

## Mucho ruido y pocas nueces en el Derecho español de aguas

---

ISABEL CARO-PATÓN CARMONA

*Profesora Titular de Derecho Administrativo, Universidad de Valladolid*

VÍCTOR MANUEL ESCARTÍN ESCUDÉ

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo, Universidad de Zaragoza*

Sumario.—1. INTRODUCCIÓN.—2. REFORMAS NORMATIVAS.—2.1. *La primera reforma de la Ley de aguas*.—A. La «recentralización» de las funciones de policía.—B. A vueltas con los derechos de aprovechamiento en materia de aguas subterráneas.—C. Los acuíferos sobreexplotados pasan a ser «masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico».—D. La recuperación de costes y el régimen sancionador.—2.2. *¿Un nuevo canon para proteger la calidad del agua?*—2.3. *Modificaciones introducidas en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico por el Real Decreto 1290/2012*.—3. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL.—3.1. *Sentencias del Tribunal Constitucional*.—A. Las competencias para la delimitación de las demarcaciones hidrográficas y el problema de las demarcaciones mixtas.—B. Plan integral de protección del Delta del Ebro.—C. Régimen económico trasvase Tajo-Segura.—D. Derogación de la Ley del PHN relativa al trasvase de aguas del Ebro.—3.2. *Sentencias del Tribunal Supremo*.—A. Sanciones en materia de aguas (o cómo de aquellos barros surgieron estos lodos...).—a. Nulidad de las sanciones impuestas por la Agencia Andaluza de Aguas en virtud de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 del Estatuto Autonomía de Andalucía.—b. Nulidad de las sanciones que se sustentan en los criterios para la determinación de los daños al dominio hidráulico previstos en la Orden MAM/ 85/2008, de 16 de enero.—c. Competencia sancionadora respecto a infracciones por vertidos que debían ser autorizados mediante autorización ambiental integrada.—B. Revisión de las condiciones de la autorización de vertidos de aguas residuales sobre la base de la modificación del reglamento del dominio público hidráulico.—C. Efectos del informe de los Organismos de cuenca en el procedimiento de aprobación de planes urbanísticos que comportan nuevas demandas de recursos hídricos o afectan al dominio público hidráulico o a sus zonas de servidumbre o policía.—D. Otros pronunciamientos de interés.—a. Validez del Reglamento de evaluación y gestión de riesgos de inundación.—b. Recrecimiento de Yésa.—3.3. *La Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2012*.—4. EJECUCIÓN.—4.1. *Planes hidrológicos*.—A. Algunas cuestiones que plantea el acto de aprobación por el Estado.—B. El informe de la Comisión sobre la aplicación de la DMA.—4.2. *Creación de una única Sociedad de Aguas*.—4.3. *Responsables*.

\* \* \*

## 1. INTRODUCCIÓN

Durante este año, muchas páginas de Boletín Oficial se refieren a nuestro ámbito de estudio. Se puede decir, sin exageración, que ha habido una actividad normativa frenética que se manifiesta en dos reformas de la Ley de aguas y otra de su principal reglamento<sup>1</sup>. Además, se han dictado diversas Sentencias del Tribunal Constitucional relacionadas con algunas de las decisiones más controvertidas de la política de aguas de los últimos años (demarcaciones hidrográficas, política de trasvases o configuración del Plan Integral del Delta del Ebro).

La primera de las reformas legales es la de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente. Sin ninguna ironía, lo más destacable de ella es que supuso la tramitación, como proyecto de Ley, del Real Decreto-Ley 17/2012, de 4 de mayo, de mismo título y contenido (salvo algún detalle menor). El Real Decreto-Ley ya había sido convalidado por Resolución de 17 de mayo de 2012 del Congreso de los Diputados (BOE de 25 de mayo), y pese a ello, en una suerte de «convalidación reduplicada», se tramitó como proyecto de Ley, quedando aquél derogado tácitamente<sup>2</sup>.

La segunda reforma proviene de la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, que en lo que aquí importa crea un nuevo canon hidráulico que gravará la producción hidroeléctrica.

En lo que respecta a la jurisprudencia, veremos que el TC sigue enrocado en cuestiones competenciales sin entrar en problemas de fondo del derecho de aguas. Por su parte, el TS, en varias sentencias que comentamos, aplica con rigor las garantías del derecho sancionador. La consecuencia positiva de esta jurisprudencia es la importante función que cumple hacia el futuro al recordar a la Administración que el régimen jurídico está para cumplirse. Lo negativo es que ello determina que no se sancionen claras conductas infractoras.

El poder ejecutivo ha sido menos pródigo en actuaciones. Durante 2012 no se ha cerrado el proceso de planificación. Únicamente se han aprobado varios planes de cuencas internas, pero ni siquiera habían salido a Información Pública los borradores del Tajo, Júcar y Segura, con lo que, y dado que en la tramitación hay un periodo de información pública de seis meses, es más que probable que no se cumpla el objetivo tantas veces anunciado de tener los planes listos para 2013<sup>3</sup>.

- 
1. Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, de desarrollo del Real Decreto-ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.
  2. Dos sentencias recientes del TC (STC 237/2012 y 51/2013) se refieren con naturalidad a que la tramitación posterior de un Real Decreto-Legislativo como proyecto de ley implica su derogación tácita. A nuestro entender, esto no es necesariamente así porque la derogación se dará en los aspectos que efectivamente resulten contrarios, pero no en los que sean distintos, pero compatibles.
  3. El 20 de marzo de 2013 se ha publicado en el BOE el anuncio de la apertura del periodo de información pública del Plan –Hidrológico del Tajo.

## 2. REFORMAS NORMATIVAS

### 2.1. LA PRIMERA REFORMA DE LA LEY DE AGUAS

#### A. La «recentralización» de las funciones de policía

Posiblemente, la medida que más eco tuvo en la opinión pública tras la publicación del Real Decreto-ley 17/2012 fue lo que se denominó «recentralización en materia de aguas». Lo que esta reforma supuso fue la supresión de la disposición adicional decimocuarta de la Ley de aguas, introducida por Real Decreto-ley 12/2011, de 26 de agosto, que permitía que determinadas Comunidades Autónomas ejercieran facultades de policía de dominio público hidráulico.

El tenor derogado decía así:

*«En las cuencas hidrográficas intercomunitarias, corresponderá a las Comunidades Autónomas que tengan prevista la competencia ejecutiva sobre las facultades de policía de dominio público hidráulico en sus Estatutos de Autonomía, el ejercicio, dentro de su ámbito territorial, de las funciones señaladas en el apartado 2 del artículo 94 de esta Ley, así como la tramitación de los procedimientos a que den lugar dichas actuaciones hasta la propuesta de resolución».*

Era sabido que esa disposición se había introducido para tratar de encontrar una salida falsa a los efectos de la STC 30/2011, que claramente obligaba a Andalucía a devolver al Estado las competencias sobre el Guadalquivir. Pero al tiempo, con esta redacción, se atribuían algunas funciones a otras Comunidades Autónomas, y entre ellas a Aragón, también muy reivindicativa en lo competencial y en cuyo Estatuto se recogían expresamente las facultades de policía atribuidas por la legislación estatal (art. 72.2 Ley Orgánica 5/2007).

Vistas así las cosas, no hay duda que la derogación llevaba implícita una *recentralización* de las facultades de policía de las aguas. Sin embargo, en la práctica, no tuvo ningún tipo de consecuencia ya que la disposición adicional decimocuarta nunca llegó a ser aplicada. Además, y es una observación que hacemos dado el carácter científico-crítico de los trabajos de este Observatorio, era imposible saber a qué se estaba refiriendo la Ley bajo «facultades de policía», ya que su interpretación planteaba problemas irresolubles (¿quedaba incluido el régimen concesional y autorizatorio?; si, como parecía lógico, sólo se refería al régimen de policía en el sentido de inspecciones y sanciones, ¿no caducarían todos los procedimientos?, en su caso, ¿qué Administración cobraría las multas, si la resolución era en todo caso estatal?).

#### B. A vueltas con los derechos de aprovechamiento en materia de aguas subterráneas

Más relevante que lo anterior es la afección de la reforma de la Ley de aguas al régimen de los aprovechamientos de aguas subterráneas buscando por enésima vez tratar de reconducir a los antiguos propietarios (aquellos con derechos anteriores a la Ley de 1985) al régimen concesional.

Con tal fin la Ley adopta dos medidas. La primera es endurecer legalmente la llamada «congelación», determinando, entre otras cosas, que los propietarios no puedan vender su derecho a otros de manera separada de la finca en que se realice el uso. Esto es así porque a la entrada en vigor de la Ley de aguas, a los antiguos propietarios de aguas privadas se les permitió mantener su propiedad como hasta entonces siempre que mantuvieran «*las condiciones de su aprovechamiento*» (DDTT 2ª y 3ª TRLA). La interpretación judicial y administrativa de esta expresión no había sido fácil, pero ahora el legislador disipa cualquier duda al concretar qué se entiende por ruptura de la «congelación»:

*«1. A los efectos de aplicación del apartado tercero de las disposiciones transitoria segunda y tercera, se considerará modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, entre otras, las actuaciones que supongan la variación de la profundidad, diámetro o localización del pozo, así como cualquier cambio en el uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamientos de regadío» (nueva DT 3ª bis.1 TRLA).*

Al margen de cualquier valoración política, para los ojos de un jurista esta medida resulta paradójica, ya que se prohíbe a los propietarios lo que se admite para los concesionarios, que pueden participar en los mercados de agua a través de los contratos de cesión de derechos (cfr. art. 343.4 RDPH). A juicio de MOREU BALLONGA, esta reforma determina privar al derecho de propiedad privada sobre las aguas del poder de disposición, ignorando que, junto al derecho de goce, es una de sus dos facultades esenciales (art. 348 del Código civil)<sup>4</sup>.

La segunda es establecer un procedimiento para permitir que los antiguos propietarios de aguas se transformen en concesionarios, y ello con independencia de que quieran modificar las características de su derecho o conservarlas en los mismos términos (nueva DT 3ª bis, apdos. 2 a 4 y nueva DT 10ª TRLA). Este procedimiento está calcado sobre el modelo previsto para el alto Gadiana por Real Decreto-ley 9/2006, de 15 de septiembre y, a grandes rasgos, se caracteriza por lo siguiente:

- No hay procedimiento de competencia de proyectos.
- Se exige el informe de compatibilidad con el Plan Hidrológico y el de la Administración competente en función del uso a que se destine.
- Hay un trámite de información pública y en caso de existir Comunidad de Usuarios, se solicitará informe a la misma.
- El plazo concesional máximo se extenderá hasta 2035.
- No se podrá solicitar la transformación si se tratase de una masa de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado y no hubiese un plan de recuperación aprobado.

Además de esto, la ley contempla especialidades para el comercio de agua del alto Gadiana, tratando ahora de fomentar que exista un comercio entre particulares para

---

4. MOREU BALLONGA, J. L., «Aguas confiscadas», publicado en el Heraldo de Aragón de 25 mayo de 2012.

superar, de esta manera, lo que hasta ahora había venido funcionando exclusivamente con un banco de aguas, caracterizado porque la Administración era la única adquirente. Lo más destacado es que el propietario de aguas privadas que quiera ceder su derecho sólo puede garantizar al adquirente el derecho a obtener una concesión en la que se reducirá la cantidad de agua en un porcentaje por concretar y que se determinará en atención a las condiciones técnicas y ambientales que concurren<sup>5</sup>.

### **C. Los acuíferos sobreexplotados pasan a ser «masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico»**

El principal cambio que proviene del nuevo art. 56 TRLA consiste en que el deterioro de los acuíferos puede provenir también de su contaminación y no sólo de su sobreexplotación.

Las medidas a adoptar para recuperarlo siguen siendo las mismas: en primer lugar, la Junta de Gobierno (ahora sin necesidad de consulta al Consejo del Agua, que antes era preceptiva) hace una declaración de mal estado; después, se adoptará un plan de actuación, que en la letra de la Ley sigue estando pensado para corregir los problemas de sobreexplotación.

No se entiende bien por qué es necesaria una declaración de la Junta de Gobierno de que una masa de agua subterránea está en riesgo de no alcanzar el buen estado, cuando el estado de todas las masas de agua tiene que haber sido evaluado en el procedimiento de elaboración del plan (art.32 del Reglamento de la planificación hidrológica, aprobado por Real Decreto 907/2007).

Tampoco se entiende por qué la adopción de las medidas necesarias para corregir la situación (o, en su caso, la decisión de no hacer nada) aparece aquí desvinculada del proceso de toma de decisiones del plan hidrológico. Si una masa de agua estuviera en mal estado y si el Plan no hubiera adoptado la correspondiente prórroga (o acudido a otra excepción de la DMA), las medidas para su recuperación son obligatorias. Lógicamente, no corresponde al plan de la demarcación la aprobación del programa de actuación para la recuperación del acuífero (¡si el plan tuviera que corregir todos los problemas de la cuenca sería inabarcable!), pero sí debe incluir una referencia a las medidas previstas para ello en el documento correspondiente del plan («programa de medidas»).

### **D. La recuperación de costes y el régimen sancionador**

Forma parte de la reforma, el maquillaje del art. 111 bis TRLA, que trata del principio de recuperación de costes. Se da una nueva redacción al apartado 3 para seña-

---

5. Sobre este mercado, *vid.*, recientemente SANZ RUBIALES, I., Caro-Patón Carmona, I., « Los mercados artificiales de recursos naturales » en vol. col. dirigido por PERNAS GARCÍA, J., Mercado interior, libertades económicas y medio ambiente, INAP, en prensa.

lar que en la aplicación de este principio se tendrán en cuenta las consecuencias sociales, ambientales y económicas así como las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio y de las poblaciones afectadas, sin perjuicio del cumplimiento de los objetivos ambientales. Se atribuye al Ministro de Agricultura, Alimentación y medio ambiente la competencia para establecer excepciones.

Se establecen las horquillas para la determinación de sanciones y se establece en la Ley el criterio de que para la valoración del daño al dominio público hidráulico se ponderará su valor económico, teniendo en cuenta en casos de daños a la calidad el coste del tratamiento necesario para la recuperación. Con esto se aspira a resolver la situación creada por la STS de 4 de noviembre de 2011, a que nos referimos más adelante.

## 2.2. ¿UN NUEVO CANON PARA PROTEGER LA CALIDAD DEL AGUA?

La segunda reforma del Texto refundido de la Ley de aguas proviene del Título IV de la Ley 15/2012 de sostenibilidad energética que incorpora el nuevo art. 112 bis TRLA. Su objeto es crear un canon, con naturaleza de tasa, que grava la utilización o el aprovechamiento de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica.

Sin ningún rigor técnico por su absoluta desconexión de los importantísimos instrumentos de protección ambiental del agua (a los que esta norma, sin duda, desprecia) y utilizando una terminología muy básica, la Exposición de Motivos de la Ley señala que el nuevo canon gravará la afección que la hidroeléctrica produce a la calidad de las aguas.

Su creación se apoya en dos puntos:

- La inexistencia de un canon estatal que grave específicamente el uso del agua, pues el llamado «canon de utilización» ya previsto por la Ley de aguas afecta únicamente a la ocupación, utilización y aprovechamiento de cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas y de los lechos de los lagos y lagunas y de los embalses superficiales en cauces públicos.
- Favorecer la calidad del agua.

Ambas cosas, no obstante, deben ser cuestionadas puesto que, por un lado, el Gobierno ha optado por gravar, únicamente, el uso de las aguas continentales cuando éstas se destinan a la producción de energía eléctrica, y ha mantenido ajenos al canon el resto de usos, cuando justamente el uso para la producción de energía eléctrica ni es consuntivo ni altera a las condiciones físico-químicas de calidad de las aguas. A lo anterior se ha de añadir que la Ley destina únicamente el 2% del canon recaudado a ingresos para el organismo de cuenca, yendo el 98% restante al Tesoro público (art 112 bis.8 TRLA); en suma, la propia ley manifiesta que lo recaudado no se destinará a la protección al dominio público hidráulico.

Su base imponible, que será determinada por el Organismo de cuenca, consistirá en el valor económico de la energía hidroeléctrica producida por el concesionario

(medida en barras de central), durante el período impositivo de un año (art. 112 bis.4 TRLA). El tipo de gravamen es del 22% de la base (art. 112 bis.5), si bien se prevé una reducción del canon en un 90% para minicentrales y otras instalaciones que pueda determinar el Gobierno con fines de fomento. Aunque la Ley no lo especifica, parece razonable entender que el valor económico sea el de la venta, por lo que al final lo que pague cada empresa no dependerá de la energía efectivamente producida sino del precio que ésta haya obtenido en el mercado.

El devengo del canon se produce con el otorgamiento inicial y el mantenimiento anual de la concesión hidroeléctrica y será exigible en las condiciones que señale la concesión (art. 112 bis.2 TRLA). Lo que esto implica, y así se desprende de la DT 1ª de la Ley 15/2012, es que para que el pago sea obligatorio han de adaptarse previamente las concesiones ya otorgadas.

Se podría llegar a discutir si resulta constitucional este tributo habida cuenta de lo escueto de la regulación legal y de que configura su base imponible a partir de los ingresos del titular de la central y no de la afección del uso a la calidad de las aguas. En la STC 289/2000 el modo de cálculo de la base desconectado de la contaminación se consideró un vicio determinante de la inconstitucionalidad de un impuesto balear sobre el medio ambiente<sup>6</sup>. En este caso, sin embargo, dado que es un impuesto que grava el uso del agua sí parece admisible en términos constitucionales toda vez que la base imponible se vincula a la rentabilidad económica derivada del uso del agua.

Hay, a nuestro juicio, otras cuestiones más problemáticas derivadas de este canon. La primera es que su impacto será muy distinto en cada concesionario en función de los cánones concesionales que ya esté pagando, aspecto que como ha destacado la Comisión Nacional de la Energía, podría conducir a que se plantee el tema de la doble imposición. De hecho, en el «Informe sobre el sector energético español» elaborado por la CNE (7 de marzo de 2012), en su parte I, destinada a analizar las medidas para garantizar la sostenibilidad económico-financiera del sistema eléctrico, valoraba un tributo sobre la energía hidroeléctrica con las siguientes palabras (pág. 127):

*«En el caso de introducir nuevos tributos como eventual contrapartida a un alargamiento de los periodos concesionales de los que disfrutaban las centrales hidroeléctricas, en la medida en que la producción de energía hidráulica se realiza por medio de concesiones administrativas por un periodo máximo de 75 años, aunque susceptible de prolongación en determinadas circunstancias, sujetas a un canon fijo que debe ser satisfecho por el concesionario y que fue establecido en el momento de la concesión, se hace necesario un análisis previo de la situación y de las condiciones de los cánones pagados a las Concesiones hidrográficas con el objeto, entre otros efectos de evitar la doble tributación y mantener coherencia con los supuestos de modificación de las condiciones de la concesión establecido en la Ley de Aguas».*

6. VÁZQUEZ COBOS, C. y LOZANO CUTANDA, B., «¿Tiene un soporte constitucional el nuevo canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica?», en [http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/tiene\\_un\\_soporte\\_constitucional\\_el\\_nuevo\\_canon\\_por\\_utilizacion\\_de\\_las\\_aguas\\_continentales\\_para\\_la\\_produccion\\_de\\_energia\\_electrica.pdf](http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/tiene_un_soporte_constitucional_el_nuevo_canon_por_utilizacion_de_las_aguas_continentales_para_la_produccion_de_energia_electrica.pdf).

La segunda cuestión es que este canon manifiesta el desinterés del Estado español por aplicar la DMA, tanto en cuanto a la exigencia del principio de recuperación de costes como en cuanto al cumplimiento de objetivos ambientales. Y es que el principio de recuperación de costes, del que este canon podría ser un buen exponente, exige que se realicen análisis económico financieros del uso del agua. Análisis que, en este caso, están ausentes y que si se hubieran realizado habrían conducido también a establecer cánones para otros usos (o bien a señalar expresamente en los planes hidrológicos por qué esos otros usos no son gravados económicamente).

En lo que respecta a la protección ambiental del agua, este tributo se introduce desconociendo el importantísimo esfuerzo que para la hidroeléctrica ha de suponer la consecución de los objetivos ambientales exigidos por el derecho comunitario. Lo que queremos señalar es que con él se grava a las hidroeléctricas de manera indiscriminada y sin ninguna conexión a las mejoras ambientales que, en todo caso, habrán de introducirse en años venideros.

### 2.3. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN EL REGLAMENTO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO POR EL REAL DECRETO 1290/2012

El extenso Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre, modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, en adelante RDPH), y un precepto de la norma reglamentaria que regula el tratamiento de aguas residuales urbanas (Real Decreto 509/1996). Se trata de una extensa modificación que afecta a: los concesionarios de aprovechamientos de aguas públicas, titulares de derechos temporales de aguas privadas, y titulares de autorizaciones de vertidos y de redes de saneamiento públicas y privadas.

La exposición de motivos señala que el texto del Real Decreto se ha generado en un proceso de abajo-arriba, ya que incorpora contenidos propuestos por algunos planes hidrológicos entonces en tramitación y que se relacionan con la protección, conservación y mejora del estado de las masas de agua y, en general, del dominio público hidráulico. Entre las novedades destacan las derivadas a garantizar la continuidad fluvial en las concesiones y autorizaciones para obras en el dominio público hidráulico que conlleven la realización de obras transversales al cauce (nuevo artículo 126 bis RDPH).

Otras medidas derivan de la experiencia en la gestión de la utilización y de la protección del dominio público hidráulico y se refieren al plazo máximo concesional y a la reversión al término de la concesión. Ahora se incluyen expresamente las prórrogas dentro del plazo máximo concesional de 75 años (*«Toda concesión se otorgará según las previsiones de los Planes Hidrológicos; tendrá carácter temporal y plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, no superior a setenta y cinco años, de conformidad con el art. 93.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas»*). Con esta nueva regulación, el Gobierno ha optado por incorporar al RDPH el criterio general de la duración de las concesiones de dominio público contenido en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas. No obstante, no está exento de discu-

sión este mecanismo utilizado, que pretende evitar una modificación de la Ley de Aguas, concretamente de su artículo 59.4, que no especifica la inclusión de las prórrogas en el plazo máximo concesional, y que, por otra parte, en su art. 59.6, prevé la posibilidad de ampliar la duración de concesión en determinados supuestos hasta un máximo de 10 años (realización de inversiones necesarias para el normal funcionamiento de la concesión). Hasta la fecha, la regulación en materia de aguas era una regulación específica, distinta de la contenida en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que en consecuencia no actuaba como norma supletoria<sup>7</sup>.

En cuanto a la reversión, el nuevo redactado del art. 89 RDPH aclara que, al extinguirse el derecho concesional, revertirán al organismo competente no sólo las obras construidas dentro del dominio público hidráulico sino también las construidas fuera de él, siempre y cuando así se hubiera previsto expresamente en el título concesional.

Una segunda novedad respecto a la regulación de la reversión la encontramos en la introducción de un segundo apartado en el art. 89.4. Este apartado introduce la posibilidad de exigir al concesionario la demolición de lo construido en dominio público hidráulico (no hay ninguna previsión respecto a la exigencia de demolición de las instalaciones ubicadas en dominio privado). Nuevamente, y como ya ha hecho con el plazo concesional, el Gobierno se ha amparado en el criterio general contenido en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Otras cuestiones más técnicas son: la adecuación del RDPH a la modificación del concepto de sustancia peligrosa de acuerdo con el Real Decreto 60/2011, de 21 de enero, sobre las normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas; la interpretación de los requisitos técnicos que deben cumplir los sistemas colectores, y en concreto los relativos a su estanqueidad y al tratamiento de las aguas en circunstancias tales como lluvias torrenciales inusuales.

### 3. CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

#### 3.1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### A. Las competencias para la delimitación de las demarcaciones hidrográficas y el problema de las demarcaciones mixtas

##### 1. Antecedentes

Resuelve el TC, en su Sentencia núm. 149/2012, de 5 julio (RTC 2012, 149), el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra los

7. Art. 5.4 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas: «Los bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta Ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio».

arts. 126, 127 y 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Siguiendo el tema que nos ocupa, nos centraremos en el análisis relativo al art. 129 que modificó el TRLA; dejamos fuera de este comentario lo que se dice sobre la legislación de conservación de espacios naturales protegidos y de evaluación de impacto ambiental, que son las otras dos cuestiones analizadas.

El art. 129 de la Ley 62/2003 tuvo por finalidad incorporar al Derecho español la Directiva 2000/60/CE por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DMA). Aunque se tramitó como enmienda parlamentaria, su contenido era muy amplio, afectando fundamentalmente a la regulación de la planificación hidrológica, tanto para incluir los contenidos medioambientales exigidos por derecho comunitario, como para extender su ámbito territorial a las aguas del mar afectadas por la DMA. Los artículos objeto de la impugnación fueron los siguientes:

1) Nuevo art. 16.bis 5 TRLA por el que se introduce el concepto de *demarcación hidrográfica*, como ámbito territorial para la elaboración de los planes hidrológicos. Se trata de un concepto más amplio que el de cuenca, al abarcar todas aguas superficiales; es decir, las continentales o de los ríos y algunas salobres (en concreto las costeras y las de transición). Atribuye al Gobierno la competencia para su delimitación, sin distinguir entre cuencas inter o intracomunitarias.

2) Nuevo art. 36 bis TRLA: crea el *Comité de Autoridades Competentes*, como órgano de coordinación en la elaboración del plan de demarcación. Establece una regulación para la planificación de las cuencas intercomunitarias y unas reglas a desarrollar por las Comunidades Autónomas que tengan cuencas intracomunitarias.

3) Nuevo art. 99 bis) TRLA: crea el Registro de Zonas Protegidas.

El tema de fondo es ¡otra vez! competencial y se refiere, principalmente, a quién corresponde fijar el ámbito territorial de las demarcaciones (art. 16.bis.5 TRLA). Es decir, una competencia que no consiste en planificar ni en proteger las aguas, sino simplemente en establecer las circunscripciones correspondientes al territorio estatal.

## 2. Argumentos de la Junta de Andalucía

Alega la Letrada de la Junta de Andalucía que la nueva regulación invadía las competencias autonómicas en materia de aguas, sin que pueda encontrar respaldo ni en la competencia del Estado para el establecimiento de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE), ni en sus competencias en materia de aguas (art. 149.1.22 CE) o en materia de relaciones internacionales y garantía del Derecho comunitario (art. 149.1.3 CE). Es elocuente el silencio que guarda en relación con los títulos sobre las bases en materia de medio ambiente (art. 149.1.23 CE) o, por ejemplo, sobre los puertos (art. 149.1.20 CE), que están incluidos expresamente entre las presiones sobre la calidad de las aguas en la DMA. Por nuestra parte, podemos añadir que en la Ley 62/2003, no se especificaron las competencias utilizadas.

### 3. Sentencia

El TC hace una interpretación conforme a la Constitución en la que parte de una lectura sistemática del artículo que le permite desestimar el recurso. Según ésta, y teniendo en cuenta el contexto del resto de la Ley, ha de concluirse que, en realidad, sólo está habilitando al Gobierno de la Nación para delimitar las demarcaciones hidrográficas correspondientes a las cuencas intercomunitarias<sup>8</sup>. Todo ello en virtud de que el legislador estatal no ha estimado pertinente alterar la distribución de las competencias en materia de planificación hidrológica, apoyada sobre la distinción entre cuencas inter e intracomunitarias. Se impone, según el alto Tribunal, una interpretación restrictiva del precepto (expresamente, se rechaza la interpretación literal), según la cual únicamente habilita al Gobierno de la Nación para configurar demarcaciones hidrográficas que –conforme al criterio adoptado por el legislador de seguir considerando noción central la cuenca hidrográfica– son de competencia estatal, esto es, las demarcaciones hidrográficas de carácter intercomunitario y la parte española de las demarcaciones hidrográficas internacionales que contempla la DMA.

En segundo lugar, y también en relación a las demarcaciones hidrográficas, considera el TC que el legislador estatal no ha previsto, ni en el mencionado precepto, ni en los artículos 36 bis y 40.3 del TRLA, la posibilidad de que el Gobierno de la Nación delimite *demarcaciones mixtas* (demarcaciones en las que se incluyan, conjuntamente, cuencas inter e intracomunitarias). De este modo, y según el TC, sería inconstitucional que el Gobierno hiciera una interpretación extensiva del art. 16 bis.5 del TRLA mediante la cual el Estado se atribuyera la competencia para incluir en la misma demarcación hidrográfica cuencas intercomunitarias de competencia estatal y cuencas intracomunitarias de competencia autonómica. Como la Ley de aguas no regula expresamente esta facultad, la creación de dichas demarcaciones mixtas se tendrá que hacer mediante los convenios que, al efecto, suscriban el Estado y las Comunidades Autónomas.

Al interpretar que el art. 16 bis.5 sólo regula la delimitación de las demarcaciones intercomunitarias, la impugnación del art. 36.bis ha de rechazarse igualmente, pues la regulación referida a las demarcaciones intercomunitarias no puede proyectarse sobre las mixtas. También se desestima el recurso contra el Registro de Zonas Protegidas porque no contiene ninguna referencia a lo competencial.

### 4. Valoración

Por los casi 10 años transcurridos desde que se dictó la Ley impugnada hasta la fecha de la sentencia, no tiene por qué tener efectos en relación con la delimitación

---

8. « Es cierto que el art. 16 bis.5 en su literalidad permite entender que contiene una habilitación al Gobierno de la Nación para delimitar todo tipo de demarcaciones hidrográficas –intercomunitarias e intracomunitarias–, pues, en efecto, el precepto no establece diferenciación alguna al respecto. No obstante, una interpretación sistemática del art. 16 bis.5 del texto refundido de la Ley de aguas en el contexto del resto de la Ley lleva a la conclusión de que, en realidad, sólo está habilitando al Gobierno de la Nación para delimitar las demarcaciones hidrográficas intercomunitarias » (FJ 7).

de las demarcaciones mixtas del Júcar, Segura (Real Decreto 125/2007) y Cantábrico Occidental y Oriental (Real Decreto 29/2011).

En efecto, como indicamos en el Observatorio de Políticas Ambientales 2012 (pp. 359 a 361), el TS ya había declarado en dos sentencias que era plenamente válido que por Real Decreto se delimitasen las demarcaciones hidrográficas mixtas del Segura y del Júcar. En una primera sentencia de 22 de septiembre de 2011, el TS confirmó la validez de la demarcación mixta del Segura (art. 2.2 del RD 125/2007) desestimando el recurso interpuesto por Castilla-La Mancha que pedía que se excluyera del ámbito de la demarcación las cuencas intracomunitarias; en la segunda, de 27 de septiembre del mismo año, el TS estimó el recurso de Valencia, declarando la nulidad de la delimitación del Júcar pero, en este caso, por no haber incluido las cuencas intracomunitarias del Júcar. Como las sentencias del TC producen efectos desde que se publican (art. 38.1 LOTC), la validez de ambas demarcaciones mixtas es firme. Aunque esto no obsta a reconocer que la gestión de estas dos cuencas, donde los borradores de plan ni siquiera han salido a información pública, está resultando en la práctica muy compleja (y, por otra parte, que no parece razonable aceptar que la lógica de la gestión por cuencas se traslade a una región no costera bajo la excusa de que hay una «cuenca interna»).

La demarcación mixta del Cantábrico se delimitó, más tarde y en cumplimiento de una condena del TJUE (sentencia de 7 de mayo de 2009). La exposición de motivos del RD 29/2011 declara que para su adopción se recabó el *acuerdo* del Gobierno Vasco. En esta demarcación sí se ha podido adoptar un plan hidrológico único, en el que se integra, con naturalidad y sobre la base del Convenio de Colaboración suscrito el 18 de julio de 2012 entre la Confederación Hidrográfica del Cantábrico y la Agencia Vasca del Agua, la propuesta relativa a la parte estatal con la propuesta elaborada por el Gobierno Vasco.

A modo de reflexión final, cabe advertir que acaso esta STC 149/2012 marque un punto de inflexión en relación con la jurisprudencia anterior, para la que las aguas era una materia «carrefour» en la que confluían muchos títulos competenciales (esta visión se inicia con la STC 227/1988 y se cerraría con la STC 138/2010, en la que se ancla sobre el medio ambiente las competencias sobre vertidos a las aguas continentales). Ahora por primera vez, el TC advierte que las atribuciones competenciales en la Ley de aguas han de utilizar el criterio de la distinción entre cuencas intra e intercomunitarias.

En este contexto, ha de leerse la advertencia que hace el TC en un *obiter dicta*: si el Gobierno quisiera intervenir en aguas de competencia autonómica «*debería haber establecido alguna previsión respecto a la organización, la gestión y planificación en estas demarcaciones mixtas*» (STC 149/2012). Ciertamente, con este comentario el TC va mucho más lejos de la función que le corresponde, pero está expresando una opinión difundida: la conveniencia de reformar la Administración hidráulica.

## **B. Plan integral de protección del Delta del Ebro**

Las SsTC 195/2012, de 31 de octubre, 239/2012, 240/2012, de 13 diciembre y 19/2013, de 31 de enero resuelven los recursos de inconstitucionalidad interpuestos

por los Consejos de Gobierno de las Regiones de La Rioja, Murcia, Castilla y León y Valencia contra el art. 26.1 y la disposición adicional décima de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, en la redacción dada por el artículo único, apartados 9 y 15 respectivamente de la Ley 11/2005, de 22 de junio.

Con carácter general, las representaciones procesales de los citados Consejos de Gobierno alegan que la disposición adicional décima de la Ley 10/2001, relativa al plan integral de protección del Delta del Ebro, vulnera el art. 149.1.22 CE con los principios rectores de la gestión en materia de aguas recogidos en el TRLA, el art. 138 CE y los principios de coordinación y lealtad institucional, al prever la sola participación de Cataluña en la toma de decisiones que afectan también a otras Comunidades Autónomas. A su vez, consideran las recurrentes que el inciso final del art. 26.1 de la Ley 10/2001 consagra una excepción al régimen general de participación autonómica igualmente contraria al art. 149.1.22 CE y a los principios de unidad de gestión, de coordinación y de lealtad institucional.

Motivos, todos ellos, que son rechazados por el TC al considerar, en primer lugar, que el apartado 5 de la disposición adicional décima de la Ley 10/2001 desarrolla una fórmula de cooperación que «cuenta con dos fases diferenciadas: el mutuo acuerdo de la Administración del Estado y la Generalidad de Cataluña y, una vez alcanzado éste, la posterior aprobación del Plan por ambas Administraciones “en el ámbito de sus respectivas competencias”». Afirma el Tribunal, por tanto, que se trata de una técnica de colaboración adecuada para un supuesto de concurrencia competencial que debe reputarse «constitucionalmente admisible»; es «un mecanismo de acomodación o integración entre dos competencias concurrentes en el espacio físico, basado en el acuerdo, y que configura la aprobación final del plan integral de protección del Delta del Ebro como un acto complejo en el que han de concurrir dos voluntades distintas, lo que resulta constitucionalmente admisible cuando ambas voluntades resuelven sobre asuntos de su propia competencia».

Y si bien aclara el TC (aunque de una forma un tanto genérica) que la intervención de la Generalitat de Cataluña se justifica en el régimen del Delta del Ebro como espacio natural protegido, junto a otras referencias competenciales como la protección de especies a conservar, el turismo o la agricultura –atribuciones competenciales que permiten conformar un loable procedimiento coordinado de aprobación del plan integral de protección del Delta–; no resultan, en nuestra opinión, tan justificables los motivos por los cuales no debe producirse la intervención de las restantes Comunidades Autónomas cuyas competencias también pueden verse afectadas, aunque sea indirectamente, por las decisiones adoptadas cuando éstas tengan proyección supraterritorial. Especialmente –y he aquí el segundo motivo de controversia– en lo que se refiere a la inserción parcial del contenido del plan integral de protección del Delta del Ebro, en cuanto a la fijación de los caudales ambientales, en el plan hidrológico de la cuenca.

Conviene recordar que el artículo 26.1 de la Ley del plan hidrológico nacional establece que la fijación de los caudales ambientales «se realizará con la participación de

*todas las Comunidades Autónomas que integren la cuenca hidrográfica, a través de los Consejos del Agua de las respectivas cuencas, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional décima en relación con el Plan Integral de Protección del Delta del Ebro».*

Considera el TC que con este último inciso no se produce una «ruptura del equilibrio territorial ni diferenciación injustificada, como alega el recurrente, sino colaboración interadministrativa para el ejercicio de competencias concurrentes». Afirma, en este sentido, que «la remisión que opera el art. 26.1 a la disposición adicional décima no constituye una excepción al procedimiento general de fijación de los caudales ambientales, en el que está prevista la participación de todas las Comunidades Autónomas que integren la cuenca hidrográfica, a través de los Consejos del Agua», sino que se está «por el contrario ante un complemento de dicho procedimiento general, que articula un mecanismo singular –del que debe destacarse su carácter previo– cuya finalidad es alcanzar un acuerdo sobre una pieza específica del plan hidrológico, que tiene como objeto la protección de un espacio cuya singularidad y extraordinario valor ecológico nadie discute».

Ninguna de las sentencias constitucionales utiliza la concepción legal, superada por la práctica administrativa, de que los caudales ecológicos suponen una «restricción general de los sistemas de explotación»<sup>9</sup>. La STC 19/2013, en su FJ 4, ya parte de la idea que los caudales ecológicos suponen una reserva de recursos, en el sentido de reserva demanial y que han de concretarse singularmente para cada río o para cada tramo de río.

### **C. Régimen económico trasvase Tajo-Segura**

Analiza la STC núm. 102/2012, de 8 mayo (RTC 2012, 102) la constitucionalidad de los arts. 89 y 90 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en relación con la regulación del régimen económico de la explotación del acueducto Tajo-Segura y mejora del aprovechamiento del trasvase Tajo-Segura.

Sustenta el Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha su recurso de inconstitucionalidad en la conculcación de los principios de solidaridad y equilibrio interterritorial (arts. 2 y 138.1 CE) y en la vulneración de varias de las facetas que protege el artículo 9.3 de la Constitución: inclusión de la regulación impugnada en una Ley de «acompañamiento» o Ley «ómnibus», esto es, en una Ley sin objeto predeterminado; afeción al procedimiento parlamentario de tramitación de la Ley (por no haberse dado intervención a la Comunidad Autónoma durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley y por el hecho de que el

---

9. En la vigente instrucción de planificación hidrológica (Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre) se contiene una metodología para el cálculo de caudales (punto 3.4) que se caracteriza porque éstos han de fijarse de manera específica para cada masa de agua en atención a las condiciones hidromorfológicas en que se encuentre.

proyecto de Ley se tramitó en la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, y en la de Economía, Comercio y Turismo del Senado, y no en la competente por razón de cada materia); y, finalmente, vulneración de la prohibición de arbitrariedad, no sólo por considerar que dicha regulación está huérfana de motivación, sino por provocar una disminución de los recursos a recibir por la Comunidad de Castilla-La Mancha por el agua cedida, generando un trato desigual entre todos los beneficiarios por las compensaciones provenientes de los distintos trasvases.

No obstante, el TC desestima en su totalidad el recurso, al no apreciar que los preceptos cuestionados establezcan discriminación de ningún tipo, carezcan de justificación o supongan un privilegio económico o una actuación dañina de la solidaridad o del equilibrio económico territorial que debe presidir la actuación de los poderes públicos. Tampoco considera el TC que se haya producido una vulneración del procedimiento parlamentario de tramitación de la Ley en tanto ningún precepto impone la obligación de que la Comunidad Autónoma intervenga en dicha tramitación. Y, por último, que la regulación se contenga en una Ley de «acompañamiento» o Ley «ómnibus» no supone, a juicio del TC, una merma inconstitucional del principio de seguridad jurídica, no sólo porque la publicación de la disposición se produzca en el «Boletín Oficial del Estado» (como ha sucedido en el presente caso, concretamente, en el «BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 2001), sino también porque no se trata de una Ley de contenido indefinido, sin objeto predeterminado, «pues la norma tiene un objeto que, aunque heterogéneo, está perfectamente delimitado en el momento de presentación del proyecto al Congreso de los Diputados, teniendo todos sus eventuales destinatarios (operadores jurídicos y ciudadanos) conocimiento del mismo mediante su publicación en el «Diario Oficial de las Cortes Generales», como finalmente tienen conocimiento del texto definitivo mediante su inserción en el «Boletín Oficial del Estado» [STC 136/2011, de 13 de septiembre (RTC 2011, 136), F. 9; y también STC 176/2011, de 8 de noviembre (RTC 2011, 176), F. 2 e)].

#### **D. Derogación de la Ley del PHN relativa al trasvase de aguas del Ebro**

En su Sentencia núm. 237/2012 de 13 diciembre (RTC\2012\237), el TC resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat Valenciana en relación con el Real Decreto-Ley 2/2004, de 18 de junio, por el que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del plan hidrológico nacional.

Considera el TC que el Real Decreto-Ley 2/2004 cumple, de forma adecuada, con los requisitos que el artículo 86 de la Constitución exige para este tipo de instrumentos normativos. Así, el presupuesto habilitante de la existencia de una urgente y extraordinaria necesidad se justifica tanto en el hecho de que el trasvase proyectado cuestiona los principios que la propia Ley del PHN establece en el artículo 12 –reputándose necesario adoptar, por tanto, mediante Real Decreto-Ley unas medidas de carácter urgente–, como en la imperiosa necesidad de suministrar agua a las cuencas deficitarias –cuencas mediterráneas– mediante una solución técnica, que se plasma en

las actuaciones e infraestructuras enumeradas en el propio Real Decreto-Ley 2/2004, muy distinta de aquella por la que se decantó en su día la Ley del PHN, esto es, el trasvase de aguas desde la cuenca baja del río Ebro a esas cuencas mediterráneas deficitarias.

De igual forma, considera el TC que la norma provisional no afecta ni «al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado» ni «a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I», cumpliéndose, de nuevo, con las exigencias del artículo 86 de nuestro texto constitucional.

Tampoco se considera inconstitucional la falta de intervención del Consejo Nacional del Agua en el procedimiento de aprobación del Real Decreto-Ley, circunstancia sorprendente bajo la premisa de que se estaba produciendo una modificación del contenido de la Ley del PHN. No obstante, y a pesar de que se reconoce la función de este órgano como instrumento para la participación de las Comunidades Autónomas en la planificación hidrológica, argumenta el TC que la inconstitucionalidad por la ausencia de la preceptiva intervención de un órgano de esta naturaleza depende de que el precepto que impone dicha intervención se haya dictado, según establece el art. 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, «para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas». Condicionante que no se produce en el caso del art. 20.1 a) del TRLA, pues, en opinión del TC, dicho precepto regula «la intervención de un órgano de composición plural en un procedimiento de incontestada competencia estatal».

Tampoco estima el TC que haya habido una quiebra del principio de confianza legítima ya que, frente a la argumentación del Letrado de la Administración recurrente de que «la derogación del plan hidrológico nacional era imprevisible y ha afectado a las legítimas expectativas de los poderes públicos y de la ciudadanía»; aduce el TC el «carácter dinámico del ordenamiento jurídico» y la imposibilidad de que, bajo el manto protector del principio de seguridad jurídica (aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima) se dé lugar «a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento».

En relación a los últimos de los motivos de impugnación, y quizá los más polémicos por lo que se refiere a la política de trasvases, en su vinculación con el principio de solidaridad interterritorial y los objetivos ambientales de la DMA, el TC sorteja hábilmente la discusión sobre el fondo del asunto. Para la solidaridad, sustenta la desestimación en un defecto formal del recurso interpuesto. De este modo, afirma el TC que «hemos de rechazar también este motivo del recurso porque los términos empleados en la demanda para fundamentarlo, no permiten entrar a examinar el fondo del problema planteado pues la parte actora no ha satisfecho la carga de argumentar, en términos de estricta normatividad constitucional, la efectividad del vicio cuya concurrencia denuncia. No puede, en efecto, entenderse cumplida esa carga cuando las razones aportadas son expresivas tan sólo de la legítima discrepancia política que la actora mantiene con la norma controvertida».

En lo que respecta a la DMA, los recurrentes habían alegado que la motivación del Real Decreto-Ley era espuria porque el derecho comunitario permite la ejecución de trasvases entre cuencas siempre que se respeten los requisitos formales y sustantivos de las excepciones al cumplimiento de objetivos ambientales (sobre este aspecto ya hay un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: sentencia de 11 de septiembre de 2012, asunto C-43/10 que resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal griego). El TC esquiva este planteamiento indicando que la compatibilidad de las leyes nacionales con el derecho comunitario es un asunto que corresponde a la jurisdicción ordinaria, queda fuera de su enjuiciamiento.

### 3.2 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

#### A. Sanciones en materia de aguas (o cómo de aquellos barros surgieron estos lodos...)

##### a. *Nulidad de las sanciones impuestas por la Agencia Andaluza de Aguas en virtud de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 del Estatuto Autonomía de Andalucía*

La primera de las líneas jurisprudenciales estudiada surge como consecuencia directa de la STC 30/2011, de 16 de marzo, que declara la nulidad radical e inconstitucionalidad del polémico artículo 51 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, reformado por Ley Orgánica 2/2007, por invasión de las competencias reservadas al Estado en el artículo 149.1.22<sup>a</sup> de la Constitución. Tal declaración de inconstitucionalidad se produjo después de que este precepto estatutario fuese promulgado y estuviese en vigor, de tal forma que la Junta de Andalucía tuvo ocasión de ejercer la potestad sancionadora que dicho precepto le atribuía en relación a las aguas de la Cuenca del Guadalquivir que transcurren por su territorio.

Dicha línea jurisprudencial ha sido trazada por las SsTS 6532/2012, de 5 de octubre de 2012 (recurso 5571/2011) y 7007/2012, de 17 de octubre de 2012 (recurso 5667/2011), tras sendos recursos de casación en interés de ley interpuestos contra sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla que anulan las respectivas sanciones impuestas por la Agencia Andaluza del Agua de la Junta de Andalucía.

Dos son los aspectos fundamentales enjuiciados en estas sentencias: en primer lugar, si la declaración de inconstitucionalidad del artículo 51 del Estatuto de Autonomía de Andalucía comporta que el órgano que impuso la sanción era un órgano manifiestamente incompetente, ex artículo 62.1.b) de la Ley 30/1992; y, en segundo lugar, si se opera en estos supuestos la excepción que prevé el inciso final del artículo 40.1 de la LOTC para los procesos penales y los procedimientos contencioso-administrativos.

Así, frente a la pretensión de la Administración autonómica recurrente y de la Abogacía del Estado de que el precepto contenido en el artículo 62.1.b) de la Ley

30/1992 no comprende los actos dictados por un órgano cuya competencia ha sido, posteriormente a la resolución administrativa, declarada inconstitucional y nula por sentencia del Tribunal Constitucional al no ser tal vicio ni manifiesto ni originario, el TS considera que si el precepto que atribuía la competencia para sancionar «es declarado inconstitucional y nulo, la incompetencia del órgano sancionador es originaria puesto que nace de una norma inconstitucional y nula, resultando manifiesta, pues la naturaleza o esencia de las cosas no cambia por el tiempo o momento en que se define» (FJ 3º de la STS 7007/2012).

Los motivos que aduce el TS para alcanzar dicha conclusión resultan contundentes y ciertamente razonables. En primer lugar, porque el propio tenor literal de la STC 30/2011 que, al estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, declara «la inconstitucionalidad y nulidad del art. 51 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía», vinculando expresamente la nulidad a la inconstitucionalidad y haciendo de ambas categorías una aplicación equivalente.

Y, en segundo lugar, porque la inconstitucionalidad declarada de una norma comporta, con carácter general, su nulidad plena, como se infiere del artículo 39.1 de la LOTC. De manera que la nulidad tiene efectos «ex tunc», es decir, desde el momento inicial. Bien es cierto que, como recuerda el TS, esta consideración general debe ser matizada, a tenor de la propia jurisprudencia constitucional, fundamentalmente tras la STC 45/1989, de 20 de febrero, pues en ella se señala que esa vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad no es siempre necesaria, dejando al Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso. Estas sentencias que modulan y perfilan en cada caso el alcance de la nulidad son las denominadas sentencias prospectivas. Pues bien, en el caso examinado la STC 30/2011 no hace declaración alguna sobre los efectos de la nulidad en ese caso, ni contiene ninguna matización al respecto. De modo que nos encontramos con una sentencia constitucional que, tras su consolidada doctrina al respecto, y pudiendo haber realizado alguna modulación o prevención sobre los efectos propios de la nulidad, optó por no hacerlo.

Por lo que se refiere a la interpretación y aplicación del artículo 40.1 de la LOTC, el TS considera que no se trata de una norma aplicable al caso. Dicho artículo 40.1 establece una regla general en el primer inciso (las sentencias a las que resulta de aplicación) y una excepción en el inciso final (para el ámbito sancionador). Sucede que los casos examinados en ambas sentencias no entran en el supuesto de hecho de la norma general, no pudiéndose aplicar, por tanto, la excepción establecida. Concretamente el citado artículo 40.1 se refiere a las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad, pero no a todas, sino únicamente a aquellas que puedan acarrear la revisión de procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de Leyes inconstitucionales. Y lo cierto es que en los supuestos examinados por ambas SsTS no existía ningún proceso fenecido mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, pues la STC 30/2011 se dicta mientras se está sustanciando el recurso contencioso administrativo ante los Juzgados de lo Contencioso-

Administrativo, de tal modo que no resultaba aplicable el supuesto de revisión que regula y acota el artículo 40.1 de la LOTC.

b. *Nulidad de las sanciones que se sustentan en los criterios para la determinación de los daños al demanio hidráulico previstos en la Orden MAM/ 85/2008, de 16 de enero*

En este año 2012 se han comenzado a observar las previsibles –e indeseables– consecuencias de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2011 (recurso 6062/2010) por la que se declara la nulidad *parcial* de la Orden Ministerial 85/2008, de 16 de enero, que establece los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y análisis de vertidos de aguas residuales.

En efecto, dicho pronunciamiento del TS, ya analizado en el Observatorio de Políticas Ambientales del año anterior, declaró la nulidad de la Orden MAM/ 85/2008, de 16 de enero, en cuanto establece los criterios para la determinación de los daños al demanio hidráulico como pauta para la tipificación de las infracciones administrativas en materia de aguas, pero mantiene su validez en cuanto actúa como parámetro y pauta de concreción del deber de indemnización de los daños ambientales que en ella se contemplan (declarando, no obstante, nulos de pleno derecho algunos preceptos también de dicha vertiente reparadora).

Esta anómala circunstancia ha derivado, inevitablemente, en la declaración de nulidad de determinados acuerdos sancionadores (sobre la base del principio de tipicidad de las infracciones que protege el artículo 25.1 de la Constitución), en los que, en ocasiones, se ha mantenido el deber anejo de indemnizar al dominio público hidráulico –así puede observarse en la STS 1886/2012, de 15 de marzo (recurso 171/2011)–, habiéndose declarado nulo, en otras ocasiones, incluso dicho deber reparador – SsTS 3203/2012, de 3 de abril (recurso 368/2011) y 7006/2012, de 10 de octubre (recurso 590/2011).

La indeseable consecuencia es evidente, pudiéndonos encontrar ante claras conductas infractoras –vertidos ilegales– que como consecuencia del juego de la citada nulidad, en concordancia con la prescripción de la infracción, han quedado impunes –como sucede, por ejemplo, en el caso analizado por la STS 3203/2012 (FJ 3º)–, condenándose, además, a la Administración a restituir a la entidad demandante las cantidades que, en concepto de multa y de indemnización, hubiese abonado, más los intereses legales de éstas desde la fecha de su efectivo pago.

c. *Competencia sancionadora respecto a infracciones por vertidos que debían ser autorizados mediante autorización ambiental integrada*

Conoce la STS 2423/2012, de 12 de abril (recurso 5149/2009), el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional por la que se desestima

el recurso contencioso-administrativo que se interpuso contra la Resolución de la Ministra de Medio Ambiente de 3 de septiembre de 2007. Dicha Resolución impuso a la entidad mercantil recurrente una sanción de multa y obligación de indemnizar por los daños causados al dominio público hidráulico por la realización de vertidos de aguas residuales procedentes de las instalaciones fabriles de la recurrente al cauce del río Saja, en el término municipal de Santillana del Mar (Cantabria), sin contar con la preceptiva autorización administrativa, que provoca un deterioro de la calidad de las aguas en el citado río Saja.

La entidad recurrente afirma, en amparo de su pretensión impugnatoria, la nulidad de pleno derecho de la resolución sancionadora por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente, al carecer la Confederación Hidrográfica del Norte (CHN), de acuerdo con la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, de competencia para resolver el expediente sancionador en cuestión.

Se fundamenta dicho motivo en que de acuerdo con la citada Ley 16/2002, el carácter integrado de la autorización de vertido y la competencia autonómica al respecto hace que la autorización de vertido solo pueda efectuarse por el órgano administrativo autonómico al que haya sido atribuido dicha competencia y en consecuencia, deba ser la Administración Autonómica la competente para sancionar en materia de vertidos. Aclara en este sentido la demandante que, de acuerdo con dicha Ley 16/2002, la autorización de vertidos que antes otorgaba la CHN ha sido sustituida por la autorización ambiental integrada, ostentando la Comunidad Autónoma las competencias para otorgar dicha autorización, por lo que «al no tener la CHN competencias de autorización», es la Administración Autonómica «la competente para sancionar en materia de vertidos».

El artículo 3 de la citada Ley dispone, efectivamente, que a los efectos de lo dispuesto en la misma, se entenderá por: h) «Órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada»: el órgano designado por la Comunidad Autónoma en la que se ubique la instalación objeto de la autorización».

No obstante, argumenta el TS que tal atribución no determina «sin más que la competencia en materia sancionadora, en un supuesto como el presente referido a la infracción de un vertido que puede deteriorar la calidad del agua o las condiciones del cauce receptor, efectuado sin contar con la autorización correspondiente, corresponde también a la Comunidad Autónoma».

En este sentido la Disposición Final Primera de la citada Ley 16/2002 que lleva por título «Adecuación al régimen establecido en el texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado mediante Real Decreto legislativo 1/2001, de 20 de julio», dispone en su apartado 1 que *«el procedimiento previsto en la presente Ley para la autorización de los vertidos realizados por las actividades contempladas en el anejo 1 al dominio público hidráulico de cuencas intercomunitarias, no modifica el régimen económico financiero previsto por la legislación de aguas ni el resto de competencias que corresponden a la Admi-*

*nistración General del Estado en materia de protección del dominio público hidráulico. En particular, no se alteran las competencias relativas a vigilancia e inspección ni la potestad sancionadora».*

En este caso, y aunque la cuenca del río Saja sea intracomunitaria, la Comunidad Autónoma no había asumido el ejercicio efectivo de la competencia de que es titular constitucional y estatutariamente en materia de aguas respecto de las cuencas intracomunitarias, es decir, aquellas cuyas aguas discurren íntegramente por el territorio de una Comunidad Autónoma, pues no se ha llevado a cabo el traspaso de funciones y servicios. Como aclara el TS, si bien dicha Disposición Final Primera se refiere a las cuencas intercomunitarias (como por otra parte resulta obvio, pues es sobre éstas sobre las que se extiende la competencia estatal), esto no supone que la Ministra de Medio Ambiente sea incompetente, en virtud de esa Ley 16/2002, para imponer la sanción que se contiene en la Resolución de 3 de septiembre de 2007, pues, como se ha dicho, «la competencia que se atribuye a las Comunidades Autónomas en la citada Ley 16/2002 se refiere a la autorización ambiental integral, estableciendo un régimen diferente según estemos ante cuencas inter o intracomunitarias. Ahora bien, esta atribución no puede confundirse con el ejercicio de la potestad sancionadora, que no se regula en la citada norma legal».

## **B. Revisión de las condiciones de la autorización de vertidos de aguas residuales sobre la base de la modificación del reglamento del dominio público hidráulico**

Durante este año 2012, el TS ha procedido a la casación de un nutrido grupo de sentencias en las que se desestimaban los recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a diversas Resoluciones del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo por las que se revisaban las condiciones de autorización de vertidos de aguas residuales de las que era titular el Canal de Isabel II. Esta revisión, como anunciamos en el encabezamiento de este apartado, se realizó al amparo de la modificación del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Real Decreto 606/2003 de 23 de mayo, cuya disposición transitoria segunda establece que «el organismo de cuenca revisará en dos años las autorizaciones de vertido para adaptarlas a lo dispuesto en los artículos 245 y siguientes del RDPH».

De este modo, en las SsTS de 30 de marzo de 2012 (recurso 2322/2009), de 12 de abril de 2012 (recurso 1478/2009), de 20 de julio de 2012 (recurso 2016/2009), de 28 de septiembre de 2012 (recurso 1584/2009), de 28 de septiembre de 2012 (recurso 3374/2009) y de 23 de noviembre de 2012 (recurso 2325/2009) se examina si las diversas revisiones de las autorizaciones de vertido tenían como finalidad cumplir lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de la modificación reglamentaria, a cuyo amparo se realizaba la revisión, o más bien si al socaire de dicha norma se acometió una revisión general o integral desvinculada de los contornos que marca dicha modificación del RDPH.

La finalidad de dicha Disposición Transitoria es adecuar y acomodar –«adaptar» dice la norma– el contenido de tales autorizaciones a «lo dispuesto en los artículos 245 y siguientes» del citado Reglamento. Bajo esta premisa, argumenta el TS, de forma consecuente, que si las condiciones introducidas al revisar la autorización excederán de los contornos que fija dicha disposición transitoria cuando incumplan o se desentiendan de los términos que la habilitación reglamentaria impone para efectuar tal revisión. Dicho de otro modo, al amparo de la modificación reglamentaria realizada por el RD 606/2003 no pueden introducirse modificaciones desvinculadas de lo dispuesto en los artículos 245 y siguientes del Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

Pues bien, considera el TS, en todas las sentencias mencionadas, que las Resoluciones del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Tajo impugnadas han realizado una revisión completa y prolija de las condiciones de la autorización del vertido, desligada de lo dispuesto en los artículos 245 y siguientes del citado reglamento a que se remite la transitoria segunda. En palabras del TS, «la comparación entre aquellos y ésta no resiste, a estos efectos, el menor contraste sobre la cobertura de sus previsiones (...) de modo que se hace una suerte de revisión completa y global desvinculada de los contornos que marca la indicada disposición transitoria segunda, apartado 1, del RD 606/2003, y desbordando, por tanto, los límites que impone la mentada norma reglamentaria. (...) En definitiva, la revisión de las condiciones de la autorización no encuentra fundamento en la habilitación que establece la disposición transitoria segunda del RD 606/2003, al encontrar su soporte normativo extramuros de la modificación de los artículos 245 y siguientes (...) La interpretación contraria que postula la Administración recurrida nos llevaría a la conclusión de que al amparo de la revisión prevista en dicha norma reglamentaria transitoria, se puede realizar una adaptación integral de una autorización concedida en 1993 a todas las normas posteriores o a las vigentes al tiempo de la revisión, prescindiendo de los cauces adecuados para realizar tal revisión, y sin tener en cuenta, insistimos, el tenor literal de la citada norma reglamentaria transitoria y la finalidad que está llamada a cumplir, a saber, la adaptación de tales autorizaciones a las previsiones de los artículos 245 y siguientes del reglamento de tanta cita» (FJ 4º de la STS de 23 de noviembre de 2012, que recopila la doctrina jurisprudencial de los anteriores pronunciamientos).

**C. Efectos del informe de los Organismos de cuenca en el procedimiento de aprobación de planes urbanísticos que comportan nuevas demandas de recursos hídricos o afectan al dominio público hidráulico o a sus zonas de servidumbre o policía**

De relevante y sorprendente podría calificarse la línea interpretativa en la que ha ahondado la jurisprudencia del Tribunal Supremo durante el año 2012, por cuanto se califica, sin ambages, como preceptivo y vinculante (material y formalmente vinculante, se entiende) el informe confederal previsto para la aprobación de instrumentos de ordenación urbanística que comportan nuevas demandas de recursos hídricos o afectan al dominio público hidráulico o a sus zonas de servidumbre o policía. Dicha

jurisprudencia viene a poner fin (aunque de un modo parcial y condicionado, como a continuación se verá) a una larga polémica, doctrinal y jurisprudencial, sobre la naturaleza y efectos del citado informe estatal<sup>10</sup>.

En este sentido, se puede observar como las SsTS 3275/2012, de 24 de abril, 5873/2012, de 13 septiembre de 2012 y 6091/2012, de 25 de septiembre, asocian la interpretación del artículo 25.4 del TR de la Ley de Aguas a la disposición adicional 2ª de la Ley 13/2003 (en relación con el artículo 83.3 de la Ley urbanística valenciana) y al artículo 15.3 de la Ley de Suelo estatal, abogando por el carácter «no ya determinante sino incluso vinculante del informe estatal, por más que no en todos sus extremos y consideraciones (es decir, de forma omnicompreensiva), sino en lo que se refiere a la preservación de las competencias del Estado» (FJ 7.º STS 3275/2012 y 8º de la STS 6091/2012).

Dicha interpretación va un paso más allá de una anterior modulación jurisprudencial que otorgaba al informe negativo de la Confederación una especial eficacia en sede de suspensión de la ejecutividad de los instrumentos de planeamiento por inexistencia de agua para los desarrollos urbanísticos previstos. De forma muy reveladora, la STS de 30 de marzo de 2009 afirmaba que «la ausencia del informe de la Confederación Hidrográfica constituye un indicio a favor de quien sostiene la ilegalidad del acuerdo impugnado». Esta doctrina, sentada en la STS de 29 de diciembre de 2008, abría el pórtico a la suspensión de la ejecutividad de los instrumentos de planeamiento cuando hubiese riesgo de que se perdiese la legítima finalidad del recurso contencioso-administrativo, como ocurre en las situaciones que sólo tienen solución a través de revisiones del planeamiento urbanístico o de las consiguientes demoliciones, de compleja y muy costosa realización<sup>11</sup>.

En todo caso, destacan las tres contundentes consideraciones que enumera, en su FJ 7º, la STS 3275/2012, pues resumen fielmente esta nueva línea jurisprudencial y contestan a algunos de los principales problemas interpretativos que había planteado el artículo 25.4 del TRLA desde su entrada en vigor. En primer lugar, considera el TS que la reprochable ausencia del desarrollo reglamentario al que se refiere, *ab initio*, el artículo 25.4 del TRLA no supone impedimento alguno que haga decaer la obligación de requerir el informe que dicho artículo regula. En segundo lugar, afirma el Tribunal –y quizá sea éste el aspecto clave de esta nueva

10. Resultan especialmente interesantes, a estos efectos, las SsTSJ Valencia 2301/2011, de 7 de octubre, y 2570/2011, de 11 de noviembre, por las que –de una forma un tanto voluntarista pero que, a tenor de la reciente interpretación jurisprudencial del TS, absolutamente plausible– se atribuye un carácter «materialmente vinculante» al informe de las Confederaciones Hidrográficas.

11. A partir de ese momento, han sido numerosas las resoluciones en las que se ha otorgado la suspensión cautelar de la ejecutividad de planes urbanísticos que contaban con un informe negativo expreso de la Confederación –SSTS de 12 de febrero de 2010 (Plan Parcial Torrent), de 25 de junio de 2010 (PGOU de Rotgla y Corbera), de 8 de octubre de 2010 (Plan Parcial Rótova), de 11 de febrero de 2011 (PGOU de Les Useres)– e incluso en supuestos en los que no se había emitido dicho informe –SSTS de 30 de marzo de 2009 (Plan Parcial Llaurí), de 6 de noviembre de 2009 (PERI Benaguasil) y de 11 de febrero de 2011 (PERI Villena)–.

línea interpretativa— que no cabe tampoco aducir que la disposición adicional segunda, apartado 4º, de la Ley 13/2003, por su contenido y ubicación sistemática, se refiera únicamente a las obras públicas reguladas en dicha Ley, de manera que no pueda aplicarse al procedimiento de aprobación de planes urbanísticos. Y, en tercer y último lugar, concluye el TS que el informe de la Confederación Hidrográfica es, pues, preceptivo, en cuanto que de necesaria obtención, (hasta el punto de que su no elaboración en plazo determina que el mismo se tenga por emitido en sentido desfavorable); y es además vinculante en cuanto afecta al ámbito competencial de la Confederación Hidrográfica, porque así lo dispone la disposición adicional 2ª de la Ley 13/2003 en relación con el artículo 83.3 de la Ley urbanística valenciana.

Esta última matización resulta ciertamente problemática, de ahí que al comienzo de este apartado hayamos calificado de *parcial y condicionada* la solución aportada por el TS al debate sobre la naturaleza y efectos del informe confederal. En efecto, tanto la STS 3275/2012, como la STS 6091/2012, atribuyen al informe confederal el tan citado y cuestionado carácter vinculante por la remisión que el artículo 83.2 de la Ley urbanística valenciana 16/2005 hace a la disposición adicional 2ª, 4º, de la Ley 13 /2003. Surge, por tanto, la duda de si dicha conclusión resulta extrapolable, con carácter general, a las restantes Comunidades Autónomas en las que tal remisión no se ha producido. Y es que parece difícilmente defendible que deba ser en sede autonómica donde pueda modularse la naturaleza y efectos de un informe estatal (regulado, además, en el TRLA) sin que ello suponga una seria extralimitación competencial y, en todo caso, una fuente injustificable de desigualdad entre territorios (¿sería constitucionalmente viable que el informe confederal fuese vinculante respecto a un plan urbanístico de la ciudad de Sagunto y no a uno de Madrid, por citar un ejemplo?). Algo que, por cierto, sí entra a considerar el propio TS en las mencionadas SsTS 3275/2012 y 6091/2012 a la hora de enjuiciar la intervención de las denominadas «entidades colaboradoras autorizadas» que habilitaba el artículo 19.2 de la Ley autonómica valenciana 4/2004, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje, para determinar, al albur de la discrecionalidad del órgano de tramitación del plan, si su informe podía sustituir al preceptivo del organismo de cuenca<sup>12</sup>.

Cabe concluir que esta aventurada y voluntarista interpretación jurisprudencial relativa al alcance y efectos del informe confederal regulado en el artículo

---

12. Afirma rotundamente el TS (FJ 8º STS 6091/2012) que «si esa hubiese sido la intención del legislador autonómico (y, desde luego, ello podría sostenerse a tenor de la dicción del precepto), estaríamos ante una regulación claramente inconstitucional en cuanto que, con menoscabo de la competencia estatal, pretende soslayar la clara y tajante dicción del artículo 25.4 de la Ley de Aguas, en relación con la disposición adicional 2ª, 4º, de la también estatal Ley 13/2003, que no ha contemplado la posibilidad de que el informe de la Confederación Hidrográfica pueda verse sustituido por el de esas «entidades colaboradoras», que no tienen la posición institucional ni la competencia técnica, la objetividad, los conocimientos y la visión panorámica de los intereses implicados que tienen las Confederaciones».

25.4 del TRLA ha supuesto un importante paso adelante a la hora de conformar un régimen jurídico del urbanismo más sostenible desde una perspectiva hidrológica y ambiental (condicionando los nuevos desarrollos urbanísticos a la suficiencia de recursos hídricos y al respeto del dominio público hidráulico y sus zonas de servidumbre y policía), pero sigue dejando numerosos interrogantes que deberán despejarse, ya con el necesario desarrollo normativo estatal en la materia, ya con nuevas interpretaciones jurisprudenciales aplicables a todo el territorio nacional.

#### **D. Otros pronunciamientos de interés**

##### *a. Validez del Reglamento de evaluación y gestión de riesgos de inundación*

La STS 142/2012, de 20 de enero de 2012 (Recurso 450/2010) resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Generalidad Valenciana solicitando la nulidad del artículo 15.1 del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación, y del punto h. 5, primer párrafo del punto I de la parte A del Anexo del indicado Real Decreto.

Pretensión de nulidad que se sustenta, en primer lugar, en una posible lesión de la Constitución al no respetar las competencias que, sobre el urbanismo, la ordenación del territorio y en materia de aguas, tienen atribuidas las Comunidades Autónomas.

En segundo lugar, se alega la vulneración del principio de reserva de ley, pues la norma reglamentaria impugnada no tiene cobertura legal ni en el TR de la Ley de Aguas, ni en la Ley de Protección Civil de 1985, ni en la Ley que aprueba el Plan Hidrológico Nacional de 2001. Por el contrario, se considera que la disposición general impugnada se opone a lo dispuesto en el TR de la Ley del Suelo de 2008 porque la clasificación y calificación del suelo corresponde a las Comunidades Autónomas.

Se indica, en último lugar, que la transposición de la Directiva 2007/60/CE a nuestro derecho interno se realiza mediante una norma reglamentaria, cuando debió hacerse mediante una norma con rango de ley.

Motivos de nulidad que son desestimados por el TS, negando que el citado Real Decreto carezca de cobertura legal (ubica dicha cobertura en el artículo 11.3 del TRLA y, con carácter más difuso, en el artículo 28 de la Ley del PHN y en la Ley de Protección Civil), sin que pueda oponerse, además, «ningún reparo» a la transposición de una Directiva comunitaria «mediante una norma de rango inferior a la ley, es decir, mediante una norma reglamentaria, porque la forma de la transposición es una cuestión que compete a las autoridades de cada Estado».

Por lo que se refiere al motivo de nulidad con una mayor relevancia de fondo (posible vulneración competencial), considera el TS que no se produce tal lesión de las competencias autonómicas en materia urbanística y territorial por cuanto dicha regulación, que desarrolla el contenido del artículo 11.3 del TRLA y resulta compatible con las previsiones del artículo 15 del TR de la Ley de Suelo, se sustenta, fundamentalmente, en la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad pública ( artículo 149.1.29º de la CE). De modo que, siempre bajo esa perspectiva proteccionista, la norma contenida en el artículo 15 del Real Decreto recurrido no invade la competencia en materia de urbanismo y ordenación del territorio, pues en caso de calamidades, como las inundaciones, prevalece el título previsto en artículo 149.1.29º de la CE. En este sentido, la finalidad de los planes de gestión de riesgos no es regular u ordenar los usos del suelo, sino que su objeto es, además de evitar daños ambientales, proteger la seguridad de las personas y bienes. Concluye el TS que, en el cumplimiento de dicha finalidad, «puede resultar imprescindible excluir de dicha ordenación de usos, aquellos suelos en los que concurren riesgos de inundación que, por su propia naturaleza, deben tener carácter rural», confirmando, por tanto, la validez de la norma recurrida.

*b. Recrecimiento de Yesa*

Mediante STS 3184/2012, de 30 de abril, se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación de la Asociación legal contra el recrecimiento del embalse de Yesa y del Ayuntamiento de Artieda contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2007 por la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional en relación a diversas actuaciones relativas al Recrecimiento de la Presa de Yesa sobre el río Aragón.

En este reciente pronunciamiento, que supone un episodio más en largo historial de litigios que acompañan a estas obras y, sobre todo, un nuevo revés para el conjunto de ayuntamientos, agrupaciones de afectados y asociaciones ecologistas que se oponen a las mismas, se justifican sendas resoluciones del Ministerio de Medio Ambiente referidas al proyecto de recrecimiento del citado embalse. De esta manera, el TS desestima los diecinueve motivos casacionales opuestos por los recurrentes, tanto aquéllos que presentan un carácter estrictamente formal (incongruencia, falta de motivación o quebrantamiento de forma), como los que presentan un carácter sustantivo (falta de viabilidad del proyecto, inexistencia de alternativas o ausencia de valoración de los riesgos geológicos y sísmicos en el estudio de impacto ambiental del proyecto de recrecimiento y en la DIA del mismo, entre otros).

3.3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 4 DE OCTUBRE DE 2012

Se ha hecho pública la esperada sentencia del Tribunal de Justicia condenatoria por no tener elaborados los planes de cuenca. Se trata de la STJ de 4 de octubre de

2012 (C 403/11), que no tiene demasiado interés, pues calcular la fecha en que tenían que estar elaborados los planes (22 de diciembre de 2009) y constatar que, como no están publicados, hay un incumplimiento de derecho comunitario venía a ser una operación automática, carente de cualquier dificultad jurídica.

En este procedimiento, la postura de España tenía poca defensa. En primer lugar, alegó que el retraso se debía a la complejidad del sistema jurídico e institucional existente y, en concreto, al reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. Este aspecto no se corresponde con la realidad. La planificación era una competencia del Estado en todas las cuencas de los grandes ríos peninsulares, incluidos el Guadalquivir y el Duero (esto era así también antes de las SSTC 30/2011 y 32/2011). Además, la dificultad institucional es un problema común a todos los países de la UE, dado el alcance territorial de la DMA.

En segundo lugar, se adujo que ya había unos planes aprobados desde 1998 que tenían objetivos análogos a los fijados por la Directiva 2000/60 y que la Comisión tendría que haber probado que estos planes no son conformes con los objetivos de dicha Directiva. El Tribunal considera que la carga de la prueba recae sobre el Estado, pues la Comisión no tiene poderes de investigación que le permitan determinar si efectivamente los planes ya realizados se corresponden con los exigidos por derecho comunitario. Pero en lo que importa, el Tribunal indica que puede que los objetivos sean los mismos, pero que la metodología era diferente.

Esta condena es, de momento, simbólica porque no lleva aparejada ninguna sanción económica. Cuando se hizo pública ya se habían aprobado varios planes, aunque este aspecto resultaba irrelevante habida cuenta de la reiterada doctrina del TJUE, según la cual no se evita la condena si se ha cumplido con la obligación cuando se dicte la sentencia (puede verse por ej., la sentencia de 14 de septiembre de 2004, C 168-03)

España no es el único país condenado por no tener los planes en plazo: antes lo fueron Grecia (STJ de 19 de abril de 2012), Bélgica (STJ de 24 de mayo de 2012) y Portugal (STJ de 21 de junio de 2012).

## 4. EJECUCIÓN

### 4.1. *Planes hidrológicos*

En materia de planificación hidrológica, se va avanzando lentamente. Se han publicado varios reales decretos que aprueban planes hidrológicos de cuencas intracomunitarias, pero en 2012 seguían sin haberse aprobado ni uno solo de los nueve planes correspondientes a las cuencas intercomunitarias. No obstante, el Consejo Nacional del Agua (CNA) ha informado favorablemente cinco de ellos.

Para simplificar la descripción, presentamos la situación en la Figura 1, que ya publicamos en el Observatorio del año anterior y que ahora actualizamos.

Demarcación hidrográfica		Información Pública	Adopción
Cuencas internas	Cuencas internas de Cataluña	15 de diciembre de 2009-15 de junio de 2009	Adoptado por RD 1219/2011
	Baleares	30 de septiembre de 2008-30 de marzo de 2009 y 20 de marzo de 2010-20 de septiembre de 2010	Pendiente
	Guadalete-Barbate	21 de mayo de 2010-21 de noviembre de 2010	Adoptado por RD 1330/2012
	Tinto-Odiel-Piedras	21 de mayo de 2010-21 de noviembre de 2010	Adoptado por RD 1329/2012
	Cuencas Mediterráneas de Andalucía	21 de mayo de 2010-21 de noviembre de 2010	Adoptado por RD 1331/2012
	Tenerife	04 de mayo de 2010-04 de noviembre de 2010	Pendiente
	Galicia Costa	20 de agosto de 2010-20 de febrero de 2011	Adoptado por RD 1332/2012
Dos demarc.: cuenca interna vasca y cuenca estatal	Cantábrico Oriental	21 de diciembre de 2010-21 de junio de 2011 y 04 de mayo de 2011-04 de noviembre de 2011	Pendiente (pero ya se ha informado un único plan integrado por CNA, diciembre 2012)

Demarcación hidrográfica	Información Pública	Adopción	
Cuencas estatales	Miño-Sil	15 de diciembre de 2010-15 de junio de 2011	Pendiente (pero informado por el CNA, junio de 2012)
	Duero	15 de diciembre de 2010-15 de junio de 2011	Pendiente (pero informado por CNA, marzo 2013)
	Guadalquivir	15 de diciembre de 2010-15 de junio de 2011	Pendiente (pero informado por CNA, diciembre 2012)
	Guadiana	25 de mayo de 2011-25 de noviembre de 2011	Pendiente (pero informado por CNA, diciembre 2012)
	Júcar		Pendiente
	Segura		Pendiente
	Tajo	20 de marzo de 2013	Pendiente
	Ebro	12 de mayo de 2012-12 de noviembre de 2012	Pendiente
	Lanzarote	28 de junio de 2011-28 de diciembre de 2011	Pendiente
Cuenca interna	El Hierro		Pendiente
Ríos insulares	Fuerteventura		Pendiente
	Gran Canaria		Pendiente
	La Gomera		Pendiente
	La Palma		Pendiente
	Melilla	30 de octubre de 2012 30 de abril de 2013	Pendiente
Norte de África	Ceuta	30 de octubre de 2012 30 de abril de 2013	Pendiente

Fig. 1. Estado actual de los procesos de planificación en España

## A. Algunas cuestiones que plantea el acto de aprobación por el Estado

Los actos de aprobación por el Estado de los planes intracomunitarios, aprobados este año, y que fueron informados por el Consejo Nacional del Agua el 28 de junio de 2012, apenas han introducido salvedades a los proyectos presentados por las Comunidades Autónomas. En todo caso, como se trata de un acto por el que se realiza un control de legalidad (art. 40.6 TRLA), sí han incorporado tres matices que merece la pena comentar.

En primer lugar, en los RRDD se reitera la regla, que ya estuvo presente en el proceso de planificación anterior cerrado por RD 1664/1998, de que las actuaciones y obras previstas se sujetan, con carácter previo a su ejecución, al análisis de su viabilidad económica, técnica y ambiental (art. 2.e RD 1664/1998). El tenor literal que ahora se utiliza es el siguiente:

*«Las infraestructuras hidráulicas promovidas por la Administración General del Estado y previstas en el plan (...) serán sometidas, previamente a su realización, a un análisis sobre su viabilidad técnica, económica y ambiental por parte de 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».*

Francamente, esta previsión parece dar a entender que el largo y complejo proceso de elaboración de los planes, en el que se incluye su evaluación ambiental estratégica, ha sido un poco de broma. Por ejemplo, en la evaluación estratégica se ha de analizar la compatibilidad de las medidas propuestas con los planes sectoriales (cfr. Anexo I de la Ley 9/2006, en sus apartados a) y e), con lo que a la aprobación del plan ya debería saberse si realmente las infraestructuras que el Estado se comprometa a promover interfieren o no en la planificación sectorial.

Más importante que lo anterior es la sujeción a disponibilidad presupuestaria de las actuaciones que hubiera podido incluir el plan para alcanzar los objetivos medioambientales. Como uno de nosotros ha explicado en otro lugar, la DMA permite que los planes exceptúen la consecución de objetivos ambientales por el alto coste de las medidas necesarias para ello, de manera que la disponibilidad presupuestaria debería jugar antes de la adopción del plan y no después<sup>13</sup>. Es decir, la disponibilidad presupuestaria debería valorarse durante el proceso de elaboración del plan, pero no para su ejecución porque con ello priva de cualquier efecto vinculante para la Administración en lo que concierne a la consecución de objetivos ambientales.

Otra segunda cuestión, abordada en los tres Reales Decretos correspondientes a las Demarcaciones Hidrográficas del Tinto-Odiel-y-Piedras, Guadalete-y-Barbate y

---

13. CARO-PATÓN CARMONA, I., «La planificación hidrológica en España». Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 23, septiembre-diciembre 2012, pgs. 177-213.

Cuencas Mediterráneas Andaluzas (1329/2012, 1330/2012 y 1331/2012), es que se afirma que ninguno de los planes afecta al régimen legal de los acuíferos compartidos<sup>14</sup>, ni de las transferencias con origen o destino en las dos demarcaciones (arts. 1.3 en los tres RRDD<sup>15</sup>). La referencia a las transferencias en los tres planes pone de relieve que son cuencas intensamente reguladas, deficitarias y conectadas a cuencas estatales.

La tercera, y última, se refiere a la publicación del contenido normativo del plan, que es obligatoria. Los Reales Decretos estatales se remiten a los contenidos publicados en la web de los correspondientes Organismos de aguas, sin que indiquen o recuerden que la publicación en un boletín oficial es obligatoria. No haríamos este comentario de no ser por la experiencia ya pasada, en particular en el ámbito de Galicia-Costa: se da la circunstancia de que ahora se deroga el viejo plan, aprobado por RD 103/2003 cuyo contenido normativo nunca se publicó oficialmente (ni figuró en ninguna página web).

## **B. El informe de la Comisión sobre la aplicación de la DMA**

En noviembre de 2012 se ha publicado el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva Marco del Agua (2000/60/CE): Planes hidrológicos de cuenca (documento COM/2012/0670 final), que se acompaña de un extenso y exigente documento de trabajo y de valoraciones singulares para cada uno de los Estados miembros (Commission Staff Working Document accompanying the document Report from the Commission to the European Parliament and the Council SWD (2012) 379 final, Brussels 14 de noviembre de 2012). La valoración española se limita al plan de las cuencas internas catalanas.

Varios aspectos de este informe tienen interés. En primer lugar, admite que la evaluación de los Planes Hidrológicos demuestra que es mucho el trabajo realizado por los Estados y que se espera avanzar hacia los objetivos de la DMA, pero que, sin embargo, deberán muy posiblemente ampliarse los plazos previstos por la DMA para más allá de 2027. De manera singular, se constata que el atraso es especialmente significativo en cuanto a los indicadores del estado químico, debido a la ausencia de datos (cerca del 15% de las masas de aguas superficiales de la UE se encuentra en un estado ecológico desconocido, pero el 40% en un estado químico desconocido).

14. En este punto, los Reales Decretos se remiten a los arts. 7 y 8 de la LPHN de 2001, que no dicen nada al respecto, y al próximo Plan Hidrológico Nacional. Esto llama la atención ya que en el documento WFD CIS Guidance Document no. 11 Planning Process, se señala que los acuíferos compartidos han de incluirse sólo en un plan de cuenca (p. 26) y, de momento, el Apéndice II del proyecto de Plan del Guadalquivir (versión de 2012) ya ha incluido estas masas compartidas.

15. Transferencias de la presa del Chanza y toma de Bocachanza en la demarcación del Guadiana y Transferencia desde el Embalse de Aracena en la demarcación del Guadalquivir (para Tinto, Odiel y Piedras) y Guadiaro-Majaceite y suministros de Monte Algaida y Trebujena (para Guadalate Barbate) y Acueducto Tajo-Segura, transferencia desde el embalse del Negratín al de Cuevas del Almanzora y la Transferencia del Guadiaro al Majaceite (cuencas Mediterráneas).

En segundo lugar, la Comisión hace observaciones relativas al marco jurídico y a la gobernanza, lamentando la falta de integración de los objetivos de la DMA en las decisiones políticas. Como en muchos países europeos la elaboración de planes de cuenca corresponde a unidades especializadas sin vinculaciones claras con la gestión corriente del agua ni con el retorno de información a nivel de cuenca, la aplicación de la DMA exige la integración de los objetivos de la política de aguas en el desarrollo y la planificación de las actividades económicas dependientes del agua. Por eso, la Comisión constata que el proceso de elaboración de los PHC ofrece una oportunidad única para interactuar con estos sectores y para establecer un marco en el que estas actividades puedan desarrollarse de manera sostenible.

En tercer lugar, la Comisión considera que la correcta gestión del agua debe integrar aspectos cualitativos y cuantitativos y que, por eso (aunque esta idea sólo está en el documento de trabajo y no en el informe final de la Comisión), una adecuada transposición de la DMA debería introducir mecanismos para recortar los derechos de captación de aguas. En este sentido, se subraya que sólo se pueden alcanzar los objetivos de la DMA si se dispone de suficiente cantidad de agua limpia para los ecosistemas acuáticos. Ello determina que empiece a entrar en el debate europeo la cuestión de los caudales ecológicos, que hasta ahora había estado ausente. Cualquier avance en esta integración debería ir de la mano de los análisis económicos del uso del agua, los temas de tarificación y el modo de financiación de las medidas. En estas tres cuestiones la Comisión lamenta, en general, la insuficiencia de la información facilitada por los planes.

Por último, se recuerda que la metodología flexible de la DMA no determina que no deban alcanzarse los objetivos previstos por directivas anteriores de protección del agua, en las que no se admitía ningún tipo de excepción. Además de recordar que se han de cumplir sobre todo las directivas de nitratos y depuradoras, se apunta que sigue siendo demasiado grande el número de licencias que admiten vertidos a las aguas con valores límite de emisión (VLE) no conformes con las mejores técnicas disponibles (MTD) y que no protegen suficientemente el medio acuático.

#### 4.2. CREACIÓN DE UNA ÚNICA SOCIEDAD DE AGUAS

El art. 174 de la Ley de medidas 13/1996 permitió que se creara en cada una de las cuencas hidrográficas sociedades para la construcción y explotación de obras hidráulicas. En uso de esta previsión, cada Confederación disponía de su propia sociedad.

La crisis económica y las medidas de racionalización del sector público han determinado la fusión paulatina de todas las sociedades. En 2010 se fusionan las sociedades de las cuencas del norte (Miño-Sil y Duero); y por Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, y como contenido del Plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial, se toma la decisión de fusionar las sociedades

existentes en una única sociedad, llamada «Aguas de las Cuencas de España», con sede en Madrid.

La pervivencia de esta sociedad manifiesta que el propósito expresamente declarado del citado Plan de reestructuración de poner freno a la «huida del derecho público», no se cumple porque subsiste una sociedad pública, que seguirá contratando al margen de las reglas de contratación de las Administraciones públicas. Según los estatutos de la sociedad estatal, publicados en internet<sup>16</sup>, la sociedad puede tener delegaciones en el territorio. Las reformas de la Ley de aguas no han suprimido la habilitación al Consejo de Ministros para crear sociedades, aunque ha de entenderse que esta habilitación se ha agotado por cumplimiento.

#### 4.3. RESPONSABLES

Ministro: Miguel Arias Cañete

Secretario de Estado de Medio Ambiente: Federico Ramos de Armas

Directora General del Agua: Liana Sandra Ardiles López. (Por Real Decreto 1317/2012, de 14 de septiembre, se dispuso el cese de don Juan Urbano López de Meneses como Director General del Agua. Su nombramiento tuvo lugar por Real Decreto 73/2012, de 5 de enero).

---

16. <http://www.acuaebro.es/documentos/fusion/proyectofusion.pdf> (última visita en enero de 2013).

