza, que había realizado y financiado las obras necesarias para la prestación del servicio en su término municipal, y que principalmente consistía en que no se aportaría cantidad alguna por canon de saneamiento por la ciudad de Zaragoza hasta 2013.

Cantabria dispuso en la Ley 2/2002 un impuesto, denominado canon de saneamiento, que grava el vertido de aguas residuales manifestado por el consumo de agua. Tiene como finalidad financiar las inversiones y gastos necesarios para la construcción, gestión, mantenimiento y explotación de las obras e instalaciones de saneamiento y depuración de las aguas residuales; en el desarrollo de los preceptos normados el legislador tiene la intención de atender a los propósitos fijados por la DMA.

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha ha ordenado, en su Ley 12/2002, dos tributos: el canon de aducción y el canon de depuración. La financiación de las inversiones y de la gestión de las infraestructuras de abastecimiento en alta y depuración de aguas residuales se hace recaer fundamentalmente sobre los recursos regionales, el canon de aducción y el canon de depuración, ambos con naturaleza de tasa, a fin de contribuir a la prestación efectiva de los mencionados servicios por parte de la Administración autonómica; por lo que a nosotros nos interesa, el hecho imponible del canon de depuración es la prestación por parte de la Administración del servicio de depuración de aguas residuales. La Ley contempla el aseguramiento de que los instrumentos económicos locales aprobados para la prestación del servicio que incumbe a los municipios cubran todos los costes derivados de este, dando cumplimiento así al mandato parlamentario, que insta a las diferentes Administraciones a consensuar los compromisos económicos.

El canon del agua del País Vasco quedó establecido en la Ley 1/2006. Está destinado a la protección, restauración y mejora del medio acuático, a la colaboración con las adminis-

traciones competentes en el logro de unos servicios eficientes de suministro y saneamiento. El hecho imponible está constituido por el consumo real o potencial del agua, en tanto a la afección que su uso pudiera producir. La ley incluye en el hecho imponible al agua suministrada al usuario por terceras personas, la procedente de captaciones realizadas por los propios usuarios y el uso indirecto, aguas pluviales o escorrentías, estén asociadas o no a un uso productivo. La recaudación se destina a la consecución de los objetivos de la planificación hidrológica: la prevención en origen de la contaminación y la preservación, protección, mejora y restauración del medio hídrico y de los ecosistemas vinculados a él, incluyendo el mantenimiento de los caudales ecológicos; la consecución de un buen estado ecológico de las masas de agua, conforme a lo establecido en la Directiva Marco del Agua; las infraestructuras declaradas de interés general en la planificación hidrológica; la atribución de ayudas o recursos económicos a las corporaciones locales, a otras entidades y a particulares para el cumplimiento de los objetivos de la planificación hidrológica, e inversiones destinadas a ahorrar agua. La Agencia Vasca del Agua, organismo que gestiona el canon, pondera la necesidad de financiación de cada gasto al que queda afecta la recaudación de esta figura. La regulación del canon del agua atiende al principio comunitario conforme al cual se debe pagar, por parte de las personas o entidades usuarias, el coste de todos los servicios relacionados con el agua; la contribución a un uso sostenible de los servicios públicos del agua y la contribución a la recuperación de los costes en que se haya incurrido, comprendidos dentro de estos los costes financieros, ambientales, de infraestructuras y los costes de recursos, son los principios ordenadores de la regulación. Las cantidades recaudadas se dedicarán a la prevención de la contaminación, la financiación de gastos de inversión, así como a la consecución de un buen estado ecológico de la masa de agua, conforme a lo establecido en la Directiva Marco 2000/60/CE, mediante inversiones propias o mediante concesión de ayudas para financiar el cumplimiento de la planificación hidrológica.

El importe del canon de control de vertidos es el producto del volumen de vertido autorizado por el precio unitario de control de vertido.

La Comunidad Autónoma de Andalucía ha dispuesto en la Ley 9/2010, de 30 de julio, Ley de Aguas de Andalucía, la fiscalidad del recurso, y por supuesto la financiación del saneamiento. La Comunidad Autónoma de Andalucía nunca llegó a aprobar un canon de saneamiento, si bien había establecido un canon de mejora con el que las entidades locales podrían costear la financiación de los servicios o actividades del uso del agua, puesto que las entidades locales titulares de las competencias de suministro domiciliario del agua potable, saneamiento y depuración podían solicitar a la Comunidad Autónoma el establecimiento de un canon de carácter transitorio e integrado dentro del precio del agua, que se denominó «canon de mejora». Esta figura se dispuso en la Ley 7/1996, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 1996; la actual se contempla entre las disposiciones del régimen eco-

nómico financiero de la Ley del Agua andaluza, a la que denomina «canon de mejora de infraestructuras hidráulicas competencia de las entidades locales».

Pero las novedades que se introducen en el régimen económico financiero del agua en la Comunidad Autónoma andaluza son el canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la Comunidad Autónoma y el canon de servicios generales, dos modalidades del canon de mejora, a nuestros efectos canon de saneamiento.

El canon de mejora grava la utilización del agua de uso urbano con el fin de posibilitar la financiación de las infraestructuras hidráulicas de cualquier naturaleza correspondientes al ciclo integral del agua de uso urbano, tanto en el ámbito de actuación de la Junta de Andalucía como en el de las entidades locales situadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. La primera figura, el canon de mejora de las infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la Comunidad Autónoma, se identifica en la Ley como un ingreso propio de naturaleza tributaria, quedando los ingresos procedentes del canon de mejora afectados a la financiación de las infraestructuras de depuración declaradas de interés de la Comunidad Autónoma, pudiendo garantizarse con cargo a la recaudación del canon el pago de intereses y la amortización de créditos para la financiación de las infraestructuras⁽³⁾. Constituye el hecho imponible del canon de mejora la disponibilidad y el uso urbano del agua de cualquier procedencia, suministrada por redes de abastecimiento públicas o privadas. Se asimilan a uso urbano las pérdidas de agua en las redes de abastecimiento en los términos que disponga esta Ley. La base imponible del canon es el volumen de agua facturado por las entidades suministradoras durante el período impositivo, expresado en metros cúbicos. En el supuesto de pérdidas de agua en las redes de abastecimiento, la base imponible será la diferencia entre el volumen suministrado en alta a la entidad suministradora y el volumen facturado por esta, expresado en metros cúbicos.

Son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, los usuarios del agua de las redes de abastecimiento, y tendrán la consideración de sujetos pasivos, como sustitutos del contribuyente, las entidades suministradoras. La entidad suministradora deberá repercutir íntegramente el importe del canon sobre el contribuyente, que queda obligado a soportarlo. La repercusión deberá hacerse constar de forma diferenciada en la factura o recibo que emita la entidad suministradora, en los que, como mínimo, deberá indicarse la base imponible, los tipos y el porcentaje que resulten de aplicación, así como la cuota tributaria del canon, quedando prohibida tanto su facturación como su abono de forma separada. En el supuesto de pérdidas de agua en redes de abastecimiento, tendrán la consideración de usuario del agua las entidades suministradoras y las personas físicas o jurídicas titulares de otras redes de abastecimiento.

La determinación de la base imponible se realizará, con carácter general, en régimen de estimación directa, en función del volumen de agua facturado por la entidad suministradora. En el caso de pérdidas de agua en las redes de abastecimiento, la determinación de la base imponible se realizará en función del volumen de agua suministrado en alta y el volumen de agua facturado. En el caso de pérdidas de agua en redes de abastecimiento, se aplicará una reducción en la base imponible sobre el volumen de agua suministrada en

(3) El canon de servicios generales es un ingreso propio de la Comunidad Autónoma para cubrir los gastos de administración de la Administración Andaluza del Agua.

alta a la entidad suministradora, en el porcentaje que reglamentariamente se determine. Esta reducción tendrá como límite el valor de la base imponible. Se aplicará una reducción del 50% en la base imponible sobre el volumen de agua suministrada a las industrias conectadas a redes de abastecimiento con consumo superior a veinte mil metros cúbicos anuales, cuando el volumen de vertido a las redes de alcantarillado sea inferior al volumen suministrado en un 50%.

La cuota íntegra será el resultado de sumar la cuota variable por consumo y, en su caso, la cuota fija por disponibilidad.

La cuota fija para usos domésticos será de un euro al mes por usuario. En el caso de contadores o sistemas de aforos colectivos, se considerarán tantos usuarios como viviendas y locales. La cuota variable resultará de aplicar a la base liquidable, una vez deducidos dos metros cúbicos por vivienda y mes como mínimo exento, la tarifa progresiva. En el caso de que el número de personas por vivienda sea superior a cuatro, el límite superior de cada uno de los tramos de la tarifa progresiva se incrementará en tres metros cúbicos por cada persona adicional que conviva en la vivienda. Para la aplicación del tramo incrementado será requisito la solicitud del contribuyente, dirigida a la entidad suministradora, en la que deberá constar la acreditación de dichos extremos mediante certificación expedida por el ayuntamiento correspondiente o mediante cesión de la información, previa autorización de los interesados. La solicitud producirá sus efectos en la facturación posterior a su fecha de presentación, debiendo ser renovada cada dos años. La falta de renovación dejará sin efecto la aplicación del tramo incrementado.

El período impositivo coincidirá con el período de facturación de la entidad suministradora, devengándose el canon el último día del período impositivo. En el supuesto de pérdida de agua en redes de abastecimiento, el período impositivo coincidirá con el año natural y se devengará el último día del mismo período.

La Comunidad Autónoma de Extremadura, en su Ley 2/2012, establece como tributo propio de la Comunidad, impuesto de naturaleza extrafiscal, el canon de saneamiento, desarrollado en el Decreto 157/2012, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de saneamiento de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Tal y como establece en su Exposición de Motivos la Ley, con esta figura se pretende dar respuesta al principio de recuperación de costes derivados de las instalaciones de depuración, establecido por la Directiva Marco de Aguas y por la Ley de Aguas, teniendo en cuenta los efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de la Comunidad. Analicemos a continuación con detenimiento su contenido.

La finalidad del impuesto es posibilitar la financiación de las infraestructuras hidráulicas soportadas por la Comunidad Autónoma de cualquier naturaleza correspondiente al ciclo integral del agua, afectándose los ingresos a la financiación de los programas de gasto relativos a las infraestructuras hidráulicas que se determinen en los presupuestos generales de la Comunidad; el Reglamento concede especial relevancia a la finalidad de financiar los gastos de explotación, conservación y mantenimiento de las instalaciones de saneamiento y depuración de aguas residuales. El hecho imponible es la disponibilidad y el uso del agua de cualquier procedencia, suministrada por redes de abastecimiento públicas o privadas, afectándose su aplicación al consumo o la utilización de agua abastecida por las entidades suministradoras. Pudiera parecer que se pierde en la aplicación del tributo el gravamen por la disponibilidad del recurso, pero si comprobamos cómo se cuantifica concluiremos que no es así.

La cuantificación del impuesto se realiza atendiendo a la modalidad de realización del hecho imponible. La base imponible estará constituida por el volumen de agua facturado por las entidades suministradoras, y en el supuesto de pérdidas de agua en redes de abastecimiento la base imponible será la diferencia entre el volumen suministrado en alta a la entidad suministradora y el volumen por ella facturado; el legislador ha establecido la posibilidad de la facturación del suministro del agua por disponibilidad y no por consumo efectivo, es decir, por consumo estimado tal y como nos indica el Reglamento en el precepto que dedica a la base imponible. La determinación de la base se realiza con carácter general por estimación directa, midiendo el volumen de agua consumido o utilizado, mediante la lectura de contador o cualquier otro procedimiento de medida similar; en su defecto entra en juego lo que el legislador denomina *estimación indirecta* pero que se asimila más a un régimen de estimación objetiva, ya que el Reglamento establece elementos base a los que les otorga un valor monetario en razón de la medida en la que se hayan producido.

Quedan fijadas reducciones en la base imponible en el caso de pérdida de agua en redes de abastecimiento y para las industrias conectadas a redes de abastecimiento con un consumo superior a la cantidad establecida reglamentariamente, siempre que el vertido a las redes de alcantarillado sea inferior al volumen suministrado en un 50%. La cuota íntegra del impuesto se conforma de una parte variable, por el consumo, y, en su caso, la cuota fija por disponibilidad; la disponibilidad no es más que la justificación material de uno de los componentes de la cuota, componente que tiene en cuenta el enclave de los núcleos de población, trasladando de este modo el coste de la disponibilidad a los usuarios de las infraestructuras, más gravosas cuanto más alejadas de la red principal de abastecimientos. El impuesto es exigible por el consumo del agua, y el período impositivo coincide con el período de facturación de la entidad suministradora. Para los casos de pérdida de agua en redes de abastecimiento, el período impositivo coincidirá con el año natural y se devengará el último día del mismo período.

Se establece la obligación a las entidades suministradoras del recurso de repercutir íntegramente el importe del canon, siendo ellas mismas las que procedan a su cálculo. La Comunidad Autónoma, y no las entidades suministradoras, conforme a lo establecido en el artículo 52 de la Ley, desarrollado en el 19 del Reglamento, procederán a la devolución del canon a los contribuyentes que tengan la consideración de parados de larga duración o sean perceptores de pensiones no contributivas, con las condiciones que establece la Ley y concreta el Reglamento.

3. Las tasas por alcantarillado

Los Ayuntamientos ejercen las competencias en materia de alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, en los términos de la legislación estatal y autonómica, conforme establecen los artículos 25 y 26 de la Ley de bases de Régimen Local.

Por estos servicios los usuarios vienen abonando una contraprestación de naturaleza pública, servicios que pueden ser prestados por cualquiera de las modalidades admitidas en nuestro ordenamiento, lo relevante es que se retribuye una actividad que obligatoriamente debe prestar el sector público, no desvirtuándose la naturaleza de la contraprestación por el hecho de quién presta el servicio. Desde el ámbito tributario, el aspecto que más interesa y atrae es la resolución de las situaciones en las que los Ayuntamientos ejercen sus com-

petencias de saneamiento y se debe dar cumplimiento a la prohibición de doble imposición, en caso de que la Comunidad Autónoma haya dispuesto en su territorio una figura financiera que tenga por objeto la misma actividad, si bien en este trabajo no hemos reparado en ello, salvada alguna mención concreta.

En el caso de la tasa de alcantarillado, el servicio prestado puede concretarse en la recolección de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos, evacuando aguas residuales o de lluvia, siendo actividades complementarias el transporte, el tratamiento y la disposición final de los residuos evacuados, por lo que se suele incluir en el mismo presupuesto, de hecho, el tratamiento y depuración de las aguas residuales. La Administración debe prestar el servicio, de forma directa o indirecta; no se realizará el hecho imponible en los supuestos en los que el usuario no esté conectado a la red de alcantarillado, ya que en esos casos no se puede utilizar el servicio aunque sea obligatorio el uso desde el momento en el que pueda ser empleado, puesto que la finalidad de esta figura es «costear el sostenimiento de unos servicios de salubridad en beneficio del sujeto pasivo y de toda la población».

El sujeto activo ha de ser un ente público local en el ejercicio de sus competencias; puede prestarse el servicio por organismo autónomo, empresa pública o empresa privada concesionaria, sin entrar en los planteamientos de si se altera la naturaleza de la prestación patrimonial que se exija por la forma en la que se preste el servicio.

Los sujetos pasivos de las tasas de alcantarillado y de tratamiento y depuración de las aguas residuales son los sujetos que se benefician de los servicios prestados, en un primer estadio los ocupantes de los inmuebles que se sirven de ellos —los que solicitaron la prestación del servicio, artículo 20.4 de la Ley de Haciendas Locales—, pero que, conforme establece el artículo 23.1.b) del precitado texto legal, después serán los propietarios del inmueble, en su condición de sustituto del contribuyente.

Por lo que se refiere a la cuantificación de la tasa de alcantarillado y tratamiento y depuración de las aguas residuales, debemos decir que su estructura y los criterios que se emplean son prácticamente idénticos a los de la tasa por abastecimiento.

La tasa por alcantarillado y tratamiento y depuración de las aguas residuales debe ser suficiente para la financiación del servicio, pudiéndose establecer tarifas que no cubran completamente el coste del servicio si se perciben las compensaciones económicas previstas en el artículo 107.2 de la Ley de Haciendas Locales. Así, el máximo que puede fijarse no excede del coste del servicio, coste real o previsible, atendiendo a lo previsto en el artículo 24.2 de la Ley de Haciendas Locales, tomando en consideración los costes directos e indirectos, los de carácter financiero, amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento y un desarrollo razonable

El canon de mejora
grava la utilización
del agua de uso
urbano con el fin
de posibilitar
la financiación de
las infraestructuras
hidráulicas
de cualquier
naturaleza
correspondientes
al ciclo integral
del agua de uso
urbano.

del servicio, calculándose con arreglo al presupuesto y proyecto aprobados por el órgano competente, todo ello con independencia del presupuesto u organismo que lo satisfaga.

La cuota tributaria de la tasa por estos servicios deberá quedar fijada en la correspondiente ordenanza fiscal y podrá consistir en una cantidad que resulte de aplicar una tarifa, una cantidad fija señalada al efecto o bien la combinación de ambas, pudiéndose tener en cuenta criterios genéricos de capacidad económica en su determinación.

V. CONCLUSIONES

Hemos observado en este trabajo la complejidad que muestra el ordenamiento español en el ámbito financiero del saneamiento, entendido como macroactividad.

Las actuaciones de saneamiento habían sido dispuestas por las autoridades españolas con anterioridad al establecimiento de la DMA, si bien el marco de las disposiciones se ha hecho eco de los principios que establece. Podríamos concluir, como así lo apunta el profesor JIMÉNEZ COMPAIRED, que nuestro ordenamiento ya había desarrollado los principios que establece la DMA antes de su promulgación.

En buena medida, la política europea sobre la calidad del recurso hizo que en nuestro ordenamiento se elaboraran planes al efecto, por lo que en lo material ya se había iniciado el camino; en los planes la inquietud financiera era latente, pero no se han dejado al margen los costes ambientales y de recursos.

Con cierta timidez, algunos textos de los reguladores de instrumentos financieros del saneamiento recogen en sus manifestaciones programáticas el espíritu del artículo 9.º de la DMA, si bien no es hasta las fechas más recientes que al revisar los importes evocan al «mandato» recibido. Pero el cumplimiento de la DMA se alcanzará en el momento en el que la información relativa a las medidas financieras se incluya en los Planes Hidrológicos de cuenca, medidas tendentes a aplicar el principio de recuperación de costes y conseguir los objetivos medioambientales trazados en la Directiva.

VI. ANEXO DE BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Embid Irujo, Antonio, dir.) (2009): *Régimen Económico-Financiero del Agua. Los precios del agua*, Civitas, Cizur Menor.
- AA.VV. (Embid Irujo, Antonio, dir.) (2012): *Agua y ciudades*, Civitas, en prensa.
- DE VICENTE GARCÍA, José, y ADAME MARTÍNEZ, Francisco (2008): *Régimen Fiscal del agua. Tributos estatales, autonómicos y locales*, Comares, Granada.
- JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael (2012): *Cánones de regulación y tarifas de utilización del agua*, Aranzadi, Cizur Menor, en prensa.
- PAGÉS I GALTÉS, Joan (2005): *Tributos sobre las aguas (estatales, autonómicos y locales)*, Marcial Pons.
- SETUÁIN MENDÍA, Beatriz (2002): *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento jurídico español*, Lex Nova, Valladolid.

ASPECTOS INSTITUCIONALES Y PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA EN LAS CUENCAS INTERNACIONALES QUE CONCIERNEN A ESPAÑA. TRANSFORMACIONES OPERADAS POR LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS^(*)

SERGIO SALINAS ALCEGA

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

Aspectos institucionales y planificación hidrológica en las cuencas internacionales que conciernen a España. Transformaciones operadas por la Directiva Marco de Aguas

Las implicaciones de la DMA en los ordenamientos de los Estados miembros alcanzan a las aguas compartidas por varios de ellos, pudiendo señalar como cuestiones significativas la introducción de la demarcación hidrográfica o la modificación de la necesaria adaptación de la planificación hidrológica. En el caso español la incorporación de las exigencias de la DMA pone de nuevo de manifiesto la diferente intensidad de la cooperación hídrica con Francia y con Portugal.

Palabras clave: Aguas transfronterizas; demarcaciones hidrográficas internacionales; planificación hidrológica.

ABSTRACT

Institutional aspects and hydrological planning in the international basins concerning Spain. Transformations carried out by the Water Framework Directive

The implications of the WFD on domestic legal systems of the Member States reach the waters shared by several of them. It may be noted as significant issues the integration of the river basin district or the modifications on water planning. Concerning the Spanish case, the integration of the requirements of the WFD in the domestic law has highlighted again the different intensity of water cooperation with France and Portugal.

Key words: Transboundary waters; river basin district; water planning.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. EL CONTEXTO EN EL QUE SE INSCRIBE LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS EN RELACIÓN CON LAS CUENCAS INTERNACIONALES QUE CONCIERNEN A ESPAÑA.

(*) Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España sobre *Política del agua en Europa: transformaciones institucionales, jurídicas y económicas derivadas de la implantación de la Directiva marco de aguas. Expansión del modelo comunitario de gestión del agua* (Ref. DER 2009-14235).

III. OBLIGACIONES QUE IMPONE LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS RESPECTO A LAS DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS INTERNACIONALES.

1. **Introducción del concepto de demarcación hidrográfica y su delimitación.**
2. **Designación de las autoridades competentes de la demarcación hidrográfica.**
3. **Obligaciones relativas al cumplimiento de los objetivos ambientales y a la planificación hidrológica.**

IV. EL CUMPLIMIENTO DE ESAS OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LAS DEMARCACIONES INTERNACIONALES QUE CONCIERNEN A ESPAÑA.

1. **Introducción del concepto de demarcación hidrográfica en el Derecho español de aguas y delimitación de las demarcaciones hidrográficas internacionales.**
2. **Designación de las autoridades competentes de las demarcaciones hidrográficas en el Derecho español.**
3. **Incorporación al Derecho español de las obligaciones impuestas por la Directiva Marco de Aguas respecto de la planificación hidrológica.**
4. **Incorporación al Derecho español de las obligaciones impuestas por la Directiva Marco de Aguas respecto del cumplimiento de los objetivos ambientales.**

V. CONCLUSIONES.

VI. ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

I. INTRODUCCIÓN

La trascendencia de la Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (en adelante DMA) ⁽¹⁾, obedece a una diversidad de razones que sintetizaremos de manera conscientemente restrictiva en dos rasgos característicos de esta norma: su condición de modelo más acabado de gestión integral de los recursos hídricos y la superación del enfoque *ad hoc* seguido hasta ese momento en ese sector del Derecho europeo. Este último rasgo alude al intento que supone la DMA de llevar a cabo una aproximación global, o al menos amplia —ya que esta norma no agota el ordenamiento hídrico europeo—, que favorezca la coherencia de la política y legislación de la Unión en relación con el agua.

En este estudio nos centraremos en un ámbito concreto de ese abanico de cuestiones incluidas en la DMA, el relativo al tratamiento que en ella se hace de la gestión de las aguas transfronterizas, pudiendo afirmar al respecto que se inserta en el conjunto de normas internacionales adoptadas en la última década del siglo xx con el fin de intentar superar el relativismo imperante en el Derecho internacional de los recursos hídricos. En ese sentido, junto a la DMA pueden citarse textos como el Convenio de Helsinki sobre la protección y

(1) DO L 327, de 22 de diciembre de 2000.

utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales, de 17 de marzo de 1992, o la Convención de Nueva York sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 21 de mayo de 1997. Sin embargo, estos convenios se rigen por el Derecho de los tratados y no disfrutan, por tanto, de los rasgos de primacía y efecto directo propios del Derecho de la UE, lo que se traduce en una relativización de su impacto en los ordenamientos internos de los Estados concernidos, en comparación con el de la DMA en los Derechos de los Estados miembros de la Unión.

Nuestro análisis de los efectos que el régimen contemplado en la DMA tiene respecto de la gestión de las aguas compartidas por dos o más Estados incluirá tanto los que se refieren a la estructura administrativa encargada de administrar esas aguas como los de carácter sustantivo, relativos a determinados comportamientos que han de observarse para la adecuada gestión del recurso hídrico, muy especialmente la cuestión de la planificación hidrológica.

Para estudiar esas cuestiones tomaremos como caso de referencia el español, opción que, si bien no requiere de demasiadas justificaciones, sí que conlleva ciertas precisiones que resultan del carácter especial de nuestro Derecho de aguas. La peculiaridad más significativa a los fines que aquí interesan es que se trata de un ordenamiento notablemente desarrollado, que contiene ya algunos de los conceptos en los que se sustenta la DMA, como el de la cuenca hidrográfica como unidad de gestión del recurso⁽²⁾ o el de la planificación hidrológica⁽³⁾. Ello debería conducir en buena lógica a que las implicaciones de la norma europea fueran de menor calado que las que se registren en otros Estados miembros de la Unión que no incluían esos conceptos, y que a partir de ahora estarán obligados a incorporarlos a sus ordenamientos hídricos. Ello no obsta para que, como ponen en evidencia algunos de los estudios incluidos en este volumen, las implicaciones de esta norma sobre el Derecho español de aguas sean en algunos casos significativas, desde luego más de lo que quizá pudiera pensarse *a priori*⁽⁴⁾.

Un segundo rasgo destacable en esta contextualización del marco de análisis, es decir, del supuesto de las aguas compartidas por España con otros Estados miembros, es el de la condición de miembros de la UE de todos los actores estatales involucrados, o al menos de los más importantes, dejando de lado la cuestión de las aguas compartidas con Marruecos o

(2) Más adelante aludiremos a la referencia meramente geográfica que la DMA hace de la cuenca y la consideración exclusiva de la demarcación hidrográfica como unidad de gestión.

(3) Que también cuenta con notable tradición en nuestro ordenamiento, calificado por Antonio EMBID (2007b): pp. 768 y ss., como aquel de nuestro entorno que probablemente otorga un papel más importante a esta cuestión. La opción por la cuenca hidrográfica como unidad de base para una regulación óptima del recurso y de la utilización de la técnica planificadora son precisamente los dos aspectos elegidos por Beatriz SETUÁIN (2001, pp. 8 y ss.) para resaltar el carácter *sustancialmente novedoso* de la DMA, además de subrayar que se trata de la primera vez que se plantea a nivel comunitario la regulación global de las aguas que discurren por el territorio de los Estados miembros.

(4) De hecho, esa condición de *adelantado* que presenta nuestro Derecho de aguas en esas cuestiones no impide, en contra de lo que pudiera resultar de la afirmación anterior, que estas adquieran protagonismo en la transposición de la DMA por parte española, conforme a lo que apunta Francisco DELGADO PIQUERAS (2004): pp. 183 y ss., para quien la incorporación de la norma europea a nuestro ordenamiento afecta sobre todo a los órganos confederales, la planificación hidrológica y la protección ambiental del dominio público, cuestiones cuya notable tradición en nuestro Derecho no impide que este deba experimentar modificaciones para adaptarse a lo establecido por la UE.

Andorra, que por su escasa relevancia, desde la perspectiva del interés general de los países concernidos, no incluiremos en este estudio si no es para su simple mención. Eso hace que nuestra atención se vaya a centrar de forma exclusiva en el supuesto de aguas transfronterizas incluidas íntegramente en el territorio de la UE, por lo que eludiremos referirnos a aquellas que, además de ser compartidas por dos o más Estados miembros, lo son asimismo por uno o varios Estados no miembros. En ese caso el régimen jurídico, como reconoce aunque sea de forma implícita la propia DMA, no puede establecerse de manera unilateral por el Derecho de la UE sino que deberá enmarcarse en el conjunto de acuerdos internacionales concluidos por los distintos países concernidos por esas cuencas transfronterizas.

Fijado el objeto de análisis comenzaremos dibujando el contexto en el que se inscribe la DMA en lo que a nosotros nos interesa. Es decir, daremos una visión sucinta, impuesta por el límite de espacio exigido a este estudio, de las aguas compartidas por España con los países vecinos, haciendo especial hincapié en la situación que en estas existía en lo que respecta a la estructura administrativa internacional establecida conjuntamente por los países interesados para la gestión de esas aguas y a su planificación hidrológica (II). A continuación precisaremos el alcance de las obligaciones impuestas al respecto por la DMA (III). Por último, analizaremos lo hasta ahora actuado al respecto en el caso de España, sometiendo las decisiones adoptadas a la lente de las obligaciones anteriormente descritas, con el fin de poder llevar a cabo una valoración de lo realizado (IV). Por último, cerraremos el estudio con unas conclusiones conteniendo los elementos más destacados planteados a lo largo de estas páginas (V).

II. EL CONTEXTO EN EL QUE SE INSCRIBE LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS EN RELACIÓN CON LAS CUENCAS INTERNACIONALES QUE CONCIERNEN A ESPAÑA

La presentación del escenario sobre el que se proyecta la DMA en los aspectos elegidos para nuestro estudio debe comenzar recordando que, como ya se ha dicho, la gestión de los recursos hídricos sobre la base de la cuenca hidrográfica es un principio presente en el Derecho español de aguas con anterioridad a la propia existencia de las Comunidades Europeas, remontándose a las primeras décadas del siglo XX la aparición de estructuras administrativas con esa base, las Confederaciones Hidrográficas, la más antigua de las cuales, la del Ebro, data de 1926. A ello debe añadirse que esa situación no es exclusiva de lo que podríamos llamar la gestión interna de las aguas, considerando por tal la que se circunscribe al territorio nacional, sino que se extiende a la cooperación internacional desarrollada por España en el ámbito hídrico. Si bien a este respecto debe advertirse que la gestión por cuencas no es tan antigua en el régimen jurídico-internacional por el que se rigen las aguas transfronterizas que conciernen a España como en el plano interno, ya que no se materializa *stricto sensu* hasta el Convenio de Albufeira, de 30 de noviembre de 1998, sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas (en adelante Convenio de Albufeira)⁽⁵⁾, que, como se recoge en su propio título,

(5) BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2000.

se limita a las aguas compartidas por España con uno de nuestros países vecinos. A ello ha de añadirse que la presunta anticipación de ese Convenio al Derecho de la UE, que resulta de su adopción anterior a la DMA, debe ponerse en cuestión por el hecho de que, como veremos posteriormente, esta no es ajena a esa extensión de la gestión por cuencas a las aguas compartidas con Portugal.

La razón de que esa extensión de la cuenca como unidad de gestión al régimen jurídico-internacional de las aguas compartidas con otros Estados no incluya las hispano-francesas se encuentra en las diferentes características que presentan estas en relación con las que entran dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Albufeira. Lo que no impide que la solución por la que finalmente se ha optado para el cumplimiento de DMA en los aspectos que a nosotros nos interesan, especialmente el de planificación hidrológica, haya sido la misma en ambos casos, lo que, como se apuntará más tarde, supone una cierta incongruencia, explicable por distintas razones.

Parece, pues, lógico que en esta presentación del contexto en el que se inscribe la DMA se lleve a cabo una breve descripción de las principales diferencias que existen entre las aguas compartidas con nuestros Estados vecinos, que lógicamente se trasladan a su régimen jurídico⁽⁶⁾. La primera de esas diferencias es la que se refiere al volumen de los cursos de agua compartidos con cada uno de esos Estados, entendiendo por tal su longitud y el caudal. Señalamos esta diferencia en primer lugar no solo porque sea la más evidente, sino porque además sirve de base para otras que encuentran su razón de ser en la muy distinta longitud, y sobre todo caudal, de los ríos que atraviesan la frontera hispano-lusa y la hispano-francesa, como por ejemplo las relativas a los usos a los que se destinan unos y otros. La diferencia entre ambos casos se resume en el escaso volumen de los ríos hispano-franceses⁽⁷⁾, que los diferencia de los hispano-portugueses, que presentan una entidad mucho más importante; no en vano ambos países ibéricos comparten tres de los principales ríos de la Península: el Duero, el Tajo y el Guadiana. A eso se añade que el

Supone un intento de la DMA de llevar a cabo una aproximación global, o al menos amplia, ya que esta norma no agota el ordenamiento hídrico europeo.

(6) Para un análisis más detallado de esta cuestión puede verse SALINAS ALCEGA, S. (2008).

(7) Circunstancia que tiene un reflejo expreso tanto en el Derecho internacional como en el español. En el primer caso debe apuntarse la mención que se hace en el Preámbulo del Acuerdo administrativo entre España y Francia sobre gestión del agua, firmado en Toulouse el 15 de febrero de 2006 (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 2006), a la *reducida longitud y escasa importancia de los cursos de agua que fluyen conjuntamente por Francia y España*. En cuanto a la mención a ese hecho en el Derecho español puede citarse la referencia que el RD 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas (BOE núm. 30, de 3 de febrero de 2007), incluye a las *pequeñas superficies que forman parte de cuencas compartidas entre España y Francia*, destacando que *no son muy significativas dentro del conjunto de la cuenca compartida en cuanto a extensión*. Esta caracterización de las aguas hispano-francesas tiene en realidad una excepción, la del río Garona, que en realidad no viene a modificar el resultado al que esta conduce, puesto que, si bien es este un río cuyas dimensiones son mucho más significativas (presenta una longitud de 647 kilómetros y una superficie de cuenca de 55.000 km²), en realidad el componente internacional es en este caso muy débil, puesto que únicamente discurre por territorio español unos pocos kilómetros.

componente internacional de estas cuencas es mucho más significativo, y ello más en términos relativos que absolutos, puesto que su mayor parte se encuentra en territorio español (aproximadamente un 80%), a lo que contribuye decisivamente la también mayor superficie de este en relación con el portugués. La verdadera dimensión del componente internacional de estas cuencas se percibe mejor si se tiene en cuenta que suponen una parte importante del territorio de ambos países (un 60% del territorio portugués y un 40% del español).

Una segunda diferencia relevante a los efectos de nuestro estudio es la que se refiere a la dependencia que de esas aguas compartidas tienen cada uno de los Estados concernidos, que resulta a su vez de la disponibilidad de recursos hídricos existentes en cada una de esas zonas, y por tanto la existencia de fuentes alternativas. A este respecto debe advertirse que los ríos hispano-portugueses discurren por una zona con un menor volumen de precipitaciones, por lo que adquieren mayor importancia para usos como los agrícolas. A eso se añaden las previsiones de los expertos del Instituto Nacional de Meteorología para un próximo futuro, que vaticinan una reducción de un 10% de las precipitaciones y de un 30% de la humedad del suelo, como consecuencia de una subida de las temperaturas de hasta 2,5 °C hasta 2050, lo que en buena lógica aumenta el interés por una regulación adecuada de unos recursos que se prevé se conviertan en más escasos en un próximo futuro⁽⁸⁾. Por el contrario, el nivel de precipitaciones y la consiguiente disponibilidad de recursos hídricos es mayor en relación con las aguas compartidas con Francia, lo que, añadido a la diferencia de caudal antes apuntada, reduce notablemente su carácter estratégico en relación con las hispano-portuguesas.

Esas y otras circunstancias, cuya relevancia para nuestro estudio es menor, como la trascendencia que los ríos compartidos tienen en aspectos del tipo de la delimitación fronteriza, justifican que la gestión conjunta de las aguas transfronterizas hispano-portuguesas cuente con una mayor tradición, en especial en lo que respecta a la existencia de estructuras institucionales de carácter internacional encargadas de esa función, lo que en el caso de los ríos hispano-franceses tiene muy escasa relevancia. A ello se añade una última razón que justifica esa regulación mucho más prolija, también a nivel de la creación de infraestructuras administrativas, en relación con las cuencas hispano-portuguesas, como es el que en prácticamente todos los casos, con la excepción del último tramo del Guadiana⁽⁹⁾, España es Estado de aguas arriba, lo que genera en Portugal un interés acentuado por esa gestión conjunta que le asegure un volumen de recursos necesario para la satisfacción de sus necesidades. De hecho, la disponibilidad de recursos hídricos de este Estado está fuertemente condicionada por el aprovechamiento adecuado que de ellos haga España. No en vano aproximadamente un 66% del total del agua que desemboca en el océano a través de esos ríos transfronterizos tiene su origen en su parte española.

(8) En ese sentido se señala cómo el volumen de caudales que entran en Portugal a través de los ríos transfronterizos ha disminuido en los últimos veinte años en un porcentaje significativo, alcanzando un 56% en el caso del Guadiana y un 25 y un 20% en los del Tajo y el Duero respectivamente, si bien una parte importante de esa disminución es debida al incremento de la capacidad de embalse y del consumo en la parte española. *Vid.* ESPINOZA GUERRA, L. (1998).

(9) El Guadiana, tras discurrir durante 550 kilómetros por España, sirve como límite fronterizo para entrar en territorio portugués, por donde recorre otros 150 kilómetros, volviendo a configurarse después de nuevo como frontera entre ambos Estados antes de desembocar entre Ayamonte y Vila Real de Santo Antonio.

Centrándonos ya en el análisis, siquiera sea sucinto, de la estructura institucional internacional de gestión de las aguas hispano-portuguesas, hemos de señalar que el primer precedente se encuentra en el Canje de notas relativo al aprovechamiento industrial de las aguas de los ríos limítrofes, de 29 de agosto y 2 de septiembre de 1912, cuyo apartado II contemplaba una Comisión de composición muy sencilla, formada por dos ingenieros, que antes de otorgar una concesión para el aprovechamiento de un salto debía fijar las prescripciones a que las obras habían de sujetarse. A partir de ese momento la existencia de una Comisión bilateral es una constante en los acuerdos entre ambos países en materia hídrica, en los que, además, esos órganos de gestión conjunta del recurso hídrico van adquiriendo una mayor complejidad tanto en cuanto a su estructura como en relación con sus funciones⁽¹⁰⁾.

El último precedente, que además constituye un considerable paso adelante en lo que respecta a las estructuras administrativas de gestión conjunta de las aguas hispano-portuguesas, es el que representa el ya mencionado Convenio de Albufeira. No obstante, como ya se ha apuntado, la consideración del régimen en él establecido como un precedente de la DMA resulta un tanto equívoca, en la medida en que, si bien es cierto que dicho Convenio es anterior a la entrada en vigor de esta, también lo es que en realidad los negociadores de aquel se van a apoyar en lo que se iba acordando a lo largo del extenso proceso de adopción de la DMA para incorporarlo al texto final del Convenio, que por tanto se va a conformar como un texto importante en cuanto al cumplimiento por parte de ambos países ibéricos de las obligaciones que la norma europea atribuye en relación con las cuencas compartidas por ellos. A este respecto puede apuntarse cómo mediante el Convenio de Albufeira se incorporan al régimen jurídico-internacional de las aguas hispano-portuguesas principios que no estaban presentes en los textos precedentes, como los relativos a las consideraciones de carácter ambiental o a la gestión integrada de los recursos hídricos, dando entrada por primera vez en su ámbito geográfico de aplicación a la totalidad de esas cuencas y no solo a los tramos fronterizos de los ríos compartidos, como ocurría en los textos anteriores.

En el plano institucional debe destacarse que este Convenio contempla una duplicación de los órganos integrados en esa estructura institucional bilateral de gestión de esas cuencas, incorporando un órgano político, la Conferencia de las Partes, junto a la Comisión para la Aplicación y Desarrollo del Convenio (en adelante CADC). Y a ello se añade una profundización de las funciones atribuidas a esta última, que se va a convertir en el verdadero motor de la cooperación entre ambos Estados en cuanto a la gestión cotidiana de esas cuencas, asumiendo un protagonismo significativo en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la DMA.

(10) Pueden citarse en este sentido el Convenio para regular el aprovechamiento hidroeléctrico del tramo internacional del río Duero, de 22 de agosto de 1927 —artículo 14— (Gaceta de Madrid núm. 237, de 25 de agosto de 1927); el Convenio para regular el aprovechamiento hidroeléctrico de los tramos internacionales del río Duero y de sus afluentes, de 16 de junio de 1964 —artículo 25— (BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1966) o el Convenio para regular el uso y el aprovechamiento hidráulico de los tramos internacionales de los ríos Miño, Limia, Tago, Guadiana y Chanza y de sus afluentes, de 29 de mayo de 1968 —artículo XVII— (BOE núm. 96, de 22 de abril de 1969). Para un estudio más amplio de la estructura y competencias de los organismos conjuntos creados en esos convenios puede verse SALINAS ALCEGA, S. (2009).

III. OBLIGACIONES QUE IMPONE LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS RESPECTO A LAS DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS INTERNACIONALES

Debemos comenzar este apartado recordando que el régimen jurídico establecido en la DMA se fundamenta en la gestión del recurso sobre la base de sistemas hídricos, colocando a la cuenca como uno de los conceptos clave. Ello obliga a los Estados miembros a conformar sus respectivos Derechos de aguas de acuerdo con esa premisa, lo que en algunos casos, entre ellos el español, no exige grandes modificaciones, toda vez que, como ya se ha dicho, la gestión por cuencas ya está establecida como principio rector de la gestión de los recursos hídricos. No obstante, a ese concepto de cuenca hidrográfica se añade otro que sí puede considerarse una innovación incorporada por la DMA, como es el de demarcación hidrográfica que, como resulta de su definición en el artículo 2.º 15, surge de la adición a la cuenca de otros elementos asociados con ella, como las aguas subterráneas y costeras. A este respecto debe señalarse que, a diferencia del Derecho español, que señala expresamente la condición de la cuenca como unidad de gestión del recurso hídrico⁽¹¹⁾, la DMA limita la mención de unidad de gestión a la demarcación hidrográfica, mientras que la aproximación a la cuenca se hace desde una perspectiva puramente descriptiva del ámbito territorial cubierto por esta⁽¹²⁾. No obstante, estas referencias a ambos conceptos deben entenderse en el contexto del cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados miembros de la UE por la DMA, cuyo objetivo es la sostenibilidad del recurso⁽¹³⁾, por lo que puede pensarse que, más allá de esas obligaciones medioambientales, las cuencas siguen jugando el papel de unidades básicas de gestión de las aguas⁽¹⁴⁾.

En cualquier caso, la aparición de este nuevo concepto tiene una serie de consecuencias que se trasladan al plano institucional y que nosotros vamos a plantear aquí en relación con las aguas compartidas por varios Estados miembros de la UE⁽¹⁵⁾.

(11) Artículo 16 *in fine* del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el TRLA (BOE núm. 176, de 24 de julio de 2001).

(12) Artículo 2.º 13 de la DMA.

(13) Así resulta del objeto de esta, que, tal como se establece en su artículo 1.º, es: «[...] establecer un marco para la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas».

(14) Esa conclusión de que en realidad el concepto de demarcación hidrográfica no merma la consideración de la cuenca como la unidad básica de gestión del recurso hídrico es apuntada por Beatriz SETUÁIN (2010, p. 347), para quien el objetivo de la demarcación hidrográfica es en realidad asociar a las aguas de la cuenca otros elementos que deben tomarse en consideración para el logro de los objetivos medioambientales contemplados en la DMA. En ese mismo sentido Antonio FANLO (2007): p. 528, considera el concepto legal de demarcación como la consecuencia lógica de la aplicación de la misma línea de actuación que ha llevado a la gestión por cuencas, es decir, la gestión conjunta de todos los componentes de un sistema. La conclusión, tal y como recuerda el autor, es que la demarcación se sustenta en la cuenca, ya que implica la adición a esta de aquellas zonas costeras sujetas a la influencia del agua de la cuenca, para garantizar la aplicación de las normas de protección de las aguas y los objetivos de calidad a alcanzar. De hecho, esa reflexión le sirve para justificar la referencia que se recoge en el artículo 2.º 15 de la DMA a la demarcación como la *principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas*, lo que, entendido en un sentido distinto del anterior, encerraría una cierta contradicción al establecer una unidad de gestión de la cuenca superior a esta, que también en sí misma encierra una idea de unidad, de sistema.

(15) A esas consecuencias alude Francisco DELGADO PIQUERAS (2004): p. 187, distinguiendo dos tipos de novedades organizativas: las relativas a las divisiones que sirven de ámbito territorial a los organismos gestores y a la

1. Introducción del concepto de demarcación hidrográfica y su delimitación

La primera de las obligaciones resultantes de ese concepto introducido *ex novo* por la DMA es su incorporación a los ordenamientos jurídicos nacionales de todos los Estados miembros, con independencia de que sus Derechos de aguas se basen o no en la gestión por cuencas. Eso no significa que esa circunstancia esté exenta de consecuencias respecto a la tarea posterior de delimitación de las demarcaciones hidrográficas, que en aquellos Estados miembros en los que existe esa tradición de gestión por cuencas, como es el caso de España, resultará más sencilla, ya que el mapa de las demarcaciones hidrográficas se *superpondrá* al de las cuencas, con las necesarias adaptaciones resultantes de las diferencias entre ambos conceptos.

Esa tarea de delimitación presenta ciertas peculiaridades en el caso de las demarcaciones hidrográficas internacionales, aquellas en las que se incluyen cuencas que abarcan el territorio de más de un Estado, cuya determinación parece exigir por tanto alguna especie de acuerdo entre los Estados concernidos por ellas. Este extremo no tiene reflejo expreso en la DMA, cuyo artículo 3.º3 se limita a imponer a los Estados miembros la obligación de velar porque las cuencas transfronterizas que les conciernan se incluyan en el territorio de una demarcación hidrográfica internacional. Sin embargo, sí puede deducirse de forma implícita esa obligación del texto de la DMA al considerar la determinación conjunta de esa demarcación hidrográfica internacional como un paso previo natural a la inclusión en ella de las cuencas hidrográficas transfronterizas. Ese argumento parece ser el acogido por nuestro Derecho de aguas, en el que esa exigencia de recurso al Derecho internacional, en la forma de acuerdos entre los Estados concernidos por una demarcación hidrográfica internacional, sí que tiene su reconocimiento expreso, concretamente en el RD 125/2007, por el que se opera esa delimitación de las demarcaciones hidrográficas, que, como veremos posteriormente, deja para un estadio ulterior una delimitación conjunta por los Estados interesados de las demarcaciones hidrográficas hispano-portuguesas.

La verdadera dimensión del componente internacional de estas cuencas se percibe mejor si se tiene en cuenta que suponen una parte importante del territorio de ambos países.

2. Designación de las autoridades competentes de la demarcación hidrográfica

Por otra parte, la aparición de este concepto nuevo tiene a su vez una serie de consecuencias de naturaleza institucional, resultantes de dos circunstancias distintas: de la necesaria adaptación de ciertos organismos preexistentes de gestión de los recursos hídricos a la demarcación

planificación hidrológica, consistentes en la redefinición de la cuenca y la importación de la demarcación hidrográfica, y las que afectan a la composición misma de los organismos de cuenca.

hidrográfica y de la necesidad de establecer instrumentos nuevos de coordinación en los que se integren los distintos órganos de las administraciones nacionales competentes para la gestión de las aguas incluidas en ese concepto. Esa dimensión institucional de las consecuencias de la creación de la demarcación hidrográfica tiene su reflejo en el propio artículo 3.º de la DMA, en el que se menciona la obligación de los Estados miembros de adoptar las disposiciones administrativas adecuadas, incluida la designación de la autoridad competente, para garantizar la aplicación en esa demarcación de lo contemplado en el resto de la DMA.

También en este ámbito las demarcaciones internacionales tienen sus peculiaridades, que en este caso resultan de la existencia, en muchos casos, de organismos, creados mediante acuerdos internacionales concluidos por los Estados concernidos, encargados de articular la cooperación de estos en la gestión de las aguas transfronterizas. Esas peculiaridades son contempladas por la propia DMA, que en el apartado 4.º de su artículo 3.º establece la posibilidad de que, en relación con las demarcaciones hidrográficas internacionales, los Estados miembros puedan servirse, a los efectos de su coordinación, de las estructuras existentes derivadas de acuerdos internacionales⁽¹⁶⁾.

Todavía en este plano de la designación de autoridades competentes en relación con las demarcaciones hidrográficas, en general y no solo las internacionales, se ha de resaltar la neutralidad, difícilmente criticable, de la DMA al respecto, especialmente teniendo en cuenta la heterogeneidad de las administraciones hídricas de los Estados miembros. A este respecto resulta especialmente reseñable la afirmación realizada por el TJUE en el sentido de que el objetivo de la DMA no es la total armonización de los Derechos de aguas de los Estados miembros, lo que desde luego exige un periodo notablemente mayor que el establecido para la transposición de la DMA, sino el establecimiento de un marco global de acción para la protección de las aguas⁽¹⁷⁾.

En este contexto se enmarca el debate planteado al respecto de la interpretación de esa exigencia de la DMA en el sentido de considerar que debe existir una única autoridad competente de la demarcación hidrográfica, argumento que se apoya en el tenor literal del artículo 3.º2⁽¹⁸⁾. Con independencia de que esa línea de argumentación parece no tener en cuenta otras referencias recogidas en la propia DMA⁽¹⁹⁾, la pretensión de una única autoridad competente para la demarcación hidrográfica se opone a la realidad que marca la distribución de competencias entre los distintos órganos de las Administraciones nacionales en relación con todas aquellas cuestiones afectadas por la creación de la figura de la demarcación hidrográfica. En definitiva, supone una identificación errónea de la demarcación como principal unidad a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas, recogida

(16) Un buen ejemplo de esta circunstancia es el caso de las cuencas hispano-portuguesas, en relación con las cuales, como veremos posteriormente, la CADC ha asumido un protagonismo significativo en lo que se refiere a la aplicación de las exigencias de la DMA a esas cuencas compartidas por ambos Estados.

(17) STJCE de 30 de noviembre de 2006, *Comisión c. Luxemburgo*, As. C-32/05.

(18) En el que se señala la obligación de designar: «[...] la autoridad competente apropiada, para la aplicación de las normas de la presente Directiva en cada demarcación hidrográfica situada en su territorio».

(19) En especial la recogida en el artículo 2.16, en el que se define la autoridad competente como: «[...] la o las autoridades designadas con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 3».

en el anteriormente mencionado artículo 2.º 15 de la DMA, con la unidad de gestor. Una posible explicación de esa referencia a la autoridad competente en singular recogida en el artículo 3.º sería la de entenderla referida a la creación de un órgano de coordinación de las distintas autoridades competentes que puedan existir conforme a los correspondientes Derechos internos de los Estados miembros.

3. Obligaciones relativas al cumplimiento de los objetivos ambientales y a la planificación hidrológica

Por último, en este repaso de las obligaciones que resultan de la DMA en relación con las demarcaciones hidrográficas, con especial atención a las de carácter internacional, debemos referirnos a las de carácter sustantivo, es decir, a una serie de actividades que han de desarrollarse, por parte de los Estados miembros concernidos, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la DMA respecto de esas cuencas transfronterizas. A este respecto apuntaremos las relativas al cumplimiento de los objetivos medioambientales establecidos en la norma europea y a la planificación hidrológica. Si bien no se trata de obligaciones inconexas entre sí sino que, como señala el artículo 4.º de la DMA, la primera se hace efectiva a través de los programas de medidas que se incluyen en los PPHH. Es decir, que el cumplimiento de los objetivos medioambientales es una de las consecuencias o resultados a los que se atiende con la planificación hidrológica.

Por lo que respecta al cumplimiento de los objetivos ambientales, debe recordarse que el artículo 3.º 4 señala, para las demarcaciones hidrográficas internacionales, la obligación de los Estados miembros interesados de coordinar todos los programas de medidas de la demarcación, pudiendo para ello utilizar las estructuras existentes derivadas de acuerdos internacionales. Como ya se ha adelantado, esta última referencia cobra especial relieve en el caso de las aguas hispano-portuguesas con la creación de un Grupo de Trabajo específico dentro de la CADC dedicado a la garantía del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la DMA y que, como veremos más adelante, ha cumplido un papel muy activo al respecto.

La última de las obligaciones a las que prestaremos atención es la relativa a la planificación hidrológica, en relación con la cual y respecto a las demarcaciones hidrográficas internacionales situadas totalmente en territorio de la Unión, la DMA abre una alternativa. En concreto debe señalarse cómo su artículo 13.2 establece una obligación de los Estados miembros concernidos respecto de la elaboración de un único plan hidrológico de cuenca internacional. No obstante, se trata en realidad de una obligación de comportamiento y no de resultado⁽²⁰⁾, lo que se confirma posteriormente en ese mismo artículo al proponer una solución en el caso de que ese plan único de cuenca internacional no se elabore, señalándose que en ese supuesto los Estados miembros elaborarán PPHH que abarquen, al menos, las partes de la demarcación hidrográfica internacional situadas en su territorio, para lograr los objetivos de la presente Directiva.

(20) El citado artículo señala expresamente que: «En el caso de una demarcación hidrográfica internacional situada totalmente en territorio comunitario, los Estados miembros *garantizarán la coordinación con objeto de elaborar un único plan hidrológico de cuenca internacional*» (la cursiva es nuestra).

IV. EL CUMPLIMIENTO DE ESAS OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON LAS DEMARCACIONES INTERNACIONALES QUE CONCIERNEN A ESPAÑA

Antes de entrar en el análisis concreto del cumplimiento por parte de España de las obligaciones que la DMA impone respecto de las demarcaciones hidrográficas internacionales hemos de recordar lo ya apuntado al comienzo en el sentido de que la tradición que la gestión por cuencas tiene en nuestro Derecho de aguas, extendida recientemente a las compartidas con Portugal, debía conducir en principio a que el impacto de esas exigencias fuese en nuestro caso menor que en el de otros Estados miembros que no se rigiesen por ese mismo principio en la gestión del recurso hídrico. Sin embargo, no falta quien señala que precisamente el tratamiento de las cuencas hidrográficas internacionales constituye el punto débil de la transposición que en nuestro ordenamiento se hace de la DMA, contrastando el papel concedido en esta a la coordinación entre los Estados miembros concernidos para la afectiva aplicación de sus exigencias a las demarcaciones hidrográficas internacionales con el hecho de que el tratamiento de esas cuestiones se soslaye en los actos de transposición a nuestro ordenamiento interno⁽²¹⁾.

1. Introducción del concepto de demarcación hidrográfica en el Derecho español de aguas y delimitación de las demarcaciones hidrográficas internacionales

El cumplimiento de las obligaciones apuntadas en el caso de España comienza por la delimitación de las demarcaciones hidrográficas, incluidas las internacionales. El primer paso en este sentido es la incorporación del concepto de demarcación hidrográfica a nuestro Derecho de aguas, en concreto al artículo 16 bis del TRLA, mediante el artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, por la que se opera la trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de la DMA⁽²²⁾. El apartado 5.º del mencionado artículo 16 bis establece la

(21) Puede citarse en este sentido a Francisco DELGADO PIQUERAS (2004): pp. 183 y ss., que apunta la cuestión como pendiente de traducción en convenios internacionales más que en normas internas. Esta afirmación puede entenderse referida a la delimitación de las demarcaciones hidrográficas internacionales a la que ya se hizo alusión en el apartado anterior, señalándose el necesario complemento del Derecho internacional en esa tarea. Sin embargo, no cabría extender dicho argumento a otras cuestiones, como por ejemplo la adaptación de los PPHH a lo contemplado por la DMA, en relación con las cuales las deficiencias de la transposición española no se deben a ese necesario complemento del Derecho internacional sino a un comportamiento defectuoso de las autoridades españolas, que, como se verá, ya ha dado lugar en más de una ocasión a condenas por parte del TJUE, que en algún caso han afectado a lo actuado en relación con las demarcaciones hidrográficas internacionales que nos conciernen. En un sentido cercano a lo señalado, Beatriz SETUÁIN (2001, p. 15) apunta a la introducción del concepto de demarcación hidrográfica, con especial hincapié en aquellas que afectan a cuencas internacionales, como el motivo de que no se cumpla la previsión de la escasez de problemas en relación con la incorporación de la DMA al ordenamiento español, que resulta de la costumbre existente en este último de establecer sus regulaciones en función del referente espacial y jurídico que representa la cuenca hidrográfica. En efecto, la existencia de cuencas internacionales en el caso español y la necesidad de incluirlas en demarcaciones hidrográficas es la razón de que, como advierte la autora, deba ser necesariamente modificada nuestra normativa interna para adecuarla a las previsiones de la DMA. Eso sí, concluye con el apunte relativo al previsible menor impacto de la norma europea en nuestro Derecho en relación con el de otros Estados miembros al señalar que, si eso es así en relación con España, que cuenta con una longeva tradición de actuación sobre la base de la cuenca hidrográfica, qué podrá suceder en Estados que carecen de práctica alguna al respecto.

(22) BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003.

fijación de esas demarcaciones hidrográficas mediante RD del Gobierno, lo que se concretaba mediante el RD 125/2007, de 2 de febrero, en el que el cumplimiento por España de la obligación que le impone la DMA sigue la línea marcada por dos factores: por una parte la tradición ya comentada que existe en nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a la gestión por cuencas y por otra que, como también se señaló anteriormente, la aparición del concepto de demarcación hidrográfica no altera la condición de la cuenca como unidad de gestión de los recursos hídricos. De acuerdo con esas premisas, la delimitación de las demarcaciones hidrográficas se hace sobre la base del mantenimiento en su mayor parte del actual esquema de cuencas hidrográficas, que pasan a constituirse en demarcación con la adición de las correspondientes aguas subterráneas y costeras⁽²³⁾.

En cuanto a las demarcaciones compartidas con Estados vecinos, el RD no contiene en realidad una delimitación de estas *stricto sensu*, distinguiendo además el caso de las compartidas con Portugal y con Francia. En el primer caso se alude al necesario complemento del Derecho internacional, al advertir de que España se limita a lo único que en la situación existente en ese momento puede hacer, como es el señalamiento de la parte española de esas demarcaciones internacionales, advirtiendo de que queda para el futuro su definición por los dos Estados. Este comportamiento pone sobre la mesa la cuestión del adecuado cumplimiento, por parte de España, y Portugal, de la obligación que al respecto impone el artículo 3.º3 de la DMA, puesto que, si bien se limita, como ya se apuntó, a señalar que los Estados miembros velen por la inclusión de cualquier cuenca hidrográfica que abarque el territorio de más de un Estado miembro en una demarcación hidrográfica internacional, implícitamente podría considerarse que esa conducta debería necesariamente estar precedida por la determinación de esa demarcación internacional. En cualquier caso el eventual incumplimiento de esa obligación por ambos Estados no ha sido considerado como tal por la Comisión, al menos por el momento, no habiéndose planteado la cuestión mediante recurso al TJUE.

En cuanto a las cuencas hispano-francesas, el RD observa una línea de acción distinta, puesto que sobre la base de su escasa trascendencia, ya mencionada anteriormente, no estima necesario definir una demarcación hidrográfica. Del tenor literal del texto podría deducirse que se descarta para el futuro una delimitación conjunta por ambos Estados de esas demarcaciones hidrográficas internacionales, lo que bien pudiera considerarse como un incumplimiento de lo exigido por la DMA, que

Determinación
conjunta de la
demarcación
hidrográfica
internacional como
un paso previo
natural
a la inclusión en
esta de las cuencas
hidrográficas
transfronterizas.

(23) El peso de la tradición española en cuanto a la introducción del concepto de demarcación hidrográfica es reconocido expresamente en el Preámbulo del RD 125/2007, en el que se señala que dicho concepto no puede operar sobre el presupuesto de un hipotético vacío previo, sino al contrario, sobre una estructura de cuencas más que consolidada y ajustada en líneas generales a la estructura organizativa y división de competencias entre el Estado y las CCAA.

como en el caso anterior tampoco ha sido percibido como tal por las instituciones de la UE. En cualquier caso, lo que sí hace el RD es identificar la parte española de esas demarcaciones internacionales, conducta similar a la observada en relación con las compartidas con Portugal y que no deja de suponer una cierta incongruencia respecto a la anunciada no necesidad de identificación futura de estas demarcaciones hidrográficas internacionales.

Así pues, el RD 125/2007, en su artículo 3.º, delimita la parte española de las cuencas hidrográficas compartidas con otros países (Portugal, Francia, Marruecos y Andorra), siguiendo la regla ya apuntada de hacer coincidir en la medida de lo posible esas demarcaciones con las cuencas hidrográficas existentes, lo que en el caso del Duero y el Tajo constituye una identificación total entre cuenca y demarcación, mientras que en el caso del Guadiana la única diferencia entre ambas es la necesaria inclusión en la demarcación de las aguas costeras y de transición. Sin embargo, esa identificación no es tan exacta en los demás casos, en los que las demarcaciones hidrográficas correspondientes incluyen varias cuencas hidrográficas⁽²⁴⁾.

Por otra parte, la distinta tradición en cuanto a la cooperación hídrica con Francia y Portugal se pone de manifiesto en las llamadas que en este sentido se recogen en las disposiciones adicionales del RD, puesto que mientras en la primera se apunta que para esa cooperación con Portugal se utilizarán las estructuras existentes derivadas del Convenio de Albufeira, haciendo uso de esa manera de la posibilidad que, como ya se dijo, se contempla en la propia DMA, en la segunda, relativa a la cooperación con Francia, se señala simplemente que esta se articulará mediante acuerdos para alcanzar los objetivos ambientales de esas masas de agua, lo que se concreta en el Acuerdo Administrativo entre ambos Estados de 2006⁽²⁵⁾.

2. Designación de las autoridades competentes de las demarcaciones hidrográficas en el Derecho español

Una vez cumplida la obligación de delimitación de las demarcaciones hidrográficas internacionales, o en concreto de su parte española, se ha de pasar a la siguiente exigencia impuesta por la DMA resultante de la introducción del concepto de demarcación, la relativa a la designación de las autoridades competentes para la aplicación de las normas reco-

(24) Es el caso de la demarcación hidrográfica del Miño-Limia, que incluye las cuencas de ambos ríos, que por otra parte ya estaban integradas en la misma cuenca hidrográfica transfronteriza, junto con las aguas costeras y de transición, así como las dos demarcaciones hidrográficas en las que se incluyen las aguas hispano-francesas: la demarcación del Norte, que comprende las cuencas de los ríos que vierten al mar Cantábrico desde la desembocadura del río Eo hasta la frontera y el territorio español de las cuencas de los ríos Nive y Nivelles, y la demarcación del Ebro, en la que se integran la parte española de los ríos Ebro, Garona y demás que vierten al Océano Atlántico a través de la frontera con Francia, excepto las de los ríos Nive y Nivelles, además de la cuenca endorreica de la Laguna de Gallocanta, incluyéndose en ambos casos aguas costeras y de transición. Posteriormente, mediante el RD 266/2008, de 22 de febrero (BOE núm. 62, de 12 de marzo de 2008), la Confederación Hidrográfica del Norte se divide en la Confederación Hidrográfica del Miño-Sil y en la Confederación Hidrográfica del Cantábrico, delimitándose posteriormente, mediante el RD 29/2011, de 14 de enero (BOE núm. 13, de 15 de enero de 2011), la demarcación hidrográfica del Cantábrico Occidental y la parte española de la demarcación hidrográfica del Cantábrico Oriental, en la que se incluyen las cuencas compartidas anteriormente integradas en la demarcación hidrográfica del Norte.

(25) A ello se añaden las llamadas más genéricas a la cooperación con Andorra (DA 3.ª) y Marruecos (DA 4.ª) en relación con el logro de los objetivos medioambientales en las correspondientes demarcaciones hidrográficas.

gidas en la norma europea en la parte de cualquier demarcación hidrográfica internacional situada en su territorio. Conviene recordar la anteriormente apuntada neutralidad que al respecto observa la DMA, de forma que el artículo 3.º 3 en el que se incluye esta exigencia se limita a imponer la necesaria designación de esa autoridad competente, sin concretar nada más respecto de la naturaleza, composición o funciones de esta. El cumplimiento de este mandato en el caso español se traduce en la necesaria transformación de los Consejos del Agua de las cuencas en Consejos del Agua de las demarcaciones y en la creación del Comité de Autoridades Competentes.

Este segundo órgano, que puede considerarse como la solución española a la necesidad de un órgano coordinador exigida por la creación de las demarcaciones hidrográficas⁽²⁶⁾, se consagra en el artículo 36 bis del TRLA, tras su modificación mediante el RDleg. 1/2001 para adaptarlo a la DMA, que desarrolla los distintos aspectos de este, asignándole fundamentalmente protagonismo en lo relativo a la planificación hidrológica. Además, el artículo 4.º 2 del RD 126/2007 establece su composición en relación con las demarcaciones hidrográficas correspondientes a cuencas compartidas con otros países⁽²⁷⁾, pudiendo apuntarse la representación equilibrada de la Administración General del Estado y de las CCAA —siempre un representante menos de estas que de aquella—, y la presencia de representantes de entidades locales en número menor, con las peculiaridades lógicas en el caso de Ceuta y Melilla.

En cuanto al Consejo del Agua de la cuenca, la modificación resultante de la DMA es su sustitución por el Consejo del Agua de la demarcación, con los consiguientes cambios que resultan de esta expansión territorial del ámbito cubierto por este órgano. De hecho, esa sustitución se plasma en el TRLA, modificado por el RDleg. 1/2001, cuyo artículo 26 incluye el Consejo del Agua de la demarcación hidrográfica, y cuyo artículo 35 recuerda la función de este órgano centrada en el fomento de la información, consulta pública y participación activa en la planificación hidrológica en las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias⁽²⁸⁾, entre las que se incluyen todas las cuencas internacionales que conciernen a España. Posteriormente el cumplimiento de esa exigencia se ha materializado en la sustitución de cada uno de los antiguos Consejos del Agua de las cuencas hidrográficas internacionales por los Consejos del Agua de las correspondientes demarcaciones⁽²⁹⁾.

(26) A ello alude Beatriz SETUÁIN (2010, p. 320) al recordar que la inclusión en el seno de las demarcaciones hidrográficas de las aguas costeras exige arbitrar mecanismos de coordinación de los órganos de la Administración hidráulica y costera, a lo que responde de forma concreta el Comité de Autoridades Competentes.

(27) BOE núm. 30, de 3 de febrero de 2007.

(28) Los cambios resultantes de la sustitución del Consejo del Agua de la cuenca por el Consejo del Agua de la demarcación son enumerados por Francisco DELGADO PIQUERAS (2004): pp. 194 y ss., quien a lo señalado en el artículo 35 del TRLA añade la incorporación de las Administraciones de costas y portuarias y de las organizaciones ambientales.

(29) Véanse a este respecto el RD 1364/2011, de 7 de octubre, por el que se establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la demarcación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Duero (BOE núm. 263, de 1 de noviembre de 2011); el RD 1365/2011, de 7 de octubre, por el que se establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la demarcación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Miño-Sil (BOE núm. 263, de 1 de noviembre de 2011); el RD 1366/2011, de 7 de octubre, por el que se establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la demarcación de la parte española

La transposición realizada por España, por medio de los RRDD 125 y 126/2007, de las obligaciones impuestas a este respecto por la DMA era objeto de recurso por la Comisión Europea ante el TJUE, que en su Sentencia de 7 de mayo de 2009 concluía la existencia del incumplimiento por parte de España de este extremo al afirmar que los RRDD mencionados no resuelven todas las exigencias planteadas al respecto por la DMA, si bien el defecto de esa transposición no se refería a las cuencas hidrográficas internacionales sino a las intracomunitarias⁽³⁰⁾. Ello no impediría, sin embargo, que esa sentencia del TJUE afectase a las primeras, puesto que trajo como consecuencia la ya apuntada sustitución de la demarcación hidrográfica del Norte por la del Cantábrico, y posteriormente la subdivisión de esta en las del Cantábrico occidental y oriental, incluyéndose en esta última las cuencas compartidas con Francia, que en principio habían quedado incluidas en la demarcación hidrográfica del Norte.

3. Incorporación al Derecho español de las obligaciones impuestas por la Directiva Marco de Aguas respecto de la planificación hidrológica

El siguiente aspecto a tratar en cuanto a las exigencias que resultan de la DMA en relación con las demarcaciones hidrográficas internacionales es el que se refiere a la planificación hidrológica. Las consecuencias de la DMA a este respecto se refieren tanto al cambio del ámbito territorial de los PPHH, que deberán ser en el futuro de demarcación, como una ampliación de su contenido, para ajustarse a lo contemplado en el Anexo VII de la norma europea⁽³¹⁾. Esas exigencias eran introducidas en el TRLA, modificado por el RDleg. 1/2001, apuntándose, por ejemplo, en su artículo 40.3 que el ámbito territorial de los planes de cuenca coincidirá con el territorio de la demarcación hidrográfica correspondiente⁽³²⁾.

de la Demarcación Hidrográfica del Ebro (BOE núm. 263, de 1 de noviembre de 2011); el RD 1389/2011, de 14 de octubre, por el que se establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la demarcación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Guadiana y por el que se modifica el RD 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los organismos de cuenca y de los planes hidrológicos (BOE núm. 263, de 1 de noviembre de 2011); el RD 1626/2011, de 14 de noviembre, por el que se establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua del ámbito de competencia estatal de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Cantábrico Oriental (BOE núm. 295, de 8 de diciembre de 2011); y el RD 1704/2011, de 18 de noviembre, por el que se establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la demarcación de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Tago (BOE núm. 296, de 9 de diciembre de 2011).

(30) STJUE de 7 de mayo de 2009, *Comisión c. España*, As. C-516/07.

(31) Otra posible consecuencia de la DMA es la referida a un cambio en la naturaleza jurídica de la planificación hidrológica en Derecho español como consecuencia de la aparición de los programas de medidas, planteándose el debate en el sentido de si, tras la incorporación de la DMA a nuestro Derecho, la naturaleza jurídica normativa quedaría reservada a los programas de medidas y no se extendería a toda la planificación hidrológica. Esa circunstancia queda descartada por Antonio EMBID (2007, p. 787), que advierte de que en realidad se trata de un problema planteado por la zafra transposición de la DMA, que se limitó a copiar literalmente los preceptos de esta, repartiéndolos aleatoriamente a lo largo del TRLA, pero que, en ausencia de una reforma de la legislación hídrica española, la naturaleza normativa de la planificación hidrológica debe seguir manteniendo ese carácter general, insertándose dentro de ese cuerpo normativo los contenidos de los programas de medidas.

(32) Asimismo debe señalarse que esa necesidad de adaptación de la planificación hidrológica a la DMA motivó la adopción del RD 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica, que sustituye al anterior Reglamento de la Administración pública del agua y de la planificación hidrológica aprobado mediante el RD 927/1988, de 29 de julio (BOE núm. 162, de 7 de julio de 2007). Ese RD 907/2007 era posteriormente modificado por el RD 1161/2010, de 17 de septiembre (BOE núm. 227, de 18 de septiembre de 2010).

La consecuencia era la necesidad de modificar los PPHH actualmente existentes, lo que conforme a la disposición adicional 11.ª6 del TRLA debía tener lugar como tarde el 31 de diciembre de 2009, debiendo ser revisados posteriormente cada seis años.

Pues bien, el cumplimiento por parte de España de esas exigencias fue objeto de un recurso ante el TJUE, que en su Sentencia de 4 de octubre de 2012 condena a España por la vulneración de los artículos 13.1 a 3 y 6, 14.1.c) y 15.1 de la DMA, al no haber adoptado, ni notificado a la Comisión y a los demás Estados miembros interesados, los PPHH, y al no haber tomado determinadas medidas de información y consulta públicas⁽³³⁾. Entre esos planes no adoptados y/o comunicados se encuentran, por lo que a nosotros nos interesa, los de las cuencas compartidas con Estados vecinos. La línea de defensa española en este asunto se estructura en tres argumentos básicos: culpar del retraso al complejo sistema jurídico e institucional español, en concreto al reparto competencial entre Estado y CCAA, invocar los progresos ya alcanzados en la aprobación de esos planes hidrológicos y alegar que, en cualquier caso, en España ya existen planes en vigor para todas las cuencas, de forma que la situación al respecto no es de vacío en cuanto a la protección de las aguas, haciendo recaer en la Comisión la carga de la prueba de que esos PPHH no son conformes con los objetivos de la DMA. Desoídos el primer y segundo argumentos conforme a la tradicional jurisprudencia del TJUE, la sentencia señala respecto del tercero que, si bien incumbe a la Comisión probar el incumplimiento alegado, los Estados miembros están obligados a facilitarle el cumplimiento de esa misión, especialmente en un caso como este, en el que la Comisión carece de facultades de investigación propias, por lo que depende en gran medida de los datos proporcionados por los Estados miembros. De ello deduce el TJUE que cuando la Comisión ha aportado suficientes datos que revelan determinados hechos acaecidos en el territorio del Estado miembro demandado, corresponde a este rebatir de manera fundada y pormenorizada los datos presentados y las consecuencias que se derivan de ellos. A este respecto se señala que España se limitó a proporcionar una lista de PPHH vigentes sin precisar su contenido, lo que hubiera permitido demostrar su conformidad con lo exigido en la DMA (especialmente en su Anexo VII), por lo que no ha rebatido de manera fundada ni pormenorizada las imputaciones de la Comisión, siendo por tanto condenada España por ese incumplimiento.

La delimitación de las demarcaciones hidrográficas se hace sobre la base del mantenimiento, o en su mayor parte, del actual esquema de cuencas hidrográficas, que pasan a constituirse en demarcación.

(33) STJUE de 4 de octubre de 2012, *Comisión c. España*, As. C-403/11. Por razones obvias debe tenerse en cuenta también la STJUE de 21 de junio de 2012, *Comisión c. Portugal* (As. C-223/11), por la que se condena a este Estado miembro por el incumplimiento del artículo 13.6 de la DMA, leído conjuntamente con los artículos 13.1 y 2, 14.1.c) y 15.1, como consecuencia de la no publicación de los planes de gestión de las demarcaciones hidrográficas nacionales e internacionales, así como por no publicar y someter a las observaciones del público los proyectos de planes y no transmitir estos a la Comisión.

Por último, en relación con las exigencias que resultan de la DMA respecto a la planificación hidrológica en las demarcaciones hidrográficas internacionales debe señalarse que su artículo 13.2 establece el deber de los Estados concernidos, cuando esas demarcaciones hidrográficas estén completamente incluidas en el territorio de la UE, como es el caso de todas las que interesan a España, de garantizar la coordinación con el objeto de elaborar un único plan de cuenca internacional. No obstante, siendo realistas ese objetivo de un plan único de cuenca en relación con las compartidas por varios Estados miembros, por más que tenga elementos de fuerza desde la estricta perspectiva de una correcta gestión del recurso en términos genéricos, plantea numerosas dificultades debido a las consecuencias de la planificación hidrológica y las reticencias que los Estados pueden tener al respecto, en especial aquellos que se encuentren en una situación de cierta debilidad. Puede mencionarse a este respecto el caso de las cuencas hispano-portuguesas, en las que, como ya se dijo, Portugal es de manera prácticamente constante Estado de aguas abajo, además de presentar una fuerte dependencia de esos recursos hídricos⁽³⁴⁾.

Esa es seguramente la razón de que la exigencia de un plan único de cuenca internacional no sea absoluta sino que, como ya se apuntó en el apartado dedicado a las obligaciones impuestas por la DMA con carácter genérico, vaya acompañada de una alternativa consistente en la adopción por parte de cada Estado de PPHH que abarquen al menos las partes de la demarcación hidrográfica internacional situadas en su territorio, reduciéndose en ese caso la obligación impuesta a las partes a la coordinación entre ellas en relación con los respectivos PPHH. Y esa ha sido la opción elegida por España respecto de las cuencas compartidas tanto con Portugal como con Francia, ello a pesar de las notables diferencias existentes entre ambos casos, que podrían llevar a considerar como más justificada esa solución en el segundo caso, dada la menor relevancia que desde diversos puntos de vista presentan esas cuencas compartidas, en especial en cuanto a su componente internacional y la perturbación que la inexistencia de un plan único de cuenca puede suponer para la adecuada gestión de esas aguas. En el caso de las cuencas hispano-portuguesas la solución adoptada parece optar por la alternativa que menos se ajusta al cumplimiento adecuado de los objetivos marcados por la DMA, encontrándose la única explicación en las reticencias, por otra parte lógicas, que existen respecto de la adopción de esos planes únicos. En todo caso puede plantearse como una obligación futura de los Gobiernos de ambos Estados el desarrollo de esa cooperación hídrica hasta llegar a una auténtica planificación única de las cuencas compartidas, más adaptada a la consideración de estas como unidades de gestión de los recursos hídricos transfronterizos.

(34) De hecho, esas reticencias han tenido también su papel, en este caso de impulso, en relación con la cooperación hídrica entre los dos países ibéricos, puesto que entre las causas que están en el origen del Convenio de Albufeira se incluye la preocupación portuguesa por las consecuencias del uso de los ríos compartidos por parte de España, en concreto por el riesgo que podían representar para sus intereses los trasvases contemplados en el anteproyecto de Ley española del PHN, aprobado en 1993, y que finalmente no llegó a convertirse en ley por la oposición de las CCAA cedentes. A pesar de la afirmación del entonces Ministro, Josep Borrell, de que ese PHN no se aprobaría sin el acuerdo con Portugal, lo cierto es que sirvió como acicate para el deseo de las autoridades portuguesas de concluir un nuevo Convenio regulador de esta cuestión, poniéndose en marcha el proceso a partir de la *Cumbre del agua* celebrada en Oporto en noviembre de 1994.

4. Incorporación al Derecho español de las obligaciones impuestas por la Directiva Marco de Aguas respecto del cumplimiento de los objetivos ambientales

La última cuestión que incluiremos en nuestro estudio es la anteriormente apuntada respecto de la diferencia existente entre las aguas hispano-portuguesas e hispano-francesas en cuanto al cumplimiento de los distintos objetivos, fundamentalmente de naturaleza medioambiental, establecidos por la DMA. Como ya se señaló, esa diferencia resulta fundamentalmente de la amplia tradición de cooperación mediante organismos conjuntos existente en el primer caso, frente a la inexistencia de ese tipo de desarrollos en el segundo. Así, en el cumplimiento de los objetivos de la DMA en relación con las cuencas compartidas con Portugal, asume un papel muy importante la CADC creada en el Convenio de Albufeira, que presenta como peculiaridad destacable el desempeño de esa función respecto de todas las cuencas compartidas por ambos Estados⁽³⁵⁾. Esa circunstancia no parece plantear problemas desde el punto de vista de lo recogido en la DMA, ya que las referencias que en ella se hacen a este respecto presentan un carácter genérico, conforme con la neutralidad que observa el Derecho de la UE en lo que se refiere a las autoridades encargadas de la aplicación de la norma europea, mencionando la posibilidad de utilizar para el cumplimiento de los objetivos ambientales las estructuras internacionales ya existentes, de donde difícilmente pueden extraerse elementos que permitan concluir la exclusión de la posibilidad de una coordinación global de todas las cuencas compartidas entre dos Estados.

En esa misma línea merece recordarse la sentencia ya mencionada del TJUE de 30 de noviembre de 2006, en la que se acepta la argumentación luxemburguesa de que, dado que no existen en su territorio demarcaciones nacionales sino solo internacionales, el cumplimiento de los objetivos ambientales conforme al artículo 3.º 4 de la DMA se materializa a través de los correspondientes Acuerdos internacionales, lo que, trasladado a la cooperación hispano-portuguesa, ha llevado a concluir que, conforme a esa jurisprudencia, el Convenio de Albufeira cumpliría suficientemente lo relativo a la presencia de las demarcaciones hidrográficas compartidas con Portugal, que no precisarían de una regulación específica en el Derecho interno español, aunque sí la delimitación de la parte española de las correspondientes demarcaciones hidrográficas internacionales⁽³⁶⁾.

El papel jugado por la CADC en este punto descansa en la atribución a esta de una competencia residual en relación con el logro de los objetivos del Convenio de Albufeira, según recoge en su artículo 22.2⁽³⁷⁾. A este respecto se señala que no existe mejor forma para el exacto cumplimiento del Convenio que la observancia de las normas de Derecho

(35) A lo que alude Francisco DELGADO PIQUERAS (2004): p. 185, justificando la compatibilización de esa circunstancia con lo recogido en la DMA, al señalar que, si bien en esta se establece que la coordinación se haga por demarcaciones individualizadas, no puede descartarse que ese tratamiento se dé en el marco convencional establecido entre ambos Estados, mediante subcomisiones y Grupos de Trabajo en cuyo seno se incorporen las autoridades de cuenca.

(36) EMBID IRUJO, A. (2007): p. 24.

(37) En ese mismo sentido ha de apuntarse, además, la referencia contenida en el artículo 10.2 del Convenio, conforme al cual: «Las Partes procederán a la coordinación, para cada cuenca hidrográfica, de los planes de gestión y los programas de medidas, generales o especiales, elaborados en términos de derecho comunitario».

comunitario aplicable, recogida en su artículo 2.º 2⁽³⁸⁾. De hecho, el desarrollo del Derecho europeo de aguas constituye uno de los elementos que se aducen para explicar el cambio de intensidad en la actuación de la CADC, citándose la finalización del plazo de transposición de la DMA como una de las causas de la aceleración de la intensidad de la actividad de ese órgano, además de servir como límite al juego de la política en el desarrollo de la cooperación hídrica ibérica⁽³⁹⁾.

La trascendencia de la DMA en la gestión de las cuencas hispano-portuguesas, y por tanto en el desarrollo de su función por parte de la CADC, se refleja en que el primer Grupo de Trabajo creado en el marco de este órgano fue el encargado de la inclusión de las disposiciones de la DMA en el Convenio. La actividad desarrollada por esos Grupos de Trabajo se ha materializado en el cumplimiento de distintas exigencias marcadas por la norma europea como: la compatibilización de las demarcaciones hidrográficas compartidas y de los sistemas de información geográfica y de la delimitación de las masas de agua fronterizas y transfronterizas; el intercambio de información sobre las tipologías, evaluación del impacto en las masas de agua fronterizas y transfronterizas y los correspondientes programas de monitorización de estas masas de agua; intercambio de información sobre normativas internas de desarrollo de la DMA, programas de medidas y métodos de análisis económico en lo que se refiere a metodologías para el análisis de coste/eficacia y presentación y aprobación de la cartografía de delimitación de las masas de agua fronterizas y transfronterizas de las que fueron eliminadas las discrepancias, disponiéndose por vez primera de mapas conjuntos de delimitación de masas de agua.

Por lo que respecta a las cuencas hispano-francesas, debe recordarse la débil tradición de órganos conjuntos para la gestión de las aguas compartidas⁽⁴⁰⁾, que se debe a la ya varias veces comentada circunstancia de la escasa trascendencia de las cuencas compartidas por ambos Estados. De hecho, la necesidad de cumplir las exigencias de la DMA va a romper esa dinámica, llevando a ambos Estados a la creación, en el artículo 4.º del Acuerdo administrativo de 2006⁽⁴¹⁾, de un Comité de Coordinación encargado del seguimiento de las cuestiones de gestión de esos cursos transfronterizos, que, conforme al artículo 5.º del mismo texto, asume competencias en relación con la resolución de discrepancias respecto a la interpretación o aplicación del Acuerdo.

(38) SANTAFÉ MARTÍNEZ, J.M. (2006): pp. 9 y ss.

(39) BARREIRA, A. (2008): pp. 8 y ss.

(40) A este respecto debe señalarse la creación en 1976, por la Comisión Internacional de los Pirineos, de una Comisión de Aguas Fronterizas, con el objeto de examinar e intentar resolver los problemas que pudieran plantearse en relación con el uso y el aprovechamiento de las aguas transfronterizas y que no estuviesen tratados por alguna Comisión específica. Ello confería en la práctica a este órgano un papel residual, puesto que las grandes cuestiones hídricas que interesan a ambos Estados eran objeto de tratamiento en comisiones específicas. Es el caso de las Comisiones mixtas creadas por los Convenios de 29 de julio de 1963 y de 12 de julio de 1958, para articular la cooperación entre ambos países en relación con el aprovechamiento hidroeléctrico construido en la parte alta del Garona en el primer caso y con la desviación de las aguas del Carol para el aprovechamiento hidroeléctrico del Lago Lanós en el segundo. Sin embargo, la actividad de estos organismos conjuntos no alcanza la intensidad ni la amplitud en cuanto al ámbito material de competencias de los correspondientes a la cooperación con Portugal, muy especialmente de la CADC.

(41) Texto en el que se materializa la adaptación del régimen jurídico de los cursos compartidos por ambos Estados a las exigencias de diversos textos internacionales y muy en especial las resultantes del artículo 3.º 3 de la DMA.

V. CONCLUSIONES

Aunque la presencia en el Derecho español de aguas de la gestión por cuencas constituye un factor que ha relativizado las consecuencias de la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la DMA, eso no ha alcanzado hasta el punto de evitar la necesidad de introducir modificaciones en nuestro ordenamiento hídrico para adaptarlo a las exigencias del Derecho europeo. Esas modificaciones han alcanzado a las aguas compartidas por España con sus Estados vecinos, aspecto en el que los cambios más significativos son la *delimitación* de las demarcaciones hidrográficas internacionales, la designación o adaptación de los órganos encargados de garantizar el cumplimiento de las obligaciones medioambientales impuestas por la DMA y la adaptación de la planificación hidrológica.

Por lo que respecta a la primera de esas cuestiones, la referencia a la delimitación se incluye en cursiva porque no se ha producido *stricto sensu*, sino que lo realizado hasta ahora ha sido la determinación de la parte española de esas demarcaciones, que necesita el complemento de su delimitación conjunta por ambos Estados. De hecho, lo lógico hubiera sido que esa delimitación conjunta hubiese precedido a la determinación de la parte de esta situada en el territorio de cada Estado; es decir, que lo realizado parece haber trastocado el orden lógico de las cosas, si bien el posible incumplimiento que de ello pudiera resultar de lo recogido, siquiera sea de manera implícita, en la DMA no ha llegado al TJUE.

Esa misma sensación de cumplimiento defectuoso, quizá por apresurado, en el mejor de los casos, de lo señalado por la norma europea se percibe en relación con la planificación hidrológica. Y ahora con mayor razón, toda vez que sobre este particular sí existe pronunciamiento del TJUE constatando ese incumplimiento por parte de España, siendo especialmente relevante a los efectos de lo que aquí nos interesa que ese incumplimiento afecta a las demarcaciones hidrográficas internacionales, en relación con las cuales la sentencia del TJUE ha tenido repercusiones como la inclusión de parte de las aguas compartidas con Francia en la demarcación hidrográfica del Cantábrico Oriental.

La última cuestión que incluimos en estas conclusiones es la relativa al cumplimiento de las obligaciones medioambientales. A este respecto debe señalarse que la aplicación de las exigencias de la DMA a las aguas compartidas con otros Estados ha puesto de manifiesto el distinto nivel en el que se encuentran la cooperación hídrica con Portugal y con Francia, consecuencia del también diferente contexto en el que se enmarcan una y otra. Baste decir que, frente al escaso desarrollo de organismos conjuntos con Francia, la cooperación entre ambos países ibéricos no solo es notablemente más prolija sino que anticipaba ya las exigencias de la norma europea, incorporadas de antemano al Convenio de Albufeira. Eso se ha traducido en el protagonismo jugado por la

Los Estados miembros están obligados a facilitar el cumplimiento de esa misión, especialmente en un caso como este, en el que la Comisión carece de facultades de investigación propias.

CADC en el cumplimiento de la DMA. Quizá por el contraste con esa diferencia resulta significativo que la solución elegida en ambos casos para la planificación hidrológica haya sido la misma, optando por la elaboración de PPHH correspondientes a la parte de cada una de ellas incluidas en el territorio de los Estados concernidos, en lugar de abordar la elaboración de un plan único de cuenca internacional. Esta circunstancia encuentra su explicación en las consecuencias, y la consiguiente dificultad, de esa elaboración de un plan único y puede ser considerada como una de las tareas a abordar en el futuro con el fin de ajustarse lo máximo posible a la premisa de la gestión integrada de los recursos hídricos.

VI. ANEXO BIBLIOGRÁFICO

- BARREIRA, A. (2008): «La gestión de las cuencas hispano-portuguesas: El Convenio de Albufeira», *Panel científico-técnico de seguimiento de la política de aguas* <<http://www.unizar.es/fnca/variados/panel/54.pdf>>.
- CARO-PATÓN CARMONA, I. (2006): «La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general», *RADA*, núm. 9, pp. 37-57.
- DELGADO PIQUERAS, F. (2004): «La transposición de la Directiva marco de aguas en España», *RAP*, núm. 165, septiembre/diciembre, pp. 181-213.
- EMBED IRUJO, A. (2007): «La Directiva Marco del Agua y algunos de los problemas de su proceso de implantación en España y otros países europeos», *Ingeniería y Territorio*, núm. 80, pp. 20-27.
- (2007b): «Planificación hidrológica», en las pp. 767-789 de Embid Irujo, A. (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid, 981 pp.
- ESPIÑOZA GUERRA, L. (1998): «Los ríos ibéricos internacionales», *I Congreso Ibérico sobre Gestión y Planificación de Aguas. El agua a debate desde la Universidad. Por una nueva cultura del agua* <http://www.congreso.us.es/ciberico/archivos_html/index.htm>.
- FANLO LORAS, A. (2007): «Demarcaciones hidrográficas», en las pp. 528-533 de Embid Irujo, A. (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Iustel, Madrid, 981 pp.
- SALINAS ALCEGA, S. (2008): «El régimen jurídico de los ríos ibéricos transfronterizos», en las pp. 301-330 de Embid Irujo, A., Marcius de Alencar Xavier, Y., y Dos Santos Siveira Neto, O., *El Derecho de Aguas en Brasil y España. Un Estudio de Derecho Comparado*, Thomson Aranzadi, Navarra, 356 pp.
- (2009): «Organismos de gestión de las cuencas hidrográficas transfronterizas: el caso de las cuencas hispano-portuguesas», *RADA*, núm. 16, pp. 35-66.
- SANTAFÉ MARTÍNEZ, J.M. (2006): «La gestión de las cuencas ibéricas: estado del Convenio de Albufeira», *5.º Congreso Ibérico Gestión y Planificación de recursos* (Faro, 4-8 diciembre 2006) (texto puesto a disposición por el autor).
- SETUÁIN MENDÍA B. (2001): «La Directiva-marco sobre el agua: el fin del proceso decisorio y el inicio del aplicativo», *Justicia Administrativa*, núm. 11, abril, pp. 5-32.
- (2010): «Consideraciones actuales sobre la organización y las competencias de los organismos de cuenca en España», en las pp. 315-357 de Embid Irujo, A., y Mathus Escorihuela, M. (dirs.), *Organismos de cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiación*, Dunken, Buenos Aires, 550 pp.

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

OTROS DERECHOS

LA APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE AGUAS EN ALEMANIA

PROFESOR DOCTOR JOHANN-CHRISTIAN PIELOW^(*)

RESUMEN

La aplicación del Derecho europeo de aguas en Alemania

La Directiva Marco de Aguas (2000/60/EC-DMA) se transpuso al derecho alemán con retraso debido a las en un principio insuficientes competencias del legislador federal. El proceso de transposición culminó en la última reforma de la Ley de aguas (Wasserhaushaltsgesetz) en 2009, en conexión con el debido complemento en la legislación de los Estados Federados (Länder). En cuanto a la puesta en práctica de la planificación y programación hidrológica en las (nuevas) demarcaciones y cuencas hidrográficas, destaca la competencia ejecutiva de los Länder y, consiguientemente, la «colcha de retales» de muy diversas estructuras y procedimientos administrativos. La debida coordinación y cooperación, particularmente entre los Estados federados y con la Federación, se efectúa con frecuencia mediante mecanismos informales; se echa en falta, además, la adecuada coordinación entre los sectores del agua y los de la agricultura e industria en el interés de una mayor coherencia de las políticas (por ejemplo de ayudas públicas). Finalmente, quedan abiertas unas cuestiones jurídicas (pendientes ante el Tribunal de Justicia de la UE) acerca de la interpretación de algunos conceptos indeterminados en la DMA, entre otros en lo referido a la financiación de los servicios relacionados con el agua. Generalmente, el desarrollo de la calidad de las aguas está en un buen camino, aunque por el momento, debido a la historia industrial del país, con deficiencias en cuanto al estado ecológico de las aguas superficiales.

ABSTRACT

The Implementation of European Law of Water in Germany

The Water Framework Directive (2000/60/EC-DMA) was incorporated to the German law with certain delay due to federal law-makers' competence problem. The implementation process culminated in the last amendment of the Law of Water (Wasserhaushaltsgesetz) in 2009 in connection with the due complement in the Federated States Law (Länder). As for the implementation of the planning and hydrological programming in the (new) river basin districts, it highlights the executive competence of the Länder and consequently the «patchwork quilt» of very diverse structures and administrative procedures. The due coordination and cooperation particularly between the Federal States and with the Federation it is frequently carried out by means of informal mechanisms; it also lacks the appropriate coordination between the water sectors and those of agriculture and industry in order to achieve a greater policy coherence (i.e. public aids). Finally there are still some open legal questions left (pending of the EU Court of Justice) regarding the interpretation of some concepts which are not well defined in the DMA, among others that referred to the financing of those services related to water. Generally speaking, the development of the quality of water is on the right track, though for the time being, due to industrial history of the country, it has certain deficiencies as for the ecological condition of surface waters.

(*) Doy las gracias a *Nadine Danowsky*, colaboradora científica en el Instituto de Derecho Minero y de la Energía de la Universidad de Bochum, por el apoyo prestado en la elaboración de este artículo así como a los profesores Antonio Embid Irujo (Universidad de Zaragoza) y Pablo Meix (Universidad de Castilla-La Mancha) por la ayuda en la corrección de la versión española del texto.

Palabras clave: Directiva marco de aguas (DMA); transposición en Alemania; reforma del federalismo; propiedad y gestión pública de las aguas; demarcaciones y cuencas hidrográficas; planes hidrográficos y programas de medidas; coordinación de la Administración pública entre Federación (Bund) y Estados Federados; información y participación pública; compensación financiera de los servicios de agua; objetivos medioambientales de la DMA.

Key words: Water Framework Directive (DMA); its incorporation in Germany; federalism reform; ownership and public management of water; river basins districts; hydrographical plans and measures programs; coordination of the Public Administration between Federation (Bund) and Federal States; information and public participation; financial offset for water services; environmental objectives of the DMA.

SUMARIO

I. LEGISLACIÓN DE TRANSPOSICIÓN Y REFORMA DEL FEDERALISMO.

1. **Inicialmente: Legislación-marco de la Federación.**
2. **Actualmente: Legislación «concurrente».**
3. **Legislación sobre aspectos financieros.**

II. «GESTIÓN PÚBLICA» DE LAS AGUAS Y ESTRUCTURAS EJECUTIVAS.

1. **Propiedad de las aguas y concepto jurídico-público de su gestión.**

- A) Aguas superficiales corrientes y subterráneas.
- B) Aguas estancadas.
- C) Uso común, uso del propietario y/o uso de los vecinos.

2. **Organización administrativa y federalismo «cooperativo».**

III. DEMARCACIONES Y CUENCAS HIDROGRÁFICAS.

1. **El marco legal.**
2. **Cooperación y coordinación administrativa.**

- A) Coordinación a nivel internacional.
- B) Coordinación a nivel de los Estados federados.
- C) Déficits de coordinación y de planificación.
- D) Información y participación del público.

IV. COMPENSACIONES FINANCIERAS.

V. PERSPECTIVAS: ¿SE LOGRAN LOS OBJETIVOS MEDIOAMBIENTALES?

VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. LEGISLACIÓN DE TRANSPOSICIÓN Y REFORMA DEL FEDERALISMO

El fundamento jurídico del Derecho de aguas en Alemania lo constituye la Ley (federal) relativa a la ordenación de la gestión de las aguas (*Wasserhaushaltsgesetz* - *WHG*) del 27

de julio de 1957⁽¹⁾, que debe ser distinguida del Derecho (igualmente federal) de las vías navegables (*Wasserstraßenrecht*)⁽²⁾.

1. Inicialmente: Legislación-marco de la Federación

Inicialmente se trató de una ley «marco» (*Rahmengesetz*) en el sentido del anterior artículo 75 de la Ley Fundamental de Bonn (LF), según el cual la Federación (*Bund*) tenía la competencia para emitir legislación marco en determinadas materias, y entre ellas en el área de la «ordenación de suelos (*Bodenordnung*), la ordenación del territorio y la gestión de las aguas» (artículo 75, párrafo 1, núm. 6 de la LF). De tal manera la Ley sobre la gestión de las aguas (WHG) contenía «disposiciones-marco» que solo excepcionalmente podían entrar en detalles o contener regulaciones de aplicación inmediata, artículo 75, párrafo 2, de la LF⁽³⁾. Por su lado, los Estados Federados (*Länder*) estaban obligados a dictar, en el marco de la legislación federal, las leyes necesarias (artículo 75, párrafo 3, de la LF), de manera que el panorama legislativo (de competencia de la Federación) sobre las aguas se debía ver complementado por las legislaciones de aguas en los 16 *Länder* alemanes⁽⁴⁾.

Esta naturaleza bipolar de la legislación de aguas trajo consigo un retraso en la transposición de la Directiva Marco de Aguas (DMA)⁽⁵⁾. Es cierto que el legislador federal dictó una versión refundida del marco legislativo de la WHG ya en el año 2002⁽⁶⁾. Sin embargo, y debido a su competencia solo parcial para emitir la legislación «marco», la Federación no pudo proceder a la transposición completa de la DMA, sino que debió conformarse con la implementación de unos pocos principios básicos, dado el encargo a los Estados federados, que deberían proceder a una amplia transposición, que sería, a su vez, complementaria de las normas europeas. En consecuencia, y dado que este proceso de transposición a nivel de los *Länder* requería su tiempo (no sucedió hasta finales del 2005), la República Federal se

(1) *Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts*, BGBl. I 1957, pp. 1110, 1386 —hoy en su versión del 31 de julio de 2009, BGBl. I 2009, p. 2585—, última modificación por ley del 24 de febrero de 2012, BGBl. I 2012, p. 212.

(2) Véase al respecto la Ley federal sobre las vías navegables (*Wasserstraßengesetz*), de 2 de abril de 1968, en su versión consolidada de 23 de mayo de 2007 (BGBl. I 2007, p. 962), última modificación por ley de 6 de octubre 2011 (BGBl. I 2011, pp. 1986).

(3) Sobre los límites jurídico-constitucionales de la legislación-marco en materia de gestión de aguas: ROLAND REICHERT, «Verfassungsmäßigkeit der Novelle zum Wasserhaushaltsgesetz? – Grenzen der Rahmengesetzgebung», en: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NvWZ) 1998, pp. 17 y ss.

(4) Véase, por ejemplo, la Ley de aguas de Renania del Norte-Westfalia en su nueva versión de 25 de junio de 1995 (GV. NW: 1995, p. 926), últimamente modificada por ley de 16 de marzo de 2010 (GV. NRW. 2010, p. 185).

(5) Directiva 2000/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, DO núm. L 327, p. 1, modificada por última vez por la Directiva 2009/31/CE, de 23 de abril de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono, DO núm. L 140, p. 114.

(6) Véase la Ley de 18 de junio de 2002 (*Siebties Gesetz zur Änderung des Wasserhaushaltsgesetzes*), BGBl. I 2002, p. 1914; el proyecto de ley, así como la exposición de motivos y fundamentos, se pueden consultar en los documentos del Parlamento Federal (Bundestag), más concretamente en: BT-Drucksache 14/7755 de 7 de diciembre de 2001 <<http://dip.bundestag.de/btd/14/077/1407755.pdf>>.

vio sometida a un procedimiento de infracción del Tratado por parte de la Comisión Europea, y más tarde incluso a la condena por el Tribunal de Justicia⁽⁷⁾.

2. Actualmente: Legislación «concurrente»

A pesar de lo dicho más arriba, sí que nos encontramos hoy en día ante una transposición *completa* de la DMA también a nivel de la legislación federal. Esto se debió, en gran parte, a la reforma del federalismo alemán (*Föderalismusreform I*), cuya primera fase se llevó a cabo, junto con la mayor reforma de la Ley Fundamental tras su entrada en vigor el 23 de mayo de 1949, en el año 2006. Aquella reforma trajo consigo una considerable reorganización de las competencias tanto legislativas como ejecutivas entre el *Bund* y los *Länder*⁽⁸⁾. Acabó especialmente con la «legislación marco» de la Federación según el anterior artículo 75 de la LF, de manera que las materias legislativas allí mencionadas se convirtieron en títulos de legislación «concurrente» (*konkurrierende Gesetzgebung*) según los artículos 72 y 74 de la Ley Fundamental, con el derecho de legislar, ahora de manera exhaustiva, en el área de las aguas conforme al actual artículo 74, párrafo 1, núm. 32 de la LF —si bien bajo los requisitos específicos, y por su parte modificados con la enmienda constitucional, acerca de la legislación concurrente—. De acuerdo con un necesario compromiso político se les otorgó a los Estados federados, y en las materias de la antigua legislación-marco, el derecho a desviarse (*opting out*) de la legislación (ahora: concurrente) de la Federación (véase para la competencia en materia de aguas el actual artículo 72, párrafo 3, núm. 5 de la LF). Además, y a tal fin, las nuevas leyes «concurrentes» del *Bund* entran en vigor, como muy pronto, seis meses después de su promulgación, y en el caso de una desviación por parte de uno o varios legisladores regionales se aplicará la regla *lex posterior derogat legi priori* (cfr: el actual artículo 72, párrafo 3, segunda frase).

Entretanto, el legislador federal hizo uso de su nueva competencia para legislar en materia de aguas —entre otras causas por los problemas que causó la transposición del Derecho comunitario bajo el antiguo régimen de la legislación-marco— y aprobó a finales de julio de 2009 una nueva ley —ahora «plena» en vez de una solo «marco»— con una profunda reordenación del Derecho de aguas, que entró en vigor el 1 de marzo de 2010⁽⁹⁾. Así pues, resulta que un motivo decisivo de la última reforma del Derecho de aguas ha sido precisamente el de la mejora de su adaptación al Derecho europeo (*Europatauglichkeit*), en la medida en que se posibilitó la transposición de la DMA así como del restante Derecho comunitario de aguas⁽¹⁰⁾ de manera unitaria en todo el territorio nacional y se abandonó

(7) Véase Sentencia del TJCE de 15 de diciembre 2005, Asunto C-67/05 – Comisión / Rep. Fed. Alemana, su contenido en castellano en DO 2005 núm. C. 82.

(8) Una segunda fase de la reforma —*Föderalismusreform II*— afectó a las relaciones financieras entre la Federación y los Estados federados, en el año 2009.

(9) Véase Ley de refundición del derecho de aguas (*Gesetz zur Neuregelung des Wasserrechts*) de 31 de julio de 2009. BGBl. I 2009, p. 2585; el proyecto de ley, así como la exposición de motivos y fundamentos, se pueden consultar en los documentos del Consejo Federal (*Bundesrat - BR*), más concretamente en: BR-Drucksache 280/09 de 3 de abril de 2009 <<http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP16/192/19280.html>>.

(10) La nueva ley sirvió igualmente a la transposición de otras (muchas) normas europeas relacionadas con la DMA (*Tochterrichtlinien*), tales como la Directiva 91/271/CEE, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas

el anterior sistema de transferencia en dos fases por el legislador a nivel tanto nacional como de los Estados federados. Desde entonces se han dictado, además algunos de los necesarios reglamentos complementarios por parte del Gobierno Federal⁽¹¹⁾, tales como el Reglamento sobre aguas subterráneas⁽¹²⁾, el Reglamento sobre aguas superficiales⁽¹³⁾ así como el Reglamento sobre instalaciones (industriales) que tratan con materias peligrosas para las aguas⁽¹⁴⁾. Mientras tanto, los legisladores de algunos (pocos) *Länder* aprovecharon de la posibilidad del *opting out* de la legislación federal presente en el artículo 72, párrafo 3, de la LF para dictar normas diferentes a la WHG, por ejemplo en lo referido al ámbito de aplicación de sus propias leyes sobre aguas, o bien en cuanto a particularidades del procedimiento administrativo y ejecutivo⁽¹⁵⁾.

Esta naturaleza bipolar de la legislación de aguas trajo consigo un retraso en la transposición de la Directiva marco de aguas (DMA).

3. Legislación sobre aspectos financieros

Por último y estrechamente vinculado al reparto de las competencias legislativas en materias de aguas tanto como a las reglas de la recuperación de costes de los servicios relacionados con el agua (artículo 9.º de la DMA), habrá de mencionarse la legislación —de los *Länder*, dado que la Federación hasta ahora no hizo uso de su competencia «concurrente» también en este sector— sobre las tasas para la extracción de aguas (coloquialmente *Wassercent*, es decir, «Céntimo del agua») que han sido introducidas a partir de finales de los años 80 en la mayoría de los Estados federados alemanes o de las que se está planeando su introducción (con excepción, hoy en día, de Baviera y Hesse). El Tribunal Constitucional Federal ya declaró tempranamente que estas tasas eran compatibles con los derechos fundamentales (igualdad, libertad profe-

[en su versión del Reglamento (CE) núm. 113/2008], la Directiva 2004/35/CE, sobre la responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales o las Directivas 2006/11/CE, sobre la contaminación por sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático, y 2006/118/CE, relativa a las aguas subterráneas.

(11) Basándose, conforme al artículo 80 de la LF, que regula los requisitos jurídico-constitucionales para la aprobación de reglamentos (*Rechtsverordnungen*) por el poder ejecutivo (federal), en la cláusula central de apoderamiento en el artículo 23 de la Ley de gestión de aguas (WHG).

(12) Verordnung zum Schutz des Grundwassers (Grundwasserverordnung) de 9 de noviembre de 2010 (BGBl. I 2010, p. 1513).

(13) Verordnung zum Schutz der Oberflächengewässer (Oberflächengewässerverordnung) de 20 de julio 2011 (BGBl. I 2011, p. 1429).

(14) Verordnung über Anlagen zum Umgang mit wassergefährdenden Stoffen de 31 marzo 2010 (BGBl. I 2010, p. 377).

(15) Según parece, esto ha sucedido hasta ahora únicamente en los casos de la Ley de aguas de Sajonia-Anhalt (cfr. Wassergesetz für das Land Sachsen-Anhalt del 16 de marzo 2011 (GVBl. LSA 2011, p. 492) y la Ley de aguas de Baviera (*Bayerisches Wassergesetz* de 25 de febrero 2011, GVBl. 2010, p. 66), véanse en esta última ley, por ejemplo, los artículos 1.º (ámbito de aplicación), 10 (autorizaciones «limitadas» para el uso de aguas), 17 (reglamentos), 19 (uso de aguas superficiales para la pesca), 23 y ss. (transferencia, reparto, contenido de la carga del mantenimiento de aguas determinadas, así como financiación de esta tarea) o en lo referido a la regulación de las áreas susceptibles de inundaciones.

sional y propiedad relativa a productores, por ejemplo de la industria papelera), dado su carácter de contribución para el uso de recursos naturales (*Ressourcennutzungsgebühr*) como compensación del beneficio que surge de hacer uso de las aguas en su función de bienes públicos (véase al respecto *infra* II).⁽¹⁶⁾ Por otro lado, la *Federación* sí que hizo uso, ya en el año 1976 y aún bajo el antiguo régimen de la legislación-marco (véase más arriba, I.1), de su competencia, ahora «concurrente» (artículo 74, párrafo 1, núm. 32 de la LF), para regular las contribuciones sobre los vertidos de aguas residuales⁽¹⁷⁾, un instrumento que sirve especialmente como incentivo en favor del uso racional y compatible con el medio ambiente, y de acuerdo con el propósito de la tributación financiera según el principio «quien contamina paga» de la DMA⁽¹⁸⁾.

II. «GESTIÓN PÚBLICA» DE LAS AGUAS Y ESTRUCTURAS EJECUTIVAS

La legislación federal sobre aguas es relativamente nueva (1957) y ha sustituido y unificado para todo el territorio nacional el panorama hasta entonces altamente fragmentado de los anteriores regímenes tanto jurídico-públicos como basados en títulos del Derecho privado en los Estados federados⁽¹⁹⁾. Hoy en día y tras reiteradas así como profundas reformas de la ley federal (WHG) en los años 1976, 1986, 1996, 2001 (transposición de las Directivas 96/61/CE⁽²⁰⁾ y 97/11/CE⁽²¹⁾), 2002 (primera transposición de la DMA, véase más arriba, I.1) y 2009 (tras la «reforma del federalismo», véase más arriba, I.2), nos encontramos ante un marco legislativo relativamente armónico, en el sentido de la vinculación de la propiedad y del uso de las aguas para el bien común o, en palabras de la famosa resolución del Tribunal Constitucional Federal del año 1981, en el sentido de un «ordenamiento jurídico-público de utilización» (*öffentlich-rechtliche Benutzungsordnung*) de las aguas⁽²²⁾.

(16) Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 7 de noviembre de 1995 (2 BvR 1300/93), en: BVerfGE 93, pp. 319 y ss.; últimamente y de nuevo en el mismo sentido: Auto del Tribunal Constitucional Federal de 20 de enero de 2010 (1 BvR 1801 y 1878/07), en: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2010, pp. 831 y ss.

(17) Véase la Ley sobre las tasas para el vertido de aguas residuales en aguas públicas (*Gesetz über Abgaben für das Einleiten von Abwasser in Gewässer – Abwasserabgabengesetz*) de 15 de enero de 2005, hoy en su versión de 13 de septiembre 2009 (BGBl. I 2005, p. 114), más recientemente modificada por Ley de 11 de agosto de 2010 (BGBl. I 2010, p. 1163).

(18) Más detalladamente: KLOEPFER, Michael (2004): *Umweltrecht*, 3.ª ed., capítulo 13, apartados 235 y ss.

(19) Con más detalle sobre la evolución del Derecho de aguas: KLOEPFER (nota 13), capítulo 13, apartados 33 y ss. Los «derechos antiguos» que se basan en estos títulos anteriores (por ejemplo, derecho de molinos de agua o de balsa) se respetan solo transitoriamente y siempre que se haya hecho uso de ellos desde 1957 (1990 en los «nuevos» *Länder* en Alemania del Este) y aún se esté haciendo uso de estos; además, pueden ser revocados en el interés del bien común, véanse artículos 20 y ss. de la WHG.

(20) De 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, hoy: Directiva 2000/60/CE, de 15 de noviembre de 2000, DO núm. L 26, p. 8.

(21) De 3 de marzo de 1997, por la que se modifica la Directiva 85/337/CEE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, hoy: Directiva 2000/60/CE, de 13 de diciembre de 2000, DO 2001 núm. L 26, p. 1.

(22) El auto de 15 de julio de 1981 (1 BvL 77/78, en: BVerfGE 58, pp. 300 y ss.) ha sido decisivo particularmente por lo que respecta a la responsabilidad del Estado en casos de restricciones legislativas del derecho a la propiedad, y en lo referido a la pregunta de bajo qué requisitos ello puede considerarse una expropiación en el sentido del artículo 14,

(véase a continuación II.1). Con respecto a la distribución de las competencias *ejecutivas* en relación al derecho de aguas, siguen aplicándose los tradicionales principios del Estado federal alemán de la ejecución de las leyes federales por parte de los *Länder* (véase a continuación II.2) —lo que trae consigo, como se mostrará más adelante (III.), consecuencias desfavorables en lo referido especialmente a la normativa sobre las cuencas hidrográficas según la DMA—.

1. Propiedad de las aguas y concepto jurídico-público de su gestión

Bajo el ya mencionado concepto del «ordenamiento jurídico-público de la utilización de las aguas» se entiende que regularmente no existe ningún tipo de propiedad, ni privada ni pública, en las aguas tanto superficiales corrientes como subterráneas —sino que se aplica en Alemania, como suele ser el caso en los ordenamientos «francófilos», el concepto de *domaine public* o *dominio público* en este contexto⁽²³⁾—. Estamos más bien ante un régimen de «gestión pública» o, en alemán, de la *öffentliche Bewirtschaftung* de las aguas y esto en el sentido de la «desindividualización» del Derecho de aguas «según las tendencias contemporáneas del Derecho medioambiental»⁽²⁴⁾. En otras palabras, el Derecho alemán de aguas se ha desprendido tempranamente y en gran medida de cualquier derecho «subjetivo». Más bien, las aguas continentales han sido sometidas, en su función de «bienes públicos» (*öffentliche Sachen* o, en el sentido de las ciencias económicas más que jurídicas: *Public goods*) a un régimen de *autorización previa* de su uso y en el marco de una «discrecional distribución o gestión» (*Verteilungs- o Bewirtschaftungsermessen*, véase artículo 12, párrafo 2, de la WHG) por parte de la Administración pública.

A) Aguas superficiales corrientes y subterráneas

En este sentido, y según el artículo 4.º, párrafo 2, de la Ley federal sobre aguas (WHG en su versión actual de la última reforma en el año 2009) «no hay propiedad en las aguas

párrafo 3, de la LF; en el caso concreto se trata de la supresión del uso, hasta entonces libre, de las aguas subterráneas por el propietario de la superficie y mediante la explotación de yacimientos de minerales (gravas) en los acuíferos —la técnica denominada *Nassauskiesung*—.

(23) Véase con más detalle y comparando el *domaine public* del Derecho francés con el Derecho alemán PIELOW, Christian (2001): *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, pp. 451 y ss., 652 y ss. La existencia de propios títulos jurídico-públicos propiamente dichos (*öffentliches Eigentum*) se da solo de modo muy excepcional para el caso del Derecho de las vías y carreteras «públicas» (*Straßen- und Wegerecht*) en el Estado-ciudad de Hamburgo —así como, y solo parcialmente (aguas corrientes) en el caso del Derecho de aguas en el *Land* Baden-Wurtemberg (Land que histórica y geográficamente es «francófilo») —, véase artículo 4.º, párrafo 1, de la *Wassergesetz für Baden-Württemberg* de 20 de enero de 2005 (GBI. 2005, p. 219). Sobre el régimen específico de la «gestión pública» de los recursos naturales, más concretamente en el ámbito de la Ley federal de minas —*Bundesberggesetz*—, se puede consultar también: PIELOW (2005): «Mining law in Germany», en: Bastida, Wäldle, y Warden-Fernández (eds.), *International and Comparative Mineral Law and Policy: Trends and Prospects*, Londres, pp. 1037 y ss.; PIELOW, KOOPMANN, y EHLERS (2007): «Energy Law in Germany», en: Roggenkamp, Redgwell, Roenne, y Del Guayo (eds.), *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*, 2.ª ed., capítulo 8, párrafos C. (4) y (5), así como, en versión bilingüe (alemán/español), Pielow, y López-Jurado (eds.), «Deutsch-spanische Beiträge zum Energierecht: Strommarktliberalisierung, Erneuerbare Energien, „Öffentliches Eigentum“ an Bodenschätzen», 1994.

(24) Cfr. KLOEPFER (nota 13), capítulo 13, apartados 35 y ss.

superficiales corrientes así como en las aguas subterráneas»⁽²⁵⁾, sino que generalmente cualquier utilización de estas requiere una previa autorización administrativa según los artículos 8.º y ss. de la WHG, distinguiéndose más detalladamente entre diferentes tipos y alcances tanto reales como jurídicos de autorización. En correspondencia con ello, se prescribe que tampoco la propiedad jurídico-privada del subsuelo de las aguas «da derecho ni a una utilización de las aguas que requiere una autorización, ni a una extensión de aquellas aguas» (artículo 4.º, párrafo 3, de la WHG)⁽²⁶⁾. En cualquier caso se debe denegar la autorización en el supuesto de efectos perjudiciales para las aguas en cuestión o cuando no se cumplan otros requisitos relevantes del Derecho público; por lo demás la autorización es asunto de la «discrecionalidad» (*pflichtgemäßes Ermessen*) de la autoridad competente, véase artículo 12, párrafos 1 y 2, de la WHG, con lo cual no existe derecho subjetivo al otorgamiento de una autorización, sino únicamente a la ejecución impecable de aquella «discrecionalidad»⁽²⁷⁾, un fenómeno que la doctrina alemana suele denominar como «prohibición bajo reserva de autorización» en contraposición a la más liberal «autorización previa bajo reserva de prohibición»⁽²⁸⁾. Finalmente, las autoridades competentes deben controlar continuamente y, en caso necesario, adaptar o incluso anular, las autorizaciones una vez otorgadas (*cfr.* artículo 18 y artículo 100, párrafo 2, de la WHG).

B) Aguas estancadas

Por lo demás, la calidad de las aguas superficiales se rige según las legislaciones de los *Länder*. Estos suelen distinguir entre las aguas de primer orden (regularmente: ríos y lagos grandes así como vías navegables) y de segundo orden (regularmente: aguas más pequeñas) así como «otras aguas» (a veces: de tercer orden) —una división según la cual se ordena el régimen de propiedad (en tanto que la ley federal no disponga algo contrario, *cfr.* artículo 4.º, párrafo 5, de la WHG)— así como la responsabilidad sobre el mantenimiento de las aguas. Las regulaciones sobre la propiedad se refieren particularmente —dado que la ley federal (WHG) se limita a disposiciones acerca de las aguas superficiales *corrientes* y las aguas subterráneas⁽²⁹⁾— a las aguas *estancadas* (tales como los lagos, lagunas, charcas, humedales y pantanos). Regularmente, las aguas estancadas se rigen bajo principios de la propiedad (privada) del correspondiente terreno o bien de los correspondientes terrenos

(25) «Wasser eines fließenden oberirdischen Gewässers und Grundwasser sind nicht eigentumsfähig». Una excepción a esta regla existe en el caso de las vías navegables que sean propiedad de la Federación, también de derecho *privado* (*cfr.* artículo 4.º, párrafo 1, de la LF) o, en el caso de vías navegables dentro de un solo *Land*, propiedad de los Estados Federados. Esta propiedad queda, sin embargo, sometida a todas las demás reglas sobre la utilización de las aguas según la WHG.

(26) «Das Grundeigentum berechtigt nicht 1. zu einer Gewässerbenutzung, die einer behördlichen Zulassung bedarf, 2. Zum Ausbau eines Gewässers».

(27) Véase, por todos, KLOEPFER, Michael (2011): *Umweltschutzrecht*, 2.ª ed., p. 413.

(28) Véase, por todos, Kay Artur Pape, en: Landmann, y Rohmer (eds.), *Umweltrecht*, 65.º suplemento 2012, comentario al artículo 8.º de la WHG, apartados 25 y s.

(29) Esta autolimitación del legislador federal ha sido criticada por parte de la doctrina, dada la ahora existente competencia «plena». *Vid.* al respecto Czychowski, y Reinhard (2010): *Wasserhaushaltsgesetz* (comentario), 10.ª ed., artículo 4.º de la WHG, apartado 14.

límites⁽³⁰⁾ y se determinan también las reglas para acontecimientos tales como inundaciones o desecaciones. No obstante, y regularmente, tampoco estos títulos «propios» dan derecho a la «libre» utilización de las respectivas aguas, sino que se aplica, una vez más, el régimen de la «gestión pública» con la reserva de la previa autorización administrativa y de la «discrecionalidad»⁽³¹⁾.

C) *Uso común, uso del propietario y/o uso de los vecinos*

Finalmente, y solo en los supuestos de que no se requiera una previa autorización administrativa de acuerdo con la ley federal (artículos 8.º y ss. de la WHG), la utilización de las aguas se garantiza generalmente en el marco del denominado derecho «al uso común» (*Gemeingebrauch*). En los términos del artículo 25 de la WHG: «Cada persona podrá usar las aguas superficiales de manera y con el alcance que dispone la legislación de los *Länder* en cuanto no se opongan a ello derechos de terceros». Queda expresamente excluido de este derecho el vertido de materias en aquellas aguas. Esto significa, por un lado, que tampoco en el caso de la propiedad privada de las aguas [véase arriba II.1.2]] existe «libertad» del propietario. Antes bien, este tiene que soportar, de manera similar a lo que sucede en el caso de las carreteras y vías públicas y de su función como *öffentliche Sachen* (bienes públicos), el acceso de «cada cual» o, de manera dogmática, la superposición de su derecho a la propiedad por el diseño legal del uso común, y según la denominada «teoría de la propiedad privada» modificada por ley (o por el Derecho público). Sin embargo, y por su lado, los propietarios de las aguas superficiales y/o los dueños de los superficies colindantes o los que poseen un derecho al uso de estas últimas (vecinos, *Anlieger*) gozan de ciertos privilegios en cuanto al uso de las aguas, conforme al artículo 26 de la WHG. Por otra parte, hay que reconocer claramente que la relevancia práctica del uso común (*Gemeingebrauch*), tanto del propietario (*Eigentümergebrauch*) como del vecino (*Anliegergebrauch*), es bien escasa y sigue disminuyendo en la medida en que aumentan, como consecuencia también de la DMA, los requerimientos hacia una utilización cada vez más sostenible y de acuerdo con el medio ambiente. Actualmente y de forma particular, los derechos al uso común de las aguas superficiales se limitan, según la respectiva legislación de los *Länder*, principalmente al derecho a bañarse, a usar embarcaciones no motorizadas y/o a la pesca.

Bajo el concepto del «ordenamiento jurídico-público de la utilización de las aguas» se entiende que regularmente no existe ningún tipo de propiedad, ni privada ni pública, en las aguas tanto superficiales como subterráneas.

(30) Véase, por todos, el artículo 5.º de la Ley de aguas de Renania del Norte-Westfalia. Una excepción existe en el ya mencionado (*vid.* nota al pie 22) derecho de aguas de Baden-Wurtemberg.

(31) Conforme a los artículos 8.º y 9.º de la ley federal (WHG).

2. Organización administrativa y federalismo «cooperativo»

Si bien la reforma del federalismo y la última enmienda de la WHG han llevado tanto a una mayor armonización del marco legislativo del Derecho de las aguas como a la transposición, al menos en cuanto a su contenido «literal», de la mayor parte de la DMA, quedan algunas dudas con respecto a lo que se suele llamar, no solo en la jurisdicción del TJUE, el «efecto útil» (*effet utile*) de esa labor de implementación. En la terminología alemana se habla de la «efectividad práctica» (*praktische Wirksamkeit*) de la legislación de transposición en los Estados miembros de la UE, y cabe preguntarse si esta efectividad se da —o no— en lo referido también y particularmente a la *ejecución* del Derecho europeo de las aguas y en el sentido del propio contenido y «espíritu» de la DMA. Las dudas en este contexto proceden de las específicas estructuras de la organización administrativa en el Estado federal alemán: conforme al principio rector en los artículos 83 y 84 de la Ley Fundamental (un concepto que en el Estado «compuesto» español se conoce y se discute también bajo el lema de la denominada «Administración única»), la ejecución de las leyes federales se suele llevar a cabo «como asunto propio» de los Estados federados, mientras que las facultades de la Federación se limitan a la aprobación de disposiciones administrativas (solo) «generales», así como al mero control de la *legalidad* de la labor ejecutiva de los *Länder* (*cfr.* artículo 84, párrafos 2 y 3, de la LF). Solo excepcionalmente se admite la facultad de impartir instrucciones individuales y concretas por parte del Gobierno Federal (artículo 84, párrafo 5) así como, con carácter aún más excepcional, la ejecución de las leyes federales «por delegación» y con mayores potestades de dirección por parte de la Federación (*Auftragsverwaltung* conforme al artículo 85 de la LF) o incluso la ejecución por entes administrativos propios de la Federación (*bundeseigene Verwaltung* según los artículos 86 y 87 de la LF). Hasta ahora, no se ha hecho uso de estas últimas posibilidades en el área de la gestión de las aguas y en lo relativo a la ejecución de la WHG.

Además, la ya mencionada «reforma del federalismo» (véase más arriba I.1) se había caracterizado precisamente por el propósito de una mayor separación de las responsabilidades ejecutivas entre la Federación y los Estados federados —con el fin de enfrentarse, con motivos loables, al frecuentemente destacado fenómeno de las competencias «mixtas» entre la Federación y los *Länder* así como al inherente peligro de una cada vez mayor ambigüedad y difuminación de responsabilidades tanto ejecutivas como con respecto a la problemática financiación mixta de las tareas administrativas—. Si bien este propósito, finalmente y debido a los diferentes intereses en juego, no se pudo realizar de manera «limpia» —no solo se mantuvo el tipo de las «tareas comunes» (*Gemeinschaftsaufgaben*) en los artículos 91.a) y 91.b) de la LF⁽³²⁾, sino que se introdujeron, en el curso de la posterior «reforma del federalismo II» y demás enmiendas constitucionales, aún nuevas tareas «mixtas», como los «sistemas técnicos y de información entre la Federación y los *Länder*» [artículo 91.c) de la LF], así como la «colaboración en el ámbito de la seguridad social» según

(32) Solo se eliminó, si bien contra garantías de la compensación financiera en favor de los Estados federados, la anterior tarea común de la «ampliación y renovación de las universidades y clínicas universitarias», mientras que se mantuvieron los asuntos «mixtos» de la «mejora de la estructura económica regional» así como de las «estructuras agrarias y de la protección de las costas» en el artículo 91.), párrafo 1, de la LF.

el nuevo artículo 91.e) de la LF⁽³³⁾— se puede deducir también de aquellos acontecimientos una postura «poca amistosa», si no una tendencia hostil frente a cualquier otro proyecto que tienda a un mayor engranaje de las políticas a nivel nacional y regional. La gestión de las aguas, de todos modos, y el reparto de las respectivas competencias ejecutivas salieron —a pesar de todas las reclamaciones de la DMA hacia una mayor coordinación y cooperación administrativa en este campo— incólumes de estas deliberaciones.

Por consiguiente, el *Bund* y los *Länder* pueden llegar a una mayor sincronización —en el sentido de la debida coordinación de sus políticas especialmente en temas de las cuencas y según el artículo 3.º de la DMA—. Esa sincronización puede producirse, desde una perspectiva jurídico-constitucional, únicamente a través de los mecanismos de la cooperación en el Estado federal y conforme al conocido lema del «federalismo cooperativo», es decir: a través de tratados entre Estados, convenios administrativos, conferencias interministeriales o mediante otras medidas, más bien *informales*, de la cooperación administrativa.

III. DEMARCACIONES Y CUENCAS HIDROGRÁFICAS

Como se mencionó en el apartado anterior, se debe lamentar la falta de una adecuada cooperación interadministrativa, especialmente en lo referido a las demarcaciones y cuencas hidrográficas según los artículos 2.º (núms. 13 y 15) y 3.º de la DMA. Estos conceptos elementales ponen de relieve el enfoque *integrado* de la DMA, cuyo objetivo consiste en asegurar un buen estado de las aguas, particularmente a través de la coordinación de las medidas relativas a las aguas superficiales y las aguas subterráneas pertenecientes al mismo sistema ecológico, hidrológico e hidrogeológico⁽³⁴⁾. Ahora bien, como es conocido, los impactos medioambientales o hidrológicos no tienen fronteras, lo que vale especialmente para las demarcaciones hidrográficas, que requieren, por ende, una buena dosis de cooperación transfronteriza, tanto a escala de la Unión como de sus Estados miembros. Se puede incluso decir que el concepto lleva consigo una tendencia a la centralización de la Administración pública en temas de la gestión de aguas, cosa que es fácil de incorporar en Estados de corte «centralista», como Francia, con su mayor tradición de los *Districts et Bassins hydrographiques*, o el Reino Unido (que también fueron los artífices de la europeización del concepto⁽³⁵⁾), pero que constituye un desafío permanente desde la perspectiva de los Estados «compuestos» o bien «federales» como España o Alemania.

1. El marco legal

Sea como fuere, la institución de las demarcaciones hidrográficas se incorporó al Derecho (federal) alemán ya con la séptima enmienda de la WHG de 2002⁽³⁶⁾ (véase más arriba I.1.).

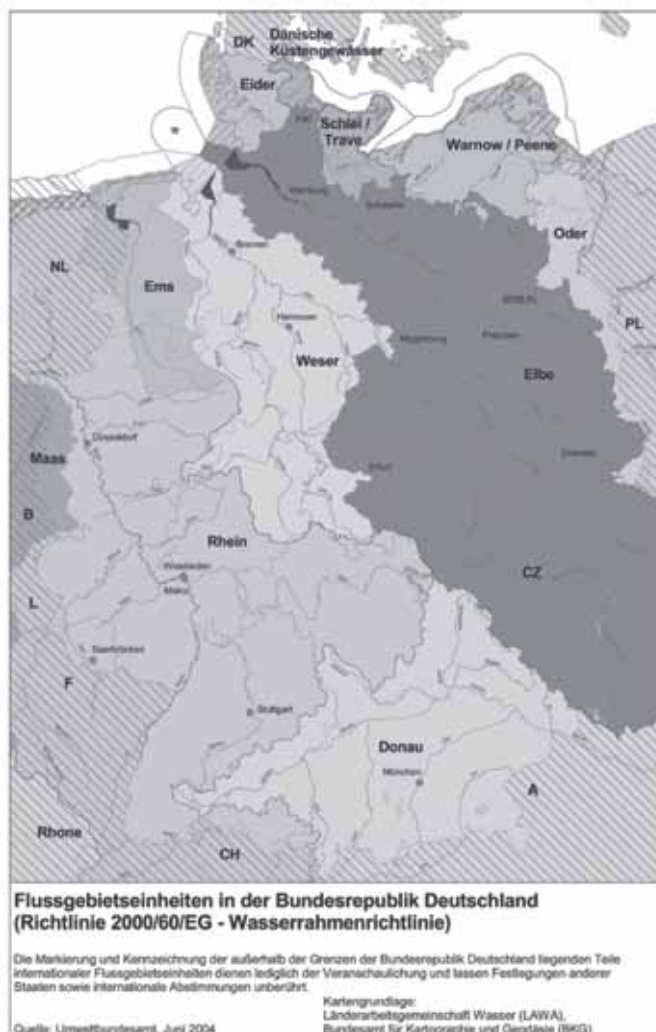
(33) Esta última modificación se debe a la jurisprudencia constitucional acerca de la prestación de ayudas sociales en el contexto con la denominada «legislación *Hartz IV*», *cfr.* BVerfGE 119, pp. 331 y ss.

(34) Véase el Considerando 33 de la DMA.

(35) *Cfr.* *Pape* (nota 28), comentario al artículo 7.º de la WHG, apartado 1.

(36) En el entonces artículo 1.ºb) de la ley, hoy: artículo 7.º de la WHG 2009.

Desde entonces y según el actual artículo 7.º, párrafo 2, de la WHG 2009, existen en Alemania diez demarcaciones para la gestión de las aguas (*Flussgebietseinheiten*), compuestas por las cuencas hidrográficas vecinas así como las inherentes aguas subterráneas y costeras de los ríos *Danubio*, *Rin*, *Maas*, *Ems*, *Vístula (Weser)*, *Elba*, *Eider*, *Oder*, *Schlei/Trave* y *Warnow/Peene* —como se refleja gráficamente en el anexo 1 a la WHG—:



Así, la gestión de las aguas ya no se rige según las estructuras legislativas y ejecutivas del Estado federal alemán, sino según el principio de la gestión *integradora* en demarcaciones hidrográficas, según los hechos naturales de la geografía y de la hidro-

medioambientales expuestos en el artículo 5.º de la DMA (véase artículo 7.º, párrafo 3, de la WHG). La participación de las autoridades *federales* solo se requiere excepcionalmente en dos supuestos: *primero*, cuando la gestión de las aguas de un *Land* afecte a la administración de las vías navegables de la Federación, dado que se trata de una tarea ejecutiva y «propia» de la Federación (*bundeseigene Verwaltung*, *cfr.* artículo 89 en conexión con el artículo 85 de la LF), y *segundo*, en cuanto se trata de cuidar las relaciones con la Unión Europea o con otros Estados u organizaciones internacionales (*cfr.* artículo 7.º, párrafo 4, de la WHG). En ambos casos es necesario el «consenso» (*Einvernehmen*), en el sentido de la convergencia completa de voluntades⁽³⁸⁾, entre las distintas autoridades competentes en los niveles federal y regional.

2. Cooperación y coordinación administrativa

Por lo demás, las autoridades competentes en cada Estado federal están llamadas a «coordinar sus planificaciones y las demás medidas hidrológicas, en cuanto lo requieran los asuntos de la gestión de aguas en las demarcaciones hidrográficas» (*cfr.* artículo 7.º, párrafo 2, de la WHG). Además, los *Länder* deben coordinar, en cada demarcación hidrográfica *internacional*, sus programas de medidas y planes hidrográficos de cuenca con las autoridades de los respectivos Estados miembros de la UE o, cuando menos, «se esforzarán» —en el caso de que una demarcación hidrográfica se extienda más allá de las fronteras comunitarias— por lograr la coordinación con las autoridades de los respectivos países terceros (véase todo en el sentido del artículo 13, párrafos 2 y 3, de la DMA, artículo 7.º, párrafo 3, de la WHG).

A) Coordinación a nivel internacional

En el contexto de las demarcaciones hidrográficas transfronterizas, la debida coordinación con los respectivos Estados (dentro o fuera de la UE) viene llevándose a cabo desde antes de que entrara en vigor la DMA, y con base en acuerdos internacionales preexistentes, aunque es cierto que hasta ese momento no se tenían en cuenta los requisitos específicos y formales que postula el artículo 13 de la DMA. Así sucede, por ejemplo en el ámbito de la *International Commission for the Protection of the Danube River (ISDPR)*⁽³⁹⁾, en cuyo marco se está desarrollando, además, entre otras medidas y desde el año 2005, un primer plan hidrológico internacional para toda la demarcación hidrográfica del Danubio⁽⁴⁰⁾.

(38) Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Federal de lo Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) de 30 de noviembre de 1978, en: BVerwGE 57, pp. 98 y ss. (p. 101, apartado núm. 22).

(39) Conforme a la *Danube River Protection Convention*, de 29 de junio de 1994, en vigor desde el 22 de octubre de 1998 (BGBl. II 1996, p. 875).

(40) Sobre las demás Comisiones Internacionales para la protección de las demarcaciones internacionales del Rin (Commission Internationale pour la Protection du Rhin – CIPR/ICPR), del Elba (International Commission for the Protection of the Elbe River – IKSE), del Oder (International Commission for the Odra River against Pollution – ICPO), del río Maas (Commission Internationale de la Meuse – CIM), del Mosela y del Sarre (Commissions Internationales pour la Protection de la Moselle et de la Sarre – CIPMS) y del Lago de Constanza (Internationale Gewässerschutzkommission für den Bodensee – IGKB), así como sobre sus respectivas bases jurídicas y sus medidas de coordinación,

B) Coordinación a nivel de los Estados federados

Mientras tanto, en lo referido a la propia y debida coordinación «entre sí» de los *Länder* alemanes, el marco legal (al menos de la Federación) carece de cualquier orientación o especificación de medidas y mecanismos concretos para llevar acabo esta tarea. En este sentido, uno se encuentra tentado de calificar como obediencia ritual a la propia soberanía de los Estados federados, el hecho de que el legislador destaque la obligación de coordinación como «aspecto central de la gestión de las aguas», cuya ejecución se llevará a cabo, incluyendo la coordinación con los países vecinos, de manera «más adecuada a nivel de los *Länder*» y que

«la decisión de *cómo* acometer esta tarea, especialmente en lo referido al procedimiento y al reparto de competencias, debe dejarse a los legisladores de los *Länder*, que disponen en este contexto de un amplio margen de regulación»⁽⁴¹⁾.

Detrás de estos razonamientos se esconde una cierta dosis de escepticismo o incluso de resignación, por parte del legislador federal, frente a los obstáculos tanto jurídicos (falta de potestades directivas en manos de la Federación, véase más arriba II.2.) como, sobre todo, políticos al poner en marcha la debida coordinación «interestatal», entre los *Länder* en las nuevas demarcaciones de aguas. De todos modos, las legislaciones en los *Länder* ya contienen regulaciones más específicas de coordinación, de manera que, por ejemplo, en Renania del Norte-Westfalia se requiere «ponerse de acuerdo» con los Estados y demás *Länder* limítrofes en las demarcaciones de aguas; los detalles de la coordinación se regularán mediante directivas administrativas y se prevén acuerdos sobre la creación de instituciones comunes para la coordinación⁽⁴²⁾. Estas instituciones comunes entre los respectivos *Länder* limítrofes, y regularmente también con la participación de la Federación (Ministerio del medio ambiente) ya existen en forma de las denominadas «Comunidades de demarcaciones hidrográficas» (*Flussgebietsgemeinschaften – FGG*)⁽⁴³⁾; como base jurídica sirven los convenios administrativos (*Verwaltungsvereinbarungen*) o contratos de derecho público (*öffentlich-rechtliche Verträge*), según el artículo 54 de la legislación del procedimiento administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, *VwVfG*)⁽⁴⁴⁾. Como se ha mencionado, no se deberían concluir en este contexto verdaderos tratados entre Estados (*Staatsverträge*), dado que la cooperación y coordinación de las tareas en las demarcaciones hidrográficas no requiere la transferencia de potestades públicas o derechos de soberanía⁽⁴⁵⁾. Hay que

informa la página web del Ministerio federal del Medio Ambiente (Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit) bajo <www.bmu.de/binnengewasser/fluesse_und_seen/doc/39544.php>.

(41) Vid. *Bundestags-Drucksache* 14/7755, de 7 de diciembre de 2001, p. 16.

(42) Vid. artículo 2.ºd), párrafos 2 y 3, de la *Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen* (nota en pie 4).

(43) Véanse, acerca de la *FGG Rhin*: <www.fgg-rhein.de> (con el respectivo convenio administrativo en <www.fgg-rhein.de/servlet/is/4285>); *FGG Weser*: <www.fgg-weser.de>; *FGG Elba*: <www.fgg-elbe.de>.

(44) Existen leyes del procedimiento administrativo, bien de la Federación («*VwVfG Bund*») para la actuación de la Administración federal, bien de los 16 Estados para la actuación de la propia Administración de cada *Land* —con contenidos en gran parte idénticos—.

(45) RECHENBERG, Jörg, en: Giesberts, y Reinhardt (eds.), *Beck'scher Online-Kommentar Umweltrecht*, 25.ª ed., 2012, comentario al artículo 7.º de la WHG, apartados 5 y ss.; en el mismo sentido *Pape* (nota 28), comentario al artículo 7.º de la WHG, apartado 12.

mencionar, además, la conferencia interministerial de todos los *Länder*, así como de la Federación en el «Grupo de trabajo “Aguas”» (*Bund-/Länderarbeitsgemeinschaft Wasser [LAWA]* con sede en la ciudad de Magdeburg), aunque se trata en este caso de un tipo de cooperación y coordinación meramente *informal* que no cumple con los requisitos del artículo 3.º, párrafo 2, de la DMA⁽⁴⁶⁾.

C) Déficits de coordinación y de planificación

Las estructuras administrativas que se han descrito se ven sometidas a comentarios críticos en la doctrina: en vista de la debida «efectividad práctica» (*effet utile*) del Derecho europeo de aguas, se denuncia que las mencionadas Comisiones de demarcaciones de aguas (FGG) distan de ser entes administrativos en el sentido del postulado en la DMA, que se refiere, inspirándose en los *River Basin Districts* británicos y en las *Agences de l'eau* de Francia, a «disposiciones administrativas adecuadas» (artículo 2.º, párrafo 2)⁽⁴⁷⁾. Entre otros aspectos, se critica el hecho de que sus decisiones se tomen solo por unanimidad y no se prevea la participación ni de otras administraciones interesadas en la gestión de las aguas (como ocurre, por ejemplo, en el sector agrario) ni de los municipios afectados, ni, en fin, de representantes de la industria⁽⁴⁸⁾. También desde el punto de vista de una mayor coordinación entre los *Länder* y la Federación hubiera sido mejor la creación, mediante tratados estatales, de verdaderas autoridades «interestatales», con la debida asignación de potestades de soberanía (*Hoheitsgewalt*)⁽⁴⁹⁾. Al no ser así, subiste —*de facto*— el ambiente clásico de la práctica ejecutiva en las tradicionales circunscripciones administrativas dentro de cada *Land* —lo que impide el cumplimiento eficaz de las más que complejas tareas de planificación y programación de medidas según la DMA.

La implementación de los objetivos ambientales e «integradores» de la DMA, tal y como resultan de su artículo 4.º, se efectúa, dentro de las demarcaciones hidrográficas, a través de los instrumentos centrales que constituyen los *Planes hidrológicos* de cuenca, que incluyen los *Programas de medidas* para cada cuenca hidrográfica. Si bien estos planes y programas han sido aprobados a tiempo antes de finales del año 2009⁽⁵⁰⁾, predomina, aquí también, una situación que cabría describir gráficamente como «colcha de retales» (*patchwork*)⁽⁵¹⁾,

(46) Se requiere «la designación de la autoridad competente apropiada, para la aplicación de las normas de la Directiva en cada demarcación hidrográfica»; véase también Pape (nota 28), apartado 13.

(47) Véase especialmente BREUER, Rüdiger: «Salzeinleitungen und Gewässerqualität im Lichte der EG-Wasser-Rahmenrichtlinie» (conferencia inédita, 2006), pp. 5 y s.; del mismo autor: «Praxisprobleme des deutschen Wasserrechts nach der Umsetzung der Wasserrahmenrichtlinie», en: *Natur & Recht (NuR)* 2007, pp. 503 y ss.

(48) Véase KÖCK, Wolfgang (2012): «Wasserwirtschaft und Gewässerschutz in Deutschland», en: *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)*, p. 140 (146).

(49) Semejantes instituciones interestatales, que sirven para la cooperación entre *Bund* y *Länder*, existen por ejemplo para la concesión de plazas universitarias (*Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen, ZVS*; hoy: *Stiftung für Hochschulzulassung, Sfh*) o en forma de la cadena pública de televisión *Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF)*.

(50) Véase, sobre los resultados de esta planificación, el detallado informe del Ministerio Federal del Medio ambiente (*Bundesumweltministerium*) «Die Wasserrahmenrichtlinie: Auf dem Weg zu guten Gewässern – Ergebnisse der Bewirtschaftungsplanung 2009 in Deutschland», 2010 <<http://www.bmu.de/binnengewaesser/downloads/publ/46271.php>>.

(51) Véase, recientemente, Commission Europea: «Report on the implementation of the Water Framework Directive (2000/60/EC): River Basin Management Plans», de 14 de noviembre de 2012 (SWD[2012] 379 final), p. 45.

a pesar de que se tomasen en consideración las directrices del Grupo interministerial de trabajo «Aguas» (LAWA) sobre estructuras y métodos comunes de los planes. Esto se debe nuevamente a la diversidad de estructuras de organización y procedimientos entre los Länder y aún más dentro de cada demarcación hidrográfica: mientras que algunos Estados elaboraron planes comunes, otros *Länder* aprobaron planes singulares para la misma demarcación hidrográfica, a veces con distintos grados de detalles y en aplicación de métodos diferentes. Considerables diferencias existen también en lo referido al marco jurídico (ley, reglamentos y/o directivas administrativas), como los efectos jurídicos vinculantes —¿vinculación *interna*, o sea: solo de las autoridades afectadas, o también vinculación *externa*, o sea: de terceros?— de esas planificaciones.

Los más que complejos problemas con que tienen que luchar los actores de la planificación y programación hidrológica se muestran, por mencionar solo un ejemplo, en el caso de la explotación de los recursos de potasio, durante muchos decenios y a lo largo del río *Werra*, en Turingia y Hesse, lo que trajo consigo la preocupante salinización también de las aguas en el (inferior) río *Weser* (*Vistula*) —y que hizo imposible la obtención de agua potable a partir del filtrado de aguas de aquel río para la Ciudad-Estado de Bremen (con lo que se tuvo que organizar el suministro desde embalses lejanos)—. En este campo de tensiones entre la necesidad económica de la obtención del potasio y las necesidades, tanto ecológicas como económicas, del suministro de agua potable, se creó, entre otras medidas, una «mesa redonda» con la participación de todos los grupos de intereses implicados (gobiernos regionales, municipios, industria minera, asociaciones medioambientales, etc.) para el desarrollo de resoluciones que después deberán incorporarse a los planes hidrológicos de cuenca y a los programas de medidas⁽⁵²⁾. Se trata, sin duda, de una iniciativa constructiva y digna de elogio. Sin embargo, ha sido criticada por su naturaleza meramente informal e incapaz para resolver las complejas preguntas, y no solo de naturaleza jurídica, que lleva consigo por ejemplo la concurrencia entre la planificación del Derecho minero y el Derecho de aguas⁽⁵³⁾. Mientras tanto, el conflicto por el estado preocupante de los ríos *Werra* y *Weser* se encuentra sujeto a un procedimiento por infracción del Tratado, iniciado por la Comisión Europea contra la República Federal Alemana por no cumplir con los objetivos medioambientales de la DMA⁽⁵⁴⁾.

Coordinar sus planificaciones y las demás medidas hidrológicas, en cuanto lo requieran los asuntos de la gestión de aguas en las demarcaciones hidrográficas.

(52) Véase BRINCKMANN, Hans (2012): «Runder Tisch, Gewässerschutz Werra/Weser und Kaliproduktion», en: *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)*, pp. 467 y ss.

(53) Con más detalle: BREUER (nota 47), pp. 9 y ss.

(54) Véase con más detalle: Contestación del Gobierno Federal a una pregunta parlamentaria (*Kleine Anfrage*) del partido *Bündnis90/Die Grünen*, en: documentos del *Bundestag* (BT-Drucksache) 17/10796, de 26 de septiembre de 2012.

Además, y en relación con la ya abordada falta de coordinación intersectorial, se reclama un mayor engranaje de la propia gestión de las aguas superficiales y subterráneas con otros sectores relevantes, como especialmente con la —económicamente no menos importante— industria agrícola⁽⁵⁵⁾: los sectores agrónomo y forestal siguen planteando problemas debido a la falta de control de sus vertidos, sobre todo de sustancias nutritivas y de pesticidas, control que resulta difícil debido a que, con frecuencia, dichos vertidos tienen muy difusos orígenes. Resulta problemático en este contexto también el régimen europeo de las subvenciones agrarias, que dista aún de la debida *cross compliance*, en la medida en que el pago de subsidios se vincula también al cumplimiento de los objetivos medioambientales de la DMA, texto en el que su artículo 9.º requiere la «contribución adecuada de los diversos usos del agua (...) en industria, hogares y [también] en agricultura, a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua (...) y teniendo en cuenta el principio de que quien contamina paga»⁽⁵⁶⁾. En suma y en otros términos: todavía se echa en falta la *coherencia* entre las políticas (y derechos) de aguas y de la agricultura.

D) Información y participación del público

Frente a esta apariencia deficitaria por lo que respecta a la planificación y programación de las cuencas hidrográficas, la implementación de la DMA en Alemania sí que cumplió los requisitos en lo referido a la participación ciudadana en aquellos procesos. A tal fin, la Ley federal de aguas (WHG) prevé la información, así como la «participación activa» del público y de otros interesados en todas sus áreas, entre ellas en la gestión de aguas marítimas [véase § 45.i)] y en la protección contra inundaciones (artículo 79). En cuanto a la planificación hidrológica, se obliga de manera general a todas las autoridades a *fomentar* la participación activa de los interesados en la elaboración, revisión y actualización de los programas de medidas y planes hidrológicos» (artículo 85 de la WHG). En concreto se prevén distintas etapas de participación, desde la información pública sobre el plan y calendario de trabajo para la elaboración de los planes y programas (a más tardar tres años antes de comenzar estos trabajos), pasando por el debate público de los aspectos más importantes para la gestión de aguas en las demarcaciones hidrográficas, hasta la información y la discusión acerca del propio proyecto del plan (artículo 83, párrafo 4, de la WHG). De esta manera se puede considerar el esquema procedimental de la Ley de aguas de 2009 como propiamente *de vanguardia*, si pensamos en los actuales y fuertes debates, tanto políticos como jurídicos, sobre la necesaria participación ciudadana. Esta participación se intenta introducir, en efecto, en las fases más tempranas del procedimiento, y ello con la finalidad de lograr la máxima *transparencia* posible en *todos* los procesos de planificación para infraestructuras públicas (desde la construcción o extensión de autopistas, aeropuertos, instalaciones energéticas hasta el almacenamiento de residuos nucleares, etc.). Esas discusiones estallaron especialmente en el curso de los enfrentamientos, en parte incluso violentos, en torno al plan para construir una nueva estación central de ferrocarriles subterránea en la capital de Baden-Wurtemberg, la ciudad de Stuttgart (el proyecto conocido como *Stuttgart*

(55) En Alemania existen alrededor de 349.000 explotaciones agrícolas con superficies útiles de más de 2 hectáreas.

(56) Véase por todo KÖCK: «Wasserwirtschaft und Gewässerschutz» (nota 48), pp. 147 y s.

21), enfrentamientos que finalmente solo se pudieron zanjar después de dos años mediante un referéndum popular a nivel de todo el *Land*⁽⁵⁷⁾. Por último, habrá que resaltar, bajo el tema del *due process* de la planificación así como de la debida participación e información de «otros interesados», la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia —al hilo de una cuestión prejudicial acerca de la planificación de una central térmica de carbón en el Noroeste de Alemania— en favor de los derechos de las asociaciones medioambientales a la participación en el procedimiento de planificación así como, en caso de conflicto respecto de aquellos derechos, al posterior acceso a la vía judicial (derecho de interponer recurso colectivo, *Verbandsklage*)⁽⁵⁸⁾.

IV. COMPENSACIONES FINANCIERAS

Según el artículo 9.º, párrafo 1, de la DMA, los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de la recuperación de costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, y en particular de conformidad con el principio de que «quien contamina paga». Más arriba ya se mencionó el reparto de las competencias legislativas en lo referido especialmente a las tasas públicas sobre el uso de las aguas, así como la jurisprudencia constitucional favorable al respecto (véase arriba I.3). Bajo la influencia de la DMA, con su enfoque a la vez económico y ecológico —tanto cobertura de los costes como provisión de incentivos para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos—, se ha venido desarrollando, junto a las ya existentes contribuciones sobre los vertidos directos de las aguas residuales⁽⁵⁹⁾, una verdadera competición entre los Estados federados por la introducción de las tasas para el uso del agua (*Wasserentnahmeentgelte*).

Por otro lado, ante el panorama de frecuente ambigüedad en el marco legal tanto europeo como nacional y regional, existe también toda una serie de controversias políticas y de nuevas cuestiones jurídicas en torno a aquellos tributos, que no pueden ser tratados con más detalle en el presente trabajo⁽⁶⁰⁾. Hay que poner de relieve, sin embargo, que, pese a una cierta euforia por las contribuciones (directas) para el uso especialmente de agua potable y para la evacuación y tratamiento de las aguas residuales, sigue dominando en Alemania una interpretación más bien *restrictiva* del concepto de los «servicios relacionados con el agua» (*Wasserdienstleistungen*) y, por ende, de la aplicación obligatoria del principio de la

(57) Acerca del debate fundamental sobre la participación ciudadana en los procedimientos de planificación, también bajo aspectos del principio democrático, véase solo: ZIEKOW, Jan: «Neue Formen der Bürgerbeteiligung? Planung und Zulassung von Projekten in der parlamentarischen Demokratie», informe al 69.º congreso bianual de los juristas alemanes, en: Deutscher Juristentag 2012 (ed.), vol. 1 Gutachten/Teil D.

(58) Véase Sentencia del TJUE de 15 de mayo 2011, Asunto C-115/09 – *Trianel Kohlekraftwerk Lünen*. Del debate muy controvertido en torno de esta sentencia, en vista, entre otros aspectos, del tradicional y pronunciado enfoque «subjetivo» e «individualista» del sistema de la justicia del contencioso-administrativo en Alemania, véase, por ejemplo, LEIDINGER, Tobias (2011): «Europäisiertes Verbandsklagerecht und deutscher Individualrechtsschutz», en: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, pp. 1345 y ss.

(59) Véase al respecto solo KLOEPFER: (nota 27), pp. 94 y ss.

(60) Véanse, entre muchas otras reflexiones sobre el tema, REINHARDT, Michael (2007): «Wasserrechtliche Lenkung durch Abgaben und öffentliche Daseinsvorsorge», en: *Landes- und Kommunalverwaltung (LKV)*, pp. 241 y ss.

cobertura de los costes en el artículo 9.º de la DMA. Según mantiene también el Gobierno Federal (junto con otros países miembros de la Unión), el artículo 9.º no es de aplicación obligatoria en el caso de *otras* utilizaciones de las aguas y fuera del propio suministro del agua potable o de la evacuación de las aguas residuales. Los objetivos medioambientales de la DMA se podrían alcanzar (en realidad se alcanzaban efectivamente) también mediante la aplicación de otros mecanismos de regulación o de otros instrumentos económicos. Como se comprenderá fácilmente, esa postura «restrictiva» no corresponde a la interpretación —ahora *extensiva* en el interés del debido *effet utile* de la Directiva— de la Comisión. Así que estamos nuevamente ante un conflicto jurídico de primer rango que acaba de ser planteado en otro procedimiento por incumplimiento del Derecho europeo contra Alemania, ante el Tribunal de Justicia⁽⁶¹⁾. Mientras tanto, algunos sectores de la doctrina reclaman la aplicación de las nociones de «servicios relacionados con el agua» y «recuperación de los costes» en los sectores de las industrias agrarias (véase también más arriba III.2.4) y energéticas, o en la navegación por aguas internas⁽⁶²⁾. Recientemente parece que también el Gobierno Federal —actualmente enfrentado a reiterados reproches por no cumplir las exigencias del derecho medioambiental de la Unión— tiende a moverse en esa misma dirección, pues acaba de plantear un proyecto de ley para nuevas modificaciones de la legislación medioambiental de la Federación. Esta propuesta fue motivada por la ya mencionada condena de la República Federal por no haber cumplido con el Derecho de la UE en el caso del recurso colectivo de las asociaciones medioambientales (véase más arriba III.2.4). Por otra parte, el proyecto prevé una modificación también de la Ley federal de aguas (WHG): sea por obediencia anticipada o no, se pretende incorporar a la WHG el texto literal completo de las definiciones legales de los números 38 («servicios relacionados al agua») y 39 («uso del agua») en el artículo 2.º, así como los principios de la recuperación de costes del artículo 9.º de la DMA⁽⁶³⁾.

Otros campos de conflicto existen en lo referido al uso de las aguas en la industria energética. Por un lado, se plantean dudas en relación con la recaudación de tributos para usos del agua tanto para explotaciones de combustibles fósiles (carbón, lignito) —tradicionalmente rigió aquí, por motivo del fomento de los recursos naturales domésticos, el «privilegio de la minería» (*Bergbauprivileg*), un fenómeno que ha sido suprimido por la reciente reforma de la Ley de aguas en Renania del Norte-Westfalia (donde se ubican importantes recursos de lignito)⁽⁶⁴⁾— como para la operación, modernización o la construcción de nue-

(61) Véase, por todo, el comunicado de prensa de la Comisión Europea «Environment: Commission refers Germany to Court over incomplete cost recovery for water services» (IP/12/536 de 5), de 5 mayo de 2012

(62) Véanse, en este sentido, así como GAWEL, KÖCK, KERN, MÖCKEL, FÄLSCH, y HOLLÄNDER, «Weiterentwicklung von Abwasserabgabe und Wasserentnahmeentgelten», en: *Infrastruktur und Recht* (IR) 2011, pp. 128 y ss.; GAWEL, KÖCK, KERN, y MÖCKEL, «Neue Wassernutzungsabgaben», en: IR 2012, pp. 8 ss. Acerca del análisis de los conceptos jurídicos indeterminados en el artículo 9.º de la DMA también: UNNERSTALL, Herwig (2009): «Kostendeckung für Wasserdienstleistungen nach Artikel 9 EG-Wasserrahmenrichtlinie», en: *Zeitschrift für Umweltrecht* (ZUR), pp. 234 y ss.

(63) Véase el proyecto ley («Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer umweltrechtlicher Vorgaben») en: Bundesratsdrucksache (documentos del Consejo Federal) 469/12, de 10 de agosto de 2012, con los motivos del Gobierno en las pp. 54 y s.

(64) Véase, al respecto, GAWEL, Erik (2011): «Das neue Wasserentnahmeentgeltgesetz Nordrhein-Westfalen», en: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), pp. 1109 y ss.

vas plantas hidroeléctricas⁽⁶⁵⁾. Por otra parte, saltan a la vista cada vez más las problemáticas interconexiones entre el derecho de aguas y la promoción de las energías renovables⁽⁶⁶⁾, en relación también con el cambio de rumbo que impulsó el Gobierno Federal en la política energética como reacción a la catástrofe nuclear de Fukushima (*Energiawende 2011*)⁽⁶⁷⁾: En vista de la debida compensación de los costes para el uso de las aguas, se plantea de nuevo la *falta de coherencia* entre uno y otro aspecto si se piensa en el fomento financiero de la producción de energía mediante *biomasas*. Este incentivo para el cultivo de plantas «energéticas» lleva consigo la aparición de monocultivos (por ejemplo, de maíz) y, por ende, conduce a nuevas contaminaciones tanto del suelo como de las aguas. Por otro lado, y más allá de la cuestión de recuperación de costes, algún sector de la doctrina especialmente favorable al ecologismo busca darle un empuje al «cambio energético» invocando la DMA. Este sector se apoya en el mandato del *phasing out* en el artículo 4.º, párrafo 1, lit. a) (iv) de la DMA, es decir en la obligación de los Estados miembros de suprimir gradualmente los vertidos de sustancias peligrosas, y sostiene que no se pueden aprobar nuevas, o incluso la modernización de las centrales térmicas de carbón existentes, porque ello causa vertidos de mercurio en el agua destinada a la refrigeración⁽⁶⁸⁾. Por último, en lo referido a las tensiones más generales «entre agua y energía», se puede señalar el actual debate —emocionalmente muy intenso— sobre la explotación o no de los recursos de gas natural *de pizarra* (en inglés: *shale gas*) recientemente descubiertos en gran parte del noroeste de Alemania. Si bien estos nuevos recursos domésticos pudieran ayudar, junto con las energías renovables, a reducir la constante dependencia del país de la importación de combustibles fósiles, se plantea de nuevo el problema de la contaminación de las aguas: el gas de pizarra se extrae mediante inyecciones, subterráneas y con alta presión, de una mezcla de agua y de sustancias químicas, el denominado método del *fracking*, cuyos impactos sobre las aguas subterráneas son todavía en gran parte desconocidos⁽⁶⁹⁾.

Se reclama un mayor engranaje de la propia gestión de las aguas superficiales y subterráneas con otros sectores relevantes.

(65) Generalmente sobre los nuevos requisitos del Derecho europeo y nacional para las hidroeléctricas: REINHARDT, Michael (2011): «Neue wasserrechtliche Anforderungen an die Modernisierung von Wasserkraftanlagen», en: *NVwZ*, pp. 1089 y ss.

(66) Esta última según la Ley (federal) sobre la prioridad de las Energías Renovables (*Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG*), en su versión del 25 de octubre de 2008.

(67) Véase, con más detalle, sobre las recientes modificaciones del Derecho de la energía en Alemania: PIELOW, «Energierrecht», en: Ehlers, Fehling, y Pünder (eds.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, tomo 1, 2012, capítulo 22.

(68) En este sentido, KÖCK, y MÖCKEL (2010): «Quecksilberbelastung von Gewässern durch Kohlekraftwerke», en: *NVwZ*, pp. 1390 y ss.; muy críticos acerca de esta argumentación.

(69) Véase desde una perspectiva jurídica: Thorsten Attendorn, «Fracking – Zur Erteilung von Gewinnungsberechtigungen und der Zulassung von Probebohrungen zur Gewinnung von Erdgas aus unkonventionellen Lagerstätten», en: *Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR)* 2011, pp. 565 y ss.

V. PERSPECTIVAS: ¿SE LOGRAN LOS OBJETIVOS MEDIOAMBIENTALES?

Los mencionados ejemplos del mundo de la producción de energía ponen de relieve los hechos reales y los enormes desafíos con que se encuentra la implementación de la DMA en Alemania. Por un lado, el país dispone de considerables recursos hídricos, de los que se usa solo un 20% para fines de la gestión (pública) de las aguas. Por otra parte destaca el tradicionalmente alto grado de la densidad de población y de la industrialización (los mayores usuarios de agua pertenecen a la industria energética)⁽⁷⁰⁾, lo que explica también el gran porcentaje de las masas de «aguas artificiales» y «aguas muy modificadas» en el sentido del artículo 2.º, núms. 8 y 9, de la DMA⁽⁷¹⁾.

Esas particularidades estructurales se reflejan en la *calidad* de las aguas alemanas, así como en las perspectivas para lograr los objetivos medioambientales de la DMA: según la última recogida de datos sobre el estado de las aguas, que se basa en los planes hidrológicos del año 2009⁽⁷²⁾, el país se encuentra «en el buen camino»⁽⁷³⁾ —al menos en lo referido a su estado *químico*: así, un 88% de las aguas superficiales y un 63% de las aguas subterráneas alcanzan ya el grado del buen estado» químico (*not at risk*)—. Por otro lado, la calidad *ecológica* de las aguas deja aún que desear: actualmente, solo de un 10 a un 15% de las aguas superficiales se considera en «muy buen» o «buen» estado ecológico, mientras que el de las demás se califica como «aceptable» (30%), «deficiente» (34%) y «malo» (23%). Esto se debe principalmente a las profundas alteraciones hidromorfológicas de muchas aguas superficiales y aguas corrientes («aguas muy modificadas») a lo largo de los 150 años de la industrialización, así como a los vertidos de sustancias dañosas, que proceden de muy diversas y frecuentemente difusas fuentes (agricultura, industria, etc.).

Así pues, queda mucho por hacer en cuanto a la calidad (sobre todo «ecológica») de las aguas en Alemania. Parece cuestionable que se puedan alcanzar —y en qué medida— mejores resultados, especialmente en el caso de las aguas muy modificadas, dado que no se puede dar marcha atrás a la historia industrial del país. Por otro lado, se abren perspectivas nuevas en la dirección de un mayor control y dominio de los vertidos tóxicos en las aguas, en parte mediante los nuevos instrumentos de la compensación financiera y según el principio «quien contamina paga».

Por lo demás, van apareciendo también nuevos desafíos en el horizonte: así, por ejemplo, la omnipresente preocupación por el cambio climático, al cual se culpa del aumento de los temporales e inundaciones en Alemania. Últimamente ocupa un punto central del interés el cambio demográfico en la sociedad (con una tendencia creciente al envejecimiento), que trae consigo cada vez mayores concentraciones de residuos de medicamentos también en las aguas⁽⁷⁴⁾.

(70) Para más detalles: KÖCK: *Wasserwirtschaft und Gewässerschutz*, *op. cit.* (nota 48), p. 141.

(71) Véase Ministerio del Medio ambiente (BMU): «Die Wasserrahmenrichtlinie», *op. cit.* (nota 50), p. 21: aguas artificiales: 15%, aguas muy modificadas: ¡52%!

(72) Véase Ministerio del Medio ambiente (BMU): «Die Wasserrahmenrichtlinie», *op. cit.* (nota 50), pp. 18 y ss.

(73) KÖCK: (nota 48), p. 142.

(74) Véase comunicado de prensa de la Agencia Federal del Medio Ambiente (*Umweltbundesamt*) «Schmerzmittel belasten deutsche Gewässer» («Analgésicos ponen en peligro las aguas alemanas»), de 8 de febrero de 2012. En

VI. BIBLIOGRAFÍA

Las publicaciones más relevantes sobre el tema se encuentran citadas de manera abundante en las notas al pie. Se puede consultar además:

KÖCK, Wolfgang (2012): «Water resource management and conservation in Germany», en: Palermo, Francesco, y Alberton, Mariachiara (eds.), *Environmental Protection in Multi-Layered Systems. Comparative Lessons from the Water Sector*, Leiden (Martinus Nijhoff Publishers), capítulo 13.

KÖCK/FASSBENDER (eds.), *Implementation der Wasserrahmenrichtlinie in Deutschland*, 2010.

COMISIÓN EUROPEA, *Report on the Implementation of the of the Water Framework Directive (River Basins Management Plans)*, 14.11.2012 COM(2012) 670 final.

COMISIÓN EUROPEA, *Commission staff working document* (Member State: Germany), SWD(2012) 379 final.

contexto también: COMISIÓN EUROPEA: Propuesta de revisión de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las sustancias prioritarias en el ámbito de la calidad del agua de 1 de enero de 2012 (COM [2011] 876 final).

LA RECEPCIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS DE 2000 EN FRANCIA: UNA TRANSPOSICIÓN A TUERTAS Y A DERECHAS

JOCHEN SOHNLE

*Profesor titular de Derecho Público
Facultad de Derecho, Economía y Administración de Metz
Universidad de Lorena (Francia)*

RESUMEN

La recepción de la Directiva Marco de Aguas de 2000 en Francia: Una transposición a tuertas y a derechas

El informe relata el procedimiento de transposición de la Directiva Marco de Aguas en Francia. La adaptación normativa en el ámbito institucional (gestión de las aguas al nivel del distrito hidrográfico), de planificación hídrica y de tarificación del agua no creó dificultades mayores. Cambios normativos significativos fueron necesarios en lo relativo a los requisitos de calidad del agua. Francia ha debido pedir derogaciones, en particular prórrogas de plazo.

Palabras clave: Directiva Marco de Aguas; transposición en Francia; leyes de aguas; distrito hidrográfico; cuenca hidrográfica; autoridades de gestión de cuenca; dominio público hidráulico; categorías de agua; planes hidrológicos de cuenca; tarificación del agua; participación pública; requisitos de calidad del agua; objetivos ambientales.

ABSTRACT

The reception of the Water Framework Directive of 2000 in France: an any which way incorporation

The report refers to the implementation of the water framework directive in France. Institutional requirements (water management at the level of the water basin district), requirements on water management plans and on recovery of costs for water services were addressed without special difficulties. A more significant adaptation of domestic law was necessary to comply with quality standards and France had to apply for exemptions, especially for extension of deadlines.

Key words: Water Framework Directive; implementation in France; water legislation; river basin district; water basin; water management authorities; public ownership of waters; water classes; water management plans; costs for water services; public participation; water quality requirements; environmental objectives.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO FRANCÉS DE AGUAS.
- II. LA GESTIÓN DEL AGUA EN FRANCIA.
 1. Las estructuras administrativas de gestión del agua.
 - A) La cuenca hidrográfica.
 - B) Las autoridades de gestión.
 2. La planificación hidrológica.
 - A) El esquema rector de ordenación y de gestión del agua (SDAGE).
 - B) El esquema (local) de ordenación y de gestión del agua (SAGE).

3. La participación pública en la planificación hidrológica.

- A) La participación pública en la fase de identificación de los riesgos mayores.
- B) La participación pública en la fase de la elaboración del proyecto del SDAGE.
- C) La participación pública en la planificación local.

III. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL AGUA.

1. La naturaleza jurídica de las aguas: aguas públicas y aguas privadas.

- A) El dominio público hidráulico.
- B) Las aguas no domaniales.

2. El régimen económico-financiero del agua.

- A) Los servicios del agua de los municipios.
- B) El papel financiero de las agencias del agua.

3. Los requisitos de calidad del agua.

- A) Las medidas generales.
- B) La normativa especial de las actividades en el dominio del agua con nomenclátor.
- C) Las reglas generales de policía administrativa en el ámbito del agua.
- D) El problema del cumplimiento de los objetivos ambientales para 2015.

IV. CONCLUSIÓN. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DMA A TUERTAS Y A DERECHAS.

V. ANEXO BIBLIOGRÁFICO.

I. INTRODUCCIÓN. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO FRANCÉS DE AGUAS

El Derecho de aguas francés ha desempeñado un papel precursor en Europa. Esta es sin duda la opinión de autores franceses, que consideran que el origen del modelo de gestión de aguas nacionales por cuencas hidrográficas es una creación del sistema jurídico francés⁽¹⁾.

La introducción de este principio en el Derecho francés data de una ley de 16 de diciembre de 1964⁽²⁾. Esta ley representa, en efecto, una pequeña revolución, puesto que Francia rompe, en el dominio de la administración acuática, con la organización territorial tradicional existente desde la gran revolución (1789/90), que basa su circunscripción administrativa en la figura del «département».

(1) Vid., por ejemplo, DROBENKO, B. (2007): *Droit de l'eau*, p. 33 (el autor habla del «modelo francés de gestión de agua»); también p. 79.

(2) Loi n.º 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre les pollutions (JORF du 30 juin 1964).

Un examen atento del Derecho comparado revela, sin embargo, que el modelo de administración por cuencas procede en realidad de la España de los años 20⁽³⁾. Las confederaciones hidrográficas se crearon a partir de 1926, en el Ebro y en el Segura⁽⁴⁾, unos años antes de la aparición de la *Tennessee Valley Authority* estadounidense en 1933.

Francia modernizó su Derecho de aguas a través de la Ley de 3 de enero de 1992⁽⁵⁾, que introdujo la planificación por cuenca y también integró los aspectos pertinentes del Derecho comunitario de la época. El marco jurídico cambió de nuevo tras la adopción de la Directiva Marco de Aguas de 2000 (DMA). Para la transposición de este texto al derecho interno, Francia ha procedido de dos maneras: primero por simple transposición de la DMA, después por modificación general de su Derecho de aguas⁽⁶⁾.

La primera etapa la marcó la adopción en 2004 de una ley específica de transposición⁽⁷⁾. Como este texto resultó de una precipitación legislativa y se reveló insuficiente para solucionar los desafíos contemporáneos de una política general de aguas⁽⁸⁾, fue necesario votar una nueva ley, la ley sobre el agua y el medio acuático⁽⁹⁾, de 20 de diciembre de 2006. Esta ley, actualmente en vigor, no solo tiene en cuenta el dispositivo de la DMA⁽¹⁰⁾, sino que moderniza de manera general el Derecho francés del agua. La ley está integrada en el Código del medio ambiente⁽¹¹⁾ (artículos L. 210-1 *et seq.*) y algunas de sus disposiciones fueron modificadas por las dos últimas grandes leyes ambientales (Ley del 3 de agosto de 2009 y Ley de 12 de julio del 2010), que crean, por ejemplo, los corredores ecológicos de agua y de tierra (corredores «azules y verdes»)⁽¹²⁾.

El presente informe concierne a las aguas continentales en la parte metropolitana (europea) de Francia. No concierne, por tanto, a las aguas marítimas que forman parte de la DMA pero que se rigen principalmente por otra directiva. No se estudia tampoco el Derecho muy específico de los diversos territorios franceses ultramarinos situados en todos los océanos y continentes del mundo. Tampoco se profundiza en el aspecto particular de la gestión de las numerosas cuencas transnacionales que entran en el campo de acción de las

(3) SOHNLE, J. (2011) : «L'impact de la directive-cadre "eau" sur l'organisation territoriale – une révolution au nom de l'hydrologie affectant les circonscriptions administratives traditionnelles (étude comparée: France–Allemagne)».

(4) COLMENAR, E. (2001): «Las Confederaciones Hidrográficas cumplen 75 años», *Ambienta* 2001, p. 49.

(5) Loi n.º 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau (JORF du 4 janvier 1992).

(6) Las normativas francesas desde 2000 se pueden consultar en la página web: <<http://gesteau.eaufrance.fr>>.

(7) Loi n.º 2004-338 du 21 avril 2004 portant transposition de la directive 2000/60/ CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau (JORF du 22 avril 2004).

(8) DROBENKO, B. (2007): *Droit de l'eau*, p. 34.

(9) Loi n.º 2006-1772 sur l'eau et les milieux aquatiques, JORF du 31 décembre 2006.

(10) Ha habido varios recursos por incumplimiento de la Comisión Europea ante el Tribunal de justicia a propósito de las diversas directivas de agua, pero ningún recurso específico sobre la DMA.

(11) Los artículos citados sin referencia a una ley o a un código son los del Código francés del medio ambiente.

(12) Loi n.º 2009-967 du 3 août 2006 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (loi Grenelle 1): artículo 23 (trame verte et bleue), artículos 27 *et seq.* (objectif des masses d'eau en bon état); Loi n.º 2010 1788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (loi Grenelle 2): artículo 12 (urbanisme), artículo 121 (trame bleue et verte).

Comisiones internacionales.⁽¹³⁾ Trataremos la recepción de la Directiva Marco de Aguas de 2000 en Francia y los aspectos más significativos de su Derecho de aguas en dos partes: La primera está dedicada a la gestión del agua (I), la segunda al estatuto jurídico del agua (II).

II. LA GESTIÓN DEL AGUA EN FRANCIA

La gestión del agua hace intervenir las estructuras administrativas de gestión del agua (1) y la planificación hidrológica (2). La participación pública en la planificación hidrológica merece una atención (en un apartado) especial (3).

1. Las estructuras administrativas de gestión del agua

No cabe duda de que el legislador comunitario se inspiró en las estructuras administrativas francesas de gestión del agua. Se trata de una organización por cuenca que existe en Francia desde 1964 (*supra*, I), un modelo que resulta más fácil de establecer en un Estado muy centralizado.⁽¹⁴⁾ En aquel momento se crearon seis distritos hidrográficos, llamados «cuencas hidrográficas» (*bassins hydrographiques*), aunque se trataba en realidad en algunos casos de un conjunto de varias cuencas⁽¹⁵⁾ (II.1.A). A cada territorio le corresponden autoridades administrativas propias (II.1.B).

A) La cuenca hidrográfica

La cuenca hidrográfica francesa es una estructura administrativa situada entre el nivel de las autoridades centrales por un lado y el de las autoridades regionales y departamentales por otro. Se trata de una estructura, a la vez, desconcentrada (administrada por el prefecto

(13) Sobre este aspecto: De manera general: TIRADO ROBLES, C. (2010): «Los organismos de cuenca en la Unión Europea: el artículo 3 de la directiva marco de aguas», p. 535; TIRADO ROBLES, C. (2004): *La Política del Agua en el Marco Comunitario y su Integración en España*, pp. 25-28; SOHNLE, J. (2011): «L'impact de la directive-cadre "eau" sur l'organisation territoriale – une révolution au nom de l'hydrologie affectant les circonscriptions administratives traditionnelles (étude comparée: France-Allemagne)»; SOHNLE, J. (2002): *Le droit international des ressources en eau douce: solidarité contre souveraineté*, pp. 373 *et seq.*; SOHNLE, J. (2002): «La gestion des conflits sur l'eau par les commissions fluviales», pp. 53-74.

(14) Contrariamente a un «Estado de las autonomías», como España, *vid.* EMBID IRUJO, A. (2010): «Marco constitucional y estatuario del agua en España», pp. 279-281 de Embid Irujo, A., Mathus Escorihuela, M., *Organismos de Cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiación*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2010, y contrariamente a un Estado federal como Alemania, *vid.* SOHNLE, J. (2011): «L'impact de la directive-cadre "eau" sur l'organisation territoriale – une révolution au nom de l'hydrologie affectant les circonscriptions administratives traditionnelles (étude comparée: France-Allemagne)», como Argentina o como Brasil, *vid.* EMBID IRUJO, A., DE ALENCAR XAVIER, Y.M., DOS SANTOS SILVEIRA NETO, O. (2008): *El Derecho de Aguas en Brasil y España – Un Estudio de Derecho Comparado*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi.

(15) Las seis cuencas de Francia metropolitana: 1) Adour-Garon (sede de las administraciones en Toulouse); 2) Artois-Picardie (Douai); 3) Loire-Bretagne (Orléans); 4) Rhin-Meuse (que asocia dos cuencas, la del Rin (con la Mosela y la Sarre) y la de la Meuse (Metz)); 5) Rhône-Méditerranée-Corse (Lyon) (con reglas especiales para Córcega); 6) Seine-Normandie (Paris) (artículo D. 213-17). Las cuencas hidrográficas administrativas corresponden a los cinco grandes ríos franceses, es decir, el Ródano, el Rin, el Loire, el Sena y el Garona. A estos se añade el Somme (Artois-Picardie).

coordinador de la cuenca (*préfet coordonnateur du bassin*) y descentralizada con una agencia del agua (*agence de l'eau*, antiguamente «agencia financiera de la cuenca» [*agence financière du bassin*]) dotada de personalidad jurídica y que desempeña, en la gestión del agua, el papel tradicional del *département*⁽¹⁶⁾.

Aunque la delimitación de las seis grandes cuencas (más la de Córcega, con una situación híbrida⁽¹⁷⁾) se hace a veces de manera arbitraria (sin respetar necesariamente la realidad hidrológica, sobre todo en las regiones del norte y del Mediterráneo de Francia, donde se encuentran varios ríos pequeños hidrológicamente autónomos), la unidad de la cuenca se manifiesta en este caso al nivel de la subcuenca (*sous-bassin*).

Las estructuras administrativas de gestión del agua de la cuenca no cambiaron con la DMA. El concepto de «distrito hidrográfico» de la DMA se superpone por regla general al de «cuenca hidrográfica» del Derecho francés. En cada cuenca se aplicaba —con cierta tradición (ya desde la ley de 1992)— un plan hidrológico: el «SDAGE» (*Schéma Directeur d'Aménagement et de Gestion de l'Eau* [esquema rector de ordenación y de gestión del agua]) (*infra*, II.2.A). En cambio, para cumplir con la DMA, se modificaron las circunscripciones de la planificación hidrológica de manera que, desde la orden del Ministerio del medio ambiente de 2005, existen en Francia metropolitana seis estructuras administrativas (más la de Córcega), pero nueve planes hidrológicos —esquemas rectores, SDAGE— (más cinco cuencas y planes de ultramar⁽¹⁸⁾)⁽¹⁹⁾.

Francia modernizó su derecho de aguas a través de la Ley del 3 de enero de 1992, que introdujo la planificación por cuenca y también integró los aspectos pertinentes del Derecho comunitario de la época.

B) Las autoridades de gestión

a) A efectos de la DMA, la autoridad competente es el prefecto coordinador de cuenca respectivo (*préfet coordonnateur de bassin*, Código del medio ambiente, artículos L. 213-7 y R. 213-13 a R. 213-16)⁽²⁰⁾.

(16) SOHNLE, J. (2001): «Gewässerpolitik und Wasserrecht in Frankreich», pp. 171-173.

(17) Córcega entra en el territorio de la Agencia de aguas del Ródano, pero tiene un comité de cuenca propio.

(18) Guadeloupe, Guyane, Martinique, Réunion, Mayotte.

(19) Arrêté du 16 mai 2005 portant délimitation des bassins ou groupements de bassin en vue de l'élaboration et de la mise à jour des schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux, annexe I (JORF du 17 mai 2005), artículo 1 y anejo. Se han creado las cuencas siguientes (con la autoridad competente): L'Escaut, la Somme et les cours d'eau côtiers de la Manche et de la mer du Nord (Comité de bassin d'Artois-Picardie); La Meuse (Comité de bassin de Rhin-Meuse); La Sambre (Comité de bassin d'Artois-Picardie); Le Rhin (Comité de bassin de Rhin-Meuse); La Seine et les cours d'eau côtiers normands (Comité de bassin de Seine-Normandie); La Loire, les cours d'eau côtiers vendéens et bretons (Comité de bassin de Loire-Bretagne); Le Rhône et les cours d'eau côtiers méditerranéens (Comité de bassin de Rhône-Méditerranée); L'Adour, la Garonne, la Dordogne, la Charente et les cours d'eau côtiers charentais et aquitains (Comité de bassin d'Adour-Garonne); Les cours d'eau de la Corse (Comité de bassin de Corse).

Vease también: Décret n.º 2005-475 du 16 mai 2005 relatif aux schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (JORF, 17 mai 2005).

(20) Una lista de todas las autoridades francesas se encuentra en: «Commission Staff Working Document [22.3.2007, SEC(2007) 362], Accompanying document to the communication Towards Sustainable Water Manage-

Esta figura clave es una autoridad desconcentrada constituida en unión personal con el prefecto de la región (que actúa como delegado del gobierno central en la región), en la que el comité de cuenca (*comité de bassin, infra* apartado siguiente) tiene su sede. El prefecto anima y coordina la política del Estado relativa a la policía administrativa y a la gestión de los recursos de agua (artículo L. 213-7). Aprueba también el plan hidrológico de cuenca (SDAGE, artículos L. 121-2, III y R. 212-7) y el programa de medidas (artículo R. 212-19) (*infra* II.2.A.c).

b) La ejecución de la DMA concierne a varias autoridades y organismos. En primer lugar, actúan los Comités de cuenca (*comités de bassins*), creados por la Ley de Aguas de 1964 (hay uno por cuenca, artículo L. 213-8) y calificadas de «parlamentos de agua», ya que reúnen a los representantes de los actores de agua en la cuenca⁽²¹⁾. Desde la Ley de Aguas de 1992 tienen una función de planificación, y actualmente intervienen, en particular, en los dominios de la colecta de datos científicos y de planificación general de la cuenca (SDAGE) (artículos L. 212-1 y L. 212-2). Se les debe consultar sobre la oportunidad de cualquier acción significativa de interés común en la cuenca. Los Comités definen también las orientaciones de la acción de la agencia del agua (artículo L. 213-8) según las directivas del Parlamento francés (artículo L. 213-9-1, apartado 2)⁽²²⁾. En realidad, son ellos los que elaboran y adoptan el Plan Hidrológico (esquema rector, SDAGE) (*infra* II.2.A.a).

c) La agencia del agua (*agence de l'eau*) cumple el papel de secretaría del comité de cuenca (artículo D. 213-27). Las agencias son organismos bastante autónomos, controlados por el Ministerio del medio ambiente (artículo R. 213-31), y forman parte de los organismos de la descentralización funcional (artículo L. 213-8-1). Hay una agencia por cuenca (artículo L. 213-8-1), que ejecuta las medidas y orientaciones decididas por el Parlamento francés (artículo L. 213-9-1) (cubriendo actualmente el periodo de 2007 a 2012: Ley de Aguas de 2006, artículo 83 [no codificado]). Las agencias ejecutan el esquema rector (SDAGE) y reciben el canon (*redevance*) de los usuarios de las aguas de la cuenca (artículos L. 213-9 y -10-IV) (*infra* III.2.B).

d) Las comisiones locales de agua (*commissions locales de l'eau*)⁽²³⁾, creadas por el prefecto de derecho común (del *département*), actúan al nivel de la subcuenca (artículo L. 212-4-I) y elaboran el SAGE (*schéma d'aménagement et de gestion de l'eau*, esquema [local] de ordenación y de gestión del agua), es decir, el Plan Hidrológico de la subcuenca.

e) La responsabilidad principal de la comisión administrativa de cuenca (*commission administrative de bassin*) consiste en coordinar las acciones en el nivel de la cuenca o

ment in the European Union - First stage in the implementation of the Water Framework Directive 2000/60/EC», pp. 64-65.

(21) 40% de representantes de los entes locales competentes en el dominio del agua (consejeros del departamento, de la región y representantes de los municipios; los últimos tienen que tener la mayoría); 40% de representantes de los usuarios del agua y de los medios acuáticos (organismos socioprofesionales, asociaciones de protección del medio ambiente y de defensa de los consumidores, representantes de la pesca y personajes calificados); 20% de representantes del Estado (artículo L. 213-8).

(22) DROBENKO, B. (2007): *Droit de l'eau*, pp. 54, 68 y 70.

(23) Se componen de 50%, por lo menos, de representantes de los entes locales, 25%, al menos, de representantes de los usuarios, de propietarios del suelo, de organismos profesionales y de asociaciones, y el resto de representantes del Estado (artículo L. 212-4-II y R. 212-29 a 31).

de varias cuencas. Está compuesta por varias autoridades desconcentradas (incluidos, por ejemplo, el director regional competente para asuntos medioambientales [DREAL]⁽²⁴⁾, que es el delegado de la cuenca [*délégué du bassin*], y el director de la agencia de aguas [artículos R. 213-15 y 16]).

f) También existen autoridades al nivel nacional. El comité nacional del agua solo tiene un papel consultivo (artículo L. 213-1). El organismo nacional de las aguas y de los medios acuáticos (ONEMA, *Office national de l'eau et des milieux aquatiques*) es un establecimiento público del Estado y desempeña funciones en los ámbitos de la coordinación, formación y comunicación (artículo L. 213-2).

2. La planificación hidrológica

La Ley de Aguas de 1992 realiza en Francia una planificación general por cuenca. La aplicación de la DMA ha generado modificaciones y adaptaciones del sistema inicial. Existen dos tipos de Planes Hidrológicos de cuenca: el esquema rector de ordenación y de gestión del agua (SDAGE, *Schéma Directeur d'Aménagement et de Gestion de l'Eau*) (II.2.A) y el esquema (local) de ordenación y de gestión del agua (SAGE, *Schéma d'Aménagement et de Gestion de l'Eau*) (II.2.B).

A) El esquema rector de ordenación y de gestión del agua (SDAGE)

El esquema rector de ordenación y de gestión del agua (SDAGE) constituye el primer instrumento de planificación para proteger las aguas y los ecosistemas hídricos en la cuenca. Con la DMA, el esquema rector (SDAGE) equivale al plan de gestión del distrito hidrográfico (artículos L. 212-1 a L. 212-2-3; R. 212-1 a R. 212-18; Orden ministerial del 17 de marzo de 2006 sobre el contenido del SDAGE⁽²⁵⁾). Desde la DMA (y la ley de transposición francesa de 2004), el esquema rector (SDAGE) fija los objetivos para cada masa de agua.

a) La elaboración del SDAGE es una obligación impuesta a las autoridades competentes (artículo L. 212-1 III). Durante la elaboración de la primera generación de esquemas rectores (SDAGE) (según la Ley de Aguas de 1992), el Estado y los entes locales seguían un verdadero proceso de concertación. Los primeros SDAGE se adoptaron en 1996⁽²⁶⁾. Todos los SDAGE de la segunda generación, aprobados en 2004, tuvieron que modificarse para respetar los objetivos de la DMA. Desde entonces, el SDAGE integra la gestión no solo del agua, sino también del ambiente piscícola⁽²⁷⁾. La última generación de SDAGE se adoptó en 2009 (actualmente en vigor sobre la base de la DMA).

La identificación de los riesgos mayores que existen en la cuenca (identificación *des enjeux majeurs sur le bassin*) es una medida previa a la elaboración del SDAGE. Se trata de un documento de síntesis sobre los riesgos mayores en la cuenca que fija el calendario

(24) DREAL: Direction Régionale de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement.

(25) Arrêté du 17 mars 2006 relatif au contenu des SDAGE.

(26) DROBENKO, B. (2007): *Droit de l'eau*, p. 80.

(27) Artículos L. 212-1 y Decreto precitado núm. 2005-475 de 16 de mayo de 2005.

de la elaboración del plan, y que sintetiza las cuestiones importantes de la gestión de las aguas de la cuenca. A partir de la publicación de ese documento, se procede a la fase de concertación con los actores públicos y el público (*infra* II.3).

La fase propia de elaboración del proyecto de SDAGE hace intervenir de nuevo al público (*infra* II.3), a algunas autoridades públicas y a los actores socioprofesionales.

El proyecto de SDAGE lo aprueba el comité de cuenca, y el SDAGE definitivo lo aprueba el prefecto coordinador de la cuenca.

b) El esquema rector (SDAGE) debe contener los aspectos relativos al agua, al medio acuático y a los recursos piscícolas. Debe incluir también un inventario de los datos ecológicos y socioeconómicos de la cuenca, la determinación de los objetivos ambientales para 2015 según la DMA, la manera de realizar estos objetivos y el desarrollo de un enfoque económico. Concretamente, el documento del SDAGE responde a tres objetivos mayores. En primer lugar, define las orientaciones que permiten satisfacer los grandes principios de una gestión equilibrada y sostenible de los recursos en agua según el Código del medio ambiente (artículos L. 211-1 y L. 430-1). En segundo lugar, fija los objetivos de calidad y de cantidad para cada masa de agua de la cuenca. En tercer lugar, determina los arreglos necesarios para prevenir el deterioro y garantizar la protección y la mejora del estado de las aguas y de los medios acuáticos⁽²⁸⁾.

Por un lado, el SDAGE tiene que respetar las reglas nacionales (leyes, decretos). Por otro lado, se exige que las decisiones administrativas tomadas en el ámbito de las aguas y las decisiones urbanísticas sean conformes al SDAGE. El SDAGE no puede crear nuevas reglas, solo puede concretar reglas existentes. En cambio, puede fijar objetivos que van más lejos que la ley⁽²⁹⁾.

c) Al mismo tiempo se introdujeron en cada cuenca los programas de medidas (*programmes de mesures*, artículos L. 212-2-1 y R. 212-19 a R. 212-21-1) y programas de seguimiento (*programmes de surveillance*, artículos L. 212-2-2 y R. 212-22 a 24). Los programas de medidas identifican las acciones claves para realizar los objetivos medioambientales definidos por el SDAGE. Estas medidas se concretan en disposiciones reglamentarias, incentivos financieros y acuerdos negociados. El programa se adopta por el prefecto coordinador de la cuenca después de la proposición del Comité de cuenca. Los programas de seguimiento dependen esencialmente de las agencias del agua, de las DREAL y del ONEMA (*supra* II.1).

B) El esquema (local) de ordenación y de gestión del agua (SAGE)

El esquema (local) de ordenación y de gestión del agua (SAGE) está destinado al nivel local, es decir a la subcuenca, un sistema acuífero, una cuenca o un acuífero determinado (artículo L. 212-3; R. 212-26 a 28).

(28) Comité de bassin Rhin Meuse, SDAGE 2010-2015, noviembre de 2009, p. 16.

(29) Comité de bassin Rhin Meuse, SDAGE 2010-2015, noviembre de 2009, p. 14.

El SAGE puede adoptarse por vía autoritaria por los mismos autores del esquema rector (SDAGE). En este (primer) caso se impone a los actores locales. El SAGE puede también proceder de la iniciativa de los entes locales. En este (segundo) caso es la *comisión local de aguas* (organismo propio de la subcuenca) la que elabora el proyecto, procede a las consultas y adopta el proyecto (artículo L. 212-4-I). Una orden del prefecto de derecho común (*arrêté préfectoral*) aprueba el SAGE (artículo L. 212-7 y 10).

El documento del SAGE contiene un plan de ordenación y de gestión sostenible (*plan d'aménagement et de gestion durable*) concretando el inventario, los riesgos y los objetivos de la política de aguas en el nivel local; un reglamento (*règlement*) adoptado por los actores locales puede definir prioridades de uso de los recursos de agua y de su repartición por categoría de uso, definir las medidas necesarias para la preservación de la calidad del agua e indicar el régimen de las obras hidráulicas. El SAGE contiene también varios documentos cartográficos (artículos L. 212-5-1 y R. 212-35 a 47).

El esquema local (SAGE) debe respetar las normas superiores y ser compatible con el esquema rector (SDAGE). Del mismo modo, las decisiones tomadas en el dominio del agua y las decisiones urbanísticas deben ser compatibles con el SAGE (artículos L. 212-3; L. 212-5; L. 212-5-2).

Por último, cabe señalar la existencia de otros planes específicos, particularmente en materia de riesgos naturales (inundaciones, sequía [artículo L. 211-8]) y de zonas vulnerables (artículos R. 211-75 a 79).

A efectos de la DMA, la autoridad competente es el prefecto coordinador de cuenca respectivo.

3. La participación pública en la planificación hidrológica

Las normativas sobre la participación pública en la adopción de decisiones se precisaron ya antes de la DMA, singularmente en la planificación hidrológica.

A) La participación pública en la fase de identificación de los riesgos mayores

En la planificación por cuenca (esquema rector, SDAGE) (*supra* II.2.a), el público interviene en la fase de identificación de los riesgos mayores que existen en la cuenca. Se organiza una concertación mediante los documentos previos, que se ponen a disposición del público durante seis meses en la prefectura, en la agencia de agua y en una página web. Periódicos nacionales, regionales y locales informan al público, quince días antes, sobre la existencia de la consulta. Se organiza una verdadera negociación medioambiental en cuanto a los riesgos cuantitativos y cualitativos del agua y de los ecosistemas acuáticos en la cuenca, pre-

viamente a toda decisión de planificación. En 2005, se distribuyó un cuestionario en los buzones de todos los hogares domésticos. Los ciudadanos tuvieron seis meses para expresar su opinión⁽³⁰⁾.

B) La participación pública en la fase de la elaboración del proyecto del SDAGE

Después, en la fase de la elaboración del proyecto del SDAGE, el Comité de cuenca (artículo R. 212-7) consulta al público un año antes de la entrada en vigor del SDAGE (artículo L. 212-2-II) según las mismas modalidades que el documento de identificación de los riesgos mayores. Se transmite el proyecto a las asociaciones de protección del medio ambiente y de consumidores que lo piden. Se organizó esta consulta entre 2008 y 2009, subdividida en tres etapas: Primero los ciudadanos fueron consultados durante un periodo de seis meses (con el mismo sistema, «todos los buzones»). A continuación fueron consultadas las asambleas locales (al nivel de la región, del departamento, de las cámaras consulares...). Por fin, se procedió a la consulta de los parques naturales regionales y del comité de gestión de los peces migradores⁽³¹⁾. A raíz de estas consultas, los proyectos de SDAGE y de programas de medidas fueron modificados sustancialmente (por ejemplo, en cuanto al ritmo para llegar a un buen estado ecológico, la lucha contra la contaminación difusa, los objetivos concretos de varias masas de agua)⁽³²⁾.

C) La participación pública en la planificación local

En lo que se refiere a la planificación local, el SAGE desarrolla, en su fase de elaboración, una consulta del público, según el procedimiento medioambiental (común) de encuesta pública (artículos L. 212-6; L. 212-8 y L. 123-1), durante el cual se le permite a este que formule propuestas.

III. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL AGUA

El estatuto jurídico del agua se define en función de tres elementos importantes: la naturaleza jurídica del agua (1), su régimen económico-financiero (2) y sus requisitos de calidad (3).

1. La naturaleza jurídica de las aguas: aguas públicas y aguas privadas

El punto de partida histórico de la construcción del Derecho francés de aguas es la época romana. Los siglos XVI y XVII (ordenanzas de Moulins, de 1566, y de Luis XIV, de 1669) asisten a la creación del dominio real fluvial, precursor del dominio público. Las leyes de la gran revolución (Ley de 1 de diciembre de 1790 y Ley de 28 de septiembre de 1791)

(30) Comité de bassin Rhin Meuse, SDAGE 2010-2015, noviembre de 2009, p. 26.

(31) Comité de bassin Rhin Meuse, SDAGE 2010-2015, noviembre de 2009, p. 26.

(32) Comité de bassin Rhin Meuse, SDAGE 2010-2015, noviembre de 2009, p. 27.

identifican dominialidad pública y navegabilidad. Al mismo tiempo, se admite una apropiación privada del agua. El Derecho francés del agua tiene efectivamente una de sus raíces en el derecho de la propiedad (Código civil de 1804). En cambio, una evolución constante inspirada de una lógica de Derecho público limita y racionaliza el uso del agua. Si las aguas como tales, calificadas de *res communis*, no pertenecen a nadie (prohibición de una apropiación privativa, salvo algunas excepciones en Derecho civil – *infra* II.2), del medio acuático en el que se encuentran sí pueden ser apropiadas (bajo el control de la administración, artículos L. 215-1 a 6). Resulta una situación híbrida de las aguas en Derecho francés que distingue de manera general las aguas domaniales y las aguas no domaniales⁽³³⁾.

A) El dominio público hidráulico

El dominio público hidráulico (*domaine public fluvial*), antiguamente determinado por la navegabilidad de los ríos, tiene actualmente su base en el motivo más amplio de interés general, que puede depender (desde la Ley de Aguas de 1964) de la navegación, del suministro de agua de las vías navegables, de las necesidades de agua de la agricultura y de la industria, de las necesidades de la población y de la lucha contra las inundaciones (Código general de la propiedad de las personas públicas —CGPPP—, artículo L. 2111-12, apartado 1)⁽³⁴⁾. La Ley de Aguas de 1992 precisa en este contexto que el agua forma parte del patrimonio común de la nación (artículo 1 de la Ley y actualmente artículo L 210-1 del Código del medio ambiente).

Concretamente, la integración de recursos de agua en el dominio público interviene después de una encuesta pública realizada por el prefecto coordinador de la cuenca o el prefecto de derecho común (del *département*) (CGPPP, artículo L. 2111-12, apartado 2). La adquisición de los recursos de agua del dominio público se puede realizar de manera amistosa (compra, intercambio), a título gratuito (donación, bien abandonado) o de manera forzada (expropiación, nacionalización, tanteo/retracto del Estado) (*ibid.*, artículos L. 1111-1 *et seq.*). De manera general, el dominio público hidráulico no está delimitado de manera exacta y tiene que delimitarse en cada caso concreto⁽³⁵⁾. En principio, la persona pública detenta la propiedad del lecho del curso de agua, dispone del uso de las aguas y las controla (*ibid.*, artículos L. 2111-9 *a contrario*, L. 2111-13)⁽³⁶⁾.

Las aguas domaniales se reparten en el dominio público hidráulico del Estado (*domaine public fluvial de l'Etat*) y el dominio público hidráulico de los entes locales (dominialidad descentralizada) (*domaine public fluvial des collectivités territoriales*) (CGPPP, artículo L. 2111-7).

(33) DROBENKO, B. (2007): *Droit de l'eau*, pp. 33, 41 *et seq.*

(34) Origen de la nueva codificación: Ordonnance n.º 2006-640 du 21 avril 2006 relative à la partie législative du Code général de la propriété des personnes publiques (JORF du 22 avril 2006) (suprimiendo este tema en el Código del dominio público fluvial). Dominio público hidráulico (*domaine public fluvial*): CGPPP, artículos L. 2111-7 a 13.

(35) Existe una jurisprudencia abundante en este ámbito.

(36) Sobre las servidumbres en el ámbito del dominio público hidráulico: CGPPP, artículos L. 2131-2 a 6.

Sobre la manera de usar y gestionar el dominio público hidráulico: CGPPP, artículos L. 2124-6 a 25 (con reglas especiales del Loira, de derecho local en Alsacia y en el departamento de Mosela, del canal du Midi).

a) El dominio público hidráulico del Estado se instituye en Francia por medio de un acta de ordenación (*acte de classification*) (CGPPP, artículo L. 2111-7). Se compone de todos los bienes calificados como tales por un acto reglamentario⁽³⁷⁾. El Estado puede transferir la gestión a operadores especializados como «Vías navegables de Francia» (*Voies navigables de France*), un establecimiento público del Estado⁽³⁸⁾.

b) El dominio público hidráulico de los entes locales existe desde una ley de descentralización de 2003⁽³⁹⁾. Se constituye por medio de creación (nueva), de adquisición amistosa, de expropiación o de traslado por parte del Estado. El traslado se efectúa de manera ordinaria (CGPPP, artículo L. 3113-1) o a título experimental (*ibid.*, artículo L. 3113-2). Los beneficiarios son normalmente las regiones (*ibid.*, artículo L. 3113-1, apartado 2). Se pueden trasladar un curso de agua, un canal o un lago natural o artificial.

B) Las aguas no domaniales

No existe definición legal de las aguas no domaniales. Se trata, por un razonamiento *a contrario*, de las aguas no clasificadas en el dominio público. Si normalmente las aguas no pueden ser objeto de apropiación de manera privativa, algunos tipos de agua se incorporan al terreno según el Derecho civil. El propietario del terreno puede disponer libremente de estas aguas si el uso no entra en conflicto con el interés general. Existen varias categorías de aguas no domaniales:

- En la categoría de las *aguas corrientes* (*eaux courantes*) entran aguas superficiales con caudal, como por ejemplo los ríos y los riachuelos. Como el legislador no las define, el juez propone varios criterios: la permanencia del lecho, el carácter natural del río, un caudal regular. Estos criterios fueron integrados en una circular ministerial de 2005⁽⁴⁰⁾.
- En cuanto a las *aguas subterráneas* (*eaux souterraines*), el Código civil dispone que el propietario del terreno tiene también la propiedad sobre el suelo y el subsuelo (artículo 552) y, en consecuencia, sobre las aguas subterráneas, así como sobre el agua extracto de su suelo. En cambio, el Código civil mismo limita este derecho al respeto de la ley y de los reglamentos de policía. La construcción de un pozo puede, pues, prohibirse o limitarse. En función de las cantidades extraídas se aplica la legislación especial de las actividades en el dominio del agua con nomenclátor y un sistema de declaración y licencia (nomenclatura IOTA) (*infra* III.3.b). Dado que la política del agua es de interés

(37) El dominio público hidráulico se compone del dominio natural (cursos de agua y lagos) y del dominio artificial (canales, lagos artificiales [plans d'eau], obras...) (CGPPP, artículos L. 1111-8 y 10).

(38) Sobre la posibilidad de concesión: CGPPP, artículo L. 3111-2.

(39) Loi n.º 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, artículo 56 (integrado en el antiguo artículo L. 1 del código del dominio público hidráulico y de la navegación interior; dispositivo actual: CGPPP, artículos L. 3113-1 a 4); Loi n.º 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, artículo 35; Décret n.º 2005-992 du 16 août 2005 relatif à la constitution et à la gestion du domaine public fluvial de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs groupements, abrogado y integrado en el CGPPP por: Décret n.º 2011-1612 du 22 novembre 2011 relatif aux première, deuxième, troisième et quatrième parties réglementaires du code général de la propriété des personnes publiques.

(40) Circulaire du 2 mars 2005 relative à la définition de la notion de cours d'eau (Bulletin officiel du ministère de l'Ecologie et du Développement durable n.º 9, 2005).

general, y visto el principio de que el agua forma parte del patrimonio de la nación, el margen de intervención de las autoridades públicas es importante y estas últimas pueden afectar ciertas aguas a un uso público.

- El código civil francés enumera *otras categorías de agua*, con una connotación anticuada, dado que en la época de la adopción de las disposiciones no se tomó en cuenta el ciclo hidrológico: Las *fuentes (sources)* forman parte de la propiedad del fundo. Sin embargo, el propietario no puede usar esta agua de forma que cause perjuicio a los fundos inferiores, y no puede limitar los derechos adquiridos (Código civil, artículo 642). Los *lagos y estanques (lacs et étangs)* se incorporan a la propiedad del fundo (*ibid.*, artículo 558). Las *aguas pluviales* entran en la propiedad del fundo donde caen (*ibid.*, artículo 641). En cambio, el carácter natural de la *escorrentía (écoulement)* debe mantenerse (*ibid.*, artículo 640).

Es importante recordar que el uso de las aguas no domaniales está cada vez más controlado por las autoridades públicas gracias a la policía de aguas (Código del medio ambiente, artículos L. 215-7 a 18). A la garantía de los intereses privados se añade la del interés general (artículo L. 215-8). Así, se deben preservar los ecosistemas y conciliar los diferentes usos (artículo L. 215-10) como la salud, la salubridad, la lucha contra los riesgos y las actividades humanas (artículos L. 210-1 y 215-8).

Los programas de medidas identifican las acciones claves para realizar los objetivos medioambientales definidos por el SDAGE.

2. El régimen económico-financiero del agua

De manera general, el coste generado por los usos del agua (incluyendo el coste para el medio ambiente y los recursos de agua) se repercute en los usuarios (artículo L. 210-1). El Derecho francés del agua distingue dos «ciclos» del agua: el «pequeño ciclo del agua» se refiere al uso que hacen del agua los consumidores y está gestionado por los municipios (distribución y saneamiento) (III.2.A); el «gran ciclo del agua» tiene en cuenta los ecosistemas y los usos del agua en general y está gestionado en el nivel de un grupo de cuencas, de la cuenca y de la subcuenca por la Agencia de aguas (III.2.B)⁽⁴¹⁾.

A) Los servicios del agua de los municipios

El problema del pago del agua aparece en los municipios que gestionan los servicios del agua. En el pasado, muchos municipios practicaron un sistema a precio alzado. La Ley de Aguas de 1992 pone como nuevo

(41) DROBENKO, B. (2007): *Droit de l'eau*, p. 116.

principio que cada factura de agua comprenda una parte calculada en función del volumen de agua realmente consumido por el abonado al servicio de distribución de agua. Esta factura puede incluir también una parte fija, que corresponde a las cargas invariables del servicio (artículo L. 214-15). La nueva Ley de Aguas de 2006 precisa que el cálculo de la parte fija puede tener en cuenta el número de alojamientos conectados en un edificio (CGCT, Código general [francés] de los entes locales, artículo L. 2224-12-4-I). La factura del agua se compone, pues, de una parte fija (cargas fijas, características de la conexión, gastos de mantenimiento) y de una parte que varía en función del volumen de agua realmente consumido. Desde 2010, este consumo se calcula sobre la base de una tarifa uniforme con respecto al metro cúbico o sobre la base de una tarifa progresiva, dentro de límites máximos. La factura debe indicar el pago del litro de agua y el importe de la parte fija (*ibid.*, artículo L. 2224-12-4-III).

El legislador prevé varias derogaciones y adaptaciones. Por ejemplo, el alcalde puede pedir al prefecto de derecho común que le autorice a renunciar a la parte variable del pago del agua en la factura (e instaurar un precio que no es proporcional a la cantidad de agua consumida), cuando en el municipio los recursos en agua son naturalmente abundantes y cuando hay pocos usuarios conectados a la red colectiva de aguas (CGCT, artículo L. 2224-12-4-I apartado 3), es decir, una población de menos de 1.000 habitantes (*ibid.*, artículo L. 2224-20)⁽⁴²⁾. La tarificación puede también variar en función de las temporadas en los municipios donde el equilibrio entre los recursos de agua y el consumo de agua está amenazado de manera estacional (*ibid.*, artículo L. 2224-12-4-IV).

Reglas similares se aplican en el ámbito del *saneamiento* de las aguas. Las tarifas se componen de una parte fija y de una parte variable, en función de la cantidad de agua usada por el consumidor (CGCT, artículos L. 2224-12-4 y L. 2333-123).

B) El papel financiero de las agencias del agua

Las agencias del agua perciben los cánones (*redevances*) (artículo L. 213-9) siguientes: el canon por contaminación del agua de origen no doméstico (artículo L. 213-10-2-I), que se calcula por una media de contaminación mensual estimada; el canon por contaminación del agua de origen doméstico (artículo L. 213-10-3-I), calculado en función del consumo efectivo de agua; el canon por modernización de las redes de recolecta (artículo L. 213-10-5), basado en la contaminación del agua de origen no doméstico cuando hay vertidos de aguas usadas en la red pública de aguas; el canon por contaminación difusa (artículo L. 213-10-8); el canon por extracción de recursos de agua (artículo L. 213-10-9); el canon por almacenamiento de agua en periodo de estiaje (artículo L. 213-10-10); el canon por obstáculo en un curso de agua (artículo L. 213-10-11) y el canon por protección del medio acuático (artículo L. 213-10-12). Las agencias, cuyo papel principal es de tipo financiero, aplican las medidas y orientaciones de la política del agua y realizan las orientaciones prioritarias fijadas por el parlamento francés, concretando los objetivos de los esquemas rectores (SDAGE) y esquemas locales (SAGE).

(42) Confirmación reciente por el juez administrativo: Tribunal administratif de Marseille, 14 décembre 2010, Commune de Gemenos, n.º 0803622 (*Revue juridique de l'environnement*, 2/2012, pp. 372 y 373).

3. Los requisitos de calidad del agua

El único cambio normativo significativo que ha sucedido con la DMA es el de la integración de la protección de las zonas húmedas (artículos L. 211-1-I-1.º; L. 211-1-1; L. 211-12-V bis; R. 211-108 y 109) y de la gestión de la pesca en la política general de aguas (artículos L. 211-1-II-3.º y L. 431-3). Se alcanzan los requisitos de calidad del agua gracias a las policías del agua. La Ley de Aguas de 1992 adoptó el enfoque integrado y ecosistémico que más tarde exigió la DMA en 2000.

Un conjunto de medidas permite proteger el medio acuático (III.3.A). Una especificidad del Derecho francés es la normativa de las actividades en el dominio del agua con nomenclátor y un sistema de declaración y licencia —nomenclatura IOTA— (III.3.B). A este dispositivo hay que añadirle las reglas generales de la policía del agua (III.3.C).⁽⁴³⁾ Cabe destacar, no obstante, que el desarrollo del arsenal normativo en vigor no bastará para asegurar el cumplimiento de los objetivos ambientales para 2015 (III.3.D).

A) Las medidas generales

a) La preservación de los ecosistemas acuáticos y de las zonas húmedas (artículo L. 211-1) es uno de los objetivos generales recogidos en el Código francés del medio ambiente. En conformidad con la DMA, el prefecto coordinador de la cuenca elabora un programa de medidas para alcanzar los objetivos del esquema rector (SDAGE). El programa incluye un conjunto de instrumentos jurídicos, como disposiciones reglamentarias, incentivos financieros y acuerdos negociados (*supra* II.2.A.c).

De manera complementaria se adoptan medidas generales de preservación de la calidad de las aguas y de los ecosistemas (artículos L. 211-1 a L. 211-3, D. 211-10 y 11, R. 211-11-1 a 3) y medidas de mantenimiento (*mesures d'entretien*), que quedan a cargo de los propietarios públicos y privados (artículo L. 215-14). El mantenimiento del dominio público debe asumirlo el propietario público o su concesionario y los vecinos y usuarios del dominio público hídrico (CGPPP, artículos L. 2124-12, L. 2131-1, L. 2132-9). Los propietarios asumen el mantenimiento de los cursos de agua no domaniales (Código del medio ambiente, artículos L. 215-14 *et seq.*), con una posibilidad de substitución por el alcalde bajo la autoridad del prefecto de derecho común (artículo L. 215-12).

b) Desde la DMA y la ley de transposición en Francia de 2004, la protección de las zonas húmedas forma parte integrante de la política de las aguas de las agencias del agua (artículo L. 213-8-2) y se delimitan dentro del esquema local de planificación (SAGE) (artículo L. 212-5 apartado 4). A este fin, el prefecto de derecho común puede imponer restricciones a los propietarios (artículo L. 212-5-V bis). Desde la Ley de Aguas de 1992, los medios piscícolas se integran progresivamente en el Derecho general del agua. La Ley de 2006 refuerza la relación entre policía de aguas y policía de la pesca (artículo L. 212-3 apartado 1)⁽⁴⁴⁾.

(43) Señalamos reglas específicas para la calidad de aguas destinadas al consumo humano (artículo L. 211-11).

(44) DROBENKO, B. (2007): *Droit de l'eau*, p. 126.

B) La normativa especial de las actividades en el dominio del agua con nomenclátor

En Francia existe una normativa especial de las actividades en el dominio del agua con nomenclátor y un sistema de declaración y licencia (nomenclatura IOTA⁽⁴⁵⁾). La Ley de Aguas de 1992 introduce en el Derecho francés un sistema de identificación de las instalaciones, obras, trabajos y actividades (IOTA) con impacto sobre el agua. Se trata de una ley autónoma frente a la reglamentación general de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (*droit des installations classées pour la protection de l'environnement*) (artículo L. 214-1). Esto no implica que la reglamentación general de las actividades molestas excluya los impactos sobre el medio acuático (la normativa protege todo el medio ambiente, incluido el medio acuático), sino que el nomenclátor en el dominio del agua es mas específico (artículo L. 214-2). Esta normativa específica procede a un control previo de actividades con un impacto caracterizado sobre el medio ambiente acuático para justificar una intervención de la administración. El criterio para diferenciarlo reside en el tipo de uso: uso doméstico (no controlado) y otros usos (controlados). Concretamente, la obligación de control resulta de un nomenclátor establecido por decreto (artículos R. 211-1 a 9)⁽⁴⁶⁾. El impacto se mide en relación con todo el medio acuático (ecosistemas, zonas húmedas, vida piscícola). Se excluyen los usos domésticos salvo si se sobrepasan unos límites cuantitativos. Hay cinco rúbricas: las extracciones, los vertidos, el impacto sobre los medios acuáticos o sobre la seguridad pública, el impacto sobre el medio marino y un sistema (residual) de licencias específicas.

El Derecho francés de las instalaciones, obras, trabajos y actividades (IOTA) con impacto sobre el agua se inspira en la reglamentación general de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas (*installations classées*). Así, existe un sistema de licencias (artículos L. 214-3-I y 4) y declaraciones (artículo L. 214-3-II) con procedimientos preventivos (consultas, encuesta pública [artículo L. 214-4-I], documentos de incidencia). Es interesante señalar que las licencias se pueden modificar sin indemnización si el día 1 de enero de 2014 se estima que existe el riesgo de que los objetivos de esquema rector (SDA-GE) no se cumplan (artículo L. 214-4-II bis)⁽⁴⁷⁾.

C) Las reglas generales de policía administrativa en el ámbito del agua

El Derecho francés de aguas incluye también reglas generales de policía administrativa que se aplican a las actividades humanas sobre las que no se ejerce ningún control específico. La policía del alcalde tiene que garantizar la seguridad y la salubridad públicas, y puede intervenir para limitar vertidos que afectan al medio acuático o prohibir contaminaciones de todo tipo (CGCT, artículo L. 2212-2). El alcalde puede también, bajo la autoridad del prefecto, tomar todas las medidas necesarias para la policía de los cursos de agua (artículo

(45) IOTA: «installations, ouvrages, travaux et activités réalisés à des fins non domestiques et qui entraînent des prélèvements sur les eaux superficielles ou souterraines, une modification du niveau ou du mode d'écoulement des eaux ou des déversements, écoulements, dépôts directs ou indirects, chroniques ou épisodiques même non polluants» (Código del medio ambiente, artículos L. 214-1 a 3).

(46) Décret n.º 93-743 du 29 mars 1993 relatif à la nomenclature IOTA (modificado varias veces desde entonces).

(47) En el mismo sentido: artículos L. 214-18-IV y L. 215-10-I bis.

L. 215-12). Esta acción se completa con la del consejo municipal que controla la protección de las aguas con la policía urbanística. Por fin, las autoridades del Estado pueden intervenir para sustituir a las autoridades municipales en caso de carencia o a título principal como autoridad de policía de la higiene y de la salubridad pública.

D) El problema del cumplimiento de los objetivos ambientales para 2015

En Francia, el Código del medio ambiente impone el cumplimiento de los objetivos para 2015 en su artículo L. 212-1-V. Los métodos de evaluación del estado ecológico de las aguas resultan de una Orden ministerial de 2010⁽⁴⁸⁾. Se están recabando informaciones sobre 11.523 masas de agua de superficie (de las que el 94% son cursos de agua) y 574 masas de agua subterránea⁽⁴⁹⁾. Los datos más recientes de toda Francia son de 22 de marzo de 2010. En este momento, más de 45% de las masas de agua de superficie están en buen estado ecológico y químico (más precisamente, 7% en muy buen estado y 38% en buen estado), 21% no están en buen estado y 34% son indeterminadas. El 59% de las aguas subterráneas están en buen estado químico y 89% en buen estado cuantitativo⁽⁵⁰⁾.

De manera general, es difícil conseguir informaciones recientes (posteriores a los años 2009-2010) sobre Francia en su conjunto. La carencia de información surge porque las autoridades locales no transmiten siempre los datos necesarios⁽⁵¹⁾.

Se encuentran informaciones puntuales (en parte negativas), sobre todo sobre las subcuencas (dentro del plan hidrológico local, el SAGE). Los datos apuntan a que los objetivos de 2015 no se alcanzarán⁽⁵²⁾.

Es interesante, sin embargo, señalar que disponemos de un indicador importante sobre el cumplimiento de los objetivos ambientales para 2015: la situación de las derogaciones para llegar a un buen estado (artículo L. 212-1-V y VI). El objetivo de Francia es llegar en 2015 a un 64% de masas en buen estado; por los 36% restantes ya se han pedido derogaciones⁽⁵³⁾.

En la planificación por cuenca, el público interviene en la fase de identificación de los riesgos mayores que existen en la cuenca.

(48) Arrêté du 25 janvier 2010 en application des articles R.212-10, R.212-11 et R.212-18 du Code de l'environnement.

(49) Informe ONEMA (2010), *La reconquête du bon état des eaux et des milieux aquatiques. De l'état des eaux en 2009 aux objectifs 2015*, p. 1 <<http://www.onema.fr/Rapportage-union-europeenne>>.

Lista de las zonas de repartición de las aguas: artículo R. 211-71.

(50) <<http://www.onema.fr/Rapportage-union-europeenne>>.

(51) <<http://www.onema.fr/Rapportage-union-europeenne>>.

(52) <http://www.eaufrance.fr/spip.php?rubrique1881id_article=842> (lista con documentos y páginas web sobre el estado de las aguas).

(53) <<http://www.onema.fr/Rapportage-union-europeenne>>; las prórrogas de plazos figuran también en los diferentes SDAGE.

En el ámbito de las aguas superficiales, existen derogaciones del estado ecológico sobre más del 36% de las masas de agua (46% para las masas de agua de transición; las prórrogas de plazo por razones técnicas son del 85%, las fundadas en condiciones naturales del 41%). A propósito del estado químico, el 17% de las masas de agua tienen derogaciones y más de 96% de éstas solicitan una prórroga de plazo.

En el dominio de las aguas subterráneas, el 2% de las masas de agua necesitan una derogación en cuanto al estado cuantitativo. De estas, 45% lo son por prórroga de plazo por razones naturales y 27% por coste desproporcionado. A propósito del estado químico, el 36% de las masas de aguas han conseguido una derogación. De estas, el 76% se justifican por una prórroga de plazo por condiciones naturales y el 27% por razones técnicas⁽⁵⁴⁾.

IV. CONCLUSIÓN. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DMA A TUERTAS Y A DERECHAS

La transposición de la DMA se ha hecho a tuertas y a derechas. Por un lado, Francia no ha debido afrontar problemas mayores desde el punto de vista institucional para transponer la DMA («transposición a derechas»). En buena medida, sus instituciones administrativas coincidían ya con la organización hidrológica exigida por la DMA. Las adaptaciones menores no presentaron obstáculos particulares, en un Estado centralizado a nivel nacional desde el punto de vista legislativo (sin legisladores a nivel regional). Por otro lado, Francia no podrá cumplir los objetivos ambientales, ya que tiene problemas que le obligarán a pedir derogaciones («transposición a tuertas»), en particular prórrogas de plazo (en conformidad con el Derecho de la Unión Europea respectivamente hasta 2021 y hasta 2027). Tampoco está claro que Francia pueda cumplir los requisitos de calidad de las masas de agua restantes para 2015, aunque el Código del medio ambiente prevé procedimientos de «último minuto». Efectivamente, recordamos que las licencias atribuidas dentro de la normativa de los IOTA (*supra* III.3.B) se pueden modificar sin indemnización si el día 1 de enero de 2014 se estima que existe el riesgo de que los objetivos del esquema rector (SDAGE) no se cumplan.

V. ANEXO BIBLIOGRÁFICO

- EMBID IRUJO, A. (2010): «Marco constitucional y estatuario del agua en España», en las pp. 279-313, de Embid Irujo, A., y Mathus Escorihuela, M., *Organismos de Cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiación*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2010, 550 pp.
- EMBID IRUJO, A., DE ALENCAR XAVIER, Y.M., y DOS SANTOS SILVEIRA NETO, O. (2008): *El Derecho de Aguas en Brasil y España. Un Estudio de Derecho Comparado*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, 356 pp.
- DROBENKO. B. (2007): *Droit de l'eau*, Paris, Gualino éditeur, 330 pp.

(54) Informe ONEMA (2010), *La reconquête du bon état des eaux et des milieux aquatiques. De l'état des eaux en 2009 aux objectifs 2015*, p. 4.

- DROBENKO, B., SIRONNEAU, J. (2010): *Le code de l'eau*, Paris, Editions Johanet (2.^a edición), 1.748 pp.
- GAZZANIGA, J.-L. (1998): *L'eau: usages et gestion*, Paris Litec, 316 pp.
- SAOUT, A. (2011): *Théorie et pratique du droit de l'eau*, Paris, Editions Johanet, 472 pp.
- sin autor: (2010), *Guide de l'eau 2010-2011*, Paris, Editions Johanet (40.^a edición).
- SOHNLE, J. (2001): «Gewässerpolitik und Wasserrecht in Frankreich», en las pp. 165-190 de BRUNHA, Th., Koch, H.-J. (dir.), *Integrierte Gewässerpolitik in Europa*, Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 331 pp.
- SOHNLE, J. (2002): «Le droit international des ressources en eau douce: solidarité contre souveraineté», Paris, *La Documentation française*, collection du CERIC *Monde européen et international*, 2002, 606 pp.
- SOHNLE, J. (2002): «La gestion des conflits sur l'eau par les commissions fluviales», en las pp. 53-74 de Jeanlos, Y. (dir.), *L'eau, arme stratégique du XXI^e siècle?*, Actes du colloque de Strasbourg, Publication du CIRPES, 2002, tome II, 136 pp.
- SOHNLE, J. (2005): «Les impératifs d'unité de la gestion transfrontière des cours d'eau (Meuse et Moselle)», *Droit de l'environnement*, núm. 125-2005/1, pp. 23-26.
- SOHNLE, J. (2008): «L'insertion de la Directive 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau dans la systématique du droit international de l'eau», *ERA FORUM Scripta Iuris Europaei*, vol. 9, number 3, October 2008, pp. 423-443.
- SOHNLE, J. (2010): «La mise en réseau de l'eau au niveau européen et international: incontournable, mais contrôlable», en las pp. 275-299 de Potvin-Solis, L. (dir.), *La libéralisation des services d'intérêt économique général en réseau en Europe*, Bruxelles, Bruylant (Collection Jean Monnet), 510 pp.
- SOHNLE, J. (2011): «L'impact de la directive-cadre "eau" sur l'organisation territoriale – une révolution au nom de l'hydrologie affectant les circonscriptions administratives traditionnelles (étude comparée: France-Allemagne)», en las pp. 159-178 de Allemand, R. (dir.), *Les effets du droit de l'Union européenne sur les collectivités territoriales – Approches comparées*, GRALE - L'Harmattan Paris, 427 pp.
- TIRADO ROBLES, C. (2010): «Los organismos de cuenca en la Unión Europea: el artículo 3 de la directiva marco de aguas», en las pp. 499-550 de Embid Irujo, A., Mathus Escorihuela, M., *Organismos de Cuenca en España y Argentina: organización, competencias y financiación*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2010, 550 pp.
- TIRADO ROBLES, C. (2004): *La Política del Agua en el Marco Comunitario y su Integración en España*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2004, 187 pp.

Documentos oficiales e informes

- Comité de bassin Rhin Meuse, *SDAGE 2010-2015, Districts Rhin et Meuse*, Document adopté par le Comité de bassin le 27/11/09, et approuvé par le Préfet coordonnateur de bassin, novembre 2009.
- Communication de la Commission du 22 mars 2007, *Vers une gestion durable de l'eau dans l'Union européenne - Première étape de la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau 2000/60/CE - Bruxelles, 22.3.2007*, doc. COM(2007) 128 final.
- Commission Staff Working Document [22.3.2007, SEC(2007) 362], *Accompanying document to the communication Towards Sustainable Water Management in the European Union - First stage in the implementation of the Water Framework Directive 2000/60/EC*.

ONEMA (Office national de l'eau et des milieux aquatiques), Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer (Ministerio francés del medio ambiente), Agences de l'eau: (2010), *La reconquête du bon état des eaux et des milieux aquatiques. De l'état des eaux en 2009 aux objectifs 2015*, informe de 22 de marzo de 2010.

Páginas web francesas (septiembre de 2012)

<<http://www.legifrance.gouv.fr/>> (fuentes jurídicas del Gobierno francés, con todos los códigos).

<<http://www.eaufrance.fr/>> (servicio público de información sobre el agua/sistema de información sobre el agua - système d'information sur l'eau - SIE).

<<http://www.onema.fr/>> (Office national de l'eau et des milieux aquatiques).

<<http://gesteau.eaufrance.fr/>> (instrumentos de gestión del agua).

<<http://www.surveillance.eaufrance.fr/>> (información sobre los programas de seguimiento).

<<http://www.eau-rhin-meuse.fr/>> (cuena Rhin-Meuse).

<<http://www.eaurmc.fr/>> (cuena Rhône-Méditerranée).

LAS TRANSFORMACIONES DE LOS DERECHOS DE AGUAS NACIONALES POR EL DERECHO EUROPEO DE AGUAS. LA SITUACIÓN EN ITALIA^(*)

MANUEL BORDINI

*Profesor de Derecho Urbanístico
Universidad Luis de Roma*

RESUMEN

**Las transformaciones de los derechos de aguas nacionales por el Derecho europeo de aguas.
La situación en Italia**

La disciplina de las aguas en Italia ha vivido durante decenios un progresivo desarrollo orientado a valorar el recurso en sí mismo, más que su propio valor económico. De hecho, la tutela dispuesta por la primera legislación en la materia estaba orientada a la protección de los usos y del valor económico relacionado con él, omitiendo la consideración del papel estratégico relacionado con la tutela del medioambiente y de los ecosistemas. Los conceptos comunitarios introducidos en el ordenamiento mediante la transposición de la DMA han impuesto un brusco revirement en las políticas hídricas y medioambientales promoviendo, mejor dicho imponiendo, la adecuación a estándares inimaginables hasta años recientes.

Palabras clave: Derechos de aguas nacionales; tutela del medioambiente; tutela de los ecosistemas; explotación hídrica.

ABSTRACT

**The transformations of the water national laws by the European law of waters.
The situation in Italy**

The regulation of water in Italy has lived for decades a progressive development aimed at protecting the resource itself rather than its economic value. In fact, the protections given by the first legislation was aimed at protecting water uses and its economic value connected to them without paying any consideration to its strategic role in the protection of the environment and ecosystems. The comunitary principles announced by the DMA and trasposed into the domestic legal system imposed a sudden revirement in the water and environmental policies by imposing an adjustment to legal standards unimaginable until recent years.

Key words: National water laws; environment protection; Ecosystems protection; water exploitation.

SUMARIO

I. BREVE EXCURSUS HISTÓRICO.

- 1. El Texto Único núm. 1775/1933.**
- 2. La ley núm. 183/1999.**
- 3. La ley núm. 36/1994 (ley Galli).**
- 4. Dlgs núm. 152/2006.**

(*) Versión definitiva en español de Antonio Embid Irujo.

- II. EN TORNO A LA SUBSISTENCIA, DESPUÉS DE LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA L. 36 DE 1994, DE UN RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO DE LAS AGUAS EN ITALIA. AGUAS SUBTERRÁNEAS Y DIFICULTAD EN LA LOCALIZACIÓN DEL MOMENTO EN EL QUE EL AGUA PUEDE CONSIDERARSE «PRIVADA»: ¿CRITERIO DEL USO O DE LA EXTRACCIÓN?
 - III. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL AGUA PRESENTE EN LA NORMATIVA ITALIANA PREREPUBLICANA ESTÁ CENTRADA SOBRE LA NOCIÓN DE INTERÉS GENERAL.
 - IV. EL CONCEPTO DE CUENCA DE DISTRITO ANTES Y DESPUÉS DEL DLGS NÚM. 52/2006.
 - V. LA TARIFICACIÓN DE LAS AGUAS EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO.
 - VI. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES EN LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA.
 - VII. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS EN ITALIA.
 - VIII. EL ESTADO DE LAS AGUAS EN ITALIA.
 - IX. CONCLUSIONES.
-

I. BREVE EXCURSUS HISTÓRICO

La disciplina italiana sobre la salvaguardia y tutela de las aguas es reciente y muy posterior en el tiempo a la de sus usos. Como veremos más adelante, las piedras angulares son esencialmente: el Texto Único núm. 1775/1933, la Ley núm. 183/1989, con la que se introduce el principio de planificación de cuenca, la Ley núm. 36/1994, con la que se aprueba el principio de publicación de todas las aguas, el Dlgs núm. 52/1999 y, por último, el Dlgs 52/2006 y sucesivas modificaciones mediante las que se ha querido dar plena ejecución a la DMA.

Veamos brevemente cada medida legislativa y los principios innovadores que estas leyes han asentado.

1. El Texto Único núm. 1775/1933

El Texto Único de 11 de diciembre de 1933, núm. 1775, declara en su artículo 1.º que «son públicas todas las aguas que posean o adquieran aptitud para los usos públicos y de interés general». Del tenor literal de la norma se desprende claramente que el objeto de la tutela no era el recurso en sí mismo o, mejor, no estaba enfocado al bien mismo, sino a las actividades (principalmente económicas) posibles mediante la explotación hídrica⁽¹⁾. La declaración de bien demanial del recurso era, por lo tanto, un tipo de nacionalización de un medio productivo dispuesta para el bienestar colectivo cuya importancia estratégica

(1) Piénsese en la flotación, en el riego, en la navegación, la fuerza motriz, en los usos civiles, etc...

justificaba el sacrificio de las libertades del particular, que de ahora en adelante no podría sustentar pretensiones de propiedad sobre el bien en cuestión. El uso y el goce de tal medio se regulaban mediante los instrumentos concesionales y autorizatorios catalogados en el artículo 2.^o(2)

2. La ley núm. 183/1999

El mérito principal de la Ley núm. 183 es el de haber creado la Autoridad de cuenca, poniendo los cimientos para la creación de una estructura administrativa pública «a escala de área hidrográfica vasta»⁽³⁾, en torno a la cual reunir las competencias centrales, regionales y provinciales relacionadas con la gestión del territorio y de las aguas. El territorio italiano estaba repartido, de hecho, en cuencas hidrográficas de relieve nacional, interregional y regional, considerando tal ámbito territorial como el óptimo de referencia para las acciones de tutela del suelo, del subsuelo y de las aguas. Las Autoridades de cuenca de importancia nacional tenían que constituirse como sede privilegiada de confrontación y sinergia⁽⁴⁾ entre Estado, Regiones y Provincias, mediante los órganos de que estaban dotadas⁽⁵⁾, alternando

(2) Pueden derivar y utilizar agua pública:

a) todos aquellos que posean un título legítimo;
b) todos aquellos que, durante los treinta años anteriores a la publicación de la Ley del 10 de agosto de 1884, núm. 2644, derivaron y utilizaron agua pública, con limitación a la cantidad de agua y de fuerza motriz efectivamente utilizada durante los treinta años;

c) aquellos que obtengan regular concesión, según lo establecido por la presente ley.

(3) La expresión está contenida en el informe de 1970 de la Comisión De Marchi. Sobre el punto véase ZAZZI, M. (dir.), *La pianificazione di bacino in Italia. Rapporto 2003*, consultable en el sitio en línea del Grupo 183 <www.gruppo183.org>; POTOTSCHNIG, U. (1969): «Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina delle acque», en *RTDP*, pp. 1025 y ss.

(4) No pocas fueron las cuestiones de legitimidad constitucional planteadas por las regiones después de las instituciones de las Autoridades de cuenca. La Corte Constitucional ha precisado siempre que «la defensa del suelo, y de los recursos hídricos relacionados con él, es un objetivo común al Estado y a las Regiones y se puede perseguir solo mediante la vía de la cooperación», cuya expresión estaba constituida también por la «creación de organismos mixtos en los que se representen paritariamente y no, las dos partes». Cfr. Corte Const. 26 de febrero de 1990, núm. 85. En general los recursos fueron rechazados por la Corte Constitucional, ya que la presunta lesión de las atribuciones regionales constitucionalmente garantizadas, por ejemplo en materia de gobierno del territorio, de hecho no se ha verificado, siendo las funciones en objeto atribuibles al ámbito material de la tutela del medioambiente, o sea, a la esfera de exclusivo ejercicio de poder estatal. La Corte subraya cómo la Ley núm. 183/1989 es esencialmente una ley de objetivos, ya que la defensa del suelo es una finalidad, cuyo logro implica funciones y materias asignadas tanto a la competencia estatal como a la regional (o provincial). Siendo, entonces, un objetivo común al Estado y a las Regiones, la defensa del suelo puede perseguirse únicamente mediante la vía de la cooperación entre uno y los otros sujetos. GIANNINI, en la ponencia general sobre el traslado de las funciones administrativas a regiones y entes locales (DPR núm. 616/1977), escribía «Las aguas son un elemento esencial del territorio y la disciplina de su régimen y de su uso, es una de las fuentes principales de caracterización, conservación y modificación del medioambiente, con inmediatas y continuas repercusiones sobre la vida de las comunidades territoriales y locales». El sector de las aguas hoy está incluido, en el artículo 117 de la Const. en la materia «Tutela dell'ambiente e dell'ecosistema».

(5) *In primis*, el Comité institucional presidido por el Ministro de obras públicas o por el Ministro del medio ambiente estaba compuesto, además de por los Ministros indicados, por los Ministros de Agricultura y de Bosques y de los bienes culturales y medioambientales, o bien por los subsecretarios delegados, por los presidentes o por los asesores delegados por las juntas de las regiones interesadas, y, por último, por el Secretario general de la Autoridad de cuenca. Este ostentaba los principales poderes políticos y administrativos. El Comité técnico, en calidad de órgano asesor del Comité institucional, estaba presidido por el Secretario general de la Autoridad que ostentaba los principales poderes

una mayor representación de los intereses estatales o viceversa de los regionales y provinciales según las cuencas⁽⁶⁾. En las cuencas de relieve interregional⁽⁷⁾, se transferían a las regiones territorialmente competentes las funciones administrativas que debían ejercitarse previa adopción de acuerdos específicos, mientras que las de relevancia regional eran administradas por las regiones territorialmente competentes.

No obstante la composición mixta, hay numerosos indicadores que muestran la indudable prevalencia de elementos de estatalidad⁽⁸⁾, entre ellos el carácter de autoridades nacionales que tenían y su referencia al Gobierno nacional, que se expresa en la función de presidente atribuida por la ley al Ministro de Obras Públicas; también al sostenerse por el presupuesto del mismo Ministerio, al estar sometidas al control del Tribunal de Cuentas, y por la competencia del Gobierno en la aprobación del plan⁽⁹⁾. La naturaleza jurídica mixta de la Autoridad de cuenca prevista por la L. 183/1989 fue destacada también por la justicia administrativa, que subrayó el hecho de que esta última no puede considerarse como autoridad administrativa independiente, sino como órgano mixto Estado-Regiones, teniendo como objetivo la defensa del suelo a través de la cooperación paritaria entre los sujetos que son titulares de competencias sobre la materia⁽¹⁰⁾.

Los planes de cuenca introducidos por la L. 183 eran instrumentos cognoscitivos normativos y técnico-operativos para la planificación y programación de las acciones y de las normas de uso encaminadas a la defensa del suelo y a la correcta utilización de las aguas; a ellos se unirá⁽¹¹⁾ el plan de tutela de las aguas de competencia regional⁽¹²⁾. El plan de cuenca diseñado por la L. 183 supera la fragmentación de la disciplina, reune las aguas

políticos y administrativos. El Comité técnico, en calidad de órgano asesor del Comité institucional estaba presidido por el Secretario General y constituido por funcionarios designados en número paritario por las administraciones estatales y por las regionales presentes en el comité institucional, y eventualmente integrado también por expertos.

(6) Por lo que concernía a la Cuenca del Po, era neta la mayoría de los intereses regionales y locales respecto a los centrales. Cosa contraria sucedía en el caso de la cuenca del Adigio, donde se notaba una mayor representación de las funciones estatales.

(7) Véase la lista regulada en el artículo 15 de la Ley núm. 183/1989.

(8) POTOTSCHNIG, U. (1991): «El gobierno de las aguas», en *Genio Rurale*, 2, p. 71; CIVITARESE MATTEUCCI, S., en Falcon, G.D. (dir.) (1998), *El estado autonómico*, Il Mulino, p. 300.

(9) La Ley núm. 183/1989 prevé un procedimiento de aprobación dividido en tres fases: 1) una fase preliminar que se concluye con una primera adopción por parte del comité institucional de la Autoridad de cuenca; 2) una fase de publicidad del plan adoptado, en el que se recogen observaciones y opiniones, que desemboca en una segunda adopción del plan por parte del mismo Comité institucional; 3) una fase de aprobación, de competencia del Consejo de Ministros, regulada por el artículo 4, letra c) (hoy artículo 57 del Dlgs núm. 152/2006). Tal competencia no se ejercita solamente en la fase de aprobación de los planes de la cuenca, sino también para todos los planes provisionales (hoy regulados en el artículo 67 del Dlgs núm. 152/2006).

(10) DE BELLIS, C. (1990): *Competencia administrativa e inercia; el paradigma de la defensa del suelo*, Bari, p. 153.

(11) Dlgs de 11 de mayo de 1999, núm. 152, «Disposiciones sobre la tutela de las aguas de la contaminación y acogida de la directiva 91/21/CEE concerniente al tratamiento de las aguas residuales urbanas y de la directiva 91/676/CEE relativa a la protección de las aguas de la contaminación provocada por los nitratos provenientes de fuentes agrícolas» modificado por el Dlgs de 18 de agosto de 2000, núm. 258.

(12) El plan de tutela contiene el conjunto de medidas necesarias para la tutela cualitativa y cuantitativa de los sistemas hídricos, a escala regional y de la cuenca hidrográfica. El plan, que constituye el plan provisional sectorial del plan de cuenca, es elaborado por las regiones de acuerdo con las Autoridades de cuenca y las provincias.

y la defensa del suelo, pretende llevar a cabo una visión global del ciclo del agua, desde sus usos hasta la tutela de la contaminación, incluyendo la *defensa de las aguas*⁽¹³⁾ e incorporando también el de la defensa medioambiental o del ecosistema. Su naturaleza omnicomprendiva de área vasta, prescinde de los límites administrativos y proporciona la tutela hasta donde sea necesario, estructurándose en planes provisionales⁽¹⁴⁾, o sea, por sectores e intereses específicos a satisfacer.

A más de veinte años de la entrada en vigor de la Ley núm. 183/1989, que, como acabamos de ver, ha introducido en el interior de nuestro ordenamiento el instrumento de la planificación de cuenca y el sistema de Autoridades de cuenca, se puede razonablemente afirmar que se ha consolidado esa orientación legislativa que considera que la tutela de los recursos naturales y su explotación racional se pueden conseguir mediante actos de programación y de planificación, es decir, mediante una actividad de los poderes públicos ordenada en sentido espacial y temporal hacia un determinado resultado⁽¹⁵⁾.

«Son públicas todas las aguas que posean o adquieran aptitud para los usos públicos».

3. La ley núm. 36/1994 (ley Galli)

Posteriormente, la L. núm. 36/1994, conocida como *Ley Galli*, modifica el punto de partida de la regulación entonces vigente: el agua ya no se considera como un medio para lograr un resultado productivo, sino que adquiere dignidad autónoma de recurso, cuya cualidad debe ser objeto de tutela específica⁽¹⁶⁾. Sin embargo, para poder hablar del valor del recurso hídrico como bien tutelado en sí mismo, como finalidad del ejercicio de los poderes públicos, hay que tomar en consideración el Dlgs núm. 156/2006 (Texto Único del medioambiente), mediante cuya norma el legislador llega a la consideración del agua «como recurso medioambiental que constituye en sí mismo la finalidad y el resultado, ya no el medio de la acción de los poderes públicos»⁽¹⁷⁾. El cambio de perspectiva se entiende, por tanto, en el sentido de que el interés general, unido a la demanialidad, coincide con el interés por la defensa

(13) Concepto introducido por GIANNINI, M.S., en la ponencia al DPR 616/77 redactada por la Comisión cd. Giannini. (NT: se refiere a la defensa contra los perjuicios causados por las aguas, por ejemplo las inundaciones).

(14) El párrafo 6.ter del artículo 17 de la Ley 183/89 introduce, como instrumento de planificación sectorial, en espera de la aprobación de los planes de la cuenca, los Planes provisionales. El plan de cuenca puede, entonces, redactarse y aprobarse también para subcuencas o para planes provisionales relativos a sectores funcionales, que de todas formas constituyen fases interrelacionadas con las finalidades indicadas en el párrafo 3 del artículo 17. Los planes provisionales son, entonces, actos sectoriales, o referidos a partes de la entera cuenca, que permiten una intervención más eficaz y adecuada en relación a las mayores urgencias y situaciones críticas.

(15) La expresión es de GIANNINI, M.S.

(16) Véase la Ley núm. 319/1976 y el Dlgs núm. 152/1999.

(17) PASTORI, G. (1996): *Tutela e gestione delle acque, verso un nuovo modello di amministrazione*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Módena, 1288.

del patrimonio hídrico⁽¹⁸⁾, ya no con los posibles usos que del recurso se pueden hacer. La concepción utilitarista se sustituye por una visión moderna dirigida a la conservación de la cantidad, salvaguardia de la calidad y acceso por parte de todos. La demanialidad del recurso está precisamente para indicar el sometimiento a la propiedad demanial de todas las aguas que se utilizan según el criterio de solidaridad, en virtud del Dlg 152/2006.

La Ley Galli ha fijado cuatro principios de utilización de los recursos hídricos, separándose del T.U. núm. 1775 de 1933, que establecía que la administración tiene que favorecer el uso mayormente productivo de los recursos hídricos.

Los cuatro puntos citados, contenidos en los primeros artículos de la ley, no son más que un corolario de la afirmación de la demanialización general de todas las aguas afirmada en el artículo 1.^o⁽¹⁹⁾: cualquier uso del recurso está vinculado a la salvaguardia de la integridad del patrimonio medioambiental; el uso del agua está limitado por el ahorro y la renovación de los recursos dentro del respeto a los equilibrios medioambientales; se reconoce la prioridad del uso humano respecto a cualquier otra forma de uso, condicionando los ulteriores usos al respeto de los estándares de calidad y cantidad necesarios para el primero, y, finalmente, el uso del recurso hídrico está determinado por la conservación del caudal mínimo vital de los álveos afectados⁽²⁰⁾.

La aplicación de tales principios y de aquellos otros establecidos en la posterior legislación del sector⁽²¹⁾, también según la DMA, se encarga a los poderes públicos y, en concreto, a las Autoridades de cuenca, entendidas como centro de referencia, punto de confluencia, de la satisfacción de los intereses públicos generales que son los principios

(18) En relación al tema de la propiedad de las aguas *vid.* ASTUTI, G.: «Acque private», en *Enc. Diritto*, vol. I, Milán, 1958, 392. La cuestión relativa a la propiedad de las aguas se ha resuelto desde hace tiempo con la precisión de que lo que constituye objeto del derecho no es el elemento líquido caracterizado por la fluidez, sino la «concreta realidad de la vena, del manantial, del cuerpo o masa de agua, que aunque se renueve continuamente en sus moléculas en esa fuente, en ese álveo o embalse, el derecho reconoce poderes de goce y de disposición sobre el manantial, sobre el río, sobre el lago, como bienes que poseen una propia individualidad, distintos del suelo en el que existen, y considerados como inmuebles».

(19) Todas las aguas superficiales y subterráneas, aunque no se extraigan del subsuelo, son públicas y constituyen un recurso que debe ser salvaguardado y utilizado según criterios de solidaridad.

(20) A estos efectos téngase en cuenta que el Plan general para la utilización de las aguas públicas de la provincia de Bolzano, aprobado por el DPR del 11 de abril de 1986, núm. 748, prevé entre sus efectos la obligación de los concesionarios de garantizar una permanencia mínima del recurso en relación a la derivación utilizada (caudal ecológico), salvaguardando el medio ambiente natural, paisajístico y pesquero faunístico. De hecho, el derecho subjetivo que surge por el otorgamiento de la concesión se puede considerar, en determinadas circunstancias, como un derecho condicionado por la administración, que no está obligada a mantener vigente la concesión, ni siquiera durante el tiempo previsto por ella, pudiendo, por exigencias de carácter público, revocarla. Ni, por supuesto, es configurable, por lo que concierne al concesionario un derecho de conseguir la renovación de la concesión. TAR Toscana, sec. III, 10 de febrero de 1994, núm. 32.

(21) La Corte Constitucional tuvo que intervenir en lo que se refiere a la naturaleza del plan de cuenca como plan territorial del sector y a sus características de instrumento principal. La Corte observó que los planes de cuenca contienen varias prescripciones dirigidas a la preservación y a la salvaguardia del suelo y de la posición de este para que se utilice con fines productivos y civiles preservándolo de las causas de agresión debidas a las aguas pluviales, fluviales y marinas o a cualquier otro factor meteórico. Como tales planes, no se desarrollan mediante medidas y obras inherentes a las competencias urbanísticas o a las de la protección civil, sino a las correspondientes a las competencias regionales o provinciales, como las graveras y las minas, la agricultura o la tutela del paisaje y del medio ambiente, aunque indudablemente incidan o interfieran en cada una de estas atribuciones. Corte const., 26 de febrero de 1990, núm. 85.

establecidos en la ley⁽²²⁾. La ponderación de los intereses públicos se realiza en el interior del plan de cuenca, donde el equilibrio del balance hídrico marca un punto de sostenibilidad entre la disponibilidad y las necesidades de los recursos.

4. Dlgs núm. 152/2006

La DMA fue transpuesta al derecho italiano mediante el Decreto legislativo de 3 de abril de 2006, núm. 152. El decreto legislativo repartió el territorio nacional en 8 distritos hidrográficos (artículo 64), previendo para cada distrito la redacción de un plan de gestión y atribuyendo la competencia para ello a las Autoridades de distrito hidrográfico. A la espera de la plena operatividad de las Autoridades de distrito, el Decreto Ley núm. 208, de 30 de diciembre de 2008, convertido con modificaciones en la Ley de 27 de febrero de 2009, núm. 13, sobre medidas extraordinarias en materia de recursos hídricos y de protección del medioambiente, establece que la adopción de los planes de gestión está bajo la dirección de los Comités Institucionales de las Autoridades de cuenca de relieve nacional, integradas por los componentes designados por las regiones cuyo territorio se encuentra en el distrito al que se refiere el plan.



Pero ya antes de la transposición de la DMA el ordenamiento jurídico nacional había introducido, con la Ley 183/89, el concepto de planificación a escala de cuenca, que se llevaría a cabo mediante los planes de cuenca, y había anticipado también una gestión

(22) URBANI, P. (1997): «Bilancio idrico, concessioni di derivazione di acqua pubblica e ruolo dell'Autorità del bacino», en *Riv. Giur. Amb.*, 6, pp. 843 y ss.

integrada de la tutela de las aguas mediante el Decreto legislativo 152/1999, que preveía, entre otras cosas y como instrumento de planificación de las medidas para el logro de los objetivos medioambientales en materia de aguas, la elaboración, dirigida por las regiones, de los planes de tutela, definidos como planes provisionales de los planes de cuenca.

II. EN TORNO A LA SUBSISTENCIA, DESPUÉS DE LA REFORMA LLEVADA A CABO POR LA L. 36 DE 1994, DE UN RÉGIMEN DE DERECHO PRIVADO DE LAS AGUAS EN ITALIA. AGUAS SUBTERRÁNEAS Y DIFICULTAD EN LA LOCALIZACIÓN DEL MOMENTO EN EL QUE EL AGUA PUEDE CONSIDERARSE «PRIVADA»: ¿CRITERIO DEL USO O DE LA EXTRACCIÓN?

El artículo 42 de la Constitución dispone, en su primer párrafo, que «la propiedad es pública o privada». Las dos nociones aparecen contrapuestas, pero solo aparentemente. Mientras la propiedad privada encuentra una expresa y orgánica reglamentación en el Código civil, y no solo en sus artículos 832 y ss., en realidad la propiedad pública no goza de semejante desarrollo; su contenido es el resultado de la coordinación de algunas normas contenidas en determinadas disposiciones encaminadas, en su mayor parte aunque no exclusivamente, a regular el ejercicio de las potestades públicas por parte de la administración pública en relación a los bienes a que nos referimos. Y se ha dicho que solo aparentemente esas nociones del artículo 42 aparecen como contrapuestas por cuanto, en realidad, más que una derogación de lo que es el derecho común en materia de propiedad, el precepto se refiere a la pertenencia de los bienes públicos; bienes que se tienen que considerar intransferibles y por lo tanto fuera de las reglas ordinarias de derecho privado, con finalidades ulteriores respecto a las de los bienes de los particulares⁽²³⁾.

Con referencia a las aguas, o sea, a bienes que se ha visto oscilar entre un poder de apropiación por parte de los particulares y una reserva a favor de las Administraciones públicas, se debe recordar que no había una distinción neta. De hecho, faltaba en la mayor parte de ellas un criterio realmente objetivo, es decir, fundado en la naturaleza del bien. En realidad tal criterio se deducía de la capacidad del bien para satisfacer un interés público. Las aguas, antes de la Ley núm. 36/1994, no eran ni públicas ni privadas, sino que asumían las características de bien público en el caso de que se hubiera declarado la demanialidad. Tal declaración se fundaba sobre dos elementos: la presencia de una normativa que autorizara tal declaración y la subsistencia y la valoración de los requisitos previstos por la misma normativa⁽²⁴⁾. Tal era la situación en el T.U. núm. 1775/1933.

Pero la distinción entre aguas públicas y privadas asume connotaciones más precisas en virtud de la entrada en vigor de la Ley Galli. De hecho, es fácil notar que la declaración

(23) Vid. CASSESE, S.: *I beni pubblici*, cit., pp. 286 y ss. Y más ampliamente sobre el tema, con referencia a las aguas, LUGARESI, N. (1995): *Le acque pubbliche*, Milán, pp. 64 y ss.

(24) Se debe recordar que, según la jurisprudencia, «el momento en el que surge la demanialidad no es el de la publicación de la lista, sino aquel en el que el agua adquiere las aptitudes para satisfacer las necesidades colectivas, y las exigencias indispensables e insustituibles de la colectividad»: véase el Tribunal superior de las aguas públicas, 6 de julio de 1950, núm. 9, en Foro adm., 1951, II, 2, c.1; y 23 de mayo de 1967, núm. 14, en Cons. Stato, 1966, I, 3, que considera la demanialidad una cualidad intrínseca de las aguas.

generalizada de demanialidad elimina la necesidad de la declaración concreta, además de la presencia de uno de los dos elementos arriba indicados, concretamente el segundo, pero no priva de valor al hecho de que también antes de la reforma la clave consistía en la decisión entre los dos regímenes de propiedad contrapuestos, basada en la aptitud del bien para ser utilizado para llevar a cabo un interés específico.

Por tanto, la distinción entre propiedad pública y privada de las aguas, incluso después de la declaración de demanialidad general, según el artículo 1.º de la L. 36 de 1994, no se advierte de manera neta, aunque quizás se vea más claramente. Aunque, por otra parte, se advierten notables diferencias respecto al régimen anterior. Entre estas, sin duda, el hecho de que, mientras antes el uso para los intereses de la colectividad era útil para comprender qué aguas se debían considerar (y declarar) públicas, ahora, al contrario, este uso focaliza las que pueden considerarse, si no exactamente privadas, como *no públicas*.

Una vez llevadas a cabo estas consideraciones preliminares necesarias, hay que decir que, por lo que concierne al primer aspecto tratado en el párrafo precedente, o sea la posibilidad de que se pueda hablar de aguas sustraídas a la disciplina pública, se asiste a una suerte de desincorporación del derecho sobre las aguas del derecho que toma como base el suelo; el primero, de hecho, se reserva a la Administración pública y a las finalidades de la ley consideradas relevantes y para cuya consecución se dan las aguas en concesión a determinados sujetos privados.

Ya al haber destacado una fractura en esta conexión —que se ha visto que antes era importante para proporcionar un fundamento jurídico a la posibilidad de apropiación de los particulares— se podría excluir que subsistan posibilidades de tal apropiación privada, excepto aquellas genéricamente indicadas por el artículo 28 de la L. 36 de 1994. Las situaciones concretamente posibles pueden, por otra parte, conducir a posturas diferentes según se relacionen con recursos hídricos superficiales o bien subterráneos.

Así se ha observado que la previsión del quinto párrafo del artículo 28 de la L. 36/94⁽²⁵⁾, al reenviar la regulación de las aguas para uso doméstico a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 93 del T.U. núm. 1775/1933, plantea una peculiaridad concerniente a su calificación. Esas aguas continúan revistiendo el carácter demanial mientras se encuentren en el subsuelo, pero pierden tal connotación en cuanto salen a la luz y se utilizan precisamente para el consumo doméstico; permanecen, en cambio, dentro de la calificación de bien público en el caso de que se utilicen para un uso diferente del previsto en el artículo

El agua ya no se considera como un medio para lograr un resultado productivo, sino que adquiere dignidad autónoma de recurso, cuya cualidad debe ser objeto de tutela específica.

(25) Ahora artículo 96 del Dlgs núm. 152/2006.

93, segundo párrafo (el uso doméstico). Las aguas subterráneas «una vez extraídas, vuelven a representar, entonces, una *pars fundi* y a pertenecer al propietario, no tanto por la natural expansión de la propiedad a todo lo que se encuentra bajo su superficie y en ella es contenido, sino por el reconocimiento en concreto del destino natural e institucionalmente propio de los otros bienes según el régimen de pertenencia»⁽²⁶⁾.

Tal situación lleva a considerar que «resulta quebrada la unidad de categoría de todos los recursos hídricos existentes y disponibles cada vez que se haga posible en concreto el objetivo de satisfacer las exigencias (de uso doméstico) de todos aquellos que se encuentren en el goce del fundo, valorando su específica individualidad jurídica (privada)», una vez que se hayan realizado las obras de captación y de aducción. Las consideraciones efectuadas podrían constituir un argumento mediante el cual fuera posible vislumbrar una fractura en la reconstrucción sistemática llevada a cabo por la última ley. De todo lo que acabamos de considerar resulta que, aunque la ley haya declarado públicas todas las aguas, semejante afirmación no se corresponde del todo con la realidad. El carácter de la demanialidad no parece ser connatural al bien, sino al uso que de él se realice. En otros términos, las aguas no son públicas en cuanto tales, *naturaliter*, sino que parece que tal cualidad sea más bien «inherente a su reconocimiento por la Administración Pública sobre parámetros reconducibles a las modalidades de uso»⁽²⁷⁾. Se puede observar que tal discurso se acerca en no leve medida a lo constatado por la Corte Constitucional sobre el tema, cuando afirma en la Sentencia 259/96, ya examinada, que «la nueva ley núm. 36 de 1994 ha acentuado el cambio del punto central del sistema de las aguas públicas sobre el régimen de uso, más bien que sobre el régimen de propiedad».

Lo arriba indicado permite vislumbrar, de todas formas, la dificultad para identificar el momento exacto en el que el agua no superficial se convierte en privada o, más exactamente, pueda considerarse como privada en cuanto apropiable por sujetos privados. El afirmar que tal paso se realiza cuando las aguas se utilicen para un fin lleva a excluir la hipótesis de que puedan, en cambio, adquirir tal característica con su simple extracción. Como apoyo de esta última suposición, o sea, identificar tal momento con aquel en el que se extraen, hay argumentos que de alguna manera perjudican la tesis del destino de los recursos a un determinado uso. De hecho, el problema mayor de este planteamiento reside en la cualificación del abuso —entendido como algo no conforme al uso—, sobre su exacta determinación y sobre sus sanciones. Corolario importante de dicha tesis sería que si el agua se considera privada en el momento en el que se realice un uso conforme a los objetivos previstos por la ley (en el caso del uso doméstico), y en los límites en los que se admita, ¿*quid iuris* cuando se interrumpa tal uso conforme o bien supere los límites relacionados con él? De lo dicho anteriormente derivaría que en el momento en el que se comete el abuso cesa la calificación del recurso como privado, volviendo este a adquirir sus propias características de demanialidad. Con eso se plantean una serie de problemas

(26) Así MASINI, V. (1995): *La decadenza della proprietà privata delle acque con particolare riguardo agli usi irrigui*, Dir. giur. agraria, p. 672.

(27) Siempre MASINI, V., *op. cit.*, p. 671.

de difícil esclarecimiento, el primero de todos ellos el relativo a la posibilidad y validez de una enajenación o cesión⁽²⁸⁾.

La solución favorable a la tesis de la extracción podría fundarse sobre la base de presupuestos de hecho, o sea, examinando caso por caso las situaciones que concretamente puedan presentarse a la atención del operador jurídico⁽²⁹⁾. Consecuencia notable que se deduce en la práctica de tal planteamiento es que, en presencia de un abuso, el agua, una vez extraída, es privada. De esta manera no existirían los inconvenientes antes observados en temas de uso no admitido o de suministro superior a los límites consentidos; el bien no sería demanial, pero su uso no conforme llevaría consigo la aplicación de las sanciones administrativas prescritas por el T.U. vigente.

Por otra parte, la hipótesis que atribuye a la extracción el momento discriminante entre la concepción demanial y el agua privada resulta difícil de sostener por cuanto la normativa no dice nada sobre esto y hay que tener en cuenta el cambio de naturaleza de los bienes en cuestión. Por el contrario, la regulación resulta levemente más explícita en relación al uso. De todas formas ambas soluciones, y sobre todo la segunda, no resultan del todo satisfactorias.

Se debe discurrir, entonces, sobre una solución que tenga presentes ambos perfiles arriba descritos. En resumidas cuentas, el criterio discriminatorio general entre agua subterránea pública y no pública podría ser el del destino de uso, pero en tal caso se podrían encontrar situaciones donde tal distinción pudiera efectuarse con base en la aducción del agua y sus modalidades en concreto proporcionadas. En realidad la disyuntiva entre las dos hipótesis es mucho más evanescente de lo que puede parecer a primera vista; de hecho en algunos casos nos encontramos ante situaciones en las que el momento de la extracción coincide con el del destino conforme al uso. Las circunstancias particulares (instalaciones de extracción por exigencias reducidas, como las familiares...) con que se efectúa la extracción llevan a una suerte de presunción —pero el término aquí está utilizado de forma

(28) Los ejemplos pueden ser múltiples. Por ejemplo: ¿realiza un acto de apropiación indebida quien abusa de la propia instalación de extracción del agua para usos domésticos por una cantidad que excede de la necesidad familiar? ¿Cómo puede, por otra parte, calificarse la situación de aquel que, tras haber realizado una provisión de agua —por ejemplo mediante un gran depósito— la vende posteriormente a otros? En este caso, ¿habrá decaído el destino lícito del recurso y por tanto la cesión será inválida? ¿O será válida, pero el comprador deberá saber distinguir entre aquella lícitamente conservada y aquella eventualmente en exceso, que permanece demanial y por tanto, como se ha visto antes, no puede ser cedida? Se considera, por otra parte, que tales problemas se presentan con mayor evidencia en relación a las aguas con destino agrícola. Y ello porque aquí es mayor la cantidad de agua extraída, y por tanto más relevante es la importancia económica de la cuestión. Además, se plantean ulteriores perplejidades respecto a las ya observadas en relación a los usos domésticos. Y ello porque, en muchos casos, es difícil delinear en concreto el uso agrícola, distinguiéndolo de otros intereses. Por ejemplo, el empresario agrícola que cede una moderada cantidad de agua a otro agricultor a cambio de servicios agrícolas, ¿lleva a cabo una cesión válida, por cuanto permanece en el campo de aplicación del uso agrícola? Y si la respuesta es positiva, ¿si al lado del agua extraída legítimamente cediera agua extraída en exceso [por tanto no cedible, con exclusión de la aplicación del artículo 1153c.c.]] en base a qué criterios podrá el cesionario discriminar los dos tipos de agua?

(29) Así, sobre el plan concreto, si existe un ámbito familiar y si la instalación de extracción es adecuada solo para tales necesidades (*cfr.*, por ejemplo, el artículo 10, tercer párrafo, de la l.r. de Piamonte de 30 de abril de 1996, núm. 22), el agua, en el momento de la extracción, no parece que pueda ser calificada como no privada. Un discurso análogo podría luego efectuarse en lo que concierne a las necesidades agrícolas autorizadas *ex ley* (por ejemplo, abrevadero del ganado, artículo 93 del T.U.) o por concesión (véase por ejemplo el segundo párrafo del artículo 6.b), l.r. de Piemonte, 22/96).

realmente no del todo apropiada— en relación a que el agua, una vez extraída, va a ser después utilizada según un modo acorde con los principios previstos por la normativa en la materia. La evaluación que se efectúa sobre el uso del recurso es, por tanto, coetánea a su captación, y, utilizando una terminología no exactamente correcta en este ámbito, tácita, por el hecho mismo de haber predispuerto medios encaminados hacia esa finalidad. El hecho de seguir tal planteamiento lleva consigo como consecuencia que se considere suficiente, a fin de la localización del momento del que se discute, el uso del criterio de la extracción, con tal de que a ese se acompañe la necesaria atenuación del ajuste al uso de los medios concretamente listos para la misma aducción.

III. LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DEL AGUA PRESENTE EN LA NORMATIVA ITALIANA PRERREPUBLICANA ESTÁ CENTRADA SOBRE LA NOCIÓN DE INTERÉS GENERAL

Con ocasión de la transposición de la DMA⁽³⁰⁾, el legislador estatal derogó casi toda la legislación precedente en materia de aguas con la intención de simplificar y organizar la desarticulada regulación existente⁽³¹⁾. En concreto la norma de transposición establece la supresión de las Autoridades de cuenca antes del 30 de abril de 2006, con el fin de atribuir las funciones de planificación de los usos de los recursos hídricos a las ocho Autoridades de distrito, que se deben constituir tal y como son definidas por la citada DMA. De esta forma el DLgs núm. 152/2006 establece las Autoridades de cuenca de los distritos al frente de los nuevos distritos hidrográficos que se deberán constituir mediante Decreto del Presidente del Consejo de Ministros. Dado que tal Decreto no ha sido adoptado, se han

(30) DLgs 152/2006, parte III.

(31) En sentido crítico, entre otros, véanse, MURATORI, A. (2009): «Se il legislatore (ambientale) è (...) di memoria corta: le discipline “mutilate” per omessa emanazione delle norme esecutive (parte seconda)», *Ambiente & Sviluppo*, 4, pp. 305 y ss.; QUARANTA, A.: «Il riordino disarticolato della disciplina a tutela delle acque nel T.U. ambientale», en GIAMPIETRO, F., (dir.) (2006), *Commento al Testo Unico Ambientale*, Ipsoa, Milán; SCARDACI, C. (2007): «Il Testo Unico in materia ambientale e la nuova disciplina sulla gestione delle risorse idriche: prime considerazioni», consultable en el sitio de Internet <www.giuristiambientali.it>. Véanse, además, VITA, M.: «Il recepimento della direttiva 2000/60 CE in Italia: problematiche e proposte di attuazione», *Ambiente Italia*, 3/2006, 58 y ss.; GRUPO 183: «La sfida dei distretti idrografici per il governo cooperativo delle acque e del suolo: la revisione del DLgs 152/2006 in materia de medioambiente», documento presentado el 7 de noviembre de 2006; WWF ITALIA-LEGAMBIENTE: «Nota sul documento del Gruppo 183», documento presentado el 7 de noviembre de 2006; GRUPO 183: «Analisi del Rapporto Italiano sull'articolo 5 della direttiva quadro europea sulle acque 2000/60/CE», documento presentado el 10 de octubre de 2006; AGAPITO LUDOVICI, A., y TONGHINI, C.: «Indagine del WWF sull'applicazione della direttiva 2000/60/CE in materia di acque. Analisi del ruolo dell'informazione ambientale e della partecipazione pubblica», documento presentado el 20 de diciembre de 2005; Gruppo 183-IEFE Bocconi-Legambiente: «Per l'attuazione della direttiva europea quadro sulle acque (2000/60) », documento presentado el 17 de octubre de 2003. Gruppo 183: «Note di analisi e di proposta della bozza provvisoria di revisione della parte III D.Lgs 152/2006: i distretti idrografici e i servizi idrici ad uso civile», Roma, 17 de septiembre de 2007. Los documentos citados se pueden consultar en el sitio del Gruppo 183 (<<http://www.gruppo183.org>>); URBANI, P. (2004): «Il recepimento della direttiva comunitaria sulle acque (2000/60): profili istituzionali di un nuovo governo delle acque», *RGA*, 2, 209 y ss.

hecho necesarios algunos decretos⁽³²⁾ de modificación del DLgs núm. 152/2006, dirigidos a prorrogar las funciones de las Autoridades de cuenca que se suprimieron (*rectius* a hacer que las suprimidas revivan) difiriendo *sine die* la constitución de las Autoridades de distrito⁽³³⁾.

IV. EL CONCEPTO DE CUENCA DE DISTRITO ANTES Y DESPUÉS DEL DLGS NÚM. 52/2006

El plan de cuenca de distrito⁽³⁴⁾, en adelante PB^(**), tiene valor de plan territorial de sector, y es el instrumento cognoscitivo, normativo y técnico-operativo mediante el cual se planifican y programan las acciones y las normas de uso dirigidas a la conservación, a la defensa y a la valoración del suelo y la correcta utilización de las aguas, sobre la base de las características físicas y medioambientales del territorio afectado⁽³⁵⁾.

Como consecuencia de la transposición al ordenamiento italiano de la DMA se introduce la noción de distrito hidrográfico⁽³⁶⁾, en el que están comprendidas las cuencas hidrográficas, es decir, las precedentes cuencas previstas por la Ley 183/1989. La finalidad de la noción de distrito hidrográfico reside en la necesidad de transcender los límites

Aunque la ley haya
declarado
públicas todas
las aguas,
semejante
afirmación
no se corresponde
del todo con
la realidad.

(32) Decreto-ley de 30 de diciembre de 2008, núm. 208, «Misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente», publicado in G.U. núm. 304 del 31 de diciembre de 2008, convertido en Ley el 27 de febrero de 2009, núm. 13, «Conversión en ley, con modificaciones, del decreto-ley de 30 de diciembre de 2008, núm. 208, que contiene medidas extraordinarias en materia de recursos hídricos y de protección del medioambiente», publicada en G.U. de 28 de febrero de 2009, núm. 49.

(33) ALBERTON, M.: «L'attività post mortem delle autorità di bacino», en <www.pausania.it>.

(34) La Conferencia institucional permanente (órgano de la Autoridad de cuenca compuesto por representantes del Gobierno y de las Regiones cuyo territorio está comprendido en el distrito hidrográfico de que se trata) establece orientaciones, método y criterios; la Autoridad de cuenca redacta el plan de la cuenca; la Conferencia institucional permanente lo adopta y, por último, se aprueba con DPCM. El plan de gestión (artículo 117) es «la articulación interna del Plan de cuenca del distrito» y el «plan de transición del Plan de cuenca» mismo es el procedimiento para su emanación, la misma del plan de cuenca. Este, entonces, se plantea sobre el mismo plan jurídico del plan de cuenca, concierne al mismo ámbito territorial y se distingue del plan de cuenca porque tiene como objetivo exclusivamente la tutela de las aguas (y no del suelo). El plan de tutela de las aguas (artículo 121), en cambio, no está cualificado como plan de transición de la planificación de la cuenca, sino que está definido como «específico plan de sector» y concierne a cada cuenca hidrográfica. El procedimiento para su emanación es el siguiente: la Autoridad de cuenca define los objetivos a escala de distrito; la Región adopta el plan; este se transmite al Ministerio del Medio Ambiente y a la Autoridad de cuenca para las comprobaciones de su competencia; las Regiones aprueban el plan. Sobre el tema del plan de tutela de las aguas se volverá en los sucesivos párrafos.

(35) Artículo 65.c).1 del T.U. núm. 152/2006.

(36) La DMA configura la noción de distrito hidrográfico en el artículo 2, punto 15, como «la principal unidad para la gestión de las cuencas hidrográficas». El distrito es, entonces, el ámbito territorial que constituye el resultado añadido de la centralización de las políticas de gestión de más cuencas hidrográficas, superando así el criterio estrictamente geohidrológico.

(**) NT: En la versión italiana se lee «piano di bacino distrettuale». Equivalen a lo que en España se conoce como «Planes de cuenca con ámbito de Demarcación Hidrográfica». Mantengo en esto, como en otras referencias que entre nosotros tendrían la mención general de «Demarcaciones Hidrográficas», el original italiano que utiliza la palabra «distrito» en lo que en España se vierte de la DMA como «Demarcación Hidrográfica».

de los ámbitos fluviales ya vigentes, por lo que concierne a la regulación y a la coordinación de los usos de las aguas. Para ello se instituye una Autoridad de cuenca de distrito para cada distrito hidrográfico en sustitución de las «suprimidas»⁽³⁷⁾ Autoridades de cuenca instituidas por la L. 183/1989. La Autoridad de cuenca de distrito^(***) está compuesta por la Conferencia institucional permanente (órgano supremo presidido por el Ministro del Medio Ambiente), el Secretario general, la Secretaría técnica operativa y la Conferencia operativa de los servicios. La Conferencia institucional es el lugar de confrontación entre los intereses de los diferentes niveles de gobierno; de hecho, en su composición al lado de los ministros competentes por la materia están los presidentes de las regiones y de las provincias autónomas afectadas por el distrito. Tal composición de las Autoridades, fruto de un compromiso entre intereses nacionales y locales sobre los que incide la tutela del suelo, hace que la naturaleza de la autoridad sea difícilmente encuadrable, aunque la preponderancia de la presencia estatal induce a considerarla como un órgano estatal de composición mixta⁽³⁸⁾.

Entre las tareas asignadas a las Autoridades de cuenca, la de mayor relieve está representada por el plan de cuenca, equiparado a los planes territoriales de sector, no porque signifique que se trata de instrumentos inherentes a la materia urbanística (de competencia regional, provincial y municipal), sino simplemente con el fin de establecer que los vínculos derivados del citado plan obligan inmediatamente a las administraciones y a los entes públicos (estatales y regionales), que están obligados a acatarlos y a actuar de manera conforme a ellos. Las disposiciones del plan de cuenca aprobado tienen carácter inmediatamente vinculante para las administraciones y entes públicos además de para los particulares «en el caso que se tratara de prescripciones declaradas de tal eficacia por el mismo plan de cuenca aprobado»⁽³⁹⁾.

Además de vincular, prevalecen sobre la disciplina en conflicto hasta inducir a doctrina acreditada⁽⁴⁰⁾ a hablar, sobre el gobierno de las aguas, de funciones de «interrupción». La normativa para la tutela de las aguas impide la realización de intervenciones sobre el territorio que puedan incidir negativamente en la componente «aguas» de los sistemas medioambientales, constituyendo al mismo tiempo un instrumento «conformativo» de las intervenciones realizables pero no una prohibición absoluta de la realización de transformaciones territoriales. De hecho, la regulación de la interrupción conlleva la necesidad de subordinar las intervenciones a una previa autorización dirigida a verificar la compatibilidad del proyecto de transformación territorial con la tutela de los recursos hídricos mediante valoraciones de contenido netamente técnico⁽⁴¹⁾.

(37) En realidad todavía no se han suprimido, a causa de la falta de constitución de las Autoridades de distrito.

(38) Corte Constitucional, Sentencia núm. 85/1990. Por eso se habla de las Autoridades como persona doble, URBANI, P., CIVITARESE S. (2010): *Diritto Urbanistico*, Giappichelli, Turín, p. 246.

(39) Artículo 65.c.) 4 del T.U. 152/2006.

(40) PREDIERI, A. (1981): «Paesaggio», Enc. Dir., vol. XXXI, 1981, Milán.

(41) AMOROSINO, S. (2009), *Governo delle acque e governo del territorio*, Analisi giuridica dell'economia, Il Mulino, 1/2010, pp. 79 y ss; con referencia a la discrecionalidad técnica, la doctrina ha señalado que ya se puede considerar «superada la concepción que identificaba en la técnica la fuente de datos ciertos y unívocos (...) está, de verdad ya adquirido que el ámbito de las valoraciones técnicas coincide con una esfera de juicio que se distingue según

(***) NT: «Autorità di bacino distrettuale» en la versión italiana.

Las intervenciones dispuestas por la Autoridad de cuenca, tratándose de intervenciones públicas o de interés público, prevalecen sobre eventuales iniciativas privadas de transformación del territorio, teniendo estas intervenciones carácter *superprimario*⁽⁴²⁾, dado que se refieren a un recurso vital y a un componente esencial del equilibrio medioambiental. El interés superprimario defendido por la Autoridad de cuenca en la dialéctica de los intereses públicos se compara inevitablemente con otras situaciones de igual relevancia.

Entre dos o más intereses superprimarios se puede plantear un problema de compatibilidad y, por tanto, de elección, que, en ausencia de previsión normativa relativa al caso concreto, se debe hacer en el ámbito del procedimiento administrativo mediante lo que comúnmente se llama «procedimentalización del conflicto». En ausencia de soluciones alternativas para la realización de las intervenciones conflictivas hay que decir qué intervención es indispensable realizar, considerando que las intervenciones que se encaminan a la salvaguardia y a la conservación⁽⁴³⁾ tienen prioridad respecto a cualquier otro tipo de transformaciones territoriales.

Los contenidos del plan, relativos a cualquier aspecto que se refiera a los recursos hídricos, están muy diversificados y son relevantes, en especial por lo que se refiere a la localización incluso potencial del sistema físico del territorio, los programas y la localización de obras públicas y la fijación de normas de uso y vínculos a los particulares para la conservación del suelo y la tutela del medioambiente, mediante las cuales se puede llegar, incluso, a la inedificabilidad absoluta⁽⁴⁴⁾.

Resulta sintomático el artículo 65.c).6 del T.U. núm. 152/2006 en la parte en la que dispone que las regiones, en el plazo de noventa días desde la publicación del plan de cuenca en los respectivos boletines oficiales, «elaborarán donde sea necesario las disposiciones concernientes a la realización del plan en el sector urbanístico». La norma se dirige directamente a los entes territoriales, imponiendo el respeto de sus correspondientes prescripcio-

grados diferentes de comprobación, credibilidad, probabilidad y falsedad a la luz de los conocimientos adquiridos y dominantes en cada materia específica considerada». ROSSI, G.: *Principi di Diritto Amministrativo*, Turín, p. 213.

(42) AMOROSINO, S.: *op. cit.*, p. 84.

(43) Artículo 65 del T.U. núm. 152/2006.

(44) El vínculo de inedificabilidad absoluta, impuesto a un fundo agrícola que existe en un área de pertenencia fluvial por efecto de la aprobación de un plan de cuenca, en el ámbito del cual el inmueble haya estado destinado a la realización de una obra pública (en el caso específico, «cajas de inundación»/casse di esondazione), no tiene carácter expropiatorio, porque no lleva consigo la sustracción del fundo a su destino, y constituye un límite paisajístico, debido a la naturaleza de los lugares, parecido a los que sufren los sitios que merecen tutela medioambiental y/o autoridad que los impone o el procedimiento mediante el cual se les sanciona. Salvo prueba contraria, debe, por tanto, considerarse que el valor del fundo (sujeto a riesgo hidráulico por su cercanía al curso del agua, y no porque lo haya decidido la autoridad competente, la cual se limita a tomar constancia de la situación de hecho, imponiendo medidas de seguridad) no está condicionado en negativo por la medida en cuestión, que, en cambio, haciendo más seguro el territorio, puede, incluso, incrementar su valor, reduciendo el riesgo natural con pertinentes prescripciones e intervenciones. Cass. civ. Sez. Unite, 20/09/2006, núm. 20319. Así también el Tribunal Supremo de las Aguas, Sentencia de 15 de diciembre de 2003, núm. 165, en la parte en la que establece que la naturaleza medioambiental y no urbanística de los vínculos antiinundación reconducibles a los planes de cuenca, en materia de aguas públicas, impide configurar exigencias indemnizatorias o resarcitorias, dado que la disciplina y los vínculos de ese tipo comparten la naturaleza y la eficacia de lo paisajístico-medioambiental (L. núm. 431 de 1985), además de aquellos que se refieren a las bellezas naturales (L. núm. 1497 de 1939), la planificación de las llamadas áreas protegidas (Ley Marco núm. 394 de 1991), la seguridad hidráulica (T.U. núm. 523 de 1904) y las intervenciones hidrogeológicas (RD núm. 3267 del 1923).

nes y previéndose, en caso de inactividad, poderes sustitutivos regionales⁽⁴⁵⁾. De las citadas disposiciones resulta, entonces, una eficacia compuesta del plan de cuenca en el sector urbanístico, pudiendo el plan disponer tanto medidas directamente conformadoras no solo del territorio sino también de la propiedad, como contener directrices a las que los entes territoriales deben adaptarse según los tiempos y las modalidades previstas por la norma.

Por otra parte, y como se ha afirmado transversalmente por la jurisprudencia desde tiempos no muy recientes, el Legislador asignó a la planificación de cuenca una posición de centralismo y preeminencia según la cual «el plan de cuenca por la amplitud de las finalidades y de los contenidos funcionales descritos en los artículos 3.º y 17 de la Ley 183/1989 hoy artículo 65 del Dlgs núm. 152/2006 y por su colocación en el vértice del sistema de planificación medioambiental, se plantea como instrumento general válido para la coordinación de las diferentes funciones administrativas en materia de tutela del medioambiente»⁽⁴⁶⁾. El plan de cuenca (ahora de distrito) supera la fragmentación de la disciplina, reunifica las aguas y defensa del suelo, pretende llevar a cabo una visión global del ciclo del agua, desde los usos y la tutela frente a la contaminación hasta la defensa de las aguas, incorporando también el de la defensa medioambiental o del ecosistema, persiguiendo la tutela hasta donde sea necesario.

V. LA TARIFICACIÓN DE LAS AGUAS EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

Desde presupuestos jurídicos, la cuestión de la tarificación del servicio hídrico se plantea a partir de 1903, cuando se aprueba la ley nacional para la municipalización de los acueductos. Noventa y un años después, y ante las graves ineficiencias del sistema, la Ley 36/94 restauró el modelo de gestión del recurso hídrico, no tocando la consideración pública, pero abriéndolo también al sector privado. En la Ley núm. 36/1994 ante todo se ha sancionado el principio del *full recovery cost*, cuya ratio legislativa es conocida y puede resumirse en que la tarifa debe garantizar una adecuada remuneración del capital invertido, y por tanto cada uno paga en la factura el 7% de lo que el gestor ha invertido. Además, ante la excesiva fragmentación de los gestores, la Ley Galli (ahora absorbida por el Decreto Legislativo núm. 152, de 5 de abril de 2006) atribuyó a los Municipios y a las Provincias, organi-

(45) En el caso de que los entes citados no adopten las necesarias disposiciones relativas a los propios instrumentos urbanísticos en el plazo de seis meses desde la fecha de comunicación de las citadas disposiciones, las regiones procederán de oficio a la adecuación. Artículo 65.c).6 u.p. del T.U. 152/2006, de forma semejante a lo previsto por el posterior artículo 132 referido al Ministro del Medio Ambiente.

(46) TSAP, 2 de febrero de 1995, núm. 13, Corte Const. 30 de julio de 2009, núm. 254, Cass. SS.UU., 15 de enero de 2009, núm. 791. En especial el TSAP 25 de noviembre de 1997, núm. 80, concibe el objetivo primario del plan de cuenca en la coordinación de todos los instrumentos de planificación que se refieren al gobierno del territorio y de los recursos, con el objetivo de la tutela del suelo. Eso confiere una innegable importancia al plan de cuenca en relación al respeto de todos los ulteriores instrumentos de programación que inciden en los objetivos perseguidos por la ley para el ajuste organizativo y funcional de la defensa del suelo, pero que continúan existiendo en ausencia de previsiones contrarias. El TSAP, 2 de febrero de 1995, núm. 13, ha querido afirmar que no le incumbe a la autoridad paisajística la función de coordinación de los diferentes intereses públicos heterogéneos relativos a la materia medioambiental. Semejante amplia función de coordinación de los diferentes intereses sectoriales involucrados en la acción de tutela del medio ambiente compete a la autoridad de cuenca en sede de planificación medioambiental para las cuencas sobre las que se interviene.

zados en Autoridades de Ámbito Territorial Óptimo (ATO), el papel de reorganizar los servicios de acueducto, alcantarillado y depuración en un servicio hídrico integrado (SII). En concreto la Ley Galli introdujo el concepto de ciclo integrado del agua, y por tanto la necesidad de un único gestor para el ciclo entero, y con tal finalidad localizó a los ATO correspondientes, al menos en teoría, en las cuencas hidrográficas (en realidad se han copiado los límites administrativos). Otro punto fundamental del sistema Galli concierne más específicamente a la apertura a la privatización del agua mediante la llamada «concesión». En otras palabras, se establece que por cada Ato se debe elegir un único sujeto gestor a quien confiar la distribución hídrica durante un lapso de tiempo no superior a 30 años, y que la asamblea del Ato, compuesta por los alcaldes (o por sus representantes) de todos los ayuntamientos, decide la modalidad de la concesión. Esta puede ser de tipo directo, a favor de una sociedad anónima con total capital público (y en tal caso, toma el nombre de «concesión en house») o puede fundarse en una contrata abierta a competidores europeos a fin de elegir un socio privado para prestar apoyo al viejo gestor público.

La normativa para la tutela de las aguas impide la realización de intervenciones sobre el territorio que puedan incidir negativamente en la componente «aguas» de los sistemas medioambientales.



Los distritos hidrográficos en Italia

Posteriormente y en 2000, es el TUEL, el Texto Único de los Entes Locales (Dlgs del 18 de agosto de 2000, núm. 267), quien previó tres modalidades de concesión para la gestión del servicio hídrico: a las Spa privadas elegidas con contrata; a las Spa mixtas público-privadas

y, por último, a las Spa públicas mediante concesión directa. Sin embargo, con la ley presupuestaria para 2002 (L. 448 del 2001), el *Gobierno Berlusconi* previó la obligación de encargo mediante contrata de los «servicios industriales» y la apertura a la competencia de diferentes sectores, entre ellos el hídrico. Será luego el mismo Gobierno Berlusconi (2001-2006) el que da marcha atrás parcialmente respecto al dogma de la salida a contrata, prestando apoyo, con el artículo 14 del Decreto Ley núm. 269, del 30 de septiembre de 2003, a otras dos modalidades de entrega de los servicios públicos locales al mercado. Sin embargo, años después el decreto legislativo núm. 152, de 2006, confirmó las tres modalidades de gestión fijadas por el TUEL, mientras que con la Ley Bersani de 2006 (el artículo 13 de la Ley 4 de agosto de 2006, núm. 248), en un intento de tutelar la competencia, se dispuso que las sociedades instrumentales de las administraciones públicas locales o regionales actúen exclusivamente con los entes constituyentes y encargados y no desempeñen prestaciones a favor de otros sujetos públicos o privados, ni por concesión directa ni por contrata. En concreto, la ley aclaró que los sujetos excluidos del ámbito de aplicación de la norma son las sociedades constituidas o participadas por administraciones públicas locales o regionales que suministren servicios públicos locales.

VI. LA PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES EN LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA

La participación constituye una auténtica piedra angular del planteamiento comunitario, como se observa en más de uno de los Considerandos que preceden a los artículos de la DMA, en los que se expresa, en términos no meramente programáticos, la exigencia de «involucrar al público antes de adoptar las decisiones», y se subraya que el público interesado va más allá de los «usuarios del agua»⁽⁴⁷⁾. La participación no asume la función de garantizar una protección de las posiciones subjetivas individuales de interés legítimo o derecho subjetivo, sino que más bien insiste en la doble perspectiva de la búsqueda de una ampliación de las informaciones disponibles con la finalidad de adoptar una decisión planificatoria destinada a incidir en temáticas de una ineludible complejidad y de la mayor participación en torno a las acciones planificadoras. Esta parte de la DMA asume una importancia fundamental, por cuanto prefigura en términos decididamente innovadores un esquema planificador volcado directamente sobre la participación, con la finalidad de obtener el mejor contenido⁽⁴⁸⁾, yendo más allá de la perspectiva orientada a la búsqueda de una mera «legitimación mediante procedimiento»⁽⁴⁹⁾.

La DMA contiene una precisa y vinculante indicación a los Estados miembros para que se introduzcan instrumentos participativos, y justamente con referencia a estos últimos la Corte Constitucional⁽⁵⁰⁾ ha destacado la previsión de iniciativas apropiadas proactivas

(47) Directiva 2000/60/CE, Considerando 49.

(48) CASSESE, S. (2007): «La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche», en *RTDP*, 3.

(49) LUHMANN, N. (1995): *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milán.

(50) «No está fundada la cuestión de legitimidad constitucional del artículo 122 del Dlgs núm. 152/2006 en la parte en la que reglamenta las actividades que las regiones deben emprender a fin de promover la participación activa

en el ámbito del procedimiento de VAS. En concreto, el artículo 66 del Código del medio ambiente se limita únicamente a prever la publicación:

- 1) De un calendario y de un programa de trabajo;
- 2) de una valoración global provisional de los principales problemas de gestión de las aguas identificadas en la cuenca hidrográfica;
- 3) del proyecto de plan, concediendo al público el plazo de seis meses para la presentación de observaciones.

Se trata de medidas extraídas casi al pie de la letra de la DMA, que corren el riesgo de resultar en gran parte vanas por razón de la sustancial falta de conexión con la efectiva involucración del público asentado en una entidad territorial y social con límites extensísimos, y con una conformación heterogénea, como es la del distrito, que atraviesa los límites administrativos de cada cuenca, con el riesgo de que, a falta de una intensa actividad de publicidad e información dirigida al público ampliado a los ciudadanos, la apertura al exterior acabe por reducirse únicamente a las diferentes clases de usuarios hídricos y la participación se reduzca esencialmente a los *stakeholders*⁽⁵¹⁾ y no a todos los interesados en realidad⁽⁵²⁾.

VII. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS EN ITALIA

Con nota del pasado 26 de marzo, la Comisión Europea notificó a Italia un dictamen motivado C (2012)1676 en el ámbito del procedimiento de infracción 2007/4680, concerniente a la incorrecta transposición de la DMA en materia de aguas, por la que Italia había sido considerada morosa ya en 2010⁽⁵³⁾. En dicho dictamen se confirma que las explicaciones

de todas las partes interesadas a la realización de la tercera parte del Dlgs núm. 152/2006 (Normas en materia de defensa del suelo y lucha contra la desertificación, de tutela de las aguas contra la contaminación y de gestión de los recursos hídricos, nota del autor) y, en concreto, a la elaboración, al examen y a la actualización de los planes de tutela. Ciertamente la norma en objeto, que disciplina los instrumentos mediante los cuales los ciudadanos y los otros sujetos afectados puedan interactuar en el procedimiento de emanación del plan de tutela, está estrictamente conectado con el plan mismo porque disciplina un segmento del procedimiento que en el momento del resultado se emana el plan. Dado que este último es un instrumento fundamental de tutela medioambiental, también la disciplina dictada por el artículo 122 del Dlgs núm. 152/2006 pertenece al ámbito material de la tutela del medioambiente. Además, la norma censurada encuentra un preciso correspondiente en el artículo nell'articolo 14 della direttiva 2000/60/CE que de esa se diferencia solamente por el hecho de remitir las mismas cargas de información y consulta a los planes de gestión de las cuencas hidrográficas». (Corte Constitucional, 30 de julio de 2009, núm. 254).

(51) Tales sujetos están, por otra parte, dotados de capacidades idóneas a la plena representación de las instancias y de los intereses de que son portadores, con el consiguiente riesgo de que, en la confrontación con posiciones «de nacionalidad» no informadas, la información superior de los *stakeholders* profesionales les asegure a estos últimos un suplemento de eficacia, con el evidente riesgo de que se perfile una «captura del regulador», o sea, que el revisor, por naturaleza tercero e imparcial, derive sus posiciones de las de la persona controlada.

(52) Para ulteriores inspiraciones *vid.*, entre otros, BORDINI, M.: «I contratti di fiume: facciamo il punto», <www.pausania.it>.

(53) Italia, según la Comisión, no ha transpuesto correctamente una serie de artículos de la DMA, entre ellos los relativos a la necesidad de adoptar una serie de medidas para conseguir un «buen estado» de las cuencas hidrográficas en el plazo previsto y conformarse con la obligación de mantener un registro actualizado de las áreas protegidas.

dadas al respecto por las autoridades italianas y las modificaciones aportadas a tal fin a la legislación nacional no son suficientes⁽⁵⁴⁾. Consiguientemente se le ha pedido a Italia el pleno respeto a la DMA, con particular referencia a los Planes de gestión de los distritos hidrográficos y a su actualización, un mejor control de la calidad de las aguas y la reproducción en mapas de niveles de calidad de las masas de agua subterráneas.

El Dlgs núm. 219/2010 modificó el artículo 78 del Código del medio ambiente dictando los plazos y las modalidades para el logro de los requisitos fijados por la DMA en los plazos previstos.

En especial se introdujo el artículo 78 quáter que, en relación a la contaminación en las cuencas transfronterizas, fija criterios de responsabilidad para las regiones y las provincias autónomas de Trento y Bolzano a fines del cumplimiento de las prescripciones dictadas por el Código del Medio Ambiente⁽⁵⁵⁾.

Las intervenciones modificatorias indicadas habrían estado necesitadas de otros procedimientos de infracción seguidos de sentencias de condena por parte del Tribunal de Justicia. Las disposiciones de la Parte III del Dlgs núm. 152/2006 (las previstas en el artículo 77 sobre localización y consecución del objetivo de calidad medioambiental) deberían haber

La Comisión muestra perplejidad sobre la transposición por Italia de la parte relativa a la caracterización de las aguas superficiales y subterráneas y al control de su estado.

Para la Comisión no se han transpuesto correctamente los requisitos relativos al control del vertido en las masas de agua subterráneas y a la elaboración de mapas con las características para indicar los niveles químicos y los cuantitativos de agua de cada masa de agua subterránea.

La DMA constituye la base para la gestión y la protección de las aguas europeas. Impone a los Estados miembros crear y mantener «planes de gestión de las cuencas hidrográficas» que indiquen las modalidades precisas para conseguir en un lapso de tiempo previsto los objetivos ecológicos, cuantitativos y químicos fijados para las cuencas hidrográficas.

La gestión de los sistemas acuáticos no ocurre sobre la base de los límites políticos o administrativos, sino de las unidades geográficas e ideológicas de las cuencas hidrográficas. Para cada cuenca hidrográfica se establece y se actualiza cada seis años un «plan de gestión de la cuenca hidrográfica».

(54) Se refiere en concreto al Dlgs núm. 219/2010, de realización de la Directiva 2008/105/CE y modificador del núm. 152/2006, que en el artículo 1.º fija las modalidades para lograr el buen estado químico de las aguas superficiales, antes del 22 de diciembre de 2015.

El poder legislativo al Gobierno para la adopción del Dlgs 219/2010 está contenido en el artículo 3.º de la Ley núm. 96/2010, que prevé la adopción de «disposiciones referidas a sanciones penales o administrativas para las violaciones de las obligaciones contenidas en directivas comunitarias llevadas a cabo por vía reglamentaria o administrativa, en virtud de las leyes comunitarias vigentes, o en reglamentos comunitarios publicados en la fecha de entrada en vigor de la presente ley, para los que no están previstas sanciones penales o administrativas».

(55) Contaminación entre fronteras.

1. En el caso de que se supere un SQA (estándar de calidad medioambiental, nota del autor) en las cuencas hidrográficas entre fronteras, las regiones y las provincias autónomas de Trento y de Bolzano afectadas no se considerarán incumplidoras si pueden demostrar que:

- a) la superación del SQA es debida a una fuente de contaminación fuera de la jurisdicción nacional;
- b) a causa de tal contaminación hay imposibilidad de adoptar las medidas adecuadas;
- c) se han aplicado, por contaminación transfronteriza, los párrafos 7 y 8 del artículo, habiendo hecho aplicación de las disposiciones del artículo 77.

2. En el caso de que se comprueben las circunstancias previstas en el párrafo 1, las regiones, las provincias autónomas de Trento y de Bolzano y las autoridades de distrito competentes proporcionarán las informaciones necesarias al Ministerio del Medio Ambiente y de la tutela del territorio y del mar para su posterior envío a la Comisión Europea, y enumerarán una relación sintética de las medidas adoptadas sobre la contaminación entre fronteras para introducirla en el plan de tutela y en el plan de gestión, respectivamente.

dado ejecución a la sentencia de condena pronunciada por el TJUE el 12 de enero de 2006 contra Italia por la falta de transposición de la DMA en los términos prescritos, es decir antes del 22 de diciembre de 2003, como conclusión del Asunto C-85/05 puesto en marcha después del recurso interpuesto por la Comisión Europea⁽⁵⁶⁾.

Además, han tenido lugar otras condenas, entre las que debe mencionarse la condena a Italia por no haber transmitido a tiempo la relación sintética de los análisis previstos en el artículo 5.º, tal y como indica el artículo 15, párrafo 2, de la DMA, en materia de distritos hidrográficos⁽⁵⁷⁾.

VIII. EL ESTADO DE LAS AGUAS EN ITALIA

En 2009⁽⁵⁸⁾, en Italia, la situación del estado ecológico de los cursos de agua (SECA) no es particularmente crítica, si se tiene en cuenta que el 45% de los 999 puntos controlados se considera dentro de las clases de calidad «buena» y «óptima», y el 33% en la clase de calidad «suficiente». Globalmente, el 78% logra, en diciembre de 2008, los objetivos de calidad previstos. De las 605 estaciones del norte, el 80% se incluye en las clases «buena», «óptima» y «suficiente»; en el centro, sobre 226 estaciones, el 76%; mientras en el sur e islas, dichas clasificaciones corresponden al 73% de las 168 estaciones.

Por lo que concierne al estado ecológico de los Lagos (SEL), sobre un total de 134 estaciones tomadas en consideración y representativas de 116 lagos, 36 (31%) se consideran en estado de calidad «suficiente» (clase 3), 35 (30%) en estado «bueno» (clase 2), y 5 (4%) en estado de calidad «elevado» (clase 1). El marco global indica una situación discreta, por cuanto el 65% de los lugares están en un estado de «suficiente» a «elevado».

La transposición
del derecho
comunitario
ha representado
siempre para Italia
una ocasión de
modernización del
aparato normativo
interno.

(56) La Comisión envió un dictamen motivado en virtud del artículo 228 del Tratado, por falta de ejecución de la sentencia de condena relativa a los análisis y a los programas de control en materia de aguas. Directiva 2000/60. Procedimiento 2004/0059. Asunto C-85/05.

Italia, no habiendo presentado la relación sintética de los análisis solicitados en el artículo 5.º, como está previsto por el artículo 15, párrafo 2, de la DMA, y no habiendo efectuado los análisis y el examen previstos en el artículo 5.º, párrafo 1, de la misma directiva, ha prescindido de las obligaciones derivadas de la DMA del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de octubre de 2000, que instituye un marco para la acción comunitaria en materia de aguas.

Para completarla, es necesario recordar que, según la constante jurisprudencia de la Corte de Justicia, «la existencia de un incumplimiento debe evaluarse en relación a la situación del Estado miembro en el momento del plazo establecido en el dictamen motivado y que la Corte no puede contar con los cambios sucesivos, cuando también ellos constituyan una aplicación correcta de las normas de derecho comunitario que son objeto de recurso por incumplimiento», por lo tanto una acogida tardía no surte el efecto de sanar el incumplimiento formalmente impugnado.

(57) Procedimiento 2005/2315, Asunto C-85/07.

(58) Datos disponibles en el informe del Ministerio del Medio Ambiente <http://www.minambiente.it/home_it/showitem.html?lang=&item=/documenti/biblioteca/biblioteca_0067_a.html>.

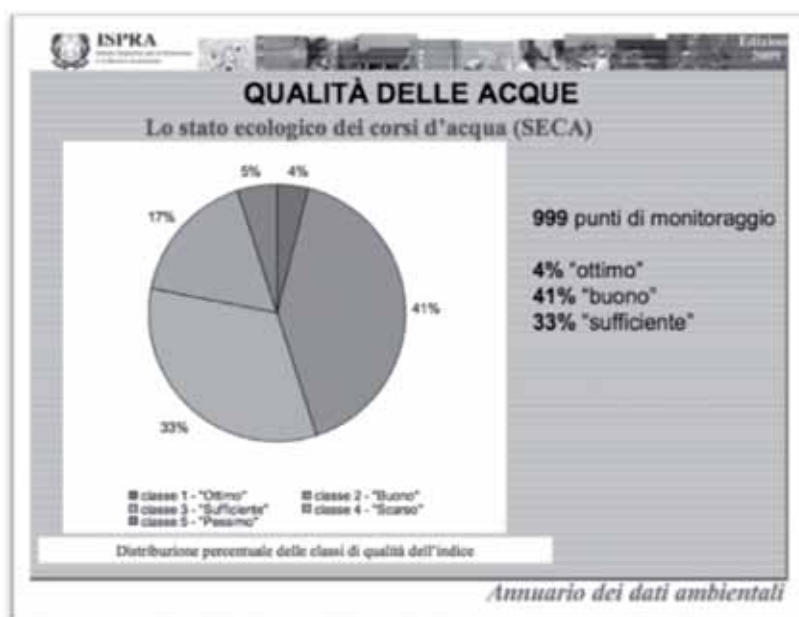
A la luz de los datos relativos al control de 2008, se puede concluir que las masas de agua superficiales (ríos y lagos), donde las estaciones dan como resultado que se encuentran en las clases de calidad ecológica «óptima» y «buena» (SECA e SEL), pertenecen a masas de agua que no están en riesgo de no poder conseguir el logro de los objetivos de calidad antes de finales de 2015, como está previsto por la normativa europea.

Por lo que se refiere a las aguas subterráneas, el marco global no responde todavía a una adecuada cobertura territorial: 12 regiones y las 2 provincias autónomas han dado informaciones con un número de estaciones de control notablemente diferente, de 29 de la provincia autónoma de Trento a 599 de la región de Piamonte, todo ello para un total de 3.382 puntos de captación, informaciones medidas generalmente con plazos semestrales. Aun habiendo aumentado la cobertura territorial de la red, el marco global del Estado Químico de las Aguas Subterráneas (SCAS) no ha cambiado respecto al existente en los años precedentes. La situación general en 2008 no resulta muy satisfactoria: el 54,9% de los casos muestra condiciones de buena calidad hidroquímica con escaso o reducido impacto antrópico (clases 1, 2, 3). En el restante 45,1% (25,4 % de mala calidad y 19,7% en condiciones no buenas) se han verificado casos de relevantes impactos antrópicos y condiciones hidroquímicas de mala calidad, derivados tanto de fuentes contaminantes difusas como por causas naturales imputables a las condiciones hidrogeoquímicas de los acuíferos. Los principales contaminantes son los nitratos y los metales pesados.

No estando completa la cobertura de las informaciones en el ámbito nacional, y habiendo elevado la variabilidad de los puntos de medida, el indicador no es significativo para localizar una tendencia en el tiempo de la calidad de las aguas subterráneas.



Estado ecológico de los lagos



Estado ecológico de los ríos

IX. CONCLUSIONES

La transposición del derecho comunitario ha representado siempre para Italia una ocasión de modernización del aparato normativo interno, además de un reto para vencer inercias e inmovilismos que han contribuido a oscurecer la imagen de Italia.

El derecho de aguas en Italia se remonta a 1933 y su objetivo, especialmente en los primeros textos normativos, era la tutela de los usos productivos y económicamente relevantes, no el recurso en sí mismo; pero su progresiva escasez cuantitativa y cualitativa indujo o, mejor, «obligó» a los legisladores estatal y regional, posteriormente, a adoptar normativas cada vez más urgentes y rigurosas para la salvaguardia del medio ambiente y de la salud pública.

Justo para garantizar la salvaguardia del medio ambiente, materia de competencia exclusivamente estatal en el ordenamiento constitucional italiano⁽⁵⁹⁾, en 1989 se ha dado vida (en las intenciones) a la planificación de cuenca mediante la institución de Autoridades, que todavía hoy, no obstante los acontecimientos que les han afectado, permanecen en funcionamiento. La primacía jerárquica de la planificación de nivel de cuenca podía ciertamente ser una ocasión para imprimir una «nueva visión» en la planificación territorial italiana, aunque así no ha sido, sobre todo por la incansable oposición de los intereses económicos localizados en los territorios, que han atrasado (*rectius* impedido) la potencialidad

(59) Artículos 9 y 117 co. 2 lett. s) Cost.

de tutela, gestión y salvaguardia del medio ambiente, que es, en general, intrínseca al plan de cuenca.

La DMA representa hoy una ocasión para reforzar y hacer efectivas esas potencialidades, con la conciencia de que las políticas obstruccionistas y dilatorias por finalidades de consenso electoral se toleran cada vez menos y exponen a Italia a frecuentes procedimientos de infracción con costes insostenibles, especialmente en períodos de recesión económica.

Las consideraciones y los datos producidos indican que Italia no acertará a conseguir plenamente los objetivos de calidad de las aguas previstos por la DMA pero, al menos, los principios comunitarios han entrado con fuerza en el ordenamiento interno y orientan y conforman en la dirección justa las políticas hídricas mediante una mayor conciencia colectiva, con lo que el desarrollo futuro estará íntimamente condicionado por las decisiones de hoy en términos de salvaguardia, ahorro hídrico, planificación, control de las actividades hidroexigentes y tutela de las aguas.

Una antigua leyenda de la ciudad de Verbania narra que en una piedra existente en el fondo del lago de Como está escrito: «Cuando me veáis, lloraréis». El esfuerzo colectivo consiste en que esto no suceda nunca.

LA APLICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE AGUAS EN PORTUGAL

AMPARO SERENO

*Profesora de Derecho del Medio Ambiente
Universidade Lusíada de Lisboa*

RESUMEN

La aplicación del Derecho europeo de Aguas en Portugal

En este trabajo se analizan los efectos de la transposición y aplicación de la DMA en el Derecho de Aguas portugués. El punto de partida es la cuestión de la titularidad de los usos del agua, una vez que —aunque la DMA no aborda esta cuestión—, la transposición de la Directiva sirvió también para sistematizar la materia. Igualmente se analiza la influencia de la DMA en aspectos fundamentales como gestión, planificación y régimen económico y financiero del agua. Una visión especialmente crítica se vierte sobre las alteraciones introducidas en 2012 en la Administración Portuguesa del Agua, y que podrán tener consecuencias negativas en la aplicación de la DMA.

Palabras clave: Directiva Marco del Agua; Directiva Marco de Estrategia Marina; demarcación hidrográfica; Administração de Região Hidrográfica; Agência Portuguesa para o Ambiente; Água e Acção Climática.

ABSTRACT

The application of the European law of water in Portugal

This paper analyzes the effects of the transposition and implementation of the WFD in the Portuguese Water Rights. The starting point is the question of ownership of water uses, once the transposition of the Directive was also used to systematize the subject – although the DMA does not address this issue. Similarly, the paper analyzes the influence of the DMA in fundamental points, as management, planning and economic and financial system of the water. A particularly critical vision is poured over the changes introduced in 2012 in the Portuguese Water Management. These changes may have negative consequences on the implementation of the WFD.

Key words: Water Framework Directive; Marine Strategy Framework Directive Water District; Administração de Região Hidrográfica; Agência Portuguesa para o Ambiente; Água e Acção Climática.

SUMARIO

I. TITULARIDAD DE LOS RECURSOS HÍDRICOS Y USOS DEL AGUA.

1. Introducción.

2. Fases evolutivas del Derecho de Aguas Portugués.

- A) Primera fase: la dualidad Código Civil y Ley de Aguas.
- B) Segunda fase: De los derechos del propietario a los del utilizador.
- C) Fase final: Transposición de la DMA.

II. ADMINISTRACIÓN Y PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA.

1. Introducción. Las exigencias mínimas de la DMA.

2. La Autoridad de Demarcación Hidrográfica Portuguesa.

3. El ámbito territorial de las Demarcaciones Portuguesas.
4. Recientes Alteraciones legislativas en la Autoridad de Demarcación Portuguesa.
5. Planificación Hidrológica.

III. CONCLUSIONES.

I. TITULARIDAD DE LOS RECURSOS HÍDRICOS Y USOS DEL AGUA

1. Introducción

Desde el ingreso en 1986 de España y Portugal en la UE se ha venido produciendo la progresiva transposición del Derecho Comunitario en general y de ambiente en particular. Podríamos decir que, en relación a la protección de los recursos hídricos —especialmente en materia de calidad del agua—, el derecho portugués y español iniciaron un proceso de armonización —lo que alguna doctrina ha dado en llamar *europeización* — que culminó con la transposición de la DMA.

Aunque se sabe que hubo estudios previos, realizados o financiados por la Comisión Europea con la finalidad de analizar el régimen jurídico del agua en los Estados miembros, sus elementos comunes y particularidades, lo cierto es que la Directiva se aparta bastante de lo que es la tradición jurídica de estos y toma una opción clara: la protección de las masas de agua, independientemente de su titularidad. O sea, el legislador comunitario huye deliberadamente de la cuestión de la propiedad o dominialidad de las aguas y, por supuesto, de los terrenos asociados a ellas. Estos últimos solo se mencionan para efectos de la protección de las aguas —caso de las zonas sensibles o vulnerables— o de los ecosistemas asociados —zonas húmedas—. Sin embargo, resulta complejo proteger el contenido sin proteger el continente. O sea, las zonas terrestres que por su proximidad al agua están directamente relacionadas y son interdependientes del líquido vital —como, por ejemplo, las márgenes de los ríos o sus lechos—. Es decir, lo que en la gran mayoría de los Estados miembros se conoce como terrenos del dominio hídrico. Pero el legislador comunitario —probablemente desalentado por las numerosas peculiaridades de las respectivas legislaciones nacionales— ha dejado esta materia para el legislador nacional. Visto de modo retrospectivo —tras doce años desde la entrada en vigor de la DMA—, me parece que ha hecho lo correcto. Es decir, centrarse en las metas a alcanzar y en su calendario. Esto por dos razones: primera, porque el cumplimiento en plazo de los objetivos se está revelando, en muchos casos, más difícil de lo inicialmente previsto, por lo que añadir nuevas exigencias no me parece lo más prudente; segunda, porque entrar en el tema de la dominialidad sería dar más argumentos a aquellos que piensan que la DMA interfiere en las competencias exclusivas de los Estados.

No obstante, a la hora de abordar la implementación de la DMA en Portugal, me parece esencial analizar la cuestión de la dominialidad y los cambios legislativos que se han producido como consecuencia de la transposición de la Directiva. Con esta finalidad, se realiza un breve recorrido histórico de la situación antes y después de la recepción del derecho comunitario de aguas.

2. Fases evolutivas del Derecho de Aguas Portugués

A) Primera fase: la dualidad Código Civil y Ley de Aguas

No es mi intención —válgame la expresión de S. MARTÍN-RETORTILLO⁽¹⁾— «... *ingresar en la sala de las momias del ordenamiento jurídico*», pero para entender el efecto de la aplicación de la DMA en el Derecho de aguas portugués tenemos que partir del principio. Este no es otro que la dualidad Código Civil-Ley de Aguas, a pesar de las inconveniencias inherentes a este binomio, específicamente: supuestos de posible contradicción y la siempre conflictiva relación entre ley especial y ley general.

En Portugal esta dualidad estuvo inicialmente plasmada en el Cc de 1867 y el Decreto de 1892⁽²⁾, sobre los Servicios Hidráulicos. Siguiendo la tradición latina, el Cc de Seabra (1867) diferenciaba entre aguas públicas⁽³⁾, aguas comunes⁽⁴⁾ y aguas privadas⁽⁵⁾. Los dos factores clave para integrar las aguas en el dominio público eran: ser navegables o fluctuantes y estar asociadas a terrenos públicos o de varios propietarios. No obstante, tanto el Cc como el citado Decreto callaban en relación a la propiedad de las corrientes no fluyentes ni navegables. El Código de Seabra, claramente inspirado en la solución del Código napoleónico diferenciaba entre el lecho —propiedad de los predios ribereños— y las aguas. Sobre estas últimas la opinión dominante es que pertenecían al dominio hídrico público⁽⁶⁾. Este divorcio entre las aguas y el lecho es una particularidad del derecho portugués de aguas que lo aproxima más al francés que al español. Igual que sucede en el francés, se aplicaba exclusivamente a las aguas comunes⁽⁷⁾ —no a las públicas o privadas—. Este «divorcio» subsiste todavía, aunque con algunos matices: el actual Cc portugués (1966) regula todas las aguas privadas y terrenos asociados⁽⁸⁾ y remite las públicas a la ley especial, el Decreto núm. 5787-IV, de 1919, conocido como «Lei da água» (actualmente derogado) y el Decreto-Lei núm. 468/71, de 5 de noviembre⁽⁹⁾, (todavía en vigor, aunque de modo parcial) sobre

(1) Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, S. (1997): *Derecho de Aguas*, Civitas, Madrid, p. 651.

(2) En 1892 fueron aprobados dos decretos: el Decreto con fuerza de ley núm. 8, de 1 diciembre de 1892, sobre la organización de los servicios hidráulicos y respectivo personal, y el Decreto de 19 de diciembre de 1892 —Reglamento de ejecución del Decreto previamente referido—. No queremos decir que no existía previamente legislación específica sobre aguas, pues ya el 6 de marzo de 1884 fue aprobada la «Lei do Plano de organização dos serviços hidráulicos no continente português», y dos años más tarde su Reglamento de ejecución —Decreto de 2 de octubre de 1886—. Lo que aquí referimos es que los dos textos fundamentales sobre la materia de aquella época, que contienen la clasificación y enumeración meramente ejemplificativa de la propiedad de las aguas, son el Cc de Seabra y el Decreto núm. 8, de 1892.

(3) Código Civil de Seabra, artículo 380.º núms. 2 y 3.

(4) Código Civil de Seabra, artículo 381.º núm. 2.

(5) Código Civil de Seabra, artículo 453.º («Águas pluviais») y 444.º y ss. («Fontes e nascentes»). Sin embargo, la distinción de las aguas públicas y comunes es más clara, pues están enumeradas respectivamente en los artículos 380.º y 381.º No se verifica lo mismo en relación a las aguas privadas, pues para la calificación de esas aguas como privadas se remite a la definición de «cosa particular» constante en el artículo 382.º

(6) Así fue recogido en el Decreto núm. 5787-IV, de 1919, conocido como «Lei da água».

(7) Cfr. TAVARELA LOBO, M. (1999): *Manual do Direito de Águas*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, pp. 43-44.

(8) Cfr. Capítulo IV del Título II del Livro III del Cc de 1966, «Propriedade das águas».

(9) Este Decreto-Ley fue alterado en tres ocasiones, la última «Lei n.º 16/2003 de 4 de Junho, terceira alteração ao Decreto-Lei n.º 468/71, de 5 de Novembro, que revê, actualiza e unifica o regime jurídico dos terrenos do domínio público hídrico».

los terrenos del dominio público hídrico (incluidos los marinos). Junto a estas dos piezas esenciales, fue publicada durante el siglo XX numerosa legislación dispersa y destinada, principalmente, a establecer el régimen de los nuevos usos del agua.

Esta etapa evolutiva del derecho portugués de aguas presenta tres características claves: el permanente «divorcio» entre aguas y lecho en el caso de corrientes no navegables ni fluyentes; la regulación conjunta de aguas continentales y marinas, así como de los terrenos asociados; la desaparición progresiva de las aguas comunes, que la «Lei da água» de 1919 acabó por incluir en la categoría de aguas públicas. En este aspecto, el derecho portugués se aproxima bastante al español y se aleja de la tradición francesa⁽¹⁰⁾, pues en ambos casos se optó por la extinción casi total de las aguas que los romanos denominaban *res communis omnium* y la consecuente supresión de los derechos ribereños. Esta trascendental opción —asumida en la fase comprendida entre finales del siglo XIX y principios del XX— permitió abaratar los precios del agua y aumentar la producción industrial, pero sobre todo agrícola, que era (y es) la mayor consumidora de agua. En los países del sur de Europa, como Portugal —profundamente rurales en la época—, esta opción originó la desaparición casi total de las aguas comunes.

En síntesis se puede decir que, en esta primera fase evolutiva, el derecho portugués de aguas constituye un caso intermedio entre el francés —extremamente apegado a la tradición romanística— y el español —en progresiva ruptura con esta—.

B) Segunda fase: De los derechos del propietario a los del utilizador

Esta fase surge a partir de la década de los 60, con la emergencia del Derecho Ambiental y de un nuevo enfoque del agua, no solamente como bien económico, sino también como un valor ambiental digno de protección jurídica. Como refiere B. BARRAQUÉ⁽¹¹⁾, se da el paso de la *ownership to usership*.

La penetración de la componente ambiental en la legislación del agua se fundamenta en la Constitución de 1976, que reconoce el derecho a disfrutar de un ambiente sano⁽¹²⁾ que está desarrollado en la «Lei de Bases do Ambiente» de 1987⁽¹³⁾. No obstante, la dualidad Código Civil (para definición de aguas y terrenos privados)/ley especial (para la definición

(10) En Francia, aunque progresivamente limitados, todavía hoy subsisten residualmente. Este fenómeno se explica, tanto por el enorme apego del derecho francés a la tradición romanística como por la mayor abundancia del recurso. No obstante, progresivamente la Administración francesa se ha visto impelida a intervenir para delimitar el uso abusivo de esas aguas, inclusive recurriendo a la expropiación forzosa y consecuente indemnización. Cfr. GALLEGO ANABITARTE, A., MENENDEZ REXACH, A., DÍAZ LEMA, J.M. (1986): *Derecho de Aguas en España*, ed. Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, p. 729.

(11) BARRAQUÉ, B. (1998): «Water Rights and Administration in Europe», EUROWATER, tomo II, *Selected Issues in Water Resources Management in Europe*, ed. F. Nunes Correia.

(12) Cfr. artículo 66.º 1 de la Constitución Portuguesa de 1976, donde consta: «Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender».

(13) Cfr. artículo 2.º («Princípio geral»), que en su núm. 1 establece: «Todos os cidadãos têm direito a um ambiente humano e ecologicamente equilibrado e do dever de o defender, incumbindo ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares e comunitárias, promover a melhoria da qualidade de vida, quer individual, quer colectiva». No obstante, refiere João PEREIRA REIS: «o n.º 1 deste artigo, parece resultar de uma fusão, aliás pouco feliz, dos n.º 1, 2, 3 e 4 do artigo 66.º da Constituição (...) porquanto a não reprodução integral do texto consti-

de aguas y terrenos del dominio público) se mantuvo hasta 2006, con la entrada en vigor de la actual «Lei da Água» de 2005. Así está plasmado en la revisión realizada —en mi opinión algo tardíamente— en 22 de febrero de 1994, fecha de aprobación de un «paquete legislativo» integrado por tres Decretos-Ley que estuvieron en vigor hasta 2005: el DL núm. 45/94, sobre planificación hidrológica; el DL núm. 46/94, sobre usos del dominio hídrico, y el DL núm. 47/94, régimen económico y financiero de los usos.

Los usos privativos del agua están regulados en el DL 46/94, que —a diferencia de la LAg española del 85— no define la propiedad de las aguas, sino que se limita a establecer la utilización del dominio hídrico y se remite a la legislación que determina sus elementos integrantes, específicamente: aguas y terrenos privados⁽¹⁴⁾, aguas públicas⁽¹⁵⁾, terrenos públicos⁽¹⁶⁾ y dominio hídrico marítimo⁽¹⁷⁾. Esta constituye una de las diferencias más características de la filosofía del DL 46/94, comparado con el modelo español. Desconocemos hasta qué punto el legislador portugués habrá ponderado la problemática española sobre la titularidad de aguas privadas —especialmente subterráneas— para decidir no tomar idéntico camino. También en Portugal era necesaria una mayor intervención administrativa, pues los problemas de escasez de recursos *versus* protección del dominio hídrico son comunes a ambos países. Sin embargo, la vía escogida no fue declarar todas las aguas públicas, como hizo la LAg española de 1985. Se optó por una solución más simple: sujetar todos los usos del dominio hídrico (tanto público como privado) a título de utilización. No obstante, esta aparente simplicidad esconde una gran complejidad que fue criticada por la doctrina portuguesa. En este sentido, R. MEDEIROS y otros⁽¹⁸⁾ apuntan, como causa principal de la inseguridad jurídica en derecho de aguas, la falta de codificación de la materia, ya que el «Decreto-Lei» 46/94 no definía el dominio público directamente, sino que se remitía a otra legislación⁽¹⁹⁾. La falta de seguridad jurídica creada por esta situación resultó agravada por la utilización de fórmulas evasivas de derogación.

El legislador comunitario huye deliberadamente de la cuestión de la propiedad o dominialidad de las aguas y, por supuesto, de los terrenos asociados a ellas.

tucional pode originar dúvidas de interpretação...» Cfr. PEREIRA REIS J. (1992): *Lei de Bases do Ambiente anotada e comentada*. Ed. Almedina, Coimbra, p. 9.

(14) El Cc portugués actual, de 1966, define «*águas particulares*» en los artículos 1386.º y ss.

(15) Decreto núm. 5787 – IV, de 10 de mayo de 1919.

(16) DL núm. 468/71, de 5 de noviembre (a este se remite el Decreto-Ley núm. 46/94).

(17) DL núm. 201/92, de 29 de septiembre.

(18) Cfr. MEDEIROS, R., CUNHAL SENDIM, J., ABALADA MATOS, I., MOREIRA, I., LOMBA, P., LORENA de SÊVES, A., y CRUZ, B. (2002): «Anteproyecto de regime jurídico de protecção da água», *RJUA*, núm. 17, junio, p. 205; SOUSA, J. de, y CUNHAL SENDIM (2002): «O direito virtual. Notas sobre o *deficit* de execução do direito do ambiente português», *RJUA*, núm. 17, junio.

(19) El dominio público hídrico está compuesto por las aguas previstas en el Decreto núm. 5787-III, de 10 de mayo de 1919 —la denominada «Lei da Água»— y por los terrenos integrados en el dominio público hídrico, según lo dispuesto en el Decreto-Ley núm. 468/71, de 5 de noviembre.

Las aguas subterráneas no fueron alteradas por el referido Decreto. Por regla general, son públicas o privadas dependiendo de los terrenos en que estén localizadas. Al igual que en España, las aguas medicinales y manantiales tienen un régimen especial —no se aplica el DL 46/94⁽²⁰⁾—.

C) Fase final: Transposición de la DMA

Antes de iniciarse este proceso de transposición de la DMA, existía ya un impulso codificador, cuya finalidad era sistematizar una materia que, como antes se refirió, estaba muy fragmentada. No obstante, la codificación se dilató en el tiempo y fue más costosa y azarosa de lo previsto —sobre todo considerando que había que cumplir los plazos de la DMA—, por lo que Portugal acabaría por ser condenada por el TJUE⁽²¹⁾.

El proceso de transposición se inició en 2000 a través de un Despacho⁽²²⁾ del Ministro del Ambiente, que creó un grupo de trabajo para elaborar una propuesta legislativa. Proyecto este que sería presentado al «Conselho Nacional da Água» en su 22.^a reunión plenaria de 21 de marzo de 2002, «... com a indicação expressa de que se tratava de um trabalho incompleto, por limitações de vária ordem e fruto das circunstâncias da sua conclusão...⁽²³⁾». Circunstancias directamente relacionadas con la repentina salida del «XIV Governo constitucional». A esta salida precedió un periodo político conturbado —por lo menos para el Ministerio de Ambiente lo fue y mucho—, una vez que el «dossier del ambiente» cambió de manos cuatro veces en menos de tres años, entre abril de 2002 y abril de 2005 (ver cuadro 1). Finalmente, el «XVII Governo Constitucional» presentó la cuarta y definitiva Propuesta de «Lei da Água»⁽²⁴⁾ y la «Lei da titularidade del dominio hídrico», Ley 54/2005, de 15 de noviembre. Esta duplicidad se justifica en su Preámbulo mencionando que, en cuanto la primera sirve especialmente para la transposición de la DMA, en la segunda: «Trata-se (...) de matéria qualitativamente diversa da que é objecto da Lei da Água...». Sin embargo, la verdad es que la «Lei da Água» regula también materias diferentes de las previstas en la DMA. Por su parte, el Preámbulo de la LT refiere que, como la titularidad del dominio hídrico es una cuestión de importancia capital contemplada constitucionalmente, merece un tratamiento autónomo de la LA. En efecto, la Constitución Portuguesa establece una diferencia entre las materias objeto de esta ley, que deben ser aprobadas de acuerdo con el artículo 197.º 1.d) de la Constitución (caso de la LA) y las que requieren un procedimiento especial por ser materia reservada al Parlamento portugués, como es el caso de algunas de las materias contenidas en la LT [artículo 165.º 1.v)]. Obviamente, se trata de una diferencia puramente formal, pues las dos leyes tienen como finalidad proteger el dominio hídrico. En mi opinión, esta diferencia no justifica la separación entre LA y LT, hubiera sido más

(20) Cfr. artículo 3.º 2 del DL 46/94, donde consta: «O presente diploma não se aplica aos recursos hidrominerais, geotérmicos e águas de nascente a que se refere do Decreto Lei 90/90, de 16 de Março». En articulación con este precepto, ver también lo dispuesto en el artículo 3.º del DL 90/90.

(21) Cfr. STJUE, de 12 de enero de 2006, en el proceso C-118/05.

(22) Despacho del Ministro de Ambiente núm. 13799/2000, de 7 de junio.

(23) Cfr. documento del CNA de Apreciación núm. 01/CNA/2004, p. 4.

(24) Lei núm. 58/2005, de 29 de dezembro, alterada pelo Decreto-Lei núm. 245/2009, de 22 de setembro y pelo Decreto-Lei núm. 130/2012, de 22 de Junho.

coherente tratar todas las materias conjuntamente —como hace la LAg española—, desarrollándolas después mediante reglamentos.

En lo que se refiere a las cuestiones de fondo reguladas en la LT, básicamente, el legislador portugués utilizó la misma técnica del derogado DL 46/94. O sea, intervención administrativa a través del título de utilización, independientemente de si la propiedad es pública o privada. Así, el artículo 2.º de la LA refiere que esta ley se aplica a los recursos hídricos y terrenos asociados «qualquer que seja o seu regime jurídico...», excluyendo las aguas sujetas a régimen especial⁽²⁵⁾, o sea las aguas medicinales y minerales. La principal diferencia con respecto al DL 46/94 es la base jurídica de la intervención administrativa. En cuanto el DL 46/94 la fundamentaba en la noción «dominio hídrico [público o privado] merecedor de protección jurídica», la LA optó⁽²⁶⁾ por rechazar el concepto «dominio hídrico privado», y se fundamenta en el «Principio de necesidad de título de utilización» (artículo 2.º conjugado con el 54.º). Con base en este principio, la Administración exige a los administrados la obtención de un título para usos⁽²⁷⁾ que tengan un impacto significativo o puedan tenerlo, de acuerdo con los principios de prevención y precaución.

La base constitucional portuguesa y española en materia de dominio hídrico es muy semejante. No obstante, el legislador portugués deja claro que la LT no pretende que todas las aguas, incluidas las subterráneas, sean públicas, sino que la intervención administrativa se materializa por medio de la autorización, incluso en aguas privadas. Tan solo se desvía de esta filosofía de fondo en dos casos: la extensión del dominio público a los baldíos municipales y parroquiales⁽²⁸⁾, y los terrenos asociados a aguas marinas. En este caso, se usa una fórmula que recuerda vagamente a las de las DDTT 2.ª y 3.ª de la LAg, aunque con un plazo más corto (2014). Antes de transcurrido ese plazo los propietarios podrán reivindicar sus derechos a través de una acción judicial, recayendo sobre ellos la carga de la prueba. Esta fórmula supone una fuga para el juez: por un lado, se presume todos los terrenos públicos salvo prueba en contrario; por otro lado, se juega con el «temor reverencial» a los procedimientos judiciales, normalmente caros y morosos.

Pero ¿será que la Administración, sometida como está al principio de legalidad, puede ignorar cualquier otro medio de prueba admitido en derecho? Y si, después del 1 de enero de 2014, obtuviese el titular reconocimiento judicial de su propiedad: ¿podrá esta misma Administración ignorar una sentencia firme? Tendremos que esperar para ver.

Una crítica positiva merece, no obstante, el que —siguiendo la tradición portuguesa pero conectando con la filosofía de la DMA—, tanto la LA como la LT contemplan la gestión conjunta de aguas dulces y saladas. Además, la LT⁽²⁹⁾ enumera y clarifica todos los

(25) Cfr. artículo 2.2.º, donde consta: «... não prejudica a aplicação dos regimes especiais relativos, nomeadamente, às águas para consumo humano, aos recursos hidrominerais geotécnicos e águas de nascente, às águas destinadas a fins terapêuticos e às águas que alimentem piscinas e outros recintos com diversões aquáticas».

(26) La definición de ambos principios está en el artículo 3.ºe) y f) de la LA.

(27) El artículo 59.º establece las actividades incluidas y determina el título que requieren, así como los casos de exención.

(28) Aunque el titular no es el Estado, sino la correspondiente entidad local. De acuerdo con el principio de subsidiariedad, las autoridades más próximas son las mejor situadas para gestionarlo (cfr. artículo 6.º de la LT).

(29) Cfr. artículos 5.º a 14.º de la LT.

elementos que integran el dominio hídrico, dando respuesta a la necesidad de sistematización, así como derogando definitivamente la «Lei da Água» de 1919 y parcialmente (capítulos I y II) el Decreto-Lei 468/71 sobre los terrenos del dominio público. De igual modo, la solución que encuentra la LA portuguesa para controlar los usos no titulados y, por tanto, ilegales, me parece también más simple que la de la LAg española. Así, el artículo 100.º⁴ establece que no se aplicará multa a los que, habiendo utilizado sin título los recursos antes la entrada en vigor da LA, hayan iniciado, voluntariamente, el procedimiento de regularización del correspondiente aprovechamiento. Sería muy positivo si, con el incentivo de librarse de la multa, los utilizadores no titulados declarasen sus títulos, sobre todo para la actualización del «Sistema Nacional de Informação sobre Títulos de Utilização de Recursos Hídricos»⁽³⁰⁾, ya que esta información es vital para la correcta planificación de los recursos. Desafortunadamente, no se encuentra información disponible sobre la situación actual y funcionamiento de este Sistema de Información.

Por último, en lo que se refiere al régimen económico y financiero, el DL 47/94 ha sido frecuentemente citado por la doctrina portuguesa como el mejor ejemplo del llamado «direito virtual da água»⁽³¹⁾: virtualmente existe, pero realmente no se aplica. En la práctica casi nadie pagaba los cánones debidos ni sufría la consecuente sanción por incumplimiento. El referido decreto fue derogado por la LA y sustituido por el DL 97/2008, de 11 de junio. Éste merece, en mi opinión, una crítica positiva, ya que, de acuerdo con la filosofía de la DMA, tiene como principal finalidad internalizar todos los costes —incluidos los ambientales— del uso del agua (el llamado principio de *full cost recovery*) así como persuadir a los utilizadores de no usar de modo ineficiente el agua, mediante una adecuada política de precios. Para ello el DL 97/2008 recurre a dos instrumentos: la tasa de los recursos hídricos —dirigida a los utilizadores de mayor dimensión y cuya actividad causa un impacto más negativo en las masas de agua— y las tarifas —dirigidas al público en general para la recuperación de los costes de las infraestructuras destinadas a la prestación de servicios relacionados con el agua—.

La base imponible de la tasa de recursos hídricos está constituida por cinco componentes y se expresa por la fórmula:

$$Tasa = A + E + I + O + U$$

En que: A es la utilización de aguas del dominio público del Estado; E es la de vertidos de efluentes; I es la extracción de áridos del dominio público del Estado; O es la ocupación del dominio público del Estado; U es la utilización de aguas sujetas a planificación y gestión pública.

De esta manera, el Estado cobra tasas tanto en aguas públicas como privadas, ya que todas ellas (salvo escasas excepciones) están sujetas a planificación y gestión. Además, estas tasas revierten en un 50% a favor de la Administración del agua y el restante 50% para el Fondo de protección de los recursos hídricos, creado por la LA para promover el uso racional de los recursos y restauración de estos.

(30) Previsto en el artículo 73.º de la LA.

(31) CUNHAL SENDIM, J.: «O direito virtual. Notas sobre o deficit de execução...», *op. cit.*

II. ADMINISTRACIÓN Y PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA

1. Introducción. Las exigencias mínimas de la DMA

A la luz del principio de autonomía institucional, el Derecho Comunitario no puede interferir en competencias de la exclusiva soberanía de los EM —como la organización administrativa interna de cada Estado y la ordenación de su territorio—. No obstante, la DMA establece unos requisitos mínimos que los EM deben cumplir para implementar la Directiva, que inciden en la administración y planificación de los recursos hídricos. Así, para efectos administrativos —aunque no conste expresamente la palabra «administrativo» en el articulado de la DMA— la Directiva exige que los EM agrupen cuencas hidrográficas vecinas y las correspondientes aguas costeras asociadas para crear una Demarcación Hidrográfica (DH). Podríamos decir que la DH es una entidad de características administrativas y naturales. Esto es, las fronteras de la DH son definidas por cada Estado pero con base en unidades naturales caprichosamente escogidas por la madre naturaleza: las cuencas. A este respecto la DMA no introdujo grandes novedades —excepto en lo que se refiere a las aguas costeras—, teniendo en cuenta que la legislación portuguesa —tal como la española— designa como unidad de planificación la cuenca hidrográfica. La única diferencia es que el Derecho de Aguas portugués —como el español— también contempla la planificación a nivel nacional, mientras que la DMA coloca el acento en el nivel regional y no exige que haya un PHN.

Además, la Directiva exige que haya una autoridad por cada Demarcación, que será competente por cumplir los objetivos ambientales previstos en la DMA —alcanzar el buen estado de las masas de agua— y responsabilizada en caso de incumplimiento.

Para llevar a cabo la implementación de la noción DH, hubo una fase de consultas y reuniones entre los representantes de las administraciones de los EM inmediatamente después de la publicación de la DMA. De estos encuentros surgieron algunos documentos interesantes, como el «Cuestionario de implementación de la DH⁽³²⁾»: Las respuestas dadas por los EM al *modus facendi* en la identificación «autoridad de DH» fueron básicamente tres: La primera, una autoridad específica por cada DH, que después se coordinaría con las autoridades responsables por la gestión de las aguas costeras y otras unidades administrativas con sede en el territorio de la DH; la segunda, una especie de comité de coordinación con todas las autoridades competentes en materia de aguas en el ámbito de cada DH; la tercera, una autoridad única nacional responsable por todas las DH del Estado, siendo las DH relevantes solo

La falta de seguridad jurídica creada por esta situación resultó agravada por la utilización de fórmulas evasivas de derogación.

(32) *Informal Meeting of EU Water Directors: «Current State of the Water Framework Directive Implementation Process»*, Valencia 10 al 12 de junio de 2002.

para efectos de planificación. Como el referido documento menciona, mientras los EM más descentralizados político-administrativamente optaron por la primera opción, los más centralizados escogieron la tercera. Este fue el caso de Portugal.

2. La Autoridad de Demarcación Hidrográfica Portuguesa

La LA de 2005 prevé una «Autoridade Nacional da Água» —que desempeña el papel de autoridad de DH prevista en la DMA y que es responsable por la implementación de la misma— y cinco «Administrações de Região Hidrográfica», siendo «região hidrográfica» la traducción al portugués de DH. A estas dos entidades que podemos considerar gestoras de los recursos hídricos en el ámbito de la DH, hay que sumar dos organismos de naturaleza consultiva canalizadores de la participación pública —uno actúa a nivel nacional, el «Conselho Nacional da Água», y el otro a nivel de DH, «Conselho de Região Hidrográfica»— y que están integrados respectivamente en la ANA y en la ARH. Además, la LA contempla otras dos entidades que deben articularse con la ANA y con la ARH, las «Comissões de C ordenação y Desenvolvimento Regional», y otras en las que deberá delegar competencias de licenciamiento y fiscalización, las «Administrações Portuárias», con jurisdicción sobre los puertos.

Con la LA de 2005, la ARH ganó autonomía administrativa y financiera⁽³³⁾ en relación a las entidades que sustituye. Así mismo, aumentó sus competencias, que ya no son meramente ejecutivas⁽³⁴⁾, como antes. El papel de las ARH resultó reforzado en general, y en materia de planificación⁽³⁵⁾ en particular. Pero el problema de la relación ANA-ARH no fue, en mi opinión, bien solucionado. Las ARH poseen el estatuto de institutos públicos de ámbito regional sujetos a la tutela del Ministro del Ambiente y no de la ANA, cuyo estatuto es idéntico (instituto público). De hecho, la ANA es una segunda denominación del INAG, pues según el artículo 7.º a): «A nível nacional, o Instituto da Água (designado abreviadamente INAG) que, como Autoridade Nacional da Água, representa o Estado como garante da política nacional das águas».

No me parece que este precepto vaya al encuentro de la filosofía de la DMA, pues una de las previsiones de la Directiva es que las Autoridades que operan a nivel de DH se responsabilicen por su actuación en ese ámbito. De este modo, la responsabilidad es transferida para la ANA, que representa al Estado internacionalmente, tanto como Autoridad de todas las DH como en las relaciones bilaterales con España. No obstante, la ANA no es *per se* la autoridad jerárquicamente superior a las ARH, a menos que —de acuerdo con lo

(33) Cfr. artículo 9.º3 de la LA, donde consta: «As Administrações das Regiões Hidrográficas são institutos públicos de âmbito regional, dotados de autonomia administrativa e financeira e património próprio...».

(34) Cfr. artículo 9.º6.d) de la LA, donde se enumeran las competencias de planificación de las ARH

(35) Cfr. artículo 9.º6.b): «Elaborar e executar os Planos Específicos de Gestão das Águas» y 7.ºb), donde consta: «A nível de região hidrográfica, as Administrações das Regiões Hidrográficas (designadas abreviadamente ARH) prosseguem atribuições de gestão das águas, incluindo o respectivo planeamento, licenciamento e fiscalização. A nível de região hidrográfica, as Administrações das Regiões Hidrográficas (designadas abreviadamente ARH) prosseguem atribuições de gestão das águas, incluindo o respectivo planeamento, licenciamento e fiscalização». La lectura de este precepto conjugada con los artículos sobre la ANA [artículo 7.º a) y 8.º] permiten concluir que la realización de los Planes de cuenca corresponde a la ARH, mientras que la ANA elabora el PHN y otros Planos Especiales (POE, POA y POOC) aprobados por el Gobierno.

previsto en el artículo 9.º 4— el Ministro decida delegar las correspondientes competencias en el Presidente del INAG/ANA. No se entiende muy bien esta falta de transparencia en la relación ANA-ARH, cuando en la práctica la ANA es competente, tal como lo fue el INAG, en la coordinación y control de las tareas atribuidas a las ARH. Es importante referir que la LA también contempla la posibilidad de delegación⁽³⁶⁾ en las ARH de algunas competencias del INAG, pero la concreción práctica de esta previsión está condicionada a la capacidad demostrada por las ARH en su actuación. Subyace, en este precepto de la LA, una falta de confianza del legislador portugués en las ARH, como si estas todavía no se hubieran emancipado del INAG y ganado su mayoría de edad.

En resumen, se puede decir que el proceso de desconcentración y aumento de las competencias a favor de las ARHs —iniciado por la LA de 2005— perjudicó a las CCDRs —que perdieron todas sus competencias sobre gestión del agua— y al INAG, cuyas funciones quedaron reducidas, esencialmente, a la elaboración del Plan Hidrológico Nacional y a otras atribuciones de coordinación y regulación de la política del agua.

No obstante, a nivel internacional —tanto en las relaciones con la CE como en las relaciones bilaterales con España— el INAG continuó siendo el interlocutor privilegiado. Como consecuencia, los representantes de las ARH participan poco en la Comisión Hispano-Lusa —instituida por el Convenio de Albufeira—, lo que, según algunos autores⁽³⁷⁾, habrá dificultado la articulación entre la ARH portuguesa y su homóloga española, la Confederación.

3. El ámbito territorial de las Demarcaciones Portuguesas

Antes de la transposición de la DMA, el organismo competente para la gestión del agua en Portugal no tenía como ámbito territorial ni la cuenca, ni la demarcación —esta última, paradójicamente, era la base territorial de los antiguos *serviços hydrographicos* instituidos por una Ley de 6 de marzo de 1884⁽³⁸⁾—.

(36) Cfr. artículo 8.º 3.d), e) y f).

(37) Así, Fernando OCTAVIO y Adérito MENDES opinan que: «... la designación de Autoridades Competentes se ha circunscrito a las correspondientes al plano nacional. Es un asunto que presenta algunas dificultades, teniendo en cuenta el carácter descentralizado que en España tiene la administración hidráulica...». Cfr. OCTAVIO, F. y MENDES, A. (2009): «El Convenio de cooperación de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas», *Ingeniería y Territorio*, núm. 85, p. 24.

(38) Esta ley aprobó el «... plano de organização dos serviços hydrographicos no continente de Portugal...» que autorizaba al Gobierno (artículo 15.º) a aplicar sus disposiciones a todas las cuencas del país. Para ese efecto, el territorio continental fue dividido en cuatro circunscripciones hidráulicas y el «Regulamento dos Serviços Hidráulicos» (1892) denominó «Autoridade de Região Hidrográfica» (ARH) a los servicios encargados de la gestión tanto de las cuencas como de las aguas marinas asociadas. Curiosamente, «ARH» es la denominación que la LA de 2005 atribuyó a las entidades responsables por la gestión de las DH. No obstante, la ARH de 1892 desapareció en el largo *iter* recorrido por la Administración portuguesa del agua durante el siglo xx. Solo por ironías del destino fue recuperado ya en el siglo xxi y de la mano de la DMA. Así refiere el PHN portugués que: «... a ironia da “obrigatoriedade” imposta por uma directiva comunitária de termos de definir regiões hidrográficas e, com elas, as autoridades competentes adequadas, nós que, desde 1884, já havíamos reconhecido a bacia hidrográfica como unidade de gestão, utilizando mesmo a expressão “região hidrográfica” (...) no Regulamento dos Serviços Hidráulicos de 22 de Dezembro de 1892 e até considerando que “... os serviços hidráulicos do continente do reino...” incluíam “... estudos, projectos e execução de obras para o melhoramento e conservação das costas, estuários e portos marítimos...”».

Por razones de tiempo y espacio no voy a detenerme mucho en el largo y tortuoso *iter* recorrido por la Administración portuguesa del agua desde el siglo XIX hasta ahora⁽³⁹⁾. Pero es importante aclarar que las actuales ARH tienen como antecesoras más próximas a las «Direcções Regionais do Ambiente e Recursos Naturais» tuteladas por el «Ministério do Plano e da Administração do Território» y subordinadas a las «Comissões de coordenação regional». La función de estas últimas era, fundamentalmente, institucionalizar formas de cooperación y diálogo entre las autarquías locales y la administración central, así como el desarrollo regional. Además, les fueron atribuidas algunas funciones en ambiente, ordenación del territorio y gestión de fondos comunitarios. De hecho, la base geográfica de las actuales CCDD —antiguas CCR— corresponde a las «Nomenclatura de Unidades Técnicas», división territorial que se estableció cuando Portugal entró en la CEE para efectos de distribución de fondos comunitarios.

Con la creación del Ministerio de Ambiente, las DRARN pasaron a ser tuteladas por el nuevo Ministerio, pero el ámbito territorial no cambió. Pese a que la «Lei de Bases do Ambiente» (1987), y más tarde la Cumbre de la Tierra (1992), proclamaban el principio de unidad de cuenca como unidad de gestión y planificación, el ámbito territorial de la DRARN coincidió desde su creación con la CCR y no con la cuenca. Esta génesis anómala de las DRARN fue degenerando en una difícil relación con las CCR, a las que estuvieron subordinadas desde 1986 hasta la creación del Ministerio del Ambiente. Como refiere NUNES CORREIA⁽⁴⁰⁾, esta opción resultó de: «... um compromisso mal resolvido entre um modelo baseado na bacia hidrográfica e um modelo orientado para a criação de regiões administrativas que, pelas razões conhecidas, não chegou a concretizar-se...».

Las DRARN mudaron de denominación varias veces antes de la LA de 2005, acompañando las diversas nomenclaturas del propio Ministerio del Ambiente y manteniendo, paralelamente, una especie de «pulso» con las CCR, en que unas veces ganaban competencias de OT en detrimento de las CCR y otras eran absorbidas por las CCR⁽⁴¹⁾. Esta situación anómala fue corregida por imperativo comunitario, a través de la transposición de la DMA, que obligó a la creación de las «Autoridades de Região Hidrográfica», en el ámbito de la DH. Así, el artículo 6.º de la LA de 2005 crea cinco ARH⁽⁴²⁾, cuyas sedes, curiosamente,

(39) Un estudio más detallado sobre esta evolución puede encontrarse en SERENO, A. (2012): *O Regime jurídico das águas internacionais. O caso das Regiões Hidrográficas Luso-Espanholas*, Ed. Fundação Calouste Gulbenkian (FCG) y Fundação para a Ciência e para a Tecnologia (FCT), Lisboa.

(40) Cfr. NUNES CORREIA, F. (2000): «O planeamento dos recursos hídricos como instrumento de política de gestão da água», *Revista APRH*, 2000, vol. 21 núm. 1, p. 12.

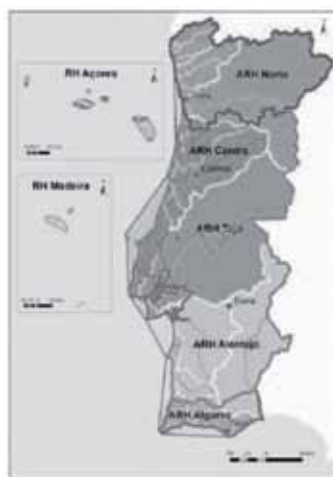
(41) Acompañando las alteraciones en la nomenclatura del Ministerio del Ambiente, las MARN pasaron a denominarse «Direcções Regionais de Ambiente» en 1995 —cuando el «Ministerio do Ambiente e dos Recursos Naturais» pasó a llamarse, simplemente «Ministerio do Ambiente»—. En 2001, cambiaron su denominación para denominarse «Direcções Regionais de Ambiente e Ordenamento do Território», de acuerdo con los nuevos «apellidos» del «Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território». Como su nombre indica, a las competencias que ya tenía en materia de gestión de recursos naturales, se sumaron las de OT —que antes eran de las CCR—. El período de las DRAOT fue el único en que estas ganaron alguna supremacía en relación a las CCR, pero fue casi un espejismo que acabó en 2003 con la creación del «Ministério das Cidades e Ordenamento do Território». La nueva orgánica ministerial consagra la fusión entre CCR y DRAOT, creando un híbrido: la CCDD. Esta entidad reunía todas las competencias relativas a: gestión de los recursos naturales, OT y desarrollo regional. Pero el problema de fondo subsistía, la base territorial no era la cuenca, sino la de las ya desaparecidas, o reforzadas —dependiendo de la lectura que se haga— CCR.

(42) Cfr. artículo 9.º de la LA, que enumera las siguientes ARH: la ARH del Norte, con sede en Oporto; la ARH del Centro, con sede en Coimbra; la ARH del Tajo, con sede en Lisboa; la ARH del Alentejo, con sede en Évora;

coinciden con las de las actuales «Comissões de Cordenação e Desenvolvimento Regional»⁽⁴³⁾ —sucesoras de las CCR— pero no en su delimitación geográfica.

Como se puede ver en el mapa 1, el territorio portugués fue dividido en diez demarcaciones hidrográficas. De estas, dos corresponden a los archipiélagos de Madeira y las Azores, respectivamente, y las ocho restantes a Portugal continental. Estas últimas son gestionadas por cinco «Administrações de Região Hidrográfica», de modo que las Demarcaciones Hidrográficas 1, 2 y 3⁽⁴⁴⁾ constituyen el ámbito territorial de la ARH Norte y las DHs 6 y 7⁽⁴⁵⁾ de la ARH Alentejo. En sintonía con la filosofía de la DMA, se hizo un esfuerzo para agrupar las cuencas de menor dimensión con las más importantes en la misma demarcación, así como las correspondientes masas de agua costeras, siguiendo una lógica de *ecosystem based management*. Es decir, gestión con base en las unidades naturales del ecosistema, o sea las cuencas y las aguas costeras directamente influenciadas por ellas.

Mapa 1 – Delimitación de las CCDR y de las ARH⁽⁴⁶⁾



- 1 shades of grey:
delimitations of 5 River
Basin Authorities
- 2 lines: delimitations
of CCDRs/ areas of
5 deconcentrated
central administrations
(CCDRs)

— CCDR Norte
— CCDR Centro
— CCDR Lisboa e Vale do Tejo
— CCDR Alentejo
— CCDR Algarve

La DMA establece unos requisitos mínimos que los EM deben cumplir para implementar la Directiva, que inciden en la administración y planificación de los recursos hídricos.

la ARH del Algarve, con sede en Faro. No están incluidas las RH de las Regiones Autónomas de los Azores y de la Madeira, cuyas ARH que son fueron por actos legislativos propios, como está previsto en el artículo 98.º de la LA.

(43) La LA define las CCDR como órganos desconcentrados del actual Ministerio del Ambiente con competencias en OT —algunas de las cuales pueden incidir en la planificación hidrológica—.

(44) De acuerdo con el artículo 6.º (Regiões Hidrográficas), las DH 1, 2 y 3 agregan las siguientes cuencas: Miño y Limia (DH 1), Cávado, Ave y Leça (RH 2) Duero (RH 3), a las que se adicionan pequeñas cuencas adyacentes.

(45) De acuerdo con el artículo 6.º (Regiões Hidrográficas), las DH 6 y 7 están formadas por las siguientes cuencas: Sado y Mira (DH 6) y Guadiana (DH 7), a las que se agregan pequeñas cuencas adyacentes.

(46) Fuente: BRITO, G., COSTA, S., ALMEIDA, J., NOGUEIRA, R., y RAMOS, L.: «A Reforma Institucional para a Gestão da Água em Portugal: as Administrações de Região Hidrográfica», 6.º Congreso Ibérico sobre Gestión y Planificación del Agua, Vitoria-Gasteiz, España, 4 al 7 de diciembre de 2008.

Simultáneamente, se buscó ganar eficiencia, tendiendo a la desconcentración y descentralización administrativa: por un lado, se agregaron varias demarcaciones en la misma ARH para evitar la multiplicación de organismos administrativos y se garantizó que, aproximadamente, dos tercios de su presupuesto fuera aportado por los ingresos de las mismas ARH —principalmente a través de las tasas de utilización de los recursos hídricos—. Como refieren A. THIEL y otros⁽⁴⁷⁾, se aprovecharon las estructuras y recursos humanos de las CCDR: «The ARH administrative bodies have their headquarters in the same town as the CCDR, and often in the same building. Thus, much of the administrative infrastructure remained the same, and many staff were transferred from the CCDR to the new ARH (or from INAG in the case of ARH Tejo)». Por otro lado, y como antes se refirió, las ARH —que pasaron a ser institutos— fueron dotadas de mayor capacidad jurídica y presupuesto autónomo. Sin embargo, como a continuación veremos, la «emancipación» de las ARH fue «sol de poca dura».

4. Recientes Alteraciones legislativas en la Autoridad de Demarcación Portuguesa

Una adecuada lectura de la política de aguas portuguesas requiere inevitablemente la atenta observación de los ciclos políticos. Es que estos se suceden a una velocidad vertiginosa (pocos son los Gobiernos que hayan aguantado más de una legislatura) y, cada vez que hay alternancia, ocupa la competencia sobre el ambiente un nuevo titular, que imprime su cuño personal al organigrama administrativo.

Ministro de Ambiente ⁽⁴⁸⁾	Período en el cargo	Gobierno Constitucional (GC)	Primer Ministro
Luís Valente de Oliveira	6/11/85 a 17/8/87	X GC	Cavaco Silva (PSD)
	17/8/87 a 5/1/90		
Fernando Real	5/1/90 a 24/4/91		

(47) Como también refieren estos autores: «The only effective opposition came from the Ministry of Finance which feared higher expenses after the foundation of 5 new water administrations. However, even the prime minister favored river basin management and new administration. Therefore, opposition from the Ministry of Finance was overcome by linking the reform to the introduction of water taxes and further means through which the newly founded ARHs could finance themselves. In addition, ARHs were to rely largely on established structures taken over from the CCDRs. That way transition costs (costs of establishing new institutional structures), were kept low...». Cfr: THIEL, A., SAMPEDRO, D., SCHRÖDER, C.: «Explaining re-scaling and differentiation of water management on the Iberian Peninsula», VII Congreso Ibérico sobre Gestión y Planificación del Agua «Ríos Ibéricos +10. Mirando al futuro tras 10 años de DMA», Talavera de la Reina, España, 16 al 19 de febrero de 2011, pp. 3 y 4,

(48) En realidad, en 1986 no había stricto sensu Ministerio de Ambiente en Portugal. En ese momento lo que había era una «Direcção Geral dos Recursos Naturais» y una «Direcção Geral da Qualidade do Ambiente», integradas en el «Ministério do Plano e da Administração do Território». Pero se puede decir que se inició entonces una política de agua que consideraba la protección de los recursos hídricos desde el punto de vista ambiental. Más tarde, en 1991, fue creado el «Ministério do Ambiente e de Recursos Naturais».

Ministro de Ambiente ⁽⁴⁸⁾	Período en el cargo	Gobierno Constitucional (GC)	Primer Ministro
Carlos Borrego	24/4/91 a 31/10/91	XI GC	Cavaco Silva (PSD)
	31/10/91 a 11/6/93	XII GC	
Teresa Gouveia	11/6/93 a 28/10/95		
Elisa Ferreira	28/10/95 a 25/10/99	XIII GC	António Guterres (PS)
José Socrates	25/10/99 a 6/4/02	XIV GC	
Isaltino de Moraes	6/4/02 a 5/4/03	XV GC	Durão Barroso (PSD)
Amílcar Theias	5/4/03 a 21/5/04		
Arlindo Cunha	21/5/04 a 17/7/04		
Luís Nobre Guedes	13/9/04 a 14/4/05	XVI GC	Santana Lopes (PSD/PP)
Francisco Nunes Correia	15/4/05 a 26/10/09	XVII GC	José Sócrates (PS)
Dulce Pássaro	26/12/09 a 05/06/2011	XVIII GC	
Assunção Cristas	05/06/2011 a/.....	XIX GC	Passos Coelho (PSD/PP)

Cuadro 1⁽⁴⁹⁾: Nombre y duración de los mandatos de los titulares del Ambiente – 1985 / 2012

El XVIII Gobierno Constitucional interrumpió la segunda legislatura *a mitad de camino* y la consecuencia inmediata fue el rescate internacional a Portugal. Una de las exigencias impuestas por la «troika⁽⁵⁰⁾» fue la reducción de la Administración en general, y en particular del Ministerio del Ambiente («Ministério do Ambiente, Ordenamento do Território e Desenvolvimento Regional»). El MAOTDR se fusionó con el extinto «Ministério da Agricultura das Pescas e Desenvolvimento Rural», dando lugar al «Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território».

(49) Fuente: elaboración propia.

(50) Con el nombre de «troika» es como se conoce vulgarmente a los tres funcionarios destacados en Portugal y pertenecientes al FMI, la CE y el BCE, a fin de evaluar la ejecución del *Memorandum de entedimento*, donde se establecen las condiciones del rescate a Portugal.

MAOTDR	Organismo Extinto / fundido	Organismo MAMAOT
Direcção-geral (6 extintos/ 5 nuevos o resultantes de fusion)	1. Agência Portuguesa do Ambiente 2. Autoridade Florestal Nacional 3. Departamento de Prospectiva e Planeamento e Relações Internacionais 4. Direcção-Geral das Pescas e Aquicultura 5. Direcção-Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano 6. Instituto Geográfico Português 1	1. Agência Portuguesa para o Ambiente, Água e Acção Climática 2. Direcção-Geral da Conservação da Natureza e Florestas 3. Direcção-Geral de Ordenamento do Território e Cartografia 4. Direcção Geral de Política do Mar 5. Direcção Geral de Recursos Naturais e Serviços Marítimos
Estrutura atípica (2 extintos)	7. Controlador financeiro MAOT 8. Controlador financeiro MARDP	
Estrutura de Missão (8 extintos / 1 nuevo)	9. Autoridade de Gestão do PROMAR 10. Centro Internacional da Luta contra a Poluição Marítima do Atlântico Norte 11. Centro para a prevenção da poluição 12. Comissão para as Alterações Climáticas 13. Programa de Desenvolvimento Rural do Continente 14. Programa de Rede Rural Nacional 15. Programa Polis - Programa de Requalificação Urbana e Valorização Ambiental das Cidades 16. Estratégia Nacional para os Efluentes Agro-pecuários e Agro-industriais	Autoridade Única de gestão dos programas para a agricultura
Inspecção-geral (1fusion)	17. Inspecção-Geral da Agricultura e Pescas 18. Inspecção-Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território	Inspecção-Geral da Agricultura, Pescas, Ambiente e Orden. do Território
Instituto Público (7 extintos / 1 nuevo)	19. Administração da Região Hidrográfica do Alentejo, I. P. 20. Administração da Região Hidrográfica do Algarve, I. P. 21. Administração da Região Hidrográfica do Centro, I. P. 22. Administração da Região Hidrográfica do Norte, I. P.	

MAOTDR	Organismo Extinto / fundido	Organismo MAMAOT
Instituto Público (7 extintos / 1 nuevo)	23. Administração da Região Hidrográfica do Tejo, I. P. 24. Instituto da Água, I. P. 25. Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, I. P.	Instituto Português do Mar e da Atmosfera, IP
Órgão consultivo (5 extintos)	26. Comité Executivo para as Alterações Climáticas 27. Conselho Consultivo para a Fitossanidade Florestal 28. Comissão de Acompanhamento do Licenciamento das Explorações Pecuárias 29. Comissão para a Internacionalização 30. Comissão de Acompanhamento da Gestão de Resíduos	
Secretaria-geral (1 fusión)	31. Secretaria-Geral do Ministério da Agricultura, Desenvolvimento Rural e Pescas 32. Secretaria-Geral do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território	Secretaria-Geral do MAMAOT

Cuadro 2⁽⁵¹⁾: Extinción, fusión y creación de nuevos organismos del MAMAOT

Como se puede observar en el cuadro 2, casi la mitad de sus organismos se extinguieron. Un total de 32 organismos de los antiguos MAOTDR y MAPDR, de los cuales la mayoría (22) pertenecían al Ministerio del Ambiente. La fusión de algunos organismos que estaban «duplicados» —caso de las secretarías generales o la inspección— es una consecuencia lógica de la fusión de dos ministerios. También se puede entender la extinción de algunos de los organismos consultivos o de las llamadas «estructuras atípicas o de misión», que fueron creadas para una misión en concreto, la cual, o bien fue finalizada o, si no, fue atribuida a otro organismo del MAMAOT. Lo que cuesta más entender es la «penalización» que sufren algunas áreas del ambiente —como la política de aguas—, en comparación con el lugar destacado que se les confiere a otras —como la política del mar—.

Así, mientras que la nueva, todopoderosa y omnipresente, «Agência Portuguesa para o Ambiente, Água e Acção Climática⁽⁵²⁾» se con-

El territorio portugués fue dividido en diez demarcaciones hidrográficas, dos los archipiélagos y las ocho restantes a Portugal continental.

(51) Fuente: elaboración propia con base en el «Relatório de Execução do Programa de Redução e Melhoria da Administração Central do Estado», «Secretaria de Estado da Administração Pública» («Ministério das Finanças») de 15 de septiembre de 2011.

(52) «Decreto-Lei n.º 56/2012, de 12 de março, que estabelece a orgânica da Agência Portuguesa do Ambiente».

vierte en una especie de Ministerio del Ambiente, dentro del MAMAOT —con competencias sobre todo, excepto el mar—, las ARHs quedan reducidas a la mínima potencia y el INAG totalmente absorbido por la APA. Pero es que, además, parte de las competencias que estas ejercían (coordinadas por el INAG) sobre las aguas costeras y marinas —lo que tenía sentido a la luz de la DMA— son atribuidas a un nuevo organismo del MAMAOT pero exógeno a la APA: la «Direção-Geral de Recursos Naturais, Segurança e Serviços Marítimos⁽⁵³⁾». Esta entidad sustituye al INAG en la coordinación de los organismos que deben colaborar para la implementación de la Directiva Marco de Estrategia Marina. Hay que reflexionar en el plano teórico sobre un problema que puede aflorar en la práctica: en cuanto la APA recibe orientaciones de la «Secretaria de Estado do Ambiente», la DGRM está subordinada a la «Secretaria de Estado do Mar», con lo cual, podemos asistir a un desmembramiento de las competencias en materia de aguas. En estas circunstancias, su buena gestión dependerá ahora del entendimiento entre dos Secretarías de Estado diferentes, lo que no siempre sucede.

Como previamente referimos, la actual Ley de Aguas tuvo un prolongado periodo de gestación, ya que pasó por las manos de siete Ministros del Ambiente diferentes, hasta su publicación en 2005 (ver cuadro 1). Pues bien, lo primero que hizo el actual Gobierno (el XIX GC) fue alterarla para adaptarla a su nueva estructura orgánica⁽⁵⁴⁾, por medio del Decreto-Ley 130/2012, de 22 de junio⁽⁵⁵⁾. Así, *de un plumazo*, acabó con la autonomía jurídica y financiera que las ARH habían ganado después de años de «batallar entre la espada (las CCDR) y la pared (el INAG)». Es difícil entender cómo en un país tan centralizado como Portugal se ha optado por una solución que no hará sino aumentar esta centralización e imposibilitar otras opciones que también irían al encuentro del eslogan del nuevo Gobierno: *hacer más con menos* —como, por ejemplo, fusionar CCDR y ARH, pero en el ámbito territorial de estas últimas, que es el exigido por la DMA—.

En mi opinión puede aceptarse que el INAG sea absorbido por la nueva APA —que pasa a ser la «Autoridade Nacional da Água» e interlocutor único con la CE y con España—, como ya había pasado con otros institutos que actuaban a nivel nacional⁽⁵⁶⁾. Pero es inaceptable que las cinco ARH sean también integradas en la nueva APA. Esta opción es contraria tanto a los principios clásicos del Derecho Administrativo (eficacia y eficiencia administrativa, desconcentración y descentralización) como a los «modernos principios» de la gobernanza ambiental y la subsidiariedad.

(53) Cfr. «Decreto-Lei n.º 201/2012, de 27 de agosto, que procede à primeira alteração ao Decreto-lei n.º 108/2008, de 13 de outubro, que realiza a transposição da Directiva Quadro de Estratégia Marina (DQEM)»

(54) «Lei Orgânica do Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 7/2012, de 17 de janeiro».

(55) La LA («Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro») ya había sido alterada una vez previamente por el «Decreto-Lei n.º 245/2009, de 22 de setembro», pero se trataba de una alteración mínima: la derogación del núm. 3 del artículo 95 de la LA para permitir la adaptación a lo previsto en el nuevo régimen jurídico de responsabilidad por daños ambientales («Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, que realizou a transposição da Directiva n.º 2004/35/CE»).

(56) Este es el caso del extinto «Instituto dos Resíduos» o del extinto «Instituto de Promoção Ambiental».

5. Planificación Hidrológica

En Portugal, la planificación estaba prevista, expresamente, en el DL 45/94. De acuerdo con este decreto —aunque más tarde de lo planificado⁽⁵⁷⁾— fueron aprobados los Planes de cuenca, consecutivamente, en 2001 y el PHN en 2002. No obstante, no surgió la polémica española sobre la prioridad de los planes en el tiempo —PHN sobre los PHC o viceversa—. El DL 45/94, refería que, después de la aprobación del PNA, los Planes de cuenca se adaptarían a lo previsto en el primero, especialmente: «... naqueles em que há transferências de água para outras bacias...⁽⁵⁸⁾».

El PHN refiere en su Preámbulo que su objetivo es: «... promover a síntese e a integração de todos os planos já aprovados, por forma a concretizar uma política coerente, eficaz e consequente de recursos hídricos para o início do século XXI». Es, pues, documento estratégico y programático de articulación entre los PCH previamente aprobados y otros instrumentos de ordenación del territorio. En este aspecto el PHN portugués es muy claro, pues reconoce expresamente que es un plan sectorial y, consecuentemente, vincula a la Administración, pero no a los administrados. No obstante, sí existía una cierta ambigüedad acerca de la relación entre el PHN y otros planos nacionales de OT⁽⁵⁹⁾. De hecho, la cuestión era totalmente silenciada por el DL 45/94, pero la LA de 2005 la aborda frontalmente en su capítulo III, donde establece la articulación entre planificación hidrográfica y OT⁽⁶⁰⁾. La LA podría haber aclarado un poco más la relación de jerarquía entre los diversos instrumentos de OT y PH, pero en mi opinión merece a este respecto una crítica positiva.

Otra novedad introducida por la Ley son los «Planes de Estuarios»⁽⁶¹⁾, que, junto con otros planos especiales de OT —«Plano de Ordenamento da Orla Costeira»—, contempla la planificación de las zonas estuarias y costeras integradas en la DH, lo que constituye una solución en clara sintonía con la filosofía integradora subyacente en la DMA.

Sin embargo, dado que la estructura orgánica de la APA calla en lo que se refiere al INAG y a las ARH⁽⁶²⁾, no se sabe si estas entidades serán competentes en el futuro para la elaboración de los POOC, ya que una de las competencias de la APA es elaborar la estrategia de gestión integrada de las zonas costeras y garantizar su aplicación a nivel regional⁽⁶³⁾. Aquí entrarían las ARH, que, a la luz del artículo 7.º de la LA (después de la alteración de 2012), podrían pasar a actuar como servicios desconcentrados de la APA. Pero hay que tener en cuenta que la Dirección General de Recursos Marinos también tiene competencias

(57) El DL 45/95 establecía que los Planes de cuenca serían elaborados en el plazo de dos años, y el PHN en tres años.

(58) *Cfr.* artículo 5.º 4 del DL 45/94.

(59) Específicamente: «Plano Nacional de Política do Ambiente» (PNPA), y «Plano Nacional de Desenvolvimento Económico e Social» (PNDES), así como con los instrumentos de OT previstos en la Ley 48/98, especialmente el «Programa Nacional de Política de Ordenamento do Território» (PNPOT).

(60) Muy relevante es en este sentido el artículo 17.º, donde se establece que el PNPOT y el PNA deben compatibilizarse, así como los PH y los instrumentos de OT subordinados al PNPOT.

(61) *Cfr.* artículo 18.º de la LA.

(62) La LO de la APA remite a los estatutos de organización interna de la APA, que no fueron todavía aprobados (artículo 9.º de la LO da APA)

(63) *Cfr.* artículo 3.3.j) de la LO da APA.

en esta materia y que no está nada claro cómo será la colaboración entre DGRM y APA en virtud de sus estructuras orgánicas, así como de la legislación que transpone la DMEM y que también fue recientemente alterada⁽⁶⁴⁾.

Por último, hay que referir que la primera versión de los Planes de DH tras la transposición de la DMA fue ya elaborada y pasó el procedimiento de consulta pública. Sin embargo, como Portugal incumplió el plazo previsto en la DMA (que finalizó en 2009), fue condenada por el TJCE en 21 de junio de este año⁽⁶⁵⁾. Este es, hasta ahora, el segundo caso de incumplimiento de la DMA por parte de la República Portuguesa, que entretanto ya concluyó los Planes de las DH de Sado/Mira, Guadiana y Algarve, por lo que solo faltan los Planes de las RH Norte, Centro y Tajo. En el caso de estos últimos, resta plasmar en ellos los resultados de la consulta pública. *Grosso modo*, se puede decir que Portugal está en la recta final de conclusión de sus PDH, por lo que aparece ahora en amarillo —hasta hace poco estaba en un alarmante color rojo— en el mapa de conclusión de los Planes de DH de la UE incluido en la página web de la DG de Ambiente de la CE⁽⁶⁶⁾.

III. CONCLUSIONES

En Portugal la transposición de la DMA se aprovechó para codificar y revisar la legislación sobre aguas, que estaba muy dispersa y no confería seguridad jurídica. Aunque no se cumplió el plazo previsto para la transposición de la Directiva —lo que originó la primera condena del TJUE a Portugal⁽⁶⁷⁾—, la LA de 2005 realizó una correcta transposición de la DMA, así como una adecuada sistematización de la legislación sobre la materia. Así, se partía de una base sólida en lo que se refiere al régimen jurídico y sistema de gestión de los recursos hídricos. Esto por varias razones:

La primera, el uso de las aguas, tanto las públicas como las privadas —que son minoritarias— y tanto las continentales como las costeras, está sujeto a intervención administrativa, lo que facilita su protección. Además, el nuevo régimen económico y financiero de los recursos hídricos va al encuentro de la filosofía de la DMA, por lo que pienso que persuadirá a los usuarios de conductas ineficientes y revertirá en la mejor protección de las masas de agua.

La segunda, que, ya antes de la DMA, la gestión de los recursos hídricos se realizaba por cuenca hidrográfica, que era además la unidad de planificación. Lo único que la LA introdujo de nuevo fue las DH, para lo cual fue necesario alterar el ámbito espacial de la Autoridad competente, que no coincidía con la de la Demarcación;

La tercera, dado que Portugal es un país de estructura unitaria, la división de competencias en sentido vertical resulta facilitada al no haber escalón intermedio entre la Admi-

(64) DL núm. 201/2012, de 27 de agosto.

(65) Cfr. STJUE de 21 de junio de 2012, en el proceso C-223/11.

(66) <http://ec.europa.eu/environment/water/participation/map_mc/map.htm> (consultado el 18 de septiembre de 2012).

(67) Cfr. STJUE de 12 de enero de 2006, en el proceso C-118/05.

nistración estatal y la local, con competencias en materia de recursos hídricos. Por tanto, no existe la conflictividad que se observa en otros Estados de estructura compleja —como por ejemplo España—, donde se han producido consecutivos episodios de lo que los medios de comunicación llaman *guerras del agua* entre las CCAA y la AGE. Al contrario, lo que se observaba en Portugal era un exceso de centralización que el legislador portugués intentó corregir por medio de la LA al conferir más autonomía jurídica y financiera a las administraciones del agua que actúan en el ámbito de las demarcaciones hidrográficas (las ARH), aunque sea criticable el hecho de que nunca llegaron a ser designadas autoridades competentes de la respectiva DH y responsables frente a la CE. Esta designación se atribuyó al INAG, que hasta el momento ha ejercido como Autoridad Nacional del Agua en todas las demarcaciones portuguesas y ha jugado también el papel de principal interlocutor con España en las demarcaciones internacionales, obscureciendo el papel de las ARH junto a sus homólogas españolas, las Confederaciones.

Pero, a pesar de estas tres premisas previas, la aplicación de la DMA está siendo bastante más costosa de lo que inicialmente se esperaba. Como antes referimos, la República portuguesa fue condenada este año 2012 por el TJCE por incumplimiento del plazo de aprobación de los planes de DH —especialmente los de las DH Internacionales, que son los que más atrasados están—, y ya había sido condenada en 2008 por incumplimiento de la Directiva sobre aguas residuales⁽⁶⁸⁾. Así, no se prevé que sea fácil el cumplimiento de los objetivos ambientales de las masas de agua en 2015, por lo menos en lo que se refiere a las aguas superficiales.

Por último, hay que hacer una breve referencia extrajurídica a los convulsivos cambios de Gobierno, y sobre todo de Ministros de Ambiente, que se ha producido en los últimos años (como se puede ver en el cuadro 1). Estos han incidido de modo muy negativo en la Administración del agua, que es, en último término, la principal responsable de la aplicación de la DMA. La verdad es que estos repentinos cambios se suceden a una velocidad tan vertiginosa que las estructuras administrativas cambian sin que ni siquiera se les dé la oportunidad de demostrar, en la práctica, su validez (o no). Me refiero al caso de las ARH, antes ampliamente comentado.

Tampoco puedo dejar de hacer una breve referencia al caso de las Demarcaciones Internacionales. Portugal, así como España, han optado por aplicar la DMA de modo minimalista, en palabras de B. DRODENKO⁽⁶⁹⁾. O sea, limitándose a hacer lo mínimo que exigía la Direc-

El PHN portugués reconoce expresamente que es un plan sectorial y, consecuentemente, vincula a la Administración, pero no a los administrados.

(68) Cfr. STJUE de 8 de mayo de 2008, en el proceso C-233/07.

(69) DRODENKO, B. (2004): «De la Pratique du minimalisme: la transposition de la Directive-Cadre “Eau”». *R. Juridique de L’environnement*, núm. 3, 2004.

tiva. Por ello cada país elaboró su plan de demarcación y luego se coordinaron, en lugar de trabajar conjuntamente en un documento único. Este no es un objetivo inalcanzable, como se ha demostrado en otras demarcaciones —como la del Danubio—, donde en teoría la realización de un documento único parecía más compleja dada la multitud de Estados (miembros y no miembros de la UE) que comparten la demarcación. La necesidad de que haya un proceso de coordinación en la secuencia de la elaboración del plan puede ser uno de los factores determinantes del atraso en su aprobación —por lo menos en el caso de Portugal, donde los planes más retrasados son precisamente los de las demarcaciones internacionales—.

De cara a los futuros planes de DH que deben ser actualizados en 2015 —no falta tanto— la solución que se propone es que las dos administraciones (portuguesas y españolas) comiencen a trabajar conjuntamente lo antes posibles y con plena transparencia en el intercambio de datos. Tal metodología serviría para dos fines: uno, presentar los planes en el plazo exigido por la DMA y otro, disminuir sus costes económicos —tanto los que resultan de ser condenados por el TJCE como los asociados a los «ejércitos» de consultores externos que (en algunas ocasiones) se han contratado para la elaboración de los planes—. En el caso del Ministerio de Ambiente portugués cabría cuestionarse además si, en lugar de reducir radicalmente —y en algunos casos también injustificadamente— los organismos y recursos de la Administración, no habría que aplicar este mismo «régimen de adelgazamiento» a los ingentes recursos que se contratan en *outsourcing*. Especialmente en el caso del «Plano Nacional da Água» —sobre el que no existe penalización en caso de incumplimiento de plazo—, y que se concibe como un documento kilométrico y excesivamente descriptivo. En mi opinión debería ser un documento estratégico y sintético que remitiese para la información obtenida en unos planes de demarcación aprobados en su debido plazo.

LOS EFECTOS DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO SOBRE AGUAS 2006/60/CE AL DERECHO RUMANO^(*)

PROFESOR DOCTOR MIRCEA DUȚU

*Presidente de la Universidad Ecológica de Bucarest
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Academia Rumana*

RESUMEN

Los efectos de la transposición de la Directiva Marco sobre Aguas 2006/60/CE al Derecho rumano

A pesar de sus debilidades, la DMA tiene el mérito de haber creado el marco legal común para la gestión integrada de los recursos hídricos y promovido una cierta visión asumiendo una serie de principios y utilizando medidas e instrumentos adecuados para aplicar en el uso medidas adecuadas y previstas, favoreciendo el surgimiento de un derecho común del agua para los 27 Estados miembros de la UE como punto de partida, pero adquiriendo, a través de su influencia y poder ejemplificador, una característica de expansión continental.

Mediante la transposición de la Directiva marco a su propio sistema legal nacional, cada Estado miembro, en función de su tradición y experiencia, asume su propia contribución al proceso, lo que aboca a un fenómeno jurídico complejo en el contexto del juego de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad entre la UE y la legislación nacional.

Con ocasión de su incorporación a la UE, junto con Bulgaria, en la última «ola» (2007), Rumanía ha transpuesto y está implementando en sus propios términos la DMA; con no demasiada experiencia en este campo, el proceso ha conocido dos etapas principales: la primera, recorrida durante la adopción del *acquis* medioambiental comunitario, mediante la aproximación de la legislación nacional a las regulaciones de la UE, durante la preparación del acceso a la UE, y una segunda, todavía en realización, correspondiente al período de postacceso, manifestado por la continuación de la transposición, alcanzando el establecimiento de un marco jurídico interno complejo de

ABSTRACT

The implications of the incorporation of the Water Framework Directive 2006/60/CE to the Romanian law

Despite its weaknesses, the WFD has the merit to have created the common legal framework for the integrated management of the water resources, and it promotes a certain vision by assuming a series of principles and by using adequate measures and instruments in applying the general foreshadowed measures, favoring the emergence of a common water law, for the 27 EU member states as a start, but having, through its influence and power of example, a continental expansion trend.

By transposing the framework directive in its own national legal system, each member state, given its traditions and experience, brings a unique contribution to the process, thus leading to a complex juridical phenomenon, in the context of the «game» of the principles of subsidiarity and proportionality between the EU and national legislations.

By joining the EU, together with Bulgaria, in the last «wave» (2007), Romania has transposed and is implementing in its own terms the WFD; having little to no experience in the field, the process has known two main stages: the first, carried out during the adoption of the Community environmental *Acquis*, by the approximation of the national legislation to the EU regulations, in preparation of the accession to the EU; and a second one, still in progress, corresponding to the post-accession period, manifested by continuation of the transposition, reaching the establishment of a complex internal juridical framework of integrated

(*) Versión definitiva en español de Antonio Embid Irujo.

gestión integrada, compatible con lo consagrado por el derecho de la UE. De esa forma, el derecho rumano de aguas conoce unas profundas «europeización» y «post-modernización», fenómenos que, dadas las tradiciones preexistentes y la experiencia y las especialidades sociales y económicas del proceso de aplicación, han generado una nueva etapa de desarrollo normativo de conceptos básicos y de instituciones jurídicas en este campo.

Palabras clave: Administración de cuencas hidrográficas; Demarcación internacional del Danubio; Directiva Marco de Aguas; dominio público hidráulico; derecho común del agua; gestión global, integrada y sostenible; patrimonio natural.

management, compatible to the one consecrated by the EU law. Thus, Romanian water law knows a deep «Europeanization» and «post-modernization» phenomenon which, given the pre-existent traditions and experience and the social and economic specificities of the appliance process, have generated a new stage of development for the legislation, of the base concepts and juridical institutions in the field.

Key words: Water basin administration; international district of the Danube; water framework directive; public domain water; common water law; global management, integrated and sustainable; natural heritage.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN GENERAL.
- II. MODO DE RECEPCIÓN DE LA DMA EN LA LEGISLACIÓN RUMANA.
- III. DOBLE NATURALEZA DEL AGUA: PATRIMONIO COMÚN VITAL Y VALOR ECONÓMICO.
- IV. PRINCIPIOS DE LA GESTIÓN SOSTENIBLE DEL AGUA.
 1. Principio de la prioridad del agua para abastecimiento a poblaciones.
 2. Participación del público en la toma de decisiones: de una obligación de procedimiento a un principio (derecho) de la gestión sostenible.
 3. Consolidación de las bases legislativas del derecho fundamental al agua.
- V. DERECHO DE APROPIACIÓN Y DE USO DEL AGUA.
- VI. TRANSFORMACIONES EN LA VISIÓN DE LA GESTIÓN DEL AGUA.
- VII. MODIFICACIONES Y DESARROLLOS EN EL PLANO INSTITUCIONAL.
- VIII. LA EVOLUCIÓN EN EL PLANO DE LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN SOSTENIBLE DEL AGUA.
- IX. «MECANISMO ECONÓMICO» EN EL SECTOR DE LAS AGUAS.
- X. CAMBIOS EN EL PLANO DE LOS CRITERIOS DE CALIDAD DEL AGUA.
- XI. OTRAS IMPLICACIONES DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DMA.
 1. Autorización administrativa.
 2. Régimen de servidumbres y de expropiación.
 3. «Ecologización» de los delitos del régimen jurídico de las aguas.
 4. Papel importante de la ciencia en la redacción y en la aplicación del derecho de aguas.
 - A) Definición de los conceptos-objetivo mediante base científica.
 - B) Menció n y desarrollo adecuado de los conceptos económicos.

- XII. DIFICULTADES EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DMA. INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE INCUMPLIMIENTO HECHO POR LA COMISIÓN EUROPEA.
 - XIII. POSIBILIDADES DE CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE LA DMA.
 - XIV. GESTIÓN DE LAS AGUAS DEL DANUBIO EN EL CONTEXTO DE LA DMA.
 - XV. CONCLUSIONES.
-

I. INTRODUCCIÓN GENERAL

El derecho de aguas representa una zona de interferencia entre el derecho internacional, el derecho de la UE y el derecho interno, el derecho público y el derecho privado, el derecho económico y el derecho medioambiental, y se encuentra en una permanente búsqueda de un equilibrio razonable entre los intereses actuales, con la esperanza de identificar y de promover una solución viable, de larga duración. A lo largo de su desarrollo y desde la perspectiva de los objetivos medioambientales, ha pasado por varias etapas, con distintas ideas, estrategias e instrumentos de realización, apareciendo al principio como un derecho de prohibiciones y de incorporación de las actividades humanas con posible impacto ecológico, y luego ha evolucionado mediante la suma de los instrumentos económico-fiscales, para llegar a la generalización de los medios del mercado. Dentro de este marco es necesario debatir y desarrollar el tema del presente estudio.

La DMA representa una etapa importante en el desarrollo del derecho de aguas de la UE, mediante la adopción de un enfoque global, coherente, integrado y común para los Estados miembros, la promoción de una nueva idea sobre el régimen del agua (que ha llegado a ser tanto un producto comercial, pero no un producto cualquiera, como un patrimonio común) y mediante el uso de los instrumentos y de los métodos adecuados a las actuales circunstancias de tendencia mundial en la gestión sostenible de los recursos hídricos. Asimismo y mediante la transposición al derecho interno de los Estados miembros, encarna una primera etapa del «derecho mundial» de aguas, que abre el camino de un futuro desarrollo extraordinario. En lugar de un rompecabezas de reglamentaciones comunitarias preexistentes, con un evidente carácter sectorial, fragmentario y a veces incluso contradictorio, que suponía serias dificultades desde el punto de vista de su transposición y aplicación, se ha aprobado una Directiva Marco, en cuyo contexto y conforme a la cual se ha iniciado el proceso de reforma y de materialización del nuevo derecho europeo de aguas. Asimismo, se ha creado la posibilidad, para los países miembros, de cooperar en el marco de la nueva asociación, basada en la participación de todas las partes interesadas para la protección de las aguas continentales, de transición, costeras y subterráneas, mediante la prevención de la contaminación en la fuente y el establecimiento de un control de las fuentes de contaminación. Mediante su transposición al derecho interno de los 27 países miembros de la UE y su impacto externo correspondiente, la DMA se manifiesta como un fuerte factor de modernización, uniformización y europeización del derecho de aguas. Es un proceso relativamente amplio, desarrollado por etapas con objetivos claros, comunes, con diferencias consustanciales y con desperfectos, que tiene como finalidad llegar, el 22 de diciembre de 2015, a un «buen estado» de la calidad de los cuerpos de agua.

El régimen jurídico general de aguas se vuelve a estructurar, de este modo, en torno a dos nociones fundamentales que caracterizan al agua: su posición de patrimonio (común, natural) y de objeto de una gestión integrada.

En este contexto, la recepción de nuevas ideas, principios y reglamentaciones en Rumanía presenta varias peculiaridades, que derivan de las tradiciones del sector, del modo de recepción de las nuevas reglamentaciones de la UE y de la capacidad de implementar sus disposiciones.

II. MODO DE RECEPCIÓN DE LA DMA EN LA LEGISLACIÓN RUMANA

Al igual que en cualquier Directiva de la UE, y tanto más en el caso de una Directiva Marco de tal importancia, la DMA supuso una verdadera reforma de las reglamentaciones del sector.

La legislación rumana relativa a las aguas tiene una tradición relativamente antigua, caracterizada por una evolución y un perfeccionamiento continuos, y por la preocupación de estar conforme con las reglamentaciones del sector de los países europeos del oeste. De este modo, empezando por la primera ley especial del sector, la Ley relativa al régimen de las aguas de 1924, continuando con la Ley de Aguas núm. 8/1974, la Ley núm. 5/1989 relativa a la gestión racional, a la protección y al aseguramiento de la calidad de las aguas y, finalmente, la Ley de Aguas núm. 107, de 25 de noviembre de 1996, la reglamentación nacional del sector ha asimilado y expresado —teniendo en cuenta el contexto socioeconómico interno— una visión coherente relativa al régimen del uso de las aguas y a su acondicionamiento, y ha establecido estructuras administrativas de gestión, de supervisión y de control. En el momento en el que fue adoptada en 1996, la ley incluyó las más modernas ideas de gestión de las aguas relativas, especialmente, a la gestión integrada (calidad/cantidad, superficie/subterránea) de cuencas hidrográficas, a la información y a la participación del público y de las partes interesadas en la toma de decisiones dentro de los comités de cuenca hidrográficas, a la autorización de los vertidos de aguas residuales en el medio acuático, a la planificación del sector de gestión de las aguas, a la aplicación de los principios «el que contamina paga» y «el beneficiario paga», y se ha tenido en cuenta especialmente el modelo francés de gestión del agua.

La Ley de Aguas núm. 107/1996 se inscribió en tal contexto, en el sentido en que reflejó el nuevo estado de evolución del país —el período de transición de después de 1989—, teniendo como objetivo prioritario la reintegración de Rumanía en los horizontes del modelo occidental de desarrollo. De este modo, la Ley introdujo nuevos elementos en el sector de las aguas derivados de los convenios internacionales ratificados, pero también tomando en cuenta las reglamentaciones del derecho comunitario de aguas, pues la adhesión a la UE ya se había formulado, en aquel momento, como una aspiración o incluso como un objetivo⁽¹⁾. Desde tal perspectiva, la nueva Ley ha sido concebida como una ley-marco, dado que

(1) De hecho, el problema de la armonización de la legislación interna con el *acquis* comunitario se puso en marcha desde 1993, mediante el Acuerdo europeo que instituía una asociación entre Rumanía, por un lado, y las Comunidades Europeas y los Estados miembros, por otro. El documento de posición relativo al capítulo 22 —Protección del

sus disposiciones se refieren al régimen jurídico general (de todas las categorías de aguas), al régimen de uso de las aguas y de los cauces, a la gestión de las aguas por cuencas hidrográficas, al control de la actividad de gestión de las aguas y al mecanismo económico.

Con tales premisas generales, la transposición al derecho interno de las disposiciones de la DMA tuvo lugar como una obligación de la etapa de preadhesión de Rumanía a la UE, mediante la Ley núm. 310, de 28 de junio de 2004, de modificación de la Ley de Aguas núm. 107/1996. Con un gran volumen de disposiciones, la ley de transposición modificó las reglamentaciones existentes y las completó con adiciones de nuevas disposiciones a la ley-marco preexistente, para hacerla compatible y para transponer al derecho interno los principios, los objetivos y los medios de acción de la DMA⁽²⁾. Después de ello, tuvieron lugar algunos ajustes adicionales mediante la Ley núm. 112, de 12 de mayo de 2006, que modificó y completó la Ley de Aguas núm. 107/1996, especialmente para la correlación con la legislación específica relativa a las situaciones de emergencia y para completar y expresar mejor las disposiciones de la DMA.

Asimismo, después del inicio del procedimiento de incumplimiento en contra de Rumanía, mediante la carta del Comité Europeo C (2008) 156, relativa al retraso en la obligación de transposición correcta y completa de la DMA, la Ley núm. 107/1996 sufrió nuevas modificaciones mediante la Ordenanza de Emergencia del Gobierno núm. 3, de 5 de febrero de 2010. Mediante la misma norma se transpuso a la legislación rumana la Directiva 2007/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y a la gestión de los riesgos de inundaciones⁽³⁾.

La DMA representa una etapa importante en el desarrollo del derecho de aguas de la UE, mediante la adopción de un enfoque global, coherente, integrado y común para los Estados miembros.

medio ambiente— fue aprobado por el Gobierno de Rumanía el 18 de octubre de 2001, y las negociaciones sobre este asunto se iniciaron en la Conferencia de adhesión de Rumanía a la Unión Europea de Bruselas, de 21 de marzo de 2002. Desde el punto de vista de la estrategia de preadhesión, Rumanía aceptó completamente el *acquis* comunitario relativo al medio ambiente vigente el 30 de junio de 2003 y se comprometió a transponer sus disposiciones hasta la fecha de la adhesión (que fue el 1 de enero de 2007), salvo 11 disposiciones normativas comunitarias relativas a los sectores: calidad del aire y cambios climáticos, gestión de los residuos, calidad del agua, tanto como el control de la contaminación industrial y la gestión del riesgo, para los que se solicitaron períodos de transición comprendidos entre 3 y 15 años.

(2) En las DDFF de la Ley 310/2004 se menciona que: «La presente ley transpone la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de octubre de 2000, que establece un marco de política comunitaria en el sector de las aguas». Del mismo modo se actuó con la Directiva 2007/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y a la gestión de los riesgos de inundaciones, transpuesta mediante la modificación de la Ley de las Aguas núm. 107/1996 mediante la Ordenanza de Emergencia del Gobierno núm. 3/2010.

(3) Para la transposición de los requisitos y de los objetivos de la DMA se han adoptado aproximadamente 15 disposiciones normativas (leyes, ordenanzas y resoluciones de gobierno, órdenes del ministerio, según el caso), en la mayor parte relativas a la modificación y actualización de unas reglamentaciones preexistentes (es decir, de la Ley de Aguas núm. 107/1996, de las normativas de calidad de las aguas de superficie, potable, aguas residuales, etc., o de unos procedimientos, como por ejemplo el que se refiere al acceso a informaciones relativas a las aguas o a la consulta y la participación del público en la toma de decisiones en el sector);

III. DOBLE NATURALEZA DEL AGUA: PATRIMONIO COMÚN VITAL Y VALOR ECONÓMICO

Mediante la transposición a la legislación interna de la DMA se asumió y consagró también en Rumanía la idea «de patrimonio», enunciada en el primer párrafo del documento de la UE: «El agua no es un bien comercial como los demás, sino un patrimonio que hay que proteger, defender y tratar como tal»⁽⁴⁾; de este modo se proclamó su vocación de valor tanto económico como específico de patrimonio común, que impone un régimen especial de protección y de conservación⁽⁵⁾. Esta nueva dimensión del estatuto del agua se añade a las dimensiones ya consagradas por la Ley de Aguas de 1996, de fuente natural renovable, vulnerable y limitada, elemento indispensable para la vida y para la sociedad, materia prima para actividades de producción, fuente de energía y vía de transporte, factor determinante en el mantenimiento del equilibrio ecológico. Por lo tanto, por esta vía la idea de «patrimonio» entró al derecho de aguas, permitiendo de este modo la integración de los datos actuales de la ecología y el mantenimiento de una perspectiva «civilista», por medio del estatuto de *res communis*. Desde la perspectiva de la legislación especial se indica como disposiciones básicas que «las aguas forman parte del dominio público del estado» y que «el conocimiento, la puesta en valor y el uso sostenible de los recursos de agua son acciones de interés general». El nuevo Código civil rumano (que entró en vigor el 1 de octubre de 2011, NCCR) también señala una importante mutación en este contexto, mediante una nueva definición de los bienes, en el sentido de que abandona la idea del Código civil anterior de 1864, que se inspira en el Código francés napoleónico (1804), que utilizaba el criterio de la posibilidad de cercanía, y considera «bienes» las cosas, corpóreas o no corpóreas, «que constituyen el objeto de un derecho patrimonial» (artículo 135), lo que significa que los bienes son cosas que se pueden valorar en dinero. En estas condiciones, considerada de modo tradicional por excelencia una *res commune*, inapropiable, captada, tratada y expedida a los consumidores, el agua llega a ser un bien, mediante su precio, correspondiente a los costes, lo que significa cierto acuerdo entre la legislación medioambiental y la legislación civil.

Asimismo, cabe señalar que el agua en sí no es objeto de un derecho de propiedad en el sentido del derecho civil, sino que es considerada como un bien común. El principal derecho real del sector es el derecho de uso, que queda sometido en su ejercicio al régimen general de gestión sostenible, de protección y de conservación, reglamentado por la ley marco del sector. Queda sometido en su ejercicio a un régimen de servidumbres y restricciones, aseguradas por vía de autorización y aprobación. Pero el uso de las distintas

(4) En la legislación rumana de transposición —artículo 1.1.º de la Ley núm. 107/1996— a la palabra «patrimonio» del texto comunitario se añade el adjetivo «natural». Con base en el principio de la prioridad del derecho de la UE, se tiene en cuenta el texto de la DMA.

(5) La consideración del agua como un bien económico a causa de su rareza se ha expresado en varios documentos del Consejo mundial del Agua; la Declaración de la Conferencia Internacional sobre el agua y el medio ambiente de Dublín del 26-31 de enero de 1992 menciona que «El agua tiene un valor económico en todos los usos competitivos y debería estar reconocida como un bien económico». La Declaración de Río (junio de 1992) menciona que «La gestión holística del agua dulce, como recurso limitado y vulnerable y la integración de los planes y de los programas sectoriales relativos al agua en la política económica y social de los países tienen una importancia primordial (...) el agua forma parte de los ecosistemas, un recurso natural y un bien social y económico».

categorías de aguas permite observar ciertos derechos ejercidos bajo control público. La legislación específica, sin modificar de modo sustancial este estatuto clásico, refuerza la responsabilidad pública relativa a este bien, pero permite su integración en la ecuación de la economía de mercado.

Reflejando este nuevo estatuto de «producto comercial especial» y de patrimonio natural común, con carácter vital, bajo el impacto de la DMA el derecho rumano de aguas incluye, por un lado, un conjunto de reglamentaciones relativas a la protección, la conservación y el uso sostenible del recurso, y por otro lado disposiciones relativas a su valor económico (el principio de la tarificación al coste real, la aplicación estricta del principio *el que contamina paga*, la obligación de consultar y de integrar a los usuarios en el proceso de adopción de decisiones, etc...)⁽⁶⁾.

IV. PRINCIPIOS DE LA GESTIÓN SOSTENIBLE DEL AGUA

La DMA toma los principios de la política medioambiental de la UE, mencionados en la actualidad en el artículo 191, párrafo 2, del TFUE (antes artículo 174, párrafo 2, de la CE), que se «internalizan» también en la legislación rumana de aguas: el principio de cautela, de prevención, de la evitación de los daños en la fuente y el principio *el que contamina paga* (artículo 1.º)⁽⁶⁾. Tal y como se ha mencionado en la doctrina, es obvio que esta no se opone, al igual que otros ordenamientos jurídicos —salvo el europeo y, correspondientemente, el nacional— a admitir también otros principios en el sector, y la práctica legislativa ya lo demuestra⁽⁷⁾. A estos principios se añaden otros, como la gestión del agua por cuencas hidrográficas, la solidaridad de cuencas, el que el beneficiario paga... Aunque todavía no esté consagrado de modo explícito y sea *soft law* el acceso al agua como derecho humano fundamental, algunos de sus significados concretos ya se producen de este modo.

1. Principio de la prioridad del agua para abastecimiento a poblaciones

La Ley de Aguas núm. 107/1996 consagra el principio de la prioridad del abastecimiento a poblaciones frente a otras finalidades (artículo 10.1). A continuación, tienen prioridad

(6) El 97,4% de la superficie de Rumanía está incluida en la cuenca hidrográfica del Danubio, el segundo río en tamaño de Europa (con una longitud de 2860 km, de los cuales 1075 km discurren por el territorio de Rumanía). El recurso teórico de agua del río y de los ríos internos suman 125 millares de m³/año, de los que el Danubio contiene 85 millares m³/año (1/2 de la existencia mediana multianual, a la entrada en el país respectivamente 170 millares m³/año) y los ríos internos 40 millares m³/año. Según este último importe, Rumanía tiene un recurso específico de los ríos internos de 1840 m³/habitante/año, y desde este punto de vista se sitúa entre los países europeos relativamente pobres en agua (13.º lugar). El recurso teórico de las aguas subterráneas es de 9,6 millares m³/año, y se caracteriza por una gran variedad de espacio: zona montañosa, que trae la mitad del volumen escurrido, que viene principalmente de precipitaciones y de derretimiento de la nieve), variedad del caudal mediano específico (1 l/s y km² en las zonas bajas, hasta 40 l/s y m² en las zonas altas. Asimismo, se impone mencionar también la gran variedad temporal, de modo que en primavera ocurren inundaciones importantes, seguidas por largos períodos de sequía. El recurso de agua disponible no es suficiente para cubrir el necesario de agua de los usos (población, industria y agricultura) sin realizar obras de acondicionamiento, de gestión de las aguas, que vuelvan a distribuir los recursos de agua en tiempo y espacio (presas de embalse, derivaciones de agua, etc.).

(7) THIEFFRY, Patrick (2011): *Droit de l'environnement de l'Union européenne*, 2.º édition, Bruylant, Bruxelles, p. 133.

frente a otros usos la alimentación con agua para animales, la rehabilitación de la reserva intangible de agua después de incendios, así como los caudales necesarios para mantener el equilibrio ecológico de los ecosistemas acuáticos.

En el mismo contexto, queda prohibido restringir el uso del agua potable para la población en favor de otras actividades, y el agua potable distribuida de modo organizado en núcleos poblacionales se puede utilizar también con otros fines solamente si se ha asegurado el cumplimiento completo del abastecimiento a poblaciones, a los animales y a algunas actividades que necesitan agua de calidad. En este supuesto el destino de agua potable para otras finalidades se limitará y se suprimirá solamente cuando aparezcan nuevas exigencias para el abastecimiento a poblaciones. A las exigencias del mismo principio también se refieren varias medidas relativas al uso de las aguas subterráneas, para realizar con agua de calidad el abastecimiento a poblaciones y a los animales, así como para asegurar la higiene y la salud de la población. También se orienta a esta prioridad la disposición de que en los embalses utilizados como fuente de origen para el abastecimiento a poblaciones solo puede tener lugar la pesca en régimen natural (no actividades de piscicultura).

Por su parte, los usuarios de agua tienen la obligación de ahorrarla utilizándola de modo razonable, usando las mejores tecnologías disponibles, que permiten el uso de cantidades reducidas de agua así como un consumo bajo de agua mediante la recirculación y/o la reutilización del agua.

Finalmente, si, por causa de la sequía o de otras calamidades naturales, los caudales de agua autorizados no se pueden asegurar para todos los usuarios legítimos, entonces se aplicarán restricciones provisionales de uso de los recursos de agua, mediante planes de restricción y de uso del agua en períodos deficitarios, redactados tras consultar con los usuarios legítimos, con la aprobación de la Administración Nacional «Agua Rumanas» y con la aprobación del comité de cuenca y notificación al público. En el mismo contexto general, según el artículo 608(2) del Código civil, el propietario del fundo en el que se encuentra el arroyo no puede cambiar su curso si con esta acción se fuera a dejar a los habitantes de una localidad sin el agua necesaria para sus necesidades corrientes. De la misma forma, el propietario que tiene demasiada agua para sus necesidades corrientes tiene la obligación de ofrecerle la cantidad extra al propietario que solamente la puede adquirir mediante un coste excesivo y no puede quedar exonerado de esta obligación bajo el pretexto de que este podría dedicar la cantidad extra de agua a otro destino diferente al del cumplimiento de las necesidades corrientes. De forma consiguiente a todo lo anterior, está tipificado como delito y se castiga con cárcel de uno a tres años (artículo 94 de la Ley núm. 107/1996) el restringir el uso del agua potable para la población a favor de otras actividades o superar la cantidad asignada para otros usos si esto se hace de forma permanente o ha producido una perturbación en la actividad de una unidad de protección social o ha provocado faltas en el abastecimiento a poblaciones.

2. Participación del público en la toma de decisiones: de una obligación de procedimiento a un principio (derecho) de la gestión sostenible

Tras la adopción y la transposición de la DMA a los derechos internos de los Estados miembros de la UE, la consulta y la participación de la población han llegado a ser un

elemento indispensable y definitorio de la «gobernación» sostenible del agua. De una sencilla obligación de procedimiento, con significado especialmente formal, se ha llegado a la consagración y a la garantía de un verdadero derecho de participación concertada (con habitantes y usuarios) en la toma de las principales decisiones relativas a la solución de los problemas de la gestión sostenible del agua. Este principio se configura cada vez más como un elemento que forma parte del derecho humano fundamental al agua. En la actual etapa de desarrollo de este proceso, la consulta y la participación del público en la toma de decisiones representa una manera de concertar y de hacer compatibles los intereses mayoritarios desde la perspectiva del fin último del alcance, del mantenimiento y de la mejora del «buen estado» de todas las categorías de aguas, empezando por las aguas superficiales. Para esto es necesario evaluar y llegar a un «buen gobierno» de las aguas.

En aplicación de las disposiciones básicas de la Ley de Aguas núm. 107/1996, y en el cumplimiento de la obligación de asegurar el marco de consulta de los usuarios de agua, de los habitantes y del público⁽⁸⁾, y de apoyar la participación activa de estos en la adopción de decisiones en la gestión de las aguas, correspondiente al proceso de transposición de la DMA, mediante Orden del ministro de Medio Ambiente núm. 1044, de 27 de octubre de 2005, se aprobó un procedimiento que estableció los principios, las condiciones, las reglas y los mecanismos de realización de este objetivo.

Queda prohibido restringir el uso del agua potable para la población a favor de otras actividades.

Como principios de la actividad de consulta y de apoyo de la participación activa de los usuarios de agua, de los habitantes y del público en la toma de decisiones, hay que mencionar: la realización de consultas en un momento anterior a la redacción de decisiones cuando las opciones siguen abiertas y se puede ejercer influencia, y el apoyo a la participación, para que habitantes y público contribuyan de modo activo a la toma de medidas en el sector de la gestión de las aguas (artículo 2.º).

En relación a las condiciones de la consulta y apoyo de la participación activa del público en la toma de decisiones en el sector, estas se deben corroborar con las disposiciones legales y con las disposiciones del procedimiento relativas al mecanismo de acceso a las informaciones de interés público relativas a la gestión de las aguas (aprobado mediante la Orden del ministro de Medio Ambiente núm. 1012/2005)⁽⁹⁾.

(8) La palabra «público» se refiere a todas las personas físicas o jurídicas, grupos y organizaciones interesados o involucrados en el proceso de redacción de los planes de gestión de las cuencas, que podrían verse afectados por las consecuencias de las medidas adoptadas o que podrían influir en la toma de medidas en el sector de la gestión de las aguas.

(9) En la práctica, la cláusula de confidencialidad sobre la documentación técnica que ha servido para el otorgamiento de las aprobaciones y de las autorizaciones de gestión de las aguas (mencionada en el artículo 19 de la Orden núm. 662, de 28 de junio de 2006) ha conllevado dificultades con respecto al acceso del público a las informaciones relativas al impacto ecológico de las minicentrales de los ríos de montaña y al ejercicio de los derechos mencionados

Entre las normas aplicables se instituye la obligación de consultar a los usuarios, a los habitantes y al público en relación: al calendario y al horario de realización y de aprobación del esquema directivo actualizado, a la síntesis de los problemas que existen en la cuenca en el ámbito de la gestión de las aguas, al proyecto del plano-directriz y a la distribución de las habilidades de realización de la consulta y de apoyo de la participación en la toma de decisiones. En el ámbito de la Demarcación internacional del Danubio y en el plano nacional, son competentes el Ministerio de Medio Ambiente y la Administración Nacional «Aguas Rumanas»; a nivel de subcuencas del Danubio, los comités de cuenca.

Para consultar al público se utiliza tanto la publicación en la prensa de una breve información relativa a las medidas propuestas, a los métodos de acceso a la documentación que las fundamenta, al modo de recepción de las consultas, de las observaciones y de las propuestas escritas, como el debate público. Este último supone el desarrollo de las siguientes etapas: a) puesta a disposición de los documentos preparativos y explicación de la razón del debate; b) presentación en pleno de los documentos, debate colectivo, registro de opiniones; c) concesión de un tiempo de reflexión de, por lo menos, treinta días, que permita la transmisión de un punto de vista escrito al grupo que organiza el debate; d) enfoque individual de las opiniones y de las reacciones de grupo; e) propuesta de una nueva versión del documento que sea sometido a un nuevo debate.

La reglamentación rumana en el sector menciona que el derecho de consulta de los usuarios del agua, de los habitantes y del público incluye la posibilidad de hacer comentarios en relación a las normas vigentes o a los proyectos normativos y de someter al análisis de las unidades de gestión de las aguas nuevos problemas del sector, que deberían estar reglamentados mediante una disposición.

Dentro de un plazo de treinta días desde la recepción de las propuestas formuladas por el público, el Ministerio de Medio Ambiente debe empezar la redacción de la norma o rechazarla, por escrito y de modo motivado, la propuesta.

Los usuarios de agua, los habitantes y el público pueden participar mediante sus representantes en comités, comisiones, consejos de asesoría, formados por expertos, para temas específicos al sector de gestión de las aguas, que pueden incluir aspectos científicos, técnicos o legislativos.

Como regla, el Ministerio de Medio Ambiente o, según el caso, la Administración Nacional «Aguas Rumanas» y los comités de cuenca tienen la obligación de analizar las observaciones, los comentarios y las propuestas realizadas como resultado de la consulta del público antes de tomar una decisión; el texto de la decisión y de las razones de esta se deben poner a disposición del público.

Hay que subrayar que los costes relativos a la organización de las distintas formas de consulta de los usuarios de agua, de los habitantes y del público están a cargo de las autoridades públicas que organizan la consulta.

por la Ley. En Rumanía se han realizado en los últimos años aproximadamente 550 minicentrales ubicadas en zonas montañosas, y con respecto al otorgamiento de las aprobaciones y de las autorizaciones medioambientales y de gestión de las aguas han tenido lugar varias manifestaciones contrarias a ellas.

3. Consolidación de las bases legislativas del derecho fundamental al agua

Mediante la transposición de la DMA al derecho rumano se han consolidado las bases legislativas del derecho fundamental al agua, que está en pleno proceso de argumentación doctrinal, de cristalización jurídica, y con un reconocimiento indirecto de sus significados en el plano constitucional mediante:

- la participación en la protección de la dignidad humana [artículo 1.º(3) de la Constitución de Rumanía];
- la implicación en la concreción del contenido del derecho a un medio sano y equilibrado desde el punto de vista ecológico (artículo 35 de la Constitución); - la contribución a la puesta en marcha del derecho a la protección de la salud, garantizado como derecho fundamental (mediante el artículo 34 de la ley fundamental), con cuyo fundamento el Estado tiene la obligación de tomar medidas para asegurar la higiene y la salud pública.

V. DERECHO DE APROPIACIÓN Y DE USO DEL AGUA

Según las disposiciones del artículo 136, párrafo 3.º, de la Constitución de Rumanía, las aguas con un potencial energético que se puede aprovechar, de interés nacional y el mar territorial son objeto exclusivo de la propiedad pública. Además, la Ley núm. 213/1998, sobre la propiedad pública y su régimen jurídico, menciona entre los «bienes» que forman parte del dominio público del Estado: las aguas superficiales con sus cauces, las orillas y fondos de los lagos, las aguas subterráneas, las aguas marítimas interiores, los acantilados y las playas, con sus riquezas naturales y con su potencial energético que se puede aprovechar, el mar territorial y el fondo de las aguas marítimas, las vías navegables interiores y las vías navegables (Anexo punto 3 y 13). Los lagos que no están declarados de interés público nacional pueden formar parte del dominio público local de las comunas, de las ciudades o de los municipios. Finalmente y como disposiciones básicas, la Ley de Aguas núm. 107/1996 menciona que «Las aguas forman parte del dominio público del estado» [artículo 1.º(2)] y que «Pertenecen al dominio público del Estado las aguas superficiales con sus cauces con longitudes mayores a 5 km y con cuencas hidrográficas que superan la superficie de 10 km², las orillas y los fondos de los lagos, tanto como las aguas subterráneas, las aguas marítimas interiores, el acantilado y la playa del mar, con sus riquezas naturales y con su potencial que puede ser aprovechado, el mar territorial y el fondo de las aguas marítimas». Según el artículo 559, párrafo 3.º, del NCCR, las aguas superficiales y sus cauces pertenecen al propietario de los terrenos en los que se forman o corren; estas disposiciones se complementan con las disposiciones del artículo 3.º, párrafo 3.º, de la Ley de Aguas núm. 107/1996, que menciona que «Los cauces de los cursos de agua con longitudes menores a 5 km y con cuencas hidrográficas que no superan la superficie de 10 km², en los que las aguas no corren de modo permanente, pertenecen a los poseedores, que ostentan cualquier título, de los terrenos en los que se forman o corren». Por todo ello solamente esta categoría de aguas y de cauces puede ser objeto de la propiedad privada.

Con base en el artículo 559, párrafo 3.º, del NCCR, el propietario del terreno tiene el derecho de apropiarse y de utilizar, en las condiciones de la ley, el agua de los arroyos y

de los lagos ubicados en el terreno de que se trate, es decir, el agua freática, tanto como las aguas fluviales. A continuación y concretando estas disposiciones, la legislación especial menciona que «Las aguas de superficie o las aguas subterráneas se pueden utilizar de modo libre, respetando las normas sanitarias y de protección de la calidad del agua, para beber, para abrevar, para lavar, para bañar y para otros usos domésticos, si con este fin se utilizan instalaciones de pequeña capacidad de menos de 0,2 litros/segundo destinadas de modo exclusivo al cumplimiento de las necesidades domésticas propias» (artículo 9.º, párrafo 2.º, de la Ley núm. 107/1996).

Las disposiciones de los artículos 604-609 del NCCR reglamentan aquellos límites legales del derecho del propietario de utilizar las aguas que se derivan del aseguramiento de una buena vecindad: reglas relativas al escurrimiento natural y al escurrimiento provocado de las aguas, cobertura de los gastos para el regadío, obligación del propietario que tiene una cantidad extra de agua, uso de los arroyos y compensaciones debidas al propietario del fundo en el que se encuentra el arroyo. Además de estas, también se aplican las reglas especiales relativas al uso de las aguas mencionadas por la legislación específica. Desde otro punto de vista, pero en estrecha conexión y en plena compatibilidad con las menciones anteriores, el régimen de las aguas se divide en el de las aguas no dominiales y el de las aguas dominiales.

Las aguas no dominiales, desde un criterio físico-geográfico, se dividen en aguas estancadas y aguas corrientes, estatuto que no es indiferente a las reglas de derecho aplicables.

Las aguas no corrientes (estancadas) gozan de un régimen jurídico de derecho civil que se acerca más al régimen clásico de la propiedad privada; su papel colectivo es inexistente o muy limitado.

Las aguas estancadas (lagos artificiales, estanques, balsas) «que no están incorporadas de modo natural» al fundo constituyen, según el artículo 537 del Código civil, bienes inmuebles por su naturaleza. Las aguas minerales forman parte de la categoría de los bienes inmuebles por anticipo, que «mediante la voluntad de las partes están contemplados en su naturaleza individual para su separación» (artículo 540, párrafo 1.º, del Código civil). El propietario de un terreno tiene el derecho de apropiarse y de utilizar, en las condiciones de la ley, el agua de los arroyos y de los lagos que están ubicados en el territorio que se trate, el agua freática, tanto como las aguas pluviales (artículo 559, párrafo 2.º, del Código civil). El propietario puede dar cualquier uso al arroyo que existe en su fundo, con la reserva de no afectar los derechos adquiridos por el propietario del fundo inferior, y no puede cambiarle el curso si con ello dejara una localidad sin el agua necesaria para satisfacer las necesidades corrientes (artículo 608 del Código civil). Las aguas subterráneas solamente pueden ser objeto de la apropiación mediante la ocupación del agua captada.

Las aguas corrientes representan la parte esencial de la red hidrográfica y son bienes comunes (*res communis*), aunque están sometidas a un régimen jurídico particular. Los cauces de los ríos no dominiales pertenecen a los propietarios habitantes (artículo 573, párrafo 1.º, del NCCR), pero estos no tienen derecho de propiedad sobre las aguas, sino un derecho de uso, que en la práctica ha sido asimilado en la doctrina y en la jurisprudencia al derecho de propiedad. Sin embargo, este uso está limitado por la obligación de no afectar los derechos de otros habitantes y de utilizar el agua de tal modo que pueda estar usada también por el fundo inferior. El propietario que tiene una cantidad extra de agua para las

necesidades corrientes tiene la obligación, a cambio de una compensación previa razonable, de ofrecerle esta cantidad extra al propietario que no puede conseguir el agua necesaria para su fundo, más que con un coste excesivo (artículo 607 del Código civil). El administrador público puede imponer, con base en el derecho de conservación y de gestión sostenible del recurso, restricciones del uso del agua. Está permitida la libre navegación de los barcos sin motor en los ríos con algunas condiciones.

Aguas dominiales. Si en otros países se observa, especialmente en las últimas décadas, un crecimiento continuo del dominio público de las aguas, en la Rumanía posterior a 1990 la evolución ha sido la inversa: desde un dominio público cuasigeneral, absoluto, hacia el crecimiento de la ausencia de propiedad pública, para llegar —después de la transposición de la DMA— al régimen jurídico correspondiente. Como principio el propietario de los cauces de estos cursos de agua es el Estado, u otras autoridades administrativas-territoriales, que también tienen sobre el agua un derecho organizado y protegido por el conjunto de las reglas de conservación y de gestión sostenible mencionadas por la legislación especial.

Se puede concluir diciendo que, en la práctica, solo las aguas corrientes y el mar territorial pueden considerarse, efectivamente, *res communis*; todas las demás son o pueden ser apropiadas. Los derechos que se ejercen sobre el agua parecen más cercanos a los derechos de uso privativo provisional que a los verdaderos derechos de propiedad. La unificación del estatuto del agua mediante la generalización del dominio público puede representar una garantía de la protección de los recursos hídricos y del medio acuático.

Las aguas
no corrientes
(estancadas) gozan
de un régimen
jurídico de derecho
civil que se acerca
más al régimen
clásico de
la propiedad
privada.

VI. TRANSFORMACIONES EN LA VISIÓN DE LA GESTIÓN DEL AGUA

En su evolución histórica, la teoría y la práctica de la gestión de las aguas⁽¹⁰⁾ en Rumanía ha conocido varias etapas, en relación con el estado del medio acuático, con los problemas de su gestión y con el nivel de los conocimientos y de las experiencias del sector. La primera etapa está marcada por la adopción de la primera Ley de Aguas, de 27 de junio de 1924, que declaró bienes públicos todas las aguas que pueden producir fuerza motriz y también las aguas que se pueden utilizar en el interés

(10) En el significado de la ley, la gestión de las aguas representa el conjunto de actividades que, por medios técnicos y por medidas legislativas, económicas y administrativas, llevan al conocimiento, al uso, al aprovechamiento racional, al mantenimiento o a la mejora de los recursos de agua para satisfacer las necesidades sociales y económicas, a la protección en contra del agotamiento y de la contaminación de estos recursos, tanto como a la prevención y a la eliminación de las acciones destructivas de las aguas (Ley de Aguas núm. 107/1996, Anexo núm. 1, punto 35).

de la población, y para su administración se creó una Dirección dentro del Ministerio de Obras Públicas. Después de 1948 se adoptó el modelo soviético, hipercentralizado y planificado, de gestión de las aguas, y en el Ministerio de la Agricultura se creó una Dirección especializada. El periodo se caracterizó por una gestión y por un control cualitativo de las aguas. Una segunda etapa fue inaugurada por la Ley de Aguas núm. 8/1974, seguida por la Ley núm. 5/1989, relativa a la gestión racional, a la protección y al aseguramiento de la calidad de las aguas, y concluyó con la Ley de Aguas núm. 107/1996. También se redactó el «Programa nacional de perspectiva para el acondicionamiento de las cuencas hidrográficas» (aprobado por la Ley núm. 1/1976). Específica para esta etapa es una gestión y un control cuantitativo y cualitativo de las aguas. Finalmente, la tercera etapa, en curso de ejecución expresada por una gestión sostenible y por un control cuantitativo y cualitativo de las aguas y de los ecosistemas saludables, ha sido iniciada por la transposición de la DMA, empezando por la Ley núm. 310/2004, de modificación de la Ley de Aguas núm. 107/1996. Es un proceso amplio de europeización del derecho rumano de aguas, en el sentido de la adopción y del desarrollo de las ideas, de los medios, de las técnicas y de las instituciones comunes en la UE para la realización de un sistema homogéneo e integrado de gestión sostenible del agua. Ello ha supuesto modificaciones sustanciales de la legislación del sector, la reorganización y el desarrollo institucional, el cambio de enfoque y de idea, la evolución al nivel de las prácticas y de las actitudes, para que esté conforme con los nuevos requisitos de la mundialización de los problemas ecológicos.

De este modo, en el plano de los principios, la gestión sostenible del agua en Rumanía se realiza en la actualidad mediante una gestión de las aguas superficiales y subterráneas, tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el punto de vista cualitativo, de un modo que asegure: a) la integración de los aspectos físicos de todas las categorías de agua (aguas superficiales, aguas subterráneas, aguas de transición y aguas costeras), tanto como de los aspectos cuantitativos y cualitativos del agua; b) la integración de los usos del agua a nivel de cuenca hidrográfica, con el fin de resolver la ecuación recursos-demandas de agua y la protección de los recursos hídricos, que requiere de un análisis de los usos a nivel de cuenca; c) la integración río arriba-río abajo (los usos río arriba deben reconocer los derechos de los usos río abajo relativos al uso de los recursos hídricos de buena calidad y en cantidades suficientes) y la integración de los problemas de los recursos hídricos en las políticas de planificación, dado que el agua es uno de los elementos fundamentales de la vida y, al mismo tiempo, un factor que condiciona el desarrollo social y económico, siendo a menudo un factor limitativo.

El nuevo concepto de gestión integrada de las aguas construido de este modo supone y realiza una triple integración: a) de las áreas de investigación a nivel de cuenca hidrográfica, aguas superficiales en régimen natural (ríos, lagos, aguas de transición, aguas costeras), aguas superficiales artificiales o aguas con un régimen fuertemente modificado desde el punto de vista antrópico, aguas subterráneas, áreas protegidas, efluentes; b) de los medios de investigación: agua, materias en suspensión, sedimentos, biota; c) de los elementos / de las partes monitoreadas: biológicos, hidromorfológicos y físico-químicos, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

El monitoreo cuantitativo de los recursos hídricos se realiza a través del Sistema Nacional de seguimiento hidrológico e hidrogeológico, con el fin de evaluar y asegurar los recur-

son hídricos en fuentes y de constituir el fondo de datos de hidrología, de hidrogeología y de gestión de las aguas⁽¹¹⁾.

La actividad de monitoreo del Estado y de la evolución cualitativa de los recursos de agua se realiza para los 7 subsistemas de agua (ríos, lagos, aguas subterráneas, áreas protegidas, aguas costeras, aguas de transición y aguas residuales) y se tienen en cuenta todos los indicadores de calidad (biológicos, físico-químicos y sustancias prioritarias)⁽¹²⁾.

De conformidad con los requisitos de la DMA, se han establecido y son funcionales tres programas de monitoreo: el Programa de supervisión (S), cuyo objetivo es evaluar el estado global de las aguas en cada cuenca o subcuenca hidrográfica; el Programa operacional (O) que debe realizarse para todos los cuerpos de agua que, a causa de la presión, de la evaluación del impacto, del monitoreo de supervisión, se identifican como presentando el riesgo de no cumplir con los objetivos medioambientales; el Programa de investigación (I) para identificar las razones por las cuales un cuerpo de agua no puede cumplir con los objetivos medioambientales en el período establecido, tanto como para determinar el impacto de la contaminación accidental⁽¹³⁾.

De conformidad con las informaciones obtenidas se constituyen bases de datos y se redactan estudios anuales de síntesis, pronósticos hidrológicos, informes relativos a la evaluación de las reservas cuantitativas y cualitativas de los recursos hídricos, estudios de impacto, estudios con carácter de investigación ingenieril, tanto como trabajos de síntesis a nivel de cuenca y nacional. También se realizan informes técnicos sobre el estado de la implementación de las Directivas de la UE relativas al agua, que suponen la obligación de información⁽¹⁴⁾.

VII. MODIFICACIONES Y DESARROLLOS EN EL PLANO INSTITUCIONAL

La transposición y la implementación de la DMA ha requerido también de cambios en las estructuras administrativas de gestión de las aguas. Como nuevo organismo, se creó el Consejo Interministerial de las aguas (cuyo Reglamento de organización y funcionamiento

(11) El Sistema incluye: 957 plantas hidrométricas, 3049 perforaciones de la red de estudios, 197 usos sistemáticos, 55 plantas evaporimétricas, 145 plantas hidrométricas en lagos y en la zona costera del Mar Negro, 374 arroyos y 14 estanques experimentales con horario completo de actividad.

(12) Con este fin funcionan 42 laboratorios, de los cuales 30 son laboratorios locales, 7 laboratorios de cuenca, 4 laboratorios regionales y el laboratorio nacional.

(13) Se añaden los programas constituidos según los requisitos de las demás directivas de la UE relativas al agua: programa de potabilización (relativo a las secciones de captación de aguas de superficie destinadas a la potabilización), programa de monitoreo para las zonas vulnerables (relativo a las secciones de monitoreo de los espacios que han sido definidos como zonas vulnerables a la contaminación con nitratos), programa de monitoreo para ictioforma (relativo a las zonas salmónicas y ciprinidas).

(14) Se trata de las directivas de la UE: DMA núm. 2000/60/CE; Directiva 91/271/CEE, relativa a la depuración de las aguas residuales urbanas; Directiva núm. 2006/11/CE, relativa a la contaminación provocada por ciertas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad; Directiva núm. 91/676/CEE, relativa a la protección de las aguas en contra de la contaminación con nitratos de fuentes agrícolas; Directiva núm. 80/68/CEE, sobre la protección del agua subterránea en contra de la contaminación provocada por ciertas sustancias peligrosas; Directiva 2006/118/CE, relativa a la protección de las aguas subterráneas en contra de la contaminación y del deterioro.

fue aprobado mediante la Resolución del Gobierno núm. 316, de 28 de marzo de 2007), como organismo consultivo, sin personalidad jurídica, además de ser la autoridad pública central del sector de las aguas con competencias generales para aprobar «las políticas y las estrategias del sector de la gestión del agua, para realizar un enfoque integrado y sostenible». El Consejo informa y mantiene relación con el Comité de Directores del sector de las aguas de la Comisión Europea y con el Grupo de Expertos en la gestión del agua de la Comisión Internacional para la protección del río Danubio, para una implementación unitaria de la Directiva 2000/60/CE a nivel de la cuenca hidrográfica del Danubio. Asimismo, se ha reorganizado la Compañía Nacional «Aguas Rumanas», que funcionaba con estatuto de dirección independiente, en la Administración Nacional «Aguas Rumanas» como institución pública de interés nacional, con personalidad jurídica, financiada con ingresos propios. A ella se subordinan las administraciones de cuencas, organizadas al nivel de los distritos de cuenca hidrográfica, como instituciones públicas con personalidad jurídica. Las nuevas disposiciones legales han establecido que tanto la gestión cuantitativa y cualitativa de los recursos hídricos y la administración de las obras para la gestión de las aguas como la aplicación de la estrategia y de la política nacional del sector son realizadas por la Administración Nacional «Aguas Rumanas», mediante las administraciones de cuencas subordinadas.

A nivel nacional se han establecido 11 distritos de cuenca, cuya delimitación se contiene en el anexo de la ley.

En relación a la administración, la Ley núm. 310/2004 la ha entregado a las Direcciones de agua, y después, según las modificaciones introducidas por la Ordenanza de Emergencia del Gobierno núm. 3/2010, a las administraciones de cuencas.

Antes de la transposición de la DMA, la actividad de gestión unitaria, racional y compleja de las aguas se organizaba y se desarrollaba por cuencas hidrográficas «como entidades geográficas indivisibles de gestión de los recursos hídricos», actividad coordinada por la Dirección Autónoma «Aguas Rumanas» y por sus filiales de cuenca.

VIII. LA EVOLUCIÓN EN EL PLANO DE LOS INSTRUMENTOS DE GESTIÓN SOSTENIBLE DEL AGUA

Antes de la transposición de la DMA, la ley rumana mencionaba «para establecer las directrices básicas para la gestión sostenible, unitaria, equilibrada y compleja de los recursos hídricos», la redacción de planes-marco de acondicionamiento y de gestión de las aguas, por cuencas hidrográficas o por grupos de cuencas hidrográficas (artículo 43 de la Ley núm. 107/1996). En correlación con sus disposiciones se redactaban programas de desarrollo de las obras, de las instalaciones y de los acondicionamientos de gestión del agua, que debían realizarse tanto para lograr los objetivos relativos al aseguramiento cuantitativo y cualitativo de las aguas, a la defensa en contra de las acciones destructivas como para el aprovechamiento del potencial de las aguas, en relación con los requisitos del desarrollo sostenible de la sociedad, de conformidad con las estrategias y con las políticas medioambientales.

Mediante la Ley núm. 310/2004, de transposición de la DMA, se ha introducido la obligación de redactar planes de directrices por cuencas o por grupos de cuencas hidrográ-

ficas a más tardar hasta el 22 de diciembre de 2009; los planes-marco de gestión del agua existentes hasta aquel momento han constituido la base de los planes-directrices. Al mismo tiempo que las disposiciones de los planes-directrices, se redactaban también programas de medidas con la fecha tope del 22 de diciembre de 2012, que se revisarán y, si se da el caso, se actualizarán a más tardar el 22 de diciembre de 2015.

Por último, mediante la Ordenanza de Emergencia del Gobierno núm. 3/2010 también se han hecho algunas adiciones y algunos cambios en este sector; el plano-directriz se define como el principal instrumento de planificación, desarrollo y gestión del agua a nivel del distrito de cuenca hidrográfica, y consiste en el plan de acondicionamiento de la cuenca hidrográfica, la parte de gestión cuantitativa, y el plan de gestión de la cuenca hidrográfica y la parte de gestión cualitativa, redactadas según los plazos establecidos por la DMA.

En correlación con las disposiciones de los planes-directrices se redactarán programas de medidas que tomen en cuenta los resultados de los análisis de las características de las cuencas hidrográficas y el impacto de las actividades humanas sobre el estado de los cuerpos de aguas superficiales y subterráneas, así como el análisis económico del uso del agua para lograr los objetivos propuestos, que deben llegar a ser funcionales a más tardar el 22 de diciembre de 2012, revisados y actualizados.

Se redactaban programas de desarrollo de las obras, de las instalaciones y de los acondicionamientos de gestión del agua.

IX. «MECANISMO ECONÓMICO» EN EL SECTOR DE LAS AGUAS

La reglamentación anterior, la Ley núm. 107/1996, en su forma inicial, instituyó un «mecanismo económico en el sector del agua», que incluía un sistema de incentivos económicos para los que manifiestan una preocupación constante en la protección de la cantidad y de la calidad del agua y un sistema de sanciones aplicables a los que desperdician o contaminan los recursos de agua.

Mediante la Ley núm. 310/2004, de transposición al derecho interno de la DMA, se hicieron adiciones y cambios en el régimen económico-financiero del agua, con el fin de que esté plenamente conforme con los requisitos de la Directiva de la UE. De este modo, se introdujo en primer lugar el principio de recuperación de costes de los servicios del agua, incluyendo los ambientales y el coste del recurso, con base en el análisis económico y respetando el principio «el que contamina paga». Como primera iniciativa en este sentido, se reguló una política de recuperación de costes en el sector del agua para fomentar el uso eficiente de los recursos hídricos, estableciendo una contribución adecuada de los distintos usos, especialmente de la industria, de la agricultura y del

abastecimiento a poblaciones, hasta la recuperación de los costes de los servicios de agua, y que tenga en cuenta los efectos medioambientales, económicos y sociales, así como las condiciones geográficas y el clima específico. Asimismo, se reguló que las medidas de implementación del principio se deben incluir en el plano-directriz, y la recuperación de los costes de los servicios de agua no debe afectar «de ningún modo» a la financiación de las medidas preventivas y de subsanación para el logro de los objetivos en el sector de las aguas.

Después, y además de incentivos y sanciones, se introdujeron las contribuciones específicas de gestión del agua para: el uso de los recursos hídricos por categorías de recursos y de usuarios, la recepción de las aguas residuales en los recursos hídricos, el potencial hidroenergético asegurado mediante presas de los embalses, la explotación de las arenas y de la gravilla de los cauces y de las orillas de los cursos de agua.

También se ha modificado y completado el régimen de sanciones; por un lado para introducir sanciones aplicables a los usuarios del agua, consumidores o no, por el retraso en el cumplimiento del pago dentro del plazo (mensual) del importe de la contribución específica para la gestión del agua, y por otro lado para cambiar sus funciones; es decir, si antes se les aplicaban a los usuarios de agua como consecuencia del incumplimiento de las disposiciones de los contratos de suministro de agua, según las nuevas reglamentaciones se aplicarán en caso de incumplimiento de las disposiciones legales por la superación de las cantidades de agua utilizada y de las concentraciones de sustancias contaminantes de los recursos hídricos.

Asimismo, se derogaron las disposiciones legales relativas a la constitución del Fondo de aguas, concebido como un fondo especial que no forma parte del presupuesto, constituido por las tasas y las tarifas cobradas para los servicios de aprobación y de autorización y utilizado para apoyar desde el punto de vista financiero el Sistema nacional de supervisión cuantitativa y cualitativa de los recursos de agua, la dotación de los laboratorios de especialidad, la modernización de las plantas y de las instalaciones de depuración, las obras públicas de defensa en contra de inundaciones, etc...

Además de este mecanismo económico específico, el Código civil establece una serie de compensaciones concedidas en el contexto de la aplicación de las reglas relativas al flujo natural del agua, al flujo provocado del agua, a los gastos relativos a los riegos y a las compensaciones debidas al propietario del fundo en el que se encuentra el arroyo. De este modo, el propietario del fundo inferior afectado por el flujo natural del agua puede solicitar la autorización judicial —claro está, después de haber llevado a cabo la negociación por vía amigable— para realizar en su fundo las obras necesarias para cambiar la dirección del agua, corriendo con todos los gastos, correlacionada con la obligación del propietario del fundo superior de no realizar ninguna obra que pueda empeorar la situación del fundo inferior (párrafos 2 y 3 del artículo 604). Asimismo, el propietario del fundo superior tiene la obligación de pagarle una compensación justa y previa al propietario del fundo inferior por los daños causados por el flujo de agua causado por el primero, tanto como en el caso de las aguas que brotan del fundo superior a causa de unas obras subterráneas emprendidas por su propietario, de las aguas derivadas de la desecación de terrenos de pantano y de las aguas utilizadas para fines domésticos, agrícolas o industriales. Esta obligación está condicionada, por una parte, por el hecho de que el flujo de que se trata debe ser anterior al vertido en un curso de agua y, por otra parte, por el hecho de que el propietario del fundo supe-

rior debe haber elegido la vía y los medios de escurrimiento para afectar en lo mínimo al fundo inferior (artículo 605). Dado que las aguas utilizadas con fines doméstico, agrícola o industrial son aguas residuales, su evacuación se debe hacer cumpliendo con las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente (según el artículo 603 del Código Civil).

Según el artículo 606 (1), el propietario que quiera utilizar para el riego de sus tierras las aguas naturales y artificiales de las que puede disponer de modo efectivo, tiene derecho, corriendo con todos los gastos, a realizar en el terreno del vecino las obras necesarias para la captación de agua. Esta característica corresponde al derecho de propiedad sobre el terreno en el que su titular puede gozar de todos los beneficios de su bien, hecho que puede consistir incluso en el uso del agua para riego procedente de las aguas corrientes. La realización de tales obras se permite independientemente de si se trata de «aguas naturales», es decir, aguas que fluyen de manera espontánea o surgidas de acumulaciones creadas sin la intervención humana, o de «aguas artificiales», es decir, aguas cuyo fluir ha sido provocado por el hombre. Pero es necesario que dichas aguas formen parte de las aguas de las que el propietario «puede disponer de modo efectivo» con fundamento en las disposiciones de la Ley de Aguas núm. 107/1996. Del mismo modo, el propietario del fundo en el que se encuentra el arroyo puede solicitar la subsanación de los daños provocados por la persona que, mediante las correspondientes obras, desecó, disminuyó o afectó sus aguas; si los hechos lo permiten, puede requerir el restablecimiento de la situación anterior, cuando el agua sea indispensable para la explotación de su fundo (artículo 609, párrafos 1.º y 2.º).

X. CAMBIOS EN EL PLANO DE LOS CRITERIOS DE CALIDAD DEL AGUA

Todas las Directivas de la UE sobre la calidad de las distintas categorías de aguas (DMA y «las directivas-hermanas») han sido transpuestas a la legislación rumana, lo que supuso la modificación, el completar y/o la actualización de las reglamentaciones (leyes, resoluciones del gobierno, órdenes ministeriales) sobre la calidad de las aguas superficiales, de agua potable y del estado de las aguas residuales. Se trata, por ejemplo, de la adopción para cumplir con las exigencias de la UE de las normas relativas a la clasificación de la calidad de las aguas superficiales, para determinar el estado ecológico de los cuerpos de agua, de los límites de carga con contaminantes de las aguas residuales industriales y urbanas vertidas a los receptores naturales, de las condiciones de vertido de las aguas residuales en las redes de alcantarillado locales, de los planes de acción para la recogida, depuración y vertido de las aguas residuales urbanas.

Se ha clasificado el «estado de las aguas» en cinco categorías (clases) de calidad: muy buena, buena, moderada, pobre o degradada, con valores propuestos y representación por colores (azul, verde, amarillo, naranja y rojo). Como regla de principio se ha establecido la comparación de los valores de los parámetros monitoreados en la sección de agua de que se trate con los valores de los parámetros de la sección de referencia.

Para proteger y conservar los recursos de aguas superficiales, se ha dispuesto que los vertidos de estas aguas deben ser regulados antes del 22 de diciembre de 2012, utilizando un enfoque combinado, mediante el establecimiento y la implementación del control de las emisiones, basado en las mejores técnicas disponibles, o de los valores-límite de las

emisiones o, en el caso de presiones difusas, del control y de las mejores prácticas desde el punto de vista medioambiental, establecidas en conformidad con las reglamentaciones, modificadas, completadas y armonizadas con los requisitos de la DMA, sobre la prevención y el control integrado de la contaminación (Orden del Gobierno núm. 152/2005), con las normas relativas a las condiciones de vertido en el medio acuático de las aguas residuales (Resolución del Gobierno núm. 188/2002), con la aprobación del Plan de Acción para la protección de las aguas contra la contaminación con nitratos procedentes de fuentes agrícolas (Resolución del Gobierno núm. 964/2000), con la aprobación del Programa para la eliminación gradual de vertidos, emisiones y sustancias principalmente peligrosas (Resolución del Gobierno núm. 351/2005) y con cualquier otra reglamentación nacional importante conforme con la legislación de la UE.

Asimismo, se ha regulado que, en el caso de que un objetivo de calidad o un estándar de calidad establecido de este modo o mediante cualquier otra reglamentación nacional importante conforme con las reglamentaciones de la Unión, necesite condiciones más estrictas que las que resultan de la aplicación de las reglas anteriores, se establecerán verificaciones más estrictas de las emisiones.

XI. OTRAS IMPLICACIONES DE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DMA

1. Autorización administrativa

Para la gestión sostenible de los recursos hídricos y para la protección contra su agotamiento, la legislación rumana contiene la obligación de los usuarios de agua de solicitar y de obtener, en la fase de proyecto, un informe legal de gestión del agua (que regula tanto el sistema de las obras que se construyen en el agua, o que tienen que ver con las aguas, como las actividades socioeconómicas con efectos negativos sobre la parte hidráulica del medio ambiente) y para la puesta en función o la explotación de dichas obras, de la autorización de gestión del agua.

El informe legal es el documento que condiciona, desde el punto de vista técnico y jurídico: la financiación y/o la ejecución de los nuevos objetivos de inversión, que se van a construir en el agua o que tienen que ver con las aguas superficiales, con las aguas subterráneas, incluyendo la zona de costa, el desarrollo, la modernización o la mejora de los procesos tecnológicos o de unas instalaciones ya existentes de los usuarios del agua, el desarrollo de la actividad de almacenamiento, manipulación y/o transporte por conductos de sustancias peligrosas, u otras actividades en el suelo o en el subsuelo que pueden ocasionar un vertido indirecto de sustancias peligrosas en las aguas subterráneas o superficiales, la obtención del permiso para explotar las arenas y la gravilla de los cauces de los cursos de agua, del barro de los lagos. La ley establece tanto las categorías de actividades para las que se debe solicitar y obtener el informe como las categorías para las que no es necesario obtenerlo.

Es un informe de conformidad y es obligatorio solicitarlo y obtenerlo para realizar las obras y las actividades mencionadas, respetando las condiciones impuestas por este. Tiene carácter objetivo, no se expide por razón de la persona (física o jurídica) que va a ser su titular, sino en relación a las obras que condiciona, lo que hace que se pueda transferir a

otro beneficiario o titular de la inversión, si del análisis realizado por el emisor en el lugar resulta que las obras y las medidas propuestas y las que se han realizado no se han modificado. Como todo documento administrativo, el informe puede ser objeto de un recurso contencioso-administrativo.

La autorización de gestión de agua es el documento que condiciona desde el punto de vista técnico y jurídico el funcionamiento o la explotación de las obras, construidas en las aguas o que tienen que ver con las aguas superficiales, subterráneas, con la zona de costa, el acantilado, el litoral y la playa, las aguas marítimas interiores, el mar territorial, la zona económica exclusiva y el altiplano continental, así como el funcionamiento y la explotación continuada de los que ya existen y, según el caso, el desarrollo de la actividad de almacenamiento, manipulación y/o transporte por conductos de sustancias peligrosas, u otras actividades en el suelo o en el subsuelo que pueden ocasionar un vertido indirecto de sustancias peligrosas en las aguas subterráneas o superficiales.

Esta autorización le concede al titular los siguientes derechos: de utilización del agua (potable, industrial, de regadío, etc.), de vertido, después del uso, en cursos de agua, de vertido por inyección en las estructuras de las que han procedido o en formaciones geológicas que, por razones naturales, no sean nunca apropiadas para otros fines de las aguas, de uso de los cauces, de la playa y de la orilla del mar, de explotación de la arena y de la gravilla, por explotaciones organizadas de los cauces o de las orillas de las aguas.

La autorización tiene carácter objetivo y puede, por tanto, ser transferida en las condiciones legales. La negativa a otorgar la autorización de gestión de agua puede ser recurrida en vía contencioso-administrativa.

Con el fin de cumplir con los requisitos legales, así como para realizar de modo gradual las subsanaciones o las adiciones necesarias para el uso, la unidad de gestión del agua competente le requerirá al titular/al operador, en ciertos casos previstos expresamente por la ley, que redacte un programa por etapas. Este forma parte del plan de acción/cumplimiento regulados por la legislación medioambiental.

La autorización puede ser revisada si aparecen algunos cambios tecnológicos, la restricción de la actividad, la finalización de una medida incluida en el programa por etapas u otras situaciones que puedan afectar el valor de las emisiones del agua. El beneficiario de la autorización tiene la obligación de instituir un sistema de monitoreo dentro de los programas por etapas destinado a la evaluación del grado de cumplimiento de la etapa transcurrida y al cumplimiento de los plazos propuestos.

Existen una serie de interdependencias entre la autorización de gestión de agua y la autorización medioambiental integrada, en el sentido de la obligación de solicitar la primera para las instalaciones que requie-

Para la gestión sostenible de los recursos hídricos y la protección contra su agotamiento, la legislación rumana obliga a los usuarios de agua a solicitar y obtener, en la fase de proyecto, un informe legal de gestión.

ren de la segunda, de la necesidad de que la documentación técnica de la autorización de gestión de agua cumpla con las disposiciones de la legislación relativas a la prevención y al control integrado de la contaminación, en relación a la gestión y a la calidad del agua o para la expedición de aquellas categorías de autorizaciones por un período de validez igual, cuando es necesario que el usuario obtenga ambas autorizaciones.

2. Régimen de servidumbres y de expropiación

Aunque el NCCR renunció a la noción de servidumbres en favor de la noción de limitaciones del derecho de propiedad, la legislación de aguas mantiene y consagra un sistema de servidumbres en este sector. La transposición de la DMA al derecho interno supuso la concesión de unas compensaciones adecuadas y su aseguramiento.

De este modo, según la Ley de Aguas núm. 107/1996 (modificada), los habitantes tienen la obligación de conceder derecho de servidumbre, teniéndose en cuenta ciertas zonas establecidas de modo evidente, de mutuo acuerdo con la Dirección Autónoma «Aguas Rumanas», sin cobrar tasas, para:

- a) el paso o el tráfico del personal al servicio de la gestión de aguas, para que puedan cumplir con sus tareas;
- b) la ubicación, en el cauce y en las orillas, de hitos, puntos de referencia, aparatos de medición y de control y otros aparatos o instalaciones necesarias para la ejecución de estudios relativos al régimen de las aguas, así como para el acceso para el mantenimiento de las instalaciones destinadas a estas actividades;
- c) el transporte y el almacenamiento provisional de materiales y de utillajes para intervenciones operativas relativas a la defensa contra inundaciones;
- d) el transporte y el almacenamiento provisional de materiales, utillajes, tanto como el tráfico de estos y del personal, en el caso de la ejecución de obras de mantenimiento, reparaciones, así como para bombeos experimentales en el caso de perforaciones hidrogeológicas que formen parte de la red nacional de observaciones y mediciones.

Los fondos para estas compensaciones provendrán de subvenciones del presupuesto en las situaciones mencionadas en las letras a) y c) y de fondos propios de las personas jurídicas que han ocasionado los daños en las situaciones mencionadas en las letras b) y d) (artículo 28).

La compensación al crear servidumbres provisionales o permanentes consiste en:

- a) el coste de los productos, de las plantaciones, de las construcciones o de los bienes móviles de cualquier tipo, averiados o destrizados;
- b) el importe del daño provocado al propietario para establecer la servidumbre en la parte de terreno de que se trate, así como de los beneficios de los que no puede gozar a causa del cambio de destino provisional o permanente de la parte de terreno de que se trate.

Quedan exentos de servidumbres permanentes: los edificios, los patios, los jardines correspondientes a viviendas, los monumentos públicos, las iglesias y los cementerios, así como los parques declarados monumentos de la naturaleza. El derecho de servidumbre, una vez establecido, representa una obligación oponible a cualquiera. La falta de uso («el abandono») de la servidumbre durante por lo menos tres años o la innecesariedad de su mantenimiento lleva a su extinción.

La misma Ley de Aguas establece un caso especial de expropiación y de ocupación provisional, al mencionar que las obras de acondicionamiento de las cuencas hidrográficas y de otras obras hidráulicas de interés nacional, como por ejemplo presas y embalses con sus anexos, consolidaciones de orillas, acantilados, centrales hidroeléctricas, derivaciones de caudales entre los cursos de agua, obras de defensa contra inundaciones, sistemas de abastecimiento de agua y alcantarillado, incluyendo plantas de depuración con sus anexos, regulaciones de ríos, plantas y plataformas hidrometeorológicas, sistemas de mejora de bienes raíces, corrección de torrentes... son de utilidad pública, y los terrenos en los que se van a ubicar pueden ser expropiados, a cambio de una justa indemnización previa, en las condiciones de la ley, u ocupados de modo provisional, según las disposiciones legales vigentes (artículo 29).

Otra servidumbre consiste en la obligación de los propietarios/administradores de las obras de ingeniería de arte (puentes), de asegurar la sección óptima de escurrimiento de las aguas, corriendo con los gastos, dentro del límite de la obra en el cauce mayor río arriba y dentro del límite de una longitud suya río abajo [artículo 33 (61)].

3. «Ecologización» de los delitos del régimen jurídico de las aguas

La transposición al derecho interno de la DMA ha continuado y acentuado el proceso de «ecologización» de los delitos relacionados con el régimen de aguas, asumiendo cada vez más obviamente como objeto de la defensa jurídica mediante el derecho penal a los elementos medioambientales; por lo tanto, junto con o independientemente de los valores del ser humano o de sus intereses patrimoniales. De este modo, según la última reforma de la Ley de Aguas núm. 107/1996, tras la recepción de las disposiciones de la legislación de la UE en el sector, se aboca a un sistema complejo de delitos, de peligro o de resultado, con objeto medioambiental directo o indirecto, independiente o asociado a un interés humano, que estaba en pleno proceso de desarrollo y de afirmación de sus especificidades, relativo al régimen de la gestión sostenible y de la protección del agua contra la degradación y la contaminación. De este modo, se tipifica como delito y se castiga como tal el poner en peligro, además de la salud y de la integridad física de las personas, la producción agrícola o industrial o la riqueza piscícola, la «vida de los animales, del medio ambiente», mediante el vertido o la inyección en las aguas superficiales y subterráneas, en las aguas marítimas interiores o en las aguas del mar territorial, de aguas residuales, desechos, residuos o productos de cualquier tipo que contengan sustancias, bacterias o microbios en una cantidad o concentración que pueda cambiar las características del agua (artículo 91, párrafo 1.º); la contaminación, de cualquier tipo, de los recursos hídricos, si tiene carácter sistemático, es un delito solamente si «produce daños para los usuarios de agua río abajo» [artículo 9.º2.a)]; por el contrario, como delitos de peligro, independientemente del resultado, el almacenamiento en el cauce mayor de los ríos del combustible nuclear o de los residuos

que resulten de su uso, la puesta en peligro del entorno de los embalses mediante las explotaciones de productos minerales, así como el almacenamiento o el uso de fertilizantes químicos, pesticidas u otras sustancias tóxicas peligrosas, en las áreas de protección del agua (artículo 92, párrafo 2.º, letras b), d) y e)].

Encontramos también en este sector la categoría de los delitos dependientes del cumplimiento de las obligaciones de tipo administrativo. De este modo, el hecho de que en el ámbito del agua, al igual que en el de la protección del medio ambiente, las exigencias de la protección y de la gestión sostenible están a menudo proporcionadas por instrumentos de tipo administrativo (aprobaciones, autorizaciones) hace que las disposiciones penales intervengan y sancionen el incumplimiento de algunas obligaciones de carácter esencialmente administrativo, de solicitar y de obtener ciertas autorizaciones o de cumplir con las condiciones impuestas por ellas. En estos casos, los intereses de la gestión sostenible del agua y de sus objetivos medioambientales están protegidos desde el punto de vista penal solamente de modo indirecto y por vía de consecuencia. Así que el hecho de dañar el medio acuático no se ve directamente incriminado y castigado, sino solamente en los casos en los que este es también la consecuencia de la violación de los deberes administrativos; lo que significa que el daño medioambiental en sí no está sancionado por la ley, sino que lo está el incumplimiento de las obligaciones administrativas relativas a la gestión del agua.

Se incluyen en esta categoría de delitos para el régimen de la gestión sostenible del agua:

- la ejecución, la modificación o la extensión de obras, construcciones o instalaciones sobre aguas o que tienen que ver con las aguas, sin la aprobación legal o sin la notificación de tal obra, así como el comienzo de la explotación de unidades sin la puesta simultánea en función de las redes de alcantarillado, de las plantas y de las instalaciones de depuración del agua residual, todo ello sin la autorización de gestión de aguas;
- el uso de los recursos hídricos con distintas finalidades, sin la autorización de gestión de aguas o sin la notificación de la actividad;
- la explotación o el mantenimiento de las obras construidas sobre aguas o en relación con las aguas, el desarrollo de la actividad de fundición del tilo, del cáñamo, del lino y de otras plantas textiles, de curtido de los pieles y de extracción de los productos minerales, sin la autorización de gestión de aguas;
- la explotación de productos minerales en las zonas de protección sanitaria de las fuentes de agua, en las zonas de protección de los cauces, de las orillas, de las obras hidráulicas, de las construcciones y de las instalaciones hidrométricas o de las instalaciones de medición automática de la cantidad de las aguas;
- el uso de los cauces, sin la autorización de gestión de aguas, tanto como de la playa y de la orilla del mar con otros fines que no sean el baño o el paseo;
- la continuación de la actividad después de la pérdida de los derechos obtenidos con base en la ley (artículo 93 de la Ley núm. 107/1996).

Por supuesto, tales requisitos administrativos o de explotación se han mencionado precisamente para prevenir y/o limitar la contaminación de las aguas, y su incumplimiento

crea cierto peligro (incluso si es abstracto) para los valores acuático-ambientales a los que se hace referencia. En cualquier caso, en tales situaciones el derecho penal tiene solamente una tarea de apoyo de las reglas de índole especialmente administrativa.

4. Papel importante de la ciencia en la redacción y en la aplicación del derecho de aguas

La DMA destaca también por la multiplicación de las obligaciones de resultado y por el establecimiento de unos objetivos cifrados, mensurables, que se deben llevar a cabo de conformidad con un calendario exacto, lo que significa, por un lado, el aumento sustancial de la vinculación de las disposiciones legales pertinentes, y por otro lado el aumento del papel de los expertos y de la ciencia en la determinación del contenido de las normas y en la evaluación del modo de realización de sus prescripciones. La fijación de obligaciones de resultado definidas de modo exacto, claro y sencillo estimula la participación del público y aumenta su calidad, y permitirá a la jurisprudencia, aprovechando la asistencia técnico-científica especializada, evolucionar constantemente en función de la mejora de los conocimientos. Dos prioridades se manifiestan en esta perspectiva: la definición de conceptos ecoacuáticos mediante bases científicas y la mención y la adaptación de los conceptos económicos.

A) Definición de los conceptos-objetivo mediante base científica

Se trata de la mención de unos conceptos que definen los objetivos comunes establecidos en la DMA, empezando por los de «buen estado ecológico» de las masas de agua superficiales, «buen estado cuantitativo» de las aguas subterráneas y por la fijación de los límites de utilización razonable de las aguas. Solamente para las aguas superficiales, por ejemplo, la DMA establece como objetivo a alcanzar en el horizonte del año 2015 el «buen estado» para todos los entornos naturales, la preservación de los entornos en un «estado muy bueno» y el alcance de «un buen potencial» en los entornos fuertemente artificiales. Se les añadió un objetivo «cero tóxicos» sin fecha, pero mostrando de forma clara una obligación de resultado, aunque la DMA establece solamente un catálogo de posibles medidas que quedan a cargo de los Estados miembros.

Todos estos objetivos suponen el aumento del papel del análisis científico y de los expertos, en la redacción y también en la realización de las normas jurídicas del sector.

B) Mención y desarrollo adecuado de los conceptos económicos

Mediante la introducción y la promoción de las obligaciones de resultado para el alcance del objetivo general de «buen estado» del agua, la

El daño medioambiental en sí no está sancionado por la ley, sino el incumplimiento de las obligaciones administrativas relativas a la gestión del agua.

DMA ha integrado el análisis económico y la evaluación medioambiental en el centro de la gestión del agua, mediante bases científicas, de los conceptos económicos correspondientes.

De este modo, las nuevas reglamentaciones han establecido principios (*el que contamina paga*, costes desproporcionados), análisis (coste/eficiencia, coste/ventajas) e instrumentos económicos (sistema de precio-tarifación y recuperación adecuada de los costes en tanto que sistema de financiación de los servicios de agua) aplicables en el sector, que suponen un esfuerzo importante de redacción y de mención del contenido específico en la gestión sostenible del agua. Teniendo en cuenta el carácter de «derecho común» de la DMA y los conceptos económicos que suponen bases científicas, métodos de realización y resultados utilizados por lo menos comparables, si no idénticos.

XII. DIFICULTADES EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DMA. INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE INCUMPLIMIENTO HECHO POR LA COMISIÓN EUROPEA

Mediante la carta núm. C (2008) 7156, la Comisión Europea notificó a Rumanía el retraso en la transposición correcta y completa de la DMA (causa núm. 2008/2274); el 31 de enero de 2009 se envió la posición de Rumanía junto con un calendario relativo a la redacción y a la adopción de la norma que solucionaba los defectos señalados. Sin embargo, el 20 de noviembre de 2009 la Comisión notificó a Rumanía el Dictamen motivado C (2008) 7156, relativo al incumplimiento de la obligación de transposición correcta y completa de la DMA.

Teniendo en cuenta la complejidad de los procedimientos legislativos resultado de la celebración de elecciones parlamentarias, Rumanía solicitó la prolongación del plazo de respuesta al Dictamen motivado, pero la Comisión rechazó su solicitud. En estas circunstancias se utilizó el procedimiento extraordinario de la adopción por el Gobierno de una Ordenanza de emergencia (la núm. 3, de 5 de febrero de 2010), para modificar y completar la Ley de Aguas núm. 1207/1996, tras lo cual terminó el procedimiento de incumplimiento. Por lo tanto, frente a las críticas planteadas por la Comisión Europea, se ha impuesto una nueva revisión de la Ley núm. 107/1996, mediante la cual se mejora y se refuerza el marco legislativo del sector.

En cuanto a los elementos de transposición de la DMA, se han armonizado primeramente algunas referencias a las normas nacionales que transponen la legislación de la UE relativa a la depuración de las aguas residuales, a la prevención de la contaminación del agua con nitratos procedentes de fuentes agrícolas, al vertido de ciertas sustancias peligrosas dentro del entorno acuático, a la prevención y al control integrado de la contaminación, a la calidad de las aguas superficiales utilizadas para potabilización, a la calidad del agua potable, a la calidad del agua para los peces, a la calidad del agua para los moluscos, a la calidad del agua para el baño, a la protección de los hábitats, al régimen de los productos para la protección de las plantas, etc., con las referencias necesarias.

Se han introducido algunos elementos para la regulación tanto de ciertas medidas de los planes de gestión de cuenca hidrográfica relativos a la prevención del deterioro del

estado de todos los cuerpos de agua superficiales, a la reducción de la contaminación con sustancias especialmente peligrosas, a la prevención y a la limitación del vertido de contaminantes en las aguas subterráneas y a la prevención del deterioro del estado de todos los cuerpos de agua subterránea como de las medidas para revertir la tendencia sustancial y continua de aumento de la concentración de cualquier contaminante resultado del impacto de la actividad humana, para los cuerpos de agua subterránea.

También se ha hecho mención clara del concepto de plano-directriz, que representa el principal instrumento de planificación, desarrollo y gestión del agua en el nivel de cuenca hidrográfica y de sus partes, es decir, el Plan de Acondicionamiento de Cuenca Hidrográfica y el Plan de Gestión de Cuenca Hidrográfica.

Se han introducido regulaciones relativas a la inyección en capas muy profundas de las aguas que contienen sustancias resultantes de las operaciones de exploración y extracción de hidrocarburos o de la actividad minera, del desarrollo de la actividad de la construcción, de ingeniería civil y de obras públicas, así como de otras actividades similares en o dentro del suelo, que entran en contacto con los cuerpos de agua subterránea, condiciones relativas a la inyección del gas natural o del gas petróleo licuado con el fin de almacenarlo en formaciones geológicas, así como la regulación de inyecciones de pequeñas cantidades de sustancias para la caracterización, la protección o la subsanación de los cuerpos de aguas subterráneas con fines estrictamente científicos.

Asimismo, se han añadido regulaciones relativas al derecho de uso de los perímetros del dominio público de las aguas en los que se ejecutan actividades de extracción de productos minerales y a las obligaciones de las personas jurídicas que realizan extracciones de productos minerales en terrenos ubicados en el dominio público de las aguas, con respecto a la obtención de todas las aprobaciones y las autorizaciones legales.

Ha sido necesaria la mención de nuevos hechos para establecer delitos en el sector de las aguas, es decir: expedición de la autorización de construcción sin aprobación de ubicación/aprobación de gestión del agua; incumplimiento de la obligación de los habitantes o de las unidades de administrativas-territoriales, mediante las autoridades públicas locales, mantenimiento de los cauces de los cursos de agua en las zonas establecidas; falta de regulaciones de explotación y de planes de advertencia-alarma en los titulares de presas y de embalses, conexiones para abastecimiento con agua, con o sin presa, tanto como la falta de actualizaciones de estas; expedición de la autorización de construcción para colocar en los cauces mayores nuevos objetivos económicos o sociales, incluyendo nuevas viviendas, sin la aprobación o la autorización de gestión de las aguas.

Asimismo, ha sido necesario reformular, dentro del anexo núm. 3, «El contenido mínimo de los planes-directrices de acondicionamiento y de gestión de la cuenca hidrográfica y de los programas de medición relacionados», parte C, «Contenido de los programas de medición», la prevención relativa a la autorización previa y a los controles relativos a muestras de aguas superficiales y subterráneas y de embalse de agua superficial, incluyendo la necesidad de la redacción de un registro de las muestras de agua extraídas. Los resultados de los controles se revisarán de modo periódico y, cuando proceda, se actualizarán. Se exceptúa de control la toma de muestras o el embalse que no tiene un impacto sustancial sobre el estado del agua.

Asimismo, es necesario reformular y reestructurar el anexo núm. 4, «Análisis económico», que incluye dos partes, es decir: El análisis económico de la gestión y del uso sostenible del agua en la cuenca hidrográfica y el análisis económico en el contexto del Programa de medición, que representa una sección clave del Plan de Gestión por Cuencas Hidrográficas, para un mejor entendimiento y correlación con la experiencia práctica y con la terminología consagrada del proceso de implementación de las disposiciones de la Ley de Aguas núm. 107/1996, modificada.

XIII. POSIBILIDADES DE CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE LA DMA

Un análisis completo y realista, que tenga en cuenta la dinámica del contexto político, el marco y las influencias de la crisis económica y la dependencia entre el cumplimiento de los objetivos de las regulaciones de la DMA y los objetivos incluidos en otras Directivas (relativas al agua potable, a las aguas usadas, a los nitratos), muestra que el alcance de las metas medioambientales en diciembre de 2015 será parcial. Por lo tanto, mientras que el buen estado de las aguas superficiales, subterráneas, y el cumplimiento de los objetivos para áreas protegidas tiene como plazo de cumplimiento el mes de diciembre de 2015, en otros sectores se han negociado y se han acordado plazos para el período 2015-2018 y excepciones correspondientes al período 2021-2027.

Al mismo tiempo, se observan en la actualidad algunas discrepancias sobre el cumplimiento de las obligaciones de implementación ahora exigibles.

XIV. GESTIÓN DE LAS AGUAS DEL DANUBIO EN EL CONTEXTO DE LA DMA

Como Demarcación internacional en la que participan también Estados ajenos a la UE, la del Danubio está sometida a un régimen especial, definido mediante la obligación de los Estados miembros de la UE «de hacer todos los esfuerzos necesarios para establecer una coordinación adecuada junto con los países terceros, con el fin de alcanzar los objetivos de la Directiva Marco en toda la Demarcación hidrográfica» (artículo 3.º 5 de la Directiva); en cualquier caso, estos deben garantizar que en su territorio se aplican las normas adecuadas de la Unión Europea (artículo 35) y cooperar con los Estados terceros involucrados para redactar un plan de gestión adecuado⁽¹⁵⁾.

Con esta finalidad, existe la posibilidad de utilizar para la coordinación una estructura ya existente, que deriva de acuerdos internacionales (artículo 3.º 4). Dentro de este contexto jurídico general, en noviembre de 2000, los Estados que forman parte del Convenio de Sofía han manifestado su voluntad de aceptar los objetivos de la Directiva Marco y de coo-

(15) Para una presentación más amplia del régimen de protección y gestión sostenible de las aguas del Danubio, véase también: DUȚU, Mírcea (2009): «La gestión de la cuenca hidrográfica del Danubio en el contexto de la Directiva Marco del Agua de la UE», en el volumen *Gestión del Agua y Descentralización Política*; Thomson Reuters, Cizur Menor.

perar, bajo la coordinación del ICPDR, para realizar un único PGDHD, en el nivel de toda la cuenca del río.

El PGDHD tiene dos partes: La parte A: El plan general, que contiene los problemas importantes relacionadas con las cuencas que tienen efectos transfronterizos y que hacen referencia a: los ríos principales con cuencas > 4000 km²; los lagos con superficies > 100 km²; los acuíferos transfronterizos con superficie > 4000 km², el Danubio, el Delta y las aguas costeras. La parte B: Los planes nacionales de gestión de los países del Danubio.

Tomando los principios de la Directiva, se ha establecido el siguiente índice general del Plan general:

- una descripción general de las características de la cuenca;
- un resumen de las principales presiones y del impacto de las actividades humanas sobre las aguas superficiales y subterráneas;
- un mapa de las redes de monitoreo;
- una lista de objetivos medioambientales;
- un resumen del análisis económico del uso del agua;
- un resumen del programa de medidas;
- un resumen de las medidas para informar al público.

El calendario de los objetivos que es preciso alcanzar es el siguiente:

2004 – La caracterización de la cuenca: presiones, impacto y análisis económico (artículo 5.º DCA);

2006 – La creación de la red de monitoreo (artículo 8.º);

2008 – La presentación del Plan de gestión (artículo 13);

2009 – La finalización del Plan de gestión, incluso de los programas de medidas (artículos 11 y 13);

2010 – La introducción de medidas fiscales (artículo 9.º);

2012 – Hacer operativos los programas de medidas (artículo 11);

2015 – Alcanzar los objetivos medioambientales (artículo 4.º);

2021 – La finalización del primer ciclo de gestión (artículos 4.º y 13);

2027 – La finalización del segundo ciclo de gestión (artículos 4 y 13).

Redactado en 2009, el PGDGD ofrece una presentación detallada de la cuenca del Danubio y está descrito por algunos científicos como uno de los estudios más completos que se han hecho para la cuenca fluvial más internacional del mundo. Se estableció también un Programa común de medidas, es decir, actividades de apoyo para los más de

Como Demarcación internacional en la que participan también Estados ajenos a la UE, la del Danubio está sometida a un régimen especial.

25117 km de aguas incluidos en la red de ríos investigados, utilizando el enfoque «curso de agua receptora», cuya meta es el desarrollo sostenible de los recursos hídricos en la cuenca internacional del Danubio desde la perspectiva de los requisitos clave que derivan de la DMA. Los países extracomunitarios aceptaron y aplicaron las disposiciones de la DMA, contribuyendo así a la implementación de sus objetivos complejos. Se han hecho esfuerzos enormes para la aplicación y el uso de los nuevos métodos de recolección y de los sistemas de clasificación. Ha sido un esfuerzo de cooperación necesario para la aplicación coherente de los objetivos acordados y para alcanzar los objetivos transnacionales y nacionales. De forma paralela y complementaria al Plan de Gestión que incluye una estrategia coordinada para toda la cuenca, los países del Danubio también elaboraron Planes de Gestión Nacionales.

XV. CONCLUSIONES

La opción de la UE de fijar y promover los elementos principales de su política de aguas mediante la DM permitió cierta flexibilidad y adaptabilidad, que eran absolutamente necesarias, en vista de las particularidades del sector, basándose en la situación de «interdependencia hidrológica» y en los mecanismos específicos operables desde el punto de vista jurídico e institucional. Como cualquier Directiva, tanto más en el caso de una Directiva Marco, establece los objetivos comunes que se tienen que alcanzar, los plazos correspondientes, redistribuye los papeles de la Unión, de los Estados y de las entidades infraestatales, dejando al criterio de las autoridades nacionales la elección de las formas y de los medios utilizados para alcanzar esos objetivos. Desde este punto de vista, a pesar de sus faltas, encabezadas por la imprecisión de ciertas disposiciones, que puede llevar a una aplicación dividida en los Estados miembros⁽¹⁶⁾, la DMA tiene el mérito de establecer el marco legal común para la gestión integrada de los recursos hídricos, fomenta cierta visión, asume una serie de principios y emplea los métodos y los instrumentos adecuados de aplicación de las medidas generales previstas, favoreciendo de esta manera el surgimiento del derecho común de aguas para los 27 Estados miembros de la UE, pero, además, mediante la fuerza de la influencia del modelo y junto con la tendencia a la continentalización, lleva a pensar en un futuro «derecho europeo de aguas».

En este proceso, con la transposición al derecho interno de la DMA, cada Estado miembro, más sus tradiciones y experiencias, aporta una contribución propia, dando lugar a un fenómeno jurídico complejo, de conformidad con el principio de la unidad en la diversidad y el equilibrio entre los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de la UE y las reglas específicas del derecho interno de los países involucrados.

Asimismo, la recepción del marco legal común en el ámbito de aguas presenta una serie de peculiaridades relacionadas con las tradiciones nacionales, con las realidades con-

(16) LEVASSEUR, M. (2003): «La mise en oeuvre de la Directive cadre européenne sur l'eau núm. 2000/60/CE en France: Quelle pertinence pour quels résultats?», en la revista *Droit environnement*, diciembre, núm. 117, pp. 259-263; THIEFFRY, P. (2007): «La directive-cadre sur l'eau: transposition, encadrée, mise en oeuvre, au fil de ... l'eau», *AJDA*, pp. 1117 y ss.

cretas, con las prioridades estratégicas y con los elementos específicos del sistema jurídico de asimilación del derecho de la UE.

Este tipo de consideraciones son válidas también para Rumanía. Al llegar a la UE, junto con Bulgaria, durante la última ampliación (1 de enero de 2007), Rumanía transpuso en sus propios términos la DMA: sin ninguna experiencia importante en cuanto a la aplicación de las Directivas UE en general y de las Directivas sobre aguas en particular (mientras que la mayoría de los Estados miembros habían tenido ya la experiencia de la transposición de la primera serie de Directivas en este campo, desde mediados de los 70), la existencia de una tradición rigurosa de planificación y gestión de aguas (especialmente según el modelo francés), la elaboración después de 1989 de una nueva legislación ambiental, de amplio alcance europeo e internacional, que incluye, entre otras, la Ley de Aguas núm.107/1996, con la ambición de captar y expresar las soluciones más avanzadas en este campo, teniendo en cuenta también la situación concreta del país y de sus aspiraciones de integración euroatlántica, se facilitó el proceso de transposición de la DMA como tal. También como una característica de este proceso, la recepción de la normativa marco en el derecho rumano se desarrolló en dos fases distintas pero continuas: la primera se desarrolló en el contexto de la adopción del acervo comunitario en el ámbito del medio ambiente, con la aproximación de la legislación nacional a las reglamentaciones correspondientes de la UE, durante la preparación para la adhesión, expresada principalmente con la modificación de la Ley núm.107/1996 mediante la Ley núm.310/2004 y la Ley núm.112/2006, y continuada con el Tratado relativo a la adhesión de Rumanía a la UE (que estableció una serie de períodos de transición en cuanto al alcance de los objetivos UE en materia de aguas); la segunda, en curso de ejecución ahora, después de la adhesión a la UE (2007), expresada mediante la continuación del proceso de transposición de las disposiciones de la DMA, bajo la condición de Estado miembro de la UE de Rumanía, incluso bajo el impacto del inicio del procedimiento por incumplimiento iniciado por la Comisión Europea en 2008 y que se refleja en la adopción de la Ordenanza de Emergencia del Gobierno núm. 3/2010. De este modo se llegó a establecer un marco legal interno de gestión integrada de aguas, compatible, por lo menos desde el punto de vista formal y jurídico, con lo consagrado en el derecho de la UE, y en curso de transposición en otros Estados miembros, cuya tendencia es enriquecerse con nuevas experiencias, ajustes e intentos mutuos de hacerlos compatibles.

Como consecuencia de las transformaciones que tuvieron lugar y que tendrán lugar bajo el efecto de la transposición de la DMA, el derecho rumano de aguas ha conocido un amplio fenómeno de europeización y posmodernización que, basado en las tradiciones preexistentes en la materia y con las particularidades en relación con las realidades concretas de aplicación, ha generado una nueva fase de desarrollo de la legislación, de los conceptos y de las instituciones jurídicas en este campo. Con la interacción de los efectos producidos en los derechos internos de los 27 estados miembros de la UE y a nivel de la Unión Europea y las influencias sobre los terceros países, se han creado las condiciones que definen la constitución del nuevo derecho de aguas, común y relativamente uniforme, con la tendencia a convertirse en operable —efectivamente o como modelo— a nivel del entero continente. Y como el 54% del continente europeo está recorrido por las grandes vertientes hidrológicas, muchas de ellas transfronterizas, el derecho de aguas pasa a tener un papel muy importante en la configuración de la infraestructura jurídica continental.

Revista de Derecho Administrativo

Justicia Administrativa

JURISPRUDENCIA EUROPEA

LA JURISPRUDENCIA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA MARCO DE AGUAS EN PAÍSES EUROPEOS DISTINTOS DE ESPAÑA

CARMEN TIRADO ROBLES

*Profesora titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales
Universidad de Zaragoza*

RESUMEN

La jurisprudencia sobre la aplicación de la Directiva Marco de Aguas en países europeos distintos de España

Este trabajo se centra en el estudio de la jurisprudencia del TJUE sobre la DMA desde un punto de vista global, es decir, un análisis jurisprudencial que clasifica las sentencias del TJUE teniendo en cuenta el tipo de recurso planteado y cómo se tiene en cuenta la DMA en cada uno de los casos, si es el centro de la resolución o solamente se cita de pasada esta norma, si se trata de una sentencia o son las conclusiones del abogado general en el caso donde se tiene en cuenta la norma citada. Todo ello con la intención de extraer una serie de conclusiones sobre la forma en que se ha interpretado la DMA, qué disposiciones de tal norma se han incumplido de manera más reiterada o que aspectos son más difíciles de cumplir por parte de los Estados.

Palabras clave: Jurisprudencia; DMA; aplicación; interpretación.

ABSTRACT

Jurisprudence on the application of the Water Framework Directive in European countries other than Spain

The present research focuses on the study of ECJ jurisprudence on the WFD from a global vantage point, i.e. a jurisprudential analysis that classifies ECJ judgment by taking into consideration not only the types of cases and the way the WFD is accounted for in each of the cases, but also if WFD is the center of the decision of the ECJ or if it is only cited obiter dictum, if we have a judgment or just the conclusions of Advocate General in the case where you consider the cited rule. All this is done with the intention to draw a number of conclusions about the way the ECJ has interpreted the WFD, about which provisions of this rule will have failed to be complied with more repeatedly or which aspects are more difficult to be met by the Member States.

Key words: Jurisprudence; WFD; implementation; interpretation.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. RECURSOS POR INCUMPLIMIENTO.

1. Incumplimientos formales.

2. Incumplimientos materiales.

- A) La condena a Luxemburgo: primer caso de incumplimiento material de la DMA.
- B) El incumplimiento de los artículos 5.º y 15 de la DMA.
- C) Los casos de incumplimiento de los artículos 13 a 15 de la DMA.
- D) El incumplimiento de los artículos 8.º y 15 por parte de Malta.

III. CUESTIONES PREJUDICIALES.

IV. CONCLUSIONES.

V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo del marco comunitario en materia de aguas tiene una posición central, evidentemente, la DMA, así como las normas que la han ido desarrollando en estos 12 años de andadura. En este período ha sido de especial trascendencia la labor del TJUE en lo que se refiere a la fijación de la interpretación correcta de los términos de esta normativa y a su adecuada aplicación en los diferentes Estados miembros. Así, del Tribunal de Justicia ha ido emanando una importante jurisprudencia, centrada sobre todo en recursos de incumplimiento, aunque asimismo hay que tener en cuenta ya la primera cuestión prejudicial y algunas conclusiones de abogados generales que también citan la DMA en apoyo de sus argumentos. Para un estudio detallado de esta jurisprudencia podríamos distinguir *grosso modo* tres diferentes períodos:

En el primer período, que coincide con los primeros años de entrada en vigor de la DMA y que puede darse por finalizado en el año 2006, la jurisprudencia del Tribunal se centra en recursos de incumplimiento contra los Estados miembros que no cumplen con el plazo de transposición al ordenamiento nacional de los términos de la Directiva (22 de diciembre de 2003) o contra Estados que, aun habiendo cumplido, en todo o en parte, la obligación de transposición, no han comunicado a la Comisión este extremo. Podríamos decir que se trata de incumplimientos formales o de importancia menor, ya que no se trata de una violación frontal de la norma sino de un mero retraso, puesto que, a la larga, todos los Estados han ido cumpliendo con esta obligación⁽¹⁾.

En un segundo período, que comienza en el año 2006⁽²⁾, la labor del Tribunal se centra también en incumplimientos de los Estados aunque con un grado mayor de importancia, ya que se acusa a los Estados de incumplimientos materiales de la Directiva, centrados en las obligaciones que le incumben a cada Estado según esta. En este punto hay que tener en cuenta que una parte importante de los recursos por incumplimiento se centra en los

(1) En la actualidad, los 27 Estados han comunicado a la Comisión varias normas nacionales de transposición de la Directiva (desde Malta, que ha informado a la Comisión de un solo acto de transposición: Malta Resources Authority Act, 2000 (act no. xxv of 2000) ENVIRONMENT PROTECTION ACT, 2001 (act. no. xx of 2001), Water Policy Framework Regulations, 2004. Acto jurídico: *Regolament*, número: LN194/04; Diario Oficial: *The Malta government gazette*, número: 17571, Fecha de publicación: 23/04/2004, página: 02595-02760; referencia: (MNE (2004)59786), a Reino Unido, que ha comunicado ya noventa y nueve actos jurídicos con este mismo fin: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72000L0060:ES:NOT#FIELD_UK>. España hasta la fecha ha comunicado ya seis actos de transposición, de los cuales se ha de destacar, por ser el primero en el tiempo y el que supone una mayor modificación de la normativa española para adaptarse a este nuevo marco comunitario, el de la Ley 62 de 30 de diciembre de 2003, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en cuyo artículo 129 se contiene la modificación y adición de diversos artículos al Texto Refundido de la Ley de Aguas, Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio.

(2) Con el Asunto C-32/05, Comisión/Luxemburgo, Sentencia de 30 de diciembre de 2006.

artículos 13 a 15 de la Directiva, aunque en otros casos los artículos incumplidos son otros, como el 5.º, cuyo incumplimiento es analizado en numerosas sentencias, o los artículos 4.º, 7.º, 8.º, 10 y 14.

Finalmente, y coincidiendo en el tiempo con el punto anterior, el TJUE ha resuelto la primera cuestión prejudicial centrada en la DMA y originada por un tribunal griego en un asunto relativo un trasvase de aguas entre cuencas griegas.

Además de repasar todos estos casos, ya concluidos por parte del Tribunal o todavía pendientes, donde la DMA es la norma sobre la que versa cada asunto en cuestión, veremos también algunos casos en que la DMA es citada en las conclusiones de abogados generales aunque finalmente en la sentencia no se cite tal normativa, algunos autos de desistimiento donde, en definitiva, el Estado incumplidor cumple y la Comisión decide no seguir con el caso, y otros casos donde la DMA no es la norma principal del caso pero el Tribunal sí que la cita *obiter dictum* o de pasada.

En todo caso, vamos a analizar esta treintena de casos, intentando extraer, al final de tal análisis, unas conclusiones que definan la opinión del Tribunal sobre cuál debe ser, en esencia, la manera correcta de aplicar e interpretar esta norma tan trascendental para todo el territorio de la Unión. No haremos referencias específicas y detalladas de las sentencias en las que intervenga España, pues aparecen en este volumen varios análisis centrados en la aplicación en España de la DMA, por lo que nos remitimos a ellos para el análisis de las interesantes sentencias en las que es España el país implicado.

Así, distinguiremos dos grandes apartados en este análisis jurisprudencial:

- Recursos por incumplimiento, en donde se contemplarán los autos de desistimiento de la Comisión, los casos de simple retraso en el cumplimiento así como los incumplimientos materiales.
- Cuestiones prejudiciales, en las que la DMA ha aparecido mencionada por el TJUE no de manera fundamental, solo de pasada y, especialmente, el primer, y hasta ahora único caso, en que se ha preguntado por parte de un tribunal nacional por la DMA para su interpretación por parte del TJUE.

Hacemos aquí solo una referencia a que existen conclusiones de los abogados generales que, en algunos casos, citan la DMA como norma trascendente para solucionar el caso y, en otros asuntos, solo la citan de pasada. En todos estos casos la norma no ha sido tenida en cuenta por el TJUE para argumentar su sentencia, de modo que ha quedado «opacada» y solo aparece en las conclusiones y no en la sentencia final⁽³⁾.

(3) Vid. Asuntos C-474/10, Seaport (NI) y otros, conclusiones de 14 de julio de 2011; el Asunto C-266/09, Stichting Natuur en Milieu y otros, conclusiones de 23 de septiembre de 2010, donde, en su apartado 57, se cita la DMA para definir los elementos de lo que se entiende por medio natural y en el Asunto C-335/07, Comisión/Finlandia, conclusiones de 26 de marzo de 2009, conjuntamente con el Asunto 438/07, se denuncia por incumplimiento a Suecia y a Finlandia. En las conclusiones del abogado general, el Gobierno sueco cita la definición de cuenca hidrográfica de la Directiva marco, aunque el incumplimiento versa sobre el nitrógeno vertido al mar Báltico con las aguas residuales urbanas, cuyo tratamiento está regulado en la Directiva 91/271/CEE.

II. RECURSOS POR INCUMPLIMIENTO

Como se sabe, la Comisión puede iniciar este procedimiento si tiene razones para creer que un Estado miembro no cumple sus obligaciones conforme a la normativa de la UE. El procedimiento puede ser iniciado también por otro Estado miembro, aunque esta situación es menos habitual en la práctica, mientras que, en el caso de la Comisión, está cumpliendo su tarea fundamental como «guardiana de los Tratados».

En cualquier caso, el Tribunal investiga las alegaciones y dicta sentencia. Si el Tribunal declara que se ha producido un incumplimiento, el país de que se trate está obligado a adoptar inmediatamente las medidas necesarias para ponerle fin. Si el Tribunal comprueba que el país no ha cumplido su sentencia, puede multarlo⁽⁴⁾.

En este apartado, y como curiosidad, hay que citar en primer lugar la Sentencia de 10 de mayo de 2001 en el Asunto C-152/98, en el que se cita la DMA aunque esta no había entrado todavía en vigor cuando el TJCE elaboraba su fallo. Publicada la sentencia, la DMA ya había entrado en vigor pero todavía no había finalizado el plazo de transposición. Se trata de un caso en que la Comisión demandó a los Países Bajos por el incumplimiento de la Directiva 76/464/CEE, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad⁽⁵⁾, y del artículo 189 del Tratado de la CE, al no haber procedido a adaptar en suficiente medida el Derecho interno al artículo 7.º, apartados 1 a 3, de dicha Directiva. En esta sentencia, el TJCE cita la DMA dentro del marco normativo de la sentencia, en su apartado 15 como norma aún en elaboración, y se tiene en cuenta también después, en su apartado 19⁽⁶⁾ como parte de la argumentación del Gobierno neerlandés en el sentido de que la adopción de la nueva Directiva, junto con otras normas, hubiera modificado el criterio seguido por la Comunidad en lo relativo a las estrategias para combatir la contaminación del agua, lo que finalmente no es asumido por el TJCE, que condena a Países Bajos por incumplimiento.

1. Incumplimientos formales

Tras esta referencia, pasamos ahora a analizar los cuatro primeros casos en que se condena a sendos Estados miembros por incumplimiento aunque, como hemos comentado ya, estos procedimientos implican no un incumplimiento material de la Directiva sino un mero retraso en el cumplimiento. Son cuatro casos⁽⁷⁾ en los que la Comisión demanda a Portugal,

(4) Sobre el recurso de incumplimiento es abundante la literatura, tanto en español como en otros idiomas, por lo que señalamos solo a título de ejemplo BLÁZQUEZ PEINADO, M.ªD.: *El procedimiento contra los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario*, Universitat Jaime I, Castellón de la Plana, 2001; MOREIRO GONZÁLEZ, C., y ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J.: «Procedimiento por incumplimiento» en *Derecho de la Unión Europea, Bases de conocimiento jurídico*, Iustel, 2009 <<http://www.iustel.com/v2/c.asp>>.

(5) DO L 129, p. 23; EE 15/01, p. 165.

(6) Además, concluye el Gobierno neerlandés, al establecer una lista de sustancias prioritarias, la nueva Directiva marco prevé una aplicación global de los sistemas de valores límite de emisión, lo que supone privar de toda pertinencia a las obligaciones previstas en la Directiva 76/464.

(7) C-118/05, Comisión/Portugal, Sentencia de 11 de marzo de 2006; C-85/05, Comisión/Italia, Sentencia de 11 de marzo de 2006; C-67/05, Comisión/Alemania, Sentencia de 11 de febrero de 2006 y C-33/05, Comisión/Bélgica, Sentencia de 25 de febrero de 2006.

Italia, Alemania y Bélgica durante el 2005, y las sentencias se conocen ya en 2005 o en 2006. En primer lugar llama la atención la rapidez con la que el TJCE resuelve estos casos, muchos de ellos en menos de un año⁽⁸⁾.

La primera de ellas en el tiempo es la que resuelve el caso contra Bélgica, en el Asunto C-33/05, en el cual el informe motivado de la Comisión es de 6 de septiembre de 2004 y refiere el incumplimiento por parte del Estado en cuanto a la transposición de la DMA en la Región Valona y la Región de Bruselas-Capital, aunque durante el procedimiento precontencioso Bélgica demuestra el cumplimiento íntegro de la transposición en la primera de las dos regiones implicadas, por lo que, finalmente, la Comisión presenta su recurso de incumplimiento solamente respecto a la región de Bruselas-Capital. Al respecto, el Tribunal hace interesantes afirmaciones en torno al cumplimiento de las obligaciones de transposición que implica una directiva comunitaria; por ejemplo, en el apartado 16 de la sentencia indica⁽⁹⁾:

«(...) la transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle des termes de cette dernière dans une disposition légale expresse et spécifique et peut, en fonction de son contenu, se satisfaire d'un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise, afin que, au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales (voir, notamment, arrêts du 28 février 1991, Commission/Allemagne, C-131/88, Rec. p. I-825, point 6, et du 26 mai 2005, Commission/Suède, C-287/04, non publié au Recueil, point 6)».

Completa su argumentación en el apartado 18, donde afirma:

«(...) selon une jurisprudence constante, de simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate, ne sauraient être considérées comme constituant une exécution valable de l'obligation qui incombe aux États membres, destinataires d'une directive (voir, notamment, arrêts

El TJUE ha resuelto la primera cuestión prejudicial centrada en la DMA y originada por un tribunal griego en un asunto relativo a un trasvase de aguas entre cuencas griegas.

(8) Según el Informe anual del TJUE de 2011, la duración media de los procedimientos en los recursos directos es de algo más de 20 meses, mientras que en las cuestiones prejudiciales la duración media del procedimiento es de algo más de 16 meses, y esta media se mantiene prácticamente invariable desde el año 2000 (*vid.*, en este sentido, p. 114 de <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011_statistiques_cour_es.pdf y p. 91 de http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/06_cour_stat_2008-09-29_11-17-24_601.pdf>).

(9) En cuanto a la lengua de las citas jurisprudenciales, en el caso de sentencias que no han sido publicadas en español, la lengua común a todas ellas es el francés, por lo que se ha elegido esta lengua para citar dichas sentencias, ya que en varios casos no existe versión en inglés en la página del Tribunal.

Commission/Allemagne, précité, point 61, et du 14 avril 2005, Commission/Pays-Bas, C-146/04, non publié au Recueil, point 6)».

Pero, además, en relación con el cumplimiento concreto del contenido de la DMA, señala el Tribunal que Bélgica no ha demostrado en ningún momento su afirmación de que una de las disposiciones de la DMA, concretamente el artículo 3.º 3.º y 4.º de la DMA, hayan sido transpuestos mediante el Acuerdo internacional del Escalda⁽¹⁰⁾, firmado no solo por Bélgica sino también por sus tres regiones⁽¹¹⁾. El resultado final es que el Tribunal de Luxemburgo condena a Bélgica por incumplimiento el 15 de diciembre de 2005.

El siguiente caso de incumplimiento por retraso es el C-67/05 y el dictamen motivado de la Comisión es de fecha 9 de julio de 2004, en tanto que la sentencia, condenatoria del Estado demandado, es como la anterior, de 15 de diciembre de 2005. En el caso concreto se dilucida el incumplimiento de la DMA en los Länder de Berlín, de Hesse, de Mecklemburgo Pomerania Occidental, de Renania del Norte-Westfalia y de Sajonia-Anhalt. Para defender su posición, Alemania alega el cumplimiento mediante la adopción, a lo largo de 2005, de una serie de normas⁽¹²⁾, algunas de las cuales todavía no han sido adoptadas en el momento de presentar sus alegaciones. El Tribunal señala que su obligación es observar la situación del Estado en el momento de presentación del dictamen motivado por parte de la Comisión; además, y esto es algo que puede interesar, entre otros, a España:

«un État membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne, y compris celles découlant de son organisation fédérale, pour justifier le non-respect des obligations et délais prescrits par une directive».

Por todo ello condena a Alemania por incumplimiento, y también en costas, como es habitual.

(10) Acuerdo en el que se cita a la Directiva marco del agua desde su artículo 1 en numerosas ocasiones; por ejemplo, se remite a varias de sus definiciones, que se consideran complementarias de las definiciones del Acuerdo, además de que uno de los objetivos primordiales del Acuerdo es coordinar la puesta en marcha de los objetivos medioambientales contenidos en la Directiva marco, en particular todos los programas de medidas, para la demarcación hidrográfica internacional del Escalda.

(11) Concretamente hay que recordar en este punto que los citados apartados del artículo 3 de la DMA hacen referencia a la necesidad de que los Estados miembros agrupen las cuencas hidrográficas en demarcaciones hidrográficas internacionales cuando sea pertinente y, en ellas, cumplan los objetivos medioambientales requeridos por la norma de la Unión.

(12) A este respecto Alemania: «soutient que la transposition a été complétée dans le Land de Berlin par la publication, le 1.º mars 2005, de la dixième loi modifiant la loi berlinoise sur l'eau (Zehntes Gesetz zur Änderung des Berliner Wassergesetzes) et par l'adoption du règlement de mise en œuvre. Dans le Land de Saxe-Anhalt, la quatrième loi modifiant la loi sur l'eau du Land de Saxe-Anhalt (Viertes Gesetz zur Änderung des Wassergesetzes für das Land Sachsen-Anhalt) serait entrée en vigueur le 22 avril 2005 et le règlement de mise en œuvre devrait être adopté au cours du deuxième trimestre de l'année 2005. Dans le Land de Mecklembourg-Poméranie-Occidentale le règlement de mise en œuvre aurait été arrêté, tandis que la première loi modifiant la loi régionale sur l'eau (Erstes Gesetz zur Änderung des Wassergesetzes des Landes Mecklenburg-Vorpommern) devrait être adoptée le 25 mai 2005 et entrer en vigueur rétroactivement à compter du 22 décembre 2003. Dans les Länder de Hesse et de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, il serait prévu de transposer la directive pour le mois de mai de l'année 2005». Todas estas normas, evidentemente, se adoptaron con un retraso importante respecto al plazo final de transposición de la Directiva, que, como ya es sabido, se produjo el 22 de diciembre de 2003, y ello no cambia por el hecho de que alguna tenga efecto retroactivo.

Asimismo, como en el caso que acabamos de analizar, en el Asunto C-85/05, la Comisión presenta un dictamen motivado, el 9 de julio de 2004, contra el incumplimiento por parte de Italia de la DMA por no haber respetado el plazo de transposición o no haber comunicado a la Comisión las medidas nacionales adoptadas. A ello responde el Estado demandado que la Ley 308, de 15 de diciembre de 2004, que habilita al Gobierno a reorganizar, coordinar y completar la legislación en materia medioambiental, encarga al Gobierno la adopción de uno o varios decretos legislativos dirigidos a reorganizar, coordinar y completar las disposiciones legislativas en los sectores de la protección de las aguas contra la contaminación y de la gestión de los recursos hídricos. Además, Italia sigue argumentando que el Ministerio de Medio Ambiente y de Protección del territorio prepara los decretos legislativos para transponer la Directiva, que van a ser aprobados en cuanto sea posible y, en todo caso, en el respeto del calendario fijado por la Ley de habilitación. Como puede imaginarse, la Comisión deduce finalmente que el cumplimiento está muy claro y condena a Italia por incumplimiento de la DMA, y además en costas.

El último caso de retraso en el cumplimiento de la DMA es el que se produce en el Asunto C-118/05, en el que la Comisión presenta su dictamen motivado también el 9 de julio de 2004 contra Portugal. Como en los anteriores casos, el Estado demandado contesta en su defensa que la legislación de transposición de la DMA se está preparando o se va a adoptar en breve; concretamente, dice Portugal en su defensa que el proyecto de ley para la transposición de la norma comunitaria se ha completado ya desde el punto de vista técnico y que el procedimiento de aprobación está en curso. Además, Portugal desea hacer valer que, en razón del procedimiento legislativo nacional, que exige la aprobación parlamentaria, no se podrán dar las condiciones que permitan concluir el procedimiento legislativo hasta la fecha señalada en la memoria de la defensa portuguesa. Como no podía ser de otra forma, el TJUE rechaza las razones presentadas por Portugal al igual que hizo en los anteriores casos con los otros Estados, condenando al Estado también en costas por el incumplimiento de la DMA.

Los cuatro casos que hemos señalado han sido los cuatro únicos casos de condenas por incumplimiento del plazo de transposición de la DMA; a partir de estas fechas ya comienzan los casos de incumplimiento materiales, que pasamos a referir a continuación.

2. Incumplimientos materiales

Aquí comienzan los variados casos en que se ha dado un incumplimiento material, sustantivo, del contenido de la DMA, por lo que vamos a agruparlos principalmente teniendo en cuenta las disposiciones que han sido incumplidas.

Por otra parte, también hay que hacer notar que no va a haber referencia específica al Asunto C-516/07, en que la Comisión demanda a España por el incumplimiento del artículo 3.º de la DMA, ni al Asunto C-403/11, con reciente Sentencia de 4 de octubre de 2012, en el que también se demanda a España, en este caso por el incumplimiento de los artículos 13 a 15 de la DMA, ya que sobre estas cuestiones se ha dado cumplida cuenta en los estudios dedicados a la aplicación en España de la DMA en este mismo volumen, como ya hemos advertido anteriormente.

A) La condena a Luxemburgo: primer caso de incumplimiento material de la DMA

El primer caso de incumplimiento material se produce en el Asunto C-32/05, en el que la Comisión demanda a Luxemburgo por el incumplimiento de los artículos 2.º, 7.º y 14 de la DMA. Como señala Antonio EMBID⁽¹³⁾, el análisis de la sentencia resulta interesante no ya solo porque se puede reconocer la doctrina general en lo que se refiere a la labor normativa del Estado de transposición de las directivas al Derecho interno, sino también por las cuestiones relativas a la gestión del agua y a la aplicación, en concreto, de la DMA. Concretamente, la Comisión reprocha a Luxemburgo que no se haya producido una labor normativa de transposición de la DMA, tal y como se produjo, por ejemplo, en España, con la reforma de la Ley de Aguas.

Como en los casos que hemos analizado anteriormente, la Comisión emitió un dictamen motivado el 9 de julio de 2004 al que Luxemburgo responde señalando diferentes razones que intentan justificar el retraso en el cumplimiento de la DMA, pero es que, además, dicen las autoridades luxemburguesas:

«No obstante, las referidas autoridades precisaron que el retraso en la adaptación formal del Derecho interno a la Directiva no constituye en modo alguno un obstáculo al respeto de los diferentes plazos impuestos por esta».

Es decir, lo que Luxemburgo está diciendo es que la DMA no necesitaría una adaptación formal al Derecho luxemburgués, sino que este ordenamiento podría cumplir lo estipulado en la Directiva con la simple labor de los poderes públicos que dé cumplimiento a los objetivos de la Directiva. Concretamente, Luxemburgo alega la existencia de una norma nacional previa a la DMA que cumpliría dichos objetivos, la Ley de 29 de julio de 1993, relativa a la protección y a la gestión de las aguas.

En la sentencia, el TJUE analiza los distintos motivos de incumplimiento señalados por la Comisión; en el primer bloque el Tribunal responde a la cuestión de los retrasos en el cumplimiento: el primero relativo a la falta de comunicación a la Comisión de las medidas nacionales de cumplimiento de lo estipulado en el artículo 3.º de la DMA, en el que Tribunal desestima las razones de la Comisión relativas a la falta de comunicación por parte del Estado, aun reconociendo ciertas irregularidades en dicha comunicación (el escrito en el que se cumplía tal requisito no es mencionado nunca más por parte de Luxemburgo a lo largo de todo el procedimiento legislativo previo). Sin embargo, en lo que se refiere a la notificación por parte del Estado de las otras medidas nacionales para el cumplimiento de la DMA, el Tribunal estima los argumentos planteados por la Comisión respecto a la no comunicación de las medidas nacionales de transposición en tiempo adecuado, puesto que Luxemburgo solo presentó copia de la Ley de 1993 ya citada en su escrito de contestación a la demanda, de modo que el retraso en la comunicación es evidente. Por otra parte, en lo que se refiere al cumplimiento del artículo 7.º de la DMA, el Tribunal reconoce, sin embargo, que los artículos 18 y 19 de la Ley de 1993 citada cubrirían satisfactoriamente el contenido del artículo 7.º, apartado 3 de la DMA, pero, al

(13) «La Directiva marco del agua y algunos de los problemas de su proceso de implantación en España y otros países europeos», *Ingeniería y territorio*, núm. 80, 2007, vol. I, pp. 20 a 27.

haberse hecho la comunicación por parte del demandado tardíamente, tal como se comenta en el párrafo anterior, no podrían considerarse cumplidas tampoco en este punto las obligaciones de Luxemburgo respecto a la DMA. Así, en conclusión, en lo que se refiere a este primer bloque, el Tribunal indica que:

«el Gran Ducado de Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 24 de la Directiva 2000/60 al no haber comunicado a la Comisión las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que dan aplicación a dicha Directiva, con excepción de las relativas a su artículo 3.º».

Se trata pues, en este primer bloque de la sentencia, de un incumplimiento de carácter formal, como los casos que hemos visto con anterioridad. El segundo bloque de cuestiones se refiere a la no adopción, por parte de Luxemburgo, de las medidas necesarias para adaptar el Derecho interno luxemburgués a la DMA. Al respecto, estima Luxemburgo que la DMA:

«No se trata de una directiva de armonización de la legislación, sino solamente de una directiva que exige un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política del agua».

Además, subraya el hecho de que la DMA se centra en una serie de objetivos operacionales que deben cumplirse por parte de los Estados entre 2006 y 2015, por lo que el cumplimiento de la norma comunitaria no depende de la elaboración de medidas legislativas, sino más bien de acciones concretas, que, en el caso de Luxemburgo, se podrían cumplir perfectamente con los mecanismos de la Ley de 1993. Sin embargo, la Comisión indica que es fundamental, para el cumplimiento de la DMA, la adopción de medidas de adaptación tanto generales como particulares; especialmente se exige a los Estados la creación de un marco jurídico para la gestión de las aguas, tras lo cual deben adoptarse normas particulares y, sigue diciendo, este marco general, que es lo esencial, en el caso de Luxemburgo, no se crearía con la Ley de 1993.

Esta cuestión de la necesidad o no de elaborar una legislación de carácter general en cada Estado miembro, además de las medidas concretas, es el aspecto clave de la sentencia, lo que resuelve el Tribunal en el apartado 34 de la sentencia diciendo:

«Según los propios términos del artículo 249 CE, párrafo tercero, los Estados miembros pueden elegir la forma y los medios para dar cumplimiento a las directivas que mejor garanticen el objetivo por ellas perseguido. De esta disposición resulta que la adaptación del Derecho interno a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa en cada Estado miembro».

Encarga
al Gobierno
la adopción de uno
o varios decretos
legislativos
dirigidos a
reorganizar,
coordinar
y completar
las disposiciones
legislativas en el
sector de
la protección de las
aguas contra
la contaminación.

No obstante, sigue diciendo el Tribunal que:

«(...) en principio, no es preciso adaptar el Derecho nacional a una disposición que sólo trata sobre las relaciones entre los Estados miembros y la Comisión. No obstante, habida cuenta de que los Estados miembros tienen la obligación de garantizar la plena observancia del Derecho comunitario, la Comisión posee la facultad de demostrar que la observancia de la disposición de una directiva que regula esas relaciones necesita que se adopten medidas concretas para la adaptación del ordenamiento jurídico nacional».

Por tanto, la conclusión es que en cada caso habrá de determinarse a qué obliga cada directiva comunitaria, cuál es la extensión de la obligación de adaptación en cada caso concreto, ya que la práctica comunitaria demuestra que pueden existir muy diversos tipos de obligaciones para los Estados miembros en las distintas directivas aprobadas, que el Tribunal pormenoriza en los apartados 38 a 41 concluyendo finalmente que de ninguna disposición de la DMA se desprende que exista una obligación de los Estados miembros de adoptar una legislación marco para adaptar su legislación nacional a la DMA, aunque puede afirmarse que la adopción de una normativa general de ese tipo sería la forma más adecuada para la transposición de esta Directiva en concreto, y que facilitaría la labor de la Comisión, según afirmó el propio Gobierno luxemburgués en la vista. El Tribunal refuerza su argumento con afirmaciones de la propia Comisión:

«el mismo hecho de que, en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, la Comisión haya reconocido que el Gran Ducado de Luxemburgo ha adaptado su Derecho a determinadas disposiciones de la Directiva, en particular la mayoría de las disposiciones del artículo 3, así como al artículo 7, apartados 1 y 3, de la Directiva, y que haya admitido que no es necesario adaptar el Derecho interno al artículo 1, demuestra que una legislación marco no es indispensable para la adaptación del Derecho interno a las obligaciones previstas por dicha Directiva».

Dentro de este segundo bloque de razones de incumplimiento alegadas por la Comisión, también está la cuestión de si la Ley luxemburguesa de 1993 cumple el objetivo de adaptar el Derecho nacional a la DMA, y al respecto hay que señalar que el Gobierno luxemburgués, durante el procedimiento precontencioso, no informó debidamente de la existencia de la Ley de 1993 y dio a entender que la normativa nacional de transposición estaba a punto de aprobarse, no que ya existiera normativa que cumpliera ese objetivo. Por su parte, la Comisión indica que la adaptación al artículo 7.º 1.º de la DMA se realiza correctamente con la Ley de 1993 y que no es necesaria la transposición en concreto del artículo 1 de la DMA. Por tanto, solo queda por examinar el incumplimiento de los artículos 2.º, 3.º 4.º, 7.2.º y 14. Respecto al artículo 2.º, que contiene las definiciones de los conceptos esenciales de la DMA, el Tribunal indica que la Ley de 1993 no contiene definiciones esenciales de las cuales dependa el cumplimiento de otras obligaciones contenidas en la DMA, por lo que considera fundadas las razones de la Comisión respecto a esta disposición.

En lo que se refiere al artículo 3.º 4.º, indica Luxemburgo que todas sus demarcaciones hidrográficas son internacionales; concretamente le corresponden las del Rin vía el Mosela y la del Mosa vía el Chiers, y en ellas se han adoptado Acuerdos internacionales para cumplir efectivamente las obligaciones de coordinación de la DMA, según alega el Gobierno demandado en su escrito de duplica, lo que la Comisión no ha podido rebatir. Por lo tanto,

el Tribunal admite que el artículo 3.º 4.º de la DMA ha sido correctamente transpuesto por la legislación luxemburguesa mediante sendos Acuerdos internacionales.

Respecto al artículo 7.º 2.º, que impone a los Estados miembros respetar normas específicas de calidad para las masas de agua destinadas al consumo humano, la Comisión afirma que la Ley de 1993 no recoge ninguna disposición que adapte el Derecho interno a estas obligaciones. Además, el Tribunal señala que esta disposición dice que los Estados miembros velarán por que, en el régimen de depuración de aguas que se aplique, y de conformidad con la normativa comunitaria, el agua obtenida cumpla los requisitos de la Directiva 80/778, modificada por la Directiva 98/83/CE, por lo que se puede afirmar que impone a los Estados miembros obligaciones de resultado, formuladas de una manera clara e inequívoca para que sus masas de agua respondan, en particular, a los objetivos precisos del artículo 4.º de la Directiva. Por ello, Luxemburgo debería haber adaptado su ordenamiento jurídico interno a dicha disposición mediante la adopción de medidas de carácter imperativo en la fecha fijada por la DMA y, puesto que no lo ha hecho, el Tribunal considera fundadas las razones de la Comisión.

Por último, respecto al artículo 14, la Comisión indica que la Ley de 1993 no prevé ni la consulta e información públicas sobre la elaboración de los proyectos de los Planes Hidrológicos ni la participación del público en la aplicación de la Directiva, tal como exige esta disposición. Por su parte, Luxemburgo niega que del artículo 14 en relación con el 13 resulte que haya expirado el período de transposición, y que piensa respetar las obligaciones de participación del público que impone la Directiva. El Tribunal da la razón a la Comisión, considerando que:

«La inexistencia en el Derecho luxemburgués de toda medida de adaptación del Derecho interno no garantiza en absoluto la obligación según la cual las medidas nacionales para adaptar el Derecho interno deben hacer jurídicamente obligatorio para las autoridades nacionales competentes el plazo previsto en el artículo 13, apartado 6, de la Directiva y permitir a los particulares conocer con anticipación todos sus derechos en el ámbito de los procedimientos previstos en el artículo 14, apartados 1 y 2, de la Directiva».

En conclusión, el Tribunal, en esta destacada sentencia, condena a Luxemburgo por incumplimiento de la obligación de comunicar las medidas internas de transposición de la DMA, excepto en lo que se refiere al artículo 3.º de la Directiva, así como por incumplimiento de los artículos 2.º, 7.º, apartado 2, y 14 de esta Directiva, al no haber adoptado las disposiciones nacionales adecuadas a tal objetivo. Por tanto, en este caso, realmente la primera parte de la condena se produce por incumplimiento formal, como los que hemos recogido en el apartado anterior, mientras que solo la segunda parte de la condena, la referida a los artículos 2.º, 7.º, apartado 2, y 14 se produce por un incumplimiento material del Estado, lo que constituye la parte más interesante y novedosa de la sentencia.

B) El incumplimiento de los artículos 5.º y 15 de la DMA

Sentada esta jurisprudencia, el Tribunal ha analizado dos casos muy similares por los que ha condenado a dos Estados, Italia y Grecia⁽¹⁴⁾, por incumplimiento de los artículos 5.º y 15 de la DMA, debido a lo cual vamos a analizarlos conjuntamente:

(14) Vid. As. 85/07, Comisión/Italia, Sentencia de 18 de diciembre de 2007, y As. 264/07, Comisión/Grecia, Sentencia de 31 de enero de 2008.

Con poco más de un mes de diferencia, el TJUE condena en estas dos sentencias a los Estados mencionados por causas similares: en el caso de Italia se trata de un incumplimiento parcial, centrado en las demarcaciones hidrográficas de Serchio, parte de los Alpes orientales, así como las demarcaciones del Norte, del Centro y del Sur de los Apeninos, por no haber presentado los informes de síntesis sobre los análisis requeridos por el artículo 5.º 1.º de la DMA, tal y como señala el artículo 15.2.º de la DMA, y, en segundo lugar, por no haber efectuado los análisis y el estudio a que se refiere el artículo 5.º 1.º de la DMA.

En el caso de Grecia el incumplimiento es de carácter general y tiene su fundamento, según la Comisión, en que el Estado demandado no ha realizado para cada demarcación hidrográfica dentro de su territorio un análisis de características, un estudio de las incidencias de la actividad humana sobre el estado de las aguas superficiales y de las aguas subterráneas, así como un análisis económico del uso del agua, conforme a las especificaciones técnicas de los anexos II y III de la DMA, por lo que ha incumplido el artículo 5.º 1.º de la DMA y, por otra parte, al no presentar los informes de síntesis sobre los análisis requeridos en el mismo artículo 5.º 1.º, ha faltado a las obligaciones contenidas en el artículo 15.2.º de la DMA.

Como se ha recogido, el incumplimiento del artículo 152.º se produce exactamente por la misma razón en los dos Estados: no presentar los informes de síntesis requeridos por el artículo 5.º 1.º

En su artículo 5.º la DMA requiere a los Estados miembros la realización de un análisis de las características de las demarcaciones y de las repercusiones de la actividad humana, así como un análisis económico del uso del agua. Esta información es necesaria a fin de establecer una sólida base para que los Estados miembros elaboren programas de medidas encaminadas a lograr los objetivos establecidos en la Directiva. Cada Estado miembro velará, asimismo, por que estos análisis y estudios estén terminados dentro del plazo de cuatro años contados a partir de la entrada en vigor de la Directiva, es decir, como muy tarde el 22 de diciembre de 2004. Por otra parte, y según el artículo 15.2.º, los Estados miembros remitirán a la Comisión un informe resumen de dichos estudios como muy tarde el 22 de marzo de 2005.

Tanto en el caso de Grecia como en el de Italia, la Comisión esperó hasta el 18 de octubre de 2005 para dirigir una carta con sus observaciones sobre un posible incumplimiento de la DMA. En el caso de Italia el dictamen motivado tiene fecha de 4 de julio de 2006 y en el de Grecia es de 12 de octubre de 2006. En los dos casos, la Comisión no queda satisfecha con las respuestas de los Estados implicados y presenta recurso al Tribunal, lo que origina las sentencias que comentamos: el recurso contra Italia es de 15 de febrero de 2007, mientras que en el caso de Grecia se presenta el 24 de mayo de 2007. El caso en relación con Grecia va a solucionarse por parte del Tribunal de una manera bastante rápida, ya que Grecia responde con unos argumentos francamente débiles, pues indica simplemente que prevé lograr recoger toda la información y los análisis referidos en el artículo 5.º 1.º en el segundo semestre de 2007 y, por tanto, prevé también poder redactar los informes de síntesis previstos en el artículo 15.2.º a fines del 2007. A la vista de tal respuesta, evidentemente el Tribunal condena a Grecia por los dos motivos alegados por la Comisión.

En el caso de Italia, puede decirse que el Estado demandado elabora algo más su defensa y no es un simple «vamos a hacerlo» como en el caso de Grecia. En el caso italiano

se dice que la transposición tardía de la DMA por medio de Decreto legislativo 152, de 3 de abril de 2006, no ha permitido adoptar a nivel regional las medidas necesarias y, por otra parte, Italia pretende hacer valer el hecho de que el recurso se refiere a la falta de información de cuencas regionales de importancia menor en cuanto a la extensión afectada y, salvo la cuenca experimental del Serchio, el informe relativo a las cuencas nacionales implica la casi totalidad de los datos demandados. Según el Gobierno italiano, las actividades emprendidas hasta el momento constituirían la primera etapa de un proceso más largo.

El Tribunal apunta que Italia con esto no responde al incumplimiento del que se le acusa y, en concreto, si bien es cierto que Italia ha comunicado a la Comisión casi la totalidad de los datos requeridos en relación a sus cuencas hidrográficas nacionales, esto no hace que el Estado haya cumplido la obligación de información resultante de los artículos 5.º y 15 de la DMA en relación a las cuencas hidrográficas regionales. Por otra parte, el hecho de que la mayor parte de las cuencas regionales sea de poca importancia en cuanto a sus dimensiones no es pertinente para evitar el incumplimiento que se le reprocha.

En conclusión, el TJUE condena por incumplimiento a los dos Estados con sentencias bastante escuetas en las que también hay condena en costas para estos, dada la fragilidad de los argumentos presentados por los dos Estados demandados.

C) Los casos de incumplimiento de los artículos 13 a 15 de la DMA

Además del caso C-403/11, al que ya hemos hecho una remisión, se trata en este apartado de estudiar tres sentencias en las que el Tribunal condena a Portugal, Grecia y Bélgica por el incumplimiento de los artículos 13 a 15 de la DMA. Hay que decir, en primer lugar, que las sentencias referidas a Bélgica y a Grecia son prácticamente idénticas, al menos en lo que se refiere al fallo resultante en ambas, y muy similares al caso portugués, por lo que vamos a analizarlas conjuntamente tomando como guía el primero de los casos en el tiempo, el que se sustancia contra Portugal.

A Portugal se dirige la Comisión el 4 de junio de 2010 habiendo observado que este Estado miembro no ha adoptado ni publicado los planes de gestión de sus demarcaciones hidrográficas internacionales ni, al menos, de la parte nacional de sus demarcaciones hidrográficas, tal como pide el artículo 13 de la DMA a más tardar el 22 de diciembre de 2009; tampoco ha comunicado a la Comisión información sobre tales planes, como indica el artículo 15 de la DMA (a más tardar, el 22 de diciembre de 2010) y, además, tampoco se deduce de la situación planteada que el público haya podido participar en la elaboración de tales planes, tal como exige el artículo 14 de la misma norma. A esto

El Tribunal condena a Luxemburgo por incumplimiento de la obligación de comunicar las medidas internas de transposición de la DMA.

responde Portugal, en primer lugar, diciendo que admite el retraso del que le acusa la Comisión pero que, en lo que se refiere al artículo 14, va a tener preparada la legislación que permita la participación del público en el 2011. La Comisión, por tanto, presenta dictamen motivado el 28 de octubre de 2010, y la respuesta de Portugal el 10 de enero de 2011 no satisface a la institución, de modo que presenta el recurso (Asunto C-223/11), con las acusaciones ya señaladas.

La defensa de Portugal ante el TJUE es la siguiente:

- En lo que se refiere al incumplimiento del artículo 13.6.º de la DMA, el Estado señala que, en lo que se refiere a su territorio continental, la transposición estará lista en 2012 y, en lo que se refiere a las Azores, la legislación estaría preparada entre los meses de septiembre y diciembre de 2011; en cuanto a Madeira, los trabajos están realizándose. De ello, el TJUE concluye el claro incumplimiento de la citada disposición.
- En cuanto a la violación del artículo 14.1.º c) de la DMA, Portugal presenta una serie de datos confusos sobre la posibilidad de participación del público, como unas jornadas de trabajo o la puesta a disposición en el portal de Internet del Gobierno regional de Azores de una serie de documentos, de todo lo cual el TJUE no puede deducir que se haya cumplido con el citado artículo de la DMA.
- En cuanto a la violación del artículo 15.2.º, resulta clara tras lo apuntado por las partes y el TJUE en lo referido al artículo 13.

En vista de lo alegado, el Tribunal concluye, en Sentencia de 21 de junio de 2012, que Portugal ha incumplido la DMA por no publicar los planes de gestión de las demarcaciones nacionales e internacionales antes de diciembre de 2009, por no publicar y no someter a las observaciones del público los proyectos de planes de gestión antedichos antes de diciembre de 2010 y por no transmitir a la Comisión las copias de estos planes en los tres meses siguientes a su publicación.

En los casos de Grecia y Bélgica, la defensa es, si cabe, mucho más débil que en este caso anterior, puesto que los dos Estados admiten desde el primer momento que no han cumplido con las obligaciones de la DMA en los puntos señalados por la Comisión en su dictamen motivado, y después, en su recurso ante el TJUE, ambos Estados se limitan a contestar al recurso señalando el estado de avance de sus trabajos de transposición de la DMA; por ejemplo, Grecia señala que sus planes de gestión de las demarcaciones hidrográficas estarán preparados en 2012 en lo que se refiere a las demarcaciones nacionales, mientras que en el caso de las internacionales se limita a señalar sus esfuerzos de coordinación, por lo que el 19 de abril de 2012 el TJUE condena a Grecia por el incumplimiento de los artículos 13.1.º a 3.º y 6.º, 15.1.º y 14.1.º c) de la DMA. En el caso de Bélgica, se le imputa la no adopción de los planes de gestión de las demarcaciones internacionales del Escalda, del Mosa, del Rin y del Sena, y el Estado demandado responde señalando el estado de avance de sus trabajos en las regiones de Bruselas y Valonia, en las cuales los trabajos se prevén finalizados como pronto a fines de 2010. Ante tal situación la Comisión presenta recurso por incumplimiento que es registrado en el TJUE como Asunto C-366/11 y en el que el citado órgano judicial debe concluir, el 24 de mayo de 2012, que:

«Or, à cet égard, il est constant que, à l'expiration du délai imparti dans l'avis motivé, la Région de Bruxelles-Capitale n'avait pas produit le PGDH de l'Escaut et que la Région wallonne n'avait pas produit les PGDH de l'Escaut, de la Meuse, du Rhin et de la Seine. À cette date, le Royaume de Belgique n'avait donc pas encore communiqué à la Commission les copies de tous les PGDH lui incombant.

Il est également constant que, à l'expiration du délai imparti dans l'avis motivé, la Région wallonne n'avait pas pris toutes les mesures d'information et de consultation du public requises à l'article 14, paragraphe 1, sous c), de la directive 2000/60».

Así, el incumplimiento lo es de los artículos 13.2.º, 3.º y 6.º, 15.1.º y 14.1.c) de la DMA prácticamente igual que en los casos anteriores. Como se ha podido constatar, en estas tres sentencias, la Comisión no ha debido esforzarse especialmente en la acusación de incumplimiento a ninguno de los tres Estados, ni el Tribunal ha debido analizar en profundidad el caso, pues desde el primer momento está claro para cualquier observador imparcial que los Estados, unos de manera más reticente que otros, han admitido su incumplimiento ya en sus respuestas a los dictámenes motivados presentados por la Comisión y, si presentan algún argumento posterior, siempre es el del avance de sus trabajos, lo que es rebatido sistemáticamente por el Tribunal, pues es jurisprudencia ya muy asentada que:

«l'existence d'un manquement doit être appréciée en fonction de la situation de l'État membre telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé dans l'avis motivé et que les changements intervenus par la suite ne sauraient être pris en compte par la Cour (voir, notamment, arrêts du 17 janvier 2008, *Commission/Allemagne*, C-152/05, Rec. p. I-39, point 15, et du 15 mars 2012, *Commission/Chypre*, C-340/10, non encore publié au Recueil, point 27)».

D) El incumplimiento de los artículos 8.º y 15 por parte de Malta

En cumplimiento del artículo 15.2.º de la DMA, Malta presentó en octubre de 2007 un informe de síntesis de los programas de seguimiento requeridos por el artículo 8.º 1.º de esta Directiva, pero la Comisión entiende, tras estudiarlos, que no tratan las aguas superficiales, por lo que inicia contactos que, tras no obtener respuesta satisfactoria por parte del Estado, concluyen en un dictamen motivado de fecha 2 de febrero de 2009, que es contestado por Malta indicando que, en lo que se refiere a las aguas superficiales, enviará su informe de síntesis a más tardar en el mes de marzo de 2010, al mismo tiempo que el primer plan de gestión de las cuencas de captación. La Comisión presenta recurso de incumplimiento contra Malta⁽¹⁵⁾ en el que, en primer lugar, la institución separa las obligaciones de presentar los informes de síntesis de los programas de seguimiento del estado de las aguas interiores y el plan de gestión de las cuencas de captación. En el primer caso, Malta ha incumplido el artículo 15.2.º de la DMA. Por otra parte, Malta también ha faltado a la obligación de establecer y hacer operacionales los programas de seguimiento, con lo que se vulnera el artículo 8.º 1.º y 2.º de la DMA.

En su defensa Malta indica que va a presentar toda la documentación que se le requiere en octubre de 2009, y no en marzo de 2010 como había señalado anteriormente, y añade

(15) As. 351/09, Sentencia de 22 de diciembre de 2010.

que entiende que el respeto de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/43/CE, de 21 de mayo de 1992, sobre la conservación de hábitats naturales, de la fauna y de la flora salvajes, le dispensaría de cumplir las previstas en la DMA, lo que es contestado por la Comisión. La defensa de Malta se apoya en los siguientes argumentos:

- Por su pequeña extensión y su clima mediterráneo sus aguas interiores de superficie, muy escasas, no se prestan a aplicación de la DMA tanto en cuanto a la definición de sus condiciones de referencia como en cuanto al proceso de intercalibración⁽¹⁶⁾. Malta indica que, en cuanto a las características de esta agua, se basa en el informe científico redactado por el profesor Schembri, de abril de 2008, titulado «The applicability of the monitoring and management criteria of the Water Framework Directive (2000/60/EC) to the inland surface water bodies identified for Malta. Report commissioned by the Malta Environment and Planning Authority».
- El segundo argumento de Malta dice, a título subsidiario, que los Estados miembros deben poder decidir si los objetivos fijados por la DMA pueden ser alcanzados sin identificar como «masa de agua superficial», en el sentido de la DMA, cada parte menor de aguas interiores superficiales. Por otra parte, las aguas interiores superficiales maltesas, aun siendo significativas, serían menores en razón de su tamaño extremadamente reducido. En todo caso, en presencia de partes de agua de tamaño extremadamente reducido, debería tenerse en cuenta la aplicación de las Directivas 92/43, antes citada, y 79/409/CEE, sobre conservación de pájaros salvajes, así como la legislación nacional que permite a Malta respetar las obligaciones en virtud de la DMA.

El Tribunal rechaza de plano los dos argumentos presentados por Malta ya que, según el artículo 42.2.º del Reglamento de procedimiento del TJUE, «En el curso del proceso no podrán invocarse motivos nuevos, a menos que se funden en razones de hecho y de derecho que hayan aparecido durante el procedimiento». En este caso, Malta se basa en motivos que fueron avanzados por primera vez en el escrito de duplica pero que ya existían anteriormente, tanto el informe del profesor Schembri como el tamaño reducido de las aguas interiores maltesas. Así, los medios de defensa alegados deben entenderse tardíos y, por tanto, inadmisibles⁽¹⁷⁾, por lo que solamente hay que establecer si hay incumplien-

(16) Para asegurar que los métodos de evaluación nacionales que miden el buen estado ecológico de las aguas arrojen resultados comparables y que sean compatibles con la Directiva, es necesario un ejercicio de intercalibración entre los Estados miembros con la ayuda de la Comisión Europea. La Directiva establece los criterios básicos para medir la salud de los sistemas de aguas superficiales. Señala cuatro «indicadores de calidad» comunes para determinar el estado ecológico: fitoplancton, la flora acuática, fauna bentónica de invertebrados (que habita en los fondos acuáticos) y fauna ictiológica. La Directiva también clasifica la calidad de las aguas superficiales en cinco categorías, de mejor a peor. El objetivo de la intercalibración no es establecer sistemas de evaluación comunes. Cada Estado miembro elige sus propios métodos de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva. La intercalibración garantiza que los diferentes sistemas nacionales logren resultados comparables. El trabajo se centra en delimitar las fronteras superior e inferior que definen un buen estado. La diferencia entre un estado «bueno» y un estado «aceptable» tiene particular importancia, ya que define si una masa de agua cumplirá o no el objetivo de buen estado que establece la Directiva para 2015 (vid. WISE, nota sobre el agua núm. 7, *Intercalibración: una escala común para las aguas en Europa*. Comisión Europea, DG Medio Ambiente <<http://ec.europa.eu/environment/water/participation/pdf/waternotes/WN7-intercalibration-ES.pdf>>).

(17) Ver, en este sentido, Sentencia de 5 de noviembre de 2002, Comisión/Bélgica, C-471/98, Rec. p. I-9681, apartados 41 a 43, y Sentencia de 29 de junio de 2010, Comisión/Luxemburgo, C-526/08, especialmente en los aparta-

to teniendo en cuenta los argumentos presentados por la Comisión, y, a este respecto, se debe constatar que, en la fecha tomada como tope máximo para el cumplimiento, es decir, el plazo de tres meses fijado en el dictamen motivado, Malta no ha presentado los programas de seguimiento del estado de las aguas interiores superficiales requeridos por el artículo 8.º 1.º y 2.º de la DMA ni ha presentado los informes de síntesis de estos programas tal y como requiere el artículo 15.2.º de la misma norma. Por tanto, se considera establecido el incumplimiento y Malta es condenada.

Para finalizar con este apartado de los incumplimientos hay que citar al menos tres casos en que la Comisión ha demandado a algunos Estados pero ha desistido finalmente de sus pretensiones, puesto que el Estado ha cumplido, son los casos contra Países Bajos (C-147/05), contra Grecia (C-426/06) y contra Dinamarca (C-323/11), en los que la Comisión emite un auto de desistimiento admitiendo que el Estado demandado en cada caso ha cumplido con las obligaciones que tenía pendientes y pidiendo que el TJUE condene en costas en cada caso al demandado, puesto que el Estado demandado se ha decidido a cumplir una vez presentado el recurso, lo que este no contesta y, por lo tanto, el Tribunal accede a la petición de la Comisión. El asunto, además, queda eliminado del registro del TJUE.

Por último, resta citar cuatro casos de incumplimiento en los que se cita la DMA aunque esta no es la norma central del recurso, por ejemplo, en el Asunto C-98/03, Comisión/Alemania, el Gobierno alemán la cita apoyando su argumento de no incumplimiento de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, que es el centro de este recurso por incumplimiento⁽¹⁸⁾; en el Asunto C-282/02, Comisión/Irlanda, el TJUE la cita en relación con la Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad, que es la razón del incumplimiento⁽¹⁹⁾; en el Asunto C-239/03, Comisión/Francia, se cita la DMA como parte de la legislación de protección de las aguas en relación con el Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, firmado en Barcelona el 16 de febrero de 1976 y su Protocolo de 1980, que son

Malta ha faltado a la obligación de establecer y hacer operacionales los programas de seguimiento.

dos 48 a 50 (*vid.* <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=84748&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=942160>>).

(18) Sentencia de 10 de enero de 2003 (*vid.* <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=57288&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=941846>>).

(19) Sentencia de 2 de junio de 2005 (*vid.* <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=60188&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=941927>>).

el centro del recurso de incumplimiento⁽²⁰⁾, y, finalmente, en el Asunto C-6/04, Comisión/ Reino Unido, la Comisión cita la Directiva rechazando los argumentos de Reino Unido en relación con su defensa del incumplimiento de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, que es el centro del recurso⁽²¹⁾.

III. CUESTIONES PREJUDICIALES

Los tribunales de cada país de la Unión Europea son responsables de garantizar que el Derecho de la Organización se aplique correctamente en ese país, pero existe el riesgo de que los tribunales de distintos países interpreten la legislación comunitaria de maneras distintas. Para impedir que esto suceda, existe el «procedimiento de las cuestiones prejudiciales». Esto significa que, si un órgano jurisdiccional nacional tiene dudas sobre la interpretación o la validez de una norma de la UE, puede, y a veces debe, recabar la opinión del Tribunal de Justicia⁽²²⁾.

En lo que se refiere a estos recursos indirectos, es decir, a las cuestiones prejudiciales, hay que nombrar una serie de casos en los que la DMA ha sido citada sin constituir el centro de las cuestiones presentadas por los jueces nacionales; concretamente son cuatro casos, de los cuales tres tienen una trascendencia menor, pues en estos la DMA no se analiza sino que solamente es citada como parte de la legislación en la materia objeto del asunto principal, y son:

- El Asunto C-295/10, Valčiukienė, Sentencia de 22 de septiembre de 2011⁽²³⁾, que se centra en el análisis de la Directiva 2001/42/CE, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente; se cita la DMA pues el propio texto de la Directiva principal la menciona en sus considerandos, sin más relevancia.
- Los Asuntos acumulados C-110/09 y C-105/09, Inter-Environnement Wallonie ASBL y Terre wallone ASBL, respectivamente⁽²⁴⁾, centrados en el análisis de la

(20) Sentencia de 7 de octubre de 2004 (*vid.* <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49170&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=942068>>).

(21) Sentencia de 20 de octubre de 2005 (*vid.* <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=60655&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=942553>>).

(22) Sobre la cuestión prejudicial *vid.*, entre otros, SOBRINO HEREDIA, J.M., y SOBRIDO PRIETO, M.: «Procedimiento prejudicial» en *Derecho de la Unión Europea, Bases de conocimiento jurídico*, Iustel, 2001, <<http://www.iustel.com/v2/c.asp>>, así como DEL VALLE GÁLVEZ, A.: «Las cuestiones prejudiciales y su procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en JIMÉNEZ PIERNAS, C. (ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

(23) La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 3.º, apartados 2, letra a), 3.º y 5.º, y 11, apartados 1 y 2, de la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (*vid.* <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=109923&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=942719>>).

(24) Sentencia de 17 de junio de 2010 (*vid.* en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83021&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=942256>>).

Directiva 2001/42/CE al igual que en el caso anterior, y la Directiva 91/676/CEE, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos procedentes de fuentes agrarias. En ambos casos se hace referencia al procedimiento para la participación del público que aparece en el artículo 14 de la DMA.

El último Asunto es el C-381/07, *Association nationale pour la protection des eaux y rivières*; en su Sentencia de 6 de noviembre de 2008 se analiza por primera vez la Directiva 2006/11, relativa a la contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad, que será sustituida por la DMA en diciembre de 2013. En esta sentencia se cita por parte del TJUE, entre otras disposiciones, el artículo 11 de la DMA, que habla de la obligación de los Estados miembros de elaborar un programa de medidas para cada demarcación hidrográfica. También los Gobiernos neerlandés y francés, que presentan observaciones en la vista, buscaron apoyo en la DMA, pero el Tribunal no tiene en cuenta estos argumentos.

Pero, dentro de las cuestiones prejudiciales, es importante destacar el hecho de que se ha resuelto la primera que tiene como uno de sus objetivos principales el análisis de algunas disposiciones de la DMA, concretamente se trata del Asunto C-43/10, presentado en el marco de los recursos de anulación interpuestos por la Administración autónoma provincial de Etolia-Acarnania, y por otras personas jurídicas contra el Ministro de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Obras Públicas de Grecia, y contra otros Ministros⁽²⁵⁾, cuyo objeto son actos relativos al proyecto de desviación parcial del curso superior de las aguas del río Acheloos (Grecia occidental) hacía el río Pineo, en Tesalia. Diversas organizaciones medioambientales, organizaciones no gubernamentales internacionales y entidades territoriales interesadas habían ejercitado acciones sucesivas para la anulación de los decretos ministeriales que aprobaron las sucesivas versiones de ese proyecto y habían conseguido su objetivo, hasta que en un momento dado se ordena a la empresa adjudicataria continuar las obras que se habían suspendido a lo largo del proceso de adopción y anulación de decretos sobre este gran proyecto.

Concretamente, la Ley griega 3481/2006 preveía que, de conformidad con el Plan Hidrológico y los parámetros medioambientales aprobados en el apartado 3 del artículo 13, se podía poner en funcionamiento o finalizar la construcción de las obras públicas y de las obras de la sociedad Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (DEI) que eran el centro de este proyecto; así pues, las preguntas del Tribunal nacional remitente (que son catorce en total, aunque solo se refieren a la DMA las cinco primeras) se centran en ver la compatibilidad entre la citada norma nacional y algunos artículos de la DMA, concretamente:

- Si el artículo 13.6 de la DMA introduce simplemente un plazo máximo (22 de diciembre de 2009) para la elaboración de Planes Hidrológicos, o es un plazo específico para la adaptación del Derecho interno a las disposiciones pertinentes de dicha Directiva.
- Si es un plazo máximo para la elaboración de los planes citados, ¿una normativa nacional que apruebe trasvases entre cuencas o demarcaciones para las que no se

(25) *Vid.* la reciente sentencia de 11 de septiembre de 2012 en <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=126642&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5170066>>.

hayan adoptado planes hidrológicos sería compatible con la DMA? ¿Se permiten los trasvases de una demarcación a otra y cómo deben hacerse, en su caso?

- Si es un plazo específico para la adaptación del Derecho interno a la DMA, ¿es aceptable una normativa nacional adoptada dentro del plazo y que permite trasvases entre demarcaciones sin haber adoptado previamente Planes Hidrológicos?
- ¿Es conforme con la DMA una normativa adoptada por un Parlamento nacional mediante la cual se aprueban los Planes Hidrológicos de cuenca, si las normas nacionales pertinentes no prevén una fase de consulta al público?

El TJUE responde, en cuanto a la primera cuestión, que el artículo 13 de la DMA interpretado en relación con el 24 indica una fecha límite para que los Estados elaboren sus Planes Hidrológicos, mientras que la fecha de 22 de diciembre de 2003 era la fecha específica para la transposición al Derecho interno. Por otra parte, indica que la DMA no prohíbe *a priori* el trasvase de aguas de una cuenca hidrográfica a otra o de una demarcación hidrográfica a otra antes de la publicación de los Planes Hidrológicos de las cuencas hidrográficas afectadas, la cual debía realizarse no obstante, a más tardar, el 22 de diciembre de 2009. En todo caso, ese trasvase no debe comprometer gravemente la consecución de los objetivos prescritos por dicha Directiva. Sin embargo, en el caso de que ese trasvase pudiera causar efectos negativos para el agua como los enunciados en el artículo 4.º, apartado 7, de la misma Directiva, puede ser autorizado, cuando menos, si concurren las condiciones previstas en los puntos a) a d) de esa misma disposición, y, finalmente, la imposibilidad de que la cuenca hidrográfica o la demarcación hidrográfica receptora satisfaga con sus propios recursos hídricos sus necesidades de abastecimiento de población, de producción de energía o de regadío no es una condición indispensable para que ese trasvase de aguas sea compatible con la referida Directiva si se cumplen las condiciones antes mencionadas.

En cuanto a la cuestión relativa a la participación del público, esta debe examinarse a la luz del artículo 14 de la DMA, y el TJUE considera que los Planes Hidrológicos de las cuencas hidrográficas, como los que son objeto del litigio principal, adoptados el 2 de agosto de 2006, no pueden considerarse como Planes Hidrológicos en el sentido que indican los artículos 13 a 15 de la Directiva 2000/60. Por lo tanto, la obligación derivada del artículo 14, apartado 1, de esta no es aplicable a esos planes en concreto.

IV. CONCLUSIONES

Tras este escueto análisis de la jurisprudencia existente en relación con la DMA hay que concluir, en primer lugar, que la mayor parte de los pronunciamientos del TJUE surgen de recursos de incumplimiento, lo que prueba la dificultad de los Estados para adaptar su legislación interna a esta compleja norma que es la DMA. A este respecto hay que tener en cuenta que Estados como Alemania o Francia, Estados fundadores de la organización y normalmente buenos cumplidores del Derecho de la Unión, encuentran serios problemas para cumplir algunos de los objetivos de la Directiva, sobre todo en lo que se refiere a los objetivos medioambientales, y, al decir de los expertos, se calcula que en la fecha límite de 2015 Estados como Alemania no conseguirán cumplir dichos objetivos en un 60% de su territorio.

Por otra parte, hay un amplio conjunto de Estados implicados en estos recursos, algunos de los cuales terminan en condena y otros en autos de desistimiento, pero no todos los Estados miembros han protagonizado casos ante el TJUE: hay que tener en cuenta que las obligaciones derivadas de la DMA tienen plazos muy amplios para ser aplicadas —pensemos que aún no hemos llegado a la fecha fundamental de 2015 para el cumplimiento de muchos objetivos medioambientales—, por lo que los países afectados solo pueden ser los quince Estados miembros de la Unión en la fecha en que esta norma fue adoptada, ya que los doce Estados que entraron posteriormente en la Unión todavía no han llegado a las fechas clave de cumplimiento de las obligaciones principales impuestas por la DMA a los Estados. Así, en breve tiempo llegaremos a un período en que podremos encontrarnos con múltiples recursos de incumplimiento, esta vez dirigidos por la Comisión contra otros Estados miembros.

Hay que hacer notar también que el TJUE, siendo como es muy estricto en el cumplimiento de su tarea de aplicación e interpretación del Derecho de la Unión, no ha tenido que esforzarse demasiado en argumentar sus condenas por incumplimiento, puesto que en muchos de los casos de incumplimiento formal de la DMA son los propios Estados los que han reconocido el incumplimiento, y únicamente han señalado que pensaban cumplir en un futuro próximo o que ya tenían normas previas a la entrada en vigor de la DMA que recogían sus principios, lo que, en todo caso, no ha sido razón para que el TJUE dejara de condenarlos.

En lo que se refiere a los incumplimientos materiales, las disposiciones de la DMA que han dado lugar a más pronunciamientos por parte del TJUE son los artículos 5.º, el 13, 14 y 15, es decir, los dedicados a los análisis y estudios que los Estados deben realizar en sus demarcaciones hidrográficas, a los Planes Hidrológicos de cuenca, la información y consulta públicas y las obligaciones de notificación que incumben a los Estados respecto a la Comisión. Una vez llegado 2015 puede ser que tengamos de nuevo un grupo de casos de incumplimiento pendientes ante el TJUE.

En cuanto a la única cuestión prejudicial resuelta hasta el momento, destaca el hecho de que se trate de un proyecto de trasvase el que se pone en cuestión, y que la afirmación del TJUE en este sentido sea que la DMA, en principio, no se opone a una legislación nacional que autoriza un trasvase de una cuenca a otra, incluso en el caso de que las autoridades nacionales competentes aún no hayan adoptado los Planes Hidrológicos de las cuencas hidrográficas afectadas. Es algo a tener en cuenta para el futuro. Además, otra importante afirmación del TJUE en este caso, y en su jurisprudencia en general, es que la DMA establece un nexo entre las medidas de conservación pertinentes que los Estados

El TJUE responde,
en cuanto
a la primera
cuestión, que
el artículo 13 de
la DMA
interpretado en
relación con el 24
indica una fecha
límite para que
los Estados
elaboren
sus planes
hidrológicos.

miembros están obligados a adoptar y la existencia previa de un Plan Hidrológico de cuenca, por lo que parece poner por encima de cualesquiera otros objetivos los medioambientales.

Finalmente, es de destacar que el TJUE ha señalado, en los casos relativos a esta Directiva, principios generales de Derecho de la Unión que de esta manera se van asentando de manera muy firme en la doctrina, sobre todo referidos a la obligación de transposición de las directivas, por ejemplo el que «durante el plazo de adaptación del Derecho interno a una directiva, los Estados miembros destinatarios de ésta deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ésta. Puesto que tal obligación de abstención se impone a todas las autoridades nacionales, debe entenderse que se refiere a la adopción de cualquier medida, general o específica, que pueda producir ese efecto negativo» es sumamente reiterado a lo largo de todos los casos que hemos ido repasando.

En cualquier caso, queda patente la complejidad e importancia de esta norma, así como la trascendencia de este pequeño grupo de sentencias que va formando, poco a poco, una jurisprudencia útil y valiosa para la comprensión de la DMA.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2010): «El derecho de aguas en perspectiva europea. La trascendencia de la Directiva Marco de Aguas», pp. 69 a 141 de Agudo González, J., *El Derecho de aguas en clave europea*, Wolters Kluwer Ebook.
- BLÁZQUEZ PEINADO, M.^aD. (2001): *El procedimiento contra los Estados miembros por incumplimiento del Derecho comunitario*, Universitat Jaume I, Castellón de la Plana.
- CARO-PATÓN CARMONA, I. (2006): «La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 9.
- DEL VALLE GÁLVEZ, A. (2003): «Las cuestiones prejudiciales y su procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en Jiménez Piernas, C. (ed.), *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Marcial Pons, Madrid.
- EMBID IRUJO, A. (2007): «La Directiva marco del agua y algunos de los problemas de su proceso de implantación en España y otros países europeos», *Ingeniería y territorio*, núm. 80, 2007, vol. I, pp. 20 a 27.
- EMBID IRUJO, A. (2008): «La política de aguas y su marco jurídico», *Revista Aranzadi de Derecho ambiental*, núm. 14, pp. 13 a 27.
- Informes anuales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 2011 <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/ra2011_statistiques_cour_es.pdf> y de 2000 a 2006 <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2008-09/06_cour_stat_2008-09-29_11-17-24_601.pdf>.
- LA CALLE MARCO, A. (2009): «La participación pública activa y real en la política del agua, necesidad y deber», *Anduli Revista andaluza de Ciencias Sociales*, núm. 8 (Ejemplar dedicado al concepto *El agua*), pp. 67 a 82.
- MOREIRO GONZÁLEZ, C., y ESCRIBANO ÚBEDA-PORTUGUÉS, J. (2009): «Procedimiento por incumplimiento» en *Derecho de la Unión Europea, Bases de conocimiento jurídico*, Iustel <<http://www.iustel.com/v2/c.asp>>.

- SOBRINO HEREDIA, J.M., y SOBRIDO PRIETO, M. (2001): «Procedimiento prejudicial», en *Derecho de la Unión Europea, Bases de conocimiento jurídico*, Iustel, <<http://www.iustel.com/v2/c.asp>>.
- TIRADO ROBLES, C. (2007): «Derecho comunitario de aguas», pp. 569 a 584 de Embid Irujo, A. (coord.), *Diccionario de Derecho de aguas*, Iustel.
- TIRADO ROBLES, C. (2012): «La Directiva marco de aguas y los problemas de su transposición en los Estados miembros», pp. 93 a 126 de Aura y Larios de Medrano, A., *La política comunitaria de aguas: el marco de la acción estatal y autonómica*, Dyckinson.
- WISE, nota sobre el agua núm. 7, *Intercalibración: una escala común para las aguas en Europa*. Comisión Europea, DG Medio Ambiente <<http://ec.europa.eu/environment/water/participation/pdf/waternotes/WN7-intercalibration-ES.pdf>>.

NORMAS PARA LA ADMISIÓN DE ARTÍCULOS Y COLABORACIONES

La Revista Justicia Administrativa publica, con una periodicidad trimestral, trabajos originales e inéditos que contribuyan a dar a conocer al mundo académico y profesional las últimas aportaciones en materia de Derecho Público. Los trabajos en ella recogidos reflejan los puntos de vista de las personas o instituciones que los suscriben, siendo las opiniones responsabilidad exclusiva de sus autores. La Revista declina cualquier responsabilidad derivada de ellas.

El envío de originales supone la aceptación expresa de las siguientes condiciones:

1. ***Dirección de envío:*** Todos los trabajos y libros para recensiones deberán remitirse a la sede de la Revista Justicia Administrativa (Lex Nova, C/ General Solchaga, 3, 47008 Valladolid), en caso de correo postal, o bien a la dirección de correo electrónico: redac@lexnova.es. En caso de envío por correo postal, los originales deberán presentarse, por medio de un texto impreso, acompañado del correspondiente soporte informático (Microsoft Word). No se aceptarán trabajos que hayan sido difundidos o publicados con anterioridad o estén siendo sometidos a evaluación al mismo tiempo de su envío.
2. ***Compromiso de publicación y originalidad:*** La recepción de los trabajos no implica compromiso alguno para su publicación. La Revista se reserva el derecho preferente de publicar los artículos enviados, presumiendo que los mismos son inéditos y no se encuentran sometidos a evaluación por ninguna otra publicación.
3. ***Exclusividad:*** Sin perjuicio de que, previa solicitud por escrito dirigida a Lex Nova, ésta pueda autorizar la difusión de contenidos publicados en la revista por otros medios, la publicación en la Revista supone que el autor cede a Lex Nova, durante 15 años desde su publicación, el derecho exclusivo de reproducción, distribución, comunicación pública o cualquier otra forma de explotación de la obra, en cualquier medio o formato. El editor queda facultado para ejercer las acciones oportunas en defensa del derecho cedido, incluso ante terceros.
4. ***Evaluación:*** La Revista someterá el trabajo a la evaluación de expertos ajenos al Consejo de Redacción, pudiendo condicionarse la publicación de aquél a la introducción de las mejoras sugeridas por el Consejo de Redacción o por los evaluadores externos. La Revista comunicará a los autores la aceptación o no de los trabajos y cuantas indicaciones se consideren oportunas.
5. ***Extensión y formato:*** Por regla general, los trabajos no superarán los 100.000 caracteres contando los espacios. Preferiblemente el interlineado será a doble espacio y las

páginas se numerarán correlativamente. El tamaño de letra utilizado será del 12, y deberán ir precedidos de una hoja en la que figure el título del trabajo, el nombre del autor (o autores), situación académica y, en su caso, nombre de la institución científica a la que pertenecen.

6. **Otros requisitos:** El trabajo deberá ir acompañado, igualmente, de un resumen de su contenido (de 100 a 150 palabras) y de 4 a 6 palabras clave, todo ello tanto en castellano como en inglés. Si el autor no incluyera el resumen en inglés, aceptará la traducción realizada por la Revista. A continuación deberá incluirse un «Sumario» que permita identificar los distintos epígrafes y apartados del original. Las notas se incorporarán a pie de página y deberán guardar una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Si se tratara de referencias bibliográficas, aun cuando se mencione el autor en el texto, seguirán la estructura que se menciona a continuación:
 - a) LIBRO: Autor, *Título*, núm. Edición, lugar de publicación, editor, año, página.
 - b) ARTÍCULO: Autor, «Título», *Fuente*, número, año, páginas.
 - c) RECURSO DE INTERNET: <URL>.
7. **Emisión de certificados:** La Revista cumple con los requisitos de valoración establecidos por el Instituto de Estudios Documentales sobre Ciencia y Tecnología y, en consecuencia, se halla integrada en los catálogos de publicaciones científicas. A efectos de obtener los méritos correspondientes, el editor no tendrá inconveniente alguno en certificar la publicación de los trabajos o colaboraciones, previa solicitud del autor.