

Aguas: la seguridad hídrica como concepto jurídico por construir

Isabel Caro-Patón Carmona

Víctor Escartín Escudé

SUMARIO: 1. LA SEGURIDAD HIDRICA ENTRA EN ESCENA: A MODO DE INTRODUCCIÓN. 2. LEGISLACION ESTATAL. 2.1. Sobre la reserva mínima de embalses. 2.2. El Reglamento de grandes presas. 2.3. Real Decreto 1159/2021, de 28 de diciembre, que reforma el reglamento de la planificación hidrológica. 2.4. Fondo de restauración ecológica. 3. LA LEY GALLEGA DE PESCA. 4. LAS DIRECTRICES EUROPEAS SOBRE EL «DAÑO MEDIOAMBIENTAL». 5. EL PLAN DSEAR Y ESTRATEGIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURAS VERDES. 5.1. Plan DSEAR. 5.2. Estrategia Nacional de Infraestructura Verde y de la Conectividad y Restauración Ecológicas. 6. JURISPRUDENCIA: 6.1. Sobre la prescripción de las infracciones y sanciones en materia de aguas. 6.2. El canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias. Nulidad parcial del RD 198/2015, de 23 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 112 bis del TRLA. 6.3. Competencia para la limpieza ordinaria de cauces. Una matización a la doctrina jurisprudencial existente. 6.4. Doctrina jurisprudencial sobre los requisitos formales y materiales que debe cumplir una instrucción. Las instrucciones de la Dirección General del Agua relativas a los criterios a aplicar en la actualización del canon concesional y a los principios de recuperación de costes. 6.5. Un retroceso en la configuración jurídica y relevancia del informe de suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos en el procedimiento de aprobación de instrumentos de planificación urbanística. 6.6. La sentencia del Tribunal de Justicia sobre Doñana.

RESUMEN: La producción normativa vuelve a ser fecunda en materia de aguas y deben destacarse, sin duda, la incorporación del nuevo concepto jurídico de seguridad hídrica, introducido por la Ley de cambio climático y la regulación del procedimiento para admitir el deterioro adicional de masas de agua, incluido en la reforma del reglamento de planificación hidrológica. En lo que respecta a la Unión Europea, interpretamos y comentamos la sentencia de Doñana y las Directrices sobre el daño ambiental, que son dos textos bien complejos. El Tribunal Supremo nos ha ofrecido dos relevantes giros jurisprudenciales: la competencia para la limpieza de cauces se atribuye al Organismo de cuenca y se reduce el ámbito objetivo del informe del art. 25 TRLA. En definitiva, un año repleto de nuevos temas.

ABSTRACT: The regulatory production is once again fruitful in the field of water. Undoubtedly it should be highlighted the incorporation of the new legal concept of water security, introduced by the Law on climate change and the regulation of the procedure for admitting the further deterioration of bodies of water, included in the reform of the hydrological planning regulation. With regard to the European Union, the Doñana ruling and the Guidelines on environmental damage are commented. There are two jurisprudential shifts in the Supreme Court's jurisprudence: the competence for the cleaning of watercourses is attributed to the basin organisation and the objective scope of the report of art. 25 TRLA is reduced. In short, a year full of new issues.

PALABRAS CLAVE: Aguas. Seguridad hídrica. Planificación hidrológica. Gestión de embalses. Sequía. Responsabilidad ambiental. Reparación de daños. Deterioro adicional. Limpieza de cauces. Canon hidroeléctrico.

KEYWORDS: Water. Water security. Hydrological planning. Dam management. Drought. environmental liability. Damage remediation. Further deterioration. River cleaning. Hydroelectric levy.

1. LA SEGURIDAD HIDRICA ENTRA EN ESCENA: A MODO DE INTRODUCCIÓN

El 3 de marzo de 2021 se celebraron los 95 años de la Confederación hidrográfica del Ebro, primero de los Organismos de cuenca. Creados para fomentar el uso productivo del agua y el desarrollo regional, gracias al regadío y la producción hidroeléctrica, hoy la Administración hidráulica busca su lugar entre ecologistas y usuarios. Como veremos, sobre el papel

del BOE, que se redacta en las oficinas del Ministerio, la balanza se inclina claramente hacia la protección de las masas de agua. Sin embargo, el día a día de las viejas Confederaciones es más complejo pues no se puede dejar sin agua a las actividades productivas de las que dependen miles de familias ni renunciar a la garantía de la seguridad energética que ofrece la hidroeléctrica.

Los urbanitas viven con desafección este conflicto, sin perjuicio de que puedan unirse masivamente a manifestaciones a favor de ecosistemas insustituibles que se ven gravemente amenazados (Mar Menor). No se puede saber hasta qué punto existe conciencia acerca de que el equilibrio entre el agua como bien productivo y como bien natural constituye **“la tarea más importante y difícil del derecho de aguas en estos tiempos”**¹. La FAO ya ha redactado un informe jurídico sobre el derecho al agua para la alimentación y la agricultura, en el que se sostiene que el derecho humano al agua también abarca el uso para el riego².

En España, la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética, ha introducido en su art. 19, titulado *“consideración del cambio climático en la planificación y gestión del agua”*, un nuevo concepto jurídico: la seguridad hídrica³. El precepto dice así:

“La planificación y la gestión hidrológica, a efectos de su adaptación al cambio climático, tendrán como objetivos conseguir la seguridad hídrica para las personas, para la protección de la biodiversidad y para las actividades socioeconómicas, de acuerdo con la jerarquía de usos, reduciendo la exposición y vulnerabilidad al cambio climático e incrementando la resiliencia”.

La seguridad hídrica como tarea pública incluye, pues, una garantía de disponibilidad. Cabe preguntarse si hay en este artículo un orden de prelación (personas, biodiversidad, actividades económicas), aún abierto. Si en España, la seguridad hídrica para el agua de boca está suficientemente

¹ Noguera Gil, E.M., “La implantación de los caudales ecológicos el caso de la cuenca del Segura”,

Revista Aranzadi de derecho ambiental, N° 49 (2021), pág. 375.

² Morgera, E., Webster, E., Hamley, G., Sindico, F., Robbie, J., Switzer, S., Berger, T., Silva Sánchez, P.P., Lennan, M., Martin-Nagle, R., Tsioumani, E., Moynihan, R. & Zydek, A. 2020. *The right to water for food and agriculture*.

³ Cfr. Embid Irujo, A., “El concepto de seguridad hídrica: contenido y funcionalidad”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* septiembre-diciembre 2021 (núm. 50). A su juicio, precisa el desarrollo que le dará la Estrategia del Agua aun por aprobar. Esto, sin embargo, no tiene por qué ser así pues se trata de un principio jurídico que ya debe informar la actuación de la Administración hidráulica.

garantizada (es la exigencia de un precio asequible lo que está en juego cuando se habla, entre nosotros, de derecho humano al agua), consideramos que la seguridad hídrica para las personas tendrá que incluir la garantía de agua para la agricultura (seguridad alimentaria).

Apoya esta interpretación el art. 5.4 de la Ley Europea del Clima⁴ que establece que:

“En sus estrategias de adaptación nacionales, los Estados miembros tendrán en cuenta la especial vulnerabilidad de los sectores pertinentes, entre ellos la agricultura, y de los sistemas hídricos y alimentarios, así como de la seguridad alimentaria, y promoverán soluciones basadas en la naturaleza y una adaptación basada en los ecosistemas”.

En suma, aunque como el resto de ideas fuerza de la Ley de Cambio Climático, la seguridad sea un concepto por construir, bienvenida sea pues su recepción normativa ha de inspirar la búsqueda de ese difícil equilibrio entre los valores intrínsecos a los recursos hídricos.

2. LEGISLACION ESTATAL

Como en años anteriores, las reformas normativas de la abundante legislación de aguas son numerosas (y voluminosas)⁵. En una legislatura con abuso del Real Decreto-Ley, nada menos que tres reforman la Ley de aguas; dos de ellos, en los que no vamos a detenernos, tienen por objeto figuras tributarias⁶ y bordean la inconstitucionalidad⁷. Junto al esperado reglamento

⁴ Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) n. 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»)

⁵ El propio Ministerio en la Exposición de Motivos justifica la reforma de los planes de sequía (RD 1159/2021) en que ha de garantizarse la coordinación entre las “*normas aplicables en materia de aguas, por otro lado tan abundantes, cuya coexistencia dificulta la tarea de los operadores jurídicos y el conocimiento por sus destinatarios*”.

⁶ Por Real Decreto-ley 1/2021, se modifica la cuantía del canon de vertidos del art. 113 TRLA; por Real Decreto-ley 12/2021, que modifica al tiempo la Ley y el RDPH (con salvaguarda del rango reglamentario) se amplía el periodo liquidable del canon de regulación y de la tarifa de utilización del art. 114 TRLA para corregir las dificultades de gestión para 2021 derivadas de la reiterada doctrina del TS que prohíbe su retroactividad y una deficiente regulación derivada de la Ley 11/2020; y por Real Decreto-ley 17/2021, comentado en el texto, se modifica el art. 55 TRLA.

⁷ Según doctrina constitucional, el art. 86 CE prohíbe que se regule de “forma sustancial” un tributo. Este concepto jurídico que exige analizar su “*naturaleza, estructura y la función que cumple dentro del conjunto del sistema tributario, así como el grado o*

de grandes presas, fue importante, aunque inoportuna, la reforma del Reglamento de Planificación hidrológica: se publicó justo cuando se acaba de cerrar la información pública de los planes del tercer ciclo (2022-2027).

Por Ley Orgánica 10/2021 se modifica la LOPJ para reconocer el carácter de tribunal consuetudinario y tradicional al Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela (Alicante/Alacant) y Pueblos de su Marco y al Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia de l'Horta d'Aldaia.

2.1. SOBRE LA RESERVA MÍNIMA DE EMBALSES

El Real Decreto-ley 17/2021, de 14 de septiembre, de medidas urgentes para mitigar el impacto de la escalada de precios del gas natural en los mercados minoristas de gas y electricidad modifica el art. 55.2 TRLA para habilitar a los Organismos de cuenca, “*en los casos en que así proceda en atención a la reserva de agua embalsada y a la predicción estacional*”, a obligar a los gestores de embalses de más de 50 hm³ de capacidad total, cuyos usos principales no sean el abastecimiento, el regadío y otros usos agropecuarios, a fijar al inicio de cada año hidrológico:

“a) Un régimen mínimo y máximo de caudales medios mensuales a desembalsar para situaciones de normalidad hidrológica y de sequía prolongada.

b) Un régimen de volúmenes mínimos de reservas embalsadas para cada mes.

c) La reserva mensual mínima que debe permanecer almacenada en el embalse para evitar indeseados efectos ambientales sobre la fauna y la flora del embalse y de las masas de agua con él asociadas”.

Esta reforma, o “cláusula anti-Ricobayo”, trae causa de un revuelo mediático, que se produjo cuando una empresa, respetando los términos de su concesión, maximizó la producción hidroeléctrica en perjuicio de los usos recreativos de un embalse en un pueblo de Zamora (Muelas del Pan)⁸. El episodio se produjo en otros embalses extremeños y de Galicia y el Gobierno amenazó con graves sanciones a las empresas implicadas, pese a que debía

medida en que interviene el principio de capacidad económica—, qué elementos del mismo —esenciales o no— resultan alterados por este excepcional modo de producción normativa y, en fin, cuál es la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate” (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 7; 137/2003, de 3 de julio, FJ 6; 108/2004, de 30 de junio, FJ 7; 189/2005, de 7 de julio, FJ 7; 100/2012, de 8 de mayo, FJ 9, y 83/2014 de 29 de mayo, FJ 5).

⁸ Ver, por ejemplo, El País de cinco de agosto de 2021, “La furia de Ricobayo por su embalse enfrenta al Gobierno con Iberdrola”.

conocer que no se había cometido infracción alguna ya que en la legislación de aguas prevalece el uso para la producción de energía frente a los usos recreativos de los embalses. Para que la noticia no quedara en “serpiente de verano” y dentro de un paquete de medidas para frenar el precio de la luz, se procedió a modificar la Ley reforzando las funciones de los Organismos de cuenca relativas a introducir modulaciones temporales en los aprovechamientos, que es el objeto del art. 55 TRLA.

Es decir, esta novedad legislativa no debería interpretarse como habilitación para modificar de oficio las concesiones, pues para eso, la ley de aguas ya cuenta con el art. 65 TRLA. Se trata de un precepto diseñado para evitar nuevos escándalos y alcanzar una finalidad sin duda legítima (proteger los usos recreativos de los embalses a costa de la producción hidroeléctrica); pero, a nuestro juicio, era innecesario en el derecho de aguas porque los planes hidrológicos están plenamente habilitados para establecer regímenes de caudales mínimos y máximos y, si así fuese necesario, reservas mensuales para conservar el buen estado ecológico de las masas de agua asociadas al embalse.

Para la Administración, la ventaja de introducir una nueva previsión en el art. 55 TRLA se encuentra en que es un atajo que permite eludir la discusión (aun viva) con los concesionarios acerca de si todos los componentes de caudales ecológicos que establecen los planes de cuenca pueden exigirse sin revisar previamente los títulos concesionales por aplicación del art. 65.3 TRLA. Ciertamente, entre los componentes de los caudales ecológicos de la Instrucción de Planificación Hidrológica (mínimos, máximos, distribución temporal y tasas de cambio, caudales generadores⁹) no estaba el respeto a un volumen mínimo embalsado para respetar los usos recreativos. Pero hubiera sido más coherente con el régimen legal, modificar la Instrucción o, incluso, adaptar las concesiones para el uso hidroeléctrico al contenido previsto en la reforma del RDPH de 2013, que permite fijar las modulaciones estacionales que resulten necesarias¹⁰. Sin embargo, el Gobierno ha elegido aprobar un Real Decreto-Ley, cuya extraordinaria y urgente necesidad difícilmente se advierte.

⁹ Apartado 3.4.1.3. de la Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, por la que se aprueba la instrucción de planificación hidrológica.

¹⁰ La redacción originaria del art. 102 RDPH era: “*En toda concesión de aguas públicas se fijará la finalidad de ésta, su plazo, el **caudal máximo** cuyo aprovechamiento se concede, indicando el periodo de utilización cuando ésta se haga en jornadas restringidas, el caudal medio continuo equivalente y el término municipal y provincia donde esté ubicada la toma (...)En las concesiones de agua para usos hidroeléctricos se fijarán, además, las características técnicas de los grupos instalados y el tramo ocupado en metros, entendiéndose por tal el desnivel entre la cota de máximo embalse normal en el punto de toma y la cota de devolución de caudales al cauce público*”.

Tras la reforma de RD 670/2013: “*En toda concesión de aguas públicas se fijará la finalidad de ésta, su plazo, el **caudal máximo instantáneo, el volumen máximo anual y en su caso el volumen máximo mensual cuyo aprovechamiento se concede**, indicando el periodo de utilización cuando ésta se haga en jornadas restringidas (...)*”

2.2. EL REGLAMENTO DE GRANDES PRESAS

Por Real Decreto 264/2021, de 13 de abril, se aprueban las normas técnicas de seguridad para las presas y sus embalses. Se trata de tres normas técnicas¹¹ largamente esperadas, que se incluyen en un único texto y unifican la normativa en vigor. Tiene un detallado régimen transitorio para que los titulares de grandes presas¹² o de pequeñas presas que hayan sido clasificadas en las categorías de peligrosidad A o B¹³ cumplan las obligaciones y cargas administrativas que establece, impulsando, también desde esta perspectiva, la vigilancia y el control de los concesionarios. Las balsas quedan excluidas de su ámbito de aplicación.

De estas normas técnicas, para el día a día de la producción energética, son determinantes las relativas a la explotación de embalses pues entre otras cuestiones establecen los resguardos para laminación de avenidas, respetando los usos del embalse fijados por la concesión. Para el desarrollo futuro de la seguridad hídrica, sin duda, el papel de las normas de explotación será clave. Por eso, y dado que el RD se queda en el establecimiento de distintas cargas y obligaciones administrativas, queda pendiente ensamblar su parte técnica con los derechos concesionales de quienes gestionan o utilizan los embalses; derechos que se quieren limitar por distintas puertas falsas: aparte del art. 55 TRLA, ya comentado, mediante el establecimiento de caudales ecológicos directamente por la planificación escondiendo su afección a las concesiones (por ejemplo, se proponen cifras de caudales de crecida sin comprobar previamente su compatibilidad con las normas de explotación).

¹¹ Norma Técnica de Seguridad para la clasificación de las presas y para la elaboración e implantación de los planes de emergencia de las presas y sus embalses; Norma Técnica de Seguridad para el proyecto, construcción y puesta en carga de las presas y llenado de sus embalses; y Norma Técnica de Seguridad para la explotación, revisiones de seguridad y puesta fuera de servicio de las presas y sus embalses.

¹² De acuerdo con el art. 358.a) RDPH, "*se considera gran presa aquella cuya altura es superior a 15 metros y la que, teniendo una altura comprendida entre 10 y 15 metros, tenga una capacidad de embalse superior a 1 hm³*".

¹³ A los efectos de su peligrosidad, el art. 358.b) RDPH distingue entre:

"1.º Categoría A: Presas cuya rotura o funcionamiento incorrecto pueden afectar gravemente a núcleos urbanos o a servicios esenciales, o producir daños materiales o medioambientales muy importantes.

2.º Categoría B: Presas cuya rotura o funcionamiento incorrecto puede ocasionar daños materiales o medioambientales importantes o afectar a un número reducido de viviendas.

3.º Categoría C: Presas cuya rotura o funcionamiento incorrecto puede producir daños materiales de moderada importancia y sólo incidentalmente pérdidas de vidas humanas. En todo caso, a esta categoría pertenecerán todas las presas no incluidas en las categorías A o B".

2.3. REAL DECRETO 1159/2021, DE 28 DE DICIEMBRE, QUE REFORMA EL REGLAMENTO DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA

Durante este año se han ido elaborando los planes de gestión de riesgo de inundaciones y ha continuado el largo proceso de elaboración de los planes hidrológicos de tercer ciclo (2021-2027) iniciado en 2018; pues bien, con la información pública del proyecto de plan recién cerrada¹⁴, se publicó la reforma del reglamento de planificación hidrológica¹⁵. De nuevo se trata de un documento largo y complejo, del que destacaremos aquellas partes de su contenido que nos han parecido de mayor interés.

Hay dos cuestiones que parecen intensificar la protección ambiental, pero que difícilmente servirán para ello. Una primera es que amplía el concepto de masa de agua en riesgo, que pasa a incluir cualquiera que tenga algún impacto (art. 16 bis). Antes solo eran aquellas que estuvieran en el límite de cumplimiento de objetivos ambientales y su inclusión suponía la obligación para la Administración de estudiarlas con mayor profundidad (por cierto, sobre esta obligación, la STJUE de Doñana comentada más adelante constata un incumplimiento). Una segunda es la previsión del nuevo art. 17.4, que introduce un matiz contrario a lo que dice la Ley de aguas, según el cual la regla de la supremacía del uso de agua para abastecimiento a poblaciones sobre los caudales ecológicos sólo se aplicará *“cuando no exista una alternativa razonable que pueda dar satisfacción a esta necesidad”*. La definición de esa alternativa razonable se podrá acordar en la revisión de los planes especiales de sequía. Planes de sequía que ahora son objeto de una regulación, que desarrolla el art. 27 de la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional: entre otras cosas, se establece su contenido mínimo que incluye la definición de un sistema de indicadores de sequía prolongada y de escasez coyuntural (art. 66 bis) y el procedimiento para su elaboración (art. 83 quáter).

Desde un punto de vista jurídico, tiene interés la pretensión (muy limitada) de poner freno a previsiones normativas por los planes en las que estos invadan cuestiones que precisan una regulación general. Se alegan razones de seguridad jurídica y se cita el dictamen del Consejo de Estado de

¹⁴ Cabe recordar que la DMA exige tres informaciones públicas sucesivas: documentos iniciales con la caracterización de la demarcación, Esquemas Provisionales de Temas Importantes y, finalmente, proyectos de plan.

¹⁵ De forma optimista se dispuso que entraría en vigor el día siguiente de su publicación, por la necesidad de que se produjera con antelación a la aprobación de la revisión de los planes hidrológicos.

315/2016, de 21 de julio de 2016¹⁶, en el que se ha sostenido la necesidad de «*paliar la dispersión normativa existente en la planificación hidrológica en aspectos cuya regulación debe ser igual independientemente de la demarcación hidrológica en la que se aplique, garantizando un nivel mínimo y común de exigencias*». Así, el art. 81 RPH habilita a los planes a establecer contenidos normativos sobre una lista de materias, prohibiéndose expresamente que contengan normas sobre otras. Entre las materias incluidas en la lista están las medidas para evitar o controlar la contaminación de fuentes difusas, incluyendo la determinación de umbrales máximos promedio de excedentes de nitrógeno para cada masa de agua o sector de masa afectada por la contaminación por nitratos (art. 47 RPH).

También, el RPH regula un procedimiento para que, durante la vigencia del plan, pueda admitirse el deterioro adicional de nuevas masas de agua. Esta previsión es interesante pues confirma que estas excepciones no tienen por qué contemplarse durante el procedimiento de elaboración del plan, sino que pueden admitirse de forma separada, mediante un procedimiento *ad hoc*. El reglamento acoge la interpretación que ha hecho la Comisión Europea en las guías sobre la aplicación de las excepciones a los objetivos ambientales: la general (guía núm. 20) y la específica sobre el art. 4.7 DMA (guía núm. 36)¹⁷. Según la Comisión, basta con que los planes informen sobre la excepción, pero no son el marco en el que necesariamente han de admitirse.

Las condiciones para la realización de actuaciones que suponen la modificación física de las masas de agua están en la DA única del RPH, que adapta los pasos de la guía núm. 36 citada. El resumen de los pasos es el siguiente (pág. 53 guía 36):

¹⁶ Su objeto fue el Proyecto de real decreto por el que se modifica el reglamento del dominio público hidráulico aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, en materia de gestión de riesgos de inundación, caudales ecológicos, reservas hidrológicas y vertidos de aguas residuales. Los dictámenes del Consejo de Estado sobre planificación hidrológica, dicho con el debido respeto, son poco rigurosos desde el momento en que dejan fuera de su análisis las memorias de los planes, que es su motivación. La exposición de motivos de la norma debería haber citado las sentencias del TS que han anulado contenidos normativos de los planes por extralimitarse de su contenido propio (entre otras, STS de 11/06/2015, rec. núm. 583/2012 o STS de 12 de marzo de 2019, RJ 2019\1037).

¹⁷ [Estrategia Común de Aplicación de la Directiva Marco sobre el Agua y la Directiva sobre Inundaciones.](#)

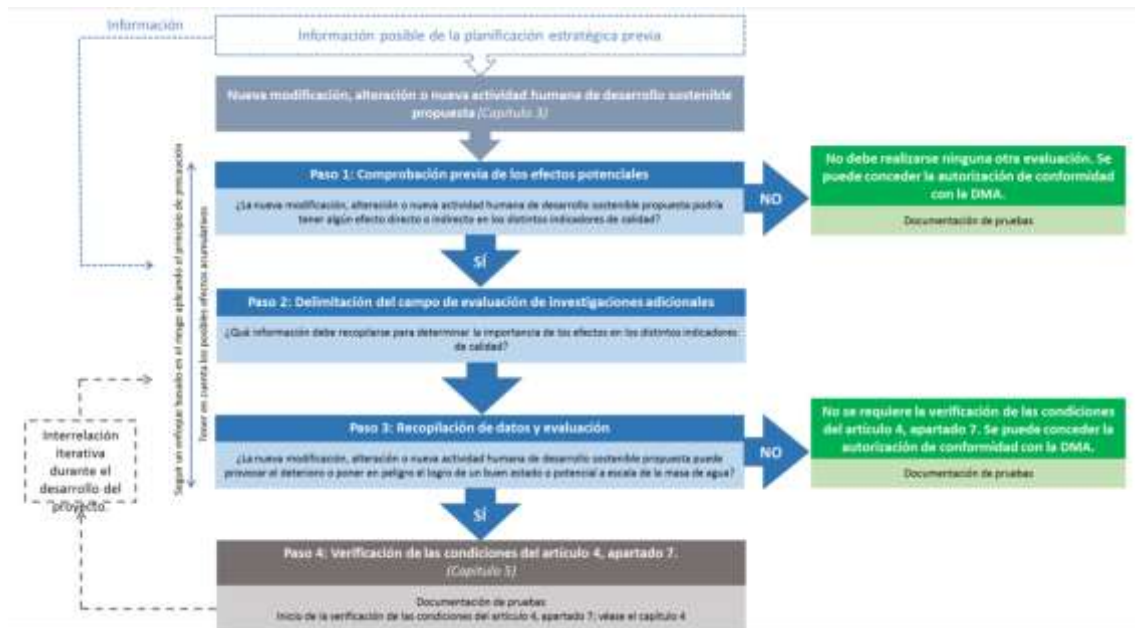


Imagen 1: Resumen de un método por pasos para una evaluación de la aplicabilidad del artículo 4, apartado 7. [Fuente](#).

Para aplicar la excepción, el Organismo de cuenca ha de emitir un “*informe de verificación*” del deterioro adicional, previa información pública del proyecto. Esta información pública puede hacerse en el procedimiento de la EIA. La autorización final del proyecto ha de cumplir los requisitos del art. 39 RPH: a) que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua; b) que el proyecto sea de interés público superior; c) que por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, no haya una opción medioambiental significativamente mejor.

Dos últimas cuestiones menores, aunque relevantes, son la previsión de revisiones de los planes distintas de las sexenales. Y, en segundo lugar, la habilitación a la Ministra a dictar ordenes de desarrollo y a impulsar trabajos de soporte por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, para proporcionar un contenido mínimo sobre aspectos como la evaluación de los recursos hídricos en régimen natural (apartado nueve), la evolución de las demandas de agua en España para atender los distintos usos (apartado diez), el análisis económico de los usos del agua (apartados veintiuno y veintidós) y otros estudios que puedan desarrollarse para todo el ámbito estatal y puedan servir de referencia y ayuda a las diversas autoridades de cuenca promotoras de los planes para su mejor documentación. Es decir, cuestiones que en años anteriores se abordaban por instrucciones del Ministerio sin base normativa, tal y como habíamos denunciado y ha confirmado el TS, en una sentencia comentada más abajo, relativa a una instrucción de la DGA.

2.4. FONDO DE RESTAURACIÓN ECOLÓGICA

El Real Decreto 690/2021, de 3 de agosto, regula el Fondo de Restauración Ecológica y Resiliencia, F.C.P.J. Este fondo se había creado por la disposición final sexta del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y sustituye al efímero Fondo para el Patrimonio Natural y la Biodiversidad del artículo 78 la Ley 42/2007, que se instituyó en 2015 (Ley 33/2015, de 21 de septiembre, por la que se modifica la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad).

El nuevo Fondo tiene asignada, entre otras muchas materias, la financiación de políticas de agua. Y es que ahora se rebasa ampliamente el objeto del Fondo del Patrimonio Natural y Biodiversidad afectado a la *“gestión forestal sostenible, de prevención estratégica de incendios forestales y la protección de espacios forestales y naturales en cuya financiación participe la Administración General del Estado”*. Sin embargo, ahora son fondos que se destinan a la sacrosanta *“transición a un modelo productivo y social más ecológico”* que incluye:

- “a) Aguas y dominio público hidráulico.*
- b) Costas, protección y conservación del mar y del dominio público marítimo-terrestre.*
- c) Cambio climático, su mitigación y adaptación y el fortalecimiento de la resiliencia climática*
- d) Prevención de la contaminación, fomento del uso de tecnologías limpias y hábitos de consumo menos contaminantes y más sostenibles, de acuerdo con la política de economía circular.*
- e) Protección del patrimonio natural, de la biodiversidad y de los bosques.*
- f) Meteorología y climatología.*
- g) Cualesquiera otras que tenga atribuido el Ministerio a través de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente y de sus organismos públicos” y entre estas, “actuaciones relativas a la digitalización de los ámbitos mencionados” (art. 4.2 RD).*

Esta ampliación de su objeto, que permite que el FRER instrumente con absoluta discrecionalidad las medidas de apoyo que decide financiar, va en detrimento de otros instrumentos de planificación y control público y, desde luego, del significado profundo de la legalidad presupuestaria¹⁸.

Esta discrecionalidad se ve acentuada por la composición de su Consejo Rector que, con la excepción de su secretario, se preside por el Secretario de Estado y se integra con cargos políticos o de libre designación de la propia Secretaría (hasta nivel orgánico de Director General), especificándose además que sólo los subdirectores generales podrán ser suplentes. No se ha previsto la intervención de ninguno de los Organismos Públicos vinculados al Ministerio. Por otra parte, aunque es un cambio cuyas consecuencias no pueden conocerse a priori, desaparece la previsión legal de que con cargo al fondo se podrán "*financiar acciones específicas relacionadas con la custodia del territorio*".

El contrapeso del poder territorial también desaparece. Pese a que la previsión legal era que: "La ejecución de las acciones que se financien con cargo al FRER corresponderá, en sus respectivos ámbitos de competencia, a la Administración General del Estado y a las comunidades autónomas, de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente" (art. 78.4), el desarrollo reglamentario deja fuera cualquier intervención autonómica. El RD sólo regula las potestades de ejecución de las políticas ambientales de competencia de la Administración General del Estado, pero no regula el procedimiento de ejecución de aquellas acciones que correspondan a las comunidades autónomas, cuya financiación no se producirá a través del Fondo, sino a través de los mecanismos habituales de territorialización de fondos de acuerdo con los acuerdos adoptados en Conferencia Sectorial. Es discutible que esto respete el mandato legal, pero es probable que sea una rémora a la coordinación intersubjetiva (el Estado podrá optar por las actuaciones que desee sin que haya necesidad del acuerdo autonómico).

3. LA LEY GALLEGA DE PESCA

Dentro de la normativa autonómica, nos interesa comentar la nueva legislación de pesca gallega, tanto por su contenido novedoso como porque pone de manifiesto que el agua sigue siendo objeto de disputas competenciales.

¹⁸ Explica Hernández López, Claudia, en su monografía *Los fondos públicos, estudio de su régimen jurídico-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, que se crean con la vocación de financiar un fin público determinado. Con su modificación, este fondo se afecta nada menos que a una completa área política de un Ministerio.

En efecto, la Ley 2/2021, de 8 de enero, de pesca continental de Galicia busca implicar a la sociedad en la protección de los ecosistemas acuáticos, de los que se recalca que son fuente de desarrollo turístico, económico y social del medio rural. Por ello, destaca de su contenido las distintas figuras que administrativizan el papel de los pescadores como guardianes de los ríos en las aguas pescables (convenios, acuerdos de custodia del territorio, entidades colaboradoras y concesiones de pesca).

Entre otros contenidos tradicionales de este tipo de leyes (licencias, cotos, listas de especies) crea escuelas de pesca para garantizar el relevo generacional y establece instrumentos de planificación para clasificar las aguas en pescables y no pescables (vedados de pesca y reservas piscícolas). En una región de lampreas y anguilas, también regula la pesca profesional. Deroga la Ley 7/1992, decana de las leyes autonómicas de pesca.

Pese a su gran mérito, esta Ley ha vuelto a poner de manifiesto que no funcionan los mecanismos de coordinación o cooperación entre Administraciones territoriales y, por increíble que parezca, se sigue avanzando hacia un modelo de yuxtaposición.

Esto se advierte con la lectura del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia (BOE de 21 de septiembre) que zanja el conflicto planteado acudiendo a la cláusula del "sin perjuicio"; es decir, sentando la regla de que cada una de las leyes se aplica separadamente de la otra. Así, la definición de aguas continentales gallega –que incluye las aguas interiores de las zonas de desembocadura en el mar– sólo se aplica a los efectos de la pesca (art. 4.4); las concesiones para aprovechamientos piscícolas gallegos (art. 11) no eximen de la obtención de las concesiones o autorizaciones pertinentes de acuerdo con el TRLA; los regímenes sancionadores de ambas leyes se aplicarán por cada una de las Administraciones (arts. 73 y 74). En definitiva, la coordinación se relega a la técnica del informe, pese a que en este ámbito no siempre va a obstar a la duplicidad de títulos administrativos habilitantes.

4. LAS DIRECTRICES EUROPEAS SOBRE EL «DAÑO MEDIOAMBIENTAL»

Tremendamente compleja resulta la Comunicación de Comisión titulada "Directrices por las que se proporciona un concepto común del término «daño medioambiental» tal como se define en el artículo 2 de la Directiva 2004/35/CE sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales" (2021/C 118/01).

La Directiva define el daño al agua como “cualquier daño que produzca efectos adversos significativos en el estado ecológico, químico o cuantitativo, o en el potencial ecológico”, con excepción de los supuestos en que se aplique el art. 4.7 DMA, que admite bajo estrictos requisitos el deterioro adicional de las masas de agua.

La Comunicación –no normativa- busca una definición de «daños a las aguas» distinta de un empeoramiento de los indicadores de estado o potencial de las masas agua que determinen un cambio de clase según la DMA¹⁹. Así, incluye dentro del cambio adverso significativo, los que causan una “*pérdida permanente o provisional mensurable*” respecto de un indicador; un “*deterioro mensurable de un indicador*”; un “*perjuicio mensurable de servicios naturales vinculado a los indicadores de estado que han sufrido pérdida o deterioro*”; y un “*desfase mensurable entre el momento en que se producen los efectos adversos y el momento en que se restituye el estado básico en cuanto a los indicadores*”.

Si a los efectos de la responsabilidad medioambiental la Administración ha de actuar cuando haya “*alteraciones significativas*”, ¿por qué se equipara significativo a mensurable? ¿Por qué se define el “daño ambiental” al margen de los valores numéricos de los indicadores que se utilizan para el cálculo del estado o potencial de las masas de agua²⁰?

¹⁹ Dos sentencias de TJUE se ocupan de esta cuestión. La de 1 de julio de 2015, asunto C-461/13, dice que: “*La expresión «deterioro del estado» de una masa de agua superficial empleada en el artículo 4, apartado 1, letra a), inciso i), de la Directiva 2000/60 debe interpretarse en el sentido de que existe deterioro cuando el estado de **al menos uno de los indicadores** de calidad conforme al anexo V de dicha Directiva descienda a la clase inferior, aun cuando ese descenso no dé lugar al descenso a una clase inferior de la masa de agua superficial en su conjunto. Sin embargo, si el indicador de calidad afectado conforme a ese anexo V figura ya en la clase más baja, cualquier descenso de dicho indicador constituye un «deterioro del estado» de una masa de agua superficial en el sentido del citado artículo 4, apartado 1, letra a), inciso i)*”. La de 28 de mayo de 2020, asunto C-535/18, fija que: “*El artículo 4, apartado 1, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/60 debe interpretarse en el sentido de que se considerará que existe **deterioro** del estado químico de la masa de agua **subterránea** desde que el proyecto en cuestión implique, bien **exceder**, a efectos del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2006/118/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro, **al menos una norma de calidad o un valor umbral**, bien **un incremento previsible de la concentración de algún contaminante cuando se haya excedido ya el valor límite aplicable** con respecto a dicho contaminante. Los valores medidos en cada punto de control se tendrán en cuenta de manera individual*”.

²⁰ Según el art. 14 RD 817/2015: “*Para el cálculo del estado o potencial ecológico de las masas de agua se utilizarán: a) Las condiciones de referencia de cada tipo de masa de agua para calcular el ratio de calidad ecológica (RCE) recogidos en el anexo II. b)*

En España el art. 323.2 RDPH dispone que:

“2. 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 (LRM), será exigible en los términos establecidos en el artículo 6.3, y en su caso, el artículo 7 de dicha Ley.”

Si se sigue esta interpretación tan amplia de la Comunicación ¿quiere esto decir que la Administración está obligada a tramitar separadamente el procedimiento sancionador por infracciones a la Ley de aguas y valorar, en otro procedimiento, la aplicabilidad de la LRM, incluyendo su exigencia de que las medidas reparadoras de los daños medioambientales causados se adopten según lo previsto en su anexo II?

En la práctica, los daños se calculan aplicando los criterios de los planes y/o de las Juntas de Gobierno de los organismos de cuenca de acuerdo a criterios objetivos que sirven para concretar el importe de la multa y el de la reparación. Algo mucho más automático y fácil para los Organismos de cuenca y en muchos casos para los pobres administrados.

Esta cuestión es importante por la separación consolidada en la jurisprudencia entre la sanción y la reparación, y las incertidumbres que aún plantea la imposición de la obligación de reparación en los casos en que no procede la imposición de una sanción (por prescripción u otras cuestiones). Más adelante, comentamos la STS de 2 de junio de 2021, en la que simplemente se alude a la LRM, pero sin abordar aún la problemática a la que nos estamos refiriendo.

5. EL PLAN DSEAR Y ESTRATEGIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURAS VERDES

5.1. PLAN DSEAR

Por Orden TED/801/2021, de 14 de julio, se ha aprobado el Plan Nacional de depuración, saneamiento, eficiencia, ahorro y reutilización.

Los valores numéricos de límite de las clases aplicables a los indicadores biológicos, químicos y fisicoquímicos e hidromorfológicos del anexo II.c) Las NCA calculadas para los contaminantes específicos o, en su caso, las NCA del anexo V para las sustancias preferentes”.

Es decir, la “calificación” de las masas de agua (muy bueno, bueno, moderado, deficiente o malo, cfr. art. 15.2) se hace aplicando el Anexo II de este RD que se refiere a valores numéricos o, en su defecto, al criterio de experto.

El Plan DSEAR se aprueba como “*instrumento de gobernanza*” que busca superar –con remedios no jurídicos- las dificultades para la ejecución de los programas de medidas de los planes hidrológicos en los sectores de la depuración, el saneamiento y la reutilización del agua residual. De manera ampulosa se configura como “*un nuevo paradigma de trabajo en el ámbito de la Administración General del Estado y de colaboración con el resto de las autoridades competentes en el ámbito del agua, especialmente en los sectores de la depuración, el saneamiento y la reutilización*”.

Pese a que el art. 82 RPH habilita al Ministerio de Medio Ambiente para “dictar las instrucciones y recomendaciones técnicas complementarias para la elaboración de los planes hidrológicos que considere convenientes para la homogeneización y sistematización de los trabajos”, se ha preferido prescindir de esta previsión (que habría obligado a oír al resto de departamentos ministeriales afectados, incluido el de Hacienda) y el Plan DSEAR se dicta sin habilitación normativa y se apoya en el art. 14.2 del Real Decreto 2/2020 de reestructuración de los departamentos ministeriales, que atribuye al MITECO la propuesta y ejecución de la política de agua como bien público esencial. En la EAE se añade que el Plan DSEAR es una planificación complementaria a los planes hidrológicos de cuenca en el sentido indicado en el artículo 13.5 de la Directiva Marco del Agua²¹. Se ha previsto que el seguimiento del Plan DSEAR se haga a través de los programas de seguimiento de los planes hidrológicos.

Más en concreto, el Plan quiere evitar nuevas sanciones económicas por incumplimiento de la Directiva 91/271/CEE, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas. En su exposición de motivos se constata que hay más de 500 aglomeraciones urbanas españolas, que implican a 10,7 millones de habitantes equivalentes (hab-eq), sin el tratamiento exigido. Esto supone el incumplimiento de más del 25% de las aglomeraciones urbanas mayores de 2.000 hab-eq constituidas en España.

Los trabajos del Plan DSEAR, desarrollados durante dos años y aprobados previa evaluación ambiental estratégica y con el informe favorable de 30 de abril de 2021 del Consejo Nacional del Agua, han de vincular a la planificación de modo que los programas de medidas incorporen una adecuada priorización de actuaciones. Esto no obstante, en su evaluación ambiental estratégica (BOE de 18 de junio) se dice que el plan

²¹ “*Los planes hidrológicos de cuenca podrán complementarse mediante la elaboración de programas y planes hidrológicos más detallados relativos a subcuencas, sectores, cuestiones específicas o categorías de aguas, con objeto de tratar aspectos especiales de la gestión hidrológica. La aplicación de dichas medidas no eximirá a los Estados miembros de las obligaciones que les incumben en virtud de las restantes disposiciones de la presente Directiva*”.

no se adentra *“en las decisiones que normativamente corresponden al ámbito de los planes hidrológicos de cuenca o del plan hidrológico nacional, cuyos contenidos sí están reglados y que serán objeto de sus respectivas evaluaciones ambientales estratégicas”*.

El Plan sólo se publica en la web del ministerio. En la publicación de la Orden en el BOE se contiene un anejo con los requisitos de publicación del art. 26 de la Ley 21/2013, de Evaluación Ambiental. La lectura de este anejo de varias páginas ofrece alguna pista acerca de cuál es su contenido. El primero es que el Plan fija criterios muy abiertos de selección de inversiones, puesto que se prevé que su seguimiento se realizará a dos escalas: un seguimiento más detallado de su evolución, relativo a las medidas de depuración, saneamiento y reutilización que sean priorizadas conforme a criterios DSEAR en los planes hidrológicos de tercer ciclo; y una evaluación general del plan apoyada en los resultados del anterior respecto a los objetivos que tiene el Plan.

Para el seguimiento de las medidas priorizadas se dice que se utilizarán *“indicadores de resultado”*, que son aquellos que *“miden la forma en la que la medida contrarresta la presión a la que va dirigida, valorando si la brecha inicial (diferencia entre la situación inicial de incumplimiento y la situación final de cumplimiento del objetivo) se ha reducido o anulado como consecuencia de la medida adoptada”*. Estos indicadores son manifiestamente insuficientes: la construcción de una depuradora obligatoria por la Dir 91/271 debería ser por sí mismo indicador suficiente. Con respecto a la reutilización, su vinculación directa con la eliminación de presiones implica que se priorizarán actuaciones que sirvan para corregir situaciones de sobreexplotación de acuíferos (masas de agua subterráneas en mal estado cuantitativo) o para reducir captaciones de los ríos; por tanto, queda fuera la atención de nuevas demandas.

5.2. ESTRATEGIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA VERDE Y DE LA CONECTIVIDAD Y RESTAURACIÓN ECOLÓGICAS

Por Orden PCM/735/2021, de 9 de julio, se aprueba esta extensa estrategia, que se apoya en la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (art. 15.1 q.).

La Estrategia tiene un breve apartado sobre los ríos como corredores ecológicos, pero carece de conexión con la normativa de aguas o los indicadores hidromorfológicos de calidad de las masas de agua. Esta Estrategia, de contenido eminentemente programático (no jurídico, por no vinculante) se añade a otra anterior específica para la restauración de ríos

(*"Estrategia Nacional de Restauración de Ríos"*), que desde 2006 ha permitido desarrollar acciones de derribo de presas y azudes en desuso, de recuperación de antiguos cauces, de plantación de sotos ribereños o de mejora de la red fluvial, incluso en zonas urbanas.

La nueva Estrategia valora positivamente la evolución del Dominio Público Hidráulico (DPH) acaso para referirse de forma implícita (pues no lo cita) al Real Decreto 638/2016 que modificó el art. 4 del RDPH que define los cauces²². La Orden sugiere que los propietarios ribereños están ocupando ilícitamente terrenos de dominio público hidráulico. Esta afirmación resulta, a nuestro juicio, algo frívola, pues los propietarios afectados por las mayores recurrencias de las inundaciones de los últimos años debidas al cambio climático, y que tienen sus terrenos inscritos en Registros públicos (Registro de la propiedad o Catastro), de forma muy expresiva alegan que *"el río no compra gratis"*.

La reticencia de la Administración a practicar los deslindes (por su dificultad) está creando una grave situación de inseguridad jurídica. Ojalá en los próximos años podamos ir comentado nuevas soluciones a esta difícil problemática.

6. JURISPRUDENCIA

En ausencia de pronunciamientos relevantes del Tribunal Constitucional en materia hidrológica, presentaremos, de forma analítica, algunas de las principales resoluciones que ha dictado el Tribunal Supremo

²² "1. *Álveo o cauce natural de una corriente continua o discontinua es el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias (artículo 4 del texto refundido de la Ley de Aguas). La determinación de ese terreno se realizará atendiendo a sus características geomorfológicas, ecológicas y teniendo en cuenta las informaciones hidrológicas, hidráulicas, fotográficas y cartográficas que existan, así como las referencias históricas disponibles.*

2. En los tramos de cauce donde exista información hidrológica suficiente, se considerará caudal de la máxima crecida ordinaria la media de los máximos caudales instantáneos anuales en su régimen natural, calculada a partir de las series de datos existentes y seleccionando un período que incluirá el máximo número de años posible y será superior a diez años consecutivos. Dicho período será representativo del comportamiento hidráulico de la corriente y en su definición se tendrá en cuenta las características geomorfológicas, ecológicas y referencias históricas disponibles.

En los tramos de cauce en los que no haya información hidrológica suficiente para aplicar el párrafo anterior, el caudal de la máxima crecida ordinaria se establecerá a partir de métodos hidrológicos e hidráulicos alternativos, y, en especial, a partir de la simulación hidrológica e hidráulica de la determinación del álveo o cauce natural y teniendo en cuenta el comportamiento hidráulico de la corriente, las características geomorfológicas, ecológicas y referencias históricas disponibles".

en la materia y que versan sobre aspectos tan dispares como la prescripción en el procedimiento sancionador y su vinculación con las medidas de restablecimiento de la legalidad, la competencia para la limpieza ordinaria de cauces o, de nuevo, el informe sobre suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos del art. 25.4 TRLA, haciendo especial hincapié en la doctrina jurisprudencial que se asienta y, por supuesto, en su planteamiento crítico (principalmente, en los dos últimos supuestos referidos, en los que se ha producido una notable matización de la jurisprudencia anterior). Por último, incluimos un breve comentario sobre la sentencia de Doñana del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

6.1. SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES EN MATERIA DE AGUAS

A. Prescripción de la infracción y adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad

En sendos pronunciamientos (sentencias de 29 de abril de 2021, rec. 1525/2020, y de 2 de junio de 2021, rec. 6786/2019) el Tribunal Supremo consolida la doctrina jurisprudencial sobre el régimen jurídico de las medidas de restauración de la legalidad en materia de aguas y aclara la controvertida cuestión de si su ejercicio se puede producir habiendo ya prescrito la infracción o caducado el procedimiento sancionador.

No obstante, además de resolver la cuestión de interés casacional que se presenta, las sentencias realizan un provechoso recorrido por la doctrina jurisprudencial sentada en relación con el ejercicio de la facultad de requerir la reposición de las cosas al estado anterior a la comisión de la infracción, determinando su carácter de potestad reglada –y no discrecional- para la Administración hidrológica, aclarando su naturaleza diferenciada respecto a la acción de carácter sancionador y valorando los efectos que la prescripción de la infracción puede tener en el ejercicio de esta facultad (con cita, entre otras, de las sentencias de 7 de diciembre de 2011, rec. 6438/2008, y de 30 de noviembre de 2020, rec. 6120/2019).

Partiendo de la naturaleza jurídica distinta de la acción sancionadora y de la acción para reparar los daños al dominio público hidráulico, afirma el TS que, en el mismo acuerdo en el que se pone fin al expediente sancionador -en el que se aprecia la prescripción de la infracción-, se puede requerir al sujeto contra el que se dirigía el expediente para que proceda a reponer las cosas a su estado original. Así sucederá, por ejemplo, en los supuestos en los que la obra o aprovechamiento ilegal hayan sido realizados por el mismo sujeto a quien se atribuía la infracción prescrita, pues, aunque no cabe imponerle ninguna sanción debido a la prescripción de la infracción, considera el Tribunal –de forma lógica- que carecería de sentido jurídico y

sería contrario al principio de economía procesal tener que abrir un nuevo procedimiento para efectuar idéntico requerimiento de reposición frente al mismo sujeto. También resultará viable en aquellos supuestos en los que, pese a no haberse acreditado la identidad del autor material de la acción causante del daño al dominio público hidráulico, la obra ilegal -no susceptible de legalización- se hubiera llevado a cabo dentro de una finca de la que fuera titular la persona a la que se exige la reposición o demolición (al ser el titular actual del bien, también lo sería del aprovechamiento, obras y actuaciones que se han de reponer, teniendo, por tanto, la capacidad de disponer al respecto).

Doctrina que es igualmente aplicable a los supuestos en los que se hubiese producido la caducidad del procedimiento sancionador iniciado originariamente, pues, como afirma la referida sentencia de 29 de abril de 2021 (RCA 1525/2020), dicha caducidad del procedimiento no conlleva la imposibilidad de exigir una indemnización por daños al dominio público hidráulico.

B. Plazo de prescripción de sanciones cuando se interpone recurso de reposición

En la sentencia de 23 de junio de 2021 (rec. 383/2020) –confirmada, fijando doctrina jurisprudencial, por la sentencia de 2 de diciembre de 2021 (7627/2020)- se resuelve la interesante cuestión de cómo y cuándo debe computarse el plazo de prescripción de una sanción impuesta cuando se ha interpuesto recurso de reposición y no de alzada, que, recordemos, es la hipótesis a la que se refiere el art. 30 de la Ley 40/2015.

No obstante, antes de analizar la solución ofrecida por el TS, conviene recordar que, dado que en el TRLA no se contiene previsión alguna acerca de la prescripción de infracciones o sanciones, debe acudir a la normativa que regula dicha cuestión con carácter supletorio. Y, en este concreto aspecto, la evolución normativa ha sido tremendamente oscilante.

Así, en el artículo 132.1 de la derogada Ley 30/1992 se establecía que el plazo de prescripción de las sanciones debía comenzar a contarse *“desde el día siguiente a aquél en que adquiriera firmeza la resolución por la que se impone la sanción”*, interrumpiendo la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución. Bajo el criterio establecido por el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 22 de septiembre de 2008 (rec. 69/2005), de que *“interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo*

de prescripción de la sanción" (doctrina plenamente aplicable, también, al recurso de reposición), el mero transcurso del plazo para resolver el recurso no implicaba que comenzase a correr el plazo de la prescripción de la sanción, pues, en puridad, la resolución no había adquirido firmeza.

Es evidente que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, este criterio resultaba ciertamente indeseable. Y es que bastaba con que la Administración no resolviera de forma expresa el recurso interpuesto para que la sanción permaneciese, de manera indefinida, imprescriptible y, en consecuencia, ejecutable mientras no se resolviera el correspondiente recurso administrativo.

El artículo 30 de la Ley 40/2015 ha ofrecido, atinadamente, una respuesta diferente. Como sabemos, en el párrafo tercero de este precepto establece que *"en el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso"*. Previsión que, de forma incontestable, venía a solucionar el problema de seguridad jurídica que ofrecía el criterio vigente con la anterior normativa, pero que dejaba un pequeño margen de incertidumbre en relación con el recurso de reposición y si, interpuesto y no resuelto este, el efecto jurídico era equivalente.

Pues bien, la referida STS de 23 de junio de 2021 entiende que, a pesar de tratarse de un recurso de naturaleza potestativa y de no haberlo previsto expresamente el Legislador, el cómputo del plazo de prescripción de la sanción -en los términos establecidos en el art. 30.3 de la Ley 40/2015 para el recurso de alzada- resulta igualmente aplicable al supuesto de desestimación presunta del recurso de reposición; de tal manera que, interpuesto un recurso de reposición contra una resolución sancionadora, el plazo de prescripción de la sanción deberá a comenzar a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de este recurso. La sentencia -al igual que hacían los pronunciamientos referidos en el apartado anterior de este mismo epígrafe- confirma la naturaleza jurídica diversa de la acción sancionadora y de la de restauración de la legalidad, y, en este caso, sienta como doctrina jurisprudencial que la apreciación de la prescripción de la sanción impuesta no se extiende a otras obligaciones o prohibiciones aplicadas (singularmente, las medidas de restauración de la legalidad), ya que estas no fueron objeto de la prescripción ni, por ello, se pudo determinar su anulación.

6.2. EL CANON POR UTILIZACIÓN DE LAS AGUAS CONTINENTALES PARA LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA EN LAS DEMARCACIONES INTERCOMUNITARIAS. NULIDAD PARCIAL DEL RD 198/2015, DE 23 DE MARZO, POR EL QUE SE DESARROLLA EL ARTÍCULO 112 BIS DEL TRLA

En su sentencia de 15 de abril de 2021 (rec. núm. 517/2015) - posteriormente confirmada y reproducida por las sentencias de 16 de abril de 2021 (recs. núm. 740/2015 y 782/2015), de 19 de abril de 2021 (recs. núm. 755/2015, 781/2015 y 783/2021), de 21 de abril de 2021 (recs. núm. 780/2015 y 175/2016), entre otras-, el Tribunal Supremo resuelve el recurso interpuesto por UNESA y declara la nulidad parcial del Real Decreto 198/2015, de 23 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 112 bis del texto refundido de la Ley de Aguas -TRLA- y se regula el canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica en las demarcaciones intercomunitarias.

Como antecedente necesario, a la hora de valorar el resultado de la sentencia, conviene recordar que sobre este asunto se planteó una cuestión prejudicial, resuelta por la Sala Quinta del TJUE en su sentencia de 7 de noviembre de 2019, en los asuntos acumulados C-105/18 a C-113/18. Así, la STJUE confirmó la compatibilidad del canon con el principio medioambiental de "quien contamina paga" (artículo 191.2 TFUE), con el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua consagrado en el artículo 9.1 de la Directiva 2000/60/CE, con el principio de no discriminación de los operadores contemplado en el artículo 3.1 de la Directiva 2009/72/CE y con el artículo 107.1 TFUE en cuanto pudiese constituir una ayuda de Estado prohibida. Criterio que se reafirma en la sentencia, de 3 de marzo de 2021, de la Sala Décima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, recaída en el asunto C-220/19, por cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que si bien se refiere a una figura tributaria distinta -el Impuesto sobre el Valor de la Producción de la Energía Eléctrica-, guarda con el canon indudables semejanzas dogmáticas, entre otras, su finalidad medioambiental.

El TS rechaza, no obstante, la posibilidad de plantear una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 112 bis del TRLA, argumentando sobre la base de dos motivos diferenciados, como son la inexistencia de juicio de relevancia (lo que implica que el TS no considera que la norma con rango legal resulte aplicable al caso o que de su validez dependa el fallo de la sentencia, algo que, ciertamente, puede resultar discutible) y al hecho de que la decisión sobre la confusa naturaleza jurídica del canon –en su caracterización como tasa por la ocupación del dominio público hidráulico o

como un verdadero impuesto, como denuncia la parte recurrente- le corresponde al propio TS, al tratarse de una cuestión de legislación ordinaria que versa sobre la calificación o interpretación de la Ley.

En este sentido, y respondiendo a esta última cuestión, el TS afirma la naturaleza de tasa que presenta el canon, para lo cual dedica, por completo, el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia a rebatir los argumentos ofrecidos por la parte recurrente, que deducían la existencia de hasta ocho infracciones en su régimen jurídico. Lo cual no obsta a que el propio Tribunal admita, en los términos eufemísticos a los que obliga la prudencia en el lenguaje judicial, a que la norma que regula el canon hidrológico resulte “*extraña*” y obedezca a una técnica normativa “*que no parece muy depurada*”, hasta el punto de reconocer que se trata de un canon en el que “*el designio recaudatorio está presente de manera muy notable*”.

Y una vez descartado el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la STS analiza los motivos de nulidad del RD 198/2015 invocados por la recurrente, rechazando, en primer lugar, que se produzca una modificación del concepto legal de “*instalación*” del artículo 112.bis 7 TRLA o que esto suponga, en abstracto, un empeoramiento de la posición jurídica de UNESA. De la misma forma, rechaza la extralimitación del RD a la hora de regular la desagregación de la base imponible del canon, en el caso de las instalaciones hidráulicas de bombeo mixto, contenida en el artículo 3 de la norma enjuiciada. Por el contrario, sí que estima que suponen una extralimitación legal –y de ahí que declare su nulidad- tanto la disposición transitoria segunda, como la disposición adicional primera del RD 198/2015. En el caso de la disposición transitoria, por imponer una obligación fiscal con efecto retroactivo máximo, relativo a periodos íntegramente concluidos a su entrada en vigor, desoyendo, además, el contenido del artículo 112 bis.2 TRLA. Y por lo que se refiere a la disposición adicional primera, por cuanto implica que los titulares de las concesiones hidroeléctricas abonen el canon hidráulico sin que se encuentre previsto en sus cláusulas concesionales.

6.3. COMPETENCIA PARA LA LIMPIEZA ORDINARIA DE CAUCES. UNA MATIZACIÓN A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EXISTENTE

Ya decíamos, hace algunos años, a la hora de analizar la STS 2302/2014, de 10 de junio de 2014, que las discusiones en relación al ámbito hidrológico a menudo pivotaban, en exceso, sobre los grandes aspectos de esta materia –planificación, gestión de recursos, ámbito competencial...-, obviando asuntos, más cotidianos y de índole más mundana, en los que habitualmente se repara escasa atención. Ejemplifica perfectamente esta apreciación una pregunta tan aparentemente sencilla como relevante: ¿a quién corresponde la limpieza de los cauces?

Hasta el momento, la doctrina jurisprudencial determinaba que la competencia para la limpieza de cauces en zonas urbanas correspondía a la Administración local, si bien no se aclaraba a quién concernía tal potestad cuando no se ejerciese en estos tramos urbanos.

En la sentencia de 27 de julio de 2021, rec. 2866/2020, se discuten dos asuntos de notable interés como son, en primer lugar, la determinación de la Administración competente para la realización de las tareas de limpieza ordinaria de los cauces; y, en segundo lugar, si tal atribución corresponde a una potestad de carácter reglado exigible, en todo caso y circunstancia, por terceros (particulares de predios colindantes u otras Administraciones públicas) o, por el contrario, a una potestad discrecional susceptible de ser o no ejercitada por la Administración y que, en caso de hacerlo, se debería sustentar en motivos de interés general y no por la existencia de un derecho subjetivo del que derive una obligación concreta atribuible.

Respecto a la primera de las cuestiones suscitadas, el TS considera que *"en defecto de atribución expresa de la competencia a otra Administración o a otros usuarios del dominio público hidráulico"* -y sin perjuicio de las técnicas de colaboración entre Administraciones que, en una materia como esta, pueden resultar de gran utilidad-, la competencia para las operaciones materiales ordinarias de limpieza de los cauces públicos corresponde al organismo de cuenca, al que le atribuye, asimismo, la carga de justificar motivadamente cuándo la competencia corresponde a otras Administraciones o usuarios (por autorización o concesión). El TS acertadamente enmarca esta competencia dentro de deber general de policía del dominio público hidráulico, salvando la escasa claridad que, a este respecto, muestran los preceptos que la regulan (arts. 23, 24, 92, 94 y concordantes del TRLA, y arts. 28, 29 y concordantes de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas).

Esta conclusión supone una clara -y necesaria- matización de la doctrina contenida en las SsTS de 10 de junio de 2014, rec. 1489/2012, y de 13 de diciembre de 2017, rec. 2297/2015, en tanto en estas se afirmaba que, al amparo del art. 28.4 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, corresponde a la Administración municipal las operaciones materiales de limpieza ordinaria de los cauces públicos situados en zonas urbanas. Por lo que parece, ambas doctrinas deberán complementarse, de forma que la limpieza de cauces que discurren por tramo urbano corresponde a los Ayuntamientos, mientras que la de los cauces situados fuera de la zona urbana (debemos entender que por suelos clasificados como no urbanizables) corresponderá a los organismos de cuenca.

Esta interpretación, sin duda lógica, presenta, no obstante, el riesgo de hacer depender el ejercicio de tal competencia a la clasificación urbanística que el planeamiento urbanístico otorgue a los tramos de cauce, dada la naturaleza de concepto jurídico indeterminado del concepto "*tramo urbano*". Más aún, si tenemos en cuenta que los cauces perfectamente se pueden calificar como sistemas generales y resultarán, por ello, compatibles con cualquier clasificación urbanística que se les otorgue, lo que podría implicar, en la práctica, la nula asunción de tal competencia por parte de los municipios cuando estos pretendan, indebidamente esquivarla (basta con que califiquen urbanísticamente los cauces y riberas como dotación o sistema general y los clasifiquen urbanísticamente como suelo no urbanizable de especial protección, algo perfectamente viable si se pretende dotar de un margen adicional de protección a estos bienes demaniales y sus terrenos colindantes). De nuevo, resultará esencial la utilización de los mecanismos de colaboración y coordinación entre las distintas Administraciones, a los que acertadamente alude la STS 27 de julio de 2021, para evitar las indeseables consecuencias que, en ocasiones, puede provocar la deficiente praxis administrativa.

Respecto a la segunda de las cuestiones que presenta interés interpretativo, el TS alcanza una solución intermedia para los intereses de la Administración, pues si bien reconoce el carácter reglado de la potestad de limpieza de cauces, estima que se trata de una potestad ejercitable en los términos establecidos en la normativa -sobre planificación hidrológica y territorial, así como de medio ambiente- y no derivada de la existencia de un derecho subjetivo de los particulares o de otras Administraciones públicas a exigir la limpieza de los cauces, lo que, sin duda, puede dificultar su exigibilidad o la legitimación de los terceros a la hora de requerirla en caso de falta de previsión normativa expresa.

6.4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LOS REQUISITOS FORMALES Y MATERIALES QUE DEBE CUMPLIR UNA INSTRUCCIÓN. LAS INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DEL AGUA RELATIVAS A LOS CRITERIOS A APLICAR EN LA ACTUALIZACIÓN DEL CANON CONCESIONAL Y A LOS PRINCIPIOS DE RECUPERACIÓN DE COSTES

El presente caso trasciende, claramente, de una problemática ceñida al exclusivo ámbito hidrológico, pues su repercusión conceptual es mucho mayor. Se plantea ante el tribunal una cuestión que resulta casi consustancial a la existencia de un conjunto de instrumentos jurídicos -circulares, instrucciones y órdenes de servicio-, no siempre perfectamente delimitables y comprensibles, tanto por el operador jurídico que trata de aplicarlos, como

-y esto resulta mucho más preocupante- por el órgano administrativo que los aprueba. La cuestión, como no puede ser de otra manera, se refiere a la capacidad de vinculación y naturaleza jurídica reglamentaria o no de tales instrumentos, a los que -con indudable gracejo- un querido compañero se refiere como "inframundo normativo".

Resumidamente, el objeto del recurso es si una instrucción dictada por un órgano directivo (Dirección General del Agua) dirigida a las distintas confederaciones hidrográficas de cuenca, tiene naturaleza jurídica de una verdadera instrucción, circular u orden de servicio o, por el contrario, se trata de una disposición de carácter reglamentario, atendidas las circunstancias del caso, su contenido y finalidad, en especial, su repercusión sobre el canon por producción del aprovechamiento hidroeléctrico.

El TS, en sendas sentencias, de 29 de abril de 2021 (rec. 7190/2019) y de 14 de diciembre de 2021 (rec. 4537/2020), consolida la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos formales y materiales que debe cumplir una instrucción para poder ser considerada como tal. De esta forma, además de atender a su propio *nomen iuris* como instrucción, a su estructura interna e inclusión a la mención específica que realiza de su carencia de carácter normativo – "*sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en la que se pueda incurrir en caso de incumplimiento*"-; el Tribunal incide en los condicionantes relativos al contenido, comprobando que no introducen ningún requisito nuevo (no innovan el ordenamiento) y que, desde el punto de vista subjetivo, van dirigidas a los órganos administrativos destinatarios de las mismas (órganos jerárquicamente dependientes) y no a terceros ajenos a dicho ámbito.

En el caso concreto enjuiciado, el TS considera que las instrucciones de la Dirección General del Agua relativas a los criterios a aplicar en la actualización del canon concesional y a los principios de recuperación de costes carecen de la naturaleza y de las garantías de las normas jurídicas o disposiciones de carácter general, no regulan derechos y deberes de los concesionarios y no contienen previsiones ad extra que vinculen o afecten a terceros (los concesionarios) incidiendo en su situación jurídica al fijar en determinados aspectos las condiciones de la concesión y, entre ellas, la actualización del importe del canon concesional.

Negada su naturaleza normativa, las pretensiones de la recurrente sobre su falta de aplicación por parte de una confederación hidrográfica se ven también desestimadas, pues no se considera ni siquiera vulnerado el principio de confianza legítima, lo cual deja, sin duda alguna, en una controvertida posición a los particulares -desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica-. Y es que, a pesar del contenido de la instrucción, no

parece deducirse consecuencia jurídica alguna al incumplimiento de los términos de la misma por parte del órgano administrativo al que iba dirigida, convirtiendo dicha aplicación en una suerte de elemento contingente sometido al arbitrio administrativo.

6.5. UN RETROCESO EN LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA Y RELEVANCIA DEL INFORME DE SUFICIENCIA Y DISPONIBILIDAD DE RECURSOS HÍDRICOS EN EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA

Desde hace casi una década, el Tribunal Supremo ha ido afianzando una doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica del informe regulado en el artículo 25.4 TRLA, hasta el punto de haber configurado, con mayor profusión, la naturaleza jurídica de este informe de lo que lo ha hecho el propio Legislador o la Administración en sus disposiciones normativas. Así, el informe obtuvo, además de su carácter preceptivo, una capacidad vinculante de la que carecía su regulación en el TRLA, ampliándose su objeto no solo a la suficiencia, sino a la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos (STS de 23 de octubre, rec. 4871/2019). Este año, sin embargo, se ha consolidado una importantísima doctrina interpretativa que ha restringido, de forma sustancial, el alcance del informe, no en lo que se refiere a su eficacia jurídica (sigue siendo vinculante para la Administración urbanística), pero sí respecto a su objeto. En concreto, las SsTS de 16 de febrero de 2021 (rec. 8388/2019) y de 19 de julio de 2021 (rec. 1006/2020) han determinado que la obligación de recabar el informe de suficiencia y disponibilidad se circunscribe, únicamente y con carácter general, a los planes generales de ordenación urbana, excluyendo, por tanto, a los restantes instrumentos de planificación (planes de desarrollo).

En ambas sentencias se enjuiciaba la necesidad de requerir el informe vinculante del organismo de cuenca en el procedimiento de aprobación de un plan urbanístico de desarrollo (un plan parcial de reforma interior y un plan especial de control urbanístico ambiental de usos). Como sabemos, el artículo 25.4 del TRLA refiere la preceptividad del informe a cualesquiera *“actos y planes que las Comunidades Autónomas hayan de aprobar en el ejercicio de sus competencias, entre otras, en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, ...”*. Esto, evidentemente, debería incluir a los instrumentos generales y de desarrollo siempre que estos *“comporten nuevas demandas de recursos hídricos”*.

Pues bien, el TS, partiendo de este último condicionante que fija el TRLA (que el plan comporte nuevas demandas de recursos hídricos), establece que habrá que estar a dos circunstancias que condicionan la

configuración del planeamiento: el terreno sobre el que actúa y el uso que al mismo se pretende cuando esté orientado a una actividad urbanizadora. De esta forma, y sobre la base del uso al que se destina el desarrollo urbanístico –consumo de agua permanente (en uso residencial) u ocasional, en el terciario- deberá realizarse el cálculo concreto de la previsibilidad del consumo de agua.

Estos condicionantes llevan al TS a establecer una conclusión que, en términos abstractos, implica que, dado que la población total de un municipio debe estar prevista en el planeamiento general y los planes de desarrollo no pueden contravenir los planes generales (y, por tanto, prever un aumento poblacional respecto a las previsiones de estos), los desarrollos urbanísticos contenidos en los planes parciales o especiales no implicarán nuevas demandas de recursos hídricos y, por tanto, su aprobación no requerirá del informe del organismo de cuenca sobre esta materia.

Lo que se quiere concluir es que la población a que atiende el planeamiento ha de quedar fijada en el planeamiento general y que respecto de este es como ha de garantizarse la existencia y disponibilidad de los recursos hídricos, por lo que será en relación a este planeamiento general, y atendiendo a sus previsiones, como ha de obtenerse esa información de los Organismos de Cuenca, que el cuestionado informe comporta. Por tanto, será el planeamiento general el que requiere dicho informe." Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones es indudable que la concurrencia ocasional de una población de una cierta entidad, como acontece en el caso de autos, no puede suponer un aumento de recursos hídricos respecto de las previsiones generales de una ciudad de más de tres millones de habitantes, por lo que no era preceptivo el informe del Organismo de Cuenca. De lo expuesto ha de concluirse, a los efectos de la interpretación de la cuestión casacional objetiva, que "en el supuesto de planeamiento de desarrollo no se requiere el informe de la Confederaciones Hidrográficas, en la medida que, cuando se trate de uso residencial, no existe un específico aumento de población por encima de las previsiones que ya se contemplan en el planeamiento general.

Los efectos de esta nueva doctrina jurisprudencial quizá supongan un retroceso en la evolución de la relevancia que el informe de suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos había adquirido en el procedimiento de aprobación de los instrumentos de planificación urbanística. Hasta ahora, la construcción de la configuración jurídica de este informe, a través de la interpretación jurisprudencial, había convertido un mero informe preceptivo

(que, en numerosas ocasiones, ni siquiera se recababa por el planificador urbanístico y, aunque se emitiese con carácter negativo, se desoía, con las lamentables consecuencias que todos recordamos y que se pusieron de manifiesto, a nivel de la UE, en el informe Auken), en un informe vinculante y, por tanto, esencial a la hora de configurar los procesos de transformación urbanística en nuestro país.

A tenor de esta nueva interpretación, el informe, aunque siga siendo vinculante, ha dejado de ser preceptivo en un significativo número de los nuevos instrumentos de planificación que se aprueben, pues la mayor parte de estos son instrumentos de desarrollo. La tesis que sostiene el TS resulta perfectamente adecuada a la realidad jurídica (en efecto, los planes generales deben fijar la previsión poblacional del municipio), pero puede enfrentarse con la dura realidad de nuestra praxis urbanística, en la que los desarrollos urbanísticos contenidos en los planes parciales y especiales no siempre vienen adecuadamente embridados por las especificaciones de los planes generales, corriendo el riesgo de volver así, de facto, a la indeseable situación anterior al año 2012 en lo que a esta materia se refiere (aprobación de nuevos desarrollos urbanísticos sin el informe de suficiencia y disponibilidad).

6.6. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE DOÑANA

Se ha de reconocer que muchas sentencias del Tribunal de Justicia de temas ambientales no son fáciles de leer: resultan largas y farragosas; hacen remisiones descontextualizadas a preceptos normativos que resultan ininteligibles para los no expertos y, por si todo lo anterior no fuera suficiente, el relato de antecedentes no siempre permite conocer la historia que hay detrás. Desafortunadamente la sentencia de 24 de junio de 2021, dictada en el asunto C-559/19 Comisión/España, relativa al deterioro del espacio natural de Doñana, reúne todas esas características.

En cualquier caso, aquí corresponde tratar de facilitar su lectura e interpretarla, destacando sus puntos de interés.

La sentencia confirma que la sobreexplotación de un acuífero, mientras que ésta no aumente, no supone un deterioro adicional de la masa de agua subterránea, sino simplemente que no se alcanzan los objetivos ambientales. Por eso, desde esta perspectiva, la sentencia no advierte infracción de la DMA.

Sin embargo, la sentencia confirma el incumplimiento del art. 11 DMA, que obliga a incorporar a los programas de medidas establecidos en el Plan Hidrológico del Guadalquivir las actuaciones necesarias para evitar la alteración de los tipos de hábitats protegidos situados en la zona protegida «Doñana» ocasionada por las extracciones de agua subterránea para abastecer el núcleo turístico de Matalascañas (Huelva).

También se condena a España por el incumplimiento de la Directiva hábitats, ya avanzado por la abogada general en sus conclusiones de 3 de diciembre de 2020 (que comentamos el año pasado).

Este incumplimiento consiste en la autorización de un plan o proyecto (de nuevo, abastecimiento urbano para el turismo de Matalascañas), sin que las autoridades competentes se hayan cerciorado de que dicho plan o proyecto no produciría efectos perjudiciales para la integridad del lugar en cuestión de forma duradera o cuando no exista ninguna duda razonable, desde un punto de vista científico, sobre la inexistencia de tales efectos [véase, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 2018, Comisión/Polonia (Bosque de Białowieża), C-441/17, EU:C:2018:255, apartado 117 y jurisprudencia citada].

El Tribunal no alberga dudas de que la sobreexplotación del acuífero de Doñana ha acarreado un descenso del nivel piezométrico, descenso que ocasiona una alteración constante de las zonas protegidas del espacio natural protegido. En particular, en los estanques temporales mediterráneos, que es un tipo de hábitat prioritario. Se critica en este sentido a España por no haber presentado datos que permitiesen despejar cualquier duda razonable de que, desde el punto de vista científico, el mantenimiento de la actual práctica de extracción de agua subterránea sea inocua para dichos hábitats protegidos.

Importa destacar que, contrariamente a lo que cabría suponer si se siguen las noticias vinculadas a Doñana, la actividad incompatible con el derecho europeo es la que determina las extracciones de agua para el abastecimiento urbano de la zona de Matalascañas. La sentencia no se refiere al regadío, y, por eso, el Tribunal no se detiene en la posición jurídica de los regantes. En esto la sentencia contrasta con las conclusiones de la Abogada General, comentadas el año pasado, que incorporaban una defensa a la actividad de regadío al decir que: *“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”*.

Eso sí, el Tribunal también constata que se ha hecho una inadecuada caracterización de la demarcación del Guadalquivir al no tener en cuenta las extracciones de agua ilegales y las extracciones de agua para el abastecimiento urbano en la comarca de Doñana (art. 5, apartado 1, en relación con el punto 2.2 del anexo II DMA). Para la sentencia, que hay extracciones ilegales es un punto de partida. Pero el TJUE no analiza ni sanciona esta presunta ilegalidad (dado el confuso régimen jurídico de las aguas subterráneas, cabe albergar dudas acerca de lo que sean “regadíos ilegales”). Se recuerda que el derecho europeo no agota el derecho de aguas

de un Estado, al decir que la DMA no tiene como objetivo una armonización total de la normativa de los Estados miembros en el ámbito del agua (sentencia de 1 de julio de 2015, Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, C-461/13, apartado 34 y jurisprudencia citada).

De todas formas, para nosotros, la inadecuada caracterización de las captaciones de agua que el Tribunal reconduce al art. 5 DMA tiene que ver tanto con la falta de actualización del Registro de aguas como con las dificultades que entraña el conocimiento hidrogeológico de los acuíferos y la ordenación de usos. En julio de 2020 (BOE de de 24 de agosto de 2020) las masas de agua subterránea "La Rocina", "Almonte" y "Marismas" se declararon en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo (también riesgo químico para "La Rocina"). Aún no se ha aprobado el plan de ordenación de extracciones.