

Aguas: ¿Qué hacemos con los nitratos?

ISABEL CARO-PATÓN CARMONA
VÍCTOR ESCARTÍN ESCUDÉ

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Leyes aprobadas: breve referencia a la Ley de atribución de personalidad jurídica al mar menor y otras cuestiones.* 2.1 El Mar Menor. 2.2 El Real Decreto-ley 4/2022 de medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía; la estrategia del agua para el cambio climático. 2.3 El Senado rescata *in extremis* el canon hidroeléctrico al incluirlo en la ley de residuos. 2.4 La consulta pública sobre la reforma de la Ley de Aguas.–3. *Emerge el problema de los nitratos.*–4. *Compatibilidad entre producción hidroeléctrica y protección ambiental en Francia: qué pasa cuando la anguila está en juego.* 4.1 Es constitucional la ley que exime a determinados titulares de centrales hidroeléctricas de la obligación de garantizar el transporte de sedimentos. 4.2 La exención no es de aplicación al «Moulin Neuf». 4.3 Enseñanzas del estudio del caso.–5. *Jurisprudencia.* 5.1 Tribunal supremo. 5.2 Jurisprudencia del TJUE.

RESUMEN

En un año de intensa actividad administrativa en materia de aguas, en este estudio se da cuenta de algunas importantes novedades como las medidas urgentes de apoyo al sector agrario por causa de la sequía, la incorporación del canon de producción de la energía hidroeléctrica en la Ley de Residuos, la consulta pública sobre la reforma de la Ley de aguas y, destacadamente, el Real Decreto Real Decreto 47/2022, de 18 de enero, sobre protección de las aguas contra la contaminación difusa producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias. A nivel comparado, se analiza la compatibilidad entre producción hidroeléctrica y protección ambiental en Francia, todo ello al hilo de dos decisiones judiciales francesas del Consejo Constitucional y del Consejo de Estado. Y desde una perspectiva jurisprudencial, se estudia y comenta el controvertido pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el régimen jurídico del lago de La Albufera y la decisión del TJUE sobre la interpretación de la excepción de deterioro adicional de la DMA.

ABSTRACT

In a year of intense administrative activity in the water sector, this study reports on some important developments such as the urgent measures to support the agricultural sector due to the drought, the incorporation of the hydroelectric power production fee in the Waste Law, the public consultation on the reform of the Water Law and, most notably, Real Decreto 47/2022, of January 18, on the protection of water against diffuse pollution caused by nitrates from agricultural sources. On a comparative level, the compatibility between hydroelectric

production and environmental protection in France is analyzed, all of this on the basis of two French judicial decisions of the Constitutional Council and the Council of State. And from a jurisprudential perspective, the controversial pronouncement of the Supreme Court on the legal regime of the lake of La Albufera and the decision of the CJEU on the interpretation of the exception of additional deterioration of the WFD are studied and commented on.

PALABRAS CLAVE

Agricultura, cambio climático, canon hidroeléctrico, Consejo de Estado, estrategia común de aplicación de la DMA, nitratos, energías renovables, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, protección de peces, seguridad hídrica.

KEYWORDS

Agriculture, climate change, hydroelectric levy, Council of State, Common Implementation Strategy of the WFD, nitrates, renewable energies, Recovery, Transformation and Resilience Plan, fish protection, water security, water security

1. INTRODUCCIÓN

2022 era un año repleto de tareas para la Dirección General del Agua (DGA): tenía que tener en vigor los planes hidrológicos del tercer ciclo de planificación (2021-2027); preparar un proyecto de reforma de la ley de aguas, pendiente desde el Libro Verde de 2020; redactar las Orientaciones Estratégicas sobre Agua exigidas por el artículo 19 de la Ley de Cambio Climático; desde un punto de vista normativo, cumplir otro de los hitos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR), que era la reforma en profundidad el reglamento de dominio público hidráulico; y preparar la trasposición de la Directiva 2020/2184 relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano, que tenía que estar aprobada en enero de 2023.

De todas estas cuestiones, en 2022, se ha conseguido sacar adelante las Orientaciones Estratégicas sobre Agua y Cambio Climático, sin contenido normativo. También, y de ahí el título de este capítulo, se ha aprobado una nueva regulación reglamentaria de la contaminación por nitratos, en respuesta a un procedimiento de infracción instado por la Comisión Europea.

Y sin duda, ha debido ocupar mucho tiempo y esfuerzo al Ministerio los planes hidrológicos (aprobados por Real Decreto 35/2023, de 24 de enero) y las actuaciones que posibiliten la

ejecución del PRTR. El abanico de planes estrategias, inversiones, «políticas palancas», «componentes» que ha de manejar el Ministerio nos parece inabarcable y, en general, carece de contenido jurídico. Simplemente dentro de las diez políticas palancas del PRTR, dos competen a la DGA: la Política 2 –«Infraestructuras y ecosistemas resilientes¹» y la Política 10– «Modernización del sistema fiscal para un crecimiento inclusivo y sostenible». Dentro de la modernización del sistema fiscal, la Componente 28: «Adaptación del sistema impositivo a la realidad del siglo xx», incluye, como no podía ser de otro modo, la reforma de la fiscalidad ambiental. Si esta reforma se emprende, ello implicará abordar el régimen fiscal de la Ley de aguas y abrir una auténtica caja de Pandora².

La situación descrita permite intuir que hay en la Administración hidráulica una carga de trabajo ingente; que los extensos documentos que elabora y aprueba acaso le está impidiendo centrarse en la adecuada gestión del dominio público hidráulico y avanzar hacia la imprescindible gobernanza. Gobernanza imposible si no se dota a los Organismos de cuenca de los medios precisos para ejercer las potestades atribuidas legalmente³.

2. LEYES APROBADAS: BREVE REFERENCIA A LA LEY DE ATRIBUCIÓN DE PERSONALIDAD JURÍDICA AL MAR MENOR Y OTRAS CUESTIONES

2.1 EL MAR MENOR

Desde un punto de vista legislativo, lo más interesante del año 2022 es la declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica. La Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconoci-

¹ Dentro de esta política, la componente 4: «Conservación y restauración de ecosistemas marinos y terrestres y su biodiversidad» tiene una dotación económica estimada de 1.642.000.000 euros (pero no parece que sean gestionables por la Dirección General del Agua). La componente 5: «Preservación del litoral y recursos hídricos», lleva una dotación estimada de 2.091.000.000 €.

² Nos remitimos al comentario relativo al rescate del canon hidroeléctrico (apartado 2.3).

³ El dictamen del Consejo de Estado 1010/2021, emitido en relación con la reforma del reglamento de planificación hidrológica, ha hecho una observación específica sobre el «grave problema» que supone la falta de medios de los Organismos de cuenca: «[...] es preciso hacer dos consideraciones: primera, que como resulta de la Ley de cambio climático y transición energética, ya citada, la actuación de los organismos de cuenca resulta fundamental en este ámbito y segundo, que carece de todo sentido la atribución de importantes competencias a dichos organismos, con rigurosas exigencias en relación con la planificación y con la valoración ex post de dichos planes que contrastan con las que se exigen en relación con otros instrumentos normativos, sin garantizar una suficiencia de recursos para llevar a cabo dichas actividades».

miento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, calificada como «embrollo jurídico⁴», se aborda en otros capítulos del OPAM. Por eso, nos limitaremos a decir que constituye un intento bienintencionado de establecer instituciones participativas que permitan superar la incertidumbre científica y promover la mejora de esta masa de agua costera⁵.

Resulta muy curiosa, por tratarse de un relato coral, la lectura del informe sobre el Mar Menor cerrado el 25 de octubre de 2022 por el Comité de Peticiones del Parlamento Europeo (PE732.602v03-00). Sus conclusiones son tan bienintencionadas como la Ley del Mar Menor y, por su falta de realismo (los parlamentarios obvian el coste económico de las propuestas y que la propia DMA supedita los programas de medidas a análisis económicos), están muy alejadas de las actuaciones que pueden esperarse de la Administración pública. El informe podría inspirar un episodio o, incluso una temporada, de la serie satírica de Noe Debré *Parlement*.

2.2 EL REAL DECRETO-LEY 4/2022, DE 15 DE MARZO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES DE APOYO AL SECTOR AGRARIO POR CAUSA DE LA SEQUÍA; LA ESTRATEGIA DEL AGUA PARA EL CAMBIO CLIMÁTICO

En este Real Decreto-ley se regula un procedimiento administrativo nuevo que habilita a los Organismos de cuenca del Guadalquivir y del Guadiana a modificar las condiciones de uso del agua para hacer frente a la sequía.

Así, el artículo 12 establece que:

«1. Se modifican temporalmente las condiciones de utilización del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el título habilitante que haya dado derecho a esa utilización, y en particular las relativas a:

a) Reducir o suspender las dotaciones en el suministro de agua que sean precisas para racionalizar la gestión y aprovechamiento de los recursos hídricos.

b) Modificar los criterios de prioridad para la asignación de recursos a los distintos usos del agua, respetando en todo caso la supremacía del uso consignado en el artículo 60.3.1.º del texto

⁴ Cfr. LOZANO CUTANDA, B. y GARCÍA DE ENTERRÍA, A., Diario La Ley, núm. 10163, Sección Tribuna, 4 de noviembre de 2022.

⁵ Sobre los problemas de protección de las aguas costeras en la planificación hidrológica, ver CARO-PATÓN CARMONA, I., «Planificación hidrológica, ordenación del territorio y contaminación marina», en vol. col. coord. por Fernández Prieto, M., *Derecho y agua en el horizonte 2030*, Aranzadi 2023.

refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 julio.

c) Imponer la sustitución de la totalidad o de parte de los caudales concesionales por otros de distinto origen y de calidad adecuada para el uso al que está destinado, para racionalizar el aprovechamiento del recurso y dar cumplimiento al régimen de caudales ecológicos establecido en el plan hidrológico.

d) Modificar las condiciones fijadas en las autorizaciones de vertido, para proteger la salud pública, el estado de los recursos y el medio ambiente hídrico y el de los sistemas terrestres asociados.

e) Adaptar el régimen de explotación de los aprovechamientos hidroeléctricos a las necesidades, con el fin de compatibilizarlos con otros usos».

En una primera lectura cuesta trabajo entender qué añade este precepto al artículo 55.2 TRLA, que ya habilita a la Administración hidráulica a condicionar o limitar con carácter temporal el uso del dominio público hidráulico para garantizar su explotación racional. Sin embargo, hay una diferencia que se advierte cuando se leen ambos textos por segunda vez.

Según el artículo 55.2 TRLA, la modificación de caudales que ocasione perjuicios a unos aprovechamientos en favor de otros determina que los beneficiados «deberán satisfacer la oportuna indemnización, correspondiendo al organismo de cuenca, en defecto de acuerdo entre las partes, la determinación de su cuantía». Por el contrario, las medidas adoptadas bajo el paraguas del Real Decreto-ley no tienen carácter indemnizable.

La ley de aguas no regula ningún procedimiento especial para las medidas de excepcionalidad; acaso por ello este Real Decreto-ley sí fija los trámites de un procedimiento –declarado urgente– para imponer las modificaciones necesarias para hacer frente a la situación de sequía y dispone que la modificación adoptada podrá mantenerse mientras se mantenga vigente el Real Decreto-ley o la modificación no sea expresamente revocada.

Es llamativo que el Real Decreto-ley rescita para el Guadalquivir la figura de los pozos de sequía que se derogaron en 2012⁶. Pues, en efecto, y de forma lacónica, se faculta al Presidente a autorizar la ejecución y puesta en marcha de cualquier sondeo u obra de captación que permita la aportación provisional de nuevos recursos.

⁶ La DA 7 TRLA preveía que en los acuíferos sobreexplotados «se podrán otorgar concesiones de aguas subterráneas que permitan la extracción del recurso sólo en circunstancias de sequía previamente constatadas por la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca y de acuerdo con el Plan de ordenación para la recuperación del acuífero». Esta previsión, muy exigente al condicionar los pozos de sequía a la existencia de un plan de ordenación de extracciones (que no siempre se llega a aprobar) se derogó por Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente.

El Real Decreto-ley también contiene exenciones de distinta magnitud del pago de los cánones de regulación y las tarifas de utilización en las demarcaciones del Guadalquivir y del Guadiana. Y habilita al Gobierno a establecer ayudas para el uso de aguas procedentes de la desalación en todo el arco mediterráneo, considerando el alto coste energético que conlleva su producción⁷.

Esta norma refleja la insuficiencia de los planes de sequía aprobados y aplicados en ambas demarcaciones y los relevantes problemas que la satisfacción de demandas suscita en un contexto de disminución de los recursos hídricos disponibles. Estos problemas se deben no sólo al cambio climático sino también a que la competencia de los usos ambientales con las demandas de agua para actividades económicas es cada vez mayor.

Una inadecuada interpretación de la Directiva Marco del Agua⁸ ha conducido a que, en el plano político, esté en un segundo plano la función de garantizar demandas exigida por el artículo 40.1 TRLA y en cierto modo se olvide que el artículo 46.1.a) TRLA declara de interés general «las obras que sean necesarias para la regulación y conducción del recurso hídrico, al objeto de garantizar la disponibilidad y aprovechamiento del agua en toda la cuenca».

Las Orientaciones Estratégicas sobre Agua y Cambio Climático, aprobadas por el Consejo de Ministros con fecha 19 de julio de 2022⁹, tampoco prestan la atención que merece a la satisfacción de las demandas de agua. Entre los retos en la gestión del agua para afrontar el cambio climático, las Orientaciones destacan: la contaminación puntual de las aguas superficiales; las extracciones de agua y contaminación difusa en aguas subterráneas; las alteraciones hidromorfológicas en los ríos y los índices de explotación hídrica muy elevados. Estos retos, que sin duda existen, se corresponden con desafíos bien conocidos de la gestión del agua pero cabe cuestionar que deban ocupar en las Orientaciones el papel protagonista que tienen.

⁷ En realidad, modifica la Disposición adicional cuarta de la Ley 1/2018, de 6 de marzo, por la que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas, que establecía un precio máximo de 0,3€/m³ de agua desalada. Ahora se vuelve a reiterar que «el Gobierno, con carácter urgente, aprobará un Plan de choque de optimización de recursos hídricos en la cuenca mediterránea que fomentará la utilización de recursos no convencionales, posibilitando el uso del agua procedente de desaladoras»; y se dispone que el precio del agua desalada no excederá «de la capacidad económica de los usuarios».

⁸ El artículo 1 DMA establece que: «El objeto de la presente Directiva es establecer un marco para la protección de las aguas superficiales continentales, las aguas de transición, las aguas costeras y las aguas subterráneas que [...] contribuya de esta forma a garantizar el suministro suficiente de agua superficial o subterránea en buen estado, tal como requiere un uso del agua sostenible, equilibrado y equitativo».

⁹ <https://www.miteco.gob.es/agua/temas/sistema-espaniol-gestion-agua/estrategia/>

Ciertamente el documento estratégico tiene un apartado dedicado a la necesidad de incrementar la seguridad hídrica. Pero se trata de un breve epígrafe que no define qué es la seguridad hídrica y, aparte de referirse a que se fomentarán proyectos que contribuyan al ahorro del agua, se limita a recoger las soluciones ya conocidas de incrementar la capacidad de desalación y regeneración de aguas residuales. Al respecto, debemos recordar que el artículo 19 de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética sitúa la seguridad hídrica como principal objetivo de la adaptación¹⁰.

Igual de decepcionante resulta el apartado que dedican las Orientaciones a la necesidad de avanzar en la gestión del riesgo de sequía a través de los Planes Especiales de Sequía. Al respecto, se destaca que hay que mejorar los sistemas de indicadores de sequía prolongada y escasez y desarrollando modelos de previsión de estos indicadores a corto y medio plazo. Es decir, no aporta nada nuevo o interesante.

2.3 EL SENADO RESCATA *IN EXTREMIS* EL CANON HIDROELÉCTRICO AL INCLUIRLO EN LA LEY DE RESIDUOS

El canon de producción de la energía hidroeléctrica del artículo 112.bis TRLA fue creado por Ley 15/2012 de medidas para sostenibilidad financiera del sistema eléctrico. Este canon grava específicamente la utilización o el aprovechamiento de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica. La DT 1.^a de la Ley 15/2012 sujetó su exigibilidad a una adaptación previa de las concesiones ya otorgadas. Este aspecto era importante, pues como puso de relieve la Comisión Nacional de la Energía, «Informe sobre el sector energético español» (7 de marzo de 2012), sin esta revisión y análisis de su compatibilidad con los cánones concesionales preexistentes podrían darse situaciones de doble imposición (o de imposición de cargas desproporcionadas¹¹). Pese a

¹⁰ Literalmente el artículo 19.1 dispone que: «La planificación y la gestión hidrológica, a efectos de su adaptación al cambio climático, tendrán como objetivos conseguir la seguridad hídrica para las personas, para la protección de la biodiversidad y para las actividades socioeconómicas, de acuerdo con la jerarquía de usos, reduciendo la exposición y vulnerabilidad al cambio climático e incrementando la resiliencia».

¹¹ Los titulares de centrales hidroeléctricas están sujetos a los cánones de naturaleza tributaria (canon de regulación y tarifa de utilización) y a cánones contractuales (en particular, canon de saltos a pie de presa y reservas de energía monetarizadas). Ambas cargas económicas son, según el Tribunal Supremo, compatibles, pues aunque el artículo 135 c) RDPH dispone que los aprovechamientos a pie de presa «quedan exentos de los cánones y tarifas que puedan derivarse de las mismas obras que los originan», según la STS de 31 de

ello, y con manifiesta ilegalidad, el Real Decreto 198/2015 que desarrolló reglamentariamente el canon dispuso su exigibilidad directa, omitiendo la revisión concesional, que legalmente era obligatoria. Por esta razón, el canon se anuló por el Tribunal Supremo en sentencia de 15 de abril de 2021 (rec. núm. 517/2015¹²).

La disposición final 2.^a de la Ley 7/2022 de residuos y suelos contaminados, en vigor desde 9 de abril de 2022, ha modificado la redacción legal inicial, de modo que el canon es exigible a los productores de energía en las demarcaciones hidrográficas intercomunitarias sin que sea precisa la previa adaptación concesional. Esta disposición final, introducida vía enmienda en el Senado, distorsiona la esencia originaria del canon hidroeléctrico y es de prever que volverá a ser contestada su aplicación.

2.4 LA CONSULTA PÚBLICA SOBRE LA REFORMA DE LA LEY DE AGUAS

En agosto de 2022, se publicó en la web del MITECO una consulta pública sobre la reforma de la Ley de aguas anunciándose que sería completada con un proceso de audiencia e información pública que se iniciaría en el mes de septiembre. Esta segunda audiencia no ha tenido lugar y en el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado para 2023, aprobado de conformidad con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 50/1997 del Gobierno, tampoco aparece la reforma de la ley de aguas.

En el anuncio publicado se afirmaba que esta reforma era una de las comprometidas con la Comisión Europea en el marco del PRTR.

Sin embargo, en el «Análisis del plan de recuperación y resiliencia de España» (documento COM(2021) 322 final de 16.6.2021), desde luego, se alude a que se ha de «mejorar la gestión hídrica mediante la reducción de las fugas de aguas residuales y el aumento de la reutilización del agua[...; realizar] inversiones en la miti-

diciembre de 1996 (RJ\1996\9602), la exención del artículo 135.c) RDPH no puede aplicarse porque se trataría de una exención recogida en una norma con rango reglamentario cuando las exenciones tributarias han de ser previstas por una norma con rango de ley.

Para la distribución de las liquidaciones del canon de regulación entre los beneficiarios de las obras, se sigue aplicando el criterio de dotación por hectárea (en alguna demarcación este criterio se aplica incluso para aprovechamientos hidroeléctricos). Este criterio no respeta la ley que exige que la distribución de los costes se haga de acuerdo con «criterios de racionalización del uso del agua, equidad en el reparto de las obligaciones y autofinanciación del servicio» (art. 114.4 TRLA).

¹² Esta sentencia fue posteriormente confirmada y reproducida por las sentencias de 16 de abril de 2021 (reces. núm. 740/2015 y 782/2015), de 19 de abril de 2021 (reces. núm. 755/2015, 781/2015 y 783/2021), de 21 de abril de 2021 (reces. núm. 780/2015 y 175/2016), entre otras, que se comentaron en el Observatorio del año pasado.

gación del riesgo de inundaciones y la adaptación del litoral, en la recuperación y mejora de la situación de las aguas subterráneas y los acuíferos, en la eficiencia hídrica en la agricultura y en la reducción de la contaminación por nitratos». Pero, en lo que respecta a reformas normativas, esta Comunicación se refiere de forma única a la reforma del marco legislativo sobre la nutrición sostenible en los suelos agrícolas y sobre la contaminación de origen agrario. Estos dos hitos se han cumplido pero han exigido reformas reglamentarias y no legales. En definitiva, la reforma del régimen legal pactada con la Comisión Europea a que se refiere este anuncio debe estar en documentos de difícil acceso público.

A nuestro juicio, además de la reforma del régimen financiero, resulta imprescindible la adecuación del régimen sancionador a la Constitución. Rebollo Puig y Cano Campos han publicado este año un relevante estudio que demuestra con solidez la falta de respeto del principio de legalidad y denuncia la impermeabilidad de los Tribunales cuando los sancionados hacen valer este argumento¹³.

3. EMERGE EL PROBLEMA DE LOS NITRATOS

Se ha publicado en el BOE el Real Decreto Real Decreto 47/2022, de 18 de enero, sobre protección de las aguas contra la contaminación difusa producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias. Con su aprobación, se pretende superar los problemas de cumplimiento de la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura. Problemas que, como diremos, se deben tanto a la actuación estatal como a la autonómica, que tienen responsabilidades compartidas en esta materia, pues corresponde al Estado designar las zonas vulnerables por nitratos («ZVN») y a las Comunidades autónomas aprobar y exigir la aplicación de los Programas de Actuación («PA») que consisten, en lo esencial, en buenas prácticas agrarias legalmente obligatorias.

Los problemas de cumplimiento se habían detectado por la Comisión Europea desde 2015 con una investigación puesta en marcha tras evaluar la información presentada por España. Ya entonces, la Comisión constató que había muchos puntos de control de las aguas subterráneas y superficiales con agua contaminada o con riesgo de contaminación, debido a los niveles de nitratos

¹³ «Reserva de ley y correlación entre las infracciones y sus sanciones: ¿es constitucional el art. 117.1 de la Ley de Aguas?», en *RAP* núm. 217 (2022).

superiores a los 50 mg/l (que es el límite a partir del cual es obligatorio intervenir) en los cuales no se estaba aplicando la Directiva.

Según el dictamen motivado de la Comisión, aprobado el 2 de julio 2020 (2018/2250, C(2020) 3783 final), el incumplimiento consistía: i) en la insuficiencia de puntos de control; ii) en el agravamiento de la contaminación en muchos de ellos; iii) en que se estaban aplicando programas de actuación incompletos; y iv) en que no se estaban adoptando las acciones reforzadas que exige la Directiva tan pronto como se constate la insuficiencia de los Programas de actuación (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019. Asunto C-197/18. Procedimiento incoado por Wasserleitungsverband Nördliches Burgenland y otros. Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wien). En definitiva, la Comisión advierte un déficit de ejecución y, en diciembre de 2021 decidió llevar a España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La revisión de la normativa de nitratos, como ya se ha indicado, era uno de los hitos del PRTR. Según se indica en el «Análisis del plan de recuperación y resiliencia de España» ya citado, el Estado se compromete al: «desarrollo de un registro general de Mejores Técnicas Disponibles en las explotaciones agrícolas y de un mecanismo de apoyo al cálculo, el seguimiento y la notificación de las emisiones de la ganadería. Además, España revisará la legislación aplicable a los sectores ganaderos para establecer compromisos de reducción de emisiones para cada uno de ellos».

La actualización normativa que lleva a cabo el Real Decreto de nitratos adopta como umbral de calidad para las aguas subterráneas el valor de concentración de 37,5 mg/l, aunque como dijimos, la concentración límite de la Directiva sea de 50 mg/l. Esta mayor ambición ha sido socialmente contestada pues no termina de comprenderse por qué quiere extenderse una normativa que no se está aplicando donde procede a zonas donde no resulta obligatoria. El Consejo de Estado en el informe emitido el 16 de diciembre de 2021 sobre el proyecto (dictamen núm. 1151/2021) planteaba la relevante objeción de que no constaba en el expediente ningún estudio que hubiera identificado las causas por las que la anterior normativa debía derogarse cuando trasponía correctamente la Directiva de nitratos. Dicho de otro modo, que no se había analizado por qué el cumplimiento de los objetivos de reducción y prevención de la contaminación por nitratos no se habían alcanzado con la normativa anterior y cuáles eran las razones que justificaban la aprobación de la nueva norma. También, el alto órgano consultivo objeta que no se haya valorado en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo el impacto económico y social de su aplicación con el fin de adoptar, en su caso, las

medidas que se estimen convenientes para corregir los costes económicos y sociales. En la MAIN definitiva, se contesta a esta objeción señalando que los impactos económicos y sociales se han de valorar en el expediente de aprobación de los programas de actuación.

La principal diferencia entre el real decreto de nitratos y el anterior, está en el artículo 8 del RD. Este precepto obliga –y esto no es novedoso– a las CCAA a adoptar medidas adicionales o acciones reforzadas cuando las medidas adoptadas no son suficientes para alcanzar los fines del RD. Lo novedoso está en que impone a las CCAA que incorporen a los programas de actuación las medidas adoptadas por las autoridades del agua –estatales en las cuencas intercomunitarias– en dos supuestos. En primer lugar, cuando se trate de medidas adoptadas por los Organismos de cuenca, de acuerdo con lo previsto en el artículo 56 TRLA, relativo a la declaración de masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado químico. Y, en segundo lugar, cuando los planes hidrológicos de cuenca hubieran establecido, dentro de su parte normativa, umbrales máximos promedio de excedentes de nitrógeno para cada masa de agua o sector de masa afectada por la contaminación por nitratos. Cuando los planes hidrológicos fijen estos umbrales (y todos lo han hecho con disparidad de criterios), «deberán ser tomados en consideración por los órganos competentes de las comunidades autónomas de cara a la revisión de sus programas de actuación».

Los dos supuestos de intervención de la Administración hidráulica plantean un interrogante. Según el Real Decreto, en la selección de las medidas adicionales o acciones reforzadas «se tendrá en cuenta su eficacia y su coste en comparación con otras posibles medidas de prevención, así como su efecto sobre las emisiones generadas, tanto de gases de efecto invernadero como de otros gases contaminantes, y sobre otras componentes del territorio de especial interés para la conservación». Cuando se trata de las medidas impuestas por la Administración hidráulica, el Real Decreto no deja claro que deba tenerse en cuenta también su eficacia y su coste. Pero, a nuestro juicio, es indiscutible que este análisis coste-eficacia también resulta obligatorio por el principio de proporcionalidad y es el Estado quien ha de realizarlo si es él quien adopta las medidas.

El reforzamiento de las funciones de control de las actividades agropecuarias por parte de la Administración hidráulica estatal –en perjuicio de las autoridades agrarias autonómicas– se aprecia, en fin, en el apartado 4 de este artículo 8 según el cual:

«Para reforzar la protección de las aguas contra la contaminación por nitratos procedentes de fuentes agropecuarias, y siempre y cuando el solicitante no pueda demostrar la inocuidad de la activi-

dad sobre el dominio público hidráulico o marítimo-terrestre, los organismos de cuenca y las Administraciones hidráulicas establecerán limitaciones a nuevas concesiones y a otras actividades sujetas a su autorización. Las citadas limitaciones tendrán también la finalidad de evitar una indeseada concentración de presiones que, en su conjunto, puedan impactar significativamente sobre las masas de agua. A tal efecto, las citadas autoridades del agua valorarán la compatibilidad de cada nueva propuesta con las previsiones del plan hidrológico correspondiente, tanto a efectos de la disponibilidad de los caudales necesarios como en relación con el logro de los objetivos ambientales adoptados».

Gracias a este precepto, se atribuye las autoridades del agua la última palabra sobre la autorización de actividades ganaderas, incluso en los casos en los que las autorizaciones sectoriales que correspondan en cada comunidad autónoma ya se hubieran otorgado. Si consideramos la obligada coordinación entre Administraciones públicas, se trata de una auténtica involución, aunque la realidad es que la norma simplemente traslada al papel la práctica ya existente.

A punto de terminar el año, se aprueba el Real Decreto 1051/2022, de 27 de diciembre, por el que se establecen normas para la nutrición sostenible en los suelos agrarios. Es decir, para reducir también el uso de fertilizantes mediante la adopción de normas de carácter básico aplicables en todo el territorio nacional al margen de las buenas prácticas agrarias establecidas por las Comunidades Autónomas, por regla más restrictivas, en las ZVN. Las principales obligaciones del Real Decreto serán exigibles en 2024.

Dada la amplia panoplia de obligaciones ambientales de agricultores y ganaderos –o la intensidad de cargas ambientales que ya pesan sobre la agricultura impuestas por normas muy distintas– acaso lo más destacable del real decreto sea la obligación de incluir una información mínima sobre fertilización dentro de una nueva sección de fertilizantes del cuaderno de explotación exigido a todas las explotaciones agrarias. Estos cuadernos, digitalizados, son un instrumento único de control; es decir, sirven tanto a los efectos de la normativa de fertilización sostenible como de nitratos.

El Real Decreto contempla condiciones de aplicación distintas en determinadas zonas y, en concreto, en Red Natura 2000 o en las proximidades de humedales; en las zonas que se declaren de protección para el uso sostenible de productos fitosanitarios; en suelos ubicados en el ámbito de aplicación de planes de recuperación o de conservación de especies protegidas y/o amenazadas; en suelos de hábitats salinos o en suelos ubicados en zonas que se identifiquen de especial interés para la conservación de los polinizadores. Esta característica del Real Decreto, según la cual, se contempla una

zonificación para establecer obligaciones diferenciadas es una buena muestra de esto a lo que nos estamos refiriendo: resulta complicado integrar en las distintas explotaciones agropecuarias el régimen legal medioambiental.

4. COMPATIBILIDAD ENTRE PRODUCCIÓN HIDROELÉCTRICA Y PROTECCIÓN AMBIENTAL EN FRANCIA: QUÉ PASA CUANDO LA ANGUILA ESTÁ EN JUEGO

Vamos a dar cuenta de dos decisiones judiciales francesas de 2022 sobre «molinos de luz». La primera en el tiempo es del Consejo Constitucional y la segunda del Consejo de Estado. Ambas se refieren a la polémica suscitada por un precepto legal dictado para proteger a las centrales hidroeléctricas y son interesantes porque muestran que la protección piscícola y la restauración fluvial puede compatibilizarse con la permanencia de centrales hidroeléctricas en ríos legalizadas antes de 2017.

4.1 ES CONSTITUCIONAL LA LEY QUE EXIME A DETERMINADOS TITULARES DE CENTRALES HIDROELÉCTRICAS DE LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR EL TRANSPORTE DE SEDIMENTOS

La polémica trae causa del artículo L214-18-1 del Código de medio ambiente, en redacción dada por Ley 2017/227 de 24 de febrero. Según este precepto, las centrales hidroeléctricas instaladas legalmente antes de 2017, por su contribución a la transición energética, quedan exceptuadas de las obligaciones derivadas del artículo L214-17-1 del mismo Código. Este precepto se refiere a que deberá aprobarse una lista de cursos de agua en las que los titulares de instalaciones que rompan la continuidad fluvial, y tras un proceso de concertación, deberán adaptarlas con el fin de garantizar el transporte de sedimentos y los movimientos migratorios de peces.

Sobre esta exención se planteó una cuestión previa de constitucionalidad (QPC) admitida por el Consejo Constitucional. La asociación *France Nature Environnement* y otras tres asociaciones medioambientales entendían que el precepto legal vulneraba los artículos 1, 2 y 4 de la Carta del medio ambiente de 2005, porque era un freno a la restauración de la continuidad ecológica de los ríos. Por decisión de 13 de mayo de 2022, el Consejo Constitucio-

nal francés resuelve la cuestión. A su juicio, y pese a que el artículo L214-18-1 es susceptible de vulnerar la Carta del medio ambiente (parágrafos 5 a 8), esta vulneración no se produce en atención a varios motivos.

En primer lugar, porque de la tramitación parlamentaria se desprende que el legislador pretendía no sólo preservar el patrimonio hidráulico, sino también fomentar la producción de energía hidroeléctrica, que contribuye al desarrollo de las fuentes de energía renovables: también hay en la exención razones de interés general (parágrafo 9). En segundo lugar, porque la exención no es absoluta. Por un lado, sólo afecta a los molinos hidráulicos equipados para producir electricidad, legalizados a la fecha de publicación de la Ley de 24 de febrero de 2017. Es decir, a centrales en las que se estuviera dejando pasar un caudal ecológico del 10 % o 20 % del circulante. Y, por otro lado, no se aplica a las instalaciones que se encuentren en cauces en muy buen estado ecológico, que desempeñan el papel de reserva biológica o para los que sea necesaria una protección integral de la fauna piscícola (parágrafo 10). Y, por último, la norma es equilibrada pues las centrales hidroeléctricas quedan exentas de la obligación de permitir el transporte de sedimentos, pero están sujetas al artículo L. 214-18, que exige el mantenimiento de un caudal mínimo que garantice permanentemente la vida, el movimiento y la reproducción de las especies acuáticas (parágrafo 11). El Consejo Constitucional, en consecuencia, desestima la cuestión.

4.2 LA EXENCIÓN NO ES DE APLICACIÓN AL «MOULIN NEUF»

La segunda resolución judicial relativa al conflicto entre producción hidroeléctrica y protección del medio hídrico pone de manifiesto que en derecho ambiental no se puede prescindir de los matices; en este caso, de los destacados en la sentencia constitucional. Se trata de la Decisión núm. 443911 de 28 de julio de 2022 del Consejo de Estado francés.

Aquí se trataba de resolver el recurso planteado por el titular de una central hidroeléctrica de 184 kW, otorgada por Real Orden de 11 de marzo de 1842. Se impugnaba una decisión de 2015 por la que la prefectura de Indre fijaba unas prescripciones suplementarias a la autorización de explotación de energía hidroeléctrica en la

presa de Moulin Neuf de su titularidad¹⁴. El Consejo de Estado desestima el recurso por entender que la interpretación del artículo L214-18-1 del Código de medio ambiente propuesta por la demandante era contraria al Derecho comunitario, según el cual debe prevalecer la protección de la anguila (Reglamento 1100/2007 del Consejo, de 18 de septiembre de 2007, por el que se establecen medidas para la recuperación de la población de anguila europea). En definitiva, se desestima el recurso también por aplicación de la DMA que obliga a adoptar las medidas necesarias para la conservación de especies protegidas.

4.3 ENSEÑANZAS DEL ESTUDIO DEL CASO

Estas dos resoluciones judiciales nos enseñan varias cosas. En un plano normativo, que la protección del agua en Francia se basa en disposiciones de carácter general que se aplican en todas las demarcaciones hidrográficas y quitan carga regulatoria innecesaria a los planes hidrológicos. Esto se advierte tanto por la regulación legal que protege a las centrales hidroeléctricas en su conjunto (el precepto legal objeto de la sentencia constitucional) como por la referencia a que se trate de centrales hidroeléctricas legalizadas en 2017; condición que equivalía al respeto a un caudal ecológico –igual para todas– impuesto por ley y equivalente al 10 % del caudal circulante. Repárese en la diferencia con el derecho interno: en España los caudales ecológicos se fijan singularmente por los planes hidrológicos para cada masa de agua, con una variabilidad estacional de beneficios muchas veces inciertos para los ecosistemas, y tras realizar unos estudios ímprobos, regulados por la Instrucción de Planificación Hidrológica, aprobada por Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, que confieren un margen de discrecionalidad excesivo e incompatible con la seguridad jurídica.

De hecho, el Consejo de Estado español, en su dictamen núm. 2051/2022, de 19 de enero de 2023 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas intercomunitarias de tercer ciclo, ha llamado la atención sobre «la procedencia de establecer criterios técnicos y metodologías más detalladas para la determinación de los

¹⁴ Las condiciones impuestas consistían en que: i) en los meses de mayo a junio sólo se podrá turbinar con la condición expresa de que se deje pasar por encima del azud un mínimo de agua de 20 cm de espesor para facilitar el paso de las especies migratorias; ii) entre el 1 de septiembre y el 1 de marzo ha de pararse la turbina durante cinco noches consecutivas, en un máximo de ocho ocasiones; y iii) se ha de instalar un limnógrafo para medir el caudal ambiental.

caudales ecológicos, fijándose por vía normativa criterios comunes para todas las demarcaciones hidrográficas, aplicables en todas las cuencas». El Real Decreto 35/2023 por el que se aprueban estos planes abarca más de 1.800 páginas del Boletín Oficial. Cada plan hidrológico dedica varias páginas a fijar los caudales ecológicos específicos de cada masa de agua (sólo en la demarcación del Tajo hay más de 700 masas de agua superficiales). La solución del derecho francés parece bastante más sencilla de aplicar y puede modularse, como hemos visto en el comentario del Consejo de Estado, cuando la Administración acredite que hacen falta medidas más estrictas en función de objetivos de protección de una especie.

Otra enseñanza –de actualidad– es que la producción de energía hidroeléctrica es de interés general. Esto es algo que no resulta novedoso, pues ya se había puesto de relieve en alguna decisión anterior del Consejo Constitucional francés (e.g. Decisión núm. 2020-809 DC de 10 de diciembre de 2020) y, desde luego, del Tribunal de Justicia de la UE. En concreto, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de mayo de 2016, asunto C-346/14, desestimó un recurso por incumplimiento que la Comisión interpuso contra Austria por autorizar una central hidroeléctrica, pese a que se cumplían los requisitos de las excepciones de la DMA. La actualidad del interés general ínsito en la producción hidroeléctrica se pone de manifiesto al traer a colación el Reglamento (UE) 2022/2577 del Consejo de 22 de diciembre de 2022 por el que se establece un marco para acelerar el despliegue de energías renovables, aprobado por la UE sin restricción de tecnologías¹⁵.

¹⁵ Según el artículo 3 del Reglamento, primer apartado, se presume que determinadas actuaciones son de interés público superior a los efectos del artículo 4.7 DMA y de los preceptos correspondientes de las Directivas hábitats y aves. En concreto, «la planificación, construcción y explotación de centrales e instalaciones de producción de energía procedente de fuentes renovables y su conexión a la red, así como la propia red conexas y los activos de almacenamiento». El tenor literal de este artículo 3 añade que: «Los Estados miembros podrán restringir la aplicación de estas disposiciones a determinadas zonas de su territorio, así como a determinados tipos de tecnologías o a proyectos con determinadas características técnicas, de conformidad con las prioridades que figuran en sus planes nacionales integrados de energía y clima».

En el segundo apartado se llega más lejos al decir que se garantizará que al ponderar los intereses jurídicos en cada caso «se dé prioridad a la construcción y explotación de centrales e instalaciones de producción de energía procedente de fuentes renovables y al desarrollo de la infraestructura de red conexas». Esta prioridad es sin perjuicio de la obligación de adoptar medidas de conservación de las especies que resulten afectadas. Medidas que han de ser las adecuadas para que «contribuyan a mantener las poblaciones de esas especies en un estado de conservación favorable, o a restablecerlas a ese estado, y se destinen suficientes recursos financieros, además de zonas, a tal efecto». Este matiz nos lleva a que no es lo mismo la protección de una especie el peligro crítico –como la anguila– con la de otra vulnerable y que las medidas adecuadas de conservación de cada especie no consisten siempre –ni solo– en limitar la producción hidroeléctrica. Cuando el problema de con-

5. JURISPRUDENCIA

5.1 TRIBUNAL SUPREMO

Prácticamente todos los recursos resueltos por el Tribunal Supremo en materia de aguas recaídos este año 2022 han fallado en favor de la Administración¹⁶. Esta conclusión estadística se vislumbra, con notable claridad, en los principales recursos contencioso-administrativos en los que el Alto Tribunal ha conocido en única instancia. Así, mediante las SsTS de 15 de junio de 2022 (rec. 139/2019), de 2 de marzo de 2022 (rec. 142/2019) y de 21 de enero de 2022 (rec. 138/2019) –Ponente: Octavio Juan Herrero Pina–, la Sala 3.^a del TS confirma la validez del Real Decreto 51/2019, de 8 de febrero, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de las Illes Balears, desestimando los tres recursos contencioso-administrativos deducidos por dos mercantiles y una asociación profesional contra el citado instrumento de planificación, principalmente en lo que se refiere a sus determinaciones de contenido normativo y a la delimitación de las Zonas Húmedas y Zonas Potenciales que lleva a cabo el plan. De igual forma, 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) –Ponentes: Inés María Huerta Garicano y Wenceslao Francisco Olea Godoy– confirman 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. En este sentido, la Sala no observa la existencia de falta de motivación y arbitrariedad ni infracción del TRLA en el Real Decreto impugnado, reafirmando 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.

También se puede apreciar esta misma estadística favorable a la Administración –como ahora analizaremos en detalle– en alguno de los pocos asuntos en que el TS resuelve en casación, como destacadamente puede observarse en la sentencia relativa a la naturale-

servación deriva de la introducción de especies alóctonas, ¿debe resolverse restringiendo la producción hidroeléctrica?

¹⁶ Y en alguna sanción que no lo hace por apreciar caducidad del procedimiento, el TS insiste en que se trata de causa de anulabilidad dejando bien claro con ello que podrá dispararse por segunda vez, subsanando este defecto formal (STS de 06/10/2022, rec. núm. 294/2021).

za jurídica de la Albufera de Valencia o en la que declara que no siempre ha de aplicarse el artículo 65 TRLA (revisión de concesiones para su adecuación a la planificación) cuando se trata de trasladar los caudales ambientales fijados por el plan a las concesiones para la producción de energía hidroeléctrica.

En la STS de 16 de diciembre de 2022 (rec. núm. 738/2022), cuyo ponente es Carlos Lesmes, se desestima el recurso del Estado contra el reconocimiento del derecho de aprovechamiento *ex lege* de 7.000 m³ del artículo 52.4 TRLA, en la cuenca del Guadiana. La cuestión de interés casacional era si, ante la ausencia de resolución expresa de la Administración por la situación de colapso derivada del elevado número de solicitudes en tramitación (5.830), cabe autorizar el uso: i) sin comprobar la acreditación por el solicitante del cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos para acceder a la autorización, con inversión de la carga de la prueba legalmente establecida sobre la base de que el retraso en la tramitación de la solicitud no puede perjudicar al solicitante; y ii) sin tener en cuenta que puedan existir otros administrados que presentaron su solicitud previamente y que, por tanto, pudieran tener un derecho de aprovechamiento preferente.

El TS no acepta la alegación de la Administración de que el otorgamiento del derecho de uso es discrecional y que apoyaba en el Anexo VI del Real Decreto 1/2016 (Disposiciones normativas del Plan Hidrológico de la Parte Española de la Demarcación Hidrográfica del Guadiana¹⁷). Lo que resulta relevante al Tribunal es que en la instancia resultó probado que no había afección a terceros, que la dotación hídrica solicitada por hectárea (1.808,22 m³/ha) es compatible con los criterios básicos para la explotación sostenible del acuífero, no produce repercusión en el orden y aprovechamiento del dominio público hidráulico, ni daños ni perjuicios para los intereses públicos o privados, no concurriendo abuso, ni malicia, ni deterioro alguno. Afirmaba finalmente que, tras la realización de las visitas de campo necesarias y mediante las obligadas mediciones con aparatos de localización por GPS y posterior georreferenciado de las mismas sobre plano, se puede afirmar sin ningún género de duda, que no existen cauces, corrientes, captaciones ni hidrantes y/o infraestructuras de regadío inferiores a 100 metros del aprovechamiento solicitado, encontrándose esta zona en la parte Sur del término y «fuera de masa de aguas» y por tanto no

¹⁷ «21.4. En relación con los aprovechamientos por disposición legal se establece que: b) En el ámbito del Subsistema Alto Guadiana, así como en las masas de agua subterránea declaradas en riesgo en cualquier otro ámbito de la cuenca, los pozos mencionados en el artículo 54.2 del TRLA precizarán, en todo caso, de la correspondiente autorización administrativa».

sometida ningún tipo de restricción. Igualmente se encuentra fuera de policía de cauces y servidumbre. El Tribunal declara que no corresponde al peticionario demostrar si entre las peticiones no tramitadas había alguna prioritaria a la suya e incompatible con ella.

La STS de 22 de diciembre de 2022 (es decir, cuya votación y fallo fue justo la siguiente semana), dictada en el rec. núm. 1733/2022, resuelve una cuestión similar (derecho de aprovechamiento *ex lege*), pero falla en contra del particular, pues en este supuesto su pozo se encontraba en la zona excluida del riego por la protección de Doñana.

Más allá de los fríos datos estadísticos, veamos, a continuación, algunos de los más destacados pronunciamientos del TS en materia de aguas producidos a lo largo del año 2022, destacando la doctrina jurisprudencial que emana de los mismos.

a) **Órgano competente para la aprobación del canon de regulación y la tarifa de utilización del agua**

En un numeroso bloque de sentencias de la Sección 2.^a de Enjuiciamiento [SsTS de 15 de septiembre de 2022 (rec. 2423/2021, rec. 5969/2021 y rec. 5981/2021) –Ponente: Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda– y de 19 de septiembre de 2022 (rec.1663/2021) –Ponente: Rafael Toledano Cantero–], la Sala Tercera del TS dilucida cuál es el órgano competente para la aprobación del canon de regulación y la tarifa de utilización del agua, sobre la base de un necesario doble enfoque sobre el que discurre la fundamentación de estas sentencias.

Por un lado, se cuestiona la competencia para la aprobación del canon de regulación y la tarifa de utilización del agua, en particular, si esta la ostenta el presidente de la Confederación Hidrográfica o la Junta de Gobierno. Debate que reclama, necesariamente, una previa clarificación sobre la naturaleza jurídica de esa resolución aprobatoria, a la que la parte recurrente le atribuía la condición de disposición general, naturaleza que negaba el abogado del Estado.

Por otro lado, se suscita también una cuestión de interpretación relativa al Reglamento del Dominio Público Hidráulico, consistente en precisar cuál es el «presupuesto del ejercicio correspondiente» que ha de tenerse en consideración para cuantificar el canon de regulación y las tarifas de utilización del agua, en particular, si se trata del presupuesto que el organismo debe de remitir para su inclusión en los Presupuestos Generales del Estado o si la referencia que se ha de tomar es, en realidad, el último ejercicio cerrado

en el momento de proceder a la aprobación de las cuantías del canon de regulación y tarifa de utilización del agua.

Respecto a la primera de las cuestiones, el TS desmiente la existencia de un principio general que reserve, en nuestro Ordenamiento jurídico, el ejercicio de la potestad reglamentaria en los órganos de composición colegial, con base, fundamentalmente, en el artículo 97 de la CE, artículo 128.1 y 129.4 de la LPCA. Todo ello partiendo de una importante premisa a los efectos de ubicar el ejercicio de la potestad reglamentaria en órganos colegiados o unipersonales, en tanto se debe distinguir el ejercicio de una potestad reglamentaria independiente frente al ejercicio de cualquier desarrollo normativo de la potestad reglamentaria de mera ejecución o desarrollo.

De igual forma, la Sala confirma su doctrina jurisprudencial (por todas, sentencia núm. 533/2018, de 3 de abril, rec. 876/2017) respecto a la consideración como disposiciones administrativas de carácter general de los acuerdos de aprobación de la tarifa de utilización del agua y del canon de regulación, afirmando que «[...]Pese a la indefinición legal y reglamentaria en el TRLA y RDPH, tales acuerdos de aprobación deben ser considerados o equiparados a los reglamentos u ordenanzas, con todos los efectos inherentes a tal carácter, en especial la nulidad de pleno derecho de que adolecerían en caso de infracción normativa; la necesidad de publicación a efectos de eficacia erga omnes; y la posibilidad procesal de su impugnación indirecta con ocasión de la efectuada frente a sus actos de aplicación, esto es, de las liquidaciones».

Tras exponer la circunstancia de que el artículo 114 TRLA (objeto de hasta cuatro modificaciones en su redacción en los últimos años) no designa de forma explícita al órgano competente para aprobar ambas figuras, la Sala niega que tal competencia pueda deducirse de las atribuidas a la Junta de Gobierno y, sin embargo, sí que entiende que la determinación de los distintos elementos integrantes de estas exacciones «es una labor de carácter ejecutivo, propia de las atribuidas al presidente de la Confederación Hidrográfica, conforme al artículo 30.1.d) del TRLA, puesto que dicha norma contiene un mandato normativo claro y preciso acerca de que elementos son los que han de adicionarse para fijar el importe de las exacciones». Argumento al que suma el hecho incontestable de que en ausencia de una norma que especifique el órgano que debe aprobar el canon de regulación o la tarifa unitaria del agua, «emerge la cláusula residual que atribuye la competencia el presidente de la Confederación Hidrográfica, prevista en el artículo 30.e) del TRLA», de lo que se puede concluir que, conforme a esta doc-

trina jurisprudencial consolidada, corresponde al presidente del organismo de cuenca la aprobación del canon de regulación y la tarifa de utilización del agua.

Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones de interés casacional que se plantean, la Sala, interpretando la redacción vigente de los artículos 300 y 307 del RDPH en el momento temporal aplicable al supuesto –antes de la modificación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021–, establece que la expresión que utiliza el citado RDPH del «presupuesto del ejercicio correspondiente» que había de tenerse en consideración para cuantificar el canon de regulación y las tarifas de utilización del agua era «el del último ejercicio cerrado, en el momento de proceder a su aprobación».

b) Incidencia de la implantación del régimen de caudales ecológicos respecto de la concertación y revisión de concesiones afectadas

Mediante auto de 11 de noviembre de 2021 se admitió el recurso de casación y se declaró que el interés casacional objetivo subyacente en el asunto consistía en determinar si «el plan hidrológico puede implantar un régimen de caudales ecológicos estableciendo fechas concretas para su entrada en vigor, antes de acometer el proceso de concertación y la revisión de las concesiones afectadas».

La STS de 21 de julio de 2022 (rec. 2611/2021) –Ponente: Ángel Ramón Arozamena Laso–, dando respuesta a la cuestión de interés casacional, fija doctrina interpretativa en relación al régimen de implantación de caudales ecológicos y desestima los dos motivos de impugnación en los que fundamenta su recurso la mercantil recurrente. El primero de ellos relativo a la posible infracción, en la sentencia recurrida, de los artículos 65.1.c) y 65.3 TRLA y del artículo 18.3 RDPH, que la Sala entiende como no vulnerados en tanto ha tenido en cuenta las prescripciones establecidas en los artículos 26.3 LPHN y 49 ter y quáter RDPH, según los cuales efectivamente los planes hidrológicos pueden establecer una fecha cierta de obligado cumplimiento de los caudales de mantenimiento que determina sin necesidad de la previa revisión del título concesional.

Respecto al segundo, la Sala entiende que, igualmente, no se realiza por el tribunal *a quo* una interpretación errónea del artículo 51 LEF, en la medida que procede la indemnización directamente, sin necesidad de revisar la concesión, si el titular de la concesión de aguas afectado por la imposición de los nuevos caudales ecológicos acredita que estos nuevos caudales le suponen unos

daños y perjuicios reales, y no solo existe el derecho a indemnización en caso de la revisión de la concesión para su adecuación en los planes hidrológicos en cumplimiento del artículo 65.3 TRLA.

En consecuencia, se establece como doctrina jurisprudencial que «si el titular de una concesión de aguas afectado por el deber de cumplir con los nuevos caudales de mantenimiento determinados en el Plan hidrológico, acredita que le suponen unos daños y perjuicios reales, podrá solicitar a la Administración Pública la indemnización por responsabilidad patrimonial por el cumplimiento de estos caudales determinados por la planificación hidrológica, y sin necesidad de pasar por el procedimiento administrativo previo de concertación y revisión de la concesión. Ahora bien, no podemos olvidar que esto significa que no en todos los casos procede la indemnización, sino que habrá que acreditar, en todo caso, que se han cumplido los caudales de mantenimiento desde la fecha que determina el PGDCFC y que se dan los requisitos que la normativa exige para poder reconocer una responsabilidad patrimonial, es decir, habrá que valorar caso por caso».

c) **Falta de recepción de obras de urbanización y responsabilidad por vertidos de aguas residuales procedentes de una urbanización**

El TS se pronuncia, en su sentencia de 20 de diciembre de 2022 (rec. 1444/2022, ponente Wenceslao Francisco Olea Godoy) sobre «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, tras una detallada fundamentación, 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.

d) Régimen jurídico del lago, aguas y lecho de la Albufera

En la sentencia de 13 de octubre de 2022 (rec. 7787/2021, ponente Ángel Ramón Arozamena Laso) se resuelven los recursos interpuestos por el Abogado del Estado y el Ayuntamiento de Valencia contra una sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana en la que se plantea una cuestión de fondo de gran relevancia, relativa al régimen jurídico y titularidad de la Albufera de Valencia.

En ese sentido, el interés casacional objetivo consiste en «determinar, reafirmar, reforzar, complementar y, en su caso, matizar, o corregir nuestra jurisprudencia sobre:

- 1.º El régimen jurídico del lago, aguas, y lecho de la Albufera.
- 2.º La exigibilidad de un título vinculado al dominio público hidráulico para la constitución y el reconocimiento de las Comunidades de Usuarios, y en particular si puede reconocerse tal carácter a la entidad “Junta de Desagüe de la Albufera”.

Se identifican como normas objeto de interpretación los “artículos 81, 82, 85, 91 y disposición adicional primera del Real Decreto Legislativo 1/2001”, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

La sentencia alcanza diversas conclusiones de notable relevancia, partiendo de la acreditación de que el Lago de la Albufera forma parte del patrimonio municipal del Ayuntamiento de Valencia, en virtud de la Ley de 23 de junio de 1911, de Cesión del Lago de la Albufera y del Monte de la Dehesa al Ayuntamiento de Valencia. Por ese motivo, entiende la Sala que no cabe considerar que el Lago forme parte del dominio público hidráulico estatal como así propugnaba la sentencia recurrida ya que el bien “no puede pertenecer en exclusiva y simultáneamente al Ayuntamiento y a la Administración del Estado”. De este modo, estima que una vez producida la cesión de la titularidad del Lago este «podrá ser o no de dominio público en virtud de si hay afectación o no a algún fin de utilidad pública o servicio general, pero no podrá formar parte del dominio público hidráulico cuya titularidad corresponde en exclusiva al Estado por virtud de lo dispuesto en el artículo 2 TRLA [...]».

Es más, bajo la consideración del ineludible precedente que supone la STS de 20 de marzo de 1986 (ECLI: ES: TS:1986:1424), en la que el TS ya se pronunció sobre la naturaleza jurídica de la Albufera al hilo de las posibilidades de explotación de la misma para la realización de la actividad pesquera, considera la Sala que esta sentencia «dictada estando ya en vigor la Ley de Aguas de 1985, dejó sentado como hecho probado que la titularidad del Lago correspondía al Ayuntamiento; en concreto, considera que es un bien de dominio privado –patrimonial en terminología de la Ley 33/2003– del Ayuntamiento». La Sala otorga, además, a este pronunciamiento declarativo un cierto carácter inamovible, aparentemente vinculado a la cosa juzgada material, pues entiende que «no es propiamente una doctrina que haya que matizar, corregir o aclarar en vía casacional, sino un antecedente que ha de vincular a cualquier órgano judicial que posteriormente se pronuncie, como es el caso, sobre cuestiones conexas puesto que la titularidad jurídica de un bien no puede cambiar por un sobrevenido cambio de doctrina jurisprudencial, obviamente».

En conclusión, entiende la Sala que «siendo el lago un bien (patrimonial o demanial, es indiferente) de propiedad del Ayuntamiento de Valencia, al haber sido cedido por el Estado a favor de la citada corporación municipal, y estando inscrita dicha propiedad a su favor en el Registro de la Propiedad desde el año 1958, está excluido del concepto legal de dominio público

hidráulico, y no le resulta de aplicación la legislación de aguas, siendo incompetente la Confederación Hidrográfica del Júcar para reconocer ningún tipo de derecho o aprovechamiento sobre sus aguas (ni su consiguiente inscripción)». En consecuencia, se fija como doctrina jurisprudencial que: «[l]a Confederación Hidrográfica del Júcar no tiene competencia para reconocer derechos de aprovechamiento ni acceder a la inscripción de los mismos sobre el Lago de la Albufera, al ser aguas que no son de titularidad del Estado sino de otra Administración Pública amparadas por la disposición adicional primera del TRLA y que, por tanto, están excluidas del dominio público hidráulico estatal.

No puede inscribirse en el Registro de Aguas estatal ningún derecho de aprovechamiento sin que previamente se haya tramitado el procedimiento legalmente establecido para el reconocimiento de un título que habilite para dicho aprovechamiento y no procede tampoco dicha inscripción si nos encontramos ante derechos de aprovechamiento sobre aguas que no forman parte del dominio público hidráulico estatal.

Un Lago sobre el que existen inscripciones expresas de su titularidad municipal en el Registro de la Propiedad, conserva el carácter dominical que ostentara en el momento de entrar en vigor la ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, sin que constituya dominio público hidráulico estatal.»

De esta doctrina, derivada parcialmente de los hechos probados por la sentencia de 1986, subyacen varios aspectos problemáticos vinculados a nuestra comprensión actual del régimen demanial. En primer lugar, el hecho de que una masa de agua pueda tener la consideración de bien patrimonial de titularidad municipal, aparentemente aislada del ciclo único hidrológico. Según el Plan Hidrológico, La Albufera se divide en dos masas de agua principales (Rambla Poyo: parque natural de l'Albufera-lago de l'Albufera; y el Barranco Picassent: parque natural de l'Albufera-lago de l'Albufera), con alguna aportación del Barranco dels Alcadins, convertido en acequia en Algemesí. El lago de la Albufera forma parte de las «Masas de agua superficial categoría lago muy modificado y artificial» (no de las masas de agua costeras, que por cierto también las hay en el Parque de la Albufera).

Por ello, y desde una perspectiva estrictamente hidrológica, no solo la titularidad, sino el régimen jurídico atribuido al lago de La Albufera derivado de esta doctrina jurisprudencial supone un evidente punto de ruptura con la concepción del dominio público hidráulico tal y como se objetiva en el artículo 1.3 del TRLA cuando establece que las aguas continentales superficiales, así como las

subterráneas renovables, «integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico». De igual forma, se excluye absolutamente del debate la posible consideración de esta masa de agua, en el ámbito de una laguna costera somera, como un bien integrante del dominio público marítimo-terrestre, con la implicación que su calificación como bien patrimonial o de propios municipal pudiese significar desde la perspectiva del artículo 3.1.a) de la Ley de Costas y, significadamente, del artículo 132.2 de la Constitución (recorremos que marismas, albuferas y marjales se consideran incluidas dentro de la zona marítimo-terrestre y, por tanto, bienes integrantes del dominio público necesarios e indisponibles para su desafectación).

e) **Recuperación de oficio de un bien de carácter demanial (integrante del dominio público hidráulico) y desalojo de vivienda de persona en situación de vulnerabilidad**

Ahondando en los criterios vistos en sentencias precedentes (SsTS de 28/10/2020 –RCA 413/2019– y 04/10/2021 –RCA 3430/2020–), en la sentencia de 24 de octubre de 2022 (rec. 5395/2021, ponente Ángel Ramón Arozamena Laso) se fija una interesante doctrina jurisprudencial como respuesta a la cuestión de interés casacional planteada consistente en determinar si «en los procedimientos de recuperación de oficio de bienes demaniales que se encuentren en fase de ejecución forzosa en los que se trate de recuperar viviendas ocupadas por personas en situación de vulnerabilidad y sin alternativa de vivienda, es exigible un juicio previo de ponderación y proporcionalidad antes de proceder al desalojo, atendido el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio y a una vivienda digna y adecuada».

La Sala, reafirmando su jurisprudencia anterior –si bien referida a supuestos de viviendas ocupadas por menores– confirma que la «inviolabilidad del domicilio está preservada en todo momento por la necesidad de acudir al auxilio judicial para poder ejecutar un acto de recuperación de un inmueble que pueda ser calificado de domicilio».

De esta forma, concluye que la «ponderación y proporcionalidad en el desalojo de un inmueble son dos criterios que han de ser observados por la Administración Pública con carácter general, porque no puede afirmarse que los poderes públicos puedan, ni en el ejercicio de esta potestad ni en ninguna otra, actuar de forma

imprudente o desproporcionada. Mas aún, como hemos reconocido, cuando, se trata de menores de edad o personas en situación de especial vulnerabilidad. Y, en este caso concreto, se ha operado con ponderación, prudencia y proporción en la adopción de medidas, como resulta de los antecedentes que se recogen en el apartado A) y las consideraciones de los apartados B), C) y D)».

5.2 JURISPRUDENCIA DEL TJUE

La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 5 de mayo de 2022, *Association France Nature Environnement contra Premier ministre y Ministre de la Transition écologique et solidaire (Asunto C-525/20)*, resuelve una petición de decisión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés. La pregunta formulada era si era compatible con la DMA, un decreto que preveía que no sería necesario superar las condiciones de la excepción de deterioro adicional de la DMA cuando se tratara de programas y decisiones administrativas que tengan «repercusiones temporales de corta duración» y carezcan de «consecuencias a largo plazo». Para elaborar esta norma, el Gobierno francés se había basado en un documento integrado en «Estrategia común de aplicación de la Directiva marco sobre el agua y la Directiva sobre inundaciones¹⁸».

A juicio de la Asociación recurrente, la disposición controvertida era contraria a la prohibición de todo deterioro, temporal o a largo plazo, del artículo 4 DMA. Lo que entendía es que si los deterioros temporales –o pasajeros– estaban comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra a), inciso i), de dicha Directiva, no podía establecerse un régimen especial y distinto en el derecho francés.

Para el TJUE, el artículo 4 DMA debe interpretarse en el sentido de que «no permite a los Estados miembros, al apreciar la compatibilidad de un programa o de un proyecto concreto con el objetivo de prevenir el deterioro de la calidad de las aguas, no tener en cuenta las repercusiones temporales de corta duración y sin consecuencias a largo plazo en estas, a menos que sea evidente que tales repercusiones, por su naturaleza, apenas tienen incidencia sobre el estado de las masas de agua afectadas y no pueden implicar su “deterioro”, en el sentido de la citada disposición».

¹⁸ Documento de orientación núm. 36: *Exenciones a los objetivos medioambientales en virtud del artículo 4, apartado 7, Nuevas modificaciones de las características físicas de las masas de agua superficial, alteraciones del nivel de las aguas subterráneas o nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible.*

El interés de la sentencia, más allá de la cuestión técnica de fondo, estriba en que se desautoriza un aspecto de una de las muchas guías técnicas elaboradas por la Comisión Europea sin carácter normativo, pero de evidente influencia.