

XXVI. Aguas: falta de medios, medios propios y la centralización de la administración hidráulica

ISABEL CARO-PATÓN CARMONA
VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Normas.* 2.1 Dos modificaciones de la Ley de Aguas por Real Decreto-ley 2.1.1 La reforma del régimen jurídico de la reutilización. 2.1.2 El nuevo uso de almacenamiento de energía. 2.2 Gran intensidad en la normativa reglamentaria. 2.2.1 La revisión de los planes hidrológicos (2022-2027). 2.2.2 El incremento del control del uso del suelo por el Organismo de cuenca y otros aspectos del Real Decreto 665/2023 que reforma el reglamento de dominio público hidráulico. 2.2.3 Otras normas y estrategias.–3. *Cuestiones organizativas (sobre la falta de medios).*–4. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo.* 4.1 Recursos directos contra el Real Decreto 638/2021 –reglas de explotación del Trasvase Tajo-Segura– y el Real Decreto 1159/2021 –de modificación del Reglamento de la Planificación Hidrológica. 4.2 Recursos de casación. 4.2.1 Entrada de los agentes medioambientales en los lugares sujetos a inspección. 4.2.2 Aprovechamiento de aguas por disposición legal. 4.2.3 Estructura tarifaria del suministro en alta. 4.2.4 Falta de recepción de obras de urbanización y responsabilidad por vertidos de aguas residuales procedentes de una urbanización. 4.2.5 Recrecimiento de Yesa. 4.2.6 Doctrina Saquetti Iglesias.

RESUMEN

Dos Reales Decretos-leyes reforman la Ley de aguas para introducir un nuevo régimen de la reutilización y el uso nuevo del almacenamiento hidráulico de energía. La potestad reglamentaria se ha ejercido de forma muy prolífica en materias como la planificación hidrológica, el agua potable, la cartografía de zonas inundables, los perímetros de protección, la contaminación de las aguas subterráneas o los vertidos de caudales de retorno, entre otros. Esta densidad normativa, unida a atribuciones competenciales a favor del propio Ministerio de Transición Ecológica, facilita y provoca una nueva «centralización», en la que los medios propios desplazan en forma significativa a los Organismos de cuenca. En la jurisprudencia, destaca la interpretación por el TS de la habilitación legal para la entrada de guardias fluviales en fincas y la atribución de responsabilidad a los Ayuntamientos por vertidos de aguas residuales realizados desde urbanizaciones no legalmente recepcionadas.

ABSTRACT

Two Royal Decree-Laws reformed the Water Act to modify the reuse scheme and introduce the new use of hydraulic energy storage. The regulatory power has been exercised in a very prolific manner in matters such as

hydrological planning, drinking water, mapping of flood zones, protection areas, underground water's pollution or discharges, among others. This regulatory density, together with the attribution of powers in favour of the Ministry of Ecological Transition itself, facilitates and provokes a new «centralization», in which its own resources significantly displace the basin organizations. In the case law, the interpretation by the Supreme Court of the authorization for the entry of river guards into estates and the attribution of responsibility to the Town Councils for discharges of waste water from urbanizations that have not been legally registered stand out.

PALABRAS CLAVE

Administración hidráulica, centralización, planificación hidrológica, reutilización, almacenamiento hidráulico, normativa de aguas, Real Decreto-ley, estudio de caracterización y diagnóstico ambiental, análisis cuantitativo de riesgos, perímetros de protección, reglamento de dominio público hidráulico.

KEYWORDS

Water administration, centralization, hydrological planning, reuse, hydraulic storage, water regulations, Royal Decree-Law, environmental characterization and diagnosis study, quantitative risk analysis, protection areas, public water domain regulations.

1. INTRODUCCIÓN

Un año más observamos las tendencias reflejadas en años anteriores: modificaciones de la Ley de aguas por Real Decreto-ley, precipitadas y de escasa calidad técnico-jurídica, y densas reformas reglamentarias.

Además, estas reformas reflejan la voluntad del Ministerio de Transición Ecológica y del Reto Demográfico de seguir avanzando en una renovada centralización, consistente ahora en atribuir al Ministerio funciones para realizar cualquier tipo de actuación en materia de dominio público hidráulico.

Como veremos, esta centralización lleva consigo la preferencia por actuaciones informales o materiales de protección del agua en detrimento del ejercicio de las funciones públicas de los Organismos de cuenca, pese a que son obligatorias e indisponibles. Para estas últimas funciones, existe desinterés y una falta de medios que contrasta con los fondos económicos de los que dispone el Ministerio.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se advierte un «pleno» de resoluciones a favor de la Administración hidráulica.

2. NORMAS

2.1 DOS MODIFICACIONES DE LA LEY DE AGUAS POR REAL DECRETO-LEY

2.1.1 La reforma del régimen jurídico de la reutilización

Por Disposición Final segunda del Real Decreto-Ley 4/2023 se modifica el régimen legal de la reutilización de aguas residuales regeneradas del art. 109 TRLA, cuya redacción pasa a ser objeto de cinco artículos distintos (ahora, art. 109-art.109 quinquies), para fomentar este recurso en un contexto de promoción de la economía circular.

Lo más relevante de la reforma es que se separa entre la actividad de producción y suministro (actividad sujeta a la autorización prevista por el art. 109 ter, y en la que se ha de incluir el «*Plan de Gestión del Riesgo del Agua Regenerada*» exigido por el Reglamento europeo 2020/741) y el uso de aguas regeneradas para el que siempre se exigirá concesión, obligando a los titulares de autorizaciones a regularizar su situación antes de 2028 (DT única).

Precisamente por la exigencia de concesión en todos los casos (antes bastaba con autorización si el uso era del titular de la primera concesión), se ha tenido que reformar la Ley de Aguas¹; en el plan DSEAR² se preveía un ajuste solo reglamentario. También el art. 109 TRLA especifica que, si hay regeneración de aguas, se tendrá que modificar la autorización de vertido y se fijan ¡por ley! importes para la minorización del canon de vertido en casos de reutilización.

Otro aspecto destacado de la reforma legal es que desaparece la regla de que el coste de la desalación será asumido íntegramente por el usuario, pues el Gobierno impulsará la reutilización «*previando para ello los instrumentos económicos que consideren adecuados*» (art. 109.2 TRLA). Esta excepción al (relativo) principio de recuperación de costes podrá alcanzar todos los costes adicionales asociados a la reutilización de aguas cuando con las aguas regeneradas «*se vayan a sustituir total o*

¹ Vid. SETUÁIN MENDÍA, B., *La reutilización de agua en un contexto de cambio. Un análisis jurídico administrativo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2023, que siempre ha propugnado esta reforma. A nuestro juicio, la principal diferencia entre exigir, como se hacía antes, una autorización específica o, como se hace ahora, la modificación de la concesión cuando el uso es por parte del primer usuario, es que los procedimientos de modificación concesional generan gran inseguridad jurídica e incertidumbre al usuario pues la Administración puede pretender cambiar condiciones de la concesión originaria, que sin esta modificación habrían permanecido igual.

² Por Orden TED/801/2021, de 14 de julio, se aprueba el Plan Nacional de Depuración, Saneamiento, Eficiencia, Ahorro y Reutilización. Este plan incluía un documento titulado «*Principios orientadores para la revisión del marco legislativo de la reutilización*», que no contemplaba la modificación de la ley de aguas. https://www.miteco.gob.es/content/dam/miteco/es/agua/temas/planificacion-hidrologica/6_ic_reutilizacion_1_tcm30-514162.pdf

parcialmente aguas ya concedidas y ello contribuya a alcanzar los objetivos medioambientales de las masas de agua o a la optimización de la gestión de los recursos hídricos» (art. 109 quinquies). La reforma legal llega después de la revisión de los planes hidrológicos por Real Decreto 35/2023, que ya incluían inversiones públicas a la reutilización.

La Ley prohíbe la reutilización de aguas para el consumo humano «directo» (art. 109.3). Esto significa que, si las aguas regeneradas se vierten al río para captarlas mezcladas, este segundo uso quedará al margen de las reglas de la reutilización. No obstante, entendemos que actuaciones de este tipo pueden quedar comprendidas dentro de los «planes que fomenten la reutilización de aguas asociados a los usos urbanos» que se obliga a realizar a «las Administraciones públicas competentes en materia de abastecimiento, saneamiento y depuración de aglomeraciones urbanas de más de 50.000 habitantes» (art. 109.2 TRLA). Nos ha llamado la atención que en el Plan Hidrológico del Guadiana hay una regla que no está en la Ley: «la reutilización de aguas residuales regeneradas sólo se autorizará o concederá para sustituir recursos procedentes de fuentes convencionales, de modo que no suponga un incremento de la detracción de recurso del sistema» (art. 33.1, Anexo VI RD 35/2023). No es este el lugar para analizar si ha quedado derogada. La Disposición Final 2.10 del Real Decreto-ley 4/2023 introduce una reforma relevante en el canon de regulación y la tarifa de utilización del agua. Esta reforma, cuya aplicación será compleja, consiste en que el coste de las obras también se ha de repartir con los beneficiarios indirectos y no sólo entre los beneficiarios directos, como sucedía hasta ahora.

2.1.2 El nuevo uso de almacenamiento de energía

Por Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, se modifica el art. 60.2 TRLA, relativo al orden de prelación de usos a los efectos del otorgamiento de concesiones para incluir en el tercer lugar (y con carácter indisponible para los planes hidrológicos de cuenca, según la DT 11.^a TRLA) el «almacenamiento hidráulico de energía». Se trata de la segunda reforma vinculada a la transición energética (por Real Decreto-ley 6/2022 se introdujo un nuevo art. 77 bis para favorecer la instalación de placas solares en embalses o canales de riego). De hecho, el PNIEC prevé el incremento de almacenamiento hidráulico de energía, mediante la construcción y explotación de centrales reversibles³.

³ En la actualización publicada del PNIEC, y dentro de la Tabla 2.4. «Evolución de la potencia bruta instalada de energía eléctrica (MW)», no se especifica la que corresponde al almacenamiento hidráulico (para 2030 se prevén 18.543 MW para almacenamiento en gene-

Sin embargo, esta reforma no es suficiente pues esta finalidad requiere también una modificación de la normativa del sector eléctrico para incluir una financiación de estas instalaciones (bien mediante subvenciones a la construcción, un nuevo diseño de mercado u otros instrumentos concretos como mecanismos de capacidad). Esto se debe a que, por la separación de actividades del sector eléctrico, existen problemas regulatorios para que, en los sistemas peninsulares, las instalaciones de almacenamiento se adscriban al «transporte» o la «distribución» (actividades reguladas y retribuidas por el sistema eléctrico) puesto que cumplen una función híbrida al producir también energía para su puesta en el mercado. Para las empresas de «producción», el almacenamiento no es una actividad rentable ya que, por su función, la explotación está subordinada a las necesidades del sistema en su conjunto, lo que puede forzar que muchas veces estén paradas.

Como ha sucedido con otras reformas del TRLA acordadas por Real Decreto-ley, con las piezas que se incluyen de forma improvisada y sin apenas controles solo se construyen castillos de naipes.

2.2 GRAN INTENSIDAD EN LA NORMATIVA REGLAMENTARIA

2.2.1 **Real Decreto 35/2023, de 24 de enero, por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las cuencas intercomunitarias (2022-2027)**

Las más de mil ochocientas páginas que este Real Decreto ocupa en el BOE constituyen: (i) varios preceptos reglamentarios aplicables en todas las demarcaciones hidrográficas intercomunitarias y algunos para todo el territorio nacional (cfr. disposición final cuarta⁴) y (ii) el contenido normativo de los planes hidrológicos 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. Las voluminosas memorias acompañadas de sus respectivos Anejos y

ral). En la Tabla 2.3 del primer PNIEC, titulada «Evolución de la potencia instalada de energía eléctrica (MW)», para 2030 se fijaba un objetivo de 6.837 MW para el bombeo puro.

⁴ Entre otras cuestiones, se fija una excepción al régimen de cumplimiento de caudales ecológicos en estados de emergencia o de reposición del sistema eléctrico (disposición adicional quinta); reglas para la aplicación de los caudales de crecida (disposición adicional sexta); o ahorros obligatorios en obras de modernización de regadíos que afecten a masas de agua en mal estado cuantitativo o en otras circunstancias (disposición adicional 7.^a).

los documentos de las evaluaciones ambientales estratégicas no se publicaron en el BOE y están disponibles en las páginas web de los Organismos de cuenca (art. único apartado 5 y disposición adicional 2.^a). Los planes hidrológicos de tercer ciclo reúnen información muy valiosa sobre los problemas en cada demarcación. Y este es su principal valor (que no es poco).

Que la aprobación de los planes vaya acompañada del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno se debe a que, como se ha comentado en Observatorios anteriores, como el art. 40. 5 TRLA dispone que «*el Gobierno, mediante real decreto, aprobará los planes hidrológicos de cuenca en los términos que estime procedentes en función del interés general*», se aprovecha la ocasión para elaborar un reglamento, que se tramita de forma separada de cada uno de los anexos relativos a los distintos ámbitos de las demarcaciones hidrográficas, que son objeto de su propio proceso de elaboración (arts. 76 a 82 del Reglamento de la Planificación Hidrológica, que regulan lo que se llama fase interna). Ambas partes (el reglamento general y los Anexos de cada plan) se unen en un único texto sólo para los últimos trámites en el Ministerio (informe por el Consejo Nacional del Agua y Consejo de Estado). Esto provoca ciertas descoordinaciones.

La más importante, destacada por el Consejo de Estado en su informe preceptivo (expte. 2051/2022)⁵, consiste en que el Plan del Segura incluye una asignación de 421 hm³/año (Apéndice 1 de la parte normativa) de agua procedente del Tajo que es incompatible con el régimen de caudales ecológicos mínimos para determinadas masas de agua de la categoría río fijadas por el Plan del Tajo (Apéndice 5.1 de su parte normativa). El Plan del Tajo no se acompañó de estudios que señalaran cuál era el impacto de este nuevo régimen de caudales en la demarcación del Segura por considerar que era una cuestión ajena al plan, pese al dato fáctico de la existencia de un aprovechamiento conjunto y de un régimen de explotación específico para el trasvase (disposición adicional tercera de la Ley 10/2001 del Plan Hidrológico Nacional, Ley 21/1971, Ley 52/1980 y Ley 21/2015). El Consejo de Estado, en su informe, puso de manifiesto la conveniencia de mejorar la metodología para la determinación de los caudales ecológicos por la amplitud de sus «*horquillas de incertidumbre*». La disposición final tercera del

⁵ Hay una irregularidad a que se refiere el Consejo de Estado y es que la redacción de las disposiciones adicionales 7.^a (ahorros efectivos de regadío que se elevaron del 3% al 5%, contra la voluntad del Ministerio de Agricultura) y 9.^a (coordinación planes del Tajo y Segura) que se sometió a debate y votación en el Consejo Nacional del Agua el 29 de noviembre de 2022 fue distinta de la que se suministró por escrito a sus miembros.

Real Decreto 35/2023 dispone que se actualizará la instrucción de planificación hidrológica con este fin.

Los planes aprobados por RD 35/2023 tienen contenidos normativos excesivamente dispares y no siempre se advierte bien qué razón técnica late bajo las diferencias (claramente sucede con los valores umbrales máximos de excedentes de nitrógeno, por hectárea y año). En 2021, se reformó el Reglamento de planificación hidrológica por *«la conveniencia de establecer criterios comunes que garanticen la unidad y coherencia normativa en todo el territorio, tan necesaria para la consecución del principio de seguridad jurídica previsto en nuestra Constitución»*⁶ pero de momento esta reforma no ha alcanzado esta finalidad, como ha destacado el Consejo de Estado en su informe. Cabe lamentar, especialmente, que no exista una regla general que indique qué sucede en los casos en los que su contenido sea distinto al régimen general del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, fuertemente modificado por RD 665/2023, de 18 de julio⁷.

En este ciclo de planificación siguen sin existir reglas para priorizar las inversiones comprometidas en los programas de medidas de los planes hidrológicos. Del mismo modo, siguen sin existir mecanismos que aseguren su ejecución.

Por último, cabe indicar que el Gobierno también ha aprobado los planes hidrológicos de las cuencas intracomunitarias elaborados por las CCAA (art. 40.6 TRLA) y que son: Plan de gestión del distrito de cuenca fluvial de Cataluña (Real Decreto 690/2023); Planes Hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas de las Cuencas Mediterráneas Andaluzas, del Guadalete y Barbate y del Tinto, Odiel y Piedras (Real Decreto 689/2023); Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa (Real Decreto 48/2023); Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Illes Balears (Real Decreto 49/2023).

Los trabajos de revisión de los planes hidrológicos del próximo ciclo (que han de estar aprobados antes del 22 de diciembre de 2027) ya se han iniciado; dicha revisión se llevará a cabo sin perjuicio de otras actualizaciones que pudieran resultar necesarias antes (disposición adicional 3.^a RD 35/2023).

⁶ Exposición de motivos del RD 1159/2021.

⁷ Cfr. el informe del Consejo de Estado: *«dado que algunas de las materias que son objeto de la parte normativa de los planes están siendo objeto de proyectos normativos en tramitación o respecto de los cuales se prevé su próxima regulación, convendría prever expresamente que en estos ámbitos, las disposiciones de los planes deben entenderse sin perjuicio de la aplicación de los criterios y reglas generales e imperativas que se establezcan en las normas que vayan a regular esas materias»* y pone el ejemplo de los aprovechamientos de áridos. La disposición adicional 3.^a del RD 35/2023 se limita a advertir que los planes se revisarán por *«la aprobación de normas cuyo contenido afecte a dichos planes hidrológicos»*.

2.2.2 El incremento del control del uso del suelo por el Organismo de cuenca y otros aspectos del Real Decreto 665/2023 que reforma el reglamento de dominio público hidráulico

Además de cierta simplificación administrativa (régimen de declaración responsable para determinados usos en zona de policía, ya previsto por los planes de cuenca), la llamada digitalización del registro de aguas electrónico⁸, el control de los retornos de las aguas utilizadas (arts. 252 bis y 253 ter para el regadío), y otras cuestiones, lo más destacable de la reforma del reglamento de dominio público hidráulico⁹ es su afección a los usos del suelo y el incremento de la certeza técnica para las contaminaciones puntuales de aguas subterráneas.

La relevancia urbanística es grande al dar una nueva vuelta de tuerca al control de los organismos de cuenca sobre los usos del suelo, considerando la disponibilidad de agua, los riesgos de inundación y las actividades que puedan contaminar el agua subterránea en los distintos perímetros de protección que se regulan¹⁰.

Según el reglamento, en cinco años han de estar adaptados los planes urbanísticos para incorporar la cartografía de las zonas inundables, así como las limitaciones a los usos del suelo asocia-

⁸ La DT 7.º de la Ley de aguas de 1985 obligaba a la Administración a «*revisar las características*» de los derechos de aprovechamiento de aguas con carácter previo a su inscripción en el Registro de Aguas. Esta obligación se supeditaba a un desarrollo reglamentario que nunca llegó. El art. único 25 del Real Decreto 670/2013 creó el Registro electrónico y dispuso que, antes del 1 de enero de 2020, se adecuarían las inscripciones del Registro de Aguas, sin alterar el contenido del derecho inscrito. El incumplimiento de dicho plazo está en el origen de esta nueva reforma que se dirige a concluir este traslado al registro electrónico ordenando la clausura del Registro físico antes del 1 de enero de 2025 (disposición transitoria 4.ª). Este traslado no puede ser automático pues los elementos que han de figurar en la inscripción del aprovechamiento (art. 193 RDPH) son más complejos de los que pudieron incluirse en su clausulado en el momento de su otorgamiento por lo que tendrán que inscribirse datos que no siempre estarán en la concesión original. También se inscribirá la cartografía descriptiva del aprovechamiento y la referencia catastral de las parcelas afectadas.

⁹ Se trata de la vigésimo primera modificación (hay más reformas del reglamento de dominio público hidráulico aprobado en 1986 que Copas de Europa tiene el Real Madrid).

¹⁰ Estos perímetros de protección son: i) los clásicos de las aguas sobreexplotadas ahora llamadas en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico: con un régimen para limitaciones cuantitativas (art. 172 RDPH) y otro para los casos de contaminación (art. 173 RDPH); ii) los de captaciones de agua destinadas al consumo humano (art. 243 ter RDPH); iii) los de zonas de especial interés y para ecosistemas dependientes del medio hídrico (art. 243 sexies RDPH); y iv) los de protección de las zonas húmedas de dominio público hidráulico (art. 278 RDPH). En los perímetros afectados por contaminación, los Organismos de cuenca, de forma coordinada con las autoridades agrarias autonómicas, podrán limitar el almacenamiento y aplicación de estiércoles para abonado (art. 260 bis RDPH) y el uso de fitosanitarios procedentes de fuentes agrarias (art. 260 ter RDPH). Las actividades que pueden limitarse o prohibirse están en el nuevo Anexo VIII RDPH. Se busca con ello que el Organismo de cuenca pueda endurecer las buenas prácticas agrarias autonómicas aprobadas conforme al Real Decreto 47/2022 de nitratos.

das¹¹. En los planes urbanísticos revisados deberán también incluirse, en su caso, los perímetros de protección de las captaciones de agua potable que han de definirse «*por las administraciones competentes en el abastecimiento urbano y el Organismo de cuenca*» en el plazo de cuatro años (disposición transitoria 7.^a).

Si los planes urbanísticos no se hubieran adaptado en plazo, el Organismo de cuenca informará desfavorablemente cualquier acto de desarrollo del planeamiento que pueda poner en riesgo la seguridad de las personas y bienes o afectar al régimen de corrientes. En todo caso, el art. 78 ter RDPH obliga a que se comuniquen al Organismo de cuenca los proyectos derivados del desarrollo del planeamiento urbanístico para su análisis. Esta comunicación es obligatoria incluso cuando el planeamiento urbanístico ya hubiera sido informado favorablemente.

También llega el esperado desarrollo reglamentario del informe sobre actos y planes de otras administraciones, previsto por el art. 25.4 TRLA (en su redacción por Ley 11/2005)¹². Entendemos que este contenido no afecta a la jurisprudencia sobre su exigibilidad en casos de incremento de las dotaciones de agua para los nuevos usos [entre otras, SsTS de 16 de febrero de 2021 (rec. 8388/2019), de 19 de julio de 2021 (rec. 1006/2020) y de 16 de junio de 2022, (rec. 899/2021)]¹³.

Apoyándose en la Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España, el art. 240 RDPH crea un *inventario de cauces naturales y artificiales, así como los lagos, lagunas, zonas húmedas y embalses superficiales de dominio público hidráulico*. Este inventario recogerá los

¹¹ El Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la no indemnizabilidad de estas limitaciones cuando derivan de planes legalmente aprobados y aún no se hubieran otorgado licencias de edificación. Ver el Dictamen de 23 de marzo de 2023 (Expte. núm.1961/2022) relativo al Plan de las Islas Baleares. Desde un punto de vista práctico, y pese a la naturaleza no urbanizable del suelo con riesgos de inundación, el art. 9 quáter RDPH recoge un régimen especial para municipios con más de un tercio de su superficie incluida en la zona de flujo preferente. Los municipios que quieran acogerse a este régimen han de contar con una autorización especial que dictará la Comunidad Autónoma, tras el informe previo favorable del Organismo de cuenca.

¹² El art. 14 quáter detalla los supuestos en que ha de emitirse dicho informe («actos y planes de las CCAA y entes locales») y su contenido: a) disponibilidad de recursos hídricos, b) efectos sobre la zona de flujo preferente c) protección y calidad de las aguas, y d) los usos previstos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía. Su plazo de emisión es de cuatro meses con silencio negativo.

¹³ La doctrina casacional establecida es: «*cuando un instrumento de ordenación urbana tenga por finalidad, conforme a la normativa autonómica, la ordenación del suelo a los efectos de ejecutar un proyecto que requiere una previa concesión administrativa de la Administración, sin aumentar las dotaciones ya previstas en el objeto de la concesión, y consta acreditado que la concesión tiene garantizada la existencia y disponibilidad de los recursos hídricos, el posterior instrumento de ordenación no requiere la emisión de un nuevo informe sobre dichos recursos, en la medida que no comporta aumento respecto de los ya contemplados con ocasión del otorgamiento de la concesión*».

cauces públicos, «a los que se aplicará lo establecido en el artículo 6 en relación con la zona de servidumbre y policía» (art. 240 bis.1). La reforma permite, por tanto, atribuir efectos jurídicos a este inventario especial, pese a que en el régimen general del art. 33 de la Ley 33/2003 de Patrimonio se excluye que el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado tenga efectos jurídicos¹⁴.

Sobre la protección de las aguas subterráneas, que es el segundo objetivo esencial de la reforma, y además del relevante Anexo VIII que limita las actividades admisibles en perímetros de protección, el Real Decreto 665/2023 crea un marco con mayor seguridad jurídica para los episodios (frecuentes) de contaminación puntual. Este régimen consiste en que, cuando se detecte esta situación, se iniciará el correspondiente procedimiento de valoración de daños¹⁵ (y en su caso sancionador) pero, además, y aquí está la relevante novedad, se requerirá al responsable para que, en un plazo de seis meses, presente un estudio de *caracterización y diagnóstico ambiental* (art. 272). Este estudio evaluará la afección a la calidad conforme a unos valores genéricos de referencia que se incluyen en el Anexo X RDPH, distinguiendo entre valor genérico de no riesgo (VGNR) y valor genérico de intervención (VGI). Si la contaminación supera el valor genérico de intervención, el titular de la actividad tendrá que realizar un análisis cuantitativo de riesgos (ACR) y adoptar labores de descontaminación. En el otro caso, bastará con mantener actuaciones de vigilancia y monitoreo.

Nos ha llamado la atención que desaparece del RDPH cualquier mención a la intervención del IGME¹⁶.

2.2.3 Otras normas y estrategias

Se ha dictado también en este año el Real Decreto 3/2023, de 10 de enero, por el que se establecen los criterios técnico-sanitarios de la calidad del agua de consumo, su control y suministro; y sendas resoluciones del Secretario de Estado de Medio ambiente aprueban respectivamente la Estrategia Nacional de Restauración de

¹⁴ El art. 33.3 LPAP prevé que los «registros, catálogos o inventarios de bienes y derechos que estén obligados a llevar en virtud de normas especiales» tengan sus propias reglas.

¹⁵ Cfr. Anexo V RDPH, que fija coeficientes de valoración de daños al DPH producidos en la calidad del agua.

¹⁶ Antes de esta reforma, se preveían informes potestativos del IGME en el art. 173 (acuíferos sobreexplotados) y art. 257 (vertidos de sustancias peligrosas a las aguas subterráneas). En 1986, el informe para vertidos de sustancias peligrosas era preceptivo (antiguo art. 258 RDPH). La disposición adicional 4.ª TRLA atribuye al IGME la función de formular y desarrollar planes de investigación y la de prestar asesoramiento técnico a las distintas Administraciones en materias relacionadas con las aguas subterráneas.

Ríos 2023-2030 y el Plan de Acción de Aguas Subterráneas 2023-2030. Con este último se da cumplimiento al art. 29.1 de la Ley del Plan Hidrológico Nacional.

3. SOBRE LA FALTA DE MEDIOS

Por fin llegamos al epígrafe que da título a nuestra contribución de este año.

El incremento de la densidad normativa, sin duda, es un remedio –no sabemos si eficaz– a la conocida falta de medios de la Administración hidráulica; falta de medios que suena como una cantilena incluso en las instituciones públicas. Por ejemplo, en el Dictamen del Consejo de Estado que se ha citado más arriba sobre los planes hidrológicos, puede leerse que:

«Finalmente, debe tenerse en cuenta que la correcta aplicación de los planes hidrológicos de cuenca y, dentro de ellos, en especial, de sus programas de medidas, depende, en último término, de la suficiencia de los medios personales y materiales con los que las confederaciones hidrográficas cuentan. En el desempeño de su labor consultiva, este Consejo ha venido observando que la escasez de recursos de los organismos de cuenca contribuye a que, en ocasiones, su funcionamiento sea anormal o, cuanto menos, no plenamente ajustado al principio de eficacia que debe presidir la acción administrativa.

Por este motivo, se estima que este procedimiento constituye un cauce procedimental adecuado para llamar la atención de la autoridad consultante acerca de la conveniencia de estudiar la oportunidad de reforzar los medios de las confederaciones hidrográficas, incrementando la dotación que se les asigna y/o introduciendo mecanismos para mejorar la eficiencia en su utilización y/o la justificación de su uso, con la finalidad última de asegurar que la ejecución de una política pública tan relevante para nuestro país como la política del agua se ejecuta en condiciones adecuadas. Si tales medidas ya hubiesen sido adoptadas en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia –cuyo componente 5 tiene por objeto la preservación del espacio litoral y los recursos hídricos y supone una inversión total estimada de 2.091.000.000 de euros– o de cualquier otro instrumento presupuestario, sería recomendable que se articulasen los mecanismos necesarios para llevar a cabo un seguimiento del empleo de los recursos económicos asignados que garantizase su idoneidad en términos de suficiencia y eficacia y que ello quedase reflejado adecuadamente en la memoria».

Lo que advertimos es que la «*autoridad consultante*» no está por reforzar los medios de las confederaciones hidrográficas, sino

al contrario, por incrementar la contratación externa o a favor de los medios propios (como el grupo Tragsa¹⁷) o de las Sociedades Estatales de Aguas reguladas en el artículo 132 TRLA¹⁸. Se advierte, además, una tendencia centralizadora al atribuir al Ministerio una dirección estratégica muy profunda que permite paliar el proceso de desprofesionalización de los Organismos de cuenca. Varias de las reformas de 2023 nos permiten extraer esta conclusión:

En primer lugar, la disposición adicional 9.^a de la reforma del RDPH atribuye a la Dirección General del Agua la «dirección estratégica para la protección del DPH». Pese a que el precepto lleve esta rúbrica, la atribución competencial va mucho allá de lo que es una mera dirección pues habilita a la DGA a *«ejecutar y financiar actuaciones en los ámbitos territoriales de los organismos de cuenca a fin de: garantizar la eficacia, coordinación y economía en el gasto para aquellas actuaciones que afecten a varios organismos de cuenca; garantizar el cumplimiento de compromisos internacionales de España, en especial los incluidos en la normativa europea en materia de aguas; desarrollar criterios homogéneos o instrucciones con objeto de garantizar la adecuada dirección y coordinación de dichos organismos»*.

En segundo lugar, la disposición final segunda del Real Decreto-ley 4/2023 modifica el art. 41.1 TRLA, relativo a la elaboración de los planes hidrológicos de cuenca, para habilitar al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico para *«ejecutar y financiar actuaciones que aseguren la consistencia en la elaboración de los planes hidrológicos de competencia estatal»*.

El tercer lugar, cabe recordar que art. 124 TRLA atribuye indistintamente al Ministerio o a los Organismos de cuenca la gestión de las obras de interés general. Tras la reforma de este precepto por la disposición final 2.^a11 del Real Decreto-ley 4/2023 se pasa a admitir que la gestión de la construcción y explotación de estas obras se realice también por las entidades locales en virtud de convenio específico o encomienda de gestión (hasta esta reforma, este convenio solo podía firmarse con CCAA).

Los programas de actuación de los planes hidrológicos aprobados por Real Decreto 35/2023 incluyen multitud de obras de interés

¹⁷ La Administración debe tomar nota de la reciente STS 12/02/2024 (casación núm. 48/2022), que recordando jurisprudencia anterior (STS 14/09/2020, rec. núm. 5442/2019) recuerda que la Administración puede recurrir *«ocasionalmente»* y ante una *«situación extraordinaria y coyuntural a la que no puede dar respuesta por sus propios medios»* al auxilio de entidades públicas empresariales, como medios propios, pero que no es admisible que, *«con carácter general, de permanencia y manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a entidades públicas empresariales»*.

¹⁸ En la publicidad activa de los encargos a medios propios no figuran los que se hacen a favor de ACUAMED pues formalmente no tiene esta caracterización.

general. Pero esto no quiere decir que vayan a ejecutarse. La disposición final 8.º 2 del Real Decreto 35/2023, tal y como se hacía en el ciclo anterior, dispone que: «*Las infraestructuras hidráulicas promovidas por la Administración General del Estado y previstas en los respectivos planes hidrológicos serán sometidas, previamente a su realización, a un análisis sobre su viabilidad técnica, económica y ambiental por la Administración General del Estado*». Lo que esto implica es que la Administración General del Estado dispone de gran margen para seleccionar las obras que finalmente se ejecuten o las actuaciones que realice y, en definitiva, de una preferencia por las elecciones discrecionales de lo que se hace en detrimento del ejercicio de las funciones públicas obligatorias. El Ministerio tiene una inversión programada para este ciclo de planificación (2023-2027) de más de 23.000 millones de euros (hay una aportación relevante de los Fondos de recuperación, transformación y resiliencia). El presupuesto anual de 2023 de todos los Organismos de cuenca estatales es de 800 millones de euros, siendo el Guadalquivir el que tiene un presupuesto mayor (228 millones, frente a 48 del Miño-Sil).

No es de extrañar, en fin, que el Real Decreto 1009/2023, de 5 de diciembre, haya creado con rango de Subsecretaría y dependiente de la persona titular del Ministerio, el Comisionado del Ciclo del Agua y Restauración de Ecosistemas a quien le corresponde el impulso, la coordinación y el seguimiento y propuesta de las actuaciones necesarias para la recuperación de humedales amenazados y afectados por el deterioro o carencia de los recursos hídricos de los que dependen para su adecuado funcionamiento ecosistémico. Desde este Comisionado se ha promovido el Marco de actuaciones prioritarias para el Mar Menor o para Doñana. Esto es, un conjunto de actuaciones de difícil control ciudadano y jurisdiccional.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

4.1 RECURSOS DIRECTOS CONTRA EL REAL DECRETO 638/2021 –REGLAS DE EXPLOTACIÓN DEL TRASVASE TAJO-SEGURA– Y EL REAL DECRETO 1159/2021 –DE MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA–.

Al igual que sucedió con las SsTS de 14 de julio de 2022 (rec. 387/2021), de 2 de noviembre de 2022 (rec. 385/2021), de 1 de diciembre de 2022, (rec. 343/2021) y de 21 de febrero de 2023

(rec. 386/2021) –analizadas en la edición anterior de este Observatorio–; la STS de 21 de febrero de 2023 –ponente: Inés María Huerta Garicano–, que resuelve el recurso ordinario 386/2021 formulado por la Generalitat Valenciana, confirma la validez del Real Decreto 638/2021, de 27 de julio, en relación con las reglas de explotación del Trasvase Tajo-Segura, principalmente en lo referido a los niveles de los límites de las existencias conjuntas de los embalses de Entrepeñas y Buendía. Frente a las pretensiones de la Administración recurrente, la Sala no observa la existencia de falta de motivación, arbitrariedad o infracción del TRLA en el Real Decreto impugnado, volviendo a reafirmar el carácter preceptivo del informe del Consejo Nacional del Agua, frente al carácter potestativo del que pueda dar el Consejo del Agua de la demarcación.

De igual forma, la Sala inadmite, por falta de legitimación activa, el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Orihuela contra el referido Real Decreto (STS de 17 de julio de 2023 –rec. 389/2021, ponente Carlos Lesmes Serrano–). Como sabemos, el contenido de dicho Real Decreto consistía en dar nueva redacción al artículo 1 del RD 773/2014, de 12 de septiembre, relativo a las reglas de explotación del trasvase Tajo-Segura. Aunque la recurrente sustentaba su legitimación en el artículo 19.1.e) LJCA –*están legitimadas las entidades locales territoriales para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas*–, la Sala razona que las Administraciones Locales sólo tendrán legitimación cuando el acto o disposición afecte al ámbito de su autonomía, lo que supone, en principio, una mayor restricción desde la perspectiva de la legitimación que la impuesta a la Administración del Estado en el artículo 19.1.c) LJCA. Resulta de gran relevancia la interpretación que se realiza en la sentencia respecto del concepto jurídico indeterminado «autonomía», indicando que el RD impugnado no afectaba ni al contenido mínimo protegido por la garantía institucional que preserva la Constitución, ni a un contenido más amplio derivado de su configuración legal. Tampoco estima que se viesan afectados los bienes o derechos de la Corporación. Asimismo, la Sala rechaza la legitimación de la entidad local bajo el argumento de actuar en defensa de los intereses de determinados colectivos de ciudadanos del municipio, al tratarse de la impugnación de una disposición general que afecta a intereses supralocales, lo que supondría dotar a las Administraciones locales de una especie de acción pública en defensa de la legalidad que la LJCA no les otorga, siendo, además, que los colectivos de ciudadanos de un municipio determinado disponen de sus propias posibilidades

impugnatorias en defensa de sus intereses, sin que se requiera la intervención de una entidad local en su sustitución.

Más allá de la indudable vinculación al caso concreto que siempre presenta la legitimación procesal, resulta fácilmente deducible la relevancia que este precedente va a suponer en la resolución de los múltiples recursos que han formulado municipios del levante español frente a los planes hidrológicos de tercer ciclo, resultando previsible una posible inadmisión por los mismos argumentos que la Sala ha utilizado en este pronunciamiento.

De mayor trascendencia material, aunque de igual resultado para los recurrentes, resultan las SsTS de 3 de julio de 2023 (rec. 157/2022, ponente Wenceslao Francisco Olea Godoy) y de 22 de noviembre de 2023 (rec. 151/2022, ponente Ángel Ramón Arozamena Laso) por las que se resuelven sendas impugnaciones directas del Real Decreto 1159/2021, de 28 de diciembre, que modifica el Reglamento de la Planificación Hidrológica, aprobado por Real Decreto 907/2007, de 6 de julio (en adelante, RPH).

Como sabemos, la finalidad de la reforma era realizar en el RPH «una serie de mejoras que se focalizan en dos aspectos muy concretos: la configuración de los terceros planes hidrológicos, que debieran ser aprobados a finales de 2021, y la revisión de los planes especiales de sequía, que deberá abordarse entre 2022 y 2024». En ambos pronunciamientos, y desde la perspectiva de la resolución de los recursos presentados, la Sala insiste en recordar que «el alcance de la reforma del RPH es bastante limitado y para una duración breve, en cierto modo como norma instrumental para llevar a cabo determinadas reformas»

En el caso de la primera de las sentencias, la recurrente –la Fundación Montescola– aduce que el Real Decreto de reforma es nulo de pleno derecho por las siguientes causas: 1.º omisión del impacto presupuestario; 2.º reducción de condiciones en la protección medioambiental; 3.º inexistencia de autorización previa de la ley para la reforma; 4.º falta de motivación de la reforma y 5.º vulneración del principio de no regresión en la protección medioambiental. Dichas causas justifican, en opinión de la parte recurrente, la pretensión de nulidad radical del Real Decreto y, en su defecto, de algunos de sus preceptos (fundamentalmente, el artículo 39.2.c), como analizaremos a continuación)

Respecto de la primera de las causas, aunque en la propia sentencia se reconoce la existencia de deficiencias en la elaboración del análisis de impacto económico y presupuestario y, por tanto, en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) que impone el artículo 26.3 de la Ley del Gobierno aprobación de los pro-

yectos de leyes y reales decretos; la Sala estima que tales deficiencias no son «de entidad suficiente para acarrear la nulidad del Real Decreto de reforma», aplicando, para ello, su jurisprudencia sobre la interpretación funcional y teleológica de las garantías procedimentales para, «evitando caer en el puro formalismo, atender más a la finalidad a la que responden, en cuya valoración han de tenerse en cuenta las especialidades de la disposición general de que se trate...». A este argumento, añaden, además, dos circunstancias que coadyuvan a rechazar la nulidad radical del Real Decreto impugnado: la primera, vinculada al hecho de que la reforma que se contiene en el Real Decreto venía impuesta por «una normativa de superior rango», tanto interna como comunitaria, sobre gestión del agua, incardinada en el ámbito del cambio climático; y, la segunda, que la eficacia de las medidas adoptadas en la reforma queda condicionada a la integración de tales medidas en los respectivos planes de cuenca, siendo ese el momento en el que se deberá examinar su relevancia económica y presupuestaria.

Rechazada la causa que sustentaba la pretensión de nulidad de todo el texto reglamentario, la sentencia se centra en la pretensión de nulidad de la nueva redacción dada por el Real Decreto al artículo 39.2.c) del RPH –condiciones para nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o alteraciones del nivel de las masas de agua subterránea–. La modificación del precepto podría parecer, *prima facie*, insustancial, pues únicamente implicaba la sustitución de la conjunción copulativa «y» por la disyuntiva «o». Pero esta pequeña alteración en la redacción implicaba –implica– un cambio de enorme significación, pues determina que para proceder a las modificaciones o alteraciones que pudieran suponer una exclusión de los fines y objetivos propios de los planes, antes de la modificación del texto reglamentario, se requería que concurriesen las siguientes condiciones conjuntamente:

«1.º Que los «motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior»

2.º Que «los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean superados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible»

Evidentemente, tras la modificación operada en su redacción, la interpretación literal del tenor del nuevo texto únicamente viene a exigir que concurra, alternativamente, una de las dos condiciones (o que los motivos sean de interés público superior o que los bene-

ficios para el medio ambiente y sociedad se vean superados por los obtenidos con las nuevas modificaciones).

Frente a la claridad del precepto y la aparentemente clara voluntad del redactor al sustituir la conjunción –aunque sin motivar el porqué de dicha decisión–, la Sala lleva a cabo un delicado ejercicio de interpretación. Delicado porque el precepto de la DMA que se transpone mediante el RPH (el artículo 4) incluía la doble posibilidad «y/o» en su redacción, por lo que ambas soluciones parecían válidas desde una perspectiva comunitaria. No obstante, al haberse optado, inicialmente, por la que resultaba más garantista desde una perspectiva ambiental, al exigir ambas condiciones, puede entenderse que haber modificado dicha opción supone un claro paso atrás regulatorio del que fácilmente podría deducirse una colisión con el principio de no regresión.

La Sala, sobre la base de una interpretación que entiende desde la «más elemental lógica jurídica», concluye que lo decisivo para que se puedan dejar de adoptar medidas de protección de las aguas es «la existencia de una (*sic.*) interés público superior»; de tal forma que los beneficios a los que se refiere el segundo párrafo del precepto, a pesar de venir precedidos de la conjunción disyuntiva «o» suponen una «mera descripción mínimamente ejemplificativa, pero omnicomprendiva, de los beneficios de ese superior interés, en función de los beneficios que reporta para la salud o seguridad humana o el desarrollo para el medio ambiente». Por tanto, en interpretación de la Sala, «nada ha cambiado con la reforma», pues estima que es «imposible apreciar un interés público superior a la protección de las aguas que no reporte beneficios a la salud o seguridad humana o al desarrollo para el medio ambiente». Conclusión que, curiosamente, y aunque salva la actual redacción del precepto, nos lleva a la misma solución que si se hubiera anulado, pues hubiese supuesto revivir la anterior redacción que, de forma meridiana, exigía la concurrencia de ambas condiciones. Opción que quizá hubiese resultado más adecuada desde la perspectiva de la seguridad jurídica y para la aplicación del precepto por parte de los distintos operadores jurídicos.

En la segunda de las sentencias, la mercantil recurrente –Naturgy Generación, S. L. U.–, argumentaba y solicitaba en la demanda:

«a) La nulidad del artículo 81 RPH, que describe la estructura formal de los planes hidrológicos de cuenca; y si ello no fuera atendido que se anule al menos el artículo 81.1.b.7.ºb) sobre instrumentos normativos generales de protección de las masas de agua, y para el caso de esta pretensión tampoco fuese atendida que se anule el 81.1.b.7.ºb) f) que alude a umbrales de variación de

caudal para la valoración de la modificación de características de determinadas concesiones.

b) Se anule la última frase de 49 ter.3 que dice: Asimismo, también constituye una medida básica de este tipo la implantación de las distintas componentes del régimen de caudales ecológicos mediante su inclusión en la parte normativa de los planes hidrológicos.

c) Se anule también el artículo 90.5, sobre la tramitación de expedientes pendientes de resolución final».

La Sala, sustentando su argumentación tanto en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1159/2021, como en los dictámenes del Consejo de Estado núm. 1010/2021, sobre el proyecto del Real Decreto impugnado, y núm. 1151/2015, emitido sobre el proyecto del que luego fue el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, aprobatorio de los planes hidrológicos de las demarcaciones intercomunitarias, afirma que el alcance de la reforma del RPH es «bastante limitado y para una duración breve, en cierto modo como norma instrumental para llevar a cabo determinadas reformas». Presupuesto que le lleva a desestimar todas las pretensiones de la parte recurrente, llegando a aseverar que «el establecimiento de los caudales ecológicos es una medida que corresponde establecer a los planes hidrológicos de cuenca, que así espera la Comisión Europea recibir esa información y que su inclusión en las disposiciones normativas de los planes clarifica su concreción de cara a su exigibilidad ante particulares y administraciones».

No obstante, en la propia sentencia se concluye, de forma muy significativa, que «la Administración Pública debe mejorar sus procedimientos y tramitar las peticiones de los usuarios del agua con mayor eficacia y eficiencia», aunque, sorprendentemente, esto no suponga la estimación del recurso, ni siquiera en lo que se refiere al último motivo de impugnación, pues considera la Sala que, de hacerlo así, se restaría eficacia a los planes hidrológicos y ello podría derivar en «otorgar autorizaciones y concesiones problemáticas e inviables».

4.2 RECURSOS DE CASACIÓN

4.2.1 **Facultad de entrada de los agentes medioambientales en los lugares sujetos a inspección**

En la STS de 28 de marzo de 2023 (rec. casación 2722/2022, ponente Wenceslao Francisco Olea Godoy) se interpreta un precepto, el artículo 94.3 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de

Aguas, cuyo tenor literal, *prima facie*, parece establecer una contradicción en sus propios términos. En efecto, dicho artículo otorga a los agentes medioambientales destinados en las Comisarías de Aguas de los Organismos de Cuencas, el carácter de autoridad pública y en calidad de tales, quedan facultados para entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en los lugares sujetos a inspección, con respeto en todo caso a la inviolabilidad del domicilio. No obstante, el mismo precepto concluye su redacción estableciendo la obligación de que los agentes, al efectuar una visita de inspección, «deberán comunicar su presencia a la persona inspeccionada o su representante, a menos que consideren que dicha comunicación pueda perjudicar el éxito de sus funciones».

Dada esta aparente contradicción, la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia planteada en el auto de admisión del recurso consistía en determinar cómo conciliar el ejercicio de las facultades de los agentes medioambientales, *ex artículo 94.3 TRLA*, de entrar libremente, en cualquier momento y sin previo aviso, en los lugares sujetos a inspección, con la obligación, también prevista en el precepto, de comunicar su presencia a la persona inspeccionada al efectuar una visita de inspección.

El punto de partida, en el supuesto, era una resolución de la Confederación Hidrográfica del Tajo, de 12 de julio de 2019, por la que se imponían tres sanciones de multa, en cuantías de 2.100, 700 y 500 euros, por tres infracciones leves contra el dominio público hidráulico.

El sancionado negaba que hubiese prestado su consentimiento para la entrada en la finca de los agentes medioambientales denunciados, porque no se encontraba en ese momento el propietario. En consecuencia, entendía que el agente medioambiental solo podría haber entrado en su propiedad si hubiera contado con autorización judicial. Por lo que se desprende de las actuaciones, en la finca del actor existía una vivienda en la que no entraron los agentes, además de que no se prueba que la misma constituyera el domicilio del denunciado. Igualmente, no se pone en cuestión por la Administración que la finca se encontrara vallada, y precisamente el cambio de cerramiento sin autorización fue uno de los hechos denunciados.

La sentencia recurrida contenía un voto particular, en el que se consideraba, en síntesis, que, de conformidad con lo establecido en el artículo 94-3.º del TRLA, si bien se autorizada a los agentes a la entrada en una propiedad particular, ello debía ser con la «previa comunicación al propietario de la finca inspeccionada o a su representante legal, circunstancia que se dice no había concurrido en el caso de autos, por lo que se considera que no debía valorarse la prueba referida a las actuaciones de los agentes fluviales».

Pues bien, la Sala, al resolver la cuestión de interés casacional planteada, concluye que el precepto establece una regla general, la de que los agentes pueden entrar «libremente en cualquier propiedad en el ejercicio de sus funciones, siempre que no exista edificación que constituya el ámbito del domicilio». Entiende, igualmente, que dicho acceso puede realizarse «sin previo aviso y en cualquier momento», pudiendo, por tanto, los agentes del Organismo de Cuenca tener acceso a las propiedades privadas siempre que en el ejercicio de sus funciones lo requieran.

Y es precisamente «*al efectuarse*» la entrada cuando el precepto impone que se deberá comunicar dicha entrada a la persona inspeccionada o su representante, siempre que considere el agente que esa comunicación no perjudique la actuación que se ejercita ni deba suspenderse la inspección para realizarla. La Sala insiste en que se trata de «una simple comunicación» –viene a decir que el precepto lo que exige es comunicar «la presencia», de forma que los agentes ya están presentes para realizar la entrada, no en un momento anterior que exigiera esperar a realizar la comunicación– y ello siempre que, por una parte, se encuentre presente el propietario o representante en el momento de su intervención, y, en segundo lugar, que con ella no se perjudique la actuación.

La comunicación a la que se refiere el precepto, por ende, no puede interpretarse una solicitud de autorización de entrada, sino como una «pura deferencia o cortesía» a la que obligaría, incluso, el artículo 13-e) de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el principio de buena fe y de proximidad a los ciudadanos que se impone en todo actuar administrativo por el artículo 3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Esta interpretación vendría incluso avalada por la *sentencia del Tribunal Constitucional 214/2015, de 22 de octubre*, dictada en recurso de inconstitucionalidad contra una ley autonómica de Montes en la que se imponía la necesidad de que los agentes forestales debían solicitar la autorización judicial de entrada para cualquier tipo de propiedad, constituyera o no morada de una persona; criterio que se rechaza por el TC al considerar que la exigencia constitucional de la autorización judicial viene exigida en el *artículo 18 de la Constitución* para cuando se trata de acceder a un domicilio, no para cualquier propiedad privada que no tenga esa condición y, menos aún, cuando se trate de acceder a una finca sin edificación alguna. Argumentos que el TS considera, coherentemente, que son extrapolables a los fines que se confieren a todas las Administraciones públicas, en especial a los Organismo de Cuenca, para la protección del demanio hidráulico.

4.2.2 Aprovechamiento de aguas por disposición legal

La STS de 15 de junio de 2023 (rec. casación 8575/2021, ponente Carlos Lesmes Serrano) afronta la respuesta a la cuestión de qué normativa resulta aplicable en los supuestos en los que un particular interesa, mediante una comunicación, el ejercicio de un derecho de aprovechamiento o uso privativo obtenido por disposición legal al amparo del art. 54.2 TRLA y de los arts. 84 y ss. del RDPH, si la vigente en el momento de la presentación de la comunicación o la vigente en el momento de la resolución. En realidad, dicha cuestión era análoga a la que ya había respondido la Sala mediante STS de 29 de octubre de 2020, dictada en el recurso de casación 4466/2019, por lo que se debía confirmar la doctrina emanada de esta o bien matizarla o rectificarla.

Como bien señala la Sala en su sentencia, las dudas acerca de cuál debe ser la normativa aplicable a las solicitudes de carácter reglado que los interesados formulan a la Administración cuando se produce un cambio normativo durante el curso de su tramitación, quedan despejadas cuando existe una previsión normativa sobre el régimen transitorio, debiendo ser ese régimen transitorio el que resulte de aplicación, siempre que se respeten, lógicamente, los márgenes que en relación con la retroactividad establece el *art. 9.3 CE*.

En el caso enjuiciado, al igual que sucedía en el precedente previsto en la STS de 29 de octubre de 2020, la *disposición transitoria segunda del Real Decreto 1/2016, de 8 de enero*, por el que se aprueba la revisión, entre otros, del Plan Hidrológico de la demarcación del Guadalquivir, establece este régimen transitorio, imponiendo la denegación de aquellos aprovechamientos pendientes de resolución, cualquiera que sea su naturaleza discrecional o reglada, que sean incompatibles con el nuevo plan aprobado en 2016. Considera la Sala que dicha disposición transitoria tiene ciertos efectos retroactivos, «pero se trata de una retroactividad de grado mínimo o medio (retroactividad impropia) plenamente compatible con la prohibición constitucional de retroactividad de las disposiciones restrictivas de derecho individuales contenida en el *art. 9.3 CE*».

Pero no se trata de una mera comunicación que debe automáticamente producir la inscripción, pues como claramente establecen los artículos 84, 85.1 y 86 RDPH antes transcritos en el FD Quinto, el Organismo de Cuenca efectúa el control de dicha solicitud de inscripción. Y así lo dijimos en la *sentencia de esta Sala y Sección de 10 de mayo de 2012 (rec. 5871/2009)*, «El derecho al uso privativo de aguas previsto en el actual artículo 54 TRLA no puede materializarse sin intervención de la Administración Hidrológica, pues

aunque en este caso la Administración no ejercita competencias discrecionales, como es el caso de la concesión (*ex artículo 59.4 TRLA*), *no por ello los usos privativos por disposición legal están exentos en su ejercicio de control administrativo, como se deduce claramente de la propia normativa prevista en la Ley de Aguas*».

De mayor interés, sin duda, resulta la interpretación que realiza la Sala sobre el derecho a los usos privativos por disposición legal que a los propietarios de los fondos reconoce el artículo 54 del TRLA, principalmente frente a la pretensión que aducían los recurrentes de que se trata de un derecho ínsito en la propiedad que la Ley reconoce de manera directa y que, por tanto, la Administración está vinculada en cuanto a su titularidad por no regir en ellos la discrecionalidad que comportan las concesiones. Así, tras reconocerse en la sentencia que se trata de usos privativos que, «al reconocerlos directamente la Ley, la Administración ha de respetarlos» –lo que les diferencia del régimen de concesiones–, inmediatamente se matiza que esta circunstancia no implica que estos usos no estén condicionados a control administrativo, «sin que pueda este limitarse a la inscripción en la Sección correspondiente del Registro de Aguas», tras la oportuna solicitud. La Sala estima, en este sentido, que tales aprovechamientos vienen condicionados por una serie de presupuestos materiales y formales, en tanto la Administración hidráulica «no se limita a la mera inscripción del aprovechamiento en la forma que el interesado pretende, sino que debe realizar las comprobaciones oportunas y, tras ellas y concluir en la procedencia del derecho, ordenar su inscripción, a partir de la cual será efectivo su ejercicio». Se confirma, de esta forma, la doctrina ya instaurada por STS de 10 de mayo de 2012 (rec. 5871/2009), de notable relevancia a la hora de interpretar la operatividad de este precepto.

4.2.3 Estructura tarifaria del suministro en alta a los ayuntamientos integrados en una entidad metropolitana. Legalidad de la tarifa inclusiva de una cuota fija, en función del número de habitantes del municipio que figuran en el Padrón municipal, y de otra variable, en función del consumo

La STS de 17 de julio de 2023 (rec. casación 413/2023, ponente Rafael Toledano Cantero) responde una interesante cuestión de interés casacional consistente en esclarecer si resulta compatible con los principios del uso eficiente del agua, repercusión de costes, sostenibilidad y solidaridad, una tarifa de abastecimiento del agua potable que incluye una cuota fija, en función del número de habitantes del muni-

cipio que figuran en el Padrón municipal, y otra variable, en función del consumo, imputando la mayor proporción del coste a la cuota fija.

El interés de la sentencia se halla, sin duda, en la interpretación que realiza la Sala respecto del artículo 111 bis del TRLA desde el punto de vista del principio de recuperación de costes que proclama la Directiva Marco del Agua (DMA) y de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2016 (asunto C- 686/15), en la que se declara que la DMA no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que dispone que el precio de los servicios por el agua facturado al consumidor incluya no sólo una parte variable calculada en función del volumen de agua realmente consumido por el interesado, sino también una parte fija que no está ligada a ese volumen. De esta forma, se argumenta que, a la luz de esta doctrina interpretativa del TJUE, la consecución del objetivo de la recuperación de costes no es incompatible con que los Estados miembros adopten una política de precios del agua que se base en un precio del agua exigido a los usuarios que incluya una parte variable ligada al volumen del agua realmente consumido y una parte fija que no esté ligada a éste.

Bajo esta premisa, la Sala concluye que la estructura tarifaria sometida a impugnación, en tanto introduce, entre otros elementos, el de cuota fija por habitante, para sufragar los gastos fijos y las inversiones, «en absoluto es contraria ni al art. 111 bis del TRLA, ni a la jurisprudencia del TJUE respecto a la Directiva 2000/60». Y ello a pesar de que el art. 111 bis.1 TRLA precisa que los destinatarios de la repercusión de los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua son los usuarios finales, y encomienda a las Administraciones competentes establecer los oportunos mecanismos para repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y del recurso, en los diferentes usuarios finales. No obstante, la Sala realiza un análisis general, y estima que es compatible con la normativa nacional y comunitaria la inclusión «de una cuota o parte fija, junto a una cuota variable en el servicio de suministro en alta, que no se dirige a los usuarios finales del suministro de agua, sino a los Ayuntamientos integrados en la entidad metropolitana, de manera que corresponde a cada Ayuntamiento, también al recurrente, aplicar en las estructuras de tarifas de suministro de agua en baja, este sí dirigido a los usuarios finales, los mecanismos necesarios para dar cumplimiento al principio de recuperación de costes, mediante la fijación de tarifas por tramos progresivos que desincentiven el uso excesivo y suntuario del agua».

4.2.4 Falta de recepción de obras de urbanización y responsabilidad por vertidos de aguas residuales procedentes de una urbanización

Confirmando la doctrina ya asentada por la STS de 20 de diciembre de 2022 (rec. casación 1444/2022), la sentencia de 18 de octubre de 2023 (rec. casación 4053/2022, ponente Ángel Ramón Arozamena Laso) da respuesta a la cuestión consistente en determinar «si resulta precisa la recepción de las obras de urbanización, entre las que se incluyen las referidas a las instalaciones de saneamiento y depuración, para que el Ayuntamiento sea considerado responsable de los vertidos de aguas residuales procedentes de una urbanización sita en el término municipal o, por el contrario, si la no recepción de tales obras de urbanización puede ser causa de exoneración de dicha responsabilidad.»

La Sala, remitiéndose a la fundamentación ofrecida en el anterior pronunciamiento, concluye que la responsabilidad municipal se inicia con la recepción formal de la urbanización, de forma que si un Ayuntamiento concede la correspondiente licencia para la construcción de edificaciones destinadas a viviendas y se autoriza tácitamente la ocupación, o no se evita dicha ocupación, antes de que se haya ejecutado plenamente la urbanización y se proceda a su recepción, es responsable dicho Ayuntamiento de los vertidos ilegales a un cauce público procedente de tales urbanizaciones y debe considerarse responsable de la infracción procedente.

Es decir, aunque el vertido no lo haya autorizado el Ayuntamiento directamente y no podría considerársele, en principio, como responsable de la infracción, considera el TS que en supuestos de edificaciones autorizadas o permitidas sin tener completada la urbanización de los terrenos en que se asientan, dicha responsabilidad ha de imputársele, no por el vertido en si mismo, sino en cuanto autorizó expresa o tácitamente la ocupación de edificaciones de manera ilegal, es decir, antes de que tuvieran concluida y recepcionada la urbanización. Se trata, en definitiva, de una especie de responsabilidad directa, pues no tiene como fundamento la *culpa in vigilando* (en cuanto permitiera que se utilizara un saneamiento que no consta se hubiera concluido y recepcionado por el Ayuntamiento –esto es, que fuera conforme a las exigencias del planeamiento–), sino que entiende el TS que emana de la pasividad municipal de autorizar la ocupación de unas edificaciones que carecen de las exigencias urbanísticas necesarias para dicha ocupación. Doctrina que, evidentemente, puede ser trasladable a otras facetas de las edificaciones sin obras completas de urbanización distintas a

los vertidos. En este caso, el titular de la concesión del vertido urbano, conforme a la normativa sobre dominio público hidráulico, es el Ayuntamiento el que asume, frente a la Administración hidráulica, que se adecúe a las condiciones impuestas, exigencia que refuerza la necesidad de no autorizar vertidos que alteren dichas condiciones con una prematura ocupación de las edificaciones que el planeamiento autoriza.

4.2.5 Recrecimiento de Yesa

Mediante STS, de 15 de diciembre de 2023 (rec. 281/2021 ponente Wenceslao Francisco Olea Godoy), se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación de la Asociación legal contra el recrecimiento del embalse de Yesa y del Ayuntamiento de Artieda contra la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2007 por la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional en relación con diversas actuaciones relativas al Recrecimiento de la Presa de Yesa sobre el río Aragón.

En este reciente pronunciamiento, que supone un episodio más en largo historial de litigios que acompañan a estas obras –primero sobre la originaria expropiación forzosa y, después, sobre las resoluciones relativas al recrecimiento– y, sobre todo, un nuevo revés para el conjunto de ayuntamientos, agrupaciones de afectados y asociaciones ecologistas que se oponen a las mismas, la Sala elude expresamente entrar en el fondo y pronunciarse expresamente sobre la legalidad de la resolución del Ministerio de Medio Ambiente referida al proyecto de recrecimiento del citado embalse. De esta manera, el TS, tras rechazar las tres causas de inadmisibilidad aducidas por las partes (legitimación y representación de la asociación recurrente y cosa juzgada, en atención a los numerosos pleitos anteriores) centra el debate del pleito sobre la validez o no de la desestimación, por silencio administrativo, de la solicitud de revisión de oficio de la resolución ministerial en lo referente, de manera específica, al dique de protección del Municipio de Sigüés y no sobre una posible ilegalidad de la mencionada resolución de recrecimiento del embalse, como parecía deducirse del contenido de la demanda de la asociación recurrente.

Bajo esta restringida óptica respecto al objeto del pleito, la Sala la desestima el recurso y, por tanto, no acoge la petición de exigir la iniciación de un procedimiento de revisión de oficio de la resolución al entender que la misma no incurre en la causa de nulidad de pleno derecho aducida –la prevista en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, esto es, actos que lesionen derechos y libertades sus-

ceptibles de amparo constitucional, tales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral de los vecinos por una eventual situación de peligro—.

4.2.6 **Aplicación de la doctrina Saquetti Iglesias respecto al régimen sancionador en materia de aguas**

Resultaba una cuestión de tiempo que un sancionado en materia de dominio público hidráulico adujera, ante el Tribunal Supremo, la aplicación de la doctrina Saquetti Iglesias en relación con la sentencia que había conocido, en única instancia, el recurso contencioso-administrativo formulado contra dicha sanción.

La STS de 20 de noviembre de 2023 (rec. n.º 4203/2022, ponente Wenceslao Francisco Olea Godoy) afronta, en este sentido, las *condiciones que deben concurrir para que una sentencia, dictada en única instancia, deba ser objeto de un reexamen por un Tribunal Superior porque se considere que se sanciona una infracción administrativa de naturaleza penal*. Y lo hace, evidentemente, bajo la consideración de los criterios establecidos por el TEDH en sus sentencias de 8 de junio de 1976, asunto Engel y otros c. Países Bajos (5.100/71) y de 30 de junio de 2020, asunto Saquetti Iglesias c. España (50.514/13) y con la propia doctrina fijada al respecto por el Tribunal Supremo [especialmente, sentencias de Pleno de la Sala Tercera, de 25 de noviembre de 2021 (recursos de casación 8156/2020 y 8158/2020) y una de 20 de diciembre de 2021 (recurso de casación 8159/2020)].

La aplicación de esta doctrina en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y, más concreto, en relación con el recurso de casación en su actual configuración, lleva al Tribunal Supremo a una paradójica situación procesal. La admisión del recurso —y, por tanto, el cumplimiento de los artículos 14. 5.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2 del Protocolo número 7 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales— debería producirse, únicamente, cuando la sanción impugnada constituyese, de conformidad con los criterios Engel y Saquetti Iglesias, una infracción administrativa de naturaleza penal. Pero la única cuestión por la que se admite el recurso de casación y por la que, precisamente, se entiende que existe interés casacional objetivo en el asunto es observar si en el caso concreto se cumplen los referidos criterios Engel y Saquetti. De esta forma, si no se cumpliesen los criterios, la infracción administrativa carecería de naturaleza penal y no existiría el derecho a reexamen por un Tribunal superior. Pero ese derecho a

reexamen ya se habría producido con la propia admisión del recurso de casación, sin que la Sala, al enjuiciar el caso concreto, pueda ya inadmitirlo por mor de lo establecido en el artículo 93 de la LJCA.

Por ello, y como puede observarse con claridad en el supuesto de la STS de 20 de noviembre de 2023, nos hallamos ante un pronunciamiento desestimatorio que, en puridad, hubiese debido de ser de inadmisión del recurso. Y, lo que es peor, se trata de una sentencia que, únicamente, responde a una cuestión específica que solo afecta al caso concreto, sin que se establezca ninguna doctrina jurisprudencial. En este sentido, el conjunto de sentencias derivados de la aplicación de la doctrina Saquetti Iglesias constituyen una clara vía de quiebra del concepto nuclear por el que se guía nuestro sistema de casación –el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia–, priorizándose el *ius litigatoris* respecto del *ius constitutionis*. Y la solución a este enredo no resulta sencilla, puesto que ni puede inadmitirse el recurso –por riesgo de estar incumpliendo los textos internacionales–, ni la Sección de Admisión de la Sala Tercera del TS puede observar, directamente, el cumplimiento de los criterios Engel y Saquetti –pues estaría entrando a resolver el fondo del asunto sobre el que se fija la cuestión de interés casacional–. Claramente, la única solución pasaría por una modificación normativa de nuestro sistema de recursos en sede jurisdiccional, acogiendo la posibilidad del derecho a reexamen en materia sancionadora, instrumentalizado a través de un mecanismo impugnatorio ajeno al actual recurso de casación.

