

El cumplimiento imposible de la directiva marco del agua

I. CARO-PATÓN
V. ESCARTÍN

Sumario.—1. INTRODUCCIÓN.—2. CAMBIOS NORMATIVOS CON CUENTAGOTAS: LAS DOS REFORMAS DE LA LEY Y LA SEGUNDA MODIFICACIÓN DEL RDPH.—3. JURISPRUDENCIA.—A) *La Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de octubre de 2013 (asunto C-151/12, Comisión contra España)*.—B) *Tribunal Constitucional*.—C) *Tribunal Supremo*.—4. LIGEROS AVANCES EN LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA.—A) *Cuadro general*.—B) *El primer dictamen del Consejo de Estado sobre los nuevos planes hidrológicos*.—C) *La anulación (sin efectos) de la fase autonómica del Plan de Cuencas internas de Cataluña*.—D) *Se inicia el proceso de revisión de los planes hidrológicos*.—E) *El Memorándum Tajo-Segura y la DA 15ª de la Ley de Evaluación Ambiental*.—F) *Mapas de peligrosidad y de riesgo de inundación*.

* * *

1. INTRODUCCIÓN

Es el tercer año que se incorporan las actuaciones en aguas a este “Observatorio”. Y, en él, aparte de otras cuestiones menores, se han de destacar dos temas ajenos a una política de gobierno: el primero, es la aplicación tardía de la Directiva 60/2000 Marco de Aguas (DMA); y el segundo es la pendular jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la valoración de daños al dominio público hidráulico como criterio para la graduación de sanciones.

En la agenda del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente se arrastra desde el principio de la legislatura la voluntad de crear un regulador para los servicios urbanos de agua, que no termina de concretarse. Además, resulta un poco casino el discurso oficial de la mala herencia recibida del Gobierno socialista. Con

todas sus pegas, la actuación del Gobierno anterior ha provocado un cambio de rumbo y de mentalidad en los Organismos de cuenca estatales, que afortunadamente no puede tener marcha atrás.

2. CAMBIOS NORMATIVOS CON CUENTAGOTAS: LAS DOS REFORMAS DE LA LEY Y LA SEGUNDA MODIFICACIÓN DEL RDPH

Durante 2013 se han realizado dos retoques en la Ley de aguas, sin relevancia específica. El primero supuso la derogación del art. 121 bis TRLA mediante el *Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación*, que regula un procedimiento general para la determinación y repercusión de las responsabilidades derivadas del incumplimiento de la normativa europea. El precepto derogado, introducido por Ley 62/2003, había sido pionero al prever la repetición de condenas por incumplimiento de derecho comunitario en las Comunidades Autónomas con competencias en aguas (entonces era previsible que tuviera que aplicarse: la sentencia de 25 de noviembre de 2003, asunto C-278/01, impuso una multa por inejecución de la sentencia de 12 de febrero de 1998 que constataba que no se habían adoptado las disposiciones necesarias para que la calidad de las aguas de baño interiores en el territorio español se ajustase a los valores límite).

En segundo lugar, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, en su disposición Final Cuarta, modifica el art. 72 TRLA para permitir de facto que se realicen contratos de cesión de derechos (“ventas de agua”) entre distintas cuencas hidrográficas o, dicho de otro modo, trasvases de origen privado. La nueva regulación elimina la prohibición que había antes de que se utilizaran las infraestructuras de trasvases para realizar transferencias de caudales no incluidas en la ley del trasvase o en el PHN. Permite valorar el alcance de la reforma, aportar el dato de que la prohibición se había exceptuado ya con carácter singular para las infraestructuras de conexión del embalse del Negratín con el de Cuevas de Almanzora y las del Tajo Segura (Real Decreto Ley 15/2005).

El Real Decreto 670/2013, de 6 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH) aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, en materia de registro de aguas y criterios de valoración de daños al dominio público hidráulico es la segunda modificación de esta norma que se realiza por el actual Gobierno (la anterior es la del Real Decreto 1290/2012).

El Registro de aguas único se llama “Base Central del agua” y se integra por los datos obrantes en los Registros de Aguas, el Catálogo de Aguas Privadas y los demás censos o registros que se lleven en los Organismos de cuenca y en las Administraciones hidráulicas de las comunidades autónomas que tengan transferidas sus competencias. Dos aspectos de su regulación llaman la atención.

En primer lugar que, pese a prever su informatización y actualización para 2020, no establece el mecanismo –nunca aprobado– de revisión de las características anotadas en el Registro de Aprovechamiento de Aguas Públicas, como trámite previo al traslado de los asientos al Registro de Aguas del Organismo de cuenca (cfr. DT 6ª TRLA y art. 47.7 del Reglamento de la Planificación Hidrológica).

En segundo lugar, Moreu Ballonga ha destacado la falta de cualquier referencia en este RD al Registro de la Propiedad, en el que están inscritos desde la Ley Hipotecaria de 1861, muchos derechos tanto sobre aguas privadas como sobre aguas públicas, calificando la relación entre ambos registros de “*gran tema pendiente de resolver*” (“El maltrato originario y creciente, por la legalidad vigente, a la propiedad privada del agua”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193 (2014), pág. 341). Afrontar hacia el futuro esta perspectiva debería ser ineludible ya que la finalidad declarada de esta nueva regulación es servir de “*herramienta fundamental para elaborar las estadísticas de los recursos comprometidos legalmente, de ayuda en la gestión del dominio público hidráulico y en la planificación hidrológica, al permitir una adecuada estimación de las disponibilidades hidráulicas de las diferentes cuencas hidrográficas*” (EdM).

También el RD incluye criterios de valoración de daños al dominio público hidráulico, en su doble dimensión: sancionadora y resarcitoria. Dejando el tratamiento de su relevancia para el derecho sancionador para la parte de análisis jurisprudencial de este trabajo, la nueva regulación aclara dos aspectos que, según se indica en la exposición de motivos, eran antes confusos. En primer lugar, que los infractores han de reponer las cosas al estado anterior y, sólo “*cuando no sea posible*”, indemnizar los daños causados al dominio público hidráulico. En segundo lugar, que los criterios para valoración los daños son distintos de los utilizados para la tipificación de infracciones en los casos en que se produzcan daños ambientales, de acuerdo con la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, a la que ahora se hace una remisión expresa (art. 323.2 RDPH).

Por último, merece la pena destacar de esta reforma que el RDPH incluye la definición de “caudal de mantenimiento concesional” para decir que cada título deberá recoger expresamente el régimen de caudales ecológicos establecido singularmente para ese tramo de río por el plan y que obligue al concesionario (art. 15.bis f).

3. JURISPRUDENCIA

A) LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2013 (ASUNTO C-151/12, COMISIÓN CONTRA ESPAÑA)

Nos ha sorprendido esta sentencia porque descarta que la cláusula de supletoriedad (art. 149.3 CE) sirva para trasponer la DMA en todo el territorio español al no garantizar que sus disposiciones “*sean ejecutadas con indiscutible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica*” en las cuencas intracomunitarias o de competencia autonómica. Para el TJ, el confuso

significado que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español ha atribuido a esta cláusula la hace inviable para trasponer normas comunitarias. La sentencia cita el Informe del Consejo de Estado de 15 de diciembre de 2010 sobre las garantías del cumplimiento del Derecho Comunitario (Nº: E 2/2009), donde este problema era abordado directamente.

Es una sentencia curiosa y su lectura es insuficiente para conocer qué había irritado a la Comisión Europea para que no se diera por satisfecha con la respuesta dada por el Gobierno en la tramitación del procedimiento administrativo previo (Infracción nº 2009/2003) y que condujo a la adopción de la Orden ARM/1195/2011, de 11 de mayo, por la que se modifica la Instrucción de Planificación Hidrológica (Orden ARM/2656/2008, IPH).

La Comisión admite que con la modificación de la IPH se subsanan todos los problemas detectados, resultándole aparentemente indiferente que se utilice una Orden Ministerial, que prácticamente copia los preceptos mal traspuestos y en la que no se resuelven adecuadamente las cuestiones de fondo suscitadas, que eran importantes y siguen exigiendo mejorar la trasposición de la DMA en el TRLA. Pero lo que no admite es que se utilice para ello una Instrucción de Planificación, aplicable de forma obligatoria sólo para los planes hidrológicos que se elaboren íntegramente por el Estado en las cuencas intercomunitarias o de su competencia.

La lectura de la Carta de emplazamiento de 24 de febrero de 2009 y del Dictamen motivado de 22 de marzo de 2010 permite conocer que las deficiencias advertidas en la incorporación a derecho interno de la DMA por tres normas distintas (Ley 62/2003 de reforma del TRLA, el Real Decreto 125/2007 por el que se fijan los ámbitos territoriales de las demarcaciones hidrográficas y el Real Decreto 907/2007 que aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica) eran:

- La confusión creada en la legislación de aguas entre demarcaciones y cuencas.
- Incorrecta instrumentación jurídica de juego de las excepciones toleradas por la DMA para el cumplimiento de su objetivo básico (alcanzar o conservar el buen estado o buen potencial de todas las masas de agua).
- Falta de claridad en cuanto a los perímetros de protección para la captación de agua potable.
- Control combinado en vertidos (límites del efluente y condiciones del medio receptor), por no hacer referencia a las mejores prácticas disponibles y por no ser de aplicación a vertidos indirectos (afecta principalmente al control difuso de las deyecciones ganaderas).
- Requisitos de los programas de seguimiento del estado de las masas de agua previstos por la DMA (y que son junto con los planes de cuenca y los programas de medidas, el tercer gran instrumento para su aplicación).

La ejecución de esta sentencia, que ha pasado inadvertida, sigue pendiente. Fuentes oficiales señalaron al hacerse pública que se trataba de cuestiones técnicas sin relevancia real (El País de 24 de octubre de 2013). Sin embargo, a nuestro juicio, apuntan dos problemas de “base” del derecho español. En primer lugar, el absurdo de enrocar el derecho de aguas en la dicotomía de cuencas intercomunitarias o intracomunitarias (por referirnos a una cuestión menos habitual, también la intervención de la Administración General del Estado en la gestión de las demarcaciones correspondientes a cuencas intracomunitarias debería estar mejor regulada). Y, dos, que falta por traducir a derecho interno, sin ambigüedades ni demagogias, el régimen de los objetivos ambientales de la DMA, de manera que sea indiscutible que la planificación hidrológica también busca satisfacer demandas de agua y que este objetivo es lícito siempre y cuando se cumplan los exigentes requisitos concurrentes del art. 4 DMA (y que son distintos para “nuevas alteraciones” de las masas de agua que para perseguir “objetivos menos rigurosos”, pero que en general se refieren a la satisfacción de necesidades socioeconómicas o ambientales, desproporcionalidad en los costes de la corrección ambiental o de las alternativas al deterioro de la masas de agua y a la adopción de medidas que busquen el mejor estado posible).

B) TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La STC 85/2013, de 11 de abril, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra la Ley 1/2006 de aguas del País Vasco, que establecía un precio por el uso del agua. El argumento principal –de muy escaso peso– se centraba en la vulneración de la prohibición de doble imposición y es descartado por el TC: basta aquí con advertir que el canon estatal de utilización del dominio público hidráulico del art. 112 TRLA no incluye el uso del agua sino el de los otros elementos que lo integran (cauces y lechos).

El segundo motivo del recurso tuvo mejor suerte. La mayoría de los magistrados aceptan que es inconstitucional la habilitación que la ley hacía al Gobierno Vasco para determinar los conceptos que deben incluirse en la tarificación del uso del agua en los servicios urbanos por vulneración de la autonomía local. Nosotros compartimos totalmente el voto particular (A. Asua Barrita), en el que se constata que la competencia ejercida no era la de armonización fiscal sino la ordenación de los servicios urbanos relacionados con el agua.

La STC 36/2013, de 14 de febrero, enjuicia la constitucionalidad del artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que recordemos sirvió como medio para la incorporación al Derecho nacional de la Directiva Marco del Agua. En su recurso, la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha expone una serie de argumentos, tanto de carácter formal (referidos al instrumento de transposición, en este caso, una Ley de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado y, con ello, a la posible vulneración de principios constitucio-

nales tan relevantes como la seguridad jurídica o la legitimidad democrática, además de haberse impedido que se emitiera el preceptivo dictamen del Consejo de Estado), como de carácter material (regulación del informe municipal en los proyectos de obras hidráulicas de interés general, composición del Comité de Autoridades Competentes, mecanismos de imputación de responsabilidad, plazos para la participación pública...); argumentos que, sin embargo, son desestimados en su totalidad por el TC.

En Sentencia 202/2013, de 5 de diciembre, el TC resuelve el conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno de la Nación respecto del Acuerdo del director territorial de la Consejería de Territorio y Vivienda de la Comunidad Valenciana por el que se ratifica la orden de suspensión cautelar de las obras correspondientes al proyecto «Planta desaladora para garantizar los regadíos del trasvase Tajo-Segura».

Dos son las importantes conclusiones que se pueden destacar de la columna argumental seguida por el TC para declarar la nulidad del citado acuerdo. En primer lugar, la posibilidad de que el Estado lleve a cabo la construcción de obras hidráulicas de interés general aunque éstas se ubiquen en cuencas hidrográficas intracomunitarias. Y, en segundo lugar, la inviabilidad de que una Comunidad Autónoma decida la paralización de una obra de interés general cuando considere que la misma se fundamenta en una evaluación de impacto ambiental que vulnera las normas medioambientales, como sucedía en el caso. En estos supuestos, considera el TC que en caso de desacuerdo con la EIA realizada por el Estado, la Comunidad Autónoma podría interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución por la que se aprueba el proyecto, pero no acordar imperativamente la paralización de la obra pues ello supone “convertir la competencia sobre medio ambiente en una competencia prevalente sobre la competencia en materia de obras de interés general desconociendo la doctrina de éste Tribunal que considera que es la Administración estatal la que ejerce sus propias competencias sustantivas sobre las obras, instalaciones o actividades proyectadas, aun cuando preceptivamente deba considerar su impacto medioambiental” (FJ tercero).

Debemos dar cuenta, finalmente, de tres nuevos pronunciamientos del TC relativos a la reforma del Plan Hidrológico Nacional operada por Real Decreto Ley 2/2004, de 18 de junio y posterior Ley 11/2005, de 22 de junio, en lo que se refieren a la derogación del trasvase de aguas del Ebro. Se resuelven, en este caso, los recursos de inconstitucionalidad planteados por la Generalitat Valenciana (STC 19/2013, de 31 de enero), por el Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (STC 51/2013, de 28 de febrero) y por cincuenta Senadores del Grupo Popular del Senado (STC 64/2013, de 14 de marzo). Recursos resueltos, en los tres supuestos, en un mismo sentido desestimatorio; dato nada sorprendente si se tiene en cuenta la coincidencia de los motivos de impugnación con los planteados, en su momento, por la representación procesal de la Generalitat Valenciana contra el mencionado Real Decreto Ley 2/2004, de 18 de junio y que el Tribunal desestimó en su Sentencia 237/2012, de 13 de diciembre (como ya se comentó en la pasada edición del Observatorio). De hecho, la única novedad impugnatoria destacable que presentaba uno de los recursos contra la Ley 11/2005 (precisamente el planteado por la Generalitat Valenciana) era el contenido relativo al

Plan Integral de Protección del Delta del Ebro; motivo que también es desestimado remitiendo el TC en su argumentación a la que en su día le sirvió para desestimar el recurso planteado por el Consejo de Gobierno de La Rioja contra el citado contenido del PHN (STC 195/2012, de 31 de octubre).

C) TRIBUNAL SUPREMO

- Criterios de valoración de daños sobre el dominio público hidráulico

De sorprendente e inesperado puede calificarse el giro copernicano acaecido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los criterios de valoración de daños sobre el dominio público hidráulico, si bien no es la primera fluctuación interpretativa que sobreviene en este ámbito.

Hasta ahora, los distintos vaivenes jurisprudenciales se habían producido al compás de las sucesivas reformas normativas operadas en la legislación de aguas y, especialmente, de algún que otro incumplimiento (ya sea por acción, ya por omisión) del ejecutivo estatal en su faceta reguladora. Y si bien es cierto que la causa última de esta línea jurisprudencial fluctuante fue el pronunciamiento del Tribunal Supremo en el que se declaraba la nulidad parcial y sectorial de la Orden MAM de 16 de enero de 2008, su origen real residía en la palpable inseguridad jurídica que generaba la ausencia de criterios técnicos de valoración en los que sustentar tanto el régimen de responsabilidad por los daños causados al dominio público hidráulico como el régimen sancionador derivado de las conductas infractoras a las que se daba origen.

Evolución jurisprudencial que describe en su Sentencia 6136/2013, de 3 de diciembre, el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Este relevante pronunciamiento (cuya notoriedad se debe, principalmente, al establecimiento de una nueva doctrina legal sobre el cómputo del plazo de resolución y notificación) ha supuesto un importante refrendo al más que visible cambio interpretativo que, en esta materia, se ha venido produciendo a lo largo del año 2013, curiosamente desde que estos asuntos han comenzado a ser enjuiciados por la Sección Cuarta de la Sala Tercera, en sustitución de la Sala Quinta que hasta entonces los conocía.

En este sentido, en un primer estadio interpretativo, las SsTS de 29 de septiembre de 1999, 22 de diciembre de 2003, 28 de febrero de 2006 ó 31 de octubre de 2007 tomaron en cuenta valoraciones hechas antes de la aprobación de los criterios de valoración por parte del Ministerio de Medio Ambiente, sin considerar que dichas valoraciones fueran inválidas, o que no pudieran suponer fundamento para la calificación de la infracción o la determinación del importe a indemnizar. Conviene matizar, no obstante, que tales pronunciamientos enjuiciaron valoraciones realizadas con anterioridad a la reforma operada por el Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo, en el artículo 326.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH), cuya redacción original no exigía la aprobación de criterios técnicos por parte del Ministerios de

Medio Ambiente para que el órgano sancionador procediese a valorar los daños sobre el dominio público hidráulico.

Con la aprobación de la citada reforma del RDPH, la interpretación jurisprudencial predominante –ya desde la Sentencia de 20 de junio de 2008– varió de forma radical, considerando no adecuadas a Derecho las valoraciones de daños que se hubiesen efectuado siguiendo cualquier criterio no establecido por los únicos órganos de la Administración competentes para tal fin, esto es, las Juntas de Gobierno de las Confederaciones Hidrográficas y el Ministerio de Medio Ambiente (habitualmente dichos criterios procedían de informes de los Comisarios de Aguas de las respectivas Confederaciones). Esta línea interpretativa se consolidó, aunque con alguna excepción matizable –SsTS de 13 de noviembre de 2009 o de 26 de octubre de 2011–, mediante las SsTS de 1 de febrero y 12 de abril de 2010, 22 de marzo, 4 de noviembre y 27 de diciembre de 2011 y 13 de enero, 3 de abril, 17 de mayo, y 10 de octubre de 2012, muchas de las cuales ya fueron referenciadas y comentadas en volúmenes anteriores de este Observatorio.

En este año 2013, sin embargo, se han dictado cinco sentencias que expresamente se apartan de la jurisprudencia anteriormente referida, de entre las que destaca por su singular relevancia (en tanto reafirma y condensa el nuevo criterio jurisprudencial) la ya mencionada STS de 3 de diciembre de 2013¹.

Esta nueva interpretación, alcanzada a través de un ejercicio de razonamiento un tanto voluntarista, pero cuya finalidad no deja de ser loable, concluye que ni la falta establecimiento de los criterios generales para la valoración de los daños al dominio público hidráulico por parte de los órganos competentes de la Administración, ni la nulidad de la Orden MAM en cuanto instrumento para la calificación y tipificación de las infracciones, pueden comportar la desaparición o inaplicación del régimen sancionador previsto en el TRLA y en el RDPH.

De esta forma, habrá que estar al contenido de cada procedimiento para comprobar, primero, los criterios que se aplicaron para realizar la valoración, y determinar, después, si su proyección al caso concreto es conforme a Derecho. Considera el Tribunal, resumiendo su nueva jurisprudencia, que “lo relevante, a los efectos de fijar la indemnización por los daños ocasionados al DPH, es que en el expediente administrativo se encuentre justificación y motivación suficiente para que la valoración pueda ser comprendida por el sancionado e impugnada ante los tribunales; y que no se deduce del TRLA ni del RDPH que la previa fijación de aquellos criterios generales se contemplara en ellos como un elemento constitutivo de la tipicidad, sin el cual la definición del tipo estuviera incompleta” (FJ 6º D).

Conclusión que, en principio, parece bastante razonable, sobre todo si se tiene en cuenta que hasta el año 2003 (esto es, hasta la reforma del artículo 326 del RDPH) era el órgano

1. SsTS 3681/2013, de 11 de junio, 3455/2013, de 14 junio, 3688/2013, de 28 de junio, 4957/2013, de 8 de octubre y 6136/2013, de 3 de diciembre.

sancionador el que discrecionalmente aplicaba los criterios de valoración que consideraba más oportunos (habitualmente con apoyo de los informes o instrucciones que aprobaba la Comisaría de Aguas de la Confederación) sin que por ello se considerase desvirtuado el principio de tipicidad.

Es más, cabría plantearse si no resulta más comprometido desde la perspectiva del respeto al principio de tipicidad, en su estrecha conexión con los principios de legalidad y seguridad jurídica, el hecho de hacer descansar íntegramente la aplicación del régimen sancionador contenido en el TRLA sobre la no siempre férrea voluntad del Ejecutivo de cumplir el mandato de desarrollar reglamentariamente los criterios de la Ley; todo ello teniendo en cuenta, además, que el propio TR de la Ley de Aguas no exigía, hasta la reforma operada en el artículo 117 por el Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, dicho desarrollo normativo para la aplicación de su régimen sancionador.

Conviene apuntar, no obstante, que la Sentencia cuenta con un interesante y crítico voto particular que formula el Magistrado Jesús Ernesto Peces Morate y al que se adhieren los Magistrados Mariano de Oro-Pulido y López, Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Manuel Campos Sánchez-Bordona, Rafael Fernández Valverde, Eduardo Calvo Rojas y José Juan Suay Rincón, en el que se critica expresamente este cambio jurisprudencial.

En el fondo de la discusión subyace un elemento clave y es si los criterios generales para la valoración de los daños sobre el dominio público hidráulico suponen o no un elemento constitutivo del tipo infractor.

Esos criterios representan una clara –y seguramente necesaria– limitación a la potestad discrecional del órgano sancionador y, por tanto, un elemento ciertamente relevante desde la perspectiva de la validez de la sanción y del cumplimiento del casi siempre denostado principio de seguridad jurídica. Desde el momento en que tales criterios han sido aprobados, resulta coherente hacer descansar la validez de la valoración en el respeto a los mismos. De hecho, es el propio TRLA el que vincula tales criterios a la efectiva ponderación de los tipos infractores, estableciendo un mandato –tanto para el Ejecutivo, en tanto le corresponde a éste la aprobación de los criterios, como para los órganos sancionadores, que deben observarlos a la hora de imponer las sanciones– que se incorpora al tipo infractor. Pero quizá en ese mandato se contenga el elemento clave para la solución a este problema.

Si los criterios generales de valoración constituyen un elemento del tipo, resulta imprescindible que la norma que procede a la tipificación de las conductas prevea esta circunstancia, como así hace el artículo 117.2 del TRLA, tras su modificación mediante Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo (modificación motivada, sin duda alguna, por la STS de 4 de noviembre de 2011). Todo ello cumpliendo las exigencias más elementales del principio de legalidad en materia sancionadora, tanto en su vertiente material como formal (reserva de ley).

En este sentido, el propio TC ha admitido la posibilidad de “colaboración” reglamentaria en la tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes

sanciones (STC 177/1992, de 2 de noviembre), pero siempre que esa remisión no suponga una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (STC 83/1984, de 24 de julio). Así, la garantía formal implica que la Ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica, correspondiéndole únicamente al reglamento, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley (STC 161/2003, de 15 de septiembre).

Entendida de esta manera la garantía formal, tendría sentido declarar la nulidad de una sanción en ausencia de cobertura legal de la misma, pero no en el supuesto de ausencia de cobertura reglamentaria, como parece ser el caso, pues en el momento de imponerse la sanción dichos criterios no se hallaban regulados reglamentariamente (en toda aquella sanción impuesta con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del RDPH operada en el año 2013, con independencia de si se trataba de una sanción anterior a la entrada en vigor de la Orden MAM de 16 de enero 2008 o posterior, en atención a la declaración de nulidad parcial de la citada norma). Cualquier otra solución interpretativa sería reconocer la imposibilidad de aplicar el régimen sancionador previsto en el TRLA en ausencia de desarrollo reglamentario, lo que supondría un incumplimiento *per se* del principio de legalidad, pues se dotaría al reglamento de una función tipificadora que esencialmente le corresponde a la Ley.

No obstante, cabría la posibilidad de observar los criterios técnicos generales de valoración del daño, además de como un elemento constitutivo del tipo infractor (pues es ésta la consideración que les otorga el propio RDPH, a pesar de que esta nueva línea interpretativa jurisprudencial parezca ponerlo en duda), también como una forma de optimización de la graduación de las sanciones. De esta manera, vinculando estos criterios al principio de proporcionalidad de la potestad sancionadora, cumplirían el fin de ponderar “*las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida*” (STS de 8 de octubre de 2001). Es decir, en su condición complementaria de “*parámetros de dosimetría sancionadora*” (STS de 1 de diciembre de 2010) estos criterios permitirían al órgano sancionador graduar de forma precisa la sanción a imponer en cada caso, reduciendo su margen de apreciación discrecional y “*modulando la excesiva rigidez que podría derivarse de una aplicación mecánica de las fórmulas sancionadoras sin atender a la personalización de las sanciones*” (STC 76/1990, de 26 de abril).

Conviene recordar que el artículo 131.3 de la LRJ-PAC ya nos proporciona una serie de parámetros fijados con carácter general como criterios para la graduación de la sanción, entre los que se incluye la “*naturaleza de los perjuicios causados*”. Enumeración no debe entenderse de forma taxativa o como *numerus clausus*, pudiendo el legislador sectorial añadir nuevos criterios de carácter específico que permitan una mejor adecuación al caso concreto –la propia redacción del artículo 131.3 LRJ-PAC indica que se “*considerarán especialmente*” (y no exclusivamente) los criterios enumerados en la misma–. Así, los artículos 326 bis, 326 ter y 326 quater del RDPH –por mandato del artículo 117.2 del TRLA– y antes la Orden MAM de 16 de enero de 2008

—por imperativo del artículo 326 del propio RDPH en su anterior redacción—, podrían cumplir ese objetivo de ponderación estrechamente vinculado con el principio de proporcionalidad, además de la ya comentada finalidad de constituir un elemento esencial para la calificación del tipo.

Queda claro, en todo caso, que esta nueva línea jurisprudencial supone una rotunda corrección, no sólo de la jurisprudencia anterior, sino de la propia STS de 4 de noviembre de 2011. Se consigue, de esta manera, evitar el indeseable efecto de que la falta de criterios técnicos generales para la valoración de los daños al dominio público hidráulico impida a la Administración sancionar las conductas infractoras que hayan causado daños a ese demanio, generando así la impunidad de conductas merecedoras de sanción. A costa de este fin, sin embargo, el TS nos proporciona una curiosa paradoja en nuestro Ordenamiento jurídico al haber anulado (de forma parcial) una Orden Ministerial que servía como sustento para la aplicación del régimen sancionador por considerar que con este instrumento normativo se producía un menoscabo de los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica, y se admiten ahora como válidas resoluciones sancionadoras que apoyan la calificación de las infracciones en circulares aprobadas por las Comisarías de Aguas de las distintas Confederaciones Hidrográficas o por la simple consideración discrecional de los órganos sancionadores.

Es cierto, no obstante, que el desarrollo de esta línea jurisprudencial va a ser limitado, en tanto las ya comentadas reformas operadas primero en el artículo 117.2 del TRLA por Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, y segundo en el RDPH mediante la adición de los artículos 326 bis, 326 ter y 326 quater (en los finalmente se incluyen los criterios de valoración), ofrecen una solución normativa (aunque ciertamente mejorable) a este complejo y recurrente problema.

- Carácter del informe del organismo de cuenca en relación a los planes urbanísticos

Un año más debemos dar cuenta de un nutrido conjunto de pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo reafirma el carácter preceptivo y vinculante del informe del organismo de cuenca en el seno del procedimiento de aprobación de los planes urbanísticos. Informe regulado en el artículo 25.4 del TRLA y que se refiere tanto a la suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos para los nuevos desarrollos urbanísticos, como al respeto del dominio público hidráulico y de sus zonas de servidumbre y policía en los instrumentos de ordenación urbanística.

Salvo error u omisión, han sido ocho las sentencias del TS que, de nuevo, confirmando la jurisprudencia iniciada en 2012, se han pronunciado sobre el carácter vinculante del citado informe, incorporando, además, una importantísima novedad a esta voluntarista línea jurisprudencial².

2. SsTS 535/2013, de 30 de enero, 1437/2013, de 12 de abril, 3416/2013 de 21 de junio, 3134/2013, de 14 de junio, 4557/2013, de 13 de septiembre, 4720/2013, de 30 de septiembre, y 6093/2013 y 6095/2013, de 19 de diciembre.

En efecto, hasta ahora esta solución jurisprudencial se había aplicado únicamente a supuestos referidos a planes urbanísticos aprobados en la Comunidad Valenciana, al haberse justificado el carácter vinculante del informe, entre otros aspectos, en la remisión que el artículo 83.2 de la Ley urbanística valenciana 16/2005 hacía y hace a la disposición adicional 2ª, 4ª, de la Ley estatal 13 /2003, reguladora del contrato de concesión de obra pública.

De hecho, el propio TS se ha encargado de remarcar, este mismo año, de forma tajante, que “el carácter vinculante del informe resulta, como hemos explicado, de la propia legislación autonómica valenciana” (FJ 4 de la STS 6095/2013).

Ya nos planteábamos, en la edición de 2012 de este Observatorio, las razonables dudas que esta interpretación jurisprudencial plantea. En primer lugar, en relación a las posibilidades de aplicación de esta doctrina jurisprudencial al restante territorio nacional (¿cómo puede explicarse que el informe confederal sea vinculante en unos territorios y preceptivo o determinante en otros?). Y, en segundo lugar, a la conveniencia desde un punto de vista competencial de que la naturaleza jurídica de un informe regulado en el TRLA dependa de la voluntad del Legislador autonómico.

Dicho de otro modo, carece de sentido entender que la aplicación de la disposición adicional 2ª 4ª de la Ley 13/2013 pueda depender de la remisión que realiza la legislación urbanística valenciana, sobre todo desde el momento en que el TS está interpretando –y esta interpretación resulta esencial– que el ámbito de aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 13/2003 no se limita únicamente a las obras públicas de interés general.

En efecto, la propia STS 6095/2013 indica, a la hora de establecer el espacio de operatividad de la citada disposición adicional 2ª 4ª de la Ley 13/2003, que “*no tiene por qué entenderse restringido al estricto ámbito de las obras públicas de interés general y de competencia estatal (ex art. 149.1.24 CE), desde el momento que el mismo, a diferencia de los anteriores, se extiende genéricamente a cualesquiera procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales; competencias que no se ciñen al reducido ámbito de las obras públicas de interés general*” (FJ 3º).

Bajo esta consideración, que recordemos utiliza el TS para justificar la aplicabilidad de la Ley 13/2003 al informe confederal del artículo 25.4 del TRLA, debería entenderse que la remisión que realiza legislación urbanística valenciana a la D.A. 2ª. 4ª. de la Ley 13/2003 para dotar de carácter vinculante al informe resulta innecesaria y superflua (y no esencial como parece desprenderse de la columna argumentativa contenida, entre otras, en las SsTS 6093/2013 y 6095/2013). De lo contrario, se inferiría que la aplicación de una Ley estatal viene condicionada por la voluntad del Legislador autonómico, algo incongruente con nuestro sistema de distribución competencial.

Es más, el propio TS ha resuelto estas dudas sobre la aplicabilidad de esta doctrina jurisprudencial a los planes urbanísticos y territoriales de otras Comunidades Autónomas distintas a la valenciana dotando, de nuevo, de carácter vinculante al informe preceptivo regulado en el artículo 25.4 del TRLA en otros procedimientos de aprobación. Así se puede comprobar en la STS 4557/2013, de 13 de septiembre en

la que se enjuiciaba la validez del Plan Territorial Parcial de la Plataforma Logística del Sur (PTP-PLS) de Tenerife, aprobado por Acuerdo de la Comisión de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente de Canarias de 12 de mayo de 2008.

En el fundamento jurídico sexto del citado pronunciamiento el TS insiste en dotar de carácter vinculante al informe confederal (en este caso Consejo Insular de Aguas de Tenerife, con competencias asimilables a las Confederaciones Hidrográficas) y lo hace además de forma rotunda y tajante:

Se trata, por tanto, de un informe 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.

El motivo, de nuevo, es la vinculación existente entre el artículo 25.4 del TRLA y la disposición adicional segunda de la Ley 13/2003. Pero en este caso se produce un importante condicionante que no acaecía en ninguno de los anteriores pronunciamientos del TS al respecto del carácter vinculante del informe de la Confederación: la legislación urbanística canaria no remite, a diferencia de la valenciana, a la precitada disposición adicional de la Ley estatal. De hecho, la legislación canaria prevé otro trámite de colaboración interadministrativa que el TS considera, con acierto, que no puede desplazar al previsto en la normativa estatal.

De este modo, considera el TS que el informe previo de la Administración General del Estado que exige la disposición adicional 2ª. 4 de la Ley 13/2003 “no es únicamente aplicable a las obras públicas reguladas en dicha Ley, sino también al procedimiento de aprobación de planes de ordenación territorial y urbanísticos”, lo que en el caso enjuiciado determinó la nulidad del Plan impugnado al haberse omitido dicho trámite esencial en su procedimiento de aprobación.

La importancia de esta doctrina jurisprudencial, ahora extendida –como no podía ser de otro modo– a todo el territorio nacional, es trascendental. Y lo es por dos motivos.

En primer lugar, por el carácter vinculante que atribuye al informe que emiten los organismos de cuenca en los procedimientos de aprobación de los planes urbanísticos que conllevan nuevas demandas de agua. Carácter vinculante que el Legislador estatal, ni en Ley de Aguas, ni en la Ley de Suelo, se ha aventurado nunca a otorgar.

Y, en segundo lugar, porque establece un criterio interpretativo de la disposición adicional 2ª. 4 que amplía enormemente el rango de posibilidades de aplicación del informe ahí previsto, ya no limitado a las obras públicas de interés general, sino a cualesquiera procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales.

– Validez del Plan sectorial de caudales de mantenimiento de las cuencas internas de Cataluña

En Sentencia 5425/2013, de 25 de octubre de 2013, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la validez del Plan sectorial de caudales de mantenimiento de las cuencas

internas de Cataluña, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Generalidad catalana el día 4 de julio de 2006.

Dicho Plan supone la materialización de la previsión contenida en el artículo 12 del Plan hidrológico de cuencas intracomunitarias, que fue aprobado por Real Decreto 1664/1998, pero según la redacción que se contiene en un Edicto de 16 de marzo de 1999, adoptado por la Administración Catalana. En este precepto se preveía la aprobación de un plan para determinar “los caudales de mantenimiento a aplicar en cada caso”, entendidos éstos como los caudales que garantizan “un nivel admisible de desarrollo de la vida acuática”. Concepto, por tanto, asimilable al de “caudal ecológico” que utiliza el TRLA en su artículo 42 como contenido obligatorio de los planes hidrológicos de cuenca.

A pesar de que las pretensiones impugnatorias de la empresa recurrente –Endesa Generación S.A.– se dirigen contra el Plan sectorial de caudales, en el fondo de estas pretensiones se cuestiona la validez del citado artículo 12, al entender que la determinación de los caudales de mantenimiento se debía haber establecido en el indicado plan hidrológico de cuencas intracomunitarias de Cataluña y no hacer una remisión –no prevista por el Real Decreto 1664/1998– al mentado plan sectorial.

Considera el TS, sin embargo, que tal determinación no tenía por qué hacerse necesariamente en el citado plan hidrológico, ni tampoco que la remisión del indicado artículo 12 al posterior plan sectorial constituyese una verdadera referencia en blanco, en el sentido alegado por la recurrente (FJ sexto).

El razonamiento del Tribunal resulta cuestionable, en tanto ofrece una discutible interpretación sobre el contenido necesario de los planes hidrológicos que se detalla en el apartado 1.b) del artículo 42 del TRLA. En este caso, el citado precepto obliga a que los planes incluyan una previsión referida a los usos, presiones e incidencias antrópicas significativas sobre las aguas, que aborde, entre otros, la asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros, y la determinación de los caudales ecológicos o *caudales de mantenimiento*, en la terminología utilizada por el Plan sectorial catalán.

Sin embargo, recuerda el TS que respecto de tales usos, presiones e incidencias se exige, únicamente, que el plan hidrológico contenga una “descripción general” (artículo 42.1.b).c). De este modo, la determinación de los caudales ecológicos o de mantenimiento en su totalidad no corresponde, necesariamente, al plan hidrológico, entendiendo el TS que “éste cumple con contener esa descripción general” (FJ sexto).

En opinión del Tribunal, tal descripción se contiene, precisamente, en el artículo 12 de las normas del plan hidrológico de las cuencas intracomunitarias de Cataluña que, además de habilitar al plan sectorial impugnado, establece las necesidades del caudal circundante, la metodología para fijar el caudal de mantenimiento a aplicar en cada caso, la forma de realizarse para cada río y tramo de río, de acuerdo con el régi-

men hidrológico específico, la época del año, y su finalidad, entre otras. (Literalmente el art. 12.2 del Edicto de 1999, redactado por tanto con posterioridad a la aprobación del plan por el Gobierno español, señala que:

“La Administración hidráulica y el Departamento de Medio Ambiente redactarán un plan sectorial en el que se determinarán los caudales de mantenimiento a aplicar en cada caso (...) de acuerdo con la metodología que establecerá conjuntamente la Administración hidráulica y el Departamento de medio ambiente”

Continuando con este planteamiento, entiende el TS que la regulación del Plan sectorial es lo suficientemente detallista y minuciosa como para resultar *“incompatible con esa descripción general a que alude el artículo 42.1.b) c) TRLA, como contenido mínimo necesario del plan hidrológico”*.

No obstante, el TS obvia un precepto cuya conexión con el objeto de la impugnación resulta indudable y cuya interpretación coordinada con el citado artículo 42.1.b).c) seguramente sea necesaria. Se trata del artículo 59.7 del TRLA, que además de imponer los caudales ecológicos como una restricción de carácter general a los sistemas de explotación (a los efectos del otorgamiento de concesiones administrativas), determina que “los caudales ecológicos se fijarán en los Planes Hidrológicos de cuenca”. En este sentido, cabría entender que la “descripción general” que recoge el título del apartado 1.b). del artículo 42 se refiere a la “asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros, así como para la conservación y recuperación del medio ambiente” o, en su caso, a los “usos, presiones e incidencias antrópicas significativas sobre las aguas” que las engloban, pero no a la específica fijación de los caudales ecológicos, pues éstos, en virtud del artículo 42.1.b).c) TRLA, deben *determinarse* (“se determinarán”) y, en aplicación del artículo 59.7 TRLA, deben *fijarse* (“se fijarán”) en los correspondientes Planes Hidrológicos de cuenca.

Resulta curioso comprobar cómo, frente a otro de los motivos de impugnación de la empresa recurrente, el TS acude al citado artículo 59.7 del TRLA, eludiendo hacer mención alguna a este relevante aspecto regulatorio.

En efecto, aduce la empresa recurrente como vicio de la sentencia del TSJ de Cataluña impugnada el que se hubiese dado prioridad, sobre la base del tantas veces citado Plan sectorial de caudales de mantenimiento, al cumplimiento de objetivos ambientales frente a la calidad y seguridad del suministro de energía eléctrica. Motivo de impugnación que deniega el TS, haciendo uso de un planteamiento por el que vincula la variable ambiental a la propia naturaleza y existencia de los caudales de mantenimiento o ecológicos (FJ 6). En este sentido, el TS explica el hecho de que el mencionado artículo 59.7 del TR de la Ley de Aguas establezca una limitación al uso privativo de las aguas mediante concesión administrativa, excluyendo a los caudales ecológicos de su consideración como uso a efectos de las concesiones e imponiéndolos como una restricción de carác-

ter general a los sistemas de explotación, sólo sometida a la supremacía del uso del agua para abastecimiento de poblaciones.

En este sentido, considera el Tribunal que la confrontación entre el interés ambiental y el interés por la calidad y seguridad en el suministro de energía eléctrica ha de resolverse “mediante la ponderación y valoración, en cada caso, de sus repercusiones concretas”, lo que no puede llevarse a cabo en sede casacional al no haber “resultado acreditadas, determinadas, ni detalladas en el proceso las circunstancias que evidencien la naturaleza de tales repercusiones que, en su caso, habría que contrastar” (FJ octavo).

- Impugnación del Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico

En Sentencia 5228/2013, de 25 de octubre, el Tribunal Supremo resuelve el recurso interpuesto por Iberdrola Generación S.A.U. contra el Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1996, 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, que establece las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.

En concreto, la empresa recurrente aduce que la reforma reglamentaria producida en el año 2012 se opone a lo dispuesto por el TR de la Ley de Aguas de 2001 en tres importantes aspectos: en primer lugar, en relación al plazo de las concesiones administrativas (artículos 97 y 153.1 del Reglamento recurrido); en segundo lugar, en lo que respecta al concepto de las “infraestructuras “ (artículo 126 bis.4); y, por último, en lo relativo a la demolición de las obras (artículo 89.4).

En efecto, el primero de los motivos que aduce la recurrente para cuestionar la legalidad de la reforma del RDPH se refiere al plazo máximo de duración de la concesión administrativa, que en virtud del artículo 97 del RDPH no podrá superar “incluidas las prórrogas” los setenta y cinco años. Considera la empresa que tal regulación, que se vincula expresamente al artículo 93.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (de carácter básico, en virtud de la disposición final segunda de dicha Ley), resulta, sin embargo, contraria a los apartados cuarto y sexto del artículo 59 del TRLA.

En síntesis, la recurrente argumenta que la cobertura legal que el citado precepto de la Ley 33/2003 otorga al artículo 97 del RDPH sólo podría producirse “a falta de norma especial” que regulase dicho plazo; circunstancia que en el ámbito del dominio público hidráulico no acontece, por cuanto el artículo 59 del TRLA fija legalmente un plazo máximo de la concesión de 75 años (apartado cuarto) al que, en entendimiento de la recurrente, se podría sumar otro de 10 años correspondiente a la prórroga prevista en el apartado sexto del citado artículo 59 del TRLA. De esta forma, debería considerarse que

la reforma del RDPH habría incluido, por vía reglamentaria, una reducción del plazo máximo que marca la Ley y que alcanzaría hasta los 85 años.

No obstante, el TS rechaza esta argumentación, al considerar, primeramente, que en atención al carácter básico del artículo 93.3 de la Ley 33/2003, las normas sectoriales *“pueden fijar un plazo máximo de duración de la concesión distinto del fijado en la Ley 33/2003, siempre con una condición: que no exceda de 75 años, pues la solución contraria pulverizaría ese denominador común que comporta la norma básica”* (FJ tercero). De esta forma (y conviene hacer notar que esta línea interpretativa resultaría válida para cualquier ámbito normativo relativo al dominio público estatal), considera el TS que el expresado precepto básico de la Ley 33/2003 establece *“un plazo máximo improrrogable”*, si bien permite que las normas sectoriales –en este caso la Ley de Aguas o su Reglamento de desarrollo– puedan establecer otro plazo menor, pero no uno superior, pues entonces, lógicamente, aquél dejaría de ser máximo.

Sostiene el Tribunal, además, que el artículo 59.6 del TRLA no establece, contrariamente a lo que señala la empresa recurrente, un plazo máximo superior a los 75 años que determinan tanto el artículo 93.3 de la Ley 33/2003, como el artículo 97 del RDPH. Y es que el límite máximo de diez años al que puede prorrogarse, por una sola vez, el plazo de la concesión para que las obras puedan amortizarse sólo podría aplicarse a concesiones otorgadas inicialmente con un plazo inferior al máximo legal. Dicho de otro modo, esta prórroga sólo cabría en aquellas concesiones *“en las que la suma del plazo concesional fijado y la adición de la prórroga –que no es de diez años, como sostiene la recurrente, sino que comprende sólo “el tiempo preciso para que las obras puedan amortizarse”– no exceda de los 75 años”*, entendiendo el TS que ésta es *“la única interpretación posible”* del citado artículo 59.6 del TRLA (FJ cuarto). Interpretación en la que el TS obvia, de forma incomprensible, el artículo 5.4 de la citada Ley 33/2003 (precepto de aplicación general conforme a la DF.2ª de dicho cuerpo normativo) cuando establece el carácter supletorio de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas en relación a la regulación especial del dominio público.

Como segundo motivo de impugnación, sostiene la mercantil recurrente que el artículo artículo 89.4 del RDPH carece de cobertura legal en el TRLA cuando establece, respecto de la extinción de la concesión, que al concluir ese derecho concesional revertirán al Estado gratuitamente y libres de cargas las obras construidas, y añade, en el párrafo segundo, inciso segundo, la posibilidad, si considera inviable la continuidad de la concesión, de *“exigir la demolición de lo construido en dominio público de conformidad con el artículo 101 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas”*.

Rechaza el TS, sin embargo, dicho motivo, al considerar acertadamente que la *“disposición o norma reglamentaria puede tener su correspondiente cobertura tanto en la norma legal especial, como en la norma legal que establece con carácter general el régimen común, que*

es la citada Ley 33/2003” (FJ quinto), que además tiene carácter básico según la citada disposición final segunda de la mentada Ley.

Y como tercer y último motivo de impugnación, la recurrente entiende, de nuevo, que carece de cobertura legal el artículo 126.bis.4, en tanto dispone que el organismo de cuenca “promoverá la eliminación de infraestructuras que, dentro del dominio público hidráulico, se encuentren abandonadas sin cumplir función alguna ligada al aprovechamiento de las aguas”. Cobertura legal que, sin embargo, ubica el TS en una norma sectorial relativa a las aguas, como es la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, en cuyo artículo 28.3 se prevé la posibilidad de “eliminar las construcciones y demás instalaciones situadas en dominio público hidráulico y en zonas inundables” (FJ sexto), garantizando la continuidad fluvial que puede verse afectada cuando las infraestructuras abandonadas puedan suponer un peligro para el régimen de corrientes de los cauces.

4. LIGEROS AVANCES EN LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA

A) CUADRO GENERAL

Termina 2013 sin que todos los planes hidrológicos estén aprobados, faltando cuatro correspondientes a importantes cuencas estatales: Ebro, Tajo, Segura y Júcar. No obstante, la Comisión parece haber dado un voto de confianza al Gobierno ya que no se ha impuesto ninguna multa coercitiva. En diciembre de 2013, la situación era la que refleja el cuadro siguiente.

Demarcación	Periodo de información pública	Aprobación
Cuencas internas de Cataluña	Completado	RD 1219/2011
Baleares	Completado	RD 684/2013
Guadalete-Barbate	Completado	RD 1330/2012
Tinto-Odiel-Piedras	Completado	RD 1329/2012
Cuencas mediterráneas de Andalucía	Completado	RD 1331/2012
Galicia Costa	Completado	RD 1332/2012
Miño-Sil	Completado	RD 285/2013
Duero	Completado	RD 478/2013
Guadalquivir	Completado	RD 355/2013
Cantábrico Occidental	Completado	RD 399/2013
Cantábrico Oriental (cuenca mixta)	Completado	RD 400/2013
Guadiana	Completado	RD 354/2013
Júcar	07.08.2013-07.02.2014	Pendiente
Segura	07.06.2013-07.12.2013	Pendiente
Tajo	20.03.2013-20.09.2013	Pendiente

Ebro	12.05.2012-12.11.2012	Pendiente
Tenerife	04.05.2010-04.11.2010	Pendiente
Lanzarote	28.06.2011-28.12.2011	Pendiente
El Hierro	14.12.2012-14.06.2013	Pendiente
Fuerteventura	No iniciado	Pendiente
Gran Canaria	09.10.2013-09.04.2014	Pendiente
La Gomera	08.08.2013-08.02.2014	Pendiente
La Palma	25.07.2012-25.01.2013	Pendiente
Ceuta	Completado	RD 739/2013
Melilla	Completado	RD 740/2013

Durante este año se han aprobado 9 Planes hidrológicos; entre ellos los de cuencas estatales importantes como Miño-Sil, Duero, Guadiana o Cantábrico. Por el carácter limitado de este trabajo, nos limitaremos a destacar un cambio significativo del Plan del Duero, aprobado por Real Decreto 478/2013, porque nos permite hacer una reflexión general.

El art. 15.1 del RD dispone que de las 691 masas de agua de la categoría río de la demarcación, 274 alcanzarán el buen estado para 2015. En el proyecto que se sometió a información pública, se preveía alcanzar los objetivos ambientales para 641 masas (¡más del doble!). La motivación del cambio no es nada fácil de encontrar entre las miles de páginas que integran el plan hidrológico: en algún lugar se dice es que se debe a que, por la crisis, han bajado las inversiones en depuradoras del programa de medidas. En la memoria de la evaluación estratégica, figura la razón real y es que ha cambiado la metodología para evaluar los indicadores hidromorfológicos del buen estado. (Según la DMA, la evaluación del estado ecológico es el resultado de la suma de los indicadores químico-físicos, biológicos e hidromorfológicos, pero aplicando el criterio de “uno fuera, todos fuera”, de manera que si con respecto a uno de ellos, el resultado no es bueno, la masa de agua no alcanza objetivos).

No podemos entrar a discutir las razones del cambio metodológico, ya que es una cuestión técnica que se escapa del ámbito jurídico (aunque, por su extraordinaria importancia práctica, debería afrontarse desde el Ministerio con rigor y sin excesiva “política” en el uso de los márgenes de discrecionalidad de la DMA). Sí nos corresponde preguntarnos si las exigencias de participación pública del art. 14 de la DMA admiten una modificación de esta envergadura, después de haber sido sometido el plan a información pública (sobre todo considerando que la modificación en los indicadores se debe a un cambio de Gobierno).

El Plan del Ebro fue informado favorablemente por el Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica del Ebro el 4 de julio del 2013, recibió la conformidad del Comité de Autoridades Competentes de la cuenca el 5 de julio del 2013 y fue informado favorablemente por el Consejo Nacional del Agua el 29 de julio del 2013. Pero se cerró el año, sin aprobación gubernamental por distintas razones, y entre ellas, la polémica

con la Generalidad de Cataluña con respecto a los caudales ecológicos del Delta del Ebro³. Otros planes de cuencas estatales importantes –Tajo y Segura– completaron su información pública. En el Tajo, y para permitir la continuidad del Trasvase Tajo-Segura, el proyecto de Plan se ha apartado abiertamente de la compleja metodología de la IPH para la determinación de caudales ecológicos, optando por su establecimiento en algunas masas de agua.

Del “culebrón” competencial del Júcar, cabe destacar que el proyecto de plan expuesto a información pública (Resolución de la Dirección General del Agua de 31 de julio de 2013), ha optado provisionalmente y en tanto se efectúa el correspondiente traspaso de funciones y servicios en materia de recursos y aprovechamientos hidráulicos, por incluir el territorio de las cuencas hidrográficas intracomunitarias comprendido entre la margen izquierda de la Gola del Segura en su desembocadura y la desembocadura del río Cenia, incluido su cuenca; y además la cuenca endorreica de Pozohondo, junto con las aguas de transición. Esta decisión fue precedida de la adopción del Real Decreto 255/2013, de 12 de abril, por el que se establece la composición, estructura y funcionamiento del Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica del Júcar y por el que se modifican diversas normas relativas al ámbito y constitución de dicha demarcación hidrográfica y de la Confederación Hidrográfica del Júcar.

B) EL PRIMER DICTAMEN DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE LOS NUEVOS PLANES HIDROLÓGICOS

A lo largo del año se han emitido varios dictámenes del Consejo de Estado sobre los planes hidrológicos. Únicamente comentaremos el primero que es el de 11 de abril de 2013 (núm. de expediente 315/2013), cuyo objeto es el plan hidrológico del Miño-Sil. Su lectura pone de manifiesto un retroceso en el tiempo de más de cuatro décadas, con respecto a la línea jurisprudencial iniciada por la STS de 16 de junio de 1977 (caso Orcasitas) y consolidada de forma brillante por las sentencias imponentes de Javier Delgado Barrio relativas al planeamiento urbanístico y al papel de fundamental de la Memoria en tanto que documento vinculante y decisivo para evitar la arbitrariedad.

Este comentario deriva de que el Consejo de Estado admite lisa y llanamente que no ha analizado la Memoria del Plan, considerando suficiente –para realizar un “control de legalidad y oportunidad” (pág.27)– con revisar la parte normativa del Real Decreto.

Esta profunda limitación no impide al alto órgano consultivo dictaminar que la parte normativa del Programa de Medidas ha de incluirse en el Plan. Al respecto cabe comentar que el Programa de Medidas se contiene en uno de los Anejos de la Memoria (no utilizada por el Consejo de Estado) y, en el caso concreto del Miño-Sil, se componía de un conjunto de actuaciones públicas inversoras sin contenido normativo alguno (según el art. 11 de la

3. En el BOE de 1 de marzo se ha publicado el Real Decreto 129/2014, de 28 de febrero, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Ebro

DMA, los Programas de Medidas pueden incluir medidas normativas adoptadas por norma para todo el territorio del Estado, pero son un listado de las actuaciones –inversiones o de otro tipo– que deberán realizarse para conseguir los objetivos ambientales que el plan hubiera fijado para cada masa de agua).

También el informe contiene un conjunto de afirmaciones sobre el régimen de caudales ecológicos establecido por el Plan, del que destaca el carácter no indemnizable de la limitación que pueda derivar de la revisión concesional realizada para su inclusión dentro de cada título concesional (cfr. nuevo art. 15 bis RDPH). Incomprendiblemente, el Consejo de Estado no tiene en cuenta que el caudal es una característica esencial de la concesión (art. 144.2 RDPH) y por este erróneo punto de partida entiende que no es aplicación el art. 65.3 TRLA (según el cual, la revisión de concesiones para su adecuación a la planificación será indemnizable de acuerdo con la LEF). Al no conocer la Memoria del Plan, pasa por alto que no se había seguido el preceptivo proceso de concertación exigido por el art. 18 del Reglamento de Planificación Hidrológica y en el que se ha de evaluar la viabilidad social, económica y ambiental de los caudales propuestos o, incluso, si éstos son o no necesarios para alcanzar los objetivos ambientales fijados por el plan.

Todo lo anterior acaso ponga de manifiesto la inadecuación de que el Consejo de Estado dictamine los planes hidrológicos de cuenca. Desde una perspectiva formal, el dictamen es uno de los trámites preceptivos de los procedimientos de “*elaboración*” de reglamentos ejecutivos por el Gobierno (art. 24.2 LG y 22.2 LOCE) y los planes hidrológicos se elaboran por los Organismos de cuenca (y obviamente no son reglamentos ejecutivos pues no desarrollan la Ley). Según el art. 40.5 TRLA, corresponde al Gobierno su “*aprobación*”; dicho de otro modo, dictar un acto de aprobación.

C) LA ANULACIÓN (SIN EFECTOS) DE LA FASE AUTONÓMICA DEL PLAN DE CUENCAS INTERNAS DE CATALUÑA

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de abril de 2013 (recursos acumulados núm. 31/2011 y 40/11 interpuestos por Aragón y 32/2011 interpuesto por el Gremio de Áridos de Catalunya) anula el Decreto 188/2010 mediante el cual se produjo la aprobación autonómica del Plan de gestión del distrito de cuenca fluvial de Catalunya. Su único fundamento jurídico basa la declaración de nulidad en la falta de informe del Consejo Consultivo autonómico. La confusión creada por la sentencia es muy grande, ya que el Decreto autonómico no era la aprobación definitiva del plan, que corresponde al Gobierno conforme a lo previsto por la Ley de aguas (art. 40.5 TRLA) y se hizo mediante Real Decreto 1219/2011, de 5 de septiembre, que está plenamente vigente.

D) SE INICIA EL PROCESO DE REVISIÓN DE LOS PLANES HIDROLÓGICOS

Se ha iniciado el proceso de revisión de los planes hidrológicos, que ha de estar terminado para 2015: ya se ha completado la información pública del Estudio General

de la Demarcación y del Programa de información pública (que es una exigencia del derecho interno, que no está en la DMA) y por Resolución de la Dirección General del Agua Dirección General del Agua, de 26 de diciembre de 2013, se ha anunciado la apertura del período de consulta pública del “Esquema Provisional de los Temas Importantes” del proceso de planificación hidrológica (revisión 2015) correspondiente a las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar y a la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro. Para el plan del Júcar el procedimiento de revisión del plan ha empezado antes que la consulta pública del plan a revisar.

E) EL MEMORÁNDUM TAJO-SEGURA Y LA DA 15^a DE LA LEY DE EVALUACIÓN AMBIENTAL

Varias disposiciones de la Ley 21/2015, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental tienen por objeto el trasvase Tajo-Segura (DA 15^a, DT 2^a y DDFE 2^a y 3^a). Con ellas se recoge el resultado de un Grupo de Trabajo constituido mediante un Memorandum firmado por el Ministerio y las Comunidades Autónomas de Valencia y Murcia en marzo de 2013, con el fin de blindar una infraestructura de interés público, cuya viabilidad futura estaba amenazada por el Plan Hidrológico de la cuenca del Tajo. La DA 15 adopta unas reglas de explotación detalladas –y basadas en la experiencia de años de funcionamiento– que dependen de las existencias conjuntas en Entrepeñas y Buendía a principios de cada mes, con un tope máximo anual de 650 hm³. También se establece un régimen de adopción de decisiones de los volúmenes trasvasables que distribuye la competencia entre la Comisión Central de Explotación del Tajo-Segura y el Ministro, en función de las existencias de cada momento.

La DA 15^a entra en la categoría de “concesión legal”, ya que atribuye un derecho al uso privativo del agua, de acuerdo con lo previsto por el art. 52 TRLA (“*el derecho al uso privativo [...] se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa*”). Sin embargo, contiene una deslegalización al permitir su modificación mediante real decreto.

La exposición de motivos de la Ley apela a razones de seguridad jurídica (¿acaso las normas de explotación de otras concesiones ya no la tienen?). Pero lo que la Ley persigue es que, a medio plazo, el trasvase no sea objeto de más decisiones judiciales anulatorias, que compliquen su supervivencia. Sin embargo, no parece muy seguro que una Ley sea suficiente para alcanzar este propósito político.

En efecto, en el Observatorio del año pasado, ya su director recogió la doctrina de la STJUE de 11 de septiembre de 2012, caso *Nomarchiaki Aftodioikisi Aitoloakarnanias y otros*, C-43/10 (págs. 44-45) en la que se constata que la DMA no contiene una prohibición directa de realizar trasvases, pero en la que se recuerda que estas infraestructuras se sujetan a límites procedimentales estrictos, pero muy claros. Estos límites formales consisten en que los planes hidrológicos de las cuencas –receptora y, sobre todo, cedente– justifiquen la presión a la masa de agua sobre la base de las excepciones de la DMA. La STJ que comentaba López Ramón se basaba en la excepción

del art. 4.7 DMA que admite deterioros adicionales, que es una manera de nombrar a nuevas obras. En nuestro caso, las excepciones a los objetivos ambientales de la DMA, que cabría utilizar serían o bien la de su art. 4.4. (prórroga de plazos) o bien la de su art. 4.5 (objetivos ambientales menos rigurosos).

Pues bien, en la medida en que los planes afectados –que aún no se conocen– no recojan que el trasvase es una presión significativa de las masas de agua del Tajo y se justifique el cumplimiento de todos los requisitos sustantivos de la DMA (coste desproporcionado de medidas alternativas, lo que implica densos análisis económicos y que se garantice para el Tajo el mejor estado ecológico posible), las previsiones legales podrían ser inaplicadas por un Tribunal nacional, invocando la primacía del derecho comunitario.

Desde esta perspectiva, no se entiende el empecinamiento del Ministerio en obviar la aplicación de la DMA, una vez que ha constatado la relevancia estratégica del trasvase de aguas. A nuestro juicio, la existencia en derecho interno de una Ley de Plan Hidrológico Nacional no es suficiente porque la legitimidad o legalidad de las medidas que puedan adoptarse se sujetan al cumplimiento del derecho comunitario, que exige que la demarcación sea el ámbito para la toma de decisiones. Es evidente que ninguna limitación pone el derecho comunitario a que existan estudios previos –y si se quiere una ley– que analicen alternativas y medidas de coordinación entre distintos planes de cuenca. Pero igual de evidente es que las decisiones singulares que afecten a masas de agua específicas han de poder plasmarse y justificarse desde el plan hidrológico, sometándose a los trámites de participación pública, legalmente obligatorios.

F) MAPAS DE PELIGROSIDAD Y DE RIESGO DE INUNDACIÓN

La Directiva europea 2007/60/CE relativa a la “*Evaluación y la gestión de los riesgos de inundación*”, traspuesta por Real Decreto 903/2010, obliga a los Estados miembros a tener realizados mapas de peligrosidad de inundación (cálculo de la zona inundable) y de riesgo de inundación (incorporación a la zona inundable de los usos del suelo en esa zona y de las principales daños esperados) para diciembre 2013. En 2013, estos planes salieron a información pública, lo que implicaba que estaban prácticamente listos.

La importancia de estos mapas vendrá más de la información que aportan que de los efectos jurídicos de su elaboración (según el RD 903/2010, no se prevé su aprobación formal). En la legislación urbanística estatal, las zonas con riesgos de inundación deben incluirse en la situación de suelo rural (art. 12.2.a del Texto Refundido de la Ley de Suelo); pero sin embargo, la clasificación del suelo se hace por el planeamiento y en tanto en cuanto éste no se adapte a los mapas de peligrosidad, éstos no tendrán efectos derogatorios automáticos sobre la clasificación actual. Por otra parte, debería abrirse un debate sobre esta cuestión tan importante: a nuestro juicio, no existe ninguna razón por la que cualquier zona inundable deba ser de manera automática no urbanizable. Aparte de que hay zonas inundables en áreas urbanas plenamente consolidadas, existen edificaciones preparadas para soportar inundaciones y, además,

son terrenos que por ejemplo, bien pueden valer a los efectos de soportar los espacios libres obligatorios en zonas urbanizables. La inundabilidad debería ser una llamada a la prudencia para todos los operadores públicos y privados y ha de tenerse en cuenta de que la situación en este momento no tiene nada que ver con la que había antes cuando la información geográfica no era disponible ni accesible al público.

El siguiente plazo de esta normativa es diciembre de 2015, que es cuando deberán aprobarse los correspondientes planes de gestión por el Gobierno (art. 13).