

Aguas: treinta años de la Ley ¹

ISABEL CARO-PATON CARMONA

VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

SUMARIO: 1. 30 AÑOS DE LA LEY DE AGUAS Y OTROS HITOS. 2. QUÉ EVOLUCIÓN SE PREVÉ PARA LA POLÍTICA COMUNITARIA DE AGUAS. 3. EL PUZLE DEL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA LEGISLACIÓN DE AGUAS Y EL NUEVO REAL DECRETO 817/2015. 3.1. Real Decreto 817/2015, de 11 de septiembre, por el que se establecen los criterios de seguimiento y evaluación del estado de las aguas superficiales y las normas de calidad ambiental. a) Programas de seguimiento. b) Condiciones de referencia y de cambio de clase para la evaluación de las masas de agua. c) Normas de calidad ambiental (NCA). 3.2. Regulación y destino del canon hidroeléctrico. 4. Política: planificación hidrológica y otras cuestiones. 4.1. La revisión de los planes hidrológicos del ciclo 2009-2015 por la Comisión Europea. 4.2. Cierre de los procedimientos de infracción. 4.3. El incómodo trasvase Tajo-Segura: de la Ley de evaluación ambiental a la Ley de montes. 4.4. Ley de Aguas y ríos de Aragón. 4.5. La subvención directa a través de la excepción al principio de recuperación de costes. 4.6. Una iniciativa interesante: se adoptan las líneas maestras de la investigación en materia de aguas. 4.7. Las razones imperiosas de interés público de primer orden para la construcción de la presa de Mularroya. 5. SENTENCIAS DEL TS. 5.1. La impugnación de los planes hidrológicos de demarcación aprobados en 2013. 5.2. Dos sentencias importantes sobre el dragado de ríos: la STS de 26 de febrero y la STJUE de 1 de julio. 5.3. A vueltas con la naturaleza jurídica de la llamada "Regla de Explotación" del Acueducto Tajo-Segura. 5.4. Determinación de la Administración responsable en un caso de responsabilidad patrimonial por daños por

¹ Una primera versión de este trabajo ha sido corregida y matizada tras la revisión realizada por la Dirección General del Agua. Agradecemos sinceramente su colaboración.

inundaciones producidos en el periodo de vigencia del RD 1666/2008. 5.5. Carácter del informe del organismo de cuenca en relación a los planes urbanísticos. 5.6. Nuevas consecuencias derivadas del cambio de interpretación jurisprudencial sobre la cuantificación de los daños en el dominio público hidráulico a efectos sancionadores. 5.7. La tarifa de utilización de agua cuando las obras que permiten el suministro carecen de cobertura normativa. 6. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 6. 1. STC 103/2015. Canal de Isabel II y los servicios urbanos. 6.2. STC 196/2015. Sobre la extraordinaria y urgente necesidad de aprobar una disposición que habilitaba a determinadas Comunidades Autónomas para el ejercicio de facultades de policía de dominio público hidráulico en las cuencas intercomunitarias. 6.3. STC 231/2015. Otra convalidación legislativa en materia de obras hidráulicas.

1. 30 AÑOS DE LA LEY DE AGUAS Y OTROS HITOS

2015 era un año importante para el derecho de aguas. En primer lugar, porque se podían celebrar los 30 años de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, un texto que ha servido para pilotar un impresionante cambio de mentalidad en la gestión del agua en España. Cuando la Ley se aprobó, pudo decirse que tenía un pie en el siglo XIX y el otro en el siglo XXI. Digna heredera de la Ley de Aguas de 1866-1879² incorporaba un importante acervo teórico, pero también la visión de la política hidráulica como instrumento de fomento del desarrollo agrario y económico. Al tiempo, resultaba una norma visionaria por las esperanzas que puso en una planificación hidrológica armonizadora entre intereses ambientales y económicos que, entonces, parecía imposible de elaborar.

Alcanzado 2015, existen unos planes hidrológicos aprobados para todas las demarcaciones hidrográficas y, sin duda, gracias al impulso comunitario, su contenido se ha enriquecido por varias obligaciones y en particular por las siguientes: la caracterización de los recursos hídricos, mediante su separación en “masas de agua” (superficiales y subterráneas); la determinación de su estado o potencial actual con arreglo a estándares normativizados; y la fijación de objetivos ambientales singularizados para cada masa.

Precisamente estos objetivos ambientales nos dan una segunda razón por la que 2015 era una cita emblemática: es el año en que tenía que

² Esta denominación la utilizaba Sebastian MARTÍN-RETORTILLO por las razones que explica en “La elaboración de la Ley de aguas de 1866”, *RAP* num. 32(1960), págs. 11-54.

alcanzarse los objetivos ambientales, sin perjuicio de las excepciones establecidas por los planes hidrológicos.

Hay una tercera razón con la que no contábamos por la que 2015 también se ha convertido en un año importante: la aprobación del Real Decreto 817/2015, de 11 de septiembre, por el que se establecen los criterios de seguimiento y evaluación del estado de las aguas superficiales y las normas de calidad ambiental (NCA). Este RD, calificado como legislación básica en materia de medio ambiente, añade una pieza clave al desarrollo reglamentario nuclear del TRLA (Reglamento del Dominio Público Hidráulico) y tiene una gran carga simbólica.

El RD de seguimiento, evaluación y NCA eleva a derecho de aguas criterios técnicos adoptados por expertos, cuya aplicación, a fecha de hoy, presenta varios enigmas: cuándo y cómo se aplicarán y que supondrán en la práctica para alcanzar una gestión sostenible de los recursos hídricos (incluida la gestión de inundaciones y sequías).

Los Anexos del RD, junto con la normativa específica de aguas subterráneas³, dan contenido al abrumador bagaje terminológico del nuevo derecho de aguas: condiciones de referencia de los distintos tipos de masas de agua superficial; indicadores que definen el buen estado ecológico y buen estado químico (para las aguas superficiales) y el buen potencial ecológico (para las masas de agua muy modificadas o artificiales) y sus correspondientes cambios de estado; taxón de biota; diferencia entre contaminante y contaminante específico; sustancia peligrosa, sustancia prioritaria, sustancia preferente... Y, por usar un eufemismo, es una norma que da un paso más en la dirección de convertir el derecho de aguas en un arcano.

Bromas aparte, su aprobación manifiesta que hace falta mucho apoyo técnico para interpretar el derecho de aguas, pero como sucede en cualquier otro sector plagado de regulación, el tamiz jurídico resulta imprescindible para evitar caer en un gobierno de burócratas. O, lo que es mucho peor, de eurócratas.

Lo anterior ha pasado prácticamente inadvertido para la opinión pública. Como 2015 era un año de importantes citas electorales, los

³ Para las aguas subterráneas, los objetivos son alcanzar el buen estado cuantitativo y buen estado químico. Para el estado cuantitativo, el criterio es que las extracciones no superen la recarga; para el estado químico, los criterios técnicos están en el Real Decreto 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro.

políticos han optado por dejar que las aguas remansen tranquilas y no tomar ninguna decisión que pueda pasar factura en las urnas.

En un plano internacional, en 2015 se ha cerrado, con éxito, el Decenio del *Agua Fuente de Vida 2005-2015* de Naciones Unidas. Su principal logro ha sido hacer completamente visible que el derecho al agua es un “derecho humano”. Y aunque todavía quedan 663 millones de personas que beben agua de fuentes no mejoradas, en estos años el avance en materia de cooperación internacional ha sido decisivo (un 68% de la población tiene acceso a algún tipo de saneamiento)⁴. Entre los hitos jurídicos de la década, destaca sin duda que el 17 de agosto de 2014 entró en vigor la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de 1997⁵.

2. QUÉ EVOLUCIÓN SE PREVÉ PARA LA POLÍTICA COMUNITARIA DE AGUAS

Al adoptarse la DMA en el año 2000 se fijó un plazo de 15 años para alcanzar el cumplimiento del objetivo principal de que todas las masas de agua estuvieran en un buen estado ecológico. Vencido este plazo, y analizados los resultados, principales obstáculos y problemas medioambientales que entorpecen la consecución de lo previsto y, a nivel europeo, los principales temas que están sobre la mesa⁶ son:

- Siguen sin entenderse los riesgos químicos en relación con la calidad de agua, debido a un insuficiente control a nivel nacional y a la falta de una evaluación de riesgos a nivel europeo para grupos completos de sustancias químicas en el agua (efectos acumulativos). En esta cuestión hay una pugna competencial entre armonización farmacéutica y ambiental (para la industria, la regulación debería provenir de la política farmacéutica).

- Hay un desequilibrio entre el enfoque combinado de la legislación relativa a los estándares de calidad europeos para las aguas (NCA) y los controles de emisión europeos. Sin perjuicio de las MTD, los controles de emisión previstos por la DMA aún no se

⁴ <http://www.un.org/waterforlifedecade/index.shtml>

⁵ El BOE de 3 de julio de 2014 publica el Instrumento de adhesión de España a la Convención dado en Madrid el 8 de junio de 2009.

⁶ Ver “Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa”, documento COM/2012/0673 final; *Water Legislation; Cost of Non-Europe Report*, European Parliamentary Research Service, 2015.

han desarrollado de manera que mientras la UE tiene distintos instrumentos de control de emisiones para productos químicos, pesticidas y biocidas, en la última década no se han utilizado para responder de manera específica a las preocupaciones relativas a la contaminación de las aguas⁷.

- Los objetivos para la protección de las aguas entran en conflicto con la Política Agrícola Común y la política energética entre otras. Salvo iniciativas aisladas, no se advierte una corriente que trate de buscar enfoques sinérgicos o en los que todos ganen.

- Las instancias comunitarias advierten que aún no hay un diálogo estructural vertical y transfronterizo entre los distintos gobiernos implicados en la elaboración de los planes de la DMA. Por lo que respecta a España, la coordinación con Portugal se estructura a través del Convenio de Albufeira y en la elaboración de los respectivos planes hidrológicos se han seguido los procedimientos propuestos desde el Ministerio de Asuntos Exteriores y la Comisión de Límites.

3. EL PUZLE DEL DESARROLLO REGLAMENTARIO DE LA LEGISLACIÓN DE AGUAS Y EL NUEVO REAL DECRETO 817/2015

El voraz apetito reglamentista de este Gobierno debería haberse saciado en el año 2015, con la publicación de siete reales decretos en materia de aguas. Aparte del RD 817/2015 al que nos hemos referido desde la introducción, y del RD 701/2015, de 17 de julio, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Illes Balears, se han dictado dos reales decretos de sequía⁸; el RD 1075/2015, de 27 de noviembre, que se modifica el anexo II del RD 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro; el RD 775/2015, de 28 de agosto, que

⁷ Ver FORTES MARTIN, A., “La autorización de vertidos y el empleo de las mejores técnicas disponibles: retos e incertidumbres”, en vol. col. dirigido por A. EMBID, *Usos del agua (concesiones, autorizaciones y mercados del agua)*, Aranzadi 2013, págs. 343-374.

⁸ Real Decreto 355/2015, de 8 de mayo, por el que se declara la situación de sequía en el ámbito territorial de la Confederación Hidrográfica del Júcar y se adoptan medidas excepcionales para la gestión de los recursos hídricos y Real Decreto 356/2015, de 8 de mayo, por el que se declara la situación de sequía en el ámbito territorial de la Confederación Hidrográfica del Segura y se adoptan medidas excepcionales para la gestión de los recursos hídricos.

modifica la delimitación de la demarcación del Júcar⁹; y por último el RD 198/2015, de 23 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley de Aguas y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias.

A esto hay que añadir que el RD 817/2015 modifica tanto el Reglamento de Dominio Público Hidráulico como el Reglamento de Planificación Hidrológica, en lo que supone la tercera reforma de estas dos normas durante esta legislatura (el RDPH fue modificado mediante RD 670/2013, de 6 de septiembre, que afecta al Registro de aguas y por RD 1290/2012, de 7 de septiembre; y el RPH por RD 1075/2015, de 27 de noviembre para la protección de aguas subterráneas y por RD 773/2014, de 12 de septiembre).

Pese a todo, acaso el Gobierno se haya quedado con hambre. Un proyecto de real decreto, bastante extenso, que preveía modificar el RDPH en materia de gestión de riesgos de inundación, caudales ecológicos, reservas hidrológicas y vertidos de aguas residuales, que estuvo expuesto a información pública en agosto, finalmente no ha visto la luz. En lo que respecta a las reservas hidrológicas o fluviales, ello no ha obstado a que por Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015 se hayan podido declarar 82 reservas (BOE de 17 de diciembre), de acuerdo con la habilitación del art. 25 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional¹⁰. Tiene interés subrayar que, como la declaración de reservas fluviales, medida de protección ambiental, es una de las competencias decisorias del Gobierno (también tiene la de los aprovechamientos de interés general) se había proyectado incluir esta nueva regulación en el RDPH; esto es, fuera del RPH. Esto no deja de ser curioso, porque lo que parecería más lógico es que las reservas se propusieran por las Confederaciones Hidrográficas al elaborar el plan y que se aprobaran por el Gobierno como parte de éste (art. 40.5 TRLA). En la regulación vigente, y según el art. 22.1 RPH, los planes “recogen” las reservas y las incluyen en el registro de zonas protegidas.

⁹ Este RD trae causa de la STS de 9 de junio de 2015 a la que nos referimos más adelante.

¹⁰ Como el proyecto no nato ampliaba el concepto (desoyendo aquello de que, a veces, “menos es más”), si se hubiera aprobado, las reservas habrían sido 135. Esto no implica que estas zonas se queden sin protección porque estarán incluidas en alguna otra figura de protección ambiental. (La figura de las reservas tal y como está concebida resulta superflua: bastaría para alcanzar los mismos fines con el régimen de protección de las masas de agua en muy buen estado ecológico y químico).

3.1. REAL DECRETO 817/2015, DE 11 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE ESTABLECEN LOS CRITERIOS DE SEGUIMIENTO Y EVALUACIÓN DEL ESTADO DE LAS AGUAS SUPERFICIALES Y LAS NORMAS DE CALIDAD AMBIENTAL

A punto de cerrarse la legislatura se dicta este RD que es una pieza importante en el puzle del desarrollo reglamentario de la Ley de aguas. Tiene un triple contenido: los programas de seguimiento del estado de las masas de agua; los criterios técnicos para determinar el estado ambiental de las distintas categorías de masas de agua (estado ecológico o potencial ecológico y estado químico); y las normas de calidad ambiental (NCA), que son valores de concentración de sustancias contaminantes, especialmente vinculados al objetivo de conseguir un buen estado químico de las aguas superficiales¹¹.

Bajo la regulación altamente técnica del Real Decreto, lo novedoso está en los programas de seguimiento. Esto no quiere decir que haya que restar importancia a su contenido, que la tiene y mucha, sino simplemente que en las otras dos partes se limita a recoger reglas ya existentes. Así en lo relativo a las NCA, deroga el Real Decreto 60/2011 dictado por trasposición de la Directiva 2008/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre de 2008, si bien ahora se incorpora la revisión necesaria para la trasposición de la Directiva 2013/39, de 12 de agosto, en lo relativo a las sustancias prioritarias. Y con respecto a la evaluación del estado, se aprovecha el nuevo reglamento para elevar el rango, realizar alguna mejora y extender la aplicación a todo el territorio nacional de reglas anticipadas en la Instrucción de Planificación Hidrológica¹² y, al

¹¹ Para ser más precisos, las NCA propias del estado químico figuran en el Anexo IV y son las de “sustancias prioritarias y otros contaminantes” (art. 9.4). Las NCA del Anexo V, “de sustancias preferentes”, se utilizan a los efectos del buen estado y buen potencial ecológico

¹² El dictamen del Consejo de Estado de 27 de julio de 2015 (expediente núm. 667/2015) celebra que se eleve el rango normativo de la IPH, que inicialmente era aplicable sólo en cuencas intercomunitarias, al entender que ello servirá para evitar condenas como la que tuvo lugar por la STJUE de 24 de octubre de 2013 (asunto C-151/12, Comisión contra España), que consideró que la cláusula de supletoriedad (art. 149.3 CE) no sirve para trasponer la DMA en todo el territorio español al no garantizar que sus disposiciones “*sean ejecutadas con indiscutible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica*”. También alaba que se haya abandonado una solución previa que consistió en un proyecto de real decreto específico para dar cumplimiento a la citada sentencia. En este proyecto se optaba por declarar la aplicabilidad de las instrucciones técnicas en cuencas intracomunitarias, en defecto de normativa autonómica aplicable. Ver sobre este proyecto el dictamen anterior de 22 de enero de 2015 (expediente núm. 1219/2014).

tiempo, introducir previsiones destinadas a mejorar la comparabilidad de los datos a nivel comunitario (intercalibración)¹³.

El valor del reglamento no está en la parte articulada (30 artículos) sino en sus siete anexos (que ocupan más de dos terceras partes de las cien páginas de la publicación del BOE). Pero en todo caso, los criterios técnicos que ahí se adoptan son un mero instrumento para tomar el pulso a la consecución de los objetivos ambientales establecidos por los respectivos planes de demarcación. Y lo verdaderamente relevante estará, como es lógico, en su aplicación: es decir, en que efectivamente se ejecuten los programas de seguimiento y que, a la vista de los resultados obtenidos, se analice si los criterios de evaluación del estado de las masas de agua no sólo sirven para comparar nuestros datos con los del resto de ríos europeos sino sobre todo si son adecuados para alcanzar el difícil equilibrio entre protección ambiental, satisfacción de demandas y defensa frente a inundaciones y sequías.

En definitiva, se trata de normas técnicas que presentan un grandísimo reto para los juristas; su efectiva asimilación y aplicación serán decisivas para controlar las decisiones singulares relativas a los usos de las masas de agua y los cauces y a las medidas a adoptar para mejorar y proteger su estado. Pues se da la paradoja de que, desde estos criterios, la decisión singular resulta en muchos aspectos prácticamente reglada; sin embargo, es más que probable que entre tantas cifras haya muchos datos que no encajen: sin ir más lejos, la propia caracterización del estado de la masa de agua que haya hecho el plan puede ser distinta –mejor o peor- de la que resulte del análisis específico que de una masa haga un experto. O por usar otro ejemplo fácil de entender, la elección de la localización del punto de control en una masa de agua natural de la categoría río puede llevar a resultados diferentes.

Por lo anterior, se trata de criterios que, de momento, han de tomarse con absoluta cautela y realismo, y considerando el “nivel de confianza” (alto, medio y bajo) que se haya atribuido a los resultados¹⁴. Este “nivel de confianza”, del que el plan hidrológico ha de ofrecer una apreciación (art.

¹³ Ver la Decisión de la Comisión, 2013/480, de 20 de septiembre de 2013, por la que se fijan, de conformidad con la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los valores de las clasificaciones de los sistemas de seguimiento de los Estados miembros a raíz del ejercicio de intercalibración.

¹⁴ El nivel de confianza es la “*estimación cualitativa relativa a la evaluación del estado o potencial ecológico; o bien, estimación cuantitativa o probabilidad de que la clasificación de los elementos de calidad y la clasificación del estado o potencial ecológico, obtenida a partir de los indicadores o índices, se corresponda realmente con la clase asignada*” (art. 3.34 RD 817/2015).

34.3 RPH), se mide -¡como no podía ser menos!- con arreglo a los criterios de uno de los anexos del RD, que de momento son bastante rudimentarios y que deberán desarrollarse mediante una futura instrucción (Anexo III, apartado B.2).

a) Programas de seguimiento

Bajo el nombre técnico y bastante aséptico de “criterios de seguimiento” se esconden los programas de seguimiento, que son, junto con planes hidrológicos¹⁵ y los programas de medidas (por cierto, aún por regular), el tercer instrumento básico para la aplicación de la DMA. La finalidad de estos programas es conocer el estado de las distintas masas de agua; debían estar operativos en 2006 (art. 8.2 DMA).

Hasta la adopción del RD, había unas reglas dispersas específicas, y adaptadas a la terminología comunitaria para el control de caudales ecológicos y aguas subterráneas en la IPH (Instrucción de Planificación Hidrológica, aprobada por Orden ARM/2656/2008). Y el RD lo que ahora hace es diseñar, en general y con carácter abstracto, los criterios de seguimiento, entre los que se encuentran: estaciones de muestreo, elementos de calidad y frecuencias de muestreo. Para la Comisión Europea, el retraso en la regulación reglamentaria de los programas de seguimiento a nivel estatal no determinó que se abriera un procedimiento de infracción por mala trasposición. Sin embargo -y aunque pueda parecer paradójico o difícil de entender- la sentencia del TJUE de 24 de octubre de 2013, (asunto C-151/12, Comisión contra España), consideró que el Reino de España incumplió la DMA por no contemplar determinados aspectos de los programas de seguimiento en las cuencas hidrográficas intracomunitarias situadas fuera de Cataluña¹⁶.

Volviendo a la regulación del RD, y atendiendo a la finalidad crítica de estas páginas, hemos optado por no entrar en sus detalles técnicos y limitarnos a señalar dos ausencias. La primera es que, como ha sucedido en general con toda la trasposición del derecho comunitario, no se ha hecho suficiente esfuerzo por vincular este programa con nuestros instrumentos

¹⁵ Importa destacar que Plan hidrológico y programas de seguimiento son instrumentos distintos, aunque dentro del contenido obligatorio del plan se encuentran “*Las redes de control establecidas para el seguimiento del estado de las aguas superficiales, de las aguas subterráneas y de las zonas protegidas y los resultados de este control*”(art. 42.d TRLA).

¹⁶ El fallo declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del anexo V, sección 1.3 y subsección 1.4.1, incisos i) a iii), de la DMA al que se remite su artículo 8, apartado 2, “por lo que atañe a las cuencas hidrográficas intracomunitarias situadas fuera de Cataluña”.

propios de información hidrológica y, en particular con el Registro oficial de datos hidrológicos creado por el art. 33 de la LPHN¹⁷. La segunda es que no recoge qué obligaciones pueden imponerse a los concesionarios o los titulares de autorizaciones de vertidos para que colaboren en el seguimiento de las masas de agua en que tengan sus instalaciones. Si se hubiera echado la vista atrás y, en particular a la Orden Ministerial de 10 de octubre de 1941 (derogada por Real Decreto 2473/1985, de 27 de diciembre, que aprobó la tabla de vigencia de la Ley de aguas), se habría visto que la Red de Aforos del Estado se integraba con los aforos de los titulares de canales y pantanos (Estado o concesionarios). El Ministerio ha licitado la elaboración de programas de seguimiento por 100 millones de euros.

b) Condiciones de referencia y de cambio de clase para la evaluación de las masas de agua y NCA

Las condiciones de referencia son los valores numéricos específicos para cada uno de los indicadores de estado o potencial ecológico (biológicos, fisico-químicos e hidromorfológicos). Se establecen en el Anexo II del Real Decreto para cada tipo de masa de agua peninsular y de las Islas Baleares. A partir de estas condiciones, los Planes hidrológicos caracterizan cada masa utilizando los indicadores correspondientes a la tipología de la masa de agua de que se trate. Los límites de cambio de clase se utilizan para las cinco clases de estado (muy bueno, bueno, moderado, deficiente, malo).

Las normas de calidad ambiental (NCA) son concentraciones de contaminantes presentes en el agua, en los sedimentos o en la biota, que no deben superarse en aras de la de la protección de la salud humana y el medio ambiente. Las NCA vendrían a ser como unas “bases” mínimas a respetar, lo que no garantiza que en algunas masas de agua pueda haber ciertas sustancias con concentraciones superiores (que estarán en mal estado¹⁸). El anexo IV del RD fija las NCA para las sustancias prioritarias

¹⁷ “1. El Ministerio de Medio Ambiente mantendrá un registro oficial de datos hidrológicos que incluirá, al menos, los caudales en ríos y conducciones principales, la piezometría en los acuíferos, el estado de las existencias embalsadas, y la calidad de las aguas continentales. A estos efectos, las Comunidades Autónomas facilitarán los registros disponibles sobre las cuencas intracomunitarias.

2. En las cuencas intercomunitarias, el Ministerio de Medio Ambiente definirá una red básica oficial de medida de datos hidrológicos, y asumirá la responsabilidad de su completo mantenimiento, archivo y actualización de los datos generados.

3. Los ciudadanos tendrán libre acceso a dicha información, la cual será publicada por el Ministerio de Medio Ambiente periódicamente”.

¹⁸ Vid. art. 20.2.

y para otros contaminantes con objeto de conseguir un buen estado químico de las aguas superficiales (trasposición de la Directiva 2008/105). El Anexo V establece las NCA para las sustancias preferentes¹⁹ y también se fija el procedimiento para calcular las NCA de los contaminantes específicos²⁰ con objeto de conseguir un buen estado ecológico de las aguas superficiales o un buen potencial ecológico de dichas aguas, cuando proceda.

El RD deroga los cuatro Anexos del Reglamento de la Administración Pública del Agua y de la Planificación Hidrológica (RD 927/1988) que establecían normas de calidad específicas para distintos tipos de aguas (aguas superficiales destinadas a la producción de agua potable; aguas dulces superficiales para ser aptas para el baño; aguas continentales cuando requieran protección o mejora para ser aptas para la vida de los peces; y aguas que requieran protección o mejora para cría de moluscos).

3.2. REGULACIÓN Y DESTINO DEL CANON HIDROELÉCTRICO

Muy polémico resulta el Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley de Aguas y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias. El RD completa el régimen jurídico del canon hidráulico previsto por Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética. Contiene disposiciones específicas para permitir su exigibilidad retroactiva (para los ejercicios 2013 y 2014) y directa; esto es, sin necesidad de que se hubieran revisado con carácter previo los títulos concesionales (requisito claramente exigido por la Ley 15/2012).

El RD, que ha sido objeto de lógicos recursos contencioso-administrativos, aclara que es exigible sólo en las cuencas intercomunitarias. Este aspecto contrasta con lo que sucede con el resto de

¹⁹ “Sustancia que presenta 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”.

²⁰ “Contaminante vertido en cantidades significativas en una cuenca y no incluido en el anexo IV (sustancias prioritarias). Las NCA de estos contaminantes se calcularán conforme al procedimiento descrito en el anexo VII, cuando se trate de una sustancia preferente la NCA será, al menos, la prevista en el anexo V”

cánones del TRLA, que son de aplicación en todo el territorio nacional y casa mal con su configuración teórica como impuesto ambiental²¹.

Para nosotros, lo más interesante es precisamente este destino, aspecto que ocupó –estérilmente- al Consejo de Estado en su Dictamen de 9 de octubre de 2014 (Expediente número 928/2014), sobre el proyecto. Para el órgano consultivo, *“lo recaudado debe destinarse en su totalidad a la protección y mejora del dominio público hidráulico”*. A su juicio, debía descartarse que la recaudación se afectara a la corrección del déficit tarifario del sistema eléctrico, que era el propósito evidente del proyecto del reglamento: según el Gobierno proponente, esto se acomodaba perfectamente a la Ley, donde se había previsto que sólo el 2% del canon se destinara al organismo de cuenca (art 112 bis.8 TRLA).

Pese a lo anterior, parece que el Gobierno ha sabido eludir el informe del Consejo de Estado. Pues, en efecto, el 24 de noviembre de 2015, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hizo público, con absoluta transparencia, que se ha corregido el déficit tarifario también gracias a 440 M€ recaudados del canon hidráulico de 2014 (que equivalen al 98% de la recaudación)²².

Pues bien, formalmente el RD se dicta *“de acuerdo con el Consejo de Estado”*, y el propio texto del RD establece que el Gobierno destinará una cantidad equivalente a la recaudación del canon a la protección y mejora del dominio público hidráulico. A estos efectos, el art. 14 del RD establece un listado de actividades que se consideran de protección y mejora, en el que se incluyen prácticamente todas las funciones que realizan los Organismos de cuenca.

A nuestro juicio, esta situación -anómala- viene propiciada por el establecimiento por la Ley 15/2012 de un canon supuestamente ambiental desvinculado de los principios vigentes del derecho de aguas y en particular del de recuperación de costes. Cabe recordar que este principio -obligatorio por el art. 9 DMA-, toma, como base para su aplicación, los análisis económico-financieros de los servicios relacionados con el agua y en los que ha de computarse también el coste ambiental del recurso. Establecer un canon desvinculado de estos análisis resulta, en nuestra

²¹ La (increíble) razón por la que es de aplicación sólo en cuencas estatales y no en todo el territorio nacional es que, en su configuración, el Estado utilizó como fundamento competencial el art. 149.1.22º CE (cuencas intercomunitarias) y no el art. 149.1.23º CE (legislación básica en medio ambiente). Cfr. DF 2ª de la Ley 15/2012.

²² *“Informe sobre la liquidación definitiva de 2014 del sector eléctrico. Análisis de resultados respecto de la proyección anual de los ingresos y costes del sistema eléctrico”*.

opinión, contrario al derecho comunitario al poner en peligro el cumplimiento de los fines previstos por la DMA.

4. POLÍTICA: PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA Y OTRAS CUESTIONES

4.1. LA REVISIÓN DE LOS PLANES HIDROLÓGICOS DEL CICLO 2009-2015 POR LA COMISIÓN EUROPEA

En 2015 se ha publicado el documento de trabajo elaborado por la Comisión Europea sobre la aplicación en España de los Planes hidrológicos de la Directiva Marco del agua (*“Report on the implementation of the Water Framework Directive River Basin Management Plans: SPAIN”*), SWD(2015) 56 final, de 9 de marzo de 2015, donde se hace una revisión crítica de los planes hidrológicos del primer ciclo de planificación.

En el momento de la redacción de este informe todas las demarcaciones, excepto las correspondientes a las Islas Canarias²³, habían presentado sus planes a la Comisión. De su extenso contenido, cabe desprender los siguientes aspectos:

- La coordinación entre ámbitos de planificación desde el Ministerio –a través de la IPH- ha debido ser insuficiente. En general, los servicios técnicos de la Comisión advierten amplias diferencias entre planes, sin que exista una explicación plausible o transparente, más allá de que se hayan utilizado enfoques notablemente distintos. Por ejemplo, falta información sobre cuestiones metodológicas importantes como son los criterios relativos a la agrupación de masas de aguas y a la determinación de los puntos de seguimiento o control para cada una de ellas; en cifras globales,

²³ Mediante varios decretos de 2015, se han aprobado con vocación de transitoriedad los planes hidrológicos insulares de Canarias, que son los únicos de exclusiva competencia autonómica (art. 42 de la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas de Canarias). Se trata de varios decretos por los que se dispone la suspensión de la vigencia del correspondiente plan insular (aprobados entre 1999 y 2002) y se aprueban las normas sustantivas transitorias de planificación hidrológica con la finalidad de cumplir la DMA. En concreto, se trata de: Decreto 33/2015, de 19 de marzo, de la demarcación de Gran Canaria; Decreto 34/2015, de 19 de marzo, de la demarcación hidrográfica de La Gomera; del Decreto 45/2015, de 9 de abril, de la demarcación hidrográfica de Fuerteventura; Decreto 52/2015, de 16 de abril, de la demarcación hidrográfica de El Hierro; Decreto 112/2015, de 22 de mayo, de la demarcación hidrográfica de La Palma; Decreto 362/2015, de 16 de noviembre, de la demarcación hidrográfica de Lanzarote. Por último, sin vocación de transitoriedad, se ha adoptado el Decreto 49/2015, de 9 de abril, por el que se aprueba definitivamente el Plan Hidrológico de la demarcación hidrográfica de Tenerife.

a la Comisión le llama la atención que exista un mayor número de masas de agua fluvial y masas de agua lacustre que puntos de control.

- Se registran grandes diferencias entre el estado de las masas de las distintas demarcaciones, donde los porcentajes de masas de agua superficial naturales en buen estado o mejor están en un rango muy amplio (Tajo 61%; Guadalquivir 59%; cuencas mediterráneas de Andalucía 54%; Segura 48%; Júcar 42%; Ebro 34%; Guadiana 28%; o Duero 21%). Para la Comisión no existe una explicación plausible para estas diferencias, aparte de la ausencia de armonización de la evaluación del estado.

En este mismo sentido, se advierte que el porcentaje de masas de agua afectadas por presiones hidromorfológicas varía significativamente de unas cuencas a otras, sin que ello tenga necesariamente relación con las regulaciones de caudales de agua y alteraciones hidromorfológicas, que son significativas en más de 1550 masas de agua superficial, debido al elevado número de grandes presas existentes en España (1350) y otras alteraciones.

- La Comisión resulta muy crítica con la falta de transparencia y claridad en la toma de decisiones, y en particular en cuanto al régimen de caudales ecológicos. Para la Comisión, es indiscutible que ha de reforzarse la vinculación entre esta técnica de protección y los objetivos ambientales del plan²⁴.

- Otra crítica relacionada con la anterior es que se cuestiona el modo en que se fijan los objetivos ambientales y se acude al régimen de excepciones del art. 4 DMA. Aunque la metodología se describe en la IPH y se refleja, en su caso, en la ficha correspondiente a la masa de agua, se advierte que en general la justificación de la exención resulta insuficiente, al apoyarse en declaraciones genéricas que no se basan en una evaluación de las medidas necesarias para alcanzar un buen estado. Por tanto, los planes hidrológicos no son capaces de justificar si las medidas tienen un coste desproporcionado o si son técnicamente inviables.

En este importante aspecto, la metodología utilizada “*parece inapropiada. En efecto, en lugar de centrarse en identificar en primera*

²⁴ Para el Tribunal Supremo, sin embargo, en dos sentencias de 21 y 23 de enero de 2015 (Nº de Recurso: 278/2013 y Nº de Recurso: 277/2013), los caudales ecológicos pueden fijarse de manera independiente de los objetivos ambientales de cada masa, validando este ámbito de discrecionalidad plena que la Comisión censura por la falta de transparencia. En la segunda sentencia (siguiendo lo ya dicho en otras anteriores comentadas en el Observatorio del año pasado), el TS ha rechazado igualmente que esta discrecionalidad pueda controlarse a través del procedimiento, al haber dejado sin contenido la concertación del art. 18 RPH, que el TS ha hecho equivalente a un trámite de información pública cualificado por la celebración de reuniones y talleres.

instancia las medidas necesarias para alcanzar los objetivos, la evaluación comienza identificando como candidatas a la exención todas las masas de agua que presentan un estado menos que bueno, teniendo en cuenta las medidas vigentes y algunas consideradas «viabiles» ex-ante. El proceso no es transparente y no ofrece una base sólida para justificar las exenciones de conformidad con los requisitos de la DMA”.

Para la Comisión, resulta particularmente preocupante el elevado número de proyectos de infraestructura planificados, en especial presas, a los que no se ha aplicado el artículo 4, apartado 7 (excepción al cumplimiento de objetivos ambientales debida a nuevas alteraciones de las masas de agua). De conformidad con la DMA, las infraestructuras que no hayan sido construidas todavía y que pueden causar un deterioro en el estado de las masas de agua o impedir la consecución de los objetivos ambientales solamente pueden ejecutarse si se cumplen las condiciones del artículo 4, apartado 7. En algunos planes, expresamente se señala que el informe de viabilidad previo a la ejecución de cualquier obra, que se prevé con carácter general, sirve para justificar la excepción. Para la Comisión, este informe de viabilidad es insuficiente. El Tribunal Supremo, como se verá más adelante, al hilo del análisis de la sentencia de 23 de febrero de 2015 relativa al dragado del Guadalquivir comparte esta crítica.

- Con respecto al programa de medidas, para la Comisión resulta confusa la práctica española ya que incluye también dentro del programa nuevas infraestructuras para la explotación de los recursos hídricos que suponen un deterioro de las masas de agua. Esto no es conforme con el derecho comunitario para el que programa de medidas es el conjunto de instrumentos necesarios para alcanzar los objetivos ambientales del plan.

- En general, la información del estado de las aguas en España es confusa y contradictoria, existiendo discrepancias entre cuestiones sobre las que se informa genéricamente y los resultados específicos de los planes. Por ejemplo, en alguna demarcación, y según datos suministrados a previamente a la Comisión a través de la base de datos comunitaria en materia de aguas (*The Water Information System for Europe*, WISE), no habría contaminación difusa; sin embargo, para el plan de esa demarcación este tipo de contaminación se plantea como tema importante.

Lo mismo sucede con el seguimiento de los sedimentos y la biota, que no se especifica en la mayoría de los planes hidrológicos, aunque genéricamente España informa de que dicho seguimiento se está llevando a cabo en todas las demarcaciones hidrográficas.

- Una última cuestión tiene que ver con el concepto de servicios relacionados con el agua, que es clave para la aplicación del principio de recuperación de costes del art. 9 DMA. La Comisión destaca que el artículo 40 *bis*, letra i), de la Ley de Aguas y la IPH (capítulo 1.2.61) definen los servicios relacionados con el agua como las actividades relacionadas con la gestión de las aguas que posibilitan su utilización, tales como extracción, almacenamiento, conducción, y tratamiento o vertido, así como la protección de personas y bienes frente a las inundaciones, mientras que los planes hidrológicos no presentan una imagen homogénea: por un lado, porque, en ocasiones, presentan los servicios como semejantes a los términos de «usos»; y, por otro, porque muchos servicios quedan excluidos de la regla de la recuperación de costes, que se aplica con numerosos descuentos, con información que no siempre es fácil de identificar.

4.2. CIERRE DE LOS PROCEDIMIENTOS DE INFRACCIÓN

Durante 2015 se ha completado el procedimiento de elaboración de los planes hidrológicos del segundo ciclo de planificación “postDMA” (sería el tercer ciclo de la Ley de aguas española). La aprobación dentro de plazo ha sido un tema de alto interés público debido a que el llamado Acuerdo de Asociación suscrito entre España y la Unión Europea condicionaba la utilización de fondos comunitarios estructurales y de inversión (FEDER; FEADER, FSE y FEMP) durante el periodo de programación 2014-2020, a que efectivamente hubiera planes.

El cumplimiento de la obligación formal de aprobar los planes ha supuesto, además, que se cierren dos procedimientos de infracción abiertos por la DMA, el núm. 20092003 (mala trasposición) y el núm. 20102083 (no tener elaborados los planes de cuenca).

El análisis de los planes aprobados es un aspecto a abordar en el Observatorio del próximo año.

4.3. EL INCÓMODO TRASVASE TAJO-SEGURA: DE LA LEY DE EVALUACIÓN AMBIENTAL A LA LEY DE MONTES

Tras las elecciones autonómicas, celebradas en mayo y que determinaron el fin de la coincidencia entre el partido gobernante en el Estado y en las CCAA afectadas por el Trasvase Tajo Segura, se reabre el conflicto entre Castilla La Mancha y Murcia. En la legislatura se ha despreciado la capacidad del plan hidrológico para afrontar el problema con arreglo a criterios técnico-jurídicos y de transparencia (los debates del

Consejo Nacional del Agua de los planes eludieron totalmente este aspecto bajo la excusa –inaceptable jurídicamente²⁵- de que era una cuestión propia del plan hidrológico nacional).

Tras la STC 13/2015, de 5 de febrero, que anulaba las reglas del trasvase introducidas mediante enmiendas en el curso de la tramitación parlamentaria de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, por haberse omitido el preceptivo trámite de audiencia a la Comunidad Autónoma de Aragón, se ha optado por otra solución fácil. Mediante la disposición adicional quinta de la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes se vuelven a establecer las mismas reglas de explotación, anuladas por el TC. De momento, se ha reunido la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado a los efectos del art. 36 LOTC, es decir, para buscar una solución negociada al conflicto alargándose a 9 meses el plazo para la interposición del recurso de inconstitucionalidad (BOE de 26 de noviembre de 2015).

En septiembre de 2015 se trasvasaron 10 hm³ (Orden AAA/1869/2015, de 10 de septiembre) aún por aplicación de la Ley 21/2013, ya que el fallo del TC permitía retrasar un año los efectos de la declaración de inconstitucionalidad.

4.4. LEY DE AGUAS Y RÍOS DE ARAGÓN

En lo que respecta a la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y ríos de Aragón, se ha publicado en el BOE de 16 de septiembre de 2015 que el Estado ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra varios de sus artículos. Es decir, no se ha producido el imprescindible complemento estatal -al que nos referíamos en el Observatorio del año pasado- para que pudiera aplicarse esta ley, sino precisamente lo contrario pues el Estado ha invocado la suspensión automática. Por auto del TC de 15 de diciembre, se ha acordado mantener la suspensión únicamente de los

²⁵ La captación de aguas en el Tajo es una presión propia de esta cuenca y por tanto, corresponde al Plan de esta Demarcación analizar su impacto en las masas de aguas concernidas y, en el caso de ser necesario, recoger la correspondiente excepción, consistente en fijar objetivos menos rigurosos por inviabilidad o coste desproporcionado. El plan del Tajo no tiene por qué hacer los análisis que justifiquen que el déficit de la cuenca del Segura no puede paliarse por otros medios que constituyan “una alternativa ecológica significativamente mejor que no suponga un coste desproporcionado” (art. 4.5 DMA); pero sí tiene que recoger la justificación de la excepción y garantizar que para las masas de agua afectadas se adoptarán las medidas que aseguren los mínimos cambios posibles e impidan nuevos deterioros. Aparte de esto, se encuentran las obligaciones que puedan derivarse de los planes de ordenación de los espacios naturales afectados por el trasvase, cuestión que, como es obvio, tampoco corresponde al PHN.

artículos 71.3²⁶ y 76.3²⁷, que instauran, respectivamente, un procedimiento bifásico para autorizaciones de vertido y concesiones de aguas regeneradas, tomando como base el adoptado por el RD 2646/1985, de 27 de diciembre, de traspasos a Cataluña (Aragón emitiría la propuesta de resolución, que ha de ser elevada a definitiva por la Confederación en un plazo de tres meses, presumiéndose que, de no haber oposición expresa, se aceptaba la propuesta). El régimen catalán había funcionado razonablemente bien, hasta que llegó la agria polémica política derivada del Estatut y la segunda sentencia constitucional que recordaba que las competencias sobre vertidos corresponden al título competencial de “*medio ambiente*” y no al de “*aguas que discurren por más de una Comunidad Autónoma*” (STC 138/2010, FJ 4). En el día a día de Cataluña, esta sentencia no se ha aplicado.

4.5. LA SUBVENCIÓN DIRECTA A TRAVÉS DE LA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE RECUPERACIÓN DE COSTES

Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 en su *Disposición adicional nonagésima sexta. Medidas extraordinarias en relación con la situación de sequía*, declara que determinadas obras (actuaciones que desarrolle la Sociedad Estatal Aguas de las Cuencas Mediterráneas de modernización de los regadíos tradicionales de la Ribera del Júcar y la segunda fase de la sustitución de bombeos de la Mancha Oriental) quedan exentas del principio de recuperación de costes, de acuerdo con el art. 111 bis.3 TRLA. En realidad, se trata de subvenciones directas más que de la aplicación de una

²⁶ “En las aguas intercomunitarias, el Instituto Aragonés del Agua podrá tramitar las autorizaciones de vertido a cauce público en el territorio de la Comunidad, en el ejercicio de las competencias propias de Aragón, o mediante encomienda, transferencia o convenio con la Administración General del Estado. En este caso, el Instituto Aragonés del Agua formulará propuesta de resolución al organismo de cuenca, que comunicará al Instituto Aragonés del Agua la resolución que se dicte, para su notificación al interesado, de acuerdo al procedimiento fijado en la legislación estatal. Se entenderá que la resolución es conforme con la propuesta formulada cuando, en el plazo de tres meses, contados a partir de la fecha de entrada de aquella en el organismo de cuenca, este no hubiera comunicado la resolución al Instituto Aragonés del Agua”.

²⁷ “En el caso de cuencas intercomunitarias, el Instituto Aragonés del Agua formulará propuesta de resolución al organismo de cuenca, que comunicará al Instituto Aragonés del Agua la resolución que se dicte, para su notificación al interesado, de acuerdo al procedimiento fijado en la legislación básica. Se entenderá que la resolución es conforme con la propuesta formulada cuando, en el plazo de tres meses, contados a partir de la fecha de entrada de aquella en el organismo de cuenca, este no hubiera comunicado la resolución al Instituto Aragonés del Agua”.

excepción al principio de recuperación de costes, que ha de vincularse al análisis económico del uso del agua que realicen los planes de cuenca.

4.6. UNA INICIATIVA INTERESANTE: SE ADOPTAN LAS LÍNEAS MAESTRAS DE LA INVESTIGACIÓN EN MATERIA DE AGUAS

El Ministerio ha adoptado un documento, que se llama “Idiagua”, que define los principales ámbitos de innovación e investigación en el ciclo integral del agua, las prioridades del sector y las necesidades para la gestión pública del agua.

En él se fijan las cinco líneas de actuación prioritarias o estratégicas. Éstas son: avanzar en la gestión de los recursos hídricos mediante el desarrollo de sistemas de información, conocimiento, evaluación y ayuda a la toma de decisiones basados en las TIC y en las nuevas aplicaciones de BigData; afrontar la innovación para la gestión de sequías e inundaciones; nuevos sistemas de gestión de riesgos, operación y mantenimiento de infraestructuras, incluyendo la gestión de sedimentos; gestión conjunta de recursos convencionales y no convencionales; y desarrollar soluciones tecnológicas para lograr el uso eficiente y sostenible del agua, de la energía y de otros recursos naturales.

4.7. LAS RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS PÚBLICO DE PRIMER ORDEN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA PRESA DE MULARROYA

Por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de diciembre de 2014 se declara la existencia de razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas las de tipo social y económico, en el proyecto de construcción de la presa de Mularroya, azud de derivación y conducción de trasvase, en los términos municipales de La Almunia de Doña Godina, Chodes y Ricla, Zaragoza (BOE de 11 de marzo de 2015). Se considera, al respecto, que se trata de un proyecto estratégico para garantizar el funcionamiento sostenible del sistema del medio y bajo Jalón, donde se desarrolla un importante complejo agroalimentario especializado en producción frutícola que requiere una mejora de las garantías de disponibilidad de agua.

El texto de este Acuerdo señala que se adopta por aplicación del procedimiento previsto por los apartados 5 y 5.b) del artículo 45 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del patrimonio natural y de la biodiversidad

(actual art. 46) ²⁸, y de conformidad con la evaluación de impacto ambiental.

El Acuerdo trae causa de una sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013 (núm. de recurso de casación 5270/2009), en la que se anulaba la primera aprobación del proyecto “*por no haberse acreditado que concurren razones imperiosas de interés público de primer orden*”. El Acuerdo también señala, con carácter previo a su inclusión en el plan hidrológico de cuenca, que la actuación supone un deterioro adicional de una masa de agua, que encaja dentro del régimen de excepciones de la DMA (art. 4.7 DMA)²⁹.

²⁸ “46.5. Si, a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación de las repercusiones sobre el lugar y a falta de soluciones alternativas, debiera realizarse un plan, programa o proyecto por razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica, las Administraciones públicas competentes tomarán cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida.

La concurrencia de razones imperiosas de interés público de primer orden sólo podrá declararse para cada supuesto concreto:

a) Mediante una ley.

b) Mediante acuerdo del Consejo de Ministros, cuando se trate de planes, programas o proyectos que deban ser aprobados o autorizados por la Administración General del Estado, o del órgano de Gobierno de la comunidad autónoma. Dicho acuerdo deberá ser motivado y público.

La adopción de las medidas compensatorias se llevará a cabo, en su caso, durante el procedimiento de evaluación ambiental de planes y programas y de evaluación de impacto ambiental de proyectos, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable. Dichas medidas se aplicarán en la fase de planificación y ejecución que determine la evaluación ambiental.

Las medidas compensatorias adoptadas serán remitidas, por el cauce correspondiente, a la Comisión Europea”.

²⁹ En el análisis de la jurisprudencia que se hace más abajo, se explica en qué consiste este deterioro adicional y los cuatro requisitos necesarios para que pueda autorizarse. De estos cuatro requisitos, el Acuerdo no hace explícito el relativo a que “*por motivos viabilidad técnica o de coste desproporcionados*” los beneficios sociales vinculados a la mejora de la producción agraria no puedan conseguirse “*por otros medios que constituyan una opción ambiental significativamente mejor*”.

5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

5.1. LA IMPUGNACIÓN DE LOS PLANES HIDROLÓGICOS DE DEMARCACIÓN APROBADOS EN 2013

Este año 2015 nos deja, de nuevo, un considerable número de sentencias relativas al ya culminado proceso de aprobación de los planes hidrológicos de demarcación, con resultados ciertamente desiguales. En este sentido, a lo largo del año el TS se ha pronunciado sobre la validez de los Planes hidrológicos de las demarcaciones del Cantábrico Occidental³⁰, Miño-Sil³¹, Guadalquivir³², Duero³³, Guadiana³⁴, así como sobre el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas³⁵ y sobre el ámbito territorial de demarcación hidrográfica del Júcar (en STS de 9 de junio, en la que se reitera el confuso criterio jurisprudencial establecido por las SSTs de 22 y 27 de septiembre de 2011).

Se reiteran algunos de los principales motivos de impugnación del conjunto de pronunciamientos estudiados en la pasada edición del Observatorio, sobre todo aquéllos referidos al proceso de participación de los distintos actores en la elaboración de los planes (concertación e información pública) y, en especial, a los criterios para el establecimiento de los caudales ecológicos. Y el resultado, al igual que el conjunto de recursos resueltos en el año 2014, confirma un absoluto rechazo por parte del TS al control de las decisiones discrecionales del plan. De forma nada sorprendente, por tanto, la mayor parte de las sentencias estudiadas presentan un carácter desestimatorio en relación a los motivos de impugnación, con las únicas salvedades de la STS 2832/2015, de 11 de junio, que declara la ilegalidad de un precepto del Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas por establecer un supuesto de caducidad de las concesiones que carece de cobertura legal; y, más significativamente, la STS 755/2015, de 26 de febrero, que declara la nulidad de varios aspectos del Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir, como detalladamente se verá en el siguiente apartado.

³⁰ STS 1931/2015, de 27 de abril.

³¹ STS 231/2015, de 21 de enero y STS 234/2015, de 23 de enero.

³² SsTS 76/2015, de 7 de enero, 139/2015, de 20 de enero, 755, de 26 de febrero y 924/2015, de 6 de marzo

³³ STS 136/2015, de 20 de enero.

³⁴ STS 1659/2015, de 17 de abril.

³⁵ STS 2832/2015, de 11 de junio.

- Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas

Conoce la STS 2832/2015, de 11 de junio, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil ENDESA GENERACIÓN, S.A contra el Real Decreto 1331/2012, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas. Recurso fundamentado tanto en aspectos materiales (arbitrariedad en la selección de determinadas masas de aguas como estratégicas para implantar en ellas los caudales ecológicos, fijación de caudales ecológicos innecesarios para alcanzar los objetivos ambientales o establecimiento de unas causas de caducidad de las concesiones no previstas en el artículo 66 del TRLA), como procedimentales (contenidos distintos en la fase de información pública a los finalmente aprobados y ausencia de concertación). Dichos motivos de impugnación son desestimados por el TS, algunos (como los reproches de carácter procedimental) sobre la base de la jurisprudencia que ha ido construyendo el propio Tribunal al hilo de la impugnación de los Planes Hidrológicos de Cuenca estos últimos años (y de la que hemos dado cumplida referencia en esta obra en sus dos últimas ediciones); otros (como la arbitrariedad a la hora de fijar los caudales ecológicos) por falta de elementos de prueba suficientes. Sin embargo, estima el TS una de las causas de carácter material, al entender que el Plan Hidrológico establecía, en su artículo 14, lo que formal y materialmente era un supuesto de caducidad de las concesiones administrativas no previsto en modo alguno por la Ley de Aguas.

Reviste igual interés, en atención a su carácter competencial, el análisis de una de las causas de inadmisibilidad aducidas por la Abogacía del Estado, derivada de la naturaleza intracomunitaria de la cuenca planificada. Entiende la representación de la Administración demandada que quedan fuera del alcance de conocimiento del TS todos aquellos aspectos impugnados que resultan ajenos a la intervención del Consejo de Ministros en la aprobación del Real Decreto recurrido, como los defectos de procedimiento en la elaboración del Plan, la arbitrariedad de la selección de las masas estratégicas o la ausencia de concertación.

El TS, sin embargo, rechaza esta causa de inadmisión y conforma, junto a su sentencia de 12 de diciembre de 2014, una interesante línea interpretativa jurisprudencial relativa a las competencias del Consejo de Ministros a la hora de aprobar los Planes Hidrológicos de cuencas intracomunitarias. Y es que, junto al control y fiscalización del cumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 40.6 del TRLA, el TS entiende que compete al órgano estatal la supervisión del cumplimiento

de “*las imposiciones derivadas de los obligados contenidos del Plan Hidrológico Nacional y la prohibición de que afecten a los recursos de otras cuencas, de manera que el resultado es el de una amplísima intervención del Estado, condicionante de la aprobación definitiva del Plan formulado por la Comunidad Autónoma y por tanto de su vigencia, con espacios incluso generadores de eventuales equívocos competenciales sobre el alcance de las potestades de una y otra Administración territorial*” (FJ 1º).

- Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir

Más allá de la simple valoración de los motivos de impugnación del contenido de un plan hidrológico, resulta de tremenda utilidad la doctrina interpretativa emanada de la STS 924/2015, de 6 de marzo, a la hora de entender cómo se conectan, jerarquizan y escalonan los contenidos de los instrumentos de planificación urbanística e hidrológica.

Es evidente que la satisfacción de las demandas de agua constituye uno de los objetivos primarios de la planificación hidrológica, ex artículo 40.1 del TR de la Ley de Aguas. Acorde con tal previsión, un contenido preceptivo de los planes hidrológicos ha de ser la descripción general de los usos, lo que incluye “*la asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros*”(artículo 42.1.b/ del TR de la Ley de Aguas).

En el caso objeto de enjuiciamiento, la entidad recurrente parte de la conformidad a Derecho de las previsiones del el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir en lo relativo a la satisfacción de lo que eran demandas *actuales* de aguas, pero no así de las *futuras*, derivadas de los crecimientos de población previstos en el planeamiento urbanístico general.

En interpretación del TS, la asignación de recursos hídricos para las demandas de agua presentes y futuras, que prevé el citado artículo 42.1.b) del TR de la Ley de Aguas, hace referencia al crecimiento natural de la población y no a las previsiones derivadas de la mera aprobación de los planeamientos generales en los diferentes municipios. En este sentido, los crecimientos de población que fundamentan las demandas futuras han de ser ciertos y racionales, debiendo ser evaluados por la Administración hidráulica, y ajustados a criterios objetivos, ajenos a los vaivenes económicos. Por ello, considera el TS que para tener en cuenta dicha demanda futura, el proceso urbanizador debe encontrarse en su fase final, y haber contado con la participación de la Confederación Hidrográfica,

mediante el informe previsto en el artículo 25.4 del TR de la Ley de Aguas, cuyo carácter vinculante ya hemos destacado en este Observatorio.

En conclusión, y sobre la base de esta destacada interpretación jurisprudencial, cualquier planeamiento urbanístico que precise nueva disponibilidad de recursos quedará condicionado a que el Organismo de cuenca informe favorablemente acerca de la disponibilidad de caudales. La suficiencia de recursos hídricos puede venir dada tanto por disponibilidad natural como por la previsión en los planes hidrológicos de las correspondientes obras de regulación o de producción de agua (desalación o regeneración).

- Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Guadiana

La STS 1659/2015, de 17 de abril, declara conforme con el Ordenamiento jurídico el Real Decreto 354/2013, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Guadiana, a pesar de que el recurso presentado por una Comunidad de Regantes sostenía su ilegalidad por vulneración de los artículos 9.3 y 33 de la CE y el artículo 56 del TR de la Ley de Aguas de 2001.

Como fundamento esencial de su escrito de impugnación, la Comunidad de Regantes recurrente entiende que resulta injustificada la declaración de que la masa de aguas del Campo de Montiel está en riesgo de no alcanzar un buen estado cuantitativo, por lo que, deduce, se ha lesionado el principio de uso sostenible de los recursos naturales del artículo 45 de la CE. En consecuencia, la cuestión de fondo suscitada se centra en la calificación del estado de las aguas del Campo de Montiel, y las consecuencias que se anudan a dicha declaración.

En concreto, en el artículo impugnado, artículo 11, apartados 2 y 3 del plan, se caracteriza, entre otras, la masa de aguas del Campo de Montiel en mal "estado cuantitativo" y se dispone que deberá ser declarada en riesgo de no alcanzar un buen estado cuantitativo de acuerdo con el artículo 56 del TR de la Ley de Aguas (lo que era un "acuífero sobreexplotado" en la redacción anterior a la reforma de la Ley 11/2012).

La discusión no se centra tanto en cuestiones jurídicas como fácticas, lo que precisaba de una prueba pericial que acreditase de forma suficiente, y con la metodología adecuada, el buen estado cuantitativo de las aguas subterráneas del Campo de Montiel; algo que, según la citada STS no se llega a producir, dando por desestimado el recurso presentado.

- Inclusión de una cuenca endorreica en el ámbito territorial de la Cuenca Hidrográfica del Júcar

La STS 2686/2015, de 9 de junio de 2015, resuelve los recursos acumulados contra la disposición final 1ª y los apartados primero y tercero de la disposición final 3ª del Real Decreto 255/2013, de 12 de abril por el que se regula el Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica del Júcar y se modifican ciertos preceptos de los Reales Decretos 650/1987, sobre el ámbito territorial de los organismos de cuenca, y 125/2007, sobre el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas. El principal reproche que los demandantes dirigen a estos preceptos es que, al delimitar el ámbito territorial de la Confederación Hidrográfica del Júcar y de la Demarcación Hidrográfica del Júcar, no se incluyen las cuencas endorreicas de los ríos Quejola, Jardín y Lezuza y de Los Llanos, en la provincia de Albacete. Se impugna también un pasaje del preámbulo del Real Decreto 255/2013, por considerar que hace una exhortación; impugnación que es directamente rechazada por el TS, sin entrar en el fondo del asunto o valorar la técnica legislativa, al afirmar que los preámbulos carecen de valor normativo.

Los argumentos de las demandantes para sostener la ilegalidad de los preceptos reglamentarios impugnados son, en sustancia, tres. En primer lugar, con cita de las sentencias del TS de 22 de septiembre de 2011 (rec. nº 60/2007) y 27 de septiembre de 2011 (rec. nº 107/2007), afirman las demandantes que la inclusión de cuencas intracomunitarias en la Demarcación Hidrográfica del Júcar (cuyo carácter es obviamente intercomunitario) no resulta contraria a derecho. Conviene observar que esta afirmación parte de la premisa de que las cuencas endorreicas de los ríos Quejola, Jardín y Lezuza y de Los Llanos son de carácter intracomunitario, por encontrarse íntegramente dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Este extremo, como se verá más adelante, ha tenido especial importancia en sede de prueba.

En segundo lugar, consideran las demandantes que la no inclusión de las mencionadas cuencas endorreicas en el ámbito territorial de la Cuenca Hidrográfica del Júcar y de la Demarcación Hidrográfica del Júcar supone una vulneración del principio de unidad de gestión, recogido en el art. 14 del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

Y, en tercer lugar, las demandantes sostienen que la omisión denunciada implica también una vulneración del deber de delimitación precisa de las cuencas hidrográficas, establecido por el art. 16 del Texto Refundido de la Ley de Aguas. La ausencia de cualquier mención a las cuencas endorreicas de los ríos Quejola, Jardín y Lezuza y de Los Llanos

deja a éstas, siempre según las demandantes, en una situación de ambigüedad e indefinición.

Practicadas las pruebas periciales para determinar la propia naturaleza de los ríos, el TS llega a la conclusión de que éstos no constituyen varias cuencas endorreicas, sino una sola, la del río Llanos. El problema viene a la hora de valorar cómo afecta a la naturaleza endorreica del río el hecho de que, precisamente, la masa de agua de Los Llanos desagua en el río Júcar a través del Canal de María Cristina. En este sentido, entiende la abogacía del Estado que tanto el río Llanos como el Canal de María Cristina forman parte de la Cuenca Hidrográfica del Júcar, sin que a ello obste el carácter artificial de dicho Canal, pues el concepto legal de río no exige “que el curso de agua sea, en todo o en parte, ajeno a la mano del hombre”. El TS, por su parte, concluye que se trata de un caso de endorreísmo "natural", adjetivo que es utilizado para destacar que, si no se hubiese construido el Canal de María Cristina, la masa de agua de Los Llanos no estaría comunicada con la Cuenca Hidrográfica del Júcar. Esta circunstancia no prejuzga la cuestión, de naturaleza estrictamente jurídica, consistente en si la comunicación de la masa de agua de Los Llanos con el río Júcar mediante una construcción artificial -como es el Canal de María Cristina- conduce a considerar que aquélla queda necesariamente integrada la Cuenca Hidrográfica del Júcar.

Consecuentemente, el TS no entra a valorar en su pronunciamiento si el Canal de María Cristina debe calificarse como río y, por consiguiente, si forma necesariamente parte de la Cuenca Hidrográfica del Júcar. Tampoco si el sistema formado por los ríos Quejola, Jardín y Lezuza y Los Llanos constituye o no una cuenca intracomunitaria a los efectos de quedar provisionalmente integrado dentro de la Demarcación Hidrográfica del Júcar.

Lo que sí determina es que la falta de referencia en los preceptos reglamentarios impugnados a los mencionados ríos constituye un incumplimiento del deber legal de delimitación precisa de las cuencas hidrográficas del artículo 16 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, precisamente por el estado de incertidumbre en que éstos quedan, entendiendo que una omisión reglamentaria como ésta es ilegal cuando conduce a una situación contraria a la Constitución o a las leyes, o cuando ella misma suponga, como es el caso, el incumplimiento de un deber legal. De este modo, el TS estima los recursos presentados con la consiguiente anulación de la disposición final 1ª y del apartado primero de la disposición final 3ª del Real Decreto 255/2013.

No sucede lo mismo respecto al también impugnado apartado tercero de la disposición final 3ª del Real Decreto 255/2013, que introduce una nueva disposición transitoria única en el Real Decreto 125/2007, al entender el Tribunal que el hecho de que este precepto reglamentario permita que alguna cuenca intracomunitaria provisionalmente integrada en la Demarcación Hidrográfica del Júcar se pueda segregar de ésta “no es, por sí solo, ilegal” (FJ 7º). En este sentido, el TS remite a su jurisprudencia (ya comentada en ediciones anteriores de este Observatorio) sobre segregación de cuencas intracomunitarias en el ámbito territorial de cuencas intercomunitarias, de tal forma que siempre que concurren “determinadas condiciones, examinadas en su día por las arriba mencionadas sentencias de esta Sala de 22 y 27 de septiembre de 2011 , es legalmente posible la segregación de cuencas intracomunitarias, sin que exista ninguna norma con rango de ley que imponga un término a dicha posibilidad” (FJ 7º).

Tras la sentencia, se dictó el Real Decreto 775/2015, de 28 de agosto, por el que se modifican el Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo, por el que se definen los ámbitos territoriales de los Organismos de cuenca y de los planes hidrológicos, y el Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero, por el que se fija el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas. Este RD adscribe el endorreísmo natural a la cuenca del Júcar.

5.2. DOS SENTENCIAS IMPORTANTES SOBRE EL DRAGADO DE RÍOS: LA STS DE 26 DE FEBRERO Y LA STJUE DE 1 DE JULIO

En 2015 se han dictado dos sentencias sobre sendos proyectos de obras de dragado para la navegación en vías fluviales: una se refiere al dragado del Guadalquivir; la otra, que es del TJUE, al del río Weser en Alemania.

Rompiendo la sistemática tradicional de separar las sentencias en función de los tribunales que las dictan, nos ha parecido interesante analizar estas sentencias de forma conjunta ya que ofrecen perspectivas complementarias relativas a la noción de “*deterioro adicional*”, concepto jurídico indeterminado clave en la metodología de la DMA.

a) Objeto de las sentencias

El objeto formal de las sentencias era distinto: ante el Tribunal europeo se discutían los requisitos para la autorización del proyecto; el Tribunal español analiza el Plan hidrológico del Guadalquivir, que contemplaba el proyecto, si bien aún no lo autorizaba.

De manera más precisa, el objeto de la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea de 1 de julio de 2015, asunto C-461/13 (*Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland eV*), era una petición de decisión prejudicial planteada por un tribunal alemán de lo contencioso-administrativo. El fondo del asunto era la legalidad de tres proyectos de profundización de distintas partes del río Weser (rio ya navegable) para permitir la navegación de buques contenedores de mayor calado a los puertos de Bremerhaven (puerto marino de acceso dependiente de las mareas), Brake y Bremen (puertos fluviales). El promotor era la Administración Federal de aguas y vías navegables (*Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes*) y el impacto ambiental negativo del proyecto no era discutido; el objeto de debate era si por sus características o envergadura, el proyecto suponía un incumplimiento de los objetivos ambientales de la DMA y si, en este caso, resultaba necesario acudir a una de las “excepciones” a estos objetivos que admite la propia DMA.

En el caso de la STS de 26 de febrero de dos mil quince (Nº de Recurso: 323/2013), WWW-Adena había impugnado el Real Decreto 355/2013, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir que contemplaba la obra. En lo que aquí importa, se impugnaba el art. 11 del plan que recogía una lista con las cinco masas de agua que “*podrán modificarse por la realización del dragado de navegación del Puerto de Sevilla*” y también el programa de medidas, según el cual la obra “*cuenta con una inversión de 30.000.000 millones de Euros amortizado a 25 años*”.

b) Ambas sentencias analizan uno de los cuatro requisitos que impone la DMA para admitir un deterioro adicional de las masas de agua: que “*los motivos de la modificaciones o alteraciones se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico*”.

El art. 4.7 de la DMA, traspuesto literalmente por el art. 39 RPH, condiciona la admisión de cualquier deterioro adicional de las masas de agua al cumplimiento de los siguientes requisitos:

“a) que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua;

b) que los motivos de las modificaciones o alteraciones se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico;

c) que los motivos de las modificaciones sean de interés público superior y que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se

vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible;

d) que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos viabilidad técnica o de coste desproporcionados por otros medios que constituyan una opción ambiental significativamente mejor”.

Las dos sentencias se detienen en el requisito formal del apartado b), para declarar, y este aspecto es esencial, que los planes hidrológicos han de motivar específica y singularmente los proyectos de obras que determinen un deterioro adicional del estado de las masas de agua.

Aunque esto era bastante claro a la luz del art. 4 de la DMA, el Tribunal de Justicia no había tenido ocasión de decirlo. De hecho, en la primera sentencia del TJ relativa al deterioro adicional que es la STJUE de 11 de septiembre de 2012 (asunto C-43/10 *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias y otros*) se analizaba la compatibilidad con la DMA de un proyecto de trasvase de aguas para el riego aprobado antes de que fuera obligatorio tener listos los planes hidrológicos de demarcación (2009). En 2012, el TJ señaló que la obligación de prevenir el deterioro del estado de las masas de agua superficiales es vinculante en cada una de las etapas de aplicación de la DMA y es aplicable a cualquier tipo y a cualquier estado de masa de agua superficial para el que se haya adoptado o hubiera debido adoptarse un plan hidrológico.

Ahora, en la sentencia que comentamos, el TJUE añade que cualquier proyecto está sujeto a la obligación de prevenir el deterioro del estado de las masas de agua. Y, por eso, la Administración está obligada a denegar su autorización cuando éste pueda deteriorar el estado de la masa de agua afectada o poner en peligro el logro de un buen estado de las masas de agua superficiales, salvo que se aprecie que dicho proyecto puede acogerse a una excepción en virtud del artículo 4.7 DMA.

Lo que el TJUE declara es que el régimen de excepciones de la DMA necesariamente se refiere a proyectos concretos pues “*es imposible concebir de manera separada un proyecto y la aplicación de los planes hidrológicos*”. Por eso, cuando quiera ejecutarse un proyecto ha de analizarse previamente si supone un deterioro y, en caso afirmativo, podrá autorizarse si se dan las condiciones del sistema de excepciones, entre las que se incluye el requisito formal de su recepción motivada por el correspondiente plan.

La sentencia del Tribunal Supremo también se refiere a la recepción motivada del proyecto por el plan.

Su razonamiento viene condicionado por la línea de defensa mantenida por la Administración. La construcción del Abogado del Estado, siguiendo la tesis que había mantenido con éxito en las impugnaciones de los planes relativas a los caudales ecológicos³⁶, había tratado de marcar la diferencia entre el plan y su ejecución. Y en definitiva, rechazaba la eficacia vinculante del plan y destacaba que la recepción de la obra no era más que un primer trámite necesario para la aprobación formal de la obra, que estaba sometida a la correspondiente EIA. En este sentido, el art. 2 del Plan establecía que: *“Las infraestructuras hidráulicas promovidas por la Administración General del Estado y previstas en el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Guadalquivir serán sometidas, previamente a su realización, a un análisis sobre su viabilidad técnica, económica y ambiental por la Administración General del Estado. En cualquier caso, su construcción se supeditará a la normativa vigente sobre evaluación de impacto ambiental, a las disponibilidades presupuestarias y a los correspondientes planes sectoriales, cuando su normativa específica así lo prevea”*. (Este precepto figura en todos los planes hidrológicos).

El TS rechaza este argumento y anula la recepción del proyecto del dragado, que afectaba al Parque Nacional de Doñana, porque el plan hidrológico no explicaba específicamente los motivos que determinaban su ejecución. El Tribunal descarta que sea en el momento de realizar el análisis de viabilidad del art. 2 cuando ha de verificarse si se dan los requisitos para admitir una excepción. Al contrario: constata que, según el derecho comunitario, corresponde al plan hidrológico justificar los motivos que llevan a admitir el deterioro adicional que conlleva el dragado del canal del Puerto de Sevilla. Esta justificación estaba ausente del plan, pues lo que había hecho, con manifiesta insuficiencia, era recoger el tenor del art. 4.7 (art. 39 RPH), pero esto –y así lo aclara- no supone cumplir los requisitos que exigen que se constaten los motivos concretos de esa obra, proyecto o actuación.

El TS destaca *“la doble naturaleza del plan que no es sólo un documento descriptivo de la situación en que se encuentra la demarcación*

³⁶ En las sentencias analizadas en el Observatorio del año pasado, el TS señaló que era prematuro valorar si los caudales ecológicos producían daños a los usos concesionales y que la cuestión indemnizatoria tendría que abordarse cuando se revisaran las concesiones para la aplicación del plan. El TS advirtió, no obstante (y sobre todo en la STS de once de julio de dos mil catorce, núm. de recurso: 345/2013), que durante el proceso de elaboración del plan había que analizar en concreto la compatibilidad de los aprovechamientos preexistentes con los objetivos de la planificación.

hidrográfica en cuestión, sino también es un verdadero plan de actuación que persigue, con carácter general, el cumplimiento de los objetivos medioambientales”.

c) Condiciones para que un proyecto suponga un deterioro adicional

Una diferencia de gran trascendencia práctica entre las dos sentencias es que el Tribunal español se enfrenta a un plan en el que el proyecto de mejora o ampliación del Puerto de Sevilla se recogía sin más como *“deterioro adicional”*; al Tribunal de Justicia, sin embargo, se le preguntaba si el proyecto de mejora de la navegación del río Wesser efectivamente suponía tal *“deterioro”*.

Para responder a esta pregunta el TJUE parte de que el art. 4 DMA impone dos objetivos vinculantes diferenciados, aunque intrínsecamente relacionados; busca que se *“prevenga todo deterioro adicional y se proteja y mejore el estado de los ecosistemas acuáticos y, con respecto a sus necesidades de agua, de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos”*. Es decir, por un lado, fija la *“obligación de prevenir el deterioro”* y por otro la *“obligación de mejora”* consistente en *“proteger, mejorar y regenerar todas las masas de agua superficial con objetivo de alcanzar un buen estado”*.

De estos dos objetivos, como ya se ha dicho, la sentencia se centra en la prohibición de deterioro adicional, regla jurídica que entraña un muy matizado principio de no regresión. La sentencia –que, por cierto, no utiliza la expresión de no regresión- ofrece un significado muy técnico y riguroso a esta expresión. Tan técnico que se convierte prácticamente en un concepto reglado.

Para el Tribunal de Justicia, habrá deterioro cuando el proyecto en cuestión suponga el cambio de clase de uno de los indicadores de calidad que se utilizan para la determinación del estado o potencial ecológico. Estos indicadores de calidad (biológicos, hidromorfológicos, físico-químicos), se definen en el Anexo V de la DMA mediante horquillas amplias de valores (en España aparecen en el Anexo 2 del RD 817/2015, comentado más arriba).

Según esto, el Tribunal adopta una posición intermedia (aunque muy exigente), según la cual *“deterioro”* es menos que exigir un cambio de clase en la masa de agua (*“teoría de las clases de estado”*) pero algo más que cualquier afección a la masa de agua (*“teoría del estatus quo”* aplicada por el plan del Guadalquivir). De hecho, en la sentencia se rechaza que para que haya deterioro deba haber un cambio de clase entre las cinco que

recogen la evaluación del estado ecológico (muy bueno, bueno, aceptable, deficiente y malo) porque la clasificación se corresponde con el peor de los indicadores de su estado ecológico y de su estado químico (regla de «*one out all out*»). Y, dado que cuando sólo un indicador dé un resultado deficiente, el estado de la masa será malo, si para que hubiera deterioro fuera preciso un cambio de clase, los Estados podrían aprobar proyectos que empeoran el estado de las masas de forma significativa.

Aunque la sentencia no explicita por qué se descarta la tesis del status quo, en nuestra opinión, esto tiene que ver con la relevancia que en la DMA tiene el control del estado de la calidad de cada masa de agua mediante análisis específicos (previos a la planificación y continuos, según los programas de seguimiento). Al vehicular la prohibición de deterioro a través de los indicadores, ello provocará un estímulo a la investigación y análisis de las masas y facilitará la intercalibración, permitiéndose con ello la comparabilidad entre los resultados en los distintos Estados miembros (y el control por la Comisión europea). Si cualquier afectación o incidencia en la masa de agua supusiera un deterioro, ello determinaría un menor rigor en los programas de seguimiento y, desde luego, una aplicación excesivamente discrecional de la norma.

La construcción del TJUE tiene un matiz adicional. Como regla, hay deterioro cuando el estado de al menos uno de los indicadores de calidad conforme al anexo V de dicha Directiva descienda a la clase inferior, aun cuando ese descenso no dé lugar al descenso a una clase inferior de la masa de agua superficial en su conjunto. Sin embargo, si el indicador de calidad afectado conforme al anexo V de la Directiva 2000/60 se encuentra ya en la clase más baja, cualquier descenso de dicho indicador constituye un «deterioro del estado» de una masa de agua superficial en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), inciso i), de esa Directiva.

En la sentencia del Guadalquivir no resultaba necesario entrar en estas consideraciones ya que el propio plan se limitaba a recoger el proyecto indicando que “*podrían verse modificadas las características físicas*” de las masas de agua afectadas.

El gran contraste entre las dos sentencias pone de relieve que aún hay mucho que hacer para alcanzar el elevado nivel de exigencia de la DMA en lo que respecta a la evaluación del estado de las masas de agua: si estos análisis –dificilísimos de realizar– no son rigurosos y no están completos, difícilmente se podrá alcanzar la fase reflexiva, transparente y participativa de la política hidráulica a que nos referíamos en el Observatorio del año pasado.

A modo de epílogo, y para mentes curiosas, cabe apuntar que el dragado de Guadalquivir se ha vuelto a incluir en el Plan Hidrológico, corrigiendo lo era un defecto formal. Que sepamos, el proyecto del Wesser está congelado.

5.3. A VUELTAS CON LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA LLAMADA "REGLA DE EXPLOTACIÓN" DEL ACUEDUCTO TAJO-SEGURA

La STS 2940/2015, de 30 de junio, resuelve el recurso de casación interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha contra un acuerdo de la Comisión Central de Explotación del Acueducto Tajo-Segura, de fecha 5 de julio de 2011, por el que se aprueba el volumen máximo de agua susceptible de trasvase para el segundo semestre de 2011. La recurrente argumenta, en sustancia, que la fijación del volumen máximo de agua susceptible de trasvase debe respetar no sólo el límite máximo anual, sino también las previsiones de la Regla de Explotación aprobada por acuerdo de la propia Comisión Central de Explotación del Acueducto Tajo-Segura de 28 de noviembre de 1997.

La cuestión que fundamentalmente se valora en esta sentencia es la naturaleza jurídica y capacidad de vinculación del contenido de la citada Regla de Explotación. El TS, a pesar de reconocer que dicha Regla encuentra cobertura normativa en el artículo 23 de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 13 de agosto de 1999, llega a la conclusión de que no se trata de una norma jurídica vinculante, sino de una regla técnica interna que la citada Comisión se da con una finalidad prudencial u orientativa. Se consolida, de esta forma, una interpretación jurisprudencial iniciada por STS de 20 de junio de 2007, y continuada por otras SsTS de 28 de julio de 2009 y 22 de septiembre de 2011.

No obstante, el anterior razonamiento no implica que el TS no otorgue ninguna relevancia jurídica a la Regla de Explotación. Y es que parece evidente que, aunque separarse de ella no vicie necesariamente el acto administrativo, sí debe presentar una clara finalidad a la hora de encauzar la formación de la voluntad del órgano llamado a decidir, permitiendo racionalizar el ejercicio de la discrecionalidad técnica. En este sentido, el órgano administrativo no puede separarse de dichos criterios autoimpuestos de manera caprichosa o arbitraria, lo que, en nuestra opinión, debería exigir la correcta y expresa motivación de su decisión cuando dicha separación se produjera.

El TS, sin embargo, considera que resulta suficiente para vencer las sospechas de arbitrariedad la circunstancia de que el acuerdo enjuiciado se

adoptase por unanimidad, incluido el voto favorable del representante de la Confederación Hidrográfica del Tajo, unida al hecho, casi circunstancial, de que finalmente el volumen de agua que luego fue trasvasado durante el segundo semestre de 2011 no superase los 38 Hm³/mes que establecía como límite máximo la propia Regla de Explotación.

5.4. DETERMINACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN RESPONSABLE EN UN CASO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR DAÑOS POR INUNDACIONES PRODUCIDOS EN EL PERIODO DE VIGENCIA DEL RD 1666/2008

En esta edición del Observatorio de políticas ambientales vamos a poder analizar dos nuevos pronunciamientos, uno del Tribunal Supremo (STS 3941/2015, de 21 de septiembre), otro del Tribunal Constitucional (STC 196/2015, de 24 de septiembre de 2015), en los que se pueden apreciar las consecuencias, siquiera remotas o indirectas, de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 del Estatuto de Autonomía andaluz.

Por lo que se refiere a la mencionada STS, el caso enjuiciado desvela la incertidumbre y desconcierto que se produce, desde un punto de vista organizativo y competencial, en la gestión de los recursos hídricos afectados por el precepto estatutario anulado, al hilo de un procedimiento de responsabilidad patrimonial derivado de daños por inundaciones que se inició ante la Administración competente para la gestión de los recursos y de los aprovechamientos hidráulicos en el momento de la incoación, pero que no lo era (al menos, aparentemente) en el momento en que estos daños se produjeron.

Esta situación, que tan enrevesada resulta a priori, tiene una fácil explicación a la vista de los acontecimientos que, desde una perspectiva normativa y judicial, acaecieron entre los años 2007 y 2012.

Como recordamos, el Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, reguló el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la comunidad autónoma. Texto normativo que venía a cumplir lo previsto en el citado artículo 51 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

Pues bien, tanto la STC 30/2011, de 16 de marzo (que declaró la inconstitucionalidad del artículo 51 del Estatuto de Autonomía andaluz),

como la STS de 13 de junio de 2011, que consideró nulo el RD 1666/2008 por utilizar la base competencial inadecuada que proporcionaba el mencionado artículo 51 del EAA, cambiaron radicalmente el panorama de atribución competencial, retornando el ejercicio de las competencias sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la comunidad autónoma a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir.

Observando los antecedentes de hecho del caso comprobamos como la solicitud de responsabilidad patrimonial se fundaba en daños que habían sido ocasionados por el desbordamiento del río Guadalquivir, durante los días 7 y 9 de diciembre de 2010, y cuya causa se debía a los desembalses efectuados por la Agencia Andaluza del Agua en las distintas presas situadas aguas arriba de la ciudad de Córdoba.

Bajo esta perspectiva, la STS ahora analizada trata de aclarar quién debía responder por los daños producidos y, en consecuencia, a quién correspondía la competencia para tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial, si a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir (como pretendía la empresa recurrente), en tanto había ostentado ésta siempre la competencia en atención a la nulidad del artículo 51 del EAA; o a la Comunidad Autónoma de Andalucía, como consecuencia de su actuación derivada de la gestión de servicios indebidamente asumida.

Resulta indiscutible que en la fecha en la que se producen los daños - diciembre de 2010- la gestión de los recursos y de los aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenca del Guadalquivir le correspondía a la Comunidad Autónoma de Andalucía tras la reforma de su Estatuto de Autonomía producida por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo.

Pero el TS aprecia, en nuestra opinión acertadamente, que la responsabilidad patrimonial debía imputarse a la Comunidad Autónoma de Andalucía, no sólo ya como consecuencia de la gestión de servicios asumida, que en virtud del artículo 2.7 del RD 1498/2011, de 21 de octubre, implicaba *“el pago de las obligaciones derivadas de dicha gestión”*; sino por el propio deber de la Administración de indemnizar por los daños que sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entre los que el TS incluye los daños derivados de los actos nulos o anulables por falta de competencia, como eran los producidos en este caso tras la STC que dejaba sin cobertura competencial a la Administración autonómica. Tiene lógica, en definitiva, que si la Administración actuante responde patrimonialmente por los daños

derivados de su actuación cuando ésta es competente, mucho más justificada será esta obligación cuando actúe sin serlo. Y es que la garantía patrimonial del artículo 139 de la LPAC no ha de vincularse a la titularidad -legítima o no- de la competencia para actuar, sino a la responsabilidad por el hecho dañoso, que se imputará prioritariamente al agente causante del daño.

5.5. CARÁCTER DEL INFORME DEL ORGANISMO DE CUENCA EN RELACIÓN A LOS PLANES URBANÍSTICOS

Un año más, el TS refuerza con nuevos pronunciamientos su interpretación jurisprudencial sobre el carácter vinculante del informe que emite el organismo de cuenca en el seno del procedimiento de aprobación de los planes urbanísticos. Informe que preceptúa el artículo 25.4 del TRLA y que se refiere tanto a la disponibilidad y suficiencia de recursos hídricos para los nuevos desarrollos urbanísticos, como al respeto del dominio público hidráulico y de sus zonas de servidumbre y policía en los instrumentos de ordenación urbanística.

Un total de nueve pronunciamientos dan buena cuenta de la consolidación de este criterio jurisprudencial, que parece no presentar fisuras³⁷. De hecho, dos de estos pronunciamientos -las SsTS 2801/2015 y 2802/2015, de 11 y 12 de junio- condensan y resumen los principales argumentos y conclusiones que ha ido conformando esta línea jurisprudencial, reafirmando, de nuevo, la naturaleza preceptiva y vinculante del informe del artículo 25.4 del TR de la Ley de Aguas, independientemente de la Administración hidráulica que lo emite (estatal o autonómica) y del ámbito territorial e hidrológico de la planificación a la que afecta (ya sea en cuencas inter o intracomunitarias).

Recordemos que el carácter vinculante del informe resulta por la aplicación de la disposición adicional 2ª. 4º. de la Ley estatal 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obra pública, sin que, en opinión del TS, haya quedado desprovisto de tal naturaleza como consecuencia de la normativa aprobada con posterioridad en esta materia (tanto por la propia modificación del artículo 25 del TR de la Ley de Aguas mediante Ley del año 2005, como por la aprobación de la Ley estatal 8/2007, de Suelo, en la que se calificaba dicho informe como “determinante”).

³⁷ SsTS 931/2015, de 10 de marzo; 2280/2015 de 21 de mayo; 2791/2015 de 7 de junio; 2801/2015 de 11 junio y 2802/2015 de 12 de junio; 3583/2015, de 20 de julio; 3602/2015, de 15 de julio; 3896/2015, de 2 de septiembre; 3926/2015 de 25 de septiembre.

En definitiva, debemos entender plenamente aplicable en todo el territorio nacional el criterio jurisprudencial por el cual el informe que emite la Administración hidráulica competente en el seno del procedimiento de aprobación de los planes urbanísticos resulta preceptivo (en todo caso, incluso respecto a instrumentos de desarrollo) y vinculante para la Administración urbanística correspondiente.

5.6. NUEVAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL CAMBIO DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS EN EL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO A EFECTOS SANCIONADORES

Una consecuencia prácticamente inevitable de un cambio de interpretación jurisprudencial tan radical como el producido en el año 2013 respecto a los criterios para la cuantificación de daños para la graduación de sanciones derivados de la declaración -parcial- de nulidad de la Orden MAM/85/2008, es la posterior interposición de recursos de casación para unificación de doctrina. Y hablamos de una consecuencia inevitable en atención al hecho incontestable de que la nueva jurisprudencia conformada en ese año 2013 resultaba directamente contraria a la anterior, de tal forma que siempre encontraremos algún pronunciamiento judicial contrario a una de las dos líneas interpretativas.

Como es conocido, el recurso de casación para unificación de doctrina sólo puede estimarse si el pronunciamiento de la Sentencia que se recurre entra en contradicción con los de otras Sentencias específicamente invocadas como de contraste -en este caso del Tribunal Supremo-, respecto de los mismos litigantes u otros en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

En el caso de la STS 4873/2015, de 19 de noviembre, la recurrente invoca tres Sentencias de contraste dictadas por la Sección Quinta de la Sala Tercera del TS, en concreto las Sentencias de 28 de febrero, 3 de abril y 10 de octubre de 2012. La cuestión es que la sentencia impugnada en casación no hacía sino una aplicación de la nueva jurisprudencia establecida por la Sección Cuarta, que corregía la anterior y que se plasma en tres Sentencias posteriores de 11, 14 y 28 de junio de 2013 (ya analizadas en la correspondiente edición del Observatorio). En consecuencia, el TS desestima el recurso al entender que no cabe plantear la contradicción en cuanto la sentencia impugnada aplica la última jurisprudencia del TS, cuyo criterio finalmente avaló la Sentencia de 3 de diciembre de 2013, del Pleno de la Sala Tercera, de fecha posterior a la impugnada.

5.7. LA TARIFA DE UTILIZACIÓN DE AGUA CUANDO LAS OBRAS QUE PERMITEN EL SUMINISTRO CARECEN DE COBERTURA NORMATIVA

Mediante Sentencia 5062/2015, de 2 de diciembre de 2015, el TS determina hasta qué punto se vincula el hecho imponible de la tarifa de utilización de agua a la legalidad de las obras que permiten el abastecimiento de una población, en el sentido de si resulta viable jurídicamente continuar liquidando dicha tarifa cuando la norma que otorgaba cobertura a tales obras ha sido anulada por sentencia judicial. Se trata de dilucidar, en resumen, si el hecho imponible que legitima la exacción consiste en la existencia de las obras y su disponibilidad para los sujetos pasivos de la tarifa (como pretende la representación estatal) o lo constituyen las obras de regulación de las aguas superficiales o subterráneas financiadas total o parcialmente con cargo al Estado, de forma que cuando éstas carezcan de cobertura legal no resulte jurídicamente asumible el hecho imponible de la tarifa (como se deduce la STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de julio de 2014 recurrida en casación en interés de la Ley).

Los antecedentes normativos y judiciales de este caso resultan esenciales para entender la compleja problemática que se estudia. Mediante Real Decreto 1265/2005 se adoptaron una serie de medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en las cuencas hidrográficas de los ríos Júcar, Segura y Tajo. Este Real Decreto, sin embargo, se anuló por Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2009, lo que motivó, entre otras consecuencias, que se pusiera en entredicho la posibilidad de continuar liquidando la tarifa por utilización respecto de las obras que dicho Real Decreto autorizaba.

La representación estatal entiende que las tarifas de utilización del agua no pueden quedar afectadas por la declaración de nulidad del Real Decreto 1265/2005 pues han sido liquidadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, existiendo todos los elementos de la exacción tributaria, en especial la culminación y puesta en funcionamiento de las obras de regulación de las aguas. De esta forma, tanto la abogacía del Estado como el Ministerio Fiscal consideran que el Real Decreto anulado sólo tenía efectos en relación con las obras desde una perspectiva expropiatoria (la declaración de urgente ocupación de los terrenos afectados) y contractual (al permitir el procedimiento abreviado de tramitación); pero no tributaria, pues en su opinión el hecho imponible de la tarifa de utilización del agua es la disponibilidad o uso del agua y no sólo la realización de obras de regulación de la misma.

Como hemos dicho, el TSJV alcanzó en la sentencia recurrida una interpretación ciertamente distinta del hecho imponible vinculado al artículo 114 del TRLA, equiparando hecho imponible con las obras cuyo coste ha de recuperarse. En este sentido entiende que *"lo cierto es que el hecho imponible que -de acuerdo con tal precepto legal- legitima la exacción del canon de que se trata (obras de regulación de las aguas superficiales o subterráneas financiadas total o parcialmente con cargo al Estado) no puede consistir en unas obras carentes de abrigo legal; esto es, no resulta jurídicamente asumible que el hecho imponible de la tarifa sea un hecho imponible que ha sido expresa y judicialmente declarado ilegal"* (FJ 2º).

Para resolver el asunto el TS se sirve de una definición, de conformación jurisprudencial, del hecho imponible previsto en el artículo del artículo 114 del TRLA (cita expresamente su Sentencia de 4 de abril de 2014), llegando a la conclusión de que la tarifa de utilización del agua es el mecanismo que *"permite recuperar los costes de otras obras hidráulicas que no sean de regulación capaces de proporcionar suministro de agua"* (FJ 3º). Para ello, alude también a los artículos 304 a 306 del Reglamento Hidráulico de 11 de Abril de 1986. Todos estos preceptos le sirven para destacar los aspectos fundamentales a la hora de delimitar el hecho imponible.

En primer lugar, la existencia de un beneficio para el usuario en las tarifas de utilización del agua, al señalar el art. 114.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas que los beneficiados por las obras satisfarán dicha tarifa *"por la disponibilidad o uso del agua"*. Interpreta el TS que en tanto la conjunción "o" es disyuntiva, no se exige que concurren ambos requisitos para el devengo de la tarifa, siendo suficiente que exista disponibilidad aunque no se use en una campaña determinada.

En segundo lugar, y también sobre la base de lo previsto en el artículo 114.2 del TRLA, el TS entiende que se establece una asociación inescindible entre unas concretas obras y la exacción de la tarifa que hagan posible la disponibilidad o uso del agua, afirmando que *"no debe olvidarse que esta tarifa de utilización del agua, pretende sufragar los gastos específicos tenidos en la construcción del conjunto de las obras e instalaciones interrelacionadas que constituyan un sistema capaz de proporcionar un servicio completo de suministro del agua que utilicen las obras hidráulicas específicas"* (FJ 3º). Resulta evidente, en este punto, la vinculación interpretativa que hace el TS sobre este aspecto del hecho imponible con el principio de recuperación de costes, consagrado en la DMA, lo que, como sabemos, conlleva la repercusión de los costes de las

obras financiadas total o parcialmente por el Estado, gastos de explotación y conservación, dando lugar, precisamente, a la tarifa de utilización del agua.

A la luz de este criterio interpretativo respecto a la definición del hecho imponible, el TS da por bueno el hilo argumental de la sentencia recurrida, partiendo de que las obras que motivaron la exigencia de la tasa por utilización del agua debían reputarse como ilegales desde el momento en que el Real Decreto 1265/2005, norma que directa e inmediatamente las amparaba, había sido anulado. Si dichas obras justificaban, de conformidad con el artículo 114 del TRLA, la exigencia de la tasa (pues el hecho imponible que legitima la exacción son las obras de regulación de las aguas superficiales o subterráneas financiadas total o parcialmente con cargo al Estado), el hecho imponible no podía consistir en unas obras carentes de abrigo legal, pues tales obras requerían de una aprobación normativa y esa aprobación normativa (el tantas veces citado Real Decreto 1265/2005) resultaba ilegal.

De esta forma, el TS establece una asociación inescindible entre la tarifa de utilización del agua y la existencia de la obra que hace posible el uso o disponibilidad de la misma. Existencia que debe ser “real”, en el sentido de que la obra debe haberse llevado a cabo y ser adecuada a la finalidad destinada; y “jurídica”, debiendo haberse realizado de conformidad con la legalidad establecida.

6. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6.1. STC 103/2015. CANAL DE ISABEL II Y LOS SERVICIOS URBANOS

Esta sentencia resuelve un recurso interpuesto por cincuenta Senadores del Grupo Socialista contra el art. 5 de la Ley de la Comunidad de Madrid 6/2011, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

El objeto del recurso era la privatización de la sociedad pública dependiente del Canal de Isabel II responsable de la gestión del ciclo integrado del agua; en realidad, se trataba de una habilitación legal para enajenar, en un proceso de capitalización, hasta un 49% de su capital a operadores económicos y ciudadanos.

La sentencia no es fácil de leer ni de entender. Los senadores recurrentes utilizaban tres tipos de argumentos. En primer lugar, la

violación de la normativa de contratación europea y básica estatal; en segundo lugar, la vulneración de la legislación básica de procedimiento administrativo al establecerse por ley reglas específicas para la resolución de los convenios de encomienda de gestión que los Ayuntamientos hubieran podido firmar con el Canal a los efectos de la prestación del servicio de distribución de agua; y, en tercer lugar, la lesión de la autonomía local.

El Tribunal Constitucional rechaza los tres argumentos y desestima el recurso.

Nos ha llamado la atención que el TC se detenga con profusión en el derecho comunitario de contratación pública realizando consideraciones muy abstractas y generales: un proceso de capitalización de una empresa pública que permite la entrada de capital privado es, indiscutiblemente, un cambio en el modo de gestión. Sin embargo, no tiene por qué haber una adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos. No es lo mismo buscar socios inversores para atraer capital y vender acciones, mediante la aplicación de la normativa de patrimonio, que seleccionar a un socio industrial o empresa del sector del agua para compartir con ella la gestión del servicio (sólo en este caso se aplicará la ley de contratos).

La lesión de la autonomía local resulta, sin duda, el argumento más interesante. La situación de partida era que la sociedad del Canal de Isabel II presta los servicios autonómicos de aducción (captación y distribución en alta hasta los depósitos municipales) y depuración. Los municipios, competentes para la distribución domiciliaria (o en baja) y alcantarillado, podían haber encomendado a la sociedad autonómica estos servicios. En estos casos, se procedía a la firma de un convenio.

La ley impugnada permitía que los municipios optaran por adscribirse al nuevo sistema o bien renunciaran a las encomiendas. Si se adherían al nuevo sistema, los derechos de uso de las redes municipales y el negocio vinculado al abastecimiento en baja se tendrían en cuenta a la hora de valorar la sociedad, pero los municipios perderían la posibilidad de intervención en la toma de decisiones por la sociedad. Si optaban por renunciar a la encomienda, tendrían que resolver el convenio previo y liquidar lo que procediera (devolución de cantidades adeudadas en casos de financiación autonómica de instalaciones municipales, proyectos, instalaciones pendientes de amortización, empleados, etc.). Para los recurrentes la posibilidad de renuncia era ficticia, por las consecuencias económicas desfavorables que tendría para los Ayuntamientos. El TC no lo estima así, dado que la ley permitía a cualquiera de las dos partes renunciar

a la encomienda y en un recurso de inconstitucionalidad no pueden anticiparse los efectos de la aplicación de la Ley.

Cabe plantearse si la respuesta habría sido la misma si se hubiera tratado de relaciones entre empresas privadas del agua y hubiera sido un órgano experto en competencia quien hubiera tenido que tomar la decisión (resultaría muy tentador para la empresa autonómica, que concentra un porcentaje muy alto del mercado relevante, abusar de su posición de dominio y tomar decisiones que perjudiquen a los ayuntamientos que hayan optado por realizar su propia gestión o, al contrario, tratándose de una empresa que buscar maximizar el beneficio podría renunciar a la prestación de la baja en los municipios donde resulte menos rentable o haya que acometer fuertes inversiones). Al respecto, cabe recordar que el Tribunal Supremo ha destacado en varias ocasiones la plena sujeción de las Administraciones Públicas a la normativa de defensa de la competencia y su consideración, en consecuencia, como operador económico (STS de 19 de junio de 2007, núm. de recurso 9449/2004).

Posiblemente la STC 103/2015 esté desenfocada porque el recurso era político y difícil de reconducir a argumentos jurídicos. Es claro que la CA puede elegir el modo de prestación de los servicios autonómicos del agua, pero cuando se opta por una privatización parcial de un servicio monopolístico de recepción obligatoria para los municipios no todo puede valer. Aquí, la Comunidad Autónoma, como regulador del agua, sirve al interés general, pero es, a su vez, el propietario de una sociedad que ha de rendir cuentas ante inversores privados que quieren dividendos. El conflicto de intereses es claro: el regulador de los servicios del agua estará tentado a adoptar decisiones que maximicen beneficios y restrinjan la entrada de otras empresas del sector en el mercado local relevante, que será el ámbito de la Comunidad Autónoma.

No es fácil encontrar dónde están los límites de la libertad de configuración del legislador, pero la fórmula elegida (de momento políticamente abandonada) no parece la menos lesiva de la autonomía local, ya que situará en una posición subordinada y muy débil a los municipios que opten por mantener sistemas de gestión diferenciados.

6.2. STC 196/2015. SOBRE LA EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD DE APROBAR UNA DISPOSICIÓN QUE HABILITABA A DETERMINADAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA EL EJERCICIO DE FACULTADES DE POLICÍA DE DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO EN LAS CUENCAS INTERCOMUNITARIAS

En esta sentencia el TC estudia y determina la inviabilidad constitucional de una disposición normativa que ya desde su origen resultó tremendamente discutible, tanto por su contenido -el Estado renunciaba al ejercicio de las facultades de policía de dominio público hidráulico en determinadas cuencas intercomunitarias-, como por la forma en que ésta se produjo, pues un precepto de tal relevancia se incorporaba a una disposición final de un Real Decreto-Ley aprobado, fundamentalmente, para la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (la disposición final primera del Real Decreto-ley 12/2011, de 26 de agosto, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, para la aplicación del convenio internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico).

La naturaleza controvertida de la norma provocó, como ya pusimos de manifiesto en la edición correspondiente del Observatorio, la derogación de dicha disposición escasos meses después de su entrada en vigor. Lo curioso del caso es que dicha derogación se produjo también mediante otro Real Decreto-Ley, el 17/2012, que justificaba la necesidad en la adopción de esta medida en la posible afectación que la norma derogada podía haber representado al principio de unidad de gestión de las cuencas hidrográficas intercomunitarias.

No obstante la derogación, el TC admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consell de la Generalitat Valenciana, decidiendo resolver el mencionado recurso, a pesar de que, aparentemente, éste había quedado sin objeto, principalmente desde una perspectiva material. Esta circunstancia implica que hayamos quedado huérfanos de lo que podía haber sido un interesante y definitivo razonamiento del TC sobre el contenido de dicha disposición a la luz del principio de unidad de gestión de las cuencas intercomunitarias, aunque estos aspectos ya se hubiesen analizado tangencialmente en las SsTC 30/2011 y 33/2011.

Es evidente que el hecho de que la norma a través de la cual se instrumentalizó esta cesión fuese un Real Decreto-Ley supone motivo suficiente para que la derogación de dicha norma no haya impedido al TC controlar si el ejercicio de la potestad reconocida al Gobierno se realizó

siguiendo los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Constitución, fundamentalmente la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que habilita la utilización de este mecanismo.

En este sentido, la justificación de la situación de extraordinaria y urgente necesidad ofrecida por el Gobierno descansaba en dos pilares fundamentales: por un lado, la reacción o respuesta ante la situación provocada por la STC 30/2011, de 16 de marzo, con el propósito de dar cumplimiento a ciertas disposiciones estatutarias, y por otro, la consecución con ello de la deseada seguridad jurídica en las relaciones interadministrativas.

En la indicada Sentencia 30/2011 el Tribunal Constitucional declaró la nulidad del art. 51 EAAnd, en el que se atribuían a la Comunidad Autónoma de Andalucía competencias exclusivas sobre las aguas de la cuenca del Guadalquivir —cuenca intercomunitaria— que transcurren por su territorio. Consideró el TC que el indicado precepto incurría en un doble motivo de inconstitucionalidad, “material y formal” (STC 30/2011, FJ 11). Materialmente, “en atención al contenido de la regulación que [el precepto] incorpora” (STC 30/2011, FJ 5), porque el citado art. 51 EAAnd vulneraba el art. 149.1.22 CE, pues “aunque el criterio de la cuenca hidrográfica no sea el único constitucionalmente viable en el marco del art. 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” (STC 30/2011, FJ 6). Y formalmente, “por el tipo de ley” o “tipo normativo” empleado en la aprobación de la norma (STC 30/2011, FJ 4), por la “inadecuación formal del Estatuto de Autonomía para realizar una concreción del criterio territorial de delimitación de las competencias que el citado precepto constitucional [el art. 149.1.22 CE] reserva al Estado” (STC 30/2011, FJ 8).

Esta doctrina fue reiterada en la STC 32/2011, de 17 de marzo, en relación con la reserva de competencias efectuada en el Estatuto de Autonomía para Castilla y León sobre “las aguas de la cuenca del Duero que tengan su nacimiento en Castilla y León y deriven a Portugal sin atravesar ninguna otra Comunidad Autónoma” (art. 75.1, también declarado inconstitucional por los mismos dos motivos material y formal).

El Gobierno justificó la aprobación urgente de estas medidas a través de un real decreto-ley en las consecuencias originadas por la declaración de nulidad del art. 51 EAAnd producida en la STC 30/2011, que dio lugar también, como ya se ha expuesto, a la declaración de nulidad por parte del Tribunal Supremo del Real Decreto 1666/2008, de 17 de octubre, sobre

traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos correspondientes a las aguas de la cuenta del Guadalquivir que discurren íntegramente por el territorio de la comunidad autónoma.

Sin embargo, son varios los motivos que utiliza el TC para declarar la inconstitucionalidad de la norma. El primero de ellos de carácter formal, al entender que el Gobierno no aportó ninguna razón atendible por la que la reforma no pudiese haber sido tramitada y aprobada por las Cortes Generales, titulares de la potestad legislativa, en vez de ser aprobada directamente por el Gobierno a través de un real decreto-ley por la vía del art. 86.1 CE.

En segundo lugar, y ya desde una perspectiva sustantiva y territorial, al considerar el Tribunal que los pronunciamientos que justificaban la aprobación de este real decreto-ley (la STC 30/2011 y los pronunciamientos posteriores del Tribunal Supremo) se referían solamente a la Comunidad Autónoma de Andalucía, mientras que la reforma introducida por el real decreto-ley cuestionado se proyectaba indistintamente sobre todas “las Comunidades Autónomas que tengan prevista la competencia ejecutiva sobre las facultades de policía de dominio público hidráulico en sus Estatutos de Autonomía”, lo que a su juicio impide apreciar “la necesaria adecuación” que ha de existir “entre la medida impugnada y la situación de urgencia a la que se desea hacer frente con la misma” (FJ 6º).

Es más, entiende el TC que tampoco se cumple el requisito constitucional de la “necesidad” a la hora de realizar la reforma mediante real Decreto-ley. Una necesidad que, si bien no tiene por qué ser “absoluta” pues basta la “relativa”, es en todo caso inexcusable para que el Gobierno pueda hacer uso de la potestad legislativa excepcional y de urgencia prevista en el art. 86.1 CE. En efecto, argumenta el TC que “nada imp[edía] efectuar esa reforma, como literalmente dice la STC 30/2011 y recoge la Ministra en el debate de convalidación, pero nada obligaba tampoco a realizarla”. Y mucho menos “de manera urgente y directamente por el Gobierno, con preterición de las Cortes Generales”, al no haberse aportado, en este sentido, “ni razones jurídicas ni tampoco reales o fácticas para justificar la irrupción legislativa del ejecutivo” (FJ 7º).

Lo que puede legitimar y justificar el uso del real decreto-ley no es tanto la búsqueda de la seguridad jurídica, sino la eliminación de una situación de “incertidumbre”, que no es lo mismo. En este sentido, argumenta el TC que no se produjo vacío normativo alguno que pudiera

legitimar la reacción del Gobierno, a diferencia de lo sucedido en la STC 11/2002 en la que se admitió la reacción por el Gobierno mediante real decreto-ley a la declaración de inconstitucionalidad de una norma, pero solo porque esa reacción se justificaba como necesaria para remediar una situación de incertidumbre.

En este caso, estima el Tribunal que ni las SSTC 30/2011 y 32/2011, ni las Sentencias del Tribunal Supremo o los Reales Decretos aprobados posteriormente (singularmente el Real Decreto 1498/2011, de 21 de octubre, para el reintegro de medios personales y materiales) dieron lugar a ninguna situación de incertidumbre. Simplemente provocaron que determinadas competencias en materia de aguas de cuencas inter o supracomunitarias volviesen a manos del Estado, en lugar de a las Comunidades Autónomas beneficiarias de los respectivos traslados competenciales anulados. De ello no surge sin más una situación de “extraordinaria y urgente necesidad” que pueda habilitar al Gobierno a dictar una norma con rango de ley.

Esta línea argumentativa es criticada por el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos en su voto particular a la sentencia, al entender que son muchos y significativos los problemas jurídicos y materiales derivados de la operación de reversión del traspaso de funciones y el tiempo necesario para hacerla efectiva, lo que unido a la relevancia de las funciones de policía de dominio público hidráulico que ejercieron algunas Comunidades Autónomas desde 2008 hasta 2011, podría justificar la extraordinaria y urgente necesidad requerida para la aprobación del un real decreto-ley. Pone como ejemplo, en este sentido, la evitación de situaciones de impunidad y caducidad de procedimientos sancionadores que efectivamente podrían producirse como consecuencia de esta interinidad.

6.3. STC 231/2015. OTRA CONVALIDACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA DE OBRAS HIDRÁULICAS

En esta sentencia, cuyo estudio resulta tremendamente interesante desde una perspectiva constitucional y administrativa, el TC resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Supremo en el curso del incidente de ejecución de la STS de 24 de noviembre de 2009, que declara nulo de pleno derecho el Real Decreto 1419/2005, de 25 de noviembre, por el que se adoptaron medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en la cuencas hidrográficas de los ríos Guadiana, Guadalquivir y Ebro.

El objeto principal de discusión y sobre el que se pronuncia en su sentencia el TC es la validez de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 22/2011 de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Recordemos que esta disposición vino a convalidar, según su expreso dictado, todas las obras y actuaciones relativas a la ordenación de los recursos hídricos en las cuencas del Guadiana, Guadalquivir y Ebro realizadas al amparo del Real Decreto 1419/2005.

La cuestión de inconstitucionalidad promovida por el TS se sustenta en la infracción que dicha disposición adicional puede suponer tanto al derecho constitucional a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (art. 24.1 CE), en relación con la exclusiva potestad jurisdiccional para hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), como al principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) por haber sido “aprobada *ad casum* y sin justificación suficiente”. Tachas de inconstitucionalidad que rechaza el TC, desestimando, en consecuencia, la cuestión de inconstitucionalidad.

No es la primera vez que el TC se pronuncia sobre una convalidación legislativa como instrumento aparente para eludir la ejecución de un pronunciamiento judicial. Basta con recordar como, incluso en la propia materia hidráulica, las SsTC 73/2000, de 14 de marzo (respecto al embalse de Itoiz) y 273/2000, de 15 de noviembre (sobre los efectos retroactivos de la tarifa y canon de saneamiento regulados en la Ley 17/1987, de 13 de julio, de la Administración Hidráulica de Cataluña) resolvieron supuestos similares.

Sin embargo el TC califica como el presente proceso como el “primero” en el que se enjuicia “un supuesto explícito de convalidación legislativa”, definiendo este mecanismo como “aquellas intervenciones del legislador o del Gobierno que, mediante la aprobación de una norma con rango de ley, pretenden eliminar los efectos prácticos, en todo o en parte, de una declaración judicial de ilegalidad ya recaída” (FJ 4º).

Ciertamente en esta ocasión el Legislador utiliza de forma expresa y literal el término convalidación, no ocultando sus intenciones y haciéndolo además de forma indisimulada al servirse de una “ley singular” para cumplir dicho objetivo. Así, mientras en el caso de la presa de Itoiz el TC afirmaba que el instrumento normativo utilizado para la convalidación -la Ley Foral 9/1996- constituía una regulación que no sólo era “formalmente sino intrínsecamente general” y, por tanto, no podía definirse como “una regulación *ad casum* del legislador de la Comunidad Foral de Navarra” (FJ 15º STC 73/2000); aquí el Legislador estatal habilita (a través de enmienda en el Senado) una disposición adicional en una Ley que nada tiene que ver

con la materia regulada con el exclusivo propósito de convalidar las obras y actuaciones que perdieron su cobertura normativa como consecuencia de la STS.

El TC estructura en tres pilares argumentales su fallo desestimatorio. En primer lugar, la caracterización de la ley como “ley singular”.

El TC recuerda que el hecho de que se trate de una ley singular no implica, *per se*, su inconstitucionalidad, debiéndose establecer previamente su naturaleza para posteriormente apreciar las posibles vulneraciones de preceptos constitucionales. En este sentido, el TC califica la norma cuestionada como una ley singular que presenta al mismo tiempo caracteres de *ley autoaplicativa* (ya que proyecta sus efectos sobre actuaciones administrativas ya realizadas) y de *ley de supuesto de hecho concreto* (su finalidad primordial es remediar las posibles consecuencias jurídicas invalidantes derivadas de una sentencia declaratoria de nulidad), desestimando que se trate de una *ley de destinatario único*.

Esta naturaleza mixta de la ley singular deriva en el sometimiento a dos cánones para apreciar su constitucionalidad: primero, la razonabilidad, proporcionalidad y adecuación, de forma que exista una justificación objetiva para su utilización; y, segundo, que la ley sea proporcionada a la excepcionalidad que se trata de atender y que ha justificado su aprobación (SSTC 203/2013, FJ 4, y 50/2015, FJ 5).

La comprobación del cumplimiento de estos cánones de constitucionalidad le sirve al TC para observar la adecuación de la ley cuestionada a los artículos 9 CE y 24 CE, en lo que constituyen el segundo y tercer pilar argumental sobre los que el tribunal basa su fallo.

Así, entiende el TC que no existe arbitrariedad en la adopción de esta medida y, por tanto, vulneración del artículo 9.3 CE en tanto la disposición adicional reitera el régimen jurídico expresamente previsto en el artículo 58 del texto refundido de la Ley de aguas (medidas en relación con la utilización del dominio público hidráulico en situaciones excepcionales) y en el artículo 113 del texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas (tramitación abreviada de emergencia del procedimiento contractual). De igual forma, considera que se encuentra justificada su utilización dada la trascendencia de las obras y actuaciones realizadas (que satisfacían intereses de relevancia constitucional) y la incertidumbre que podía aquejar a la validez de dichas obras y actuaciones tras la anulación del Real Decreto 1419/2005, teniendo en cuenta que no existían remedios alternativos para conseguir con igual eficacia la preservación de aquellas obras y actuaciones.

Y por lo que se refiere a una posible vulneración del artículo 24 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, conectado con el artículo 117.3 CE (exclusiva potestad de los Juzgados y Tribunales para hacer ejecutar lo juzgado), el TC reconoce que “no tiene cabida en nuestro Ordenamiento, por lo tanto, la ley cuyo efecto directo fuera impedir que se cumpla un determinado fallo judicial” (FJ 10º). Circunstancia plenamente asentada, además, en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al artículo 6 del Convenio europeo (STEDH de 23 de octubre de 1997, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society y Yorkshire Building Society c. Reino Unido*, entre otras).

Sin embargo, el TC considera que en el caso analizado la disposición adicional decimoquinta de la Ley 22/2011 no convalida el Real Decreto 1419/2005, anulado por Sentencia del Tribunal Supremo, ni tampoco lo eleva de rango. Lo que hace es, por un lado, confirmar determinadas consecuencias jurídicas previstas tanto en el artículo 6 del Real Decreto anulado como en el artículo 58 del texto refundido de la Ley de aguas y en el artículo 113 del texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas; y, por otro, convalidar todas las obras y actuaciones realizadas o aprobadas al amparo de aquel reglamento. Es decir, no se convalida el Real Decreto declarado nulo de pleno derecho (recordemos, por vicios procedimentales, no sustantivos), sino las actuaciones administrativas que éste originó y a las que daba cobertura normativa, tanto desde un punto de vista hidráulico, como contractual y expropiatorio, y sobre las que sentencia judicial no se pronunció expresamente.

Concluye, en definitiva, el TC que el artículo 24 CE, en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, no le impide al legislador “regular ni estabilizar, en su caso, las situaciones jurídicas surgidas en aplicación de una norma reglamentaria declarada nula sobre las que no se pronunció con firmeza, al dictar aquella anulación, el Poder judicial” y menos aún “si tal declaración lo fue por vicios de procedimiento” (FJ 12º *in fine*).

Un aspecto menos satisfactorio en la línea argumentativa de la STC es el referido al hecho de que la disposición adicional se hubiese incorporado, vía enmienda en el Senado, a una Ley que guarda escasa relación material con el contenido de la misma. En nuestra opinión este aspecto resulta altamente reprochable desde el punto de vista del principio constitucional de seguridad jurídica y demuestra una deficiente técnica legislativa, tanto desde el punto de vista de la coherencia interna de los

textos normativos como desde su fundamentación y justificación (ni siquiera se menciona esta disposición adicional en el Preámbulo de la Ley). Defectos de los que, como hemos reiterado en el análisis de la STC 196/2015, resultan demasiado frecuentes en los últimos años en el ámbito de la regulación en materia hidrológica.