

Aguas estancadas

ISABEL CARO-PATÓN CARMONA

VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA AGENDA PÚBLICA ESTATAL. 2.1. La nueva disposición adicional decimosexta de la Ley de Aguas y otras normas. 2.2. Creciente preocupación por Doñana y el Mar Menor. 3. EL QUINTO INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DMA. 4. JURISPRUDENCIA. 4.1. Dos sentencias relevantes del TJUE que marcan una severa distinción entre el derecho de la UE y lo meramente estatal. 4.2. La STC 87/2019 que resuelve el recurso interpuesto por el presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático. 4.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. 4.3.1. Impugnación de los planes hidrológicos de demarcación de segundo ciclo. 4.3.2. Impugnación del RD 638/2016, en lo referido a la limitación de usos edificatorios en zonas inundables. 4.3.3. De nuevo ¿resulta necesario deslindar los bienes de dominio público hidráulico para poder ejercer potestades administrativas sobre los mismos? 4.3.4. Validez de una consulta popular municipal frente a la implantación de una estación depuradora.

RESUMEN: En este capítulo se da cuenta de un año marcado por la escasa actividad normativa y administrativa en materia de aguas, en el que se ha producido la enésima modificación del TRLA y se ha completado -al fin- el segundo ciclo de planificación hidrológica de demarcación, pero en el que la actividad judicial ha sido realmente remarcable (seguramente más en lo cuantitativo que en lo cualitativo), con numerosas SsTS sobre los

instrumentos de planificación hidrológica y el RD 638/2016 en relación a la ordenación de las zonas inundables.

ABSTRACT: This chapter reports on a year marked by the scarce regulatory and administrative activity in the field of water, in which the umpteenth modification of the TRLA has taken place and the second cycle of hydrological demarcation planning has been completed, but in which judicial activity has been truly remarkable (surely more in the quantitative than in the qualitative), with numerous SsTS on the instruments of hydrological planning and RD 638/2016 in relation to the planning of floodable areas.

PALABRAS CLAVE: Aguas. Directiva Marco del Agua. Dominio Público hidráulico. Planificación hidrológica. Zonas inundables.

KEYWORDS: Water. Water Framework Directive. Public water domain. Hydrological planning. Flood zones.

1. INTRODUCCIÓN

El título que hemos elegido este año para este capítulo, *Aguas estancadas*, es una forma de resumir un escenario de escasa actividad administrativa, en el que, sin embargo, hay recurrentes problemas de fondo sin resolver.

En efecto, la extrema debilidad política de 2019, con más de medio año sin gobierno, se ha traducido en que las pocas iniciativas estatales abiertas por el PSOE hayan quedado en dique seco¹. Esto no obstante, se ha aprobado la enésima reforma de la Ley de aguas y los planes hidrológicos insulares que aún faltaban.

En cuanto a la jurisprudencia de este año, lo más destacable es un aspecto meramente cuantitativo pues el Tribunal Supremo ha dictado muchas sentencias sobre los planes hidrológicos aprobados en 2016 y el régimen

¹ Estamos pensando en el *Libro verde de la gobernanza del agua en España*, el proyecto de *Real Decreto de aprobación de normas técnicas de seguridad para las grandes presas y sus embalses* o en *El Plan Nacional de Depuración, Saneamiento, Eficiencia, Ahorro y Reutilización*. No se ha cumplido la previsión del RD 670/2013, de 6 de septiembre, de adecuación de las inscripciones del Registro de aguas a sus prescripciones para el 1 de enero de 2020.

jurídico de las zonas inundables. Esta jurisprudencia no nos ha sorprendido pues, en lo esencial, ha mantenido la tendencia complaciente con las decisiones de la Administración a que nos tiene acostumbrados. Esto dicho sin perjuicio de que haya alguna sentencia de sesgo marcadamente ambientalista, que va más allá de las exigencias legales pero que carece de repercusiones prácticas de ningún tipo. Este año la sentencia ambiental mediática ha sido la anulación del Plan Hidrológico del Tajo por no haber fijado caudales ecológicos en todas las masas de agua. De la anulación del Plan no se ha derivado que haya más caudales ecológicos ni una condena a la Administración para que los fije e implante. Es un fallo que repercutirá, en su caso, en el tercer ciclo de planificación hidrológica (2021-2017), cuyo largo proceso de elaboración se inició en octubre de 2018².

2. LA AGENDA PÚBLICA ESTATAL

2.1. LA NUEVA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOSEXTA DE LA LEY DE AGUAS Y OTRAS NORMAS

Por Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, se ha añadido la Disposición adicional decimosexta de la ley de aguas que regula lo que se ha dado en llamar “*concesiones de agua para transición justa*”. Esta nueva figura está prevista para volúmenes de agua que queden liberados por el cierre de instalaciones de energía térmica de carbón o termonuclear. Su peculiaridad radica en que, en el trámite de competencia de proyectos, donde se han de ponderar criterios económicos, sociales y medioambientales, los usos que vayan a tener lugar en el área geográfica donde se encontrase la instalación cerrada han de prevalecer sobre cualquier otra petición, excepto el abastecimiento a poblaciones.

El Real Decreto 79/2019, de 22 de febrero, regula el informe de compatibilidad de determinadas actuaciones con las estrategias marinas. El informe se emitirá, por regla general, en el trámite de consultas de las evaluaciones ambientales por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y si lo citamos en este capítulo es porque también resulta exigible a las actuaciones en aguas costeras, que son “*las aguas superficiales situadas hacia*

² Por Resolución de la Dirección General del Agua, publicada en el BOE del 19 de octubre de 2018, se abrió la consulta pública de los documentos iniciales del tercer ciclo de planificación hidrológica de las demarcaciones hidrográficas intercomunitarias. La segunda fase del procedimiento de elaboración de estos planes, cuya apertura estaba prevista para agosto de 2019, se ha retrasado unos meses y se ha iniciado por [Anuncio de la Dirección General del Agua](#) publicado en el BOE del 24 de enero de 2020, que contiene los Esquemas provisionales de Temáticas Importantes (EpTI).

tierra desde una línea cuya totalidad de puntos se encuentra a una distancia de una milla náutica mar adentro desde el punto más próximo de la línea de base que sirve para medir la anchura de las aguas territoriales” (art. 16 bis TRLA). Cabe recordar que el estado ecológico de las masas de aguas costeras –que no forman parte del dominio público hidráulico- se protege de acuerdo con lo que determine el plan hidrológico de la demarcación hidrográfica correspondiente. Y que para este tipo de aguas, la Ley 41/2010 de estrategias marinas sólo se aplica en los aspectos de la protección o la planificación del medio marino que no se hayan contemplado en los planes hidrológicos de cuenca, por ejemplo en lo relativo a la protección de especies amenazadas marinas, el control de los vertidos, o la declaración de áreas marinas protegidas³. El entrecruzamiento de las fichas de los planes hidrológicos y de las estrategias marinas de las aguas costeras crea algo así como un “ovillo enredado”, entre otras cosas por la dificultad de conocer los objetivos⁴ y el grado de aplicación de las medidas previstas, que requieren inversiones públicas.

En 2019 se ha completado el proceso de aprobación de los planes hidrológicos de segundo ciclo (2015-2021); se ha aprobado el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Islas Baleares por Real Decreto 51/2019, de 8 de febrero y el Plan Hidrológico de la Demarcación de Gran Canaria por Decreto 2/2019, de 21 de enero, que era el único que faltaba de los siete planes canarios (la disposición adicional novena del texto refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001 dispone que no es de aplicación en este archipiélago; por esto no reviste la forma de Real Decreto).

Por Real Decreto 217/2019, de 29 de marzo, se dio una subvención directa para abaratar a los agricultores el sobre coste de la desalación y de la extracción de agua de pozos y de galerías para el riego agrícola en Canarias. Esta subvención da continuidad a la práctica perversa -iniciada para la

³ No obstante, la Disposición adicional quinta de la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino establece una regla según la cual se aplicará “la norma de mayor protección ambiental a las aguas costeras” al decir que: “*Cuando la legislación de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en particular la planificación hidrológica, respecto de las aguas costeras, no contemple medidas para alcanzar los objetivos ambientales establecidos en la presente ley y en sus normas de desarrollo, o bien dichas medidas sean insuficientes para alcanzar dichos objetivos, será de aplicación la presente ley y sus normas de desarrollo. Sin perjuicio de lo anterior, será de aplicación en todo caso la norma que resulte más exigente respecto de la protección ambiental de dichas aguas*”.

⁴ Los documentos de las estrategias marinas aprobados por Real Decreto 1365/2018 están publicados en la web del Ministerio y de forma incompleta. La importante base de datos del sistema de planificación hidrológica de los planes de segundo ciclo sí recoge cada masa de agua costera y cuando estén actualizados los datos que ofrece será una herramienta de transparencia administrativa fundamental para realizar el seguimiento del estado de las masas de agua. [Véase este enlace.](#)

desalación en Canarias por el PP- de otorgar beneficios a partidos políticos minoritarios cuyo voto puede resultar decisivo. En este año, por el veto de la mayoría parlamentaria al proyecto de ley de presupuestos socialista de febrero de 2019 (que condujo a las elecciones fallidas de 28 de abril) la subvención no pudo incluirse en la citada ley.

2.2. CRECIENTE PREOCUPACIÓN POR DOÑANA Y EL MAR MENOR

La situación en Doñana y en el Mar Menor parece que empieza a preocupar a una opinión pública que paulatinamente muestra una mayor concienciación ante los problemas del medio ambiente. Estos enclaves ocupan páginas enteras de la prensa nacional y local, pero normalmente las noticias publicadas, leídas en profundidad, ponen de relieve falta de gobernanza y que la solución al conflicto, que ha de ser liderada por los Organismos de cuenca, se escapa de sus medios y competencias. Una buena muestra es que se publica en el periódico de un domingo de agosto⁵, que Doñana "*se despide del gran punto negro del robo de agua con el cierre de 77 pozos*", presentando como gran éxito de la Confederación del Guadalquivir la ejecución de una sentencia de 2017 en plena campaña de riego. Cerrar 77 pozos es un indiscutible golpe de efecto en un contexto de insumisión a la legalidad, pues como es sabido este regadío, que se nutre de miles de pozos, se ha desarrollado en buena parte al margen de la planificación hidrológica y territorial. Sin embargo, no resuelve la necesidad de armonizar la conservación de espacios ambientales valiosos con una agricultura moderna de insustituible valor socioeconómico y estratégico y que sirve de motor para las poblaciones de muchos municipios.

Es un lugar común señalar que sin coordinación administrativa ni financiación pública de medidas agroambientales es imposible encontrar una respuesta sostenible. La actitud de la Comisión Europea, en gran parte reducida a tramitar denuncias por incumplimiento del derecho ambiental (y sin perjuicio de las críticas que esto nos merece), acaso debería servir de acicate a las autoridades españolas para tomar el toro por los cuernos y acudir, en lo que proceda, a las excepciones al cumplimiento de objetivos ambientales que admite el derecho europeo. A nuestro juicio, estas excepciones no son ningún fracaso, puesto que han de adoptarse en procesos transparentes y de forma concertada con los usuarios, respetando el principio de proporcionalidad y su aplicación está supeditada a que se busque la mejora gradual de los espacios.

⁵ *El País* de 3 de agosto de 2019.

3. EL QUINTO INFORME DE LA COMISIÓN EUROPEA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DMA

El 26 de febrero de 2019, la Comisión Europea ha aprobado el quinto informe de aplicación de la DMA, en el que hace una evaluación de los planes hidrológicos de segundo ciclo y de la Directiva de inundaciones, incluida la evaluación de los primeros planes de gestión de riesgo de inundación (COM (2019) 95 final). Este informe, obligatorio (arts. 18 DMA y 16 Directiva de inundaciones), va acompañado de una serie de documentos de trabajo de los servicios de la Comisión que ofrecen visiones generales a escala de la UE, evaluaciones individuales los Estados miembros y resúmenes de la cooperación internacional.

El quinto informe de aplicación resulta de una frialdad exasperante; supone ante todo una recopilación de datos y llama la atención la ausencia de un análisis crítico de las dificultades de aplicación de ambas directivas y de la necesidad de mejorar los instrumentos legales, de modo que éstos permitan que la gestión del agua se haga con un enfoque auténticamente integrado, en el que se tengan en cuenta no sólo la dimensión ambiental sino también la social y la económica⁶.

La Comisión detecta progresos limitados, deficiencias de aplicación, poco seguimiento, poca información e incluso que *“el camino conducente al pleno cumplimiento de los objetivos de la DMA de aquí a 2027, fecha a partir de la cual las posibilidades de disfrutar de exenciones son limitadas, se antoja en este momento muy complicado”*. Esto no obstante presenta una conclusión final positiva, consistente en la constatación de un mejor cumplimiento de las obligaciones formales al decir que: *“el conocimiento y la presentación de informes referentes a la Directiva marco sobre el agua han mejorado de forma significativa en comparación con el ciclo anterior”*. Eso sí sobre el seguimiento, nos interesa destacar que la Comisión valora negativamente que se apoye en exceso en el criterio de expertos, por su excesiva discrecionalidad y dificultad de control.

⁶En el OPAM de 2017, López Ramón daba cuenta de la Comunicación de la Comisión que abría un proceso de revisión de la ejecución en materia ambiental, titulada *Hacer efectivos los beneficios de las políticas ambientales de la UE mediante la revisión periódica de su aplicación* (COM/2016/0316 final/2), y denunciaba que no había *“el más mínimo atisbo de autocrítica: la legislación ambiental de la Unión se enfrenta exclusivamente a las deficiencias de ejecución estatales, que se manifiestan en no legislar adecuadamente, no conseguir los objetivos fijados, no realizar las infraestructuras necesarias o incluso, al parecer, en la manera en que las autoridades estatales interactúan con sus ciudadanos”* ([“Introducción: la revisión europea de la ejecución ambiental”](#)), OBSERVATORIO DE POLÍTICAS AMBIENTALES 2017, pág. 18). Pues bien, nada ha cambiado en estos tres años.

En lo que respecta al cumplimiento de objetivos, la Comisión admite que, en comparación con el ciclo anterior, tan solo un limitado número de masas de agua ha mejorado su estado. Y desde este voluntarismo que alimenta el informe, se achaca esto *“a una identificación tardía de las presiones, la mayor cantidad de tiempo necesaria para diseñar políticas eficaces, la lentitud en la introducción de medidas o el tiempo de respuesta de la naturaleza antes de que las medidas surtan efecto, pero también a la introducción de normas de calidad más estrictas y a la mejora del seguimiento y la presentación de informes, que ponen de relieve que a masas de agua anteriormente calificadas como de estado «desconocido» les corresponde en realidad el estado «insatisfactorio»”*.

El informe dedica una única línea a los programas de medidas para decir que si se corrigieran las *“lagunas significativas”* que detecta en los análisis económicos se podrían estimar mejor los costes de su aplicación y facilitar las decisiones e inversiones relacionadas con el agua.

Esta falta de atención a los programas de medidas acaso pueda deberse a que es el instrumento estatal para la ejecución de los planes (no regulado por la DMA, pero tampoco por el derecho interno), pero dada su importancia, nos habría gustado un guiño a la carestía de las medidas a implantar para alcanzar los objetivos ambientales y a la problemática social que generan. Una aplicación estricta de la DMA, tal y como están concebidas las excepciones a dichos objetivos ambientales, puede determinar la limitación de derechos de uso consolidados que cuentan –o deberían contar- con la protección jurídica que el derecho europeo dispensa a la propiedad o a los derechos patrimoniales legítimos. Dado que hay que armonizar los intereses sociales y ambientales, sería bueno que la Comisión abriera los ojos a una garantía europea de indemnizabilidad de las restricciones que puedan imponerse. En nuestra opinión, sólo desde el análisis del coste sobre los usuarios de las limitaciones de los derechos de uso puede hacerse una política hidráulica que atienda a todos los intereses en juego.

Desde esta perspectiva, falta realismo al advertir cómo ha de abordarse el problema de la agricultura, que es causante de una de las presiones más significativas a las masas de agua, bien por captaciones excesivas bien por contaminación difusa (nitratos). El informe reconoce que los Estados no han llevado a cabo una evaluación ex ante del grado en que las medidas adoptadas serán suficientes para alcanzar el buen estado (lo que, en definitiva, supone plantear una duda acerca de la adecuación de las medidas). Pero, por otra parte, señala que el cumplimiento de estas medidas, antes voluntario para los agricultores que se comprometieran a utilizar buenas prácticas, será obligatorio ya que condicionará los pagos de la política agrícola común (PAC) y, en la línea crítica que estamos subrayando, la Comisión se desentiende del coste de la protección ambiental que exige, pues sugiere que sean los Estados quienes

ofrezcan apoyo adicional para llevar a cabo otras intervenciones de protección del agua a través de diversos mecanismos de carácter voluntario. La financiación de estas otras intervenciones es, en principio, nacional.

A modo de resumen y de cara a sus terceros planes hidrológicos de cuenca, la Comisión indica en este Informe que los Estados miembros "deberían":

"- continuar aumentando la implicación de las partes interesadas, con la participación activa de estas en el proceso de planificación y la integración de sus aportaciones en los planes hidrológicos de cuenca;

- identificar con claridad el camino que queda por recorrer hasta lograr el buen estado en relación con presiones y masas de agua concretas, y diseñar, financiar y ejecutar programas de medidas dirigidos a cerrar esa brecha;

- recurrir en menor medida a las exenciones a fin de garantizar el logro de los objetivos de la DMA en el plazo establecido y mejorar la transparencia en relación con las justificaciones utilizadas;

- asegurar la correcta aplicación del artículo 9 relativo a la recuperación de costes, incluido el cálculo y la internalización de los costes ambientales y en términos de recursos empleados para todas las actividades que ejerzan un efecto significativo sobre las masas de agua, así como el análisis económico que fundamente el programa de medidas".

A partir de las conclusiones que la Comisión extrae del análisis de los segundos planes hidrológicos de cuenca, se alienta particularmente a España a:

"- velar por que los siguientes planes hidrológicos de cuenca se aprueben a tiempo, respetando los requisitos de consulta pública [de todas las demarcaciones hidrográficas europeas, Canarias era la única donde no se había presentado el correspondiente plan];

- hacer un mayor uso de los caudalímetros a fin de asegurarse de que se midan y registren todas las captaciones, y que los permisos se adapten a los recursos disponibles; garantizar que los usuarios informen periódicamente a las autoridades de las cuencas hidrográficas sobre los volúmenes realmente captados, sobre todo en aquellas demarcaciones hidrográficas que presentan presiones de captación significativas;

- cerciorarse de aplicar correctamente el artículo 9 relativo a la recuperación de costes, incluido el cálculo y la internalización de los costes ambientales y de los costes de los recursos;

- asegurarse de que se especifiquen las necesidades cuantitativas y cualitativas de los hábitats y especies protegidos, y de que se traduzcan en objetivos específicos para cada zona protegida, identificando asimismo los mecanismos de seguimiento y las medidas pertinentes;

- cerciorarse de que se adopten nuevos planes de gestión de sequías".

La evaluación de los Planes de Gestión de Riesgos de Inundación es mucho más sencilla y breve. Lo que destaca el informe es que *“en torno a la mitad de las medidas están relacionadas con la prevención y la preparación, alrededor del 40% con la protección frente a los daños provocados por inundaciones y el 10% restante con la recuperación”*. Y, como es lógico, se presenta a la planificación espacial como la principal de las iniciativas no estructurales (es decir, que no requieren estructuras de ingeniería civil). Las indicaciones de la Comisión para los segundos planes de gestión del riesgo de inundación, son más breves y consisten en:

“- establecer vínculos claros entre la aplicación de medidas y el logro de objetivos, a fin de poder evaluar los progresos realizados a partir del segundo ciclo;

-identificar fuentes de financiación concretas para asegurar la aplicación de medidas”.

Las recomendaciones específicas para España son:

“- aprobar urgentemente los planes de gestión del riesgo de inundación de las islas Canarias y velar por que los siguientes planes de gestión del riesgo de inundación se aprueben a tiempo;

- explicar y documentar mejor el proceso de priorización de objetivos, por ejemplo, explicando qué instituciones y partes interesadas han participado en él y los motivos expuestos para decidir sobre el nivel de prioridad (alto o bajo) de los diferentes objetivos. Desarrollar objetivos e indicadores cuantificables para evaluar el impacto de las medidas, con objeto de contribuir al proceso de evaluación de los avances logrados;

- presentar la metodología de evaluación de las medidas en términos de costes y beneficios, así como la aplicación y los resultados de este análisis;

- tener en cuenta el cambio climático; en particular, tener en consideración este fenómeno de manera sistemática con la estrategia nacional de adaptación”

4. JURISPRUDENCIA

4.1. DOS SENTENCIAS RELEVANTES DEL TJUE QUE MARCAN UNA SEVERA DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO DE LA UE Y LO MERAMENTE ESTATAL

Dos sentencias de sesgos muy diferentes se han dictado por el TJUE en el ámbito que nos ocupa. La primera, que es la de 3 de octubre de 2019 (asunto C-197/18), resuelve una petición de decisión prejudicial presentada por un Juzgado austríaco en un recurso interpuesto por una Mancomunidad de

abastecimiento de agua potable, un particular y un municipio, todos ellos usuarios de aguas subterráneas que captaban con un contenido en nitratos superior a 50 mg/l. Es decir, aguas que superaban el límite fijado por el anexo I de la Directiva 1991/676 y para las que resulta obligatorio adoptar programas de acción que reduzcan el uso de nitrógeno y adoptar mecanismos de seguimiento del estado (controles periódicos).

El recurso trae causa de decisiones de inadmisión de la autoridad austriaca de las peticiones presentadas por los afectados por entender que no eran titulares de derechos subjetivos perfectos. Los demandantes, sin embargo, consideraban que debía trasladarse la doctrina del TJUE de las sentencias de 25 de julio de 2008, *Janecek* (C-237/07), y de 19 de noviembre de 2014, *ClientEarth* (C-404/13), en las que se ha reconocido, en materia de calidad del aire, que ciertas personas podían invocar –y exigir– el respeto de los valores límite desde el momento en que resultaban directamente afectadas, en particular a causa de la existencia de un peligro directo para su salud.

En primer lugar, el TJUE les reconoce legitimación vinculada al art. 9.3 del Convenio de Aarhus, pues tienen un interés que deriva de las molestias que sufren a consecuencia de la contaminación de las aguas y se les obliga a asumir los costes de la descontaminación. El TJUE parte del concepto de contaminación del art. 2, letra j), de dicha Directiva, que se define como “*la introducción de compuestos nitrogenados de origen agrario en el medio acuático, directa o indirectamente, que tenga consecuencias que puedan poner en peligro la salud humana, perjudicar los recursos vivos y el ecosistema acuático, causar daños a los lugares de recreo u ocasionar molestias para otras utilidades legítimas de las aguas*”. Y concluye que “*una persona física o jurídica que disponga de la facultad de extraer y de utilizar aguas subterráneas resulta directamente afectada por el hecho de que se sobrepase dicho límite o exista el riesgo de sobrepasarlo, lo que puede restringir la facultad de utilización legítima de esas aguas de que ella dispone*”. Y que “*la Directiva 91/676 pretende permitir a los particulares la utilización legítima de las aguas, lo que implica que su contenido en nitratos no debe sobrepasar los 50 mg/l.*”

Constatada la legitimación, el TJUE analiza las obligaciones que la Directiva impone a los Estados y advierte que, entre éstas, se encuentra la de adoptar las medidas adicionales o acciones reforzadas si las medidas adoptadas no son suficientes (STJUE de 21 de junio de 2018, C-543/16) y a seleccionar puntos de control adecuados que permitan vigilar estrechamente el estado de las aguas. El Tribunal añade que no hace falta que el particular pruebe la ineficacia de las medidas adoptadas cuando hay un incumplimiento objetivo de las obligaciones de la Directiva, cuando éstas resultan claras, precisas e incondicionadas.

Siendo esto así, de esta sentencia se desprende que el derecho de la UE faculta a los usuarios de agua a exigir a las autoridades que modifiquen un programa de acción existente en materia de nitratos o a que adopten las medidas adicionales o acciones reforzadas contempladas. Una acción de estas características en nuestro contencioso-administrativo no puede articularse por la vía del art. 29 LJ ya que la directiva requiere la adopción de actos de aplicación (que se apruebe un programa de medidas). El endiablado mecanismo para hacer valer este derecho sería presentar una petición de reforma del pertinente programa y después recurrir la respuesta ante la jurisdicción con una pretensión de condena: en este caso, a que la Administración adopte medidas que permitan la captación de aguas en el marco jurídico contemplado por la Directiva de Nitratos y sin perjuicio de las excepciones fijadas en los planes hidrológicos de cuenca. Es claro que en la pretensión no se puede solicitar que se reconozca el derecho a la captación de aguas con un contenido en nitratos inferior a 50mg/l.; sólo que se adopten las medidas adecuadas para el cumplimiento de las obligaciones claras, precisas e incondicionadas de la directiva.

La segunda sentencia que hemos de comentar es la de 7 de noviembre de 2019 (asuntos acumulados C-105/18 a C-113/18) y su objeto es el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica. Esta sentencia responde una cuestión prejudicial planteada a petición de UNESA y varias hidroeléctricas españolas y en la que Iberdrola se sumó a la petición desestimatoria del Estado.

Lo que se pedía al Tribunal era la declaración de que el canon hidroeléctrico creado por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética y aplicable a los aprovechamientos hidroeléctricos de las cuencas intercomunitarias (art. 112 bis TRLA) era contrario al principio de que quien contamina paga, al principio de no discriminación consagrado en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2009/72 de normas legales para el mercado interior de la electricidad, y, en tercer lugar, con el Derecho de la competencia, y se le pregunta a este respecto si dicho canon puede considerarse una ayuda de Estado a efectos del artículo 107 TFUE, apartado 1.

No vamos a entrar aquí en la afección del canon al derecho de la competencia que se vinculaba por los recurrentes a que sólo se había fijado para las cuencas gestionadas por el Estado ni a que fuese contrario a las reglas del mercado interior de la electricidad ya que exceden el ámbito de la perspectiva de este Observatorio.

Sin embargo, sí tenemos que comentar el sorprendente fallo del TJUE al afirmar la compatibilidad del canon por el uso de las aguas de cuencas

intercomunitarias con el artículo 9 de la DMA que exige que los Estados miembros garanticen *“que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales de la presente Directiva”*.

Lo que alegaban las partes era que el canon perseguía un objetivo puramente económico ya que su finalidad era que el Estado obtuviera ingresos para hacer frente al déficit financiero del sistema eléctrico desde el momento en que, por una parte, la base imponible del canon depende del valor de la energía producida y, por otra, sólo el 2% de la recaudación se destina a las actuaciones del Organismo de cuenca, frente al 98% restante que se ingresa en el Tesoro Público y constituye un ingreso adicional del sistema eléctrico⁷.

En su sentencia, el TJUE descarta la incompatibilidad del canon con el derecho de la UE pese a que considera probado que *“no incentiva el uso eficiente del agua, ni establece mecanismos para la conservación y protección del dominio público hidráulico, y cuya cuantificación se desvincula totalmente de la capacidad de producir daños al dominio público, centrándose única y exclusivamente en la capacidad de generar ingresos de los productores de energía hidroeléctrica”*. Para el TJUE, el principio de que quien contamina paga del art. 191 TFUE sí es de aplicación al ámbito de la política del agua porque la recuperación de costes del art. 9 DMA se apoya en este principio (sentencia de 4 de marzo de 2015, Fipa Group y otros, C-534/13, EU:C:2015:140, apartado 40 y jurisprudencia citada). Sin embargo, y pese a que la DMA exige que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos, es una norma que se dirige a los Estados y les concede *“un margen de apreciación (...) en lo que se refiere a la aplicación de dicho principio de recuperación de tales costes”*. Por ello, la regla de que quien contamina-paga no puede ser invocada por los particulares para eludir una obligación nacional que es exigida por su poder público.

Esta sentencia no es nada fácil de explicar, pero lo que viene a decir el TJUE es que la DMA no agota las posibilidades de tarificación del uso del agua pues no tiene como objetivo una armonización total de la normativa de los Estados miembros en este ámbito (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de septiembre de 2014, Comisión/Alemania, C-525/12, EU:C:2014:2202,

⁷ Tiene interés que, ante el TJUE, se declaró probado que, aunque el RD 198/2015 (que desarrolla el canon) -para adecuar su contenido a lo dictaminado por el Consejo de Estado- había exigido que lo recaudado se destinara a actuaciones de protección y mejora del dominio público hidráulico, los presupuestos generales del Estado para el año 2016 no atendieron este mandato al destinar los ingresos procedentes del canon a financiar el déficit del sistema eléctrico. Esta cuestión, al TJUE, le resulta absolutamente irrelevante.

apartado 50, y de 1 de julio de 2015, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, C-461/13, EU:C:2015:433, apartado 34). Y por eso, no infringe el derecho europeo el que un Estado miembro imponga el pago de algún canon, cuyo importe no sea proporcional a los costes de los servicios relacionados con el agua.

Así, el TJUE concluye que el control del cumplimiento del principio de recuperación de costes ha de efectuarse evaluando las medidas adoptadas por un Estado miembro «en su conjunto» y no sólo a la luz de un determinado tributo, cuestión que como ha señalado Ortiz Calle, no parece convincente⁸. En nuestra opinión, este canon ocupa destacadamente el lugar de un tributo verdaderamente ambiental y cuya recaudación pueda servir para financiar a los Organismos de cuenca y el costoso cumplimiento de los objetivos ambientales. Por eso, entendemos que obstaculiza el principio de recuperación de costes y, con ello, que está poniendo en peligro la aplicación de la DMA. La sentencia no analiza el principio de cooperación leal del art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea.

4.2. LA STC 87/2019 QUE RESUELVE EL RECURSO INTERPUESTO POR EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO EN RELACIÓN CON DIVERSOS PRECEPTOS DE LA LEY DEL PARLAMENTO DE CATALUÑA 16/2017, DE 1 DE AGOSTO, DEL CAMBIO CLIMÁTICO

En esta sentencia, el TC hace una interpretación conforme del art. 16.3 de la Ley catalana que, dentro del capítulo III dedicado a las «políticas sectoriales», establece:

«La interconexión de las redes de abastecimiento como medida que otorga seguridad al sistema de abastecimiento de agua potable solo debe hacerse en casos excepcionales, y siempre y cuando no comporte una interconexión de cuencas hídricas que pueda dar lugar a trasvases permanentes entre cuencas. Esta interconexión no debe implicar una captación de aguas que reduzca de modo importante el caudal ecológico aguas abajo del punto de captación».

El TC aplica su conocida construcción sobre la interpretación conforme de la legislación autonómica con la CE (SSTC 14/2015, FJ 5, 17/2016, FJ 4, 185/2014, FJ 7) y señala que:

“es posible también entender, sin reconstruir el precepto ni dejar de respetar su “tenor literal y contenido, que las «cuencas hídricas» a que el mismo se refiere son solamente las de competencia de la Generalitat, como

⁸ORTIZ CALLE, E., “Protección del medio ambiente y libre competencia, a propósito de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de noviembre de 2019”, *La Ley Unión Europea*, N° 78, Febrero 2020.

sus representantes reconocen. De este modo, el precepto se acomoda al sistema constitucional de distribución de competencias (por todas, STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 15, sobre la Ley de aguas y el concepto de «cuenca hidrográfica»). En consecuencia, procede declarar que el art. 16.3 no es inconstitucional siempre que se interprete que las «cuencas hídricas» a que el mismo se refiere son solamente las cuencas intracomunitarias del art. 117 EAC». Esta interpretación conforme se traslada al fallo. Este precepto ya de por sí estaba prácticamente vacío de contenido, porque los trasvases son hoy en día excepcionales. Y, además, al no tener carácter retroactivo, no afecta a la interconexión de los dos principales ríos de las cuencas internas (Ter y Llobregat) que se agrupan en un único sistema de explotación por el plan de gestión de cuenca fluvial de Cataluña. La interpretación del TC, no obstante, si cierra cualquier discusión sobre su aplicación a la interconexión del Ebro con las cuencas internas a través del Canal del Segarra-Garrigues, que es un proyecto que está encima de la mesa hace tiempo.

4.3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tal y como habíamos anunciado en pasadas ediciones de esta obra (como, por otra parte, resultaba fácilmente previsible) la crónica jurisprudencial en materia de aguas en este año 2019 se ha visto marcada por el maremágnum de impugnaciones judiciales derivado de la aprobación de los planes de demarcación de segundo ciclo. Agrupar sistemáticamente un conjunto tan nutrido de pronunciamientos (se acercan a los 40) no resulta una tarea sencilla ni seguramente viable en su integridad, pues la disparidad de criterios de impugnación ha sido muy significativa.

Por ello, vamos a presentar, de forma pretendidamente sintética, las principales conclusiones que se pueden destacar de estas impugnaciones, que han llevado, incluso, a la declaración de nulidad de varios de los Planes de Demarcación en su integridad. De igual manera, haremos un recorrido por las sentencias que han resuelto los distintos recursos presentados sobre el tan significado Real Decreto 638/2006, de modificación del RDPH, en lo que se refiere a la gestión de riesgos de inundación. Y, por último, presentaremos desde un planteamiento crítico otros destacados pronunciamientos que el TS ha dictado, este año, sobre aspectos tan dispares (y en algún caso curiosos) dentro de la regulación material sobre el dominio público hidráulico como la viabilidad de una consulta popular para la instalación de una planta depuradora o el condicionamiento para el ejercicio de potestades en bienes pertenecientes al dominio público hidráulico no deslindados.

4.3.1. Impugnación de los planes hidrológicos de demarcación de segundo ciclo

Conviene recordar, como punto de partida antes de realizar cualquier otra consideración, la pretensión originaria de que el segundo ciclo de planificación

(2015-2021), establecido por la Directiva Marco del Agua, se debía realizar presentando el contenido normativo de los distintos planes hidrológicos bajo una sistemática y organización común a todos ellos, dotándoles así de una estructura homogénea y de fácil consulta.

No obstante –y eso es algo habitual en la praxis de nuestros reguladores– la aprobación de los planes hidrológicos correspondientes a este ciclo se hizo de forma tardía (incumpliendo los plazos de la directiva) y, además, escalonada, de tal forma que si bien en el año 2016 el Gobierno aprueba el núcleo fundamental de planes⁹; queda para los tres años siguientes la aprobación de los planes restantes correspondientes a algunas de las demarcaciones intracomunitarias¹⁰.

En consecuencia, y dados los tiempos judiciales, a lo largo de este año nos hemos encontrado con el conjunto principal de pronunciamientos respecto a las impugnaciones de los dos Reales Decretos aprobados en el año 2016, si bien ya ha acontecido alguna otra resolución respecto a la planificación de las cuencas internas catalanas (STS 2385/2019, de 16 de julio y STS 2567/2019, de 16 de julio) con escaso recorrido, pues se desestiman todas las pretensiones impugnatorias.

Por encima de cualquier otra consideración, se observa como el TS se ha mostrado mucho más estricto en lo que se refiere al cumplimiento de criterios formales (llegando a declarar la nulidad de Planes Hidrológicos completos por deficiencias procedimentales no singularmente significativas), que en la valoración de argumentos de fondo mucho más relevantes desde una perspectiva sustantiva (sigue resultando palmaria la injusticia material que supone el caso de Jánovas, que se va a perpetuar al menos una década más ante un Plan de Desarrollo sostenible todavía pendiente de ejecución). Circunstancia que no resulta de extrañar, dada la colosal deriva formalista a la que se ha

⁹Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro; y Real Decreto 11/2016, de 8 de enero, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas de Galicia-Costa, de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, del Guadalete y Barbate y del Tinto, Odiel y Piedras, en relación con el Plan Hidrológico de la demarcación hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas

¹⁰ Real Decreto 450/2017, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Plan de gestión del distrito de cuenca fluvial de Cataluña; Real Decreto 51/2019, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Illes Balears; y, finalmente, los planes hidrológicos de las siete demarcaciones canarias aprobados entre los años 2018 y 2019 por el procedimiento especial que ampara la disposición adicional novena del TRLA y la Ley de Aguas de Canarias.

dirigido un Derecho como el nuestro, caracterizado por la desbordante inflación normativa y la pluralidad ordinamental.

Tratando de sistematizar los numerosos pronunciamientos que se han producido sobre ambos textos normativos, se observan algunos motivos impugnatorios comunes, en algún caso reiterados (con similar éxito) a las impugnaciones del primer ciclo planificador. De este modo, son muchas las demandas que sustentan las pretensiones anulatorias en deficiencias sustanciales y formales del régimen de caudales ecológicos (ausencia de estudios previos e informe del Consejo de Estado, negación del proceso de concertación, carencia de proporcionalidad e igualdad de los caudales respecto a otras demarcaciones o vulneración de la normativa sobre energías renovables) o en la inevitable modificación del marco concesional (tanto a concesiones ya patrimonializadas o como a las que se hallaban en proceso de otorgamiento) contenida en el régimen transitorio de estas normas, sin prever, evidentemente, las correspondientes indemnizaciones.

Existe, no obstante, otro argumento impugnatorio que se reproduce en varias de las demandas y que presenta un inevitable rasgo de originalidad derivado de la inestabilidad política que ha gobernado estos años.

Dado que la aprobación de los Reales Decretos del año 2016 se hizo por un Gobierno que, en ese momento, se hallaba en funciones¹¹, correspondía dilucidar si la aprobación de la planificación hidrológica concordaba (y concuerda) con el estrecho margen de despacho ordinario de los asuntos públicos que habilita el artículo 21.3 de la Ley 50/1997 a un Ejecutivo que se encuentra en funciones.

A priori, se podía pensar que las previsiones contenidas en los Planes Hidrológicos suponen la concreción de la política hidráulica del Gobierno, por lo que deberían exceder, con mucho, del concepto de despacho ordinario de los asuntos. Por lo general, se ha venido entendiendo (así lo ha hecho la jurisprudencia, pero también lo dicta la más elemental lógica) que el despacho ordinario de los asuntos públicos comprende todas aquellas cuestiones cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno.

¹¹ Gobierno en funciones que se inició con el Real Decreto 977/2015, de 26 de octubre, por el que se disolvieron el Congreso de los Diputados y el Senado y se convocaron elecciones generales, y que finalizó con la publicación del Real Decreto 417/2016, de 3 de noviembre, tras haber sido precisa una segunda convocatoria electoral mediante Real Decreto 184/2016, de 3 de mayo.

No obstante, el TS, con una concepción un tanto voluntarista (lo contrario implicaría la nulidad de todos los planes aprobados y un claro incumplimiento de los mandatos comunitarios), considera que el planeamiento hidrológico responde “a una estricta previsión legal de revisión sexenal establecida al efecto y en cumplimiento y persecución de los objetivos establecidos en la normativa comunitaria e interna”, de manera que ni implica una iniciativa política del Gobierno ni supone criterios de dirección política en la materia. Bajo esta concepción que construye el TS en varios de sus pronunciamientos (STS 858/2019, de 18 de marzo y STS 1159/2019, de 2 de abril, entre otros) es la normativa aplicable, y no el Gobierno, quien orienta la política del agua, de modo que las decisiones adoptadas en la aprobación de los planes hidrológicos “no comprometen ni impiden las decisiones que en el ejercicio de sus funciones deba adoptar el nuevo Gobierno surgido de las elecciones generales” (STS 858/2019).

Este razonamiento resulta abiertamente contradictorio con la naturaleza misma de los instrumentos de planificación, que tienen fuerza normativa y, en consecuencia, embridan las actuaciones futuras bajo los criterios discrecionales que estima más oportunos y pertinentes. También desconoce que los planes están sujetos a un procedimiento de elaboración por los Organismos de cuenca que se desarrolla en tres fases con tres periodos de información pública de seis meses (documentos iniciales; esquema de temas importantes; y normativa) y están sujetos a un proceso periódico de revisión sexenal, que es obligatorio. Siendo esto así la argumentación con que acompaña el TS a su decisión resulta voluntarista pues alega que un posterior Gobierno no se vería vinculado por los planes aprobados por uno anterior al tener la capacidad de derogar la norma reglamentaria o que puede producirse –como en el caso- la contingencia de que el posterior Gobierno sea “del mismo signo político que el que aprobó la norma objeto de recurso”. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, y como ya hemos señalado en otras ocasiones, el Tribunal Supremo insiste en equiparar los planes a un reglamento elaborado por el Gobierno, desconociendo que los planes se elaboran por los Organismos de cuenca y el Gobierno se limita a aprobarlos (art. 80.5 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica).

Una vez vistos estos elementos argumentativos comunes, conviene detenerse, con el mismo carácter de síntesis que guía este comentario, en los distintos pronunciamientos que han versado sobre cada uno de los Reales Decretos de aprobación de los Planes Hidrológicos, analizando, fundamentalmente, el resultado de esta fiscalización de legalidad.

- A. Sentencias referidas al Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta,

Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

En primer lugar, conviene apuntar que, salvo error u omisión por nuestra parte, han sido veintiuna las sentencias en las que el TS ha enjuiciado la legalidad del citado Real Decreto durante el año 2019.

Con carácter general, salvo dos excepciones en las que la demanda pretendía la nulidad del texto completo del Real Decreto (STS 1030/2019, de 26 de marzo y STS 1028/2019, de 22 de marzo, en la que se impugna el régimen transitorio del Real Decreto en tanto la aprobación de este afecta a procedimientos concesionales en trámite de resolución), las pretensiones impugnatorias se centraban, singularmente, en las disposiciones normativas de los planes hidrológicos concretos, lo que seguramente nos privó de una sentencia general en la que se acumulasen todos los recursos presentados contra el RD. Las impugnaciones, agrupadas por demarcación cuyo plan era objeto de impugnación, son las siguientes:

- Sobre la Demarcación hidrográfica del Cantábrico Occidental: las SsTS 853/2019, de 14 de marzo, 1031/2019, de 26 de marzo y 1132/2019, de 29 de marzo.
- Sobre la Demarcación hidrográfica del Cantábrico Oriental: STS 1132/2019, de 29 de marzo.
- Sobre la Demarcación hidrográfica del Tajo: SsTS 854 y 855/2019, de 14 de marzo, 937/2019, de 21 de marzo y 1159/2019, de 2 de abril.
- Sobre la Demarcación hidrográfica del Júcar: SsTS 857 y 858/2019, de 18 de marzo, 935/2019, de 19 de marzo, 1029/2019, de 22 de marzo y 1658/2019, de 28 de mayo.
- Sobre la Demarcación hidrográfica del Duero: STS 1132/2019, de 29 de marzo.
- Sobre la Demarcación Hidrográfica del Guadiana: SsTS 936/2019, de 19 de marzo, 1029/2019, de 26 de marzo, 1032/2019, de 29 de marzo y 1066/2019, de 1 de abril.
- Sobre la Demarcación Hidrográfica del Ebro: STS 940/2012, de 25 de marzo y STS 1136/2019, de 27 de marzo.
- Sobre la Demarcación Hidrográfica del Miño-Sil: STS 939/2019, de 25 de marzo y STS 1132/2019, de 29 de marzo.

El resultado de todo este compendio de pronunciamientos ha sido la declaración de nulidad de varios preceptos del Plan Hidrológico del Tajo (artículos 9.1, 10.2 y 19.1), del artículo 40 del Plan Hidrológico del Segura y de diversas previsiones normativas del Plan Hidrológico del Guadalquivir en tanto daban cobertura normativa a una actuación de dragado de profundización del canal de navegación del puerto de Sevilla en el estuario del Guadalquivir.

Quizá dentro del conjunto de pronunciamientos relativos a este segundo ciclo de planificación hidrológica, la STS 1159/2019, de 2 de abril, sea una de las sentencias que mejor condensa el actuar del TS frente a los argumentos impugnatorios presentados. Y es que el caso resultaba tremendamente palmario. Así, la demanda presentada por la representación del Gobierno de Castilla La Mancha contra el Real Decreto 1/2016 (e indirectamente también contra el Real Decreto 773/2014, de 12 de septiembre, por el que se aprueban diversas normas reguladoras del trasvase por el acueducto Tajo-Segura) pretendía la nulidad del RD en diversos aspectos normativos que afectaban a tres de las demarcaciones incluidas.

En concreto, en relación al Plan Hidrológico del Tajo, la demanda argumentaba la necesidad de una adecuada fijación del régimen de caudales ecológicos (ya fuese de forma completa, ya en forma de mínimos) para distintas masas de agua, algunas de ellas, asociadas a espacios protegidos de la Red Natura 2000. Al igual que en las SsTS 854/2019 y 855/2019, de 19 de marzo, el motivo prospera y se declara la nulidad de los artículos correspondientes a los caudales ecológicos pues sólo se habían fijado estos caudales en 16 masas de agua estratégicas y no en las 309 masas de agua de la demarcación (se fijaban caudales en un 5% de las masas tipo río, aunque entre ellas se encontraba el eje del río Tajo). El TS encuentra que hay aquí un incumplimiento de la normativa de aguas, pero en concreto, un *“incumplimiento de la Instrucción de Planificación Hidrológica que, en recta aplicación del TRLA y RPH, exige que el régimen de caudales ecológicos se extienda a todas las masas de agua superficiales”*. Es decir, el TS admite que no hay ningún precepto legal que obligue a fijar y a imponer un caudal ecológico en todas las masas de agua, pero que esto resulta obligatorio porque así lo establece la Instrucción de Planificación aprobada por Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, que hace esta interpretación de la Ley de aguas.

Que esto sea así no es del todo pacífico. El caudal ecológico es una técnica o un instrumento de protección que supone que en aquellas masas en donde, tras los correspondientes usos o detracciones, no hay caudal suficiente para cumplir los objetivos ambientales, éste ha de fijarse de forma singular por el plan hidrológico. Por ejemplo, ningún sentido tiene que se fije un caudal ecológico para el río Ebro a su paso por Zaragoza ni a una rambla por la que normalmente no circula ningún caudal, por más que la rambla sea una masa de

agua. De la misma forma, puede no ser preciso fijar caudales ecológicos en masas de agua para las que se hayan establecido excepciones al cumplimiento de los objetivos ambientales e, incluso, para masas que discurran por espacios protegidos porque el caudal circulante ya resulte en sí mismo suficiente para conservar, por ejemplo, las especies piscícolas prioritarias (de hecho, un mayor caudal puede ser perjudicial para determinadas especies). La única obligación que fija la IPH es que se hagan estudios técnicos para todas las masas de agua (apartado 3.4.a). En cualquier caso, por Auto del TS de 25 de abril de 2019 (rec. núm.4351/2016) se descarta la aclaración de una de las sentencias anulatorias del Plan del Tajo, que habían solicitado los recurrentes para que el Tribunal se pronunciara sobre los caudales ecológicos exigibles dado que también se estaban anulando los que se habían aprobado.

También ha prosperado la solicitud de anulación del artículo 40 de la parte normativa del Plan hidrológico de la Demarcación del Segura. La argumentación de la demanda se fundamentaba en la vulneración que este precepto suponía del artículo 54.2 TRLA, en cuanto sometía a autorización los llamados usos privativos por disposición legal. Era evidente que dicha previsión (sustentada, es cierto, en el Real Decreto Ley 3/1986 de 30 de diciembre, sobre medidas urgentes para la ordenación de aprovechamientos hidráulicos en la cuenca del Segura) venía a establecer un régimen de autorización que claramente excedía de lo previsto en el TRLA y, a su vez, en los artículos 84 y 87 del RDPH, pues tomando en consideración dicha base normativa, la exigencia de autorización efectivamente solo queda restringida al caso de acuíferos sobreexplotados y a aprovechamientos superiores a los 7000 metros cúbicos anuales (en cuyo caso, el propietario del predio tendrá que obtener concesión) y no a cualquier supuesto de uso, como efectivamente pretendía el Plan impugnado.

El principal obstáculo jurídico, no obstante, se hallaba en la coincidencia del contenido del artículo 40 del PH del Segura con la previsión del artículo 3 del RD Ley 3/1986, en el que se establece que "Los aprovechamientos de aguas subterráneas cuyo volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos, a los que se refiere el artículo 52.2 de la Ley de Aguas, requerirán en todo caso autorización previa de la Confederación Hidrográfica del Segura". Y el obstáculo no resultaba menor ni baladí desde una perspectiva jurídica, en tanto la determinación del contenido normativo del Plan no era sino un mimetismo de dicho precepto en vigor del Real Decreto-Ley.

El TS, por tanto, no solo debe hacer un esfuerzo argumentativo para establecer la ilegalidad del precepto contenido en el Plan en relación al TRLA (algo aparentemente sencillo), sino también respecto a la inaplicación del Real Decreto-Ley (aspecto, sin duda, mucho más complejo). La solución que ofrece el TS a este complejo problema es la cesación en la producción de eficacia de

la norma de cobertura, por cuanto entiende que ya no acontecen las razones de extrema urgencia que justificaron la aprobación del Real Decreto-Ley y cuyas medidas se califican en el Preámbulo de la propia norma como "excepcionales". De igual forma (y en este caso debemos interpretar que es por aplicación del principio *lex posterioris derogat lex anterioris*, aunque formalmente el TS no lo afirme en su pronunciamiento), se concluye que la aprobación del artículo 54 del TRLA supuso la derogación material del artículo 3 del Real Decreto Ley 3/1986, lo que lleva al TS a determinar que el Plan Hidrológico del Segura carece de base legal para imponer el requisito de la autorización con carácter general e indiscriminado, declarándose, como hemos adelantado, la nulidad del artículo 40 de las disposiciones normativas del Plan.

En cualquier caso, la anulación de este artículo pone de manifiesto una de las muchas reglas incomprensibles del derecho de aguas, ya que no parece que tenga mucho sentido que la prohibición de pequeñas captaciones de aguas subterráneas pueda imponerse por la Junta de Gobierno de una Confederación cuando se apruebe un plan de actuaciones para un acuífero sobreexplotado sobre la base del art. 56 TRLA y que sin embargo, esta misma prohibición no pueda imponerse singularmente por un plan hidrológico de una cuenca deficitaria, apoyándose en un Real Decreto-Ley formalmente vigente.

También en relación con las aguas subterráneas, esta sentencia valida la declaración que hace el plan de que determinados acuíferos están en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo (art. 50) pese a que, de acuerdo con el art. 56 TRLA, la declaración de que una masa de agua está en riesgo corresponde a la Junta de Gobierno. Cabe recordar que la declaración de que un acuífero "*está en riesgo de no alcanzar objetivos ambientales*" (antes de la Ley 11/2012, se trataba de acuíferos "sobreexplotados") es equívoca pues normalmente se trata de acuíferos que están en mal estado cuantitativo o químico y no "en riesgo".

B. Sentencias referidas al Real Decreto 11/2016, de 8 de enero, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas de Galicia-Costa, de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, del Guadalete y Barbate y del Tinto, Odiel y Piedras, en relación con el Plan Hidrológico de la demarcación hidrográfica de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas.

En segundo lugar, corresponde analizar el conjunto de sentencias en las que se enjuicia la legalidad del Real Decreto 11/2016 como instrumento normativo de aprobación de diversos planes hidrológicos. Y si bien la cantidad de pronunciamientos resulta considerablemente menor respecto al RD 1/2016 (son once las sentencias referenciadas), la relevancia fáctica que han tenido

dichos pronunciamientos sobre el panorama planificador en materia hídrica ha sido, de forma paradójica, significativamente mayor.

De nuevo, listando los pronunciamientos sobre la base del plan de la demarcación hidrográfica afectada, se pueden observar las siguientes sentencias:

- Sobre la demarcación hidrográfica de las Cuentas Mediterráneas Andaluzas: SsTS 941/2019, de 25 de marzo; 950/2019, de 25 de marzo; 1219/2019, de 11 de abril; 1228/2019, de 11 de abril; 1655/2019, de 21 de mayo; 2321/2019, de 4 de julio; 2452/2019, de 5 de julio; 2453/2019, de 10 de julio y 2465/2019, de 5 de julio.
- Sobre la demarcación hidrográfica del Guadalete y Barbate: STS 2315/2019, de 4 de julio y STS 2452/2019, de 5 de julio.
- Sobre la demarcación hidrográfica de Galicia-Costa: STS 938/2019, de 21 de marzo.

Pues bien, con la única salvedad del Plan de la demarcación hidrográfica de Galicia-Costa (en cuyo fallo el TS desestima los motivos impugnatorios de la demanda, sustentados en la falta de equilibrio de los usos del agua para producción hidroeléctrica y en el régimen de caudales ecológicos previsto, que según la parte actora había obviado toda clase de concertación), los dos restantes planes impugnados -Cuentas Mediterráneas Andaluzas y Guadalete y Barbate- son declarados nulos de pleno derecho en su integridad. Y lo son como consecuencia de un vicio formal en la tramitación de los mismos, derivado de una previsión autonómica que incide, de una forma un tanto indirecta, en el procedimiento de aprobación de los planes hidrológicos.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 57.2 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, deberá solicitarse informe preceptivo del Consejo Andaluz de Gobiernos Locales en el procedimiento de elaboración de los anteproyectos de leyes, planes y proyectos de disposiciones generales que se elaboren por las instituciones y órganos de la Comunidad Autónoma de Andalucía siempre que las mismas pudieran afectar al ejercicio de las competencias propias de la administración local. Considera el TS (frente a la oposición de la propia Administración autonómica codemandada) que el contenido de los planes hidrológicos incide en las competencias propias de la Administración local, aunque esta carezca de competencia alguna para la aprobación de dichos planes.

Es más, y aunque el TS no incide en ello a la hora de conformar la fundamentación del fallo, resulta trascendente recordar que, a pesar de lo significativa que resulta la participación de la Administración autonómica en el procedimiento de aprobación de un plan hidrológico (y, más aún, en un plan de

naturaleza intracomunitaria), dicha aprobación no se produce por un órgano de la Comunidad Autónoma de Andalucía, sino que corresponde a la Administración estatal. Y aún así, la ley andaluza no incurre, con su exigencia procedimental de informe, en una extralimitación competencial, pues la participación autonómica requerida en el precepto no se materializa en la aprobación de los planes, sino en su *elaboración*, coincidiendo, en este sentido, con el término que utiliza el artículo 41.1 del TRLA para definir la competencia de las administraciones hidráulicas en dicho procedimiento.

Por todo ello, y dado el carácter preceptivo que la normativa autonómica atribuye al informe, el TS declara nulo el RD 11/2016 en lo que se refiere a los planes hidrológicos de las demarcaciones andaluzas impugnadas. Declaración de nulidad que se extiende a otras normas vinculadas a dichos planes, como las Órdenes de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía por las que se disponía la publicación de sus disposiciones normativas o, más significativamente, al Real Decreto 21/2016, de 15 de enero, en relación con el Plan de Gestión de Riesgo de Inundación de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, afectado por el mismo defecto procedimental.

4.3.2. Impugnación del RD 638/2016, en lo referido a la limitación de usos edificatorios en zonas inundables

En la edición anterior de este Observatorio ya dimos cuenta de la STS 3353/2018, de 3 de octubre, que resolvía la pretensión de nulidad de los preceptos del RD 638/2016 referidos a uno de los pilares objetivos del reglamento, la regulación de los caudales ecológicos.

Durante este año 2019 se han sustanciado, no obstante, los que con toda probabilidad sean los recursos más relevantes en lo que se refiere a esta norma de reforma del RDPH, ya que incidían en su aspecto normativo primordial –y, por ende, más problemático–, la limitación de usos en zonas inundables. Y es que no cabe duda que la adecuada gestión del riesgo de inundación resulta inviable sin que se produzca una incidencia, siquiera indirecta, en relación a las competencias autonómicas en materia urbanística y territorial.

Esta problemática, como sabemos, ya ha sido profusamente tratada -con resultados algo desiguales, por cierto-, tanto por el Tribunal Constitucional (baste citar las SsTC 227/1988 y 149/1991 en lo que atañe a las zonas de servidumbre reguladas en las leyes de Aguas y Costas, respectivamente), como por el TS, especialmente en la STS 142/2012, de 20 de enero, que, como vimos en su momento, enjuiciaba la legalidad del Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación y la clara incidencia que varios de sus preceptos representaban sobre la ordenación urbanística y territorial.

Los hasta ocho pronunciamientos publicados este año sobre la materia¹² han producido igual resultado desestimatorio, nada ciertamente imprevisible a tenor de las circunstancias que los precedían. En lo que podemos llamar "síndrome de la cola", todos los recursos se resuelven de forma igual al primero: es decir, es igual el trabajo –mejor o peor- desarrollado por los respectivos abogados. Una vez desestimado un recurso, se desestiman todos los que van detrás con idéntica argumentación.

En cualquier caso, la imposición de limitaciones al derecho de propiedad en terrenos colindantes al dominio público es una técnica normativa común y perfectamente asentada en nuestro Ordenamiento desde el punto de vista del sistema de reparto constitucional. Es cierto que los terrenos inundables no necesariamente tienen que coincidir con las zonas de servidumbre o policía (aunque una de las previsiones controvertidas era, precisamente, la ampliación de esta última hasta la zona de flujo preferente). En todo caso, es interpretación pacíficamente aceptada que las previsiones de limitación de usos contenidas en el TRLA y en el RDPH no obedecen únicamente a la protección del bien demanial. Bajo ese mismo contexto, las limitaciones incorporadas en el RD 638/2016 no sólo gozaban de cobertura en la propia normativa de aguas, sino también en las competencias que ostenta el Estado en materia de protección del medio ambiente y seguridad pública (artículos 149.1.23ª y 29ª de la Constitución). La colisión con el ordenamiento urbanístico y territorial no es sino una consecuencia inevitable del carácter omnicompreensivo de estas materias. Pero el condicionamiento a la calificación urbanística o incluso a la clasificación del suelo no resulta en ningún modo inadecuado a nuestro sistema de reparto competencial. De hecho, la propia normativa estatal en materia de suelo reserva la situación básica de suelo rural a los terrenos sometidos a riesgos naturales, como también hacen las leyes urbanísticas autonómicas en relación a la clasificación de dichos terrenos como suelo no urbanizable.

Más peculiar resulta la argumentación, reproducida en varias de las demandas presentadas, que cuestiona la validez de que para la determinación de la zona inundable se utilice el periodo de retorno de 500 años. Se llega incluso a afirmar que dicha previsión carece de base en la Directiva 2007/60/CE (recordemos que el Real Decreto 638/2016 vino a completar la incorporación de la Directiva que ya había hecho, parcialmente, el Real Decreto 903/2010). Se defiende, de esta manera, que las medidas concretas para evitar los riesgos de inundabilidad han de quedar al arbitrio de los entes locales sobre la base del principio de subsidiariedad, dado que la crecida de retorno es muy incierta y que el margen de error, siempre superior a la de 100 años, es variable por cuencas según la disponibilidad de datos locales, el clima o la calibración o no

¹² SsTS 1750, 1751, 1752 y 1753/2019, de 3 de junio; STS 1765/2019, de 6 de junio; SsTS 1767 y 1768/2019, de 10 de junio y STS 3200/2019, de 10 de octubre

de los modelos matemáticos empleados. Hecho que no resulta del todo incierto, como tampoco lo es la calamitosa situación urbanística en la que se hallaban – y se hallan- las zonas inundables como consecuencia de la excesiva confianza que depositaba el Legislador en el planificador urbanístico antes de la existencia del Sistema Nacional de Cartografía de las zonas inundables y de las actuales previsiones normativas de la legislación de suelo y de gestión de riesgo de inundación.

Felizmente, el TS desestima esta argumentación, pues si bien el periodo de retorno de 500 años no se recoge, de forma expresa y literal, de la mencionada Directiva 2007/60/CE; ésta sí que lo posibilita dentro del escenario de baja probabilidad de inundación o de eventos extremos previsto en el artículo 6, hasta el punto de que la opción elegida por el Legislador estatal no es la más alta en los países de la Unión Europea, sino que en la mayoría de ellos se utiliza el periodo de hasta 1000 años.

4.3.3. De nuevo ¿resulta necesario deslindar los bienes de dominio público hidráulico para poder ejercer potestades administrativas sobre los mismos?

Ya fue objeto de análisis, en la edición anterior de este observatorio, la doctrina jurisprudencial emanada de la fundamental STS 814/2018, de 21 de mayo, en la que se concluía que, en los supuestos de bienes cuya naturaleza de dominio público hidráulico venía establecida "ex lege" en una norma (en ese supuesto, y por lo que nos interesa, en el artículo 2 del TRLA), no resultaba preciso proceder al deslinde del mismo para el ejercicio por la Administración de las potestades administrativas relativas a la utilización de dicho dominio público hidráulico y su protección.

A lo largo de este año 2019 se han reiterado los supuestos, habiendo el TS mantenido y reafirmado su doctrina en, al menos, cinco nuevos pronunciamientos (SsTs 3063 y 3064/2019, de 30 de septiembre, STS 3251/2019, de 15 de octubre, y SsTS 3254 y 3319/2019, de 17 de octubre).

Más allá de los comentarios críticos que ya realizábamos en la pasada edición y a los que, por supuesto, nos remitimos, llama poderosamente la atención un supuesto que acontece en los antecedentes fácticos de la STS 3064/2019. Y es que, en ese caso, las parcelas objeto de litigio resultaban de posesión comunal por el Ayuntamiento (así figuraban en las Notas simples informativas emitidas por el Registro de Propiedad) y, además, estaban catastradas como pertenecientes al Ayuntamiento con la naturaleza de bien comunal, gozando, por ende, de la consideración de bienes de titularidad municipal.

Pues bien, la afirmación que realiza el TS en el FJ 1º de la referida sentencia no puede resultar más desconcertante, pues (y transcribimos literalmente) llega a concluir que “su carácter comunal no puede desvirtuar su eventual naturaleza de dominio público hidráulico, establecida "ex lege" por el art. 2 del TRLA, ni afectar a las funciones que el art. 17 del mismo Texto atribuye al Estado, y, singularmente, a las facultades de control y administración que sobre dicho demanio -y para su protección- tienen, atribuidas, entre otras, los Organismos de Cuenca”. Tal afirmación fácilmente puede interpretarse como el reconocimiento de la posibilidad de que resulte admisible la naturaleza jurídica dual de un bien como demanial y comunal al mismo tiempo, en un supuesto en el que, además, la titularidad pertenece a dos Administraciones distintas (estatal y municipal). Conclusión que, aun enmascarada en el aparente carácter *obiter dicta* del razonamiento (pues en el resto de pronunciamientos que conforman la línea jurisprudencial se alcanza la misma resultante sin que aconteciese tal contradictoria situación), resulta difícil de asimilar, pues de ella deriva la posible titularidad compartida de los bienes demaniales y, más extrañamente, que resulte factible la atribución de dos regímenes jurídicos claramente diferenciados (y, en cierta manera, incompatibles) en lo que se refiere a la protección y gestión de los bienes. Una paradoja que, evidentemente, no se encuentra resuelta en nuestro Ordenamiento jurídico y que difícilmente puede resultar admisible bajo la categorización clásica de los bienes que conforman el patrimonio de las Administraciones públicas.

4.3.4. Validez de una consulta popular municipal frente a la implantación de una estación depuradora

Por último, vamos a analizar un caso que no deja de ser una curiosidad en un año de pronunciamientos tan relevantes, en lo sustantivo, respecto de la regulación del régimen jurídico del dominio público hidráulico. Se trata de la STS 3898/2019, de 3 de diciembre, en la que se enjuicia la validez de una consulta popular planteada por un pequeño municipio balear frente a la aprobación del proyecto de una nueva estación depuradora de aguas residuales, que debía situarse en los confines del término municipal.

Los antecedentes resultan interesantes para entender el contexto en el que se pretendía que se produjera la consulta. En el año 2009 y mediante Ley 26/2009, de 23 de diciembre, el Estado declara de interés general el proyecto de la nueva estación depuradora de aguas residuales, colectores y sistema de vertido de Can Picafort, en el término municipal de Santa Margalida (Mallorca).

Transcurrido un tiempo -en el año 2017- y ante la proximidad de la aprobación y ejecución del proyecto, el Pleno del Ayuntamiento de Santa Margalida acuerda por unanimidad "solicitar a través del Gobierno de la Islas Baleares, autorización del Gobierno del Estado para que el Ayuntamiento de

Santa Margalida celebrara una consulta Popular sometiendo la siguiente pregunta: *¿Apoya que el Ayuntamiento se oponga por todas las vías legales a su alcance, incluida la vía Jurisdiccional, a la aprobación del proyecto de nueva estación depuradora de aguas residuales en Can Picafort y su emisario submarino que vierte en la bahía de Alcúdia delante de la playa de Son Bauló?*". Consulta popular que el Consejo de Ministros acordó no autorizar en el año 2018, siendo este acuerdo el que se recurre en sede contenciosa.

Como sabemos, el artículo 71 de la LBRL permite someter a consulta popular determinados asuntos siempre que, de conformidad con una doctrina jurisprudencial perfectamente asentada (SsTS de 17 de febrero de 2000, de 15 de noviembre de 2012 y de 29 de noviembre de 2016), concurren los siguientes cuatro requisitos:

- a) Que el objeto de la consulta sea un asunto de la competencia propia municipal.
- b) Que el objeto de la consulta sea un asunto de carácter local.
- c) Que se trate de temas de especial relevancia para los intereses de los vecinos.
- d) Que no se trate de asuntos relativos a la Hacienda Local.

Es evidente que la implantación de una infraestructura hidráulica de interés general excede de las competencias propias de un municipio. Por ello, el Ayuntamiento recurrente pretende que se entienda que el objeto directo de la pregunta era conocer si los vecinos estaban de acuerdo en destinar importantes recursos económicos del "ajustado presupuesto local" a iniciar acciones judiciales contra la aprobación del proyecto; admitiendo, como mera hipótesis, que la finalidad de la pregunta se extendía indirectamente a la instalación de la nueva estación depuradora.

Bajo esta argumentación, es evidente que el Ayuntamiento había dirigido el objeto de la consulta a cuestiones de coste económico derivadas de la iniciación de un complejo proceso judicial, aunque resultaba obvio que esa no era la verdadera finalidad, como demuestra el hecho de que finalmente se impugnó el Acuerdo denegatorio de la consulta ante el propio TS (sospechamos que aquí sin consulta popular previa). Esta argumentación, sin embargo, le sirve al propio TS –en una verdadera mascarada de intenciones- para desestimar la demanda, afirmando que tal finalidad suponía un claro incumplimiento de uno de los requisitos que determina el artículo 71 de la LBRL, esto es, que el asunto de la consulta se hallaba proscrito en tanto afectaba a la Hacienda Local.