

Aguas: la nueva gobernanza del agua

ISABEL CARO-PATÓN CARMONA

VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ACTUACIONES; 2.1. Pistoletazo de salida de un nuevo ciclo de planificación; 2.2. Las dos instrucciones de la Secretaría de Estado a los organismos de cuenca 2.3. Subvenciones directas 2.4. Resolución de distribución de multas por las depuradoras. 3. DOS NORMAS EUROPEAS ENCUADRADAS EN LA ECONOMÍA CIRCULAR 3.1. ¿Qué significa la economía circular para el agua? 3.2. Aprobado el Reglamento europeo sobre la reutilización 3.3. Nueva Directiva sobre aguas destinadas al consumo humano. 4. DOCUMENTOS PARA LA GOBERNANZA DEL AGUA; 4.1. Plan DSEAR; 4.2. Libro verde de la gobernanza del agua en España. 5. JURISPRUDENCIA. 5.1. Unión europea; 5.2. Tribunal supremo.

RESUMEN: Este ha sido un año de una relevante producción estratégica y prospectiva a la hora de perfilar la nueva gobernanza del agua en nuestro país. En este sentido, la elaboración del Plan DSEAR, las dos instrucciones que la Secretaría de Estado ha aprobado dirigidas a los organismos de cuenca y, fundamentalmente, el Libro Verde de la Gobernanza del agua, han supuesto hitos indiscutibles en este nuevo enfoque político adoptado, aunque siga observándose una importante carencia a la hora de dotar de la relevancia que requiere, en el seno de la gobernanza, el consenso con los usuarios.

ABSTRACT: This has been a year of relevant strategic and prospective production when it comes to outlining the new water governance in our country. In this sense, the preparation of the DSEAR Plan, the two instructions that the Secretary of State has approved addressed to the basin organizations and, fundamentally, the Green Paper on Water Governance, have been unquestionable milestones in this new political approach adopted, although there is still a significant shortcoming in giving the necessary relevance, within governance, to the consensus with users.

PALABRAS CLAVE: Aguas. Gobernanza del agua. Dominio público hidráulico. Planes hidrológicos. Caudales ecológicos. Organismos de cuenca. Economía circular.

KEYWORDS: Water. Water governance. Hydraulic public domain. Hydrological plans. Ecological flows. Basin organizations. Circular economy.

1. INTRODUCCIÓN

Recordaremos el primer año de la pandemia como aquel en que el Ministerio "confinado", con los plazos administrativos suspendidos durante varios meses, tuvo tiempo para publicar en la pestaña de "aguas" de su web múltiples iniciativas. No es un conteo exhaustivo, pero acaso a lo largo del año, la Secretaría de Estado de Aguas y Costas habrá difundido más de 10.000 páginas, incluidas las presentaciones de los variados "webinars", organizados por la Dirección General de Agua.

Pese a su falta de publicación en el BOE, estas páginas marcan una estrategia política que busca una nueva gobernanza del agua, que consiste en abrir a la participación pública distintos documentos, algunos con base legal y otros sin ella. Entre los primeros, destacan los Esquemas Provisionales de Temas Importantes (EPTIS) del tercer ciclo de planificación hidrológica (2021-2027).

Sin base normativa, se ha avanzado en la elaboración del Plan DSEAR; la Secretaría de Estado ha aprobado dos instrucciones de alto contenido técnico, relativas respectivamente a la evaluación de las masas de agua y a las obras en los cauces; y finalmente se ha culminado la elaboración del "Libro Verde de la Gobernanza del agua".

En un año en que el agua empieza a cotizar en los mercados de futuros de Wall Street¹, en dichas iniciativas destacan dos cuestiones: la voluntad de establecer criterios para seleccionar las inversiones a financiar por el Estado y un injustificado desinterés por dotar de seguridad jurídica a los derechos de aprovechamiento.

Lo primero resulta realmente urgente debido al bajísimo nivel de ejecución de los programas de medidas de los planes hidrológicos ya aprobados (que roza un 30%) y a la excesiva discrecionalidad con la que el Estado decide ejecutar unas obras y descartar otras. Un buen ejemplo, lo constituye el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2020 que traslada el importe de la multa coercitiva derivada de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 25 de julio de 2018 (asunto C-205/17), a Andalucía, Galicia, Canarias, Valencia y al propio Ministerio de Transición Ecológica que también se considera responsable, debido a que algunas de las depuradoras que no están en marcha habían sido declaradas de interés general.

En cuanto a lo segundo, el discurso del Ministerio, tal y como ya se ha comentado en ediciones anteriores, sigue ajeno a la búsqueda de reglas para por armonizar la protección ambiental del agua con la defensa de los usos consuntivos; con pequeñas excepciones, hay un cierto prejuicio a alcanzar acuerdos con los concesionarios que faciliten el cumplimiento de los objetivos ambientales. Desde esta perspectiva, se advierte una pobre comprensión de la gobernanza que queda relegada a trámites de información pública; al Estado le cuesta trabajo admitir que la verdadera gobernanza pasaría por buscar más el consenso con los usuarios².

En Europa, se han publicado dos normas, también de alto contenido técnico, y cuya entrada en vigor no será inmediata: el Reglamento (UE) 2020/741 relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua (de aplicación obligatoria a partir de 26 de junio de 2023) y la Directiva (UE) 2020/2184 relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano (versión refundida), que fija extenso periodo transitorio con un hito importante en 2027. Nos ha llamado la atención que las dos exigen a los Estados miembros el establecimiento de un régimen sancionador.

¹ El País de 9/12/2020 ¿Qué significa que el agua empiece a cotizar en el mercado de futuros de Wall Street?

² Hace ya muchos años que, en una sentencia poco afortunada, el TS dio la razón a la Administración, acerca de que la concertación equivalía a una mera participación. De hecho definió la concertación como una llamada que *"la Administración se hace a sí misma (...) para alcanzar el mejor grado de conocimiento"* (STS de 2 de julio de 2014, recurso contencioso administrativo núm. 328/2013).

2. ACTUACIONES

2.1. PISTOLETAZO DE SALIDA DE UN NUEVO CICLO DE PLANIFICACIÓN

El año se abrió con el anuncio de la apertura del periodo de consulta de los Esquemas provisionales de Temas Importantes del proceso de planificación hidrológica del ciclo 2021-2027 (BOE de 24 de enero de 2020). Los EPTIs contienen la descripción y la valoración de los principales problemas actuales y previsibles de la demarcación relacionados con el agua y las posibles alternativas de actuación (art. 79 del RD 907/2007 por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica). El Estado de alarma determinó la interrupción de los plazos desde el día 14 de marzo de 2020 hasta el 1 de junio de 2020 (DA tercera del RD 463/2020). El art. 9 del RD 537/2020, que permitía la reanudación o el reinicio de los plazos, se interpretó por la Dirección General del Agua como una habilitación para ampliar el plazo de consulta pública por cinco meses más hasta el 30 de octubre de 2020.

El Ministerio realizó una importante y muy positiva labor de difusión, organizando "webinars" dirigidos a explicar su contenido. Hubo una presentación general para todas las cuencas intercomunitarias, en la que se hizo hincapié en la pérdida de disponibilidad por cambio climático; en las explicaciones específicas de algunos Organismos de cuenca con problemas importantes de compatibilidad entre usos y protección ambiental (Guadiana y Guadalquivir señaladamente) se expuso detalladamente cómo pueden mantenerse los usos de interés público superior respetando el derecho europeo (régimen de excepciones de la Directiva 2000/60 Marco del Agua, DMA).

Cabe destacar las alegaciones comunes a todas las cuencas, coordinadas a través de la Federación Nacional de Comunidades de regantes (FENACORE), que subrayan la falta de credibilidad de la planificación hidrológica, con un bajísimo nivel de ejecución de las medidas previstas para alcanzar los objetivos fijados. Este problema, al que se quiere hacer frente desde la nueva gobernanza, jurídicamente entronca con la falta de regulación de los programas de medidas; programas que, forman parte del contenido del plan, y son los instrumentos que recogen la lista completa de actuaciones para su ejecución. Según el derecho interno, ninguna de las actuaciones es exigible; ahora bien, esta situación está llamada a cambiar debido a la importante STJUE de 28 de mayo de 2020 (asunto C-535/18) que luego comentamos.

Por otra parte, y en nuestra opinión, a la falta de credibilidad denunciada por los regantes contribuye la injustificada extensión de los documentos que integran los planes hidrológicos, con una parte común redactada desde la Dirección General del Agua para todos ellos y partes específicas que recogen muchas veces el resultado de consultorías técnicas hechas en distintos momentos y con datos de escasa confianza o cuya comparación provoca dudas. Esto no obstante, sí se advierte una significativa mejora en los programas de seguimiento y, con ello, un mejor conocimiento del estado de nuestras masas de agua, cuestión esta esencial para la verdadera mejora de la gobernanza.

2.2. LAS DOS INSTRUCCIONES DE LA SECRETARÍA DE ESTADO A LOS ORGANISMOS DE CUENCA

Pese a que la Ley 40/2015 no prevé su dictado para dirigir o coordinar la actuación de los Organismos públicos (cfr. art. 6), la Secretaría de Estado ha aprobado dos instrucciones dirigidas a los Organismos de cuenca, lo que vuelve a poner de manifiesto esa despersonalización de la gestión del agua – léase como extremada burocratización- a la que se refería Sebastián Martín-Retortillo hace muchos años³.

Sobre el papel, ambas instrucciones “son de obligado cumplimiento”.

2.2.1. Sobre actuaciones en cauces de dominio público hidráulico

Dentro de las iniciativas que buscan mejorar la selección de obras a financiar por el Estado, se encuentra la instrucción para el desarrollo de actuaciones de conservación, protección y recuperación en cauces de dominio público hidráulico en el ámbito territorial de las Confederaciones Hidrográficas de 8 de julio de 2020. Entre otras cosas, recoge la jurisprudencia sobre obras en tramos urbanos⁴; así, se insiste en que no son de la competencia del Ministerio sin perjuicio de la declaración de una obra singular de interés general del Estado y/o la firma de convenios con las CCAA (art. 46.2 b) y art. 128 TRLA y artículo 28.4 de la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional). Además, y con respecto a obras de encauzamiento y defensa de márgenes -en particular, las de protección frente a inundaciones- se exige que estén recogidas en los programas de medidas de los Planes de Gestión del Riesgo de Inundación. Por último, fija criterios restrictivos para las actuaciones de recuperación tras un episodio de inundación.

³ MARTÍN RETORTILLO, S., *De las Administraciones autónomas de las aguas públicas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960.

⁴ La STS 2302/2014, de 10 de junio, relativa al río Tormes a su paso por Salamanca, extensamente comentada en “[Por una política hidráulica más reflexiva, transparente y participativa](#)”, OPAM 2015. Ver también STS núm. 1962/2017, de 13 de diciembre.

2.2.2. SOBRE EVALUACIÓN DEL ESTADO

El 14 de octubre, el Secretario de Estado ha aprobado la Instrucción que establece los requisitos mínimos para la evaluación del estado de las masas de agua en el tercer ciclo de la planificación hidrológica. Su objeto es aprobar dos documentos de apoyo técnico para la evaluación del estado y potencial de las masas de agua: *“Guía para la evaluación del estado de las aguas superficiales y subterráneas”* (403 páginas) y *“Guía del proceso de identificación y designación de las masas de agua muy modificadas y artificiales categoría río”* (76 páginas). Su finalidad es incrementar el nivel de confianza de los análisis de las masas de agua.

La base normativa de estas guías o “protocolos” está en el art. 16 del Real Decreto 817/2015, de 11 de septiembre, por el que se establecen los criterios de seguimiento y evaluación del estado de las aguas superficiales y las normas de calidad ambiental, que establece que:

“1. Las especificaciones técnicas para el muestreo, análisis en el laboratorio y cálculo de indicadores se recogen en los protocolos enumerados en el anexo III A. Se faculta al Secretario de Estado de Medio Ambiente para la actualización periódica y el desarrollo de nuevos protocolos, a cuyo efecto serán publicados en la web del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente”.

Las guías regulan protocolos o procedimientos oficiales o criterios mínimos de funcionamiento o, incluso, valores guía, para analizar distintos parámetros de las masas de agua. También han de aplicarse por las Administraciones de las demarcaciones hidrográficas intracomunitarias, en relación con los trabajos de notificación de la información a la Comisión Europea.

2.3. SUBVENCIONES DIRECTAS

En el mes de diciembre, se han otorgado subvenciones directas mediante Real Decreto: tres millones de euros para el desarrollo de planes piloto de fomento de la adaptación del riesgo de inundación en varios términos municipales de Murcia (Real Decreto 1158/2020); cuarenta millones de euros para la Agencia del Agua de Castilla-La Mancha para la ejecución de diversas obras y actuaciones de mejora del entorno socioeconómico de los núcleos colindantes con los embalses de Entrepeñas y Buendía (Real Decreto 1159/2020); 8,5 millones de euros para la financiación del funcionamiento de plantas potabilizadoras en Canarias (Real Decreto 1160/2020); y 8 millones de euros para abaratar a los agricultores el sobrecoste de la desalación y de la extracción de agua de pozos y de galerías para el riego agrícola también en Canarias (Real Decreto 1161/2020).

Las principales ONG ambientales de ámbito estatal, que son Amigos de la Tierra España, Confederación de Ecologistas en Acción-CODA, WWF Asociación en defensa de la naturaleza y Sociedad Española de Ornitología (SEO/BirdLife), también han recibido una subvención directa conjunta de 959.999,98 €, financiada con cargo a la cuota íntegra del Impuesto de Sociedades (Real Decreto 905/2020).

2.4. RESOLUCIÓN DE DISTRIBUCIÓN DE MULTAS POR LAS DEPURADORAS

Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2020 se repercutió parte del importe de las multas coercitivas por inexecución de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 14 de abril de 2011, Comisión/España (asunto C-343/10) en las CCAA de Andalucía, Galicia, Canarias y Valencia (con la que se alcanzó una terminación convencional). Al Ministerio de Transición Ecológica también se le considera responsable. La multa a tanto alzado de 12 millones de euros y otra coercitiva de un importe de 10,95 millones de euros por cada semestre de retraso en cumplir con las obligaciones de la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas en 17 aglomeraciones urbanas derivan de la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 2018 (asunto C-205/17). Según el propio Acuerdo, de los 17 incumplimientos constatados por el Tribunal, 7 depuradoras seguían a la sazón sin estar en explotación; en concreto, las de Alhaurín el Grande, Barbate, Coín, Isla Cristina y Matalascañas, en Andalucía; Valle de Güímar en Canarias; y Gijón-Este en el Principado de Asturias. Para Barbate, Matalascañas y Gijón el incumplimiento es del Estado, responsable de la ejecución de las obras.

Este largo Acuerdo (son 64 páginas del BOE de 20 de marzo) aplica lo establecido en los arts. 2 y 8, y en la DA segunda de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y los arts. 7 y 14 del RD 515/2013, de 5 de julio, que regula los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

Esta repercusión de multas impuestas al Estado tiene pleno sentido, aunque haya generado cierta polémica jurídica. En la STC 79/1992, el Tribunal Constitucional dejó bien claro que la responsabilidad única *ad extra* del Estado frente a la UE no le impide repercutir *ad intra* la responsabilidad pertinente en cada caso sobre las Administraciones públicas autonómicas competentes. Esta responsabilidad –y hoy está igual de claro– se refiere a la obligación de: i) devolver las subvenciones percibidas en su caso; ii) pagar las multas a tanto alzado (sanción administrativa); y iii) abonar las multas coercitivas (mecanismo de ejecución forzosa).

Si la repercusión es jurídicamente indiscutible (STC 215/2014, FJ 9 Y 31/2016, FJ 14), su aplicación en este caso pone de relieve que han fallado *“los sistemas de coordinación y cooperación que permitan evitar las irregularidades o las carencias en el cumplimiento de la normativa comunitaria”* (STC 148/1998, FJ 8). En definitiva, una inadecuada gobernanza.

Esto se advierte a simple vista si se observa el hecho de que parte de la responsabilidad recaiga sobre la propia Administración del Estado. Cabe recordar que el Real Decreto-ley 11/1995, que traspuso la directiva de las depuradoras, estableció que la competencia en materia de saneamiento y depuración es de las entidades locales, y subsidiariamente, de las Comunidades Autónomas, **con la excepción de que exista una declaración formal de interés general del Estado o se haya suscrito un convenio específico con las Comunidades Autónomas para la ejecución de las actuaciones por parte del Estado** (las mismas bases que seguimos encontrando en la instrucción para la financiación de obras en cauces a que nos hemos referido más arriba).

Desde una óptica jurídico-administrativa, el Acuerdo del Gobierno plantea una cuestión de calado relativa a la incidencia de las declaraciones de interés general para el reparto de las culpas y la distribución de las multas. Además, cualquiera puede entender que resulta anómalo que las responsabilidades se distribuyan en un procedimiento en que la Administración General del Estado es a la vez juez y parte.

3. DOS NORMAS EUROPEAS ENCUADRADAS EN LA ECONOMÍA CIRCULAR

3.1. ¿QUÉ SIGNIFICA LA ECONOMÍA CIRCULAR PARA EL AGUA?

Los teóricos de la llamada economía circular han encontrado dos maneras de trasladarla al agua. La primera es la reutilización, que ha sido objeto de un reglamento comunitario, esperado durante muchos años y que sólo se aplica al riego agrícola. La segunda es la directiva que establece requisitos de calidad al agua potable, buscando mejorar su aceptación por los ciudadanos y reducir de esta manera el consumo de agua embotellada.

3.2. APROBADO EL REGLAMENTO EUROPEO SOBRE LA REUTILIZACIÓN

Tras muchas iniciativas fallidas, por fin, se ha aprobado el Reglamento (UE) 2020/741 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 2020, relativo a los requisitos mínimos para la reutilización del agua. El Reglamento se enmarca en el ámbito de la política europea en medio ambiente (arts. 191 ss. TFUE), aunque también se dirige a la perfección del mercado interior, garantizando la competencia equitativa entre los productores agrícolas.

Como se desprende de su denominación, su objeto es la fijación de unos requisitos mínimos de calidad y control y la regulación de la gestión del riesgo para que la utilización de las aguas regeneradas sea segura y sus requisitos estén armonizados (art. 1.1).

Las «aguas regeneradas» son aguas residuales urbanas (*i. e.* domésticas, aun mezcladas con aguas industriales y/o pluviales) que han sido recogidas en sistemas colectores, han sido tratadas en estaciones depuradoras específicas según lo previsto en la Directiva 91/271/CEE y han pasado por una estación regeneradora, dándoles un tratamiento adicional o complementario según el uso al que se dirijan. De momento, el Reglamento sólo es de aplicación al riego agrícola (art. 2.1), es decir, al destinado al cultivo tanto de alimentos como de productos no alimenticios (pastos, forrajes, semillas, césped, cultivos ornamentales, etc.). Así, aunque el Reglamento contemple la posibilidad de que los Estados puedan utilizar las aguas regeneradas para otros usos, ya sean industriales, medioambientales o recreativos (campos de golf, recarga de acuíferos, el mantenimiento de caudales mínimos, etc.) tan solo fija los requisitos del riego agrícola, debido a la importancia de esta actividad en el territorio comunitario (una cuarta parte del agua dulce extraída en Europa y un 60% en los países del sur y sudeste). Se delega en la Comisión la posibilidad de extender, en un futuro, su ámbito de aplicación a otros usos, como podría ser el industrial (art. 12.3).

Las obligaciones que establece el Reglamento pueden agruparse en dos puntos: en primer lugar, requisitos mínimos de calidad del agua (Anexo I, Sección 2), de los que es responsable el operador de la estación regeneradora en el «punto de cumplimiento» o «punto de entrega», según la terminología del RD 1620/2007 (art. 4.1). En segundo lugar, el Reglamento regula la gestión del riesgo, con el fin de garantizar que el uso del agua reutilizada sea seguro, que esté libre de agentes peligrosos. El plan de gestión del riesgo (Anexo II del Reglamento) ha de realizarse por el operador de la estación u otros responsables o los usuarios finales, según corresponda (art. 5).

El plan de gestión del riesgo será el primer paso para la obtención del necesario permiso para poder producir y suministrar aguas regeneradas para uso agrícola (art. 6). Este permiso, que es obligatorio, deberá concederlo la autoridad competente, que será designada por cada Estado miembro, y estará sujeto a revisión periódica. En España, el RD 1620/2007 de reutilización de aguas ya contempla las concesiones y las autorizaciones para llevar a cabo la reutilización. Dichos permisos los otorga el organismo de cuenca pertinente (arts. 8-11).

El Reglamento 2020/741 entró en vigor el 25 de junio de 2020 y será aplicable a partir del 26 de junio de 2023.

3.3. NUEVA DIRECTIVA SOBRE AGUAS DESTINADAS AL CONSUMO HUMANO

La Directiva 2020/2184 relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano, revisa la Directiva 1998/83 para actualizar los parámetros que definen la potabilidad del agua (patógenos entéricos y legionella, algún nuevo parámetro químico y alterador endocrino) y establecer un enfoque de gestión de riesgos, que ha de contribuir a alcanzar los ambiciosos objetivos de la DMA para las zonas de captación de agua potable.

Apoyándose en el principio de cautela y en datos de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), para algunos parámetros la Unión Europea ha sido más ambiciosa que la Oficina Regional para Europa de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que en 2017 realizó una revisión de los valores para el agua potable. Al respecto, destaca que la Directiva fija un valor paramétrico de 2,5 µg/l. para el bisfenol A (alterador endocrino), aunque lo más llamativo, sin duda, son las amplísimas facultades de contenido técnico que se delegan en la Comisión (art. 21)⁵, que actuará también considerando las recomendaciones de la OMS.

La delegación de competencias se hace de forma ilimitada en el tiempo y siguiendo un cronograma de implantación paulatina de nuevas obligaciones, que la Directiva concreta hasta 2036. Tiene cierto interés que,

⁵ Pese a que la propuesta había descartado mejorar la eficiencia de las redes de suministro, finalmente el art. 4 incluye entre las facultades delegadas de la Comisión la posibilidad de obligar a los Estados a realizar planes de acción para la reducción de las fugas de agua para redes que suministren al menos 10.000 m³ al día o que abastezcan al menos a 50 000 personas. Con tal fin, y con carácter previo a la adopción del acto delegado previsto para 2028, se obliga a los Estados miembros a informar a la Comisión (2026). Cfr. COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Synopsis Report Stakeholder Consultation, Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the quality of water intended for human consumption SWD(2017) 451 final, Brussels, 1.2.2018.

entre los elementos de adecuación a los mejores conocimientos científicos, la Directiva emplaza a la Comisión a establecer y actualizar una “*lista de observación*” de las sustancias o compuestos que susciten preocupación pública o entre la comunidad científica por motivos de salud, como los productos farmacéuticos, los compuestos con propiedades de alteración endocrina y los microplásticos (arts. 13 y 21). Esta lista deberá aprobarse en enero de 2022, y ya deberá incluir algunos productos (como, por ejemplo, otros dos alteradores endocrinos: nonilfenol y el β -estradiol). Las sustancias de esta lista podrán trasladarse más adelante a las que tienen parámetros obligatorios.

Como se ha dicho, la Directiva opta decididamente por un enfoque basado en factores de riesgo (que se introdujo limitadamente en la Directiva 2015/1787 también de reforma de la de agua potable). Este método se caracteriza porque los suministradores de agua además de controlar el agua que vierten a las redes de suministro (aunque se suprimen obligaciones de control de productos irrelevantes en el lugar), han de analizar los riesgos significativos y a implantar medidas en origen que sean eficaces en relación con los costes.

El análisis de riesgo cubre toda la cadena de suministro, que se desglosa en tres zonas (art. 7): “de captación y extracción”, de “suministro” (incluye el tratamiento, almacenamiento y distribución y obliga a contemplar los efectos del cambio climático), y de “distribución domiciliaria”, donde se habrá de valorar la presencia de legionella o de plomo.

Evidentemente, desde la perspectiva de este *Observatorio*, lo más relevante es la evaluación en las zonas de captación y extracción, que se vincula a la aplicación de la DMA, incluyendo las previsiones de las zonas de captación de agua potable y los controles ya existentes (art. 8), que de esta manera se verán reforzados. Esta vinculación es relevante porque no todos los parámetros indicadores de la Dir 2020/2184 tienen una incidencia directa en la salud pública (presencia de sustancias y microorganismos nocivos) y además se busca mejorar el sabor del agua destinada al consumo humano para promover su uso y reducir el del agua embotellada; por ejemplo, se persigue que no sea agresiva ni corrosiva y que se valore la presencia de minerales naturales y otros elementos definitorios de una mayor calidad.

Hacia el futuro, la aplicación de esta Directiva, de gran contenido técnico y con obligaciones para las empresas encargadas de la captación de agua por primera vez y como máximo el 12 de julio de 2027 (art. 7.4), supondrá un fuerte reto a la asequibilidad del precio del agua porque establece una vinculación entre aspectos sanitarios y ambientales que lo va a encarecer significativamente. Como elemento de flexibilidad, la Directiva admite niveles de aplicación más laxos para abastecimientos de núcleos de población pequeños.

Durante el procedimiento de elaboración, se alzaron voces objetando que no respetaba el principio de subsidiariedad; de hecho, se recibieron dictámenes motivados de cuatro Parlamentos nacionales que alegaban que la Unión Europea carece de competencias para imponer las obligaciones previstas⁶. En su respuesta, la Comisión señaló que se estaba respondiendo a la primera iniciativa ciudadana europea exitosa, «Right2Water» y a una resolución del Parlamento Europeo que instaba a la Comisión a que presentara propuestas legislativas coherentes con el objetivo principal de dicha iniciativa⁷; o incluso que se estaba dando seguimiento a la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, que incluye entre los objetivos de desarrollo sostenible el acceso a agua limpia y saneamiento (objetivo 6/17). El art. 16 obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para fomentar el uso del agua potable de las redes de abastecimiento y a mejorar el acceso de colectivos vulnerables y marginados tal como los determinen los Estados miembros.

La directiva ha de trasponerse en fecha 12 de enero de 2023.

4. DOCUMENTOS PARA LA GOBERNANZA DEL AGUA

4.1. PLAN DSEAR

El Plan Nacional de Depuración, Saneamiento, Eficiencia, Ahorro y Reutilización (Plan DSEAR) afronta una de estas verdades incómodas que preocupa a la Dirección General del Agua: el descrédito de los listados de actuaciones y obras de interés general recogidas en sucesivos planes hidrológicos, incluido el Plan Hidrológico Nacional, aprobado por Ley 10/2001, que aún no se han iniciado y con respecto a las que existe la certeza de que nunca se van a ejecutar; su aprobación implicará que muchas obras hidráulicas de interés general perderán esta condición. Por otro lado, aspira a ser un documento que racionalice y de transparencia a la toma de decisiones por el Estado para la financiación de obras, estableciendo los mecanismos

⁶Del Bundesrat austríaco, el Poslanecká sněmovna checo, el Dáil y el Seanad Éireann irlandeses y la House of Commons británica. La Comisión también recibió cuatro dictámenes que apoyaban la propuesta, que fueron emitidos por el Senát checo, el Bundesrat alemán, la Assembleia da República portuguesa y el Senat rumano. Portugal planteó algunas dudas acerca de la proporcionalidad de las medidas. Ver *Informe anual de la Comisión Europea de 2018 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y sobre las relaciones con los parlamentos nacionales*, de 11 de julio de 2019, COM(2019) 333 final.

⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre el seguimiento de la Iniciativa Ciudadana Europea «Right2Water», 2014/2239(INI); DO C 316 de 22.9.2017, p. 99.

para priorizar y ejecutar en los próximos años y en el marco de la planificación hidrológica, las medidas de competencia de la Administración General del Estado.

Este plan carece de cobertura jurídica para su elaboración y aprobación, y cuesta trabajo entender cómo se va a engarzar con los programas de medidas de la planificación hidrológica, sin que estos sean regulados.

Los problemas que el plan DSEAR quiere resolver son profundos y con un sistema de financiación autonómica fallido, y la distinción entre cuencas estatales y autonómicas, el plan sólo servirá para subrayar la prioridad política de la depuración y el saneamiento. En definitiva, el Plan manifiesta que sigue resultando muy difícil para el Estado asegurar el cumplimiento por las otras Administraciones territoriales, que son las competentes de las obras no declaradas de interés general, de las obligaciones del derecho europeo. Su pretensión es –otra vez⁸- prescindir de las declaraciones de obras de interés general en este ámbito y racionalizar y optimizar la acción del Estado con criterios claros, objetivos y transparentes, estableciendo indicadores objetivos de selección de inversiones; cuando se adviertan las actuaciones que se ajusten a dichos criterios de decisión, el apoyo del Estado se podrá articular mediante subvenciones y convenios, singularmente.

El Plan deberá traducirse en reformas de la legislación de aguas, reformas que a fecha de hoy no están incluidas en el “Plan Normativo” del art. 132 de la Ley 39/2015.

4.2. LIBRO VERDE DE LA GOBERNANZA DEL AGUA EN ESPAÑA

En noviembre de 2020 se han publicado en la web institucional del Ministerio, varios informes realizados por expertos que integran el llamado «Libro Verde». Se compone de once informes temáticos y un resumen de propuestas. De estos informes, cabe destacar nada menos que tres, firmados por Embid Irujo, relativos a la reforma de la Ley de aguas que se refieren, respectivamente, a la revisión global del TRLA, al régimen de aguas subterráneas y al régimen concesional.

⁸ Merece mucho la pena volver a leer el estudio de Antonio Fanlo Loras titulado “Obras Hidráulicas de Saneamiento y Depuración” y publicado en *Las Obras Hidráulicas*, vol. col. dir. por Antonio Embid Irujo en 1995 y publicado en Civitas. En las páginas 137 ss. daba cuenta de que en febrero de 1995 se había aprobado el Plan Nacional de Depuración de aguas residuales (1995-2005), que abandonaba “el tradicional sistema de financiación” de la declaración de obras de interés general.

Hay dos informes, de distintos autores, sobre la reorganización y mejora de la coordinación de la Administración del agua y los órganos de participación; otro de la corresponsabilidad social en la gestión del agua en España (con escasas referencias al papel de los usuarios, con la importante excepción de las Comunidades de regantes); otros dos, también de distintos autores, sobre la fiscalidad y la financiación de las obras hidráulicas; y en fin, otros dos, también de distinta autoría, sobre la regulación del ciclo urbano del agua en España y sobre el ciclo integral en pequeños y medianos municipios.

Por último, el Libro Verde incluye sendos informes sobre "Tecnologías de la información y comunicación para el sector del agua" y sobre "Mejoras de la información y el conocimiento en el ámbito del agua subterránea".

La suma de estos distintos informes es un documento muy extenso, que trata con distinta profundidad los problemas que se han seleccionado por el Ministerio. De las propuestas que contiene, cabe destacar las siguientes cuestiones y ausencias:

- Con respecto a los retos que el cambio climático plantea para la gestión del agua, se pone el acento en una futura falta de disponibilidad de recursos y la necesidad de incluir en la Ley la normativa –ya existente- sobre sequías. Se echa en falta que se busque potenciar los sistemas de explotación de las demarcaciones hidrográficas y dotar de un mínimo de seguridad a los derechos de uso.
- Se considera necesario incluir en la Ley el acervo judicial sobre caudales ecológicos y planificación; afirmar su primacía frente a todo tipo de usos (¡incluido el abastecimiento a poblaciones!) y reducir los riesgos de que las restricciones singulares de derechos concesionales sean indemnizadas.
- Se propone la modificar del art. 40 TRLA sobre los "Objetivos y criterios de la planificación hidrológica" en dos sentidos. En primer lugar, para que establezca que: *"La planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta ley, y garantizará la gestión sostenible de los ecosistemas acuáticos y terrestres asociados, el control de la demanda y la protección de su calidad"*. Es decir, la reforma supondría eliminar de los objetivos de la planificación, la satisfacción de demandas. En segundo lugar,

se indica que habría que eliminar el carácter instrumental de la política del agua que tiene actualmente (según la Ley, la política del agua está al servicio de las estrategias y planes sectoriales), para decir que: *“Las exigencias de protección contempladas en la planificación hidrológica se integrarán en las estrategias y planes sectoriales que sobre los distintos usos establezcan las Administraciones públicas, sin perjuicio de la gestión racional y sostenible del recurso que debe ser aplicada por las Autoridades competentes en materia de aguas que condicionarán toda autorización, concesión o infraestructura futura que se solicite”*.

- Con respecto al Registro de aguas, que debería haber sido informatizado en 2020 para incluir la nueva información requerida en la reforma del Reglamento de Dominio Público Hidráulico hecha por RD 670/2013, simplemente se propone que entre en servicio y se ultime su funcionamiento con la experiencia de las consultas reales de la ciudadanía. Esta referencia al Registro es extremadamente poco ambiciosa. De hecho, muchos Organismos de cuenca ya tienen disponibles en sus respectivas páginas web las características de los aprovechamientos.
- Desde el punto de vista administrativo, se sugiere la creación de una Secretaría de Estado del Agua, Costas y Biodiversidad que potencie las capacidades políticas de coordinación, concertación y potenciación de recursos en la Administración de los dominios públicos hidráulicos, marítimo-terrestres y en lo relativo al Patrimonio natural, biodiversidad y servicios de los ecosistemas asociados. Una vez creada, se proponer dar a la Secretaría de Estado un papel relevante en una Conferencia Sectorial del Agua, Comisiones Mixtas y Consejos de Agua. En nuestra opinión, esta propuesta necesariamente derivará en una excesiva politización de la gestión del agua e incremento de la burocratización.
- De los Planes de Demarcación se sugiere que sean *“el centro de la concertación de políticas y tener una evaluación ambiental y económica de sus medidas que aseguren su viabilidad en los plazos y con los recursos disponibles y justifique la prioridad diseñada a las mismas, rompiendo la inercia de continuidad mimética de planes anteriores. Deben analizarse y evaluarse todas las obras de interés general del estado desclasificando por ley aquellas que no sean viables ambiental o*

económicamente, o que no sean ejecutables con los recursos y plazos disponibles". La regulación europea de la planificación ya exige todos estos requisitos.

- Por último, uno de los informes propone el fortalecimiento de las Comunidades de usuarios, considerando las especiales necesidades de las menos de 100 Has para que pueda agruparse o compartir recursos que les permita dotarse de los medios necesarios. Sin embargo, en el texto de resumen de propuestas, se propone que la regularización de los derechos de uso de Comunidades de regantes constituidas al amparo de planes de obras del IRYDA, se haga otorgando *"las correspondientes concesiones o autorizaciones de uso, asegurándose que los titulares sean los regantes individualmente considerados"*. No se justifican las razones de esta insólita propuesta⁹.

En cualquier caso, la conclusión a la que llega el Libro Verde es que no se cree necesaria una modificación profunda y radical del actual régimen jurídico legal de las aguas en tanto en cuanto los principales problemas planteados son de gestión y no de configuración normativa.

5. JURISPRUDENCIA

5.1. UNIÓN EUROPEA

5.1.1. Sentencia de 28 de mayo de 2020

La sentencia del TJUE de 28 de mayo de 2020, en el asunto C-535/18 (varios particulares y Land Nordrhein-Westfalen), sigue la estela de la sentencia de 3 de octubre de 2019 (asunto C-197/18), y reconoce que los titulares de derechos de aprovechamiento pueden exigir el cumplimiento de las medidas fijadas por los planes para alcanzar los objetivos ambientales. En la sentencia de 2019, se legitimaba a quienes captaban agua de un acuífero con niveles de nitratos superiores a los valores máximos admitidos a exigir judicialmente la adopción de medidas adicionales. En la sentencia de este año también se trata de la contaminación de aguas subterráneas y el Tribunal declara que *"por su finalidad y por las obligaciones que para lograrla establece su artículo 4, apartado 1, letra b), persigue asimismo el objetivo concreto de proteger el agua subterránea como recurso para la explotación por el ser humano"*. Es decir, es también un objetivo de la DMA garantizar el suministro suficiente de agua subterránea en buen estado, tal

⁹ Pág. 21 del texto "Resumen de las propuestas de los expertos independientes".

como requiere un uso del agua sostenible, equilibrado y equitativo. La sentencia se refiere de forma específica a las aguas subterráneas, pero su razonamiento sirve exactamente igual para las aguas superficiales. El art. 1 de la DMA establece:

*“El objeto de la presente Directiva es establecer un marco para la protección de las **aguas superficiales** continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las **aguas subterráneas** que:*

a) prevenga todo deterioro adicional y proteja y mejore el estado de los ecosistemas acuáticos y, con respecto a sus necesidades de agua, de los ecosistemas terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos;

b) promueva un uso sostenible del agua basado en la protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles;

c) tenga por objeto una mayor protección y mejora del medio acuático, entre otras formas mediante medidas específicas de reducción progresiva de los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias prioritarias, y mediante la interrupción o la supresión gradual de los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias;

d) garantice la reducción progresiva de la contaminación del agua subterránea y evite nuevas contaminaciones; y

e) contribuya a paliar los efectos de las inundaciones y sequías, y que contribuya de esta forma a:

— garantizar el suministro suficiente de agua superficial o subterránea en buen estado, tal como requiere un uso del agua sostenible, equilibrado y equitativo,

— reducir de forma significativa la contaminación de las aguas subterráneas,

— proteger las aguas territoriales y marinas, y

— lograr los objetivos de los acuerdos internacionales pertinentes, incluidos aquellos cuya finalidad es prevenir y erradicar la contaminación del medio ambiente marino, mediante medidas comunitarias previstas en el apartado 3 del artículo 16, a efectos de interrumpir o suprimir gradualmente

los vertidos, las emisiones y las pérdidas de sustancias peligrosas prioritarias, con el objetivo último de conseguir concentraciones en el medio marino cercanas a los valores básicos por lo que se refiere a las sustancias de origen natural y próximas a cero por lo que respecta a las sustancias sintéticas artificiales”.

De esta sentencia se desprende que la DMA legitima a las personas que se vean directamente afectadas por el incumplimiento de las obligaciones que establece para exigir su aplicación. Y, añade, y esto resulta de capital importancia, que son personas afectadas quienes tengan derecho a utilizar las aguas y se vean perjudicadas por el incumplimiento de los Estados al ejecutar los programas de medidas aprobados conforme a ella. Es muy clara la lectura del parágrafo 132, que dice literalmente: *“Las personas que tengan derecho a extraer y utilizar aguas subterráneas estarán procediendo a dicho uso legítimo. Por consiguiente, se verán directamente afectadas por el incumplimiento de las obligaciones de mejora y prevención del deterioro del estado de las masas de agua subterránea que nutren los puntos en los que extraen dicha agua y existirá la posibilidad que dicho incumplimiento dificulte la explotación que realizan”.* Para el Tribunal, además, es irrelevante que el incumplimiento de alguna norma de calidad o algún valor umbral no ponga en peligro la salud de las personas que deseen interponer recurso.

La conclusión del Tribunal es que *“los artículos 1, letra b) y primer guion, y 4, apartado 1, letra b), de la Directiva 2000/60 deben interpretarse en el sentido de que los miembros del público interesado por cada proyecto deben poder invocar ante los tribunales nacionales competentes el incumplimiento de las obligaciones de evitar el deterioro y mejorar el estado de las masas de agua cuando se vean directamente afectados por dicho incumplimiento”.* El art. 4.1 de la Directiva se refiere a la obligación de los Estados de poner en práctica los programas de medidas que se hubieran aprobado.

En un futuro, esta doctrina, unida a la gestión de los riesgos en la captación de agua potable para abastecimiento a poblaciones, puede generar una auténtica revolución en el modo de controlar la calidad del agua y exigir la adopción de medidas para su mejora, implicando a los ciudadanos de forma muy activa.

5.1.2. Conclusiones del Caso Doñana

El 3 de diciembre de 2020 la Abogada General, Sra. Kokott, ha presentado sus conclusiones en el recurso por incumplimiento de la DMA y la Directiva 92/43/CEE, hábitats debido al deterioro de Doñana por las

extracciones de aguas subterráneas para el riego de una de las zonas de cultivo de fresas más importantes de Europa (asunto C-559/19). Sin perjuicio del análisis que haremos una vez se conozca el fallo del TJUE, el comentario de estas conclusiones parece obligado porque destaca cuestiones que deberían ser clave en la errática política de aguas.

La primera es que reconoce que el regadío es una actividad de interés público superior y que, aun cuando admite el incumplimiento del art. 6 de la Directiva hábitats y que han de continuar las actuaciones para reducir las extracciones, *“no parece imperativo llevar a cabo la necesaria reducción precisamente a costa de los agricultores que no tienen todavía una autorización formal, pero que, con arreglo al Derecho nacional, pueden invocar la confianza legítima en la continuidad del regadío”*.

La segunda se refiere al incumplimiento del art. 6 de la Directiva hábitats. Como es sabido, este precepto obliga a los Estados a tomar medidas apropiadas para evitar su deterioro, a realizar la evaluación Red natura de cualquier proyecto que pueda afectarlos (DA 7ª Ley 21/2013) y a adoptar medidas compensatorias, de las que se deberá informar a la Comisión, cuando se quieran realizar actividades de interés público superior que puedan afectar a los valores del lugar. Pues bien, en las conclusiones, se dice que la Comisión presenta indicios suficientemente fundados de que las extracciones de agua subterránea perjudican determinados hábitats¹⁰. España se defiende alegando que esta afección es anterior a la obligatoriedad de la Directiva hábitats, pero esta objeción debe descartarse habida cuenta de que se trata de una actividad continuada. Para la Abogada General, la defensa del Estado español tendría dos alternativas, pero no ha acudido a ninguna: o bien despejar, con una evaluación apropiada, las dudas científicas razonables acerca de si la actividad provoca efectos negativos en zonas de conservación (principio de cautela) o bien justificar la actividad alegando que es de interés público superior y adoptar medidas compensatorias.

Sobre la tercera cuestión, relativa a la infracción de la DMA, la actitud de la Abogada General es impecable. La Comisión alegaba que se había incumplido la prohibición de deterioro de la DMA porque en el primer ciclo

¹⁰Al respecto, aplica la jurisprudencia del TJUE según la cual ha de determinarse si no existe ninguna duda razonable, desde el punto de vista científico, de que los objetivos de conservación de Doñana no se ven afectados negativamente por el descenso del nivel de aguas que causa el riego: Sentencias de 24 de noviembre de 2011, Comisión/España (C-404/09, EU:C:2011:768), apartado 142; de 14 de enero de 2016, Comisión/Bulgaria (C-141/14, EU:C:2016:8), apartado 58, y de 10 de noviembre de 2016, Comisión/Grecia (C-504/14, EU:C:2016:847), apartado 29. Véanse también las sentencias de 14 de enero de 2016, Grüne Liga Sachsen y otros (C-399/14, EU:C:2016:10), apartado 42, y de 7 de noviembre de 2018, Coöperatie Mobilisation for the Environment y otros (C-293/17 y C-294/17, EU:C:2018:882), apartado 85.

de planificación, el Plan Hidrológico del Guadalquivir había caracterizado las masas de agua subterráneas afectadas en buen estado y, sin embargo, en el segundo se habían fijado objetivos menos rigurosos, admitiendo con ello que no estaban en buen estado cuantitativo (y, por tanto, su empeoramiento). En las conclusiones se rechaza la presencia de este incumplimiento al advertir algo bien conocido para cualquiera que conozca mínimamente cómo se caracterizaron las masas de agua en el primer ciclo de planificación: que el cambio de estado no se debía a un deterioro adicional sino a una mejora en el conocimiento. Además, para la Abogada General no hay deterioro adicional porque esto exigiría un empeoramiento de la sobreexplotación y está demostrado que esta se mantiene estabilizada y se reduce, aunque sea muy lentamente.

Cuesta trabajo imaginar que la Comisión fuera ajena a que el cambio de estado se debiera a la mejora del conocimiento. Y, desde este *Observatorio*, la pregunta que cabe hacerse es si el defecto en el enfoque jurídico es deliberado y se debe a que la Comisión es consciente de que España está tomando medidas para proteger Doñana y quiere evitar la condena o si, por el contrario, concibe la protección ambiental a partir de las obligaciones formales. Sea cual sea la respuesta, lo más cierto es que la normativa ambiental es muy exigente en cuanto al conocimiento del estado de las masas de agua y de los ecosistemas y que no exige que desaparezca el riego sino que se tomen medidas para compensar los eventuales daños. En definitiva, una verdad de Perogrullo: que la protección ambiental cuesta mucho dinero y esfuerzo.

5.2. TRIBUNAL SUPREMO

5.2.1. Plazo de prescripción de las medidas de reparación de los daños causados al dominio público cuando ha prescrito la correspondiente infracción

STS 462/2020 - ECLI:ES:TS:2020:462, de 17 de febrero

A priori, resulta indubitado que el plazo de prescripción de la acción reconocida en el artículo 327.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico para que la Administración pueda exigir la reparación de los daños causados al dominio público es de quince años. Es esta la previsión normativa y la literalidad no puede resultar más elocuente. No obstante, se ha planteado la posibilidad de que dicha previsión resulte contraria al artículo 1968.2 del Código Civil -que establece un plazo de prescripción de un año- en aquellos supuestos en los que la medida de restablecimiento de la legalidad se hubiese impuesto habiendo ya prescrito la infracción.

La cuestión de fondo, de innegable carácter técnico-jurídico, es dilucidar si la acción para ordenar la reparación de los daños causados puede considerarse personal y sujeta a un plazo de prescripción de quince años establecido en el artículo 327 del RDPH trasladando entonces la regla del artículo 1964 del Código civil (por Ley 42/2015 se ha reducido el plazo civil a 5 años); o, si por el contrario, es una obligación extracontractual, nacida de culpa o negligencia, cuya acción, con el objeto de exigir su reparación, prescribe al año.

Partiendo de la premisa de que la exigencia de reparación del daño o reposición de las cosas a su estado anterior, prevista en el art. 118 TRLA, supone una medida de restablecimiento de la legalidad perfectamente compatible con la imposición de la correspondiente sanción, el TS asevera que dicha acción no pierde su carácter personal siempre y en todo caso por la apreciación de prescripción de la infracción. Así, habrá de valorarse en cada caso cuál es la naturaleza de la acción de reparación correspondiente, pues en los supuestos de aprovechamientos hidráulicos, derivados de concesiones administrativas o de cualquier otra relación contractual con la Administración, la obligación de reparar o reponer tendrá claramente naturaleza contractual y el plazo de prescripción de la acción para exigir su cumplimiento será de quince años (STS de 24 de julio de 2003). Interpretación que extiende el TS en la Sentencia 462/2020 que ahora analizamos por cuanto, aunque la Sociedad Agraria de Transformación a la que se ordena la retirada de unas obras ilegales de encauzamiento no disponía de concesión administrativa, sí era titular de "unos aprovechamientos que están sujetos a condiciones y limitaciones determinantes de derechos y deberes que implican una singular relación con la Administración, de manera que sus actos, al usar o utilizar el agua, no pueden equipararse a los de un tercero sin relación alguna con aquélla". Lo que, en definitiva, le sirve al TS para afirmar que la prescripción de la medida de reparación era de 15 años a pesar de haber prescrito la infracción administrativa.

Cabría valorar, no obstante, la posibilidad de haber aplicado a este supuesto de hecho la previsión del art. 323.2 del RDPH, según el cual: "La reparación de daños que produzcan efectos adversos significativos al medio ambiente tal y como se definen en el artículo 2.1 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, será exigible en los términos establecidos en el artículo 6.3, y en su caso, el artículo 7 de dicha Ley". Esta circunstancia hubiese supuesto que la reparación de los daños y perjuicios al medio ambiente y la reposición de las cosas a su estado anterior, prescribiría a los 30 años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que los causó (en este caso, las obras de encauzamiento). Ahora bien, para que esta Ley pudiera aplicarse, la Administración debería haber demostrado que se trata de "daños significativos" a las aguas, concepto éste

que ha de interpretarse de acuerdo con la caracterización de las masas de agua tenidas en cuenta en la planificación y hecha siguiendo los indicadores del derecho europeo.

5.2.2. Sanciones impuestas por organismos de cuenca en procedimientos administrativos "externalizados"

STS 2812/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2812, de 14 de septiembre

La huida del Derecho Administrativo ha sido, tradicionalmente, un foco constante de generación de dislates y embrollos jurídicos, muchos de los cuales nos han conducido al lamento, cuando no al sonrojo, tras comprobar el profundo desapego que el propio Ordenamiento siente por el principio de seguridad jurídica. La capacidad de sorpresa, con los años, se va reduciendo, no por la mejora de la situación, sino porque, transcurrido el tiempo, resulta inevitable la relativización y la sensación de ya haberlo visto todo.

Resulta innecesario ahondar en el hecho de que las Administraciones públicas, por muchos y variados motivos –no siempre torticeros-, se sirven de entidades privadas o de personal ajeno para el desempeño de sus funciones propias. Esa tendencia ha llegado a implantarse hasta en el ejercicio de potestades tan intensamente vinculadas al ámbito administrativo como la sancionadora. Así puede comprobarse en el supuesto fáctico analizado en la STS 2812/2020.

En este pronunciamiento, el Tribunal trata de dilucidar si el personal de una empresa pública (TRAGSATEC) puede intervenir en la elaboración de un procedimiento sancionador que tramita una Confederación Hidrográfica (en el supuesto de hecho, la del Guadiana). En concreto, la cuestión casacional se basa, fundamentalmente, en si el personal de una empresa pública puede atribuir auxilio y la asistencia técnica, de carácter permanente y general, en la tramitación de los procedimientos sancionadores, por mucho de que la resolución final de los mismos sí se produzca por el órgano administrativo competente.

Cuestión que se relaciona, necesariamente, con el concepto tradicional del concepto subjetivo-estatutario del Derecho Administrativo como reacción a la huida del Derecho Administrativo y a las indeseables consecuencias derivadas de la discutible aplicación, en algunos supuestos, de mecanismos jurídicos como las encomiendas de gestión y prestación de servicios *in house providing*, entre otros.

La argumentación del TS resulta, en el fondo, impecable, pues más allá de centrarse en la propia naturaleza subjetiva de la entidad que prestaba el auxilio en el procedimiento (una empresa pública), se centra en la vinculación jurídica con la Administración del personal que interviene en el procedimiento, acudiendo a la propia normativa de Empleo Público. De esta forma -y el pronunciamiento es altamente significativo y ciertamente extrapolable a otras materias- se afirma que la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto estos constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones, queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida las competencias correspondientes. Por ello, el procedimiento sancionador que en la sentencia se fiscalizaba debía haberse tramitado de manera íntegra por el propio Organismo de Cuenca y con el personal estatutario a su servicio, sin que fuese admisible, tal y como relata la propia fundamentación jurídica de la sentencia "que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a Entidades Públicas Empresariales, sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración careciera de los medios para ello, al auxilio de Entidades Públicas Empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicho auxilio o asistencia".

Más allá de lo que debemos entender una confusión terminológica del Tribunal a la hora de referirse a las Entidades Públicas Empresariales que, como organismos públicos que son, indiscutiblemente pueden ejercer las potestades administrativas que prevea su Ley de creación, incluida la sancionadora (y excluida la expropiatoria); la imposibilidad de la tramitación de procedimientos administrativos por entidades de Derecho Privado por carecer de funcionarios públicos puede determinar una interpretación extensiva de cierto riesgo si se extrapola al personal no funcional de las personas jurídico-públicas. En todo caso, la conclusión del TS determinando la nulidad del procedimiento y, por tanto, de las sanciones impuestas se antoja irreprochable. Y como es algo que, al parecer, resultaba habitual en algunos organismos de cuenca como la Confederación Hidrográfica del Guadiana, todo ello a la vista del elevado número de casos que debían tramitar, esta circunstancia puede suponer un impacto colosal desde la perspectiva de las resoluciones sancionadoras adoptadas durante estos últimos años.

5.2.3. Naturaleza jurídica de la resolución administrativa por la que el organismo de cuenca fija el coste económico financiero del uso del agua ¿Disposición general o acto administrativo?

STS 1246/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1246, de 18 de mayo

En esta Sentencia, de nuevo, volvemos a toparnos con una problemática jurídica colateral derivada de la STS de 4 de noviembre de 2011 que, como recordamos, procedió a declarar la nulidad parcial de la Orden MAN/85/2008 de 16 de enero en tanto establecía los criterios técnicos para la valoración del daño a efectos sancionadores. A este problemático pronunciamiento le siguió la introducción en el art. 117.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas del criterio del valor económico para la valoración del daño al dominio público hidráulico y determinación de la gravedad de las infracciones y la nueva redacción dada al art. 326 (con sus apartados bis y ter) del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, sobre criterios técnicos de valoración de daños a los que ha de sujetarse el órgano sancionador, teniendo en cuenta los criterios generales acordados por las Juntas de Gobierno de los organismos de cuenca.

La cuestión que ahora se dilucida, y que en absoluto resulta baladí, pues de ella vuelve a depender la posible nulidad de las medidas sancionadoras adoptadas, es si la resolución administrativa por la que el organismo de cuenca fija el coste económico financiero del uso del agua (y que servirá como fundamento para la aplicación del régimen sancionador) constituye una disposición general o tiene la condición de acto de aplicación al caso concreto que carece de contenido normativo administrativo.

Pues bien, el Tribunal, en una afirmación que no deja de ser algo contradictoria en sus propios términos, afirma que la resolución administrativa que fija el coste económico-financiero del uso del agua tiene carácter normativo y en tal sentido constituye una disposición de carácter general. Tal naturaleza hace que el coste unitario del agua determinado por dicha disposición y que se fija en aplicación de los criterios establecidos en el art. 326 bis.1.c) del RDPH, siga vigente mientras no se produzca la modificación o derogación de la norma que lo fijó, dadas características de abstracción y generalidad de las disposiciones generales.

De nuevo, las sensaciones que se desprenden de estos pronunciamientos son de un cierto funambulismo judicial para, con innegable buena voluntad, intentar salvar los desatinos que provocó, en origen, el Legislador a la hora de configurar las bases del régimen sancionador en materia de Aguas.

5.2.4. Las obras hidráulicas de interés general y el interés público superior previsto en la DMA: el caso del embalse de Biscarrués

(SsTS 883/2020 (ECLI:ES:TS:2020:883) y 884/2020 (ECLI:ES:TS:2020:884), de 18 de mayo)

El embalse de Biscarrués, un proyecto de obra hidráulica sobre el río Gállego situado cerca de este municipio del Pirineo oscense, ha hallado este año un importante hito judicial en las SsTS 883/2020 (ECLI:ES:TS:2020:883) y 884/2020 (ECLI:ES:TS:2020:884), ambas de 18 de mayo, que vienen a respaldar la sentencia dictada por la Audiencia Nacional el 7 de julio de 2017. No obstante, quizá resulta demasiado aventurado afirmar que estos pronunciamientos han puesto fin, definitivamente, al citado proyecto, como a continuación analizaremos.

Las referidas SsTS han enjuiciado la validez jurídica, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 2000/60/CE (DMA), de la Resolución de 14 de febrero de 2012 de la Dirección General del Agua, de aprobación del expediente de información pública y del anteproyecto (02/09) y adenda (09/11) del embalse de Biscarrués, y la Resolución de 8 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado de Cambio Climático, sobre Declaración de Impacto Ambiental del proyecto Embalse de Biscarrués.

La cuestión casacional primordial suponía valorar la equivalencia del concepto de obra pública de interés general con el de interés público superior de la DMA. Es decir, si resulta suficiente el concepto jurídico indeterminado utilizado tradicionalmente por nuestro ordenamiento jurídico para calificar a determinadas obras públicas como de interés general, para entender que se ha materializado la excepción a la imposibilidad de alteración de una masa de agua superficial por concurrir un interés público superior. En el caso del embalse de Biscarrués no se puede poner en duda, al menos desde una perspectiva formal, su naturaleza de obra pública de interés general, pues así fue declarada expresamente mediante Real Decreto-Ley del año 1992 y dos Leyes que lo reiteran (Ley 10/2001 y Ley 11/2005).

El TS determina, a nuestro juicio acertadamente, que ambos conceptos (interés general e interés público superior) no son equivalentes, pues si bien los conceptos de interés general y público sí pueden invocar a las mismas motivaciones, la DMA exige que este interés general/público sea "superior", es decir, que se establezca un término comparativo entre el interés de la causa que produce la alteración de la masa de agua y el interés objetivo de mantenimiento del buen estado ecológico de las aguas. Exige, por tanto, que dicho interés se presente como superior y que, además, se justifique o motive expresamente antes de proceder a alterar la masa de agua.

De esta forma, la premisa que establece el TS para dotar de validez al proyecto del embalse de Biscarrués residía en observar si se había cumplido con la exigencia de la elaboración de un estudio explicativo y justificativo del interés público superior de la obra y si ese estudio se había producido ya en el momento temporal (y procedimental) de las Resoluciones objeto de este litigio, 2012 (Anteproyecto) y 2011 (DIA). Exigencia que, por cierto, no solo derivaba del artículo 4.7 de la DMA, sino también del artículo 39.2 del RD 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica, que incorporaba parcialmente al Ordenamiento español las previsiones de la DMA.

Aunque la STS estime lo contrario, afirmando que se trata de una cuestión de carácter formal y de fondo, en puridad lo que se discute y reprocha es una cuestión meramente formal (ausencia de un estudio justificativo y comparativo del interés público superior que representa el interés general de la obra respecto al interés público del mantenimiento del buen estado ecológico de las aguas). Es decir, las dos resoluciones anuladas (la que aprueba el anteproyecto de la obra y la relativa a la DIA del proyecto de embalse) debían haber incorporado, de forma expresa, menciones al interés público superior de la obra y, además, haber justificado y motivado expresamente dicho interés superior. De hecho, el TS no entra a valorar la concurrencia de dicho interés y de su razonamiento se desprende que este puede consignarse en un momento posterior (en los anexos del correspondiente Plan Hidrológico). El reproche, por tanto, se vincula a la mera formalidad de que tal justificación del cumplimiento de los requisitos que marca la DMA y el RD 907/2007 ya debía haberse incluido en este momento del procedimiento.

El TS afirma, además, que tanto la DIA como el anteproyecto de la obra no suponen meros actos de trámite, por lo que en ellos se debía cumplir el deber que impone el artículo 4.7 de la DMA de justificar que la alteración de las masas superficiales de agua obedecía a un interés público superior. En el caso del anteproyecto de obra, la justificación se centra en los artículos 121 y ss del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) y en las Sentencias del TJUE de 1 de julio de 2015 (asunto C-461/13), y del propio TS de 17 de noviembre de 1998, entendiéndose que, como trámite final antes de la contratación de la obra, debía ya cumplir lo previsto en la DMA y el RD 907/2007 que la traspone.

Todo ello sin entrar a valorar que, en efecto, los motivos de las modificaciones/alteraciones de las masas de agua se deben, además, detallar específicamente en el Plan Hidrológico de Cuenca, revisándose los objetivos cada seis años. Asunto que resultaba ajeno al recurso de casación que se presentó, pues este se centraba en dos resoluciones administrativas anteriores a la aprobación del plan hidrológico.

En conclusión, la STS determina la invalidez del anteproyecto de obra y de la DIA del embalse de Biscarrués por un defecto formal (falta de justificación del interés público superior), pero en absoluto determina que dicho interés público superior no aconteciese en la realización de la obra hidráulica de interés general, lo que podría abrir la puerta a retomar la tramitación de dicho proyecto o, incluso, a una posible convalidación de los actos anulables, conservando todos aquellos trámites que no se veían afectados por la declaración de invalidez.

5.2.5. Posibilidad de indemnización al concesionario perjudicado por el establecimiento de los caudales ecológicos fijados por los planes hidrológicos de cuenca

STS 992/2020 - ECLI:ES:TS:2020:992, de 14 de mayo

La sentencia valora la posibilidad de que se indemnice a un concesionario por el establecimiento (en este caso, mantenimiento) de los caudales ecológicos en el río Cinca mediante resolución administrativa de la Confederación Hidrográfica del Ebro. La cuestión casacional plantea, por tanto, la posibilidad de equiparar el establecimiento de los caudales ecológicos fijados por los planes hidrológicos de cuenca al supuesto de que sea precisa una adecuación de la concesión a los mismos, dando lugar directamente al reconocimiento de indemnización al concesionario perjudicado por aplicación del artículo 65.3 del TRLA.

En este sentido, debemos recordar que el citado precepto supone una excepción al carácter no indemnizable de la modificación de los planes hidrológicos salvo en el citado supuesto de revisión concesional.

El Tribunal confirma, en su argumentación jurídica, la citada equiparación, sobre la base de los principios generales de la responsabilidad patrimonial. De hecho, afirma que no se trata de una "extensión analógica" de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, expresamente prevista en el artículo 65.3 del TRLA para los supuestos de la revisión de las concesiones para su adecuación a los Planes Hidrológicos, sino de "declarar la misma responsabilidad en los supuestos de una concreta afectación patrimonial derivada de unas aportaciones superiores a las impuestas o pactadas con anterioridad" (FJ 5º).