

CUARTA PARTE

POLÍTICAS SECTORIALES Y
LOCALES

Aguas: un año clave para la gestión del riesgo de inundación en España

ISABEL CARO-PATÓN CARMONA
VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA: 3. LA EXCEPCIÓN DE DETERIORO ADICIONAL.- 4. PLANES DE GESTIÓN DE RIESGOS DE INUNDACIONES.- 5. EL REAL DECRETO 386/2016.- 6. JURISPRUDENCIA DEL TS.- 6.1. Legitimación activa de una comunidad autónoma para recurrir el destino de las aguas trasvasadas. 6.2 Tasa para el abastecimiento de agua impuesta por un municipio a otro. 6.3. Tasa para el abastecimiento de agua impuesta por un municipio a otro. 6.4. La autorización de obras en las zonas de policía y servidumbre. 6.5. Sobre los criterios para la determinación del caudal de la máxima crecida ordinaria. 7. JURISPRUDENCIA DEL TC: DE NUEVO, SOBRE LAS DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS MIXTAS

1. INTRODUCCIÓN

Es evidente que en un año marcado por la incertidumbre política y la dificultad para formar Gobierno (con un nuevo proceso electoral celebrado en junio de 2016 que reiteraba, escasos 6 meses después, las elecciones generales de diciembre de 2015), la actividad parlamentaria ha sido realmente escasa, circunstancia que, de forma nada sorprendente, ha afectado también a la legislación en materia hidráulica.

No obstante, y por lo que se refiere al plano normativo, a final de año se ha llevado a cabo la aprobación del esperado y muy relevante Real Decreto 638/2016, de 9 de diciembre, que, entre otros, reforma el RDPH

con un objetivo primordial: adecuar el marco normativo para proceder a una mejor gestión del riesgo de inundación. Se trata de una norma comprometida, por su clara incidencia en relación a las competencias autonómicas en materia urbanística y territorial, pero ciertamente necesaria.

Esta reforma normativa ha supuesto, además, el colofón a un año fundamental en la gestión del riesgo de inundación que comenzó con la aprobación de la práctica totalidad de los planes de gestión de los riesgos de inundación en nuestro territorio. Dichos planes, como sabemos, constituyen la herramienta clave para el cumplimiento de los objetivos previstos en la Directiva 2007/60, y suponen la culminación de un proceso escalonado iniciado con la realización de la evaluación preliminar de los riesgos de inundación y la posterior elaboración de los correspondientes mapas de peligrosidad y de riesgo de inundación.

Igualmente reseñable, desde el ámbito planificador, ha sido la aprobación, en los albores de este año, de la revisión de los Planes Hidrológicos de las doce demarcaciones hidrográficas intercomunitarias y aprobación de cuatro de los planes de las demarcaciones hidrográficas intracomunitarias. Con la aprobación de estos planes se marca la pauta de inicio del llamado “segundo ciclo”, esto es, del periodo sexenal para el cumplimiento de la DMA que va desde ese 22 de diciembre de 2015 al 21 de diciembre de 2021; planes que han sido preparados como resultado de la revisión de los anteriores planes hidrológicos del primer ciclo (2009-2015)

Precisamente, y desde una perspectiva judicial, una vez pasado el torbellino de las impugnaciones judiciales de los planes de demarcación primer ciclo, que ha caracterizado a estos últimos años en lo que se refiere a la crónica jurisprudencial, se avecina un nuevo *tsunami* de reclamaciones relativo a los planes de segundo ciclo, si bien este año 2016 ha supuesto un calmado valle en lo que se refiere a este ámbito. No obstante, en este estudio damos cuenta de una serie de pronunciamientos, tanto del TS como del TC, ciertamente interesantes, de entre los que podemos destacar la STC 216/2016, de 15 de diciembre, en la que el TC retoma el difícil asunto de las demarcaciones mixtas, tras las polémicas SsTS de 22 y 27 de septiembre de 2011.

Es destacable, por último, la STJUE de 4 de mayo de 2016 (asunto C-346/2014) que declara que la producción de energía hidroeléctrica es un uso del agua de interés público superior que puede habilitar el uso de las excepciones al cumplimiento estricto de los objetivos ambientales. Esta sentencia se comenta en el capítulo correspondiente a la jurisprudencia ambiental comunitaria.

2. PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA

En 2016 y estando el Gobierno en funciones se aprobaron la mayor parte de los planes hidrológicos de las demarcaciones españolas.

Dentro de la Sección I del BOE (Disposiciones generales) se publicó el martes 19 de enero de 2016, el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

Tres días después, pero dentro de la Sección III del BOE (Otras Disposiciones), se publicaría el Real Decreto 11/2016, de 8 de enero, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas de Galicia-Costa, de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, del Guadalete y Barbate y del Tinto, Odiel y Piedras.

El primer Real Decreto aprobó los planes de las demarcaciones estatales y el de la demarcación mixta del Cantábrico Oriental; el segundo aprueba los planes de las demarcaciones intracomunitarias (salvo la de la Cataluña y los de las 7 demarcaciones canarias, que siguen pendientes).

Que los planes hidrológicos, que tienen idéntico contenido mínimo obligatorio (cfr. art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, TRLA), se publiquen en secciones distintas del BOE resulta llamativo. Sin embargo, no responde a un error. Se trata de una decisión que se debe al absurdo jurídico –o, al menos, sin base normativa¹- de considerar que la aprobación del Gobierno de los planes de las cuencas intercomunitarias y mixta² debe tramitarse por aplicación del procedimiento de elaboración de reglamentos de la Ley 50/1997 de Gobierno; es decir, bajo la ficción de que esta

¹ El Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica separa con nitidez entre la fase de elaboración por el Organismo de cuenca y la fase de aprobación por el Gobierno (que regula en un único artículo: el art. 80) y sin establecer ningún tipo de peculiaridad procedimental para los planes de cuencas intracomunitarias.

² Inicialmente, el de la demarcación mixta tuvo una tramitación separada. Así se advierte en los Informes del Consejo de Estado, que se emitieron separadamente para los planes de las cuencas intercomunitarias (Número de expediente: 1151/2015, Dictamen de 26 de noviembre de 2015) y la del Cantábrico Oriental (Número de expediente: 1228/2015, Dictamen de 27 de noviembre de 2015).

aprobación consiste en la elaboración ¡por el Gobierno! de una disposición de carácter general. Para los planes de las cuencas intercomunitarias, se considera que el Gobierno se limita efectivamente a su aprobación, y al igual que sucede en urbanismo cuando se trata de procedimientos bifásicos de planes de ordenación territorial, se dicta un acto administrativo³.

En el Real Decreto 1/2016, los títulos competenciales invocados, de acuerdo con el Consejo de Estado⁴, son el art. 149.1.22 CE (competencia exclusiva del Estado en materia de legislación, ordenación, concesión y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una comunidad autónoma), el art. 149.1.23 CE (legislación básica sobre protección del medio ambiente) y el art. 149.1.13 CE (bases y coordinación de la actividad económica) *“en especial en relación al sector del Plan Hidrológico de la parte española de la demarcación hidrográfica del Cantábrico Oriental que afecta a las competencias del País Vasco, por tratarse de las cuencas intracomunitarias integradas en dicha demarcación”*.

Por el contrario, para la aprobación del RD 11/2016, la única competencia estatal traída a colación es la del art. 149.1.13 CE y no se invoca el art. 149.1.23. Este Real Decreto no ha sido informado por el Consejo de Estado.

En cualquier caso, y dejando aparte estas consideraciones jurídicas críticas, la aprobación de la revisión de los planes hidrológicos – o de los planes de segundo ciclo- dentro del calendario previsto por la Directiva 2000/60/CE, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DMA) es importante: el art. 46 del Reglamento 1305/2013 (ayudas financiadas con cargo al FEDER) condiciona la financiación comunitaria de proyectos elegibles a que el Estado tenga aprobados los planes hidrológicos.

Pero la celeridad con la que se han aprobado estos planes hidrológicos y su cercanía con respecto a los del primer ciclo, tampoco ha estado exenta de críticas. La principal tiene que ver con que el Gobierno impusiera que hubiera una votación única para todos los planes de cuencas intercomunitarias en el Consejo Nacional del Agua. Sobre esto, el informe del Consejo de Estado sobre el RD 1/2016 ha manifestado que:

³ En la Exposición de Motivos del RD 11/2016 se dice: “la necesaria participación estatal se materializa en un acto final de aprobación por el Gobierno mediante el cual se coordina la competencia planificadora autonómica –competente para la elaboración y revisión de los planes hidrológicos de las cuencas intracomunitarias– con las exigencias de la política hidráulica general”.

⁴ Ver los informes del Consejo de Estado citados en una nota anterior.

“Ha sido debatido el conjunto del proyecto en el Consejo Nacional del Agua tanto en su parte normativa como en la no normativa. El problema planteado por la imposibilidad de votar separadamente cada Plan en el citado Consejo no tiene mayor trascendencia procedimental desde el punto de vista de la legalidad en sentido estricto dado que, aunque el Informe del citado Consejo ofrece una cuidadosa valoración general no de cada Plan sino del conjunto de los diez Planes de este segundo ciclo que conforman el expediente, ello no ha impedido en modo alguno que los vocales que lo consideraron oportuno formularan su voto contrario a Planes concretos, expresando con toda precisión los motivos en que se basaba dicho voto contrario. Con independencia de los motivos urgentes de oportunidad (y legalidad atendiendo a las exigencias del derecho de la Unión) que justifican la necesidad de aprobar todos los Planes, sobre lo que se volverá inmediatamente más abajo, y desde el punto de vista de estricta legalidad se insiste, las competencias del Consejo Nacional del Agua en esta materia se basan en lo dispuesto en el artículo 20.1.b) del TRLA: "El Consejo Nacional del Agua informará preceptivamente: (...) b) Los planes hidrológicos de cuenca, antes de su aprobación por el Gobierno", tratándose de un órgano consultivo cuyos informes no son vinculantes, ni exigiéndose informe individualizado mientras los planes sean efectivamente informados todos ellos, especialmente cuando corresponde al órgano que lo preside, el titular del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, la fijación del orden del día, oídas las peticiones de los miembros del Consejo formuladas con la debida antelación, conforme a los artículos 9 y 12 del Reglamento de Régimen Interior que lo regula -y al que remite el artículo 11 del Real Decreto 1383/2009, de 28 de agosto, por el que se determina la composición, estructura orgánica y funcionamiento del Consejo Nacional del Agua-“.

Se han interpuesto más de 30 recursos contencioso-administrativos contra el Real Decreto 1/2016, de los cuales, hay 7 de regantes, 8 de Ayuntamientos, 5 de compañías hidroeléctricas, 7 de organizaciones ecologistas, 2 de Comunidades Autónomas y 3 de asociaciones de intereses económicos y de un Colegio profesional. El Real Decreto 11/2016 es objeto de 13 impugnaciones, en su mayor parte de empresas inmobiliarias o juntas de propietarios radicadas en Andalucía. Los tres planes andaluces anuncian que se denegarán todas las solicitudes de concesiones que no cuenten con asignaciones hechas por la planificación.

3. LA EXCEPCIÓN DE DETERIORO ADICIONAL

Después de la STS de 23 de febrero de 2015 que había anulado el art. 11 del Plan Hidrológico del Guadalquivir, que recogía una lista con las

cinco masas de agua para las que se admitía que *“podrán modificarse por la realización del dragado de navegación del Puerto de Sevilla”*, por entender que el Plan no había justificado en concreto por qué esta actuación resultaba de interés público y encontraba cabida en el art. 4.7 DMA (excepción de deterioro adicional), ahora el art. 2 del RD 1/2016 regula un procedimiento para promover la inclusión de una excepción en el plan hidrológico de cuenca.

La regulación de este procedimiento resulta confusa y sólo resulta de aplicación a las cuencas estatales, pese a tratarse de una cuestión que debería estar prevista por el Reglamento de planificación.

Pues como primer trámite, el art. 2 del RD 1/2016 exige que para los proyectos que puedan implicar un deterioro adicional de las masas de agua, el promotor, sea público o privado, tiene que llevar a cabo *“los análisis requeridos por el artículo 39 del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica”* (RPH) y en caso de afección a aguas costeras y marítimas a la autoridad que corresponda remitirlos al Organismo de cuenca (luego veremos cuáles son).

Una vez hechos los correspondientes análisis, dicha documentación ha de someterse a un periodo de consulta e información pública específico, que será simultáneo con el requerido, en su caso, por el procedimiento de evaluación ambiental que corresponda.

Tras este periodo de consultas e información pública, la Autoridad competente, mediante informe preceptivo y vinculante, verificará el cumplimiento de las condiciones preceptuadas en el citado artículo 39 y si considera que la actuación es idónea propondrá la incorporación de la documentación pertinente en la siguiente revisión del plan hidrológico.

La primera observación es que se trata de una tramitación excesivamente larga y compleja porque si después de haber hecho al menos parte de la tramitación ambiental del proyecto hay que esperar a que se incluya la excepción en el correspondiente plan hidrológico (los planes se revisan cada seis años), cuando se quiera reanudar la tramitación del procedimiento de otorgamiento de la concesión que corresponda es posible que la DIA haya caducado o perdido su vigencia (art. 43 de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental).

La segunda crítica es que la remisión al art. 39 RPH no es fácil de interpretar, dado que este artículo no especifica qué análisis han de llevarse a cabo para que pueda admitirse un deterioro adicional, sino que fija cuatro condiciones para la admisión del citado deterioro.

En efecto, la letra a) del art. 39.2 DMA exige “*que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua*”. Lógicamente y como se desprende de su tenor, esta condición tiene que referirse a la obligación de someter el proyecto a EIA: forma parte del contenido de la DIA fijar “*las condiciones que deban establecerse y las medidas que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar los efectos adversos sobre el medio ambiente*” (art. 41.2.d) LEA). Siendo esto así, no tiene sentido que se exija un análisis sobre las medidas a adoptar al tiempo que se somete el proyecto a EIA.

En la condición segunda (art. 39.2.b) se requiere que los “*motivos de las modificaciones o alteraciones se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico*”. No se advierte cómo puede darse esta condición antes de la aprobación del plan, ya que corresponde al PH para cada proyecto poner de manifiesto los motivos que determinan esa modificación adicional.

El tercer requisito ya podría ser un análisis a presentar por el promotor pues exige justificar que “*los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior y que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible*” (art. 39.2.c). Este análisis, que implica una fuerte ponderación entre intereses públicos (valoración política), consiste en poner a un lado de la balanza los objetivos perseguidos con el deterioro de la masa de agua (fijación de la población en el campo, prevención de inundaciones, reducción de emisiones de CO₂, garantía de abastecimiento a una población, fomento de una agricultura competitiva, etc.). En el otro se ha de señalar qué supone la admisión de una alteración de la masa de agua; es decir, un nuevo impacto.

Por último, está el que los “*beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor*”. Esto consiste en análisis de alternativas, descontada la alternativa cero, pues se ha decidido que es un proyecto de interés público superior. Este tipo de análisis pueden estandarizarse: por ejemplo, para regadíos habría que ponderar si una nueva regulación del agua preferible a la construcción de una desaladora.

El desconcierto que suscita esta regulación se agrava si tenemos en cuenta que omite referirse a un análisis esencial, y previo a su aplicación,

que consiste en determinar el presupuesto de su aplicabilidad. Es decir, cómo se evalúa si un determinado proyecto supone un deterioro adicional de la masa de agua. En muchos casos, significativamente cuando se actúa en masas de agua artificiales o muy modificadas (cfr. art.40 TRLA), esta evaluación es técnicamente muy compleja. Y además, el concepto de deterioro adicional ha de interpretarse de acuerdo con los indicadores de estado de las masas de agua y, según se reconoce expresamente por el 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, la clasificación del estado de las masas de agua lleva asociado un nivel de confianza, que puede ser alto, medio y bajo (cfr. art. 3.34).

Desde un punto de vista de técnica legislativa, los problemas que plantea este precepto tienen, sin duda, que ver con el hecho de que los planes hidrológicos no son reglamentos de ejecución de la Ley de aguas, ni les corresponde regular aisladamente procedimientos. En este caso, sin hacer el más mínimo esfuerzo para integrarlo en el de la planificación hidrológica o en el de otorgamiento de concesiones o autorizaciones del dominio público hidráulico. Pero también estos problemas están relacionados con la insoportable lentitud de la Administración hidráulica para la autorización de nuevos usos y con las limitaciones o comprensibles reservas de los funcionarios a la hora de resolver las evaluaciones de impacto ambiental en procedimientos concesionales.

4. PLANES DE GESTIÓN DE RIESGOS DE INUNDACIONES

También estando el Gobierno en funciones y prácticamente dentro del plazo exigido por la Directiva 2007/60/CE (22 de diciembre de 2015) se aprobaron los planes de gestión del riesgo de inundación regulados por el Real Decreto 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación. Se trata de los siguientes reales decretos:

- Real Decreto 18/2016, de 15 de enero, por el que se aprueban los Planes de gestión del riesgo de inundación de las demarcaciones hidrográficas del Guadalquivir, Segura, Júcar y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana, Ebro, Ceuta y Melilla.

- Real Decreto 19/2016, de 15 de enero, por el que se aprueba el Plan de gestión del riesgo de inundación de la Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa.

- Real Decreto 20/2016, de 15 de enero, por el que se aprueban los Planes de gestión del riesgo de inundación de la Demarcación Hidrográfica del Cantábrico Occidental y de la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Cantábrico Oriental.

- Real Decreto 21/2016, de 15 de enero, por el que se aprueban los Planes de gestión del riesgo de inundación de las cuencas internas de Andalucía: demarcaciones hidrográficas del Tinto, Odiel y Piedras; Guadalete y Barbate; y Cuencas Mediterráneas Andaluzas.

- Real Decreto 159/2016, de 15 de abril, por el que se aprueba el plan de gestión del riesgo de inundación de la Demarcación Hidrográfica de las Illes Balears.

El único Plan de gestión de riesgo de inundación impugnado es el relativo a las cuencas internas andaluzas (Real Decreto 21/2016).

El ámbito territorial de estos planes son las respectivas zonas de cada demarcación hidrográfica determinadas en la evaluación preliminar del riesgo. Es decir, los planes parten de las cartografías de peligrosidad y riesgo ya elaboradas y recogen las conclusiones de la evaluación preliminar del riesgo de inundación, en forma de mapa sucinto en el que delimitan las Áreas de Riesgo Potencial Significativo de Inundación (ARPSI).

Su contenido principal es fijar los objetivos de la gestión del riesgo de inundación en la zona concreta a que afectan.

Además de fijar los objetivos, comprenden un resumen de los programas de medidas que cada Administración Pública haya aprobado en el ámbito de sus competencias, indicando las prioridades entre ellos. Estos programas de medidas podrán subdividirse en subprogramas en función de los órganos administrativos encargados de su elaboración, aprobación y ejecución. El conjunto de programas de medidas, formadas estas por medidas preventivas y paliativas, estructurales o no estructurales, deberán contemplar, en lo posible, las siguientes:

- medidas de restauración fluvial y medidas para la restauración hidrológico-agroforestal de las cuencas.

- medidas de mejora del drenaje de infraestructuras lineales.

- medidas de predicción de avenidas.

- medidas de protección civil.

- medidas de ordenación territorial y urbanismo.

-medidas consideradas para promocionar los seguros frente a inundación sobre personas y bienes y, en especial, los seguros agrarios.

- medidas estructurales planteadas y los estudios coste-beneficio que las justifican, así como las posibles medidas de inundación controlada de terrenos.

Otros contenidos de los planes son: a) un resumen de los criterios especificados por el plan hidrológico de cuenca sobre el estado de las masas de agua y los objetivos ambientales fijados para ellas en los tramos con riesgo potencial significativo de inundación; b) un resumen del contenido de los planes de protección civil existentes; y c) una descripción de los sistemas y medios disponibles en la cuenca para la obtención de información hidrológica en tiempo real durante los episodios de avenida, así como de los sistemas de predicción y ayuda a las decisiones disponibles.

Los planes de gestión de riesgos no llevan asociados dotación presupuestaria alguna. Al respecto, se parte de que la gestión del riesgo de inundación es una labor que se ya se estaba realizando por todos los niveles de la Administración (por ejemplo, planes de protección civil, seguros frente a inundaciones, planificación territorial...) y que las medidas específicas de los planes no conllevan previsiblemente una necesidad significativa de inversión económica o de procesos de licitación asociados, sino que se ejecutarán por los medios disponibles en las distintas Administraciones implicadas. Por eso, en los planes aprobados se ha optado por no incluir una estimación del coste real que tendrán para la ciudadanía, aunque sí se muestran las necesidades económicas de inversión.

Los planes no establecen limitaciones de usos del suelo, remitiéndose a una regulación formalmente distinta y que finalmente se aprobaría en diciembre de 2016 (Real Decreto 638/2016).

En realidad, y de manera más abstracta, los planes no establecen limitaciones de usos porque -como ha destacado Menéndez Rexach⁵- carecen de carácter normativo. Descarta este autor (y es una visión que compartimos) que tengan fuerza vinculante por sí mismos pues lo que hacen es, por un lado, reflejar o recoger reglas jurídicas (es lo que sucede

⁵ “El derecho de aguas ante las situaciones hidrológicas extremas: inundaciones y sequías”, en el volumen colectivo dirigido por Navarro Caballero, T., *Desafíos del Derecho de Aguas, Variables jurídicas, económicas, ambientales y de Derecho comparado*, Monografía asociada a la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, 1ª ed., 2016, págs. 99 ss.

con las limitaciones del uso del suelo) y, por otro, contienen información relevante –recogen la cartografía de zonas inundables⁶- y un conjunto de objetivos, programas, pautas de actuación y recomendaciones a poderes públicos y a particulares.

Literalmente, sostiene este autor que, *“cumplen una función de coordinación interadministrativa para prevenir y afrontar las inundaciones, recordando a todos los organismos implicados las pautas de actuación que deben seguir tanto en la fase de prevención como en la de reacción ante la situación de emergencia una vez producida”*.

Estos planes revisten para nosotros un enorme interés pues permiten superar las discusiones –tan relevantes para los juristas- sobre el orden de prelación de los distintos planes y el alcance las competencias autonómicas y locales.

Con ellos, y en el sector del agua, parece que se inicia una nueva senda, en la que -si se permite la expresión- la coordinación parece prescindir de la imposición (no son planes vinculantes) optándose por la "seducción". Es claro que pueden ser una herramienta muy útil para la toma de decisiones, pero su capacidad de seducir dependerá de su rigor o de la bondad técnica de su contenido y, en grandísima parte, de la metodología que se utilice para la delimitación de los distintos niveles de las zonas inundables, partiendo de los datos hidrológicos e históricos disponibles. De momento, y pese a que el RD 386/2016 que se comenta inmediatamente, hace un loable intento en este sentido, aún no tenemos una metodología que goce de consenso científico ni para la zona de dominio público hidráulico (máxima crecida ordinaria)⁷, ni para las zonas de flujo preferente ni para

⁶ En esta cartografía, además de la zona inundable, se incluirá de forma preceptiva la delimitación de los cauces públicos y de las zonas de servidumbre y policía, incluyendo las vías de flujo preferente (cfr. art. 14 RDPH).

⁷ Cfr. art. 14.2 RDPH: *“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.”

las zonas inundables. De acuerdo con el Consejo de Obras Públicas, tanto las zonas inundables como las zonas de flujo preferente deberían ser objeto de una norma técnica de rango inferior a un real decreto dadas las dificultades para su configuración⁸.

5. EL REAL DECRETO 386/2016

Inmediatamente tras la constitución del nuevo Gobierno el 4 de noviembre de 2016, se aprobó el *Real Decreto 638/2016, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, el Reglamento de Planificación Hidrológica, aprobado por el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, y otros reglamentos en materia de gestión de riesgos de inundación, caudales ecológicos, reservas hidrológicas y vertidos de aguas residuales*.

Cabe advertir con facilidad que la tramitación del Proyecto de este RD ya estaba terminada en noviembre de 2016 pues se había iniciado durante la anterior legislatura (de hecho en el Observatorio del año pasado ya dimos cuenta de su contenido), y había continuado estando el Gobierno en funciones. En el informe preceptivo del Consejo de Estado, que se emitió el 21 de julio de 2016 (Expediente núm. 315/2016), se puso de relieve que se trataba de una reforma profunda que trascendía el despacho ordinario de asuntos y que si bien podía estimarse que se trataba de un caso de urgencia debidamente acreditada por razones de interés general (art. 21 de la Ley de Gobierno), esto debería motivarse expresamente. Al final, se prefirió esperar a que se formara el nuevo Gobierno, aprovechando las actuaciones ya hechas.

Este RD tiene un cuádruple contenido: a) limitación de usos en zonas inundables; b) régimen de cumplimiento de caudales ecológicos⁹; c)

⁸ Se alude a este informe en el Dictamen del Consejo de Estado, Expediente Núm.: 315/2016 de 21 de julio de 2016 relativo al RD 638/2016.

⁹ Como ha advertido el propio Consejo de Estado en su dictamen citado se trata de una regulación claramente incompleta pues sólo contempla el régimen de cumplimiento, dejando aparte los aspectos relacionados con su exigibilidad y las posibles repercusiones jurídicas para los usuarios. Literalmente: “El Consejo de Estado estima conveniente que este proyecto normativo aborde una regulación completa de esta figura en su vertiente de legislación básica que incluya, asimismo, los aspectos que ha dejado fuera la ordenación proyectada (régimen sancionador, definiciones para su exigibilidad efectiva y el procedimiento de concertación), siendo el aspecto pendiente más urgente el de la fijación del régimen de exigibilidad de dichos caudales, habida cuenta de la conflictividad generada sobre un pretendido "derecho" a indemnización de los titulares

ampliación del concepto de reservas hidrológicas incrementando las competencias del Gobierno para su adopción al margen de la planificación hidrológica; y d) desarrollo tanto del Censo de vertidos autorizados de los Organismos de cuenca como el Censo Nacional de Vertidos (CNV), previstos en el art. 254 RDPH.

En lo que respecta a las zonas inundables, posiblemente su contenido más polémico, y que más dudas de constitucionalidad podría plantear por razones competenciales (el fundamento invocado es tanto la normativa básica medioambiental del art. 149.1.23 CE como la seguridad pública del art. 149.1.29 CE), el RD es un complemento imprescindible de los planes de gestión de riesgo de inundación. Inmediatamente decimos por qué.

El art. 15.1 del RD 903/2010, y conforme a lo ya señalado más arriba, se remite para la limitación de usos a los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, al decir que *“en la ordenación que hagan de los usos del suelo, no podrán incluir determinaciones que no sean compatibles con el contenido de los planes de gestión del riesgo de inundación, y reconocerán el carácter rural de los suelos en los que concurran dichos riesgos de inundación o de otros accidentes graves”*.

Ahora bien, en el esquema normativo adoptado por el RD 903/2010, lo que se preveía era que, dentro del contenido obligatorio de los planes de gestión del riesgo de inundaciones, se incluyeran las medidas de ordenación territorial y urbanística adoptadas por las Administraciones competentes. Así se desprende de la lectura de la Parte A.5. del Anexo del Real Decreto 903/2010 *“Contenido de los planes de gestión del riesgo de inundación”* que se refiere específicamente a:

“Las limitaciones a los usos del suelo planteadas para la zona inundable en sus diferentes escenarios de peligrosidad, los criterios empleados para considerar el territorio como no urbanizable, y los criterios constructivos exigidos a las edificaciones situadas en zona inundable.

Las medidas previstas para adaptar el planeamiento urbanístico vigente a los criterios planteados en el plan de gestión del riesgo de inundación, incluida la posibilidad de retirar construcciones o instalaciones existentes

concesionales; indemnización que solo podrá proceder cuando se den los requisitos generales previstos en la normativa de expropiación y examinando individualizadamente cada caso, atendiendo a las condiciones de cada concesión, y siempre que exista una privación singular de la propiedad o de sus derechos patrimoniales legítimos como consecuencia del cumplimiento de los caudales ecológicos que, en una interpretación adecuada de los clausulados concesionales, garantice que efectivamente se produce tal privación en ese caso concreto, sin que la fijación de caudales por sí sola pueda entenderse que genera derechos indemnizatorios”.

que supongan un grave riesgo, para lo cual su expropiación tendrá la consideración de utilidad pública”

Pese a esto, los planes de gestión de riesgo de inundaciones no han podido recoger limitaciones para el uso del suelo, toda vez que en muchos planes urbanísticos afectados tales limitaciones ni siquiera se contemplan. Al contrario, se produce el contrasentido de que hay zonas inundables para las que los planes de ordenación territorial prevén usos abiertamente incompatibles con esta condición. Desde esta perspectiva, la solución finalmente elegida de relegar las limitaciones generales a los usos a una norma reglamentaria general, adoptada sobre las competencias estatales en materia de seguridad pública, parece absolutamente realista y acertada.

A la hora de regular los usos, se distingue entre el régimen de la zona de flujo preferente, con distintas previsiones para suelo rural (nuevo art. 9 bis RDPH), suelo que estén en la situación básica de suelo urbanizado (art. 9 ter), y para municipios que tengan más de un tercio de su superficie incluida en la zona de flujo preferente (art. 9. quáter), por un lado, y los usos en zonas inundables (art. 14 bis), por otro.

Este régimen, con previsiones específicas para suelo urbano o urbanizable, pone de relieve que ha quedado superada la definición del art. 21.2 a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana según la cual está en la situación de suelo rural: *“en todo caso, el suelo preservado por la ordenación territorial y urbanística de su transformación mediante la urbanización, **que deberá incluir, como mínimo**, los terrenos (...) con riesgos naturales o tecnológicos, incluidos los de inundación”*.

Los arts. 9 ter, 9 quáter y 14 bis suscitan problemas evidentes desde la perspectiva de la jerarquía normativa. Resultaría, por tanto, coherente con su planteamiento que se abordase la reforma del art. 21.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo para romper con la equivalencia -forzada- entre suelo inundable y suelo en situación de suelo rural.

En otro orden de cosas, la regulación de un régimen específico para las zonas de uso preferente, distinto del de la zona de policía del dominio público hidráulico, permite cuestionarnos si sigue teniendo sentido la reforma del art. 9 del RDPH introducida por el Real Decreto 9/2008, de 11 de enero que previó que *“la zona de policía podrá ampliarse, si ello fuese necesario, para incluir la zona o zonas donde se concentra preferentemente el flujo, al objeto específico de proteger el régimen de corrientes en avenidas, y reducir el riesgo de producción de daños en*

personas y bienes”. En la medida en que ahora existe un régimen jurídico específico para la zona de flujo preferente y las limitaciones de usos se vinculan a competencias del Estado en materia de seguridad pública, acaso lo más sencillo sería olvidarse de la habilitación para extender la zona de policía a aquélla.

6. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

6.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE UNA COMUNIDAD AUTÓNOMA PARA RECURRIR EL DESTINO DE LAS AGUAS TRASVASADAS

Lo que en principio supone un mero problema de índole procesal –o procedimental- se traslada a una cuestión que, en cierta medida, adquiere carácter sustantivo y que desde luego presenta gran interés. La pregunta es ¿puede o no una Comunidad Autónoma recurrir sobre el destino que se dan a las aguas trasvasadas desde una cuenca situada en su territorio a otra cuenca hidrográfica?

Como sabemos, la legitimación para intervenir como interesado tanto en el procedimiento administrativo, como en el contencioso-administrativo, pasa por ostentar un interés legítimo o un derecho subjetivo en el mismo. Esta legitimación genérica puede ser sustituida en los casos en los que la Ley prevea la existencia de la *acción popular o pública*, de forma que cualquier ciudadano queda legitimado para la interposición del recurso. En este sentido, tanto en materia urbanística –artículo 62 del TR de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana- como ambiental –artículo 22 de la Ley 27/2006- se ha previsto dicho mecanismo de legitimación. Incluso en algún significado ámbito de la regulación del demanio estatal, como es el caso del dominio público marítimo-terrestre –artículo 109 de la Ley de Costas-. Pero no en el supuesto del dominio público hidráulico, en el que rige la legitimación derivada de la presencia de un derecho o interés legítimo. En todo caso, y aunque se hubiese previsto la acción popular en este ámbito o pudiese extenderse por su contexto al plano de lo ambiental, hubiese resultado complejo afirmar que una Administración pública, como la autonómica, podía ejercitar la acción popular, pues su legitimación deriva de su específica regulación contenida en el artículo 19.1, apartados c), d) y e), de la LJCA, y las normas a que se remite, y no por la acción popular, referenciada habitualmente en los textos normativos a los “ciudadanos”.

En las SsTS 2957/2016, de 21 de junio, 3659/2016 y 3672/2016, ambas de 19 de julio, el TS legitima a la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha para interponer recurso contra sendas resoluciones de la

Confederación Hidrográfica del Segura en asuntos que afectan a aguas procedentes del trasvase Tajo-Segura, otorgándole, por tanto, la condición de interesada en el procedimiento administrativo.

La argumentación que sustenta esta nueva línea jurisprudencial, que casa las sentencias denegatorias anteriores del TSJ de Murcia, se basa en algunos de los más reconocidos principios de rectores de la gestión en materia de aguas como son el de unidad de cuenca o demarcación o el de unidad de gestión y tratamiento integral, previstos en el artículo 14 del TRLA.

De esta forma, afirma el TS que la Comunidad Autónoma “por la discurren las aguas antes del trasvase” tiene un interés legítimo en el uso que se haga de las mismas una vez trasvasadas, “toda vez que el compromiso de dichas aguas, y su destino para un uso racional, determina e incide en dicha unidad de cuenca y compromete y condiciona futuros trasvases” (FJ 6º STS 2957/2016). También el artículo 45 de la CE, en cuanto insta a los poderes públicos a velar por la utilización racional de los recursos naturales, concede a las AAPP el carácter de interesados en estos procedimientos, en tanto determina, en opinión del TS, la necesidad de evitar “una fragmentación o compartimentación en la gestión del agua del que se hacen eco reciente las SSTC 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo, para el caso de estas cuencas intercomunitarias, evitando que tal compartimentación resulte nociva para la racional gestión del recurso hídrico”.

No obstante, el TS también hace referencia a algunos aspectos de carácter casi metajurídico para entender la presencia de un interés legítimo que facilita la condición de interesada de la Comunidad Autónoma de la cuenca cedente de las aguas trasvasadas. El primero de ellos conecta con la naturaleza intercomunitaria de las cuencas –demarcaciones-, pues aunque la competencia sobre estas sea estatal, entiende el tribunal que no pueden “desatenderse las Comunidades Autónomas por las que discurre el recurso hídrico” en tanto se requiere la necesaria colaboración todas las Administraciones implicadas para su adecuada gestión, como así atestiguan las distintas fórmulas que establece el TRLA (principalmente, las previstas en el artículo 25). Este argumento, sin embargo, también podría utilizarse en sentido contrario, pues habiendo articulado normativamente el Legislador los mecanismos de colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas, la vía de conflicto en la que ahora parece querer introducirse el interés legítimo de la Comunidad Autónoma excedería, considerablemente, de la naturaleza cooperativa o colaborativa de los mecanismos recogidos en el artículo 25 del TRLA (es obvio que, por naturaleza, la colaboración es antónima de la *litis*).

El segundo de los aspectos a los que hace referencia el TS para sustentar el interés legítimo de las Comunidades Autónomas es el carácter “sensible” que el ámbito sectorial objeto de disputa, las aguas, presenta en determinadas zonas de la geografía española. De esta forma, considera el tribunal que la “añeja controversia” que viene arrastrando este asunto requiere de un estímulo para lograr “la colaboración y el consenso necesario” (FJ 7º STS 2957/2016). Cuesta entender hasta qué medida permitir el recurso y, por ende, la judicialización de estas cuestiones va a contribuir al consenso, cuando lo que de forma más clara se está produciendo es un enfrentamiento en sede procedimental y procesal cuya tendencia natural conduce a un enquistamiento y dilatación en el tiempo.

6.2. OBLIGACIÓN DE PRESENTACIÓN DEL PROYECTO TÉCNICO EN LA DECLARACIÓN DE VERTIDO

En un numeroso grupo de sentencias, conformadas sobre la base de la línea jurisprudencial que inician las SsTS 57 y 58/2016, ambas de 20 de enero, el TS se pronuncia sobre el sujeto responsable de cumplir con la obligación de presentar la declaración de vertido (y el proyecto técnico que esta contiene) en la autorización de un vertido, aclarando las dudas que sobre esta cuestión, aparentemente sencilla, se habían producido.

Como es sabido, el artículo 246 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico regula el procedimiento para obtener la autorización de vertido, que se inicia mediante solicitud del titular de la actividad que contendrá, además de los datos que requiere la LPAC, una declaración de vertido según modelo aprobado por el Ministerio. En tal declaración se incluye, preceptivamente, un proyecto suscrito por técnico competente de las obras e instalaciones de depuración o eliminación que, en su caso, fueran necesarias para que el grado de depuración sea el adecuado para la consecución de los valores límite de emisión del vertido, teniendo en cuenta las normas de calidad ambiental determinadas para el medio receptor.

Del tenor literal del citado precepto y de las obligaciones contenidas en el mismo, parece desprenderse de forma clara e indubitada que el titular de la actividad causante del vertido, en cuanto solicitante de una autorización de vertido, es quien debe acompañar la solicitud de un proyecto técnico debidamente visado.

Sin embargo, en los supuestos que se someten al conocimiento del TS, esta correlación, sin duda lógica, se ve puesta en entredicho. Y todo como consecuencia de una peculiar praxis administrativa ciertamente

reprochable tanto en lo que se refiere a su duración en el tiempo, como por la visible e injustificable inactividad de muchos de sus actores.

En los supuestos de hecho enjuiciados en hasta diez sentencias del TS el punto de partida era la existencia de una serie de estaciones depuradoras de aguas residuales, gestionadas por municipios y mancomunidades, que obtuvieron una autorización de vertido provisional mediante Orden Ministerial de Medio Ambiente de 23 de diciembre de 1986. Orden Ministerial que fue derogada por Real Decreto 606/2003, que modificó el RDPH, fijando que las autorizaciones concedidas se revisarían en el plazo de dos años para adaptarlas a lo establecido en los artículos 245 y siguientes del Reglamento.

Una vez requeridas las citadas entidades locales para que presentaran una solicitud y declaración de vertido en los modelos oficiales, con la correspondiente incorporación del proyecto técnico al que se refiere el artículo 246 del RDPH, y ante la negativa de estas a presentar dicho proyecto, las confederaciones hidrográficas competentes denegaron el procedimiento de revisión de la autorización de vertido y dejaron sin efecto las autorizaciones provisionales de vertido que, como decimos, se habían otorgado a finales de la década de los 80.

El problema derivaba de la existencia de una serie de convenios suscritos, ya por las propias entidades locales, ya por el Ministerio de Medio Ambiente, con la Agencia Andaluza del Agua por la que esta se hacía responsable de la elaboración y aprobación de los proyectos y de los contratos necesarios para el desarrollo del convenio, cuyo objeto era la construcción o ampliación de las instalaciones de depuración. En consecuencia, entendían las entidades locales, de conformidad con lo previsto en el convenio de colaboración, que la elaboración del proyecto técnico referido en el artículo 246 del RDPH correspondía a esa Administración.

La interpretación que realiza el TS en estas sentencias, estableciendo un criterio interpretativo del artículo 246 del RDPH, sin embargo, no deja lugar a dudas: es el titular de los vertidos (los municipios o mancomunidades en los casos referenciados) a quien corresponde la presentación de la declaración de vertidos y, por tanto, del discutido proyecto técnico, sin que tal obligación pueda enervarse a tenor de convenios u otros instrumentos en los que la Administración haya asumido el compromiso de mejorar o establecer el sistema de depuración.

En resumen, la nueva jurisprudencia del TS precisa que una vez obtenida una autorización provisional de vertido (en los casos enjuiciados

esta se obtuvo hace 30 años), su legalización o autorización definitiva exigía la presentación del proyecto técnico al que se refiere el citado artículo 246 del RDPH, lo que hubiese puesto fin a un procedimiento autorizador, que, ciertamente, se prolongó en exceso en el tiempo. Esta obligación procedimental correspondía al titular del vertido y responsable del mismo, sin que circunstancias tales como que el mismo carezca de recursos para elaborar y ejecutar un proyecto técnico de vertido, o que tal exigencia dependa de unas actuaciones objeto de un convenio, o que deban ejecutarse por un ente instrumental de la Administración autonómica, puedan suponer que dicha obligación ha decaído.

6.3. TASA PARA EL ABASTECIMIENTO DE AGUA IMPUESTA POR UN MUNICIPIO A OTRO

Como es sabido, el abastecimiento de agua a poblaciones se produce en dos fases. Una primera fase, de abastecimiento en alta, en la que se lleva a cabo la captación, alumbramiento y embalse de los recursos hídricos y su gestión y almacenamiento en depósitos reguladores de cabecera de los distintos núcleos de población; y una segunda fase, de abastecimiento en baja, que comprende la distribución, el almacenamiento intermedio y el suministro de agua potable hasta las instalaciones propias para el consumo por parte de los usuarios o destinatarios finales.

En el supuesto de hecho enjuiciado en la STS 2492/2016, de 2 de junio, el Ayuntamiento de Cáceres se encarga del suministro de agua en alta al Ayuntamiento recurrente de Malpartida de Cáceres, servicio que se instrumenta mediante una Ordenanza Fiscal, cuyo contenido supone el objeto principal del recurso. Así, entiende el recurrente que la referida Ordenanza fiscal vulnera el artículo 20 de la LRHL, dado que no concurren los presupuestos para la imposición de una tasa, debiendo articularse la prestación del servicio mediante un instrumento de carácter convencional. Argumenta, en este sentido, que la prestación del servicio a remunerar con la tasa no beneficia de modo particular al Ayuntamiento de Malpartida de Cáceres, sino que es “un beneficio de carácter público destinado a toda la población del municipio”, no siendo competencia del Ayuntamiento la prestación del mismo y siendo su recepción voluntaria por el recurrente.

Conviene aclarar, antes de analizar la argumentación que nos ofrece en su pronunciamiento el TS, que la Sentencia de instancia estima parcialmente el recurso del Ayuntamiento de Malpartida de Cáceres en tanto la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Cáceres solamente prevé como hecho imponible la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable a domicilio, sin que tenga cabida en el mismo “la puesta a disposición del agua *en alta* a favor del Ayuntamiento demandante, para

que éste abastezca de agua potable los domicilios de sus propios conciudadanos” (STSJ de Extremadura de 29 de diciembre de 2014).

La STS, en su fundamentación jurídica, parte de dos argumentos indiscutibles. El primero es que el hecho de ser una administración territorial no impide ser sujeto pasivo de la tasa. Y el segundo es que la prestación del servicio público de abastecimiento de agua a la población de Malpartida (tanto en alta como en baja) correspondía a su Ayuntamiento, siendo una obligación esta de carácter absoluto para la que la legislación ofrece, en caso de carecer la Administración obligada de medios necesarios, una serie de instrumentos jurídicos para hacerlo posible. Lo que resulta evidente es que no existía obligación jurídica impuesta a otro Ayuntamiento (en este caso, el de Cáceres) para prestar el servicio público de abastecimiento a la población de un municipio ajeno a su ámbito territorial.

El TS viene a conformar, junto a la STS de 14 de junio de 2010, una interesante línea jurisprudencial sobre el hecho imponible relativo a las tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, por la prestación de servicios públicos y por la realización de actividades administrativas de competencia local, tal y como se regula en el artículo 20.1 del TRLRHL. Para que un Ayuntamiento sea sujeto pasivo de una tasa que determina la Ordenanza fiscal de otro municipio resulta necesario, primeramente, que se beneficie de modo particular por el servicio o la actividad local que le presta la otra entidad local. Pero, junto a este requisito, entiende el TS que la noción de tasa local requiere de otras dos notas complementarias: la primera consiste en que, en casos como el analizado, se exija la tasa por la prestación de servicios públicos de competencia local y la segunda precisa que la prestación no sea de solicitud o recepción voluntaria. Y estas son, precisamente, las notas que no concurren en el supuesto de hecho, pues si bien el suministro de agua es característicamente un servicio básico que están obligados necesariamente a prestar todos los municipios, es obvio que esa obligación no tiene un carácter general o universal, sino que queda limitada al ámbito territorial sobre el que ejercen su competencia.

Así, tomando en consideración que el Ayuntamiento de Cáceres no es competente para prestar el servicio de suministro de agua ni al Ayuntamiento de Malpartida ni a sus vecinos (en tanto no es el sujeto obligado para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en dicho municipio), y siendo la tasa la contraprestación del servicio público de abastecimiento de agua, afirma el TS que “faltando este no puede establecerse aquella, pues la tasa se configura como una prestación coactiva por servicios de carácter obligatorio, indispensables o

monopolísticos, lo que evidentemente no es el caso” (FJ 3º STS 2492/2016). Motivo que, en definitiva, le sirve al Tribunal para casar la sentencia de instancia y anular la Ordenanza fiscal en cuanto establece la tasa de abastecimiento de agua respecto del Ayuntamiento de Malpartida de Cáceres.

6.4. LA AUTORIZACIÓN DE OBRAS EN LAS ZONAS DE POLICÍA Y SERVIDUMBRE

El doble proceso de autorización de obras en las zonas de servidumbre y policía del dominio público hidráulico que impone nuestro Ordenamiento jurídico, tratando de compaginar el régimen de licencia urbanística con el de autorización en materia demanial, es un asunto continuamente debatido y, desde luego, un foco generador de numerosas inquietudes y problemas en la actuación de los organismos de cuenca.

Lamentablemente, la STS 566/2016, de 18 de febrero, que entra a resolver sobre este asunto, es igual de rotunda en sus formas como especialmente poco certera en sus conclusiones, circunstancia que no contribuye a aclarar las muchas dudas que siguen existiendo en este ámbito.

En el supuesto de hecho de la citada sentencia se enjuicia la denegación por parte de la Confederación Hidrográfica del Júcar de la solicitud de autorización que presenta una mercantil para la construcción de un centro comercial en la margen derecha de cauce público en el barranco de La Font Santa, en Alicante. Obra que, en tanto afectaba a la zona de servidumbre y policía del citado barranco, debía ser autorizada por la Confederación Hidrográfica (artículo 9.3 RDPH), siempre, eso sí, que el instrumento de planificación urbanística que la habilitaba no hubiese sido informado previamente por el citado organismo o no se hubieran recogido las oportunas previsiones formuladas al efecto en dicho informe (artículo 78 RDPH).

Es precisamente esta inexigibilidad de nueva autorización para ejecutar obras previstas en el planeamiento previamente autorizado por la Confederación Hidrográfica la principal línea argumentativa de la empresa recurrente contra la sentencia de instancia, junto a la falta de deslinde de los terrenos que ocupa el dominio público hidráulico.

Tal y como se expone en los antecedentes de hecho, el sector de planeamiento donde se emplaza el centro comercial fue informado por la Confederación en la revisión del PGOU, al igual que fue informado el estudio de inundabilidad exigido por el PATRICOVA. En principio, esta circunstancia podría determinar la falta de necesidad de obtención de

autorización por parte de la Confederación, si se cumpliesen las condiciones que marca el artículo 78 RDPH.

En este sentido, parece discutible (por no decir erróneo) el razonamiento del TS cuando afirma que “el informe favorable del organismo de cuenca a un instrumento de planeamiento no exime de obtener previamente la autorización de CHJ y así invoca la Sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 13 de diciembre de 2012 según la cual la autorización previa ha de darse cuando sea la autorización material de las obras y no con ocasión de la aprobación del instrumento de planeamiento aprobado” (FJ 5º 566/2016). Y decimos que tal conclusión parece equivocada porque, precisamente, la voluntad que parece deducirse del artículo 78 del RDPH es que en caso de existir el informe confederal y que las determinaciones del mismo hayan sido acogidas por el planificador urbanístico, se pueda soslayar la autorización impuesta por la legislación de aguas, bastando la licencia urbanística correspondiente para la iniciación de las obras.

Incluso la cita jurisprudencial a la que alude en la referida conclusión el TS no resulta precisa ni bien traída a colación, pues el supuesto enjuiciado en ella es ciertamente distinto. En ese caso, la modificación de un PGOU que habilitaba un incremento de edificabilidad para uso hotelero en zona de policía se había realizado sin la previa solicitud del informe preceptivo, recogido en el artículo 25.4 del TRLA, a la Confederación hidrográfica, aunque en origen el PGOU y un estudio de detalle sí que fueron informados. Por ello, el TS establece la necesidad de que se hubiera recabado el informe y, evidentemente, en defecto de este, la autorización de la Confederación a la realización de las obras en zona de policía.

Quizá resulte un argumento más admisible para inadmitir el motivo casacional el hecho de que en el informe de la Confederación al PGOU se hubiese afirmado que toda actuación que se quisiera ejecutar en el dominio público hidráulico y/o dentro de su zona de policía necesitaría, como requisito previo e indispensable a la iniciación de las obras, la obtención de la autorización de la CHJ. Es cierto, sin embargo, que tal previsión del informe puede devenir ineficaz en cuanto resulta contraria al contenido de lo previsto en el artículo 78 RDPH, determinando el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos que dicha exigencia impuesta por la Confederación no fuese exigible en el supuesto concreto.

Queda, por último, analizar el motivo de casación relativo a la falta de deslinde del dominio público hidráulico. Es un tema largamente debatido, en el que se trata de determinar si la ausencia de deslinde marca la imposibilidad de fijar las zonas de servidumbre y policía que,

recordemos, se constituyen a partir de la línea que delimita el cauce. Considera el TS suficiente el elemento probatorio que constituye el informe complementario de la Comisaría de Aguas, indicando que las obras se sitúan en zona de policía, a pesar de la inexistencia de expediente de deslinde, afirmando, en este sentido, que “el previo deslinde no es una condición ineludible” (FJ 8º).

6.5. SOBRE LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CAUDAL DE LA MÁXIMA CRECIDA ORDINARIA

Si existe una acción esencial a la hora de llevar a cabo el deslinde del dominio público hidráulico, esa es, indudablemente, la correcta delimitación del cauce. Determinación que resultará fundamental, igualmente, para establecer la inundabilidad o no de los terrenos adyacentes y para fijar las zonas de servidumbre y policía en materia de aguas.

Tal y como se define en el artículo 2 del TRLA, el álveo o cauce natural de una corriente continua o discontinua es el terreno cubierto por las aguas en las máximas crecidas ordinarias. La forma en la que se produce la determinación de ese terreno se realiza, como es sabido, atendiendo a sus características geomorfológicas, ecológicas y teniendo en cuenta las informaciones hidrológicas, hidráulicas, fotográficas y cartográficas, así como las referencias históricas disponibles.

El elemento clave a la hora de proceder a esa determinación es, por tanto, el caudal de la máxima crecida ordinaria, y ese es el concepto principal de discusión en las SsTS 2838 y 2841/2016, ambas de 16 de junio, que vienen a continuar una línea interpretativa sobre el artículo 4.2 del RDPH ya iniciada por la STS de 20 de octubre de 2008 y que aboca a lo que sólo podemos calificar como un sorprendente resultado.

Conviene recordar, con carácter previo al análisis de ambas sentencias, que los criterios para la medición del caudal de la máxima crecida ordinaria han sufrido una considerable evolución con las sucesivas reformas del RDPH. En su redacción original, el referido artículo 4.2 del RDPH establecía que

“se considerará como caudal de la máxima crecida ordinaria la medra de los máximos caudales anuales, en su régimen natural, producidos durante diez años consecutivos, que sean representativos del comportamiento hidráulico de la corriente”.

Tras la reforma operada en el año 2008, la redacción del precepto varía, aunque no de forma sensible, aclarando que la determinación del caudal se hará teniendo en cuenta el terreno que ocupa el cauce (algo

lógico) y las características geomorfológicas y ecológicas de este, para lo cual se deberán recabar “las informaciones hidrológicas, hidráulicas, fotográficas y cartográficas que existan, así como las referencias históricas disponibles”.

Sobre la base de este régimen jurídico, el principal problema objeto de debate en las citadas SsTS es la forma en la que la Confederación Hidrográfica del Ebro procedió a determinar el caudal del río Najerilla en el procedimiento de deslinde de un tramo de dicho río y si dicha forma se adecuaba o no a los criterios marcados en el artículo 4.2 del RDPH.

En este caso, la CHE obtuvo “el promedio de las medias móviles de 10 años consecutivos de la serie foronómica disponible de caudales máximos instantáneos registrados” lo que, en la praxis implicó realizar la media de todos los intervalos posibles desde el año 1959 hasta el año 2003. A priori, este método de determinación del caudal de la máxima crecida ordinaria parece, incluso, más riguroso y exacto que el previsto en el artículo 4.2 del RDPH. Así lo viene a reconocer el propio TS cuando afirma que “puede que el resultado del método seguido por la Administración sea más representativo del comportamiento de la corriente hidráulica, pero desde luego no es el que se ajusta a lo establecido en el art. 4 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico”.

No deja de resultar sorprendente, por ende, que se anule la resolución de deslinde porque el método de medición del caudal de la máxima crecida ordinaria no se ajuste *ad litteram* al contenido del artículo 4.2 del RDPH. Y todo cuando se habían usado las informaciones hidrológicas e hidráulicas existentes y se habían calculado las medias móviles por décadas en un periodo de 50 años, lo que a priori parece resultar más significativo del comportamiento hídrico que la media de los caudales máximos anuales durante diez años consecutivos. Pero concluye el TS que, sea o no más representativo el método, “lo establecido en la norma en cuestión para la determinación del caudal de la máxima crecida ordinaria es la media de los máximos caudales anuales durante diez años que hayan sido consecutivos, y no como pretende la Administración, las medias móviles por décadas de 50 años” (FJ 5º STS 2838/2016).

De hecho, aunque por razones temporales no resulte aplicable al supuesto, la nueva redacción del artículo 4.2 del RDPH, derivada de la reciente reforma de 29 de diciembre de 2016, parece acoger la metodología utilizada por la Confederación, lo que va a implicar una modulación de esta –quizá excesivamente- rígida interpretación jurisprudencial. Así, tal y como establece el artículo 4.2 del RDPH tras la reforma, 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 periodo será representativo del comportamiento hidráulico de la corriente y en su definición se tendrá en cuenta las características geomorfológicas, ecológicas y referencias históricas disponibles”.

7. JURISPRUDENCIA DEL TC: DE NUEVO, SOBRE LAS DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS MIXTAS

Este año debemos destacar, fundamentalmente, un pronunciamiento del TC en el que se resuelve el conflicto positivo de competencia interpuesto por el Gobierno de Castilla – La Mancha contra un Real Decreto estatal para la aprobación de la revisión de los planes hidrológicos de varias demarcaciones, en cuyo trasfondo subyace un asunto ciertamente controvertido.

En efecto, la STC 216/2016, de 15 de diciembre, retoma el difícil asunto de las demarcaciones mixtas, del cual ya hemos dado cuenta en anteriores ediciones de este observatorio, principalmente al hilo de la jurisprudencia del TS sobre esta materia. Recordemos que el TS declaró en dos sentencias, en apariencia contradictorias, que era plenamente válido que por Real Decreto se delimitasen las demarcaciones hidrográficas mixtas del Segura (STS 22 de septiembre de 2011) y del Júcar (27 de septiembre de 2011, en la que se declaró la nulidad de la delimitación del Júcar precisamente por no haber incluido las cuencas intracomunitarias correspondientes).

Ya desde una perspectiva constitucional, también conviene traer a colación la STC 149/2012, de 5 julio, igualmente analizada en la edición correspondiente del Observatorio, en la que se discutió, de nuevo, sobre la competencia para fijar el ámbito territorial de las demarcaciones y sobre la posibilidad de que el Gobierno de la Nación delimitase demarcaciones mixtas.

Todos esos antecedentes jurisprudenciales resultan oportunos en tanto el objeto sobre el que versa la STC 216/2016 es, como hemos dicho, el conflicto positivo de competencia promovido por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha frente a las determinaciones relativas a cuencas intracomunitarias del Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de varias

demarcaciones hidrográficas, entre ellas, la del Júcar a la que, en concreto, se refiere la impugnación.

Entiende la Comunidad Autónoma promotora del conflicto que diversos preceptos del citado reglamento exceden la competencia del Estado en materia de aguas al incluir en la demarcación hidrográfica del Júcar determinadas cuencas hidrográficas intracomunitarias de la Comunidad Autónoma de Valencia, aunque dicha inclusión sea provisional. De esta forma, se podrían ver vulneradas las competencias tanto de la Comunidad valenciana como de la castellano-manchega, tanto en relación a aquellas competencias que dependen de la disponibilidad del agua (sobre urbanismo, turismo, pesca y otras, además de la competencia autonómica sobre recursos hidráulicos de su territorio) como por la repercusión directa sobre la representación que le corresponde en los órganos colegiados de la demarcación.

En cierta medida, el objeto del presente conflicto, aunque se dirigiese formalmente contra algunos preceptos del anexo XI del Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprobó la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Gadiana y Ebro (en adelante, Real Decreto 1/2016); también hacía referencia, directa o indirectamente, al Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero (Real Decreto 125/2007), por el que se fijó el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas y al Real Decreto 650/1987, de 8 de mayo, de definición de los ámbitos territoriales de los organismos de cuenca y de los planes hidrológicos, ambos modificados por el Real Decreto 775/2015, de 28 de agosto.

Sin embargo, el TC, basándose en la doctrina establecida por, entre otras, la STC 112/2013, limita el objeto del proceso a dos artículos del anexo XI del Real Decreto 1/2016, en cuanto se remiten al art. 2.3 del Real Decreto 125/2007, al entender que sobre las restantes normas no se había argumentado de forma suficientemente clara reproche de inconstitucionalidad alguno.

En este sentido, y dado que los preceptos impugnados se remiten a un Real Decreto aprobado en el año 2007, la Abogacía del Estado entiende que el conflicto debe ser inadmitido al resultar extemporáneo. Causa de inadmisión que rechaza el TC aludiendo a la doctrina constitucional sentada en la STC 26/1982, de 24 de mayo (FJ 1), cuya cita resulta precisa por cuanto establece que

“en el campo de los conflictos constitucionales la no impugnación de una disposición general por el Estado o la Comunidad Autónoma cuyas competencias hayan podido verse afectadas no implica en modo alguno la imposibilidad de instar el conflicto sobre el mismo objeto en relación con cualquier disposición, acto o resolución posterior, aun cuando sea mera reproducción, ampliación, modificación, confirmación o aplicación de aquélla. Así lo exige el carácter indisponible de las competencias constitucionales, cuya distribución entre el Estado y las Comunidades Autónomas responde a la forma de organización territorial del Estado configurada por la Constitución y que no puede verse alterada por la pasividad temporal de cualquiera de los entes interesados frente al indebido ejercicio de sus competencias por parte del otro. De ahí que la LOTC expresamente admita que el requerimiento de incompetencia (que, según los casos, puede o debe preceder al planteamiento del conflicto), no sólo pueda formularse en un determinado plazo computado a partir de la publicación o comunicación de la disposición, resolución o acto que se entiendan viciados de incompetencia, sino también ‘con motivo de un acto concreto de aplicación’ (artículo 63.2)”.

No obstante, el TC sí estima el segundo de los motivos que aduce la Abogacía del Estado para la inadmisión, lo que nos priva de un interesante y esperado pronunciamiento sobre el fondo. Se inadmite el conflicto competencial por la falta de legitimación de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha para promoverlo en los términos en que lo hace.

La conclusión del TC resultaría indiscutible si, en efecto, el Consejo de Gobierno de Castilla – La Mancha no hubiese planteado la invasión por el Estado de una competencia propia sino de la competencia de otra Comunidad (la Valenciana) que no era parte en el proceso (y que, recordemos, había impugnado en sede contenciosa la delimitación del Júcar precisamente por no haber incluido las cuencas intracomunitarias). No obstante, tal y como hemos precisado anteriormente, en el planteamiento del conflicto sí que se hacía alusión a una posible vulneración de competencias autonómicas, tanto sobre aguas interiores, como en otras materias, desde la urbanística a la turística con dependencia “de la disponibilidad del agua”. Además, se esgrimía una afección más concreta, vinculada a una menor representación de la Comunidad en los órganos colegiados de la confederación hidrográfica que sería consecuencia de la, correlativamente mayor, representación valenciana, al incluirse indebidamente en la demarcación sus cuencas intracomunitarias.

El TC, sin embargo, entiende que las alusiones a posibles vulneraciones competenciales se realizan en términos “indiscriminados, generales y puramente hipotéticos” y que el ejercicio de las funciones autonómicas de colaboración y coordinación con el Estado en materia de

Aguas que se plasma en los órganos colegiados de la confederación hidrográfica queda garantizado con la presencia de un representante de las Comunidades Autónomas interesadas en los mismos, en aplicación de los artículos 27 y 36 del TRLA, mínimo que considera el TC “ampliamente superado” en este caso (FJ 6).

En conclusión, la STC 216/2016 inadmite el conflicto competencial por falta de legitimación de la comunidad promotora, pero, a su vez, añade un punto más de incertidumbre a la polémica existencia de demarcaciones de carácter mixto (que parecen amparar la Directiva marco del agua y el artículo 16 bis del TR de la Ley de Aguas) y a la competencia estatal para su delimitación territorial.