

Comité Nacional Español de Grandes Presas (SPANCOLD)

Jornada Técnica

Madrid, jueves, 22 de junio de 2017

PUESTA FUERA DE SERVICIO DE PRESAS.

CRITERIOS TÉCNICOS Y ACTUACIONES RECIENTES

«El marco legal. Implicaciones administrativas»

Antonio Fanlo Loras

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de La Rioja

Introducción.

La abundancia de presas y embalses en España constituye la respuesta a la singularidad de nuestra hidrología y de la configuración orográfica de nuestro territorio. Irregularidad espacio-temporal del régimen de precipitaciones y grandes pendientes que favorecen el rápido vaciado de nuestras cuencas. La corrección técnica de esta irregularidad espacio temporal se ha hecho mediante la regulación (embalses), que garantiza la disponibilidad de agua (demanda) con independencia o al margen del régimen natural. Este patrimonio hidráulico ha sido el resultado de una continuada política hidráulica de más de un siglo de antigüedad. Sin estas infraestructuras España no hubiera alcanzado el desarrollo económico actual (año de sequía meteorológica, pero no hidrológica, de momento, salvo excepciones). Su construcción ha requerido un extraordinario esfuerzo inversor y un gran despliegue técnico y administrativo (sobre ello FANLO LORAS, «La singularidad hidrológica de España: un sistema de aguas artificializado», en G. CREPALDI (Coord.), *Perfiles de la ordenación jurídica del agua en Italia, España y América Latina*, G. Giappichelli Editore-Tirant lo Blanch, Torino-Valencia, 2017, págs. 21-43). El reto inmediato, el mantenimiento, conservación y, en su caso, ampliación (muy selectiva) de este imprescindible patrimonio, cuyos potenciales riesgos no podemos ignorar. Según el inventario de presas y embalses de acuerdo a criterios clasificación por dimensión o riesgo potencial (art.358 RDPH, IPH, 3.2.2.4.1; I-67 y RT-96): 1.300 clasificadas como grandes presas –altura/capacidad–; 1.623, clasificadas en función del riesgo potencial, a 31.12.2015).

Junto a estas grandes obras hidráulicas, el aprovechamiento del agua, en España, ha requerido de miles de infraestructuras hidráulicas menores (azudes, represas, partidores,

diques, canales de derivación, pequeños saltos, etc.). Constituyen creaciones artificiales que han modificado la naturaleza y comportamiento de nuestros ríos (alteraciones hidromorfológicas). Son imprescindibles para el aprovechamiento del agua, pero —en lo que interesa al objeto de esta *Jornada*— suponen un «riesgo» para la seguridad de las personas y bienes situadas aguas debajo de dichas infraestructuras y alteran las condiciones medioambientales naturales de los cursos fluviales.

Naturaleza esencialmente técnica y política de las actuaciones a realizar encaminadas a garantizar la oferta de agua y de los riesgos asumibles inherentes a estas infraestructuras, de acuerdo con un desarrollo social, económica y ambientalmente sostenible.

Función instrumental del Derecho en este ámbito, de segundo orden. Como técnica de ordenación y pacificación de la vida social, se ocupa, sobre todo, de las formas y procedimientos, aunque también de establecer las obligaciones de los titulares de las presas, atribuyendo poderes de control a las Administraciones competentes sobre su cumplimiento. Mediante normas jurídicas se instrumentan los procesos de implantación de estas infraestructuras, así como los requerimientos de seguridad necesarios ante el riesgo potencial inherente a estas infraestructuras (en particular, el derivado de la rotura o funcionamiento incorrecto de la misma). Los titulares de las presas son los obligados a garantizar su seguridad, disponiendo los medios técnicos, humanos y económicos necesarios para ello. El control de dicha seguridad corresponde a la Administración pública competente, en los términos que en su momento veremos.

I. Marco normativo sobre seguridad de presas y embalses, en particular, sobre la «puesta fuera de servicio»:

Normativa pionera en Europa, impulsada por la ocurrencia de diversas catástrofes. Predominio absoluto de los procesos constructivos de las presas, concebidas para su explotación permanente en el tiempo (así lo estableció el art. 29.1 RT-96, al considerar «la fase de explotación constituye la finalidad de la presa. Nula atención a los procesos inversos, de deconstrucción y demolición, inimaginables, a mitad del siglo XX, por la naturaleza de las cosas y los objetivos de la política hidráulica. Sendos artículos, absolutamente insuficientes, en la I-67 y en el RT-96.

•**Antecedentes Históricos:** «Instrucción para el proyecto de pantanos» (O.M. de 30 de octubre de 1905); «Normas transitorias para Grandes Presas» (1960), «Instrucción para el proyecto, construcción y explotación de grandes presas» (21 de agosto de 1962).

•**Normas vigentes:**

—**Instrucción** para el proyecto, construcción y explotación de grandes presas (O.M. 31 de marzo de 1967, que pone el acento en el diseño y construcción, en adelante I-67).

—**Directriz Básica** de Planificación de Protección Civil ante el riesgo de inundaciones, aprobada por el Consejo de Ministros el 9.12.1994, aplicable a todas las presas, en cuanto a la **clasificación del riesgo** de rotura o funcionamiento incorrecto.

—**Reglamento Técnico** sobre seguridad de Presas y embalses, de 1996, en la explotación y mantenimiento en la explotación y mantenimiento (en adelante RT-96).

—Art. 123 bis TRLAg, «Seguridad de presas y embalses», introducido por la Disp. Final 1ª.16 de la Ley 11/2005, de 22 de junio.

—Nuevo Título VII, «De la seguridad de presas, embalses y balsas», del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986, añadido por el art. 7 del RD 9/2008, de 11 de enero: arts. 356-368, pendiente de desarrollo en cuanto a la aprobación de las tres importantes **Normas Técnicas de Seguridad (NTS)** (art. 364.3 RDPH):

- Clasificación de las presas y elaboración e implantación de planes de emergencia de presas y embalses (1).
- Proyecto, construcción y puesta en carga de presas y llenado de embalses (2).
- Explotación, revisiones de seguridad y **puesta fuera de servicio de presas** (3).

En 2010 se elaboró el primer borrador y consta en la web del MAPAMA un segundo borrador de 2011, pero a día de hoy siguen sin aprobarse. En tanto se produce el régimen jurídico específico de la denominada «puesta fuera de servicio» está regulado en el art. 35 RT-96 y en el art. 100 I-67, según los respectivos ámbitos de aplicación, (en función de la titularidad —las públicas o concedidas con posterioridad al RT-96, por éste— las privadas, por la I-67).

II. La puesta fuera de servicio de presas.

1. Concepto: última fase del desarrollo y utilización de las presas, concluido su ciclo de vida útil o por otras causas como se verá (art. 359 RDPH, tras reforma 2008). Consiste en dejarla «fuera de servicio» y, desde la seguridad exigible en todas sus fases, dicha actuación debe realizarse de acuerdo con unos determinados requisitos y condiciones técnicas para evitar riesgos y daños. Antecedente: indirecto, art. 100 I-67; previsión expresa en los arts. 1; 4.2; 5.4; 6.1.k); 24 y estableciendo las líneas fundamentales de su régimen jurídico, el art. 35 «situación de fuera de servicio», RT-96.

Problemática distinta suscitan las actuaciones genéricas de **restauración de ríos** cuya dinámica han alterado diversas infraestructuras hidráulicas (pequeñas presas por su dimensión y aquellas de bajo riesgo potencial por riesgo de rotura o funcionamiento incorrecto bajo), en los términos previstos en el art. 358 RDPH.

Los titulares de las presas (persona física o jurídica, de derecho público o privada) tienen un **título jurídico** que les habilita para construir y explotar la presa y embalse (concesión de aguas —título jurídico ordinario en la legislación de aguas—, pero también autorizaciones, reservas demaniales y otros títulos distintos, como señala la *Exposición de Motivos* RD 9/2008) tienen una posición jurídica de la que derivan derechos, pero también obligaciones.

¿Qué ocurre con dicho título concesional? ¿Qué situaciones habilitan o conducen inexorablemente a la «puesta fuera de servicio de presas»? ¿Es posible —como parece deducirse del art. 100 de la I-67 y del art. 35.1 del RT-96—, el «abandono» simple de la presa? ¿Existen causas de extinción del título jurídico habilitante de la explotación de la presa directamente relacionadas con las condiciones de seguridad de la presa, entendida en sentido amplio?

Resulta imprescindible, en consecuencia, identificar los **supuestos de extinción del título**, que debe diferenciarse conceptualmente y son previas a las posteriores **actuaciones de «puesta fuera de servicio de la presa»** y de sus requisitos y condicionantes. Los primeros tienen una amplia regulación específica (legislación de aguas) o general (Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de 2003). La segunda, tiene en la actualidad una escueta e insuficiente regulación.

2. Supuestos de extinción del título concesional.

A) Extinción normal: por vencimiento del **plazo** concesional [art. 53.1.a) TRLAg y 14 RDPH]. No hay concesiones perpetuas. El plazo lo establece el título, con el límite de 75 años art. 59.4 TRLAg. Es posible la prórroga, que permita amortización obras realizadas máximo 10 años (59.6 TRLAg). **Reversión** gratuita y libre al Estado/CCAA de las obras construidas dentro del dominio público para la explotación del aprovechamiento, art. 53.4 TRLAg (art. 101 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, establece la «demolición», salvo que el título concesional o la autoridad competente decida su mantenimiento). «Unidad de explotación» de lo revertido: caso de Instalaciones hidroeléctricas. Posibilidad de gestión directa por la Administración competente o gestión indirecta (contrato de gestión de servicios, de acuerdo con legislación de contratos) de las instalaciones revertidas.

B) Extinción anormal o anticipada del título concesional:

1. Motivos relativos a los sujetos:

- **Desaparición del concesionario** [art. 100.a) LPAP]: muerte, incapacidad (persona física) o extinción de la personalidad jurídica (disolución, liquidación o insolvencia).

- **Renuncia expresa del titular** [art. 53.1.d) TRLAg y 167 RDPH].

- **Incumplimiento del concesionario:**

- de las **condiciones esenciales** o **plazos** [art. 53.1.b), 66.1 TRLAg y 144.2 y 165 RDPH]: los previstos expresamente en el título (caudal máximo y continuo medio equivalente; corriente y punto de toma, finalidad de la derivación, superficie regada, tramo ocupado por los aprovechamientos hidroeléctricos). ¿Supuestos que podrían incluirse en el concepto de «**condiciones esenciales**»? Art. 367.3.a) y c) establece obligaciones cumplimiento Normativa Técnica. El art. 3 OM que aprueba el RT, establece que en las condiciones concesión presas «el obligado cumplimiento» RT, con independencia régimen sancionador, art. 368 RDPH que remite a TRLAg, art

116.1.c) TRLAg infracción administrativa leve «incumplimiento condiciones» art. 315.g), que pudiera ser grave o muy grave, al afectar a la seguridad personas y bienes, art. 317 RDPH:

- normativa de seguridad de presas: obligaciones seguridad. Remisión.
- normativa planes gestión riesgo inundaciones. Remisión.
- exigencias medioambientales (reservas fluviales, LIC, ZEPAS, PORNAs, etc)
- interrupción permanente de la explotación durante tres años consecutivos si es imputable al titular art. [53.1.b), 66.2 TRLAg y 165 RDPH]. Encaje de los supuestos de «abandono» a los que se refieren arts. 100 (I-67) y 35 RT-96. Distintos supuestos:
 - «abandonos» históricos, posible aplicación legislación patrimonio histórico (presas romanas, u otras más recientes), Asunción Morales Hortelano/Antonio de las Casas Gómez, «Presas y patrimonio. Situación legal y práctica», I.T. 62(2003), págs. 64-71.
 - «abandonos» más o menos recientes >3 tres años consecutivos.

•Vicios de legalidad: **revisión de oficio** título concesional, art. 102 y 103 LPC.

•Motivos de interés público: **expropiación o rescate**, [art. 53.1.c) TRLAg y 166 RDPH].

2. Motivos de extinción relativos al objeto:

•**desaparición o degradación del objeto** (por ejemplo, colmatación de la presa, degradación de la presa o elementos del terreno a los que se sujeta)

•**desafectación**

C) Procedimiento de extinción: necesidad de declaración formal en correspondiente procedimiento (art. 163 RDPH). Iniciación (de oficio, de parte); competencia Organismo cuenca; información pública; informe CCAA; audiencia titulares; informe Servicios Jurídicos; Resolución Organismo de Cuenca/Ministerio. **Efectos:** reversión obras hidráulicas; imposición de condiciones para evitar perjuicios a terceros o al interés público. Especialidades en arts. 164-169 RDPH.

D) Seguridad de presas: incumplimientos obligación de seguridad. Complejidad normativa por la transitoriedad establecida: RDPH y la aplicación transitoria de la I-67 y del RT-96, según sus respectivos ámbitos de aplicación.

La seguridad de la presa corresponde a su **titular** (art.366 RDPH), quedando sujeto a las correspondientes NTS. **Obligaciones** (366 RDPH):

- solicitar la clasificación y registro de las presas existentes, en construcción o a construir (>5 mts. de altura o >100.000 m³ de capacidad).
- elaborar normas explotación y planes de emergencia presa y embalse (añadido, reforma art. 367.2 RDPH de 2016, así como disponer de medios humanos y materiales para garantizar obligaciones seguridad
- cumplir NTS
- solvencia económica suficiente exigencias seguridad

- asumir condiciones y medidas necesarias a juicio de la Administración competente en distintas fases por motivos de seguridad.
- facilitar a la Administración cualquier información relativa a la seguridad de la presa
- permitir acceso del personal de la Administración y entidades colaboradoras a las instalaciones.
- comunicar a la Administración cualquier actuación que pueda alterar nivel de seguridad de la presa.

De acuerdo con la Disposición Transitoria Primera.1 del RD 9/2008, en tanto se aprueban las NTS, siguen siendo aplicables la I-67 y el RT-96. Como es sabido, sus respectivos ámbitos de aplicación dependen de la **naturaleza pública o privada** del titular: presas de titularidad pública y las concedidas a partir 1.4.1996 (RT-96); presas titularidad privadas concedidas antes del 1.4.1996 (I-67), con las salvedades que a continuación se señalan.

En todo caso, el RT-96 estableció determinadas previsiones para **todas** las presas:

- Solicitud de **clasificación** frente al riesgo (en los términos Directriz Básica). Según datos de la web de Ministerio MAPAMA, en las cuencas intercomunitarias de competencia estatal —a 31.12.2015— están clasificadas 1.623 presas (727 estatales y 896 de concesionarios).
- Acomodar contenido **Archivo Técnico de la presa** al RT-96 (Grandes presas y clasificadas en A y B de titulares concesionales privados, según art. Sexto Orden de 12 de marzo de 1996).
- Las **presas** de titularidad **públicas** cuya construcción estuviere finalizada antes del 1.4.96, debían adaptarse al RT-96, debiendo realizar las siguientes **actuaciones**:
 - propuesta de clasificación del OC y resolución DGOH.
 - actualización del Archivo Técnico de la presa: categoría A y B, 1 año; categoría C, 2 años.
 - Primera **revisión y análisis general** de la seguridad de la presa, impuesta por el art. 33.4: plazo que fije Resolución de clasificación (3 años, categoría A; 4 años, categoría B; 6 años, categoría C).
 - Resultados revisión y análisis general y, en su caso, reparaciones o modificaciones, se declarará finalizada la adaptación de la presa.

El RD 9/2008 establece otras previsiones de Derecho transitorio:

- **Presas en explotación el 17.1.2008 sin primera revisión de seguridad**, realizarán ésta de acuerdo con la nueva NTS para la explotación. Plazo: 3 años, categoría A; 4 años, categoría B; 6 años, categoría C, contados desde entrada en vigor de la NTS).
- **Presas en explotación a la entrada en vigor NTS** que tuvieran aprobadas **actuaciones de seguridad** de acuerdo con la normativa anterior, deberán **adaptarlas** al RDPH y normas de desarrollo en 3 años, desde entrada en vigor NTS.

A 31.12.2015, 419 presas y balsas tenían **normas de explotación** aprobadas por la DG del Agua. De ellas, 160, estatales; y 259 de concesionarios. En julio de 2013, 301 presas tenían aprobados sus **planes de emergencia**; 203, en estudio en la DGA; 42, en estudio en Protección Civil. De ellas, estatales, 194; 121 y 28, respectivamente; de concesionarios, 107, 82 y 14, respectivamente.

Adviértase que, las **presas de titularidad pública y concedidas desde el 1.4.1996**, sujetas al RT-96, tienen **obligaciones concretas** derivadas del **régimen de explotación** de las presas [como son, contar con normas de explotación que integren las normas de seguridad, incluido el Plan de Emergencia ante el riesgo de avería grave o rotura de la presa para las categorías A y B (art. 30.4 en relación con el 5.7); la operación de los órganos de desagüe (art. 31); mantenimiento y reparación de la obra civil (art. 32); y las importantes tareas de auscultación e inspección periódicas (art. 33)]. Este último comprende

- Plan coordinado de auscultación e inspecciones periódicas, con la periodicidad máxima establecida en el art. 5.8.
- **Informe anual** del Director de Explotación y observaciones y propuestas órgano competente.
- reconocimiento de la presa y sus instalaciones en caso de acontecimientos extraordinarios, con **informe especial** del Director de Explotación.
- revisión y análisis general de seguridad, que puede ser realizado por la Administración subsidiariamente.

E) Singularidad de las normas de seguridad (RDPH, I-67 RT-96 y NTS que se aprueben).

Naturaleza jurídica peculiar. Su contenido y estructura es diferente (detallista y de gran rigidez, la Instrucción; norma-marco, el RT). En ellas existen junto a normas jurídicas de contenido sustantivo imperativo típico, otras son normas de procedimiento en cuanto que remiten determinaciones técnicas propias de un saber hacer profesional y experto, la *lex artis*, o *regulae artis*. Los arts. 8 y sigs. RT-96, que establecen criterios básicos de seguridad plagados de estas remisiones: riesgo potencial, niveles de riesgo hidrogramas de avenidas, avenidas de proyecto, avenida extrema, solicitudes hidráulicas, etc. En definitiva, la dificultad de objetivar el riesgo asumible en el funcionamiento de presas y embalse, generadores, por su misma existencia de un riesgo objetivo.

Las primeras son exigibles y su incumplimiento sancionable –penal o administrativamente– Caso presa Tous. STS (Sala Penal) de 15 de abril de 1997, Aranzadi. 2986, que condena a una «falta de imprudencia simple con infracción de Reglamento» y responsabilidad civil personal y subsidiaria del Estado; y STS (Sala Contencioso–administrativo) de 20 de abril de 1997, Aranzadi 7254, que establece la responsabilidad patrimonial del Estado.

Las segundas, cada vez más abundantes en la sociedad tecnológica y del riesgo propia de nuestro tiempo, no responden al tipo clásico de norma jurídica, pues la componente técnica no puede concretarse en abstracto (o incluso escapa a la capacitación de la Administración), sino en el proyecto técnico y demás documentación.

Son **normas de procedimiento** que imponen actuaciones que requieren determinados saberes técnicos y dejan un gran margen de **discrecionalidad técnica**. Ello explica que puedan existir discrepancias entre los técnicos responsables de la presa y los encargados del control e inspección de la Administración en la concreción de ese margen de discrecionalidad a cada presa (Ponencia «Gestión de presas en España», de Rosa Xuclá Lerma, SGIT, en Jornadas de Valladolid, junio 2010).

Discrepancias que pudieran llevar, en su caso, a procedimientos de **extinción del título concesional** y, finalmente, a la puesta fuera de servicio de la presa. Además de las implicaciones **penales** (tipificación de conductas de riesgo en el Código Penal de 1995, «delitos de peligro», caso del art. 350 CP) y de la **responsabilidad patrimonial** de la Administración, en cuanto responsabilidad objetiva, caso de Tous, presa de titularidad estatal, pero que puede dar lugar a una responsabilidad subsidiaria de la Administración en el caso de las presas de concesionarios privados por *culpa in vigilando*. No cabe ignorar discutibles reglas jurídicas que pueden anular los efectos de laminación de avenidas que pueden cumplir las presas, en el conocido como principio de impacto «cero» de la presa en el régimen natural de avenidas, establecido en el art. 15 RT-96.

Importancia de las Recomendaciones o Guías Técnicas existentes (habrá que ver el alcance de la NTS que deben aprobarse en desarrollo del art. 364 RDPH) que pese a no tener la fuerza vinculante típica de las normas jurídicas, expresan el contenido razonablemente exigible, el deber de cuidado o el estándar de diligencia en una concreta prestación. De ahí que resulten determinantes de la responsabilidad penal y patrimonial por daños, en cuanto precisan en el caso concreto el deber de cuidado exigible. Procedimiento para objetivar y concretar esas determinaciones técnicas: Intervención Administrativa –autorregulación del sector. Caso de la seguridad de presas y embalses.

F) Planes de emergencia de presas. Integran las normas de seguridad que deben tener en cuenta las normas de explotación. Idéntica problemática. Dimensión penal y administrativa. Mecanismos de aseguramiento de la responsabilidad civil (solventía económica, cobertura seguros, responsabilidad patrimonial objetiva). Deben tenerse en cuenta las obligaciones generales en cuanto a la elaboración de mapas de peligrosidad y de riesgo de inundación, los planes de gestión del riesgo de inundación y programas de medidas derivados del RD 903/2010, de 9 de julio, de evaluación y gestión de riesgos de inundación (que transpone la Directiva 2007/60/CE, del Parlamento y del Consejo de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación)

G) Exigencias medioambientales de contenido y alcance diferente que pueden afectar régimen de explotación de presas y embalses y a su misma existencia.

Previsiones sobre reservas fluviales, zonas de protección aves y hábitats –LIC’s, ZEPAS, Red Natura 2000, etc–, evaluación ambiental de planes y proyectos, protección paisajística, etc. Se trata de normas (en algunos casos, de la interpretación que algunos sostienen de las normas) de procedencia europea, estatal, regional e incluso municipales. Su alcance e interpretación iría en el sentido de impedir la construcción y explotación de nuevas presas y embalses en determinados emplazamientos, y, llegado el caso, poner fin (puesta fuera de servicio) de algunas de las existentes.

Complejidad normativa resultado del entrecruzamiento competencial entre distintas Administraciones. Caso de ejercicio intencionado de esas competencias para impedir o bloquear actuaciones competencia de otras Administraciones Públicas (Caso paradigmático ampliación zona protección Laguna del Lito en relación con el almacén de residuos nucleares de Villar de Cañas, STS 16.12.2016). Inadecuada articulación de las competencias, consecuencia de una inadecuada interpretación de los contenidos de los títulos competenciales. Caso paradigmático la articulación de las competencias en materia de aguas (149.1.22.ª CE), fundado en el criterio de supraterritorialidad –cuencas intercomunitarias-cuencas intracomunitarias– y las competencias sectoriales –medio ambiente, agricultura, ordenación del territorio y urbanismo, espacios protegidos, sanidad– que corresponden de manera territorializada a las CCAA (falta de coincidencia de ambos criterios territoriales). Esta deficiente articulación de las competencias y la deficiente comprensión del principio de unidad de gestión de las cuencas hidrográficas, está llevando a la fragmentación de la gestión y de la Administración hidráulica, que se agrava por momentos. [Véase sobre esta problemática, FANLO LORAS, «Coordinación y prevalencia de la planificación hidrológica en materia de espacios naturales protegidos», Revista Española de Derecho Administrativo, 182(2017), pags 59-80, donde se comentan las SSTC 154/2014 y 182/2014).

3. Organización administrativa de la seguridad de presas.

Según art. 360 RDPH:

●**Administración General del Estado:** presas, embalses y balsas situados en el dominio público hidráulico en DH intercomunitarias, así como aquellas declaradas de interés general del Estado, siempre que le corresponda su explotación (esto es, aunque se encuentren en cuencas intracomunitarias).

●**CCAA:** presas, embalses y balsas situados en el dominio público hidráulico de las DH internas y en todo caso las presas, embalses y balsas ubicados fuera del dominio público hidráulico.

Deficiente técnica: referencia de la Exposición Motivos RD 9/2008 a las **balsas de agua** (pues las de **estériles mineros y residuos** continuarán rigiéndose por su legislación específica en materia de seguridad minera, según la nueva Disp. Adicional Única RDPH) de iniciativa privada fuera de la zona de dominio público hidráulico, para aprovechamiento de aguas privadas o de aguas públicas, que son las que han proliferado con desconocimiento formal, en la mayoría de las ocasiones, de la Administración hidráulica, que pretende encomendarse a las CCAA.

Una cuestión de gran trascendencia y alcance: Las normas de seguridad debieran ser de **alcance estatal** y aplicables a todas las CCAA (está justificada la competencia estatal por diversos títulos competenciales, 149.1.13ª (bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica), 22ª (aguas), 23ª (bases medio ambiente), 29ª (seguridad pública). Distinto son las competencias ejecutivas (competencia según ámbito de las cuencas y la llevanza de los Registros de Seguridad de Presas y Embalses). Solo a estos tres últimos se refiere el RD 9/2008.

El ámbito estatal de las normas de seguridad debe deducirse de los títulos competenciales alegados por el Gobierno. Dicho carácter cabe deducirlo del carácter de «exigencias mínimas» de seguridad que tienen las NTS de presas y embalses.

Organización estatal:

—**Comisión Técnica de Seguridad de Presas** (comisión técnica especializada de la CN de Protección Civil) (art. 361.1 RDPH). Funciones (361.2); Composición, (art. 361.3). Nota más llamativa de un órgano que debiera ser estrictamente técnico, como su propia denominación recoge: representación (política) de las Administraciones territoriales (CCAA, Ciudades Autónomas y Entidades locales), de los usuarios y entidades relacionadas con el sector de presas.

—**Comisión de Normas para Grandes Presas**, creada en 1959, adquiere carácter permanente en 1965. Su composición y funciones O.M. de 5 de octubre de 1999. Es un órgano consultivo de naturaleza técnica, por su composición (expertos en las materias relacionadas con sus funciones).

—DG del Agua: **Subdirección General de Infraestructuras y Tecnología** a la que corresponde «*La inspección y el control de la seguridad de las infraestructuras hidráulicas; el mantenimiento actualizado del Inventario de presas españolas, así como la promoción y fomento de las recomendaciones técnicas, manuales o normas de buena práctica en relación con la seguridad del proyecto, construcción, explotación y mantenimiento de las presas*» [art. 6.2.c), en relación con el 6.1.j), del Real Decreto 401/2012, de 17 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, ahora Ministerio Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, MAPAMA,

según denominación del RD 415/2016, de 3 de noviembre y estructura orgánica del RD 424/2016, de 11 de noviembre, que crean la Secretaría de Estado de Medio Ambiente]. Continuidad con estructura anterior (RD 1443/2010, de 5 noviembre y RD 1477/2004, de 18 de junio); antes correspondió a la *SG de Gestión del Dominio Público* en coordinación con la *SG de Proyectos y Obras* (RD1415/2000, de 21 de julio). Ha existido tradicionalmente un **Área de Vigilancia e Inspección de Presas**. ¿Situación de desmantelamiento?

—**Organismos de cuenca:** si bien en la I-67 y en el RT-96 referencias a los OC (en particular a las Comisaría de Aguas) y a los órganos centrales (la entonces DG de Obras Hidráulicas), falta en la actualidad claridad en el reparto de funciones entre órganos centrales y territoriales (Confederaciones Hidrográficas).

-**Entidades colaboradoras:** entidades públicas y privadas, que mediante la obtención del título (administrativo) correspondiente quedan autorizadas a colaborar con la Administración pública competente en las labores de control, de carácter técnico o especializado, relativas a la seguridad de presas y embalses. La colaboración se instrumenta mediante un «contrato» (art. 365 RDPH). Problemática general que suscitan estas «colaboraciones», justificadas por la falta de medios de la Administración Pública competente en materia de seguridad de presas.

•**Control e inspección** de la seguridad de presas y embalses: funciones y contenido. Art. 362. El control como una función pública (servicio público) indelegable. El cumplimiento de las normas y la garantía de seguridad corresponden al titular de la presa, pero bajo control permanente de la Administración pública. Dificultades objetivas ligadas al carácter técnico y especializado de las tareas a desarrollar.

•**Reflexión general** sobre el modelo de seguridad: Responsabilidad de los **titulares**, que deben asegurar el cumplimiento normas de seguridad y contar con solvencia económica suficiente. Además, cómo armonizar los intereses de explotación de las presas y los equipos encargados de la seguridad de las presas y las funciones de control e inspección fiables, que corresponde a la Administración. Opciones posibles: entre el intervencionismo administrativo o las fórmulas de autorregulación y mecanismos de acreditación de organismos profesionales privados habilitados por la Administración.

La importante presencia de presas de **titularidad pública** justifica las propuestas de creación de un **organismo de control independiente, autónomo y técnico**, desvinculado de la propiedad de las mismas (Moisés Rubín de Célix Caballero, «Seguridad de presas: pasado, presente y futuro», I.T. 62(2003), págs. 12-21, en especial, págs. 20 y 21; en el mismo sentido Mariano de Andrés Rodríguez-Trelles/Jesús Penas Mazaira «Presas. Seguridad y percepción del riesgo», I.T.62(2003), págs. 22-27, en especial).

III. La puesta fuera de servicio de presas (en adelante, PFS): régimen jurídico.

Sin que pueda desvincularse lo dicho en el Apartado II.2 (distintos supuestos de extinción del título concesional, como cuestión conceptual que precede a la denominada situación de «puesta fuera de servicio de la presa», pero con la que está estrechamente relacionada), esta última fase de la vida de una presa, carece de regulación suficiente y definitiva, a la espera de la NTS «para la explotación, revisiones de seguridad y puesta fuera de servicio de presas», que debe aprobarse, en desarrollo del art. 364.3.c) RDPH.

Insuficiente regulación de esta operación, explicable, en términos históricos, por la primacía de su construcción y la perdurabilidad en el tiempo. Hoy no es justificable esta insuficiencia, pues, están venciendo los plazos concesionales respecto de algunos grandes embalses (caso de algunos hidroeléctricos) y los cambios económicos han llevado al «abandono» (por desuso o falta de rentabilidad) de centenares de infraestructuras menores. Criticable el «abandono» por cuanto de «desentendimiento» lleva implícito (de la propiedad y de la Administración). El «abandono» de las grandes presas es inadmisibles y no debe nunca tolerarlo la Administración (responsabilidad patrimonial por posibles daños *culpa in vigilando*).

Casuística actuaciones demolición/restauración fluvial (contadas actuaciones en «grandes presas», en este caso con cargo al titular; predominio de pequeñas actuaciones (azud, diques, saltos, etc.), abandonados y en desuso asumidos por la Administración (ENRR) y, excepcionalmente, por su propietario).

Contamos con una regulación, de aplicación transitoria, en tanto no se apruebe dicha NTS, que –adelanto– es muy parca. Se trata del art. 100 de la I-67 y del art. 35 del RT-96. Esta dualidad normativa suscita la duda de si la PFS tiene distinto régimen según sea la titularidad pública/privada de la presa o de la fecha de su concesión (criterios que determinan transitoriamente el régimen de seguridad de las presas). Ello sería absurdo, pues, lejos de las apariencias, no hay diferencias sustanciales en la regulación de ambas normas, siquiera sea más completa el RT-96.

Elementos comunes, en el plano formal o procedimental, son que el «abandono o demolición» (I-67) o la PFS ante un eventual «abandono» (RT-96) requiere la aprobación de un **proyecto técnico** y como criterio teleológico está enfocada a la **restauración (limitada) de la zona** que evite posibles daños aguas abajo («dejar el río en condiciones de discurrir sin peligro para la zona de aguas abajo», según la I-67 y realizar las «adaptaciones necesarias para que no perturbe nocivamente la circulación del agua y para que su rotura, en caso de que llegara a producirse, no pueda ocasionar daños graves», según RT-96. Junto a esos elementos comunes, el RT-96 es más completo, sin que regule, sin embargo, todas las posibles hipótesis que pueden suscitarse.

Idéntica finalidad recoge el **Borrador NST3 (2011)** con insistente reiteración: «reducir al máximo los riesgos que pueda provocar la nueva situación de la obra», 40.1; «actuaciones de acondicionamiento preciso de la infraestructura, así como su entorno y zona de influencia», 42.1; «medidas necesarias para garantizar la seguridad de la presa y su entorno, especialmente en cuanto atañe a la capacidad de descarga y evacuación», 42.2.

Dada el carácter transitorio de esta regulación, que habrá de ser sustituida por otra mucho más detallada y completa, creo que su exposición puede valer en la medida que permita inferir de los supuestos que contempla **reglas generales** de validez atemporal, además de resolver los casos que puedan plantearse hasta tanto se aprueba la nueva NTS.

•**Supuestos de hecho** que pueden conducir a la PFS:

—«**sea necesario proceder al abandono o demolición de una presa**» (art. 100 I-67). De la «necesidad» puede inferirse la concurrencia de una causa de extinción del título concesional que avoca a la PFS (con o sin demolición). Motivo de la extinción pueden ser la **degradación del objeto** concesional (colmatación de la presa, en cuyo caso, pudiera no ser necesaria la demolición o serias deficiencias estructurales NTS) o **incumplimiento del concesionario**, por ejemplo si afecta a la seguridad de la presa (defectuoso mantenimiento, envejecimiento, riesgo de rotura, etc.), hipótesis que puede exigir la demolición de la presa.

Recuérdese que el vencimiento del **plazo concesional** no hace necesario abandonar o demoler la presa, pues, como sabemos, opera la **reversión** de las instalaciones que, caso de estar en adecuado estado de funcionamiento, su explotación podrá continuar, mediante gestión directa o indirecta, en los términos señalados. Puede ocurrir que, al vencimiento del plazo, la Administración haya descuidado su potestad de control y vigilancia y la presa tenga graves defectos de mantenimiento y sea aconsejable la PFS (con o sin demolición).

—«**eventualidad del abandono de una presa o embalse**», (art. 35.1 RT-96). En la hipótesis, la Administración conoce al concesionario de la presa y el propósito de este de «abandonarla», esto es, de ponerla fuera de servicio. Los motivos de fondo pueden ser diversos (renuncia, evitar un incumplimiento grave, interrupción permanente) pero como causa de extinción del título debiera tramitarse como «renuncia» expresa o «abandono» (entendido como interrupción permanente de la explotación). La renuncia debe ser aceptada por la Administración que establecerá las debidas condiciones para la salvaguarda del interés público (que puede exigir la demolición total o parcial de la presa restaurando el curso del río). El abandono entendido como interrupción permanente de la explotación por falta de interés en el aprovechamiento, no determina automáticamente la extinción de la concesión, pues, cabe, en su caso, la rehabilitación si se solicita (art. 165 RDPH), hipótesis de si hay voluntad de abandono es difícil que se haga.

—«**presas abandonadas cuyo titular sea desconocido o insolvente**», (art. 35.3 RT-96). El «abandono» entendido como interrupción permanente de la explotación debidamente constatada (declarada en expediente tramitado de oficio o a instancia de parte) puede darse siendo «desconocido» su titular. Esta hipótesis en el caso de grandes presas o de presas clasificadas es prácticamente inverosímil. Es probable en el caso de pequeñas infraestructuras hidráulicas, pero no propiamente de presas. La insolventia que constituye una prohibición para contratar con la Administración, debemos considerarla como una hipótesis de desaparición del concesionario (muerte del empresario o extinción de la personalidad jurídica). No obstante, el título concesional, como derecho real administrativo, puede transmitirse a los herederos o a la persona jurídica que la absorba.

•**Requisitos procedimentales:**

—**Proyecto técnico**, (art. 35, en relación con el 5.4, RT-96) o «plan de obras», (art. 100 I-67) que defina los trabajos a realizar en la presa para su PFS y las condiciones en que ha de quedar su zona de influencia. Borrador NT3 (2011): 39.1; 40.1 y 42.1.

Contenido de los trabajos:

- adaptaciones necesarias de la presa (art. 35 RT-96): en función de las circunstancias del caso concreto, bastará una «adaptación», con o sin demoliciones parciales o totales.
- «medidas adecuadas para garantizar la seguridad de la zona aguas abajo», art. 100 I-67.
- Borrador NT3 (2011), los transcritos 42.1 y 42.2.

Parece admitir que, en función del **caso concreto**, no siempre procede la demolición y la *restitutio in integrum*, devolviendo al curso del río su estado originario. De ahí el «abandono», o evitar la «rotura». Dependerá. Con el tiempo la presa ha podido integrarse en el medio, o bien colmatarse, creando nuevas condiciones medioambientales. Caso de presas históricas colmatadas. Por todas, la presa romana de Muel (Zaragoza), cuya colmatación ha generado una excelente y tradicional huerta. Ver imagen del Google Earth

Finalidad de las obras:

- «dejar el río en condiciones de discurrir sin peligro para la zona de aguas abajo», art. 100 I-67.
- «no perturbe nocivamente la circulación del agua y para que su rotura, en caso de llegar a producirse, no pueda ocasionar daños graves», art. 35.1 RT-96

—**Aprobación del Proyecto** por la Administración hidráulica competente. Cuestiones:

- Posible sujeción del proyecto a **evaluación de impacto ambiental**. Ley21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental. Remisión, en síntesis:

-EIA ordinaria (Documento de alcance; Estudio Impacto Ambiental; información pública; procedimiento, análisis técnico del expediente EIA por órgano ambiental, que aprueba la *Declaración de Impacto Ambiental*).

-EIA simplificada (Documento ambiental; consultas) órgano ambiental aprueba el *Informe de Impacto Ambiental*.

-Proyectos excluidos de evaluación ambiental o exceptuables (defensa nacional; por ley; acuerdo consejo de Ministros, supuestos excepcionales y acuerdo motivado y otros, como

centros penitenciarios, proyectos de interés para la seguridad pública y obras de reparación de infraestructuras críticas dañadas acontecimientos catastróficos y obras de emergencia)

Dependerá. No argumento simplificador de restauración al origen para sostener la innecesariedad de la EIA. Experiencia del Ministerio en restauración de ríos (demolición de barreras transversales artificiales). Tener en cuenta la distinción promotor actuación (público o privado) y el órgano sustantivo (que en las cuencas intercomunitarias de competencia estatal) la evaluación ambiental corresponde al Ministerio de Medio Ambiente será órgano ambiental al corresponderle, también, la competencia para autorizar el Proyecto técnico de las obras a realizar, aunque habrá de consultarse a la Comunidad Autónoma en donde se ubique el proyecto. El procedimiento de EIA o su exclusión dependerá de la inclusión o no en los Anexos correspondientes y en las afecciones ambientales que pudieran derivarse.

- Incidencia legislación medioambiental estatal y de CCAA: caso de las **reservas naturales fluviales** (art. 25 LPHN y art. 244.bis y 244. *quater*.4 RDPH, reforma RD 638/2016); PORNA espacios naturales protegidos discutible criterio el recogido art. 19.3 Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de protección de la biodiversidad (primacía planificación recursos naturales sobre las demás planificaciones, incluida la hidrológica).

- sujeción a **licencia municipal de obras** o, en su caso, a **informe previo municipal**: art. 59.8 TRLAg y 58.2. párrafo tercero y 84.3 Ley reguladora de las bases del régimen local (1985). Las de titularidad pública, si declaradas obras hidráulicas de interés general (art. 127 TRLAg). Jurisprudencia constitucional sobre obras públicas de interés general de la AG Estado.

—**Ejecución de las obras**, según proyecto y condiciones EIA, Equipo Técnico *ex* medios humanos y materiales art. 4.1 RT, o Director de obra. Aplicación RD 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de la construcción y demolición.

—**Inspección de las obras** una vez finalizadas. Si informe favorable, se hace efectiva la extinción del título concesional correspondiente y la Administración «autorizará» la PFS de la presa o embalse. Más correcto «declarará».

—**Incorporación del proyecto** de PFS, junto con la inspección final, al Archivo Técnico de la presa, que pasará a disposición del Organismo de cuenca correspondiente (o a la Administración Hidráulica de la respectiva Comunidad Autónoma).

- Singularidades de las **presas abandonadas de titular desconocido o insolvente**: art. 35.3 RT-96. OC lo comunica al servicio de vigilancia e inspección de presas. Este propone los trabajos necesarios para la PFS. El OC redactará el Proyecto y ejecutará las obras. Acreditación de «inexistencia» (desaparición) del concesionario, según se ha visto en § II.2.B.1.

- **Cuestiones para el debate**: conexión de la PFS con los supuestos de extinción del título concesional, en particular los nuevos supuestos que puedan derivar de la normativa de seguridad de presas o la medioambiental. «**Abandono versus demolición**».

La NTS3 debería regular esta cuestión con más detalle y establecer directrices más precisas que permitan actuar atendiendo a la realidad de las cosas. Necesidad de esta normativa específica. Evitar que se haya de recurrir a legislación general que puede resultar disfuncional, por no adecuada a las peculiaridades de presas y embalses y su problemática

-General, **Código Civil**, art. 389 (obligación del propietario de demoler o reparar una construcción ruínosa); art. 1907 (responsabilidad por daños que resultan de la ruína); art. 1591(plazos ejercer la responsabilidad por construcciones en ruína).

-**Derecho Urbanístico**, concepto tradicional de «ruína» (técnica o económica)

-La Ley 26/2007, de 23 de octubre, de **responsabilidad ambiental**. Anexo III, reparación daños aguas restituyendo el medio ambiente a su estado básico. Creo que se está pensando en otras actuaciones y daños que los propios de la PFS.

-**IPH de 2008**, Anexo VI Relación de medidas. Tabla 89. Demolición, carácter y ámbito de las medidas. La 66 es de «Eliminación de Infraestructuras situadas en el dph» (medida complementaria ex art. 55 RPH), referencias meramente descriptivas, pero no reguladoras, pues se entiende remite a normativa específica.

COORDINACIÓN Y PREVALENCIA DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA EN MATERIA DE ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

ANTONIO FANLO LORAS*

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Rioja

Revista Española de Derecho Administrativo 182
Enero – Marzo 2017
Págs. 59-80

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA NECESARIA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y SU ADECUADO EQUILIBRIO. II. LA ARTICULACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN AMBIENTAL DE PROTECCIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES CON LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA: EVOLUCIÓN DISCUTIBLE DE SU MARCO NORMATIVO. 1. *Carácter integrador de la planificación hidrológica en la legislación de aguas.* 2. *Las oscilaciones de la legislación básica ambiental.* 2.1. Carácter indicativo de la planificación ambiental en la Ley 4/1989. 2.2. Prevalencia de la planificación ambiental en la Ley 42/2007. ¿Cambio de paradigma inconstitucional?

RESUMEN: Las Comunidades Autónomas son competentes para declarar espacios naturales protegidos y aprobar los planes de protección de sus recursos naturales. Cuando incluyan tramos de ríos o humedades de cuencas hidrográficas intercomunitarias, las medidas de gestión del agua necesarias para su

ABSTRACT: The Autonomous Communities are competent to designate Protected Natural Spaces and to approve their natural resources protection plans. Unless for river reaches and wetlands belonging to inter-regional river basins. In such cases, the respective River Basin Management Plan has to

* Este trabajo, escrito con ocasión del libro homenaje al prof. José Luís Martínez López-Muñiz, recoge mi intervención oral en la sesión de clausura del Seminario Eduardo García de Enterría, dirigido por el prof. Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, celebrada el día 10 de junio de 2015. El hilo conductor de aquella intervención fue el comentario de las SSTC 154 y 182/2014, de 25 de septiembre y 6 de noviembre, respectivamente, relativas a sendas leyes de Castilla-La Mancha que declaran parques naturales determinados espacios y su posible invasión de las competencias estatales.

protección deben establecerlas los planes hidrológicos correspondientes. La legislación básica estatal en la materia ha establecido, sin embargo, la prevalencia de los planes de protección regionales sobre la planificación hidrológica, salvo razones imperiosas de interés público de primer orden. Esta prevalencia relativa, que ha respaldado el Tribunal Constitucional, no favorece la integración de dichos instrumentos de planeamiento en sus fases iniciales e invade las competencias que la Constitución atribuye al Estado.

PALABRAS CLAVE: Espacios naturales protegidos – planificación ambiental – planificación hidrológica – integración – prevalencia – competencias estatales – jurisprudencia constitucional.

consider the required protective measures. Except for imperative reasons of overriding public interest, the National Legislation on this matter has established the prevalence of the Regional Protection Plans over the hydrological planning. The Constitutional Court supports this relative regional prevalence; however this situation does not favour the correct integration of the River Basin Management Plans on their initial phases and overlaps with competences that the Constitution reserves to the State.

KEY WORDS: Protected natural spaces – environmental planning – water resource planning – integration – prevalence – competences reserved to the State – constitutional jurisprudence.

I. INTRODUCCIÓN: LA NECESARIA PROTECCIÓN AMBIENTAL Y SU ADECUADO EQUILIBRIO

En los últimos veinte años ha crecido exponencialmente la sensibilidad ambiental, la preocupación por el estado de deterioro de nuestra «casa común», de nuestro madre tierra, muy dañada por la actividad descontrolada del ser humano, el uso irresponsable y el abuso de sus bienes, que se manifiesta en los zarpazos del cambio climático y la alteración descontrolada de los ciclos atmosféricos y las grandes corrientes marinas; la deforestación; la contaminación de las aguas marinas y dulces, de los suelos y del aire; la sobreexplotación de los recursos naturales que provoca la degradación ambiental de la vida de los más pobres del mundo. El papa Francisco ha dedicado a la cuestión la importante Carta encíclica *Laudato si (Sobre el cuidado de la casa común)*¹, de 24 de mayo de 2015.

Desde la perspectiva jurídica se ha hablado de la «ecologización» del Derecho Administrativo, en cuyas instituciones se advierte una penetración extraordinaria de lo ambiental, modulando nuestras viejas categorías e instrumentos de intervención. Bienvenida sea esta atinada sensibilidad que debe apoyarse con los instrumentos del Derecho, como técnica de ordenación social². Nuestro futuro está ligado a las condiciones del medio en el que nos desarrollamos, razón por la que su protección es la nuestra. Pero se ha de huir de movimientos pendulares, tan frecuentes en el comportamiento humano, evitando las posiciones extremas, cuando, contra el sentido común y la armonía del hombre con la naturaleza se sostiene, con un nuevo fundamentalismo, la prevalencia absoluta de lo ambiental, que adquiere sustantividad en sí y por sí mismo, dificultando, obstaculizando o prohibiendo muy diversas actividades sectoriales. Y es que falta una adecuada integración de lo ambiental en las políticas sectoriales, haciendo compatible la defensa del ambiente, con el desarrollo económico y social, los tres pilares de la sostenibilidad.

1. Véase A. H. MESNARD, «Laudato si; l'encyclique du pape François sur la sauvegarde de la maison commune», *Revue Juridique de l'environnement*, 4 (2015), pp. 603-614.
2. Debo citar la importante contribución al Derecho ambiental que supone el *Observatorio de Políticas Ambientales*, coordinado por F. LÓPEZ RAMÓN, editado por Aranzadi, crónica anual iniciada en 2007 hasta el momento presente y que publicó una síntesis del período 1978-2006.

Un caso paradigmático, en España, es la difícil y compleja armonización de la *gestión del agua* con los nuevos requerimientos ambientales, teniendo en cuenta su singularidad hidrológica (un sistema de aguas «reguladas» y, por ello, «artificializado» para corregir la irregularidad espacio-temporal del régimen de precipitaciones)³. La ignorancia de esta singularidad unida a enfoques supuestamente ambientalistas, ha generado disfunciones evidentes y, con carácter general, bloqueos sistemáticos de las políticas públicas, así como una judicialización permanente de los más diferentes asuntos, plasmación de los distintos intereses y valores que unos y otros defienden. Es patente –en mi opinión– la protección hipertrofiada de los valores ambientales, no suficientemente integrada con el resto de las políticas públicas, que se advierte, en casos concretos, de las figuras de los espacios naturales, lugares de importancia comunitaria, zonas de especial conservación o protección. Subyacen con frecuencia planteamientos «bucólicos», muy enraizados paradójicamente en los movimientos y medios *urbanos*, ajenos al duro medio rural, de una Arcadia perdida, absolutamente incompatible con la evolución y desarrollo de las sociedades modernas. Posiciones basadas en construcciones simplificadoras de la realidad natural, económica y social y que acarrear interpretaciones erróneas o disparatadas de las normas jurídicas reguladoras, en lo que ahora nos interesa, del Derecho de Aguas.

Por citar algunos ejemplos, es el caso de la oposición y judicialización sistemática de los proyectos de *construcción o ampliación de embalses*⁴, cuándo los embalses constituyen un instrumento para garantizar la disponibilidad de agua, corrigiendo la irregularidad espacio-temporal referida. En España, «sin obras no hay agua», o no la hay con la seguridad física, jurídica y económica necesaria para la vida y el desarrollo de actividades económicas. O la reducción de varios miles de hectáreas de los *planes de riego* de Monegros (Huesca y Zaragoza) o de Segarra-Garrigues (Lérida) para la protección de aves y de la biodiversidad (avutarda). O el caso de la determinación de los mal llamados –en mi opinión– *caudales ecológicos*⁵, razón principal, si no exclusiva, del retraso en la aprobación de los planes hidrológicos, por la exigencia (desde algunos territorios y organizaciones ambientales) de un volumen de caudales circulantes, ajenos al régimen natural y contrarios con la adecuada regulación de los ríos para asegurar la disponibilidad de agua (casos del Delta del Ebro y Tajo). O los daños reiterados ocasionados en las tierras de cultivo ribereñas por las *avenidas* de los ríos (caso del Ebro), incrementados por la falta de mantenimiento y limpieza de los cauces y de su capacidad de desagüe, actuaciones

3. FANLO LORAS, A., «La singularidad hidrológica de España: un sistema de aguas artificializado», en G. CREPALDI (Editora), *Perfiles de la ordenación jurídica del agua en Italia, España y América Latina*, de próxima publicación.
4. Caso, por ejemplo, de los embalses de Itoiz, Yesa y Mularroya (cuenca del Ebro) y Castrovido (Cuenca del Duero), algunos de los cuales han transitado por todas las instancias judiciales posibles, nacionales e internacionales o con evaluaciones de impacto ambiental absolutamente contradictorias –caso de Biscarrués–, ejemplo del uso «alternativo» de lo ambiental, para enmascarar la falta de voluntad política en su ejecución derivados de pre-judicios partidarios de uno u otro signo.
5. Debiera hablarse, sin más, de «caudales circulantes mínimos», pues en España, la mayor parte de nuestros ríos son de aguas no permanentes y sujetos a irregularidades y estiajes extremos –su caudal «natural»–, de manera que la circulación de unos caudales mínimos solo está garantizada si se dispone de regulación.

bloqueadas, se dice, por corresponder la mayoría de los tramos fluviales afectados a espacios naturales protegidos, lugares de importancia comunitaria o zonas de conservación de aves, espacios cuya configuración no puede alterarse.

II. LA ARTICULACIÓN DE LA PLANIFICACIÓN AMBIENTAL DE PROTECCIÓN DE LOS ESPACIOS NATURALES CON LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA: EVOLUCIÓN DISCUTIBLE DE SU MARCO NORMATIVO

La concurrencia de títulos competenciales del Estado y Comunidades Autónomas sobre un mismo espacio físico es el origen de estos frecuentes conflictos. En este sentido, un tema clásico es la necesidad y conveniencia de coordinar la planificación hidrológica (gestión del agua) con el resto de las planificaciones sectoriales; del carácter sustantivo o instrumental que se atribuya a la política de aguas y, finalmente, del ámbito territorial de unas y otras competencias (cuencas hidrográficas intercomunitarias *versus* territorio propio y limitado de las Comunidades Autónomas). He tratado esta problemática en anteriores trabajos a los que ahora me remito⁶, pues entiendo que, pese a los cambios normativos en sentido contrario a la interpretación que propongo y a los que luego me referiré, siguen siendo válidos por la tesis de fondo que en ellos se sostiene. Con posterioridad a estos escritos y en los últimos años, se han producido cambios normativos y jurisprudenciales en relación con la protección de los espacios naturales protegidos que –según mi criterio– no respetan las competencias que la Constitución atribuye al Estado en materia de aguas (art. 149.1.22ª CE), como razonaré en el presente trabajo.

Según jurisprudencia constitucional consolidada, los casos de concurrencia competencial deben ser resueltos mediante mecanismos de colaboración (funcionales, informes, orgánicos, etc.); cuando ello no sea factible, debe resolverse a favor del título competencial prevalente que, como regla, es el estatal. La novedad que plantean las dos sentencias que han suscitado el presente trabajo⁷ es que es la primera vez que el Tribunal Constitucional

6. FANLO LORAS, «La articulación de competencias de las Comunidades Autónomas en la gestión del agua», en A. EMBID (Dir.), *Gestión del agua y medio ambiente*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 125-187 y «La pesca fluvial: algunos criterios para articular su protección jurídica», en *Estudios de Derecho Público Económico, Libro homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*, Civitas, Endesa/Ibercaja, Madrid, 2003, pp. 1011-1022. Con planteamiento diferente A. GARCÍA URETA, «Planificación hidrológica, planificación de conservación de la naturaleza y otros requisitos ambientales exigibles a la planificación», *Derecho de Aguas*, Murcia, 2006, pp. 609-644. Sobre la problemática de la concurrencia competencial en materia de espacios naturales protegidos véase F. LÓPEZ RAMÓN, *Política ecológica y pluralismo territorial*, M. Pons, Madrid, 2009, en particular, pp. 74-95 y 134-156.

7. Se trata de las SSTC 154 y 182/2014, de 25 de septiembre y 6 de noviembre, respectivamente en las que se enjuician las Leyes de Castilla-La Mancha 6/2011, de 10 de marzo, de declaración del parque natural del Valle de Alcudia y Sierra Madrona y la Ley 5/2011, de 10 de marzo, de declaración del parque natural de la Sierra Norte de Guadalajara. I. CARO-PATÓN, fue, en lo que conozco, quien dio noticia de la trascendencia de estas sentencias en un comentario breve publicado en <http://www.iagua.es/blogs/isabel-Caro-Patón/relativa-prevalencia-planes-ordenacion-recursos-naturales-planificacion>. Un análisis más extenso e incisivo es el realizado en su colaboración con V. ESCARTÍN, «Aguas: por una política hidráulica más reflexiva, transparente y participativa», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2015*, Aranzadi,

aplica la regla de la *prevalencia* de la norma autonómica (planificación de espacios naturales protegidos) sobre la estatal (gestión del agua), prevalencia establecida por el *legislador básico estatal* (art. 18.3 –en la actualidad, 19.3– de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y de la biodiversidad). Para el Tribunal se trata de un problema de «constitucionalidad *mediata*» (la contradicción de las leyes de Castilla-La Mancha con el orden constitucional lo es de la norma estatal básica, la Ley 42/2007).

No puedo compartir este enfoque que considero equivocado, porque lo que está en juego son las competencias estatales (aguas, 149.1.22ª; obras públicas de interés general incluidas las hidráulicas, 149.1.24ª; y defensa, 149.1.4ª CE), primer argumento del recurso del Abogado del Estado, aunque alegue, además, infracción de la legislación estatal básica, pues, como diré más adelante, es esta última la que no respeta las exigencias del 149.1.22ª CE, tal como ha interpretado el propio Tribunal Constitucional.

No entiendo la diferencia que el Tribunal hace entre las competencias de «defensa» y las de «aguas», siendo ambas estatales⁸. ¿Por qué se anulan las previsiones protectoras de los espacios naturales que afectan a «defensa» y no las prohibiciones relacionadas con las «aguas»? Adelantando la tesis que sostengo en este trabajo, considero que las competencias ambientales de las Comunidades Autónomas, sobre espacios naturales protegidos, cuyos efectos jurídicos tienen eficacia limitada al territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, pueden incurrir en extralimitación competencial cuando conllevan, en el caso de las cuencas hidrográficas intercomunitarias, efectos supraterritoriales, con menoscabo e interferencia en las competencias estatales⁹.

2015, pp. 545-549. En esa misma obra colectiva, G. VALENCIA, «Jurisprudencia constitucional: el año del *fracking*», se refiere a las citadas sentencias, pp. 382-384.

8. G. VALENCIA, en el trabajo citado, apunta como explicación, al dato de que el Estado ya había ejercido con anterioridad a la aprobación de las leyes regionales su competencia, al contar con instalaciones militares preexistentes (polígono de entrenamiento de las Fuerzas Armadas) a la declaración del espacio natural protegido, p. 384. Esto es, la declaración *a posteriori* de esa zona como parque natural equivaldría a sustraerla al destino que le fue señalado en ejercicio legítimo de una competencia estatal, lo que supone su desconocimiento y vulneración del art. 149.1.4 CE. Y la doctrina constitucional en materia de defensa nacional es muy contundente, pues el ejercicio por el Estado de su competencia «impide de raíz toda posibilidad de una acción autonómica de signo contrario». La competencia regional para declarar una zona como parque natural no puede ejercerse de modo que quede menoscabada o invadida la competencia del Estado para declarar una zona como de interés para la defensa nacional ya que «el Estado no ha de verse privado del ejercicio de sus competencias por la existencia de una competencia autonómica», STC 154/2014, F.J. 7, con cita de la STC 69/1988, F.J. 3 y 82/2012, F.J. 4.

9. Adviértase que la competencia estatal para la gestión de las cuencas hidrográficas supracomunitarias, está fundada y constituye una exigencia del art. 149.1.22 CE, sin que pueda fragmentarse su gestión en función de los territorios de las distintas Comunidades Autónomas integradas (SSTC 30 y 32/2011). El concepto de cuenca hidrográfica no es un concepto legal, sino constitucional, inherente al 149.1.22 CE. La competencia estatal no puede menoscabarse o vaciarse de contenido desde la fragmentación territorial derivada de otros títulos específicos (medioambiente, espacios naturales ejercidos por las Comunidades autónomas, pues no puede proyectarse a la gestión del agua la doctrina constitucional que niega que la cláusula de supraterritorialidad ambiental convierta la competencia ejecutiva ambiental en estatal (SSTC 329/1993, F.J. 2 y 102/1995).

Es innecesario que reitere que la integración y coordinación de las políticas sectoriales (agricultura, ordenación del territorio, urbanismo, espacios naturales, etc.) de las Comunidades Autónomas en relación con el agua debe realizarse en y con ocasión de la planificación hidrológica de las respectivas cuencas, no de manera autónoma y descoordinada. Y esto es lo que propicia la criticable interpretación del Tribunal Constitucional. Aunque salva las competencias estatales, la salvedad solo opera una vez suscitado el conflicto, caso a caso, y debiendo justificar el Estado «razones imperiosas de interés público de primer orden» para apartarse de la regulación de los usos establecidos en el plan de ordenación de los espacios naturales protegidos aprobado por la Comunidad Autónoma.

Para que se entienda la dimensión territorial e importancia de los *espacios naturales protegidos*, proyectados sobre espacios fluviales, téngase en cuenta, a título de ejemplo, que en la documentación integrante de la Memoria del Proyecto Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Ebro (aprobado por el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero) se ha incluido la relación de los espacios naturales protegidos por las distintas Comunidades Autónomas de la cuenca (290 LIC; 129 ZEPAS; 55 comparten ambas figuras; 12 zonas húmedas RAMSAR), que supone una superficie total protegida de 15.276 km², que representa un 29,40 por ciento de la superficie total de la cuenca. Y ello es generalizable para el resto de planes hidrológicos.

En el presente trabajo examinaré el marco normativo aplicable a la articulación de competencias entre planificación hidrológica y la ambiental (en particular, de protección de espacios naturales)¹⁰. En primer lugar, expondré las previsiones de la legislación de aguas, cuyo tenor literal ha sido objeto de contrapuesta e interesada interpretación, para pasar a continuación a exponer las oscilaciones de la legislación básica estatal de conservación de la naturaleza. Así en su primera etapa (Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre), establece el carácter *indicativo* de la planificación ambiental respecto de la hidrológica, para pasar a establecer (Ley 42/2007, de 13 de diciembre de patrimonio natural y de la biodiversidad, en adelante LPNBio) la *prevalencia* de aquélla sobre ésta.

1. CARÁCTER INTEGRADOR DE LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA EN LA LEGISLACIÓN DE AGUAS

La articulación de la planificación ambiental y la hidrológica está regulada, en la actualidad, tanto en la legislación estatal de aguas, como en la de conservación de la naturaleza y de la biodiversidad. Por lo que hace a la primera, el art. 40.2 TRLAg establece ahora que «la *política del agua* está al servicio de las *estrategias y planes sectoriales* que sobre los distintos usos establezcan las Administraciones Públicas, sin perjuicio de la gestión racional y sostenible del recurso que debe ser aplicada por el Ministerio de Medio

10. Sobre espacios naturales protegidos, véanse los libros clásicos de F. LÓPEZ RAMÓN, *La conservación de la naturaleza: los espacios naturales protegidos*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1980 y «Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos», en LÓPEZ RAMÓN (Dir.) *Régimen jurídico de los espacios naturales protegidos*, Zaragoza, Kronos, 1995. Además, A. GARCÍA URETA, *Espacios naturales protegidos. Cuestiones jurídicas en la Ley 4/1989, de 27 de marzo*, Oñati, IVAP, 1999 y *Derecho Europeo de la biodiversidad. Aves silvestres, hábitats y especies de flora y fauna*, Iustel, Madrid, 2010.

Ambiente, o por las Administraciones Hidráulicas competentes, que condicionará toda autorización, concesión o infraestructura futura que se solicite» (la cursiva es del autor).

Esta concepción «instrumental» de la política del agua, introducida en la reforma de 2003 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (pues nada se decía al respecto en la redacción original de 1985), debe ser rectamente entendida, pues tiene como límite «la gestión racional y sostenible del recurso». Adviértase que la política del agua puede entenderse de manera sustantiva, de modo que sea el agua el eje o soporte sobre el que se articulan las políticas sectoriales (esa fue la concepción originaria que inspiró la creación de las Confederaciones Hidrográficas, modalidad temprana del llamado «regionalismo económico»), o de una manera instrumental, al servicio de las políticas sectoriales, de manera que los objetivos y fines de éstas marquen los de la política del agua. Obviamente con el límite de las disponibilidades del recurso y de la calidad de los ecosistemas acuáticos (gestión racional y sostenible del recurso), pues en caso contrario, prevalecen los valores que impone la gestión racional y sostenible del agua.

Para garantizar ese objetivo es necesario que exista la debida coordinación e integración de la planificación sectorial con la hidrológica, en las fases iniciales de elaboración de ésta última, tanto respecto de los usos del agua como de los del suelo (en especial, por la importancia de los consumos, los planes de regadío y otros usos agrarios). Así lo dispone ahora el art. 41.4 TRLAg. La STC 227/1988 subrayó la naturaleza *coordinadora* que tiene el procedimiento de elaboración de los planes hidrológicos y su aprobación final por el Gobierno, con la finalidad de integrar debidamente las políticas sectoriales que conllevan el uso del agua, como los regadíos, producción de energía, urbanismo, etc. (Fundamento Jurídico 20). Además de esta coordinación integradora de la planificación sectorial en la fase de elaboración de la planificación hidrológica (y a la inversa, en la elaboración de la sectorial), en la fase ejecutiva o aplicativa existen mecanismos *funcionales* de coordinación, mediante los informes previos interadministrativos que se contemplan en el art. 25 TRLAg y en el art. 110 RDPH. Prescindo ahora de los instrumentos *orgánicos* (integración de representantes de las CCAA en los distintos órganos de la Confederación Hidrográfica, el modo «más directo» que tienen aquéllas de participar en la gestión del agua (STC 161/1996).

Especial consideración merecen, en cuanto al objeto de este trabajo, las relaciones de la planificación ambiental con la hidrológica. El art. 43.2 TRLAg establece que:

«Podrán ser declarados de protección especial determinadas zonas, cuencas o tramos de cuencas, acuíferos o masas de agua por sus características naturales o interés ecológico, de acuerdo con la legislación ambiental y de protección de la naturaleza. Los planes hidrológicos recogerán la *clasificación* de dichas zonas y las *condiciones específicas* para su protección» (cursivas del autor).

Además, el apartado 3 de ese mismo artículo establece la primacía de las previsiones de los planes hidrológicos (reservas de agua y de terrenos para actuaciones y obras, declaraciones de espacios protegidos y condiciones específicas de protección) sobre los instrumentos de *ordenación urbanística del territorio*.

Esta primacía de lo ambiental (con más precisión, de la planificación de los espacios naturales protegidos) sobre la planificación hidrológica, debe ser objeto de una interpretación matizada, a contracorriente de lo comúnmente aceptado por el sentir mayoritario de la doctrina, apegada a la literalidad de la ley. Dos son las cuestiones que suscita el precepto legal transcrito: la *competencia* para declarar espacios naturales protegidos; la competencia e instrumento para establecer las *condiciones específicas de protección*.

En cuanto a la primera cuestión, es obvio que la *competencia* para declarar espacios naturales protegidos, aun cuando puedan incluir terrenos integrantes del dominio público hidráulico, es competencia de las Comunidades Autónomas y no de los organismos de cuenca, como equívocamente podía deducirse del tenor literal de la ley. Así debe ser entendida la primera parte del art. 43.2 TRLAg. La proyección *espacial* de la protección ambiental de la naturaleza es competencia autonómica. Así lo declaró la STC 227/1988, Fundamento Jurídico 20.e), *in fine*, en relación con el entonces art. 41.2 LAg (el vigente art. 43.2 TRLAg). Dice así:

«el precepto deja intacta la determinación de las autoridades que sean competentes, de acuerdo con la legislación ambiental, para declarar de protección especial determinadas zonas, cuencas o tramos de cuencas, acuíferos o masas de agua y, en concreto, por lo que ahora importa, no atribuye tal competencia a la Administración que elabora el correspondiente plan hidrológico, puesto que se limita a señalar que estos planes “recogerán” la clasificación de dichas zonas y las condiciones específicas para su protección. Lo que la ley impugnada ordena en este punto es que, cualquiera que sea la *entidad administrativa competente* para realizar la referida declaración de protección especial, cuestión sobre la que no es preciso añadir nada ahora, dicha *declaración vincula el contenido de los planes hidrológicos* y debe, por tanto, “recogerse” o incluirse en los mismos, con la obligada consecuencia de que tales *reglas tuitivas* del demanio hídrico deben ser *respetadas* a su vez por los diferentes *instrumentos de ordenación del territorio* (art. 41.3)» (cursivas del autor).

Adviértase que el Tribunal se refiere con toda claridad al problema de la Administración competente para *clasificar* los espacios hídricos protegidos. Y para el Tribunal, esta cuestión no admite discusión. Se trata de la Administración ambiental, esto es, de las Comunidades Autónomas. Así resulta del sistema constitucional de distribución de competencias en materia de medio ambiente, sin perjuicio de la existencia de ciertas potestades de gestión ambiental en manos de la Administración del Estado (evaluación ambiental de planes y proyectos cuando le corresponda la competencia para la aprobación de dichos planes y proyectos).

En consecuencia, los planes hidrológicos deben recoger las *declaraciones* de espacios naturales aprobadas por las Comunidades Autónomas, como deben recoger o, mejor, establecer las «condiciones específicas para su protección» en lo que afecta a la gestión del agua, esto es, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal, limitadas a las «*reglas tuitivas* del demanio hídrico (que) deben ser *respetadas* a su vez por los diferentes *instrumentos de ordenación del territorio*» en los términos que luego se concretará. La declaración de espacio natural protegido y su régimen de protección no puede, —en mi opinión— menoscabar las competencias de otras Administraciones, pues los valores ambientales que han podido justificar esa concreta protección espacial territorialmente limitada, deben armonizarse con los inherentes a

la gestión del agua por cuencas hidrográficas, en especial, las supracomunitarias. Y puede existir una colisión insalvable entre ambos valores a resolver mediante mecanismos de cooperación. Cuando la armonización no sea posible, debe resolverse a favor del interés territorial prevalente, que es el del Estado, en los casos de cuencas intercomunitarias.

La declaración por una Comunidad Autónoma de un espacio natural protegido no blindará dicho espacio de forma absoluta, respecto del ejercicio de sus competencias por otras Administraciones Públicas, en particular, la gestión del agua. Una Comunidad Autónoma puede, por ejemplo, declarar espacio natural protegido (parque natural) un tramo o espacio fluvial donde la Administración hidráulica ha proyectado construir un embalse y lo hace precisamente para impedir la construcción de dicha obra hidráulica. Este u otros supuestos semejantes para impedir u obstaculizar actividades o infraestructuras estatales no constituyen hipótesis teóricas, pues han suscitado ya en el pasado numerosos conflictos. Hasta el fallo de las dos sentencias comentadas, la jurisprudencia constitucional había dado prevalencia a las competencias estatales (casos de la construcción de nuevas *comisaría*s de policía, en el País Vasco, STC 56/1986; caso de la declaración del parque natural Bardenas Reales de Navarra, para impedir el funcionamiento del *polígono militar* allí existente, STC 82/2012; caso de la suspensión regional de las obras de la *desaladora* de Torrevieja, STC 202/2013).

Parece obvio que debe existir una ponderación de los intereses contrapuestos perseguidos por esas dos políticas públicas, que la regla de la primacía de lo ambiental no garantiza, si se aplica en su literalidad. La construcción del embalse puede ser la opción más ventajosa desde el punto de vista de la gestión integral del agua (embalses multifuncionales para regulación de caudales, laminación de avenidas, garantía de caudales circulantes mínimos, base de ecosistemas acuáticos, etc.), pese a que su construcción conlleva ciertas afecciones ambientales (balance beneficios-costes). Ante esta colisión, ha de contemplarse una salida excepcional a favor de la Administración hidráulica y, en último término, del Gobierno de la Nación, en aplicación de la jurisprudencia de la STC 56/1986, de 13 de mayo, citada. Esto es, a favor de la competencia estatal que representa el interés general (supraterritorial). Entenderlo de otra manera, supondría bloquear la política hidráulica que, por imperativo legal, debe integrar la protección ambiental y garantizar el buen estado de las masas de agua, pero también la satisfacción de las demandas. Una opción más respetuosa con todas las competencias en juego como se verá, lejos de los bloqueos o choques, es la integración, siempre que sea factible, de las distintas políticas sectoriales.

Adviértase, en todo caso, en relación con la posible colisión entre las exigencias de protección de un espacio natural y la construcción de un embalse, que la existencia de «razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica», ya hubiera podido alegarse al amparo del art. 6.4 del Real Decreto 1197/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres¹¹. Esta excepción hubiera permitido obviar los posibles efectos negativos de

11. Véase sobre el alcance de la excepción de «razones imperiosas de interés públicos de primer orden», prevista en el art. 6.4 de la Directiva 92/43/CEE, de 21 de mayo de 1992, relativa a la

un plan, programa o proyecto en alguna de las zonas especiales de conservación hábitats naturales o de hábitats de especies integrantes de la Red Natura 2000 y, ahora, además como interpretan las sentencias comentadas de 2014, la prevalencia de la planificación de espacios naturales protegidos sobre la hidrológica que establece el art. 18.3 (actual 19.3, tras la reforma de 2015) de la Ley 42/2007, aunque no estén integrados en la citada Red.

Sin embargo, como luego razonaré, esta excepción a la regla de la prevalencia ambiental, si bien salva las competencias estatales, no permite una adecuada integración de la planificación ambiental en la planificación hidrológica, pues antes que la prevalencia de una sobre otra, lo que interesa, cuando ello es factible, es la integración y armonización en las fases de elaboración de ambas planificaciones.

La segunda cuestión (competencia e instrumento para establecer las «condiciones específicas para su protección») merece una respuesta matizada y sin «relecturas» interesadas. El actual art. 43.2 TRLAg, señala que «los planes hidrológicos recogerán la clasificación de dichas zonas y las condiciones específicas para su protección». La competencia para clasificar es regional, como se ha dicho. La cuestión es si los planes deben también recoger o, en su caso, establecer «condiciones» relacionadas con gestión del agua y quién las fija. La interpretación comúnmente aceptada por la doctrina considera que las «condiciones» son las fijadas, sin matiz alguno y extensión, por la Administración ambiental, esto es, las Comunidades Autónomas, condiciones que deben limitarse a recoger los planes hidrológicos. En tal sentido, se afirma que el contenido de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (en adelante, PORN) que se aprueben para los espacios naturales protegidos, vincula a la planificación hidrológica y a los organismos de cuenca. Incluidas aquellas medidas que afecten a la gestión del agua.

Esta interpretación debe matizarse, reitero, pues, su eficacia debe ser absoluta en cuanto a la proyección espacial de la protección (me refiero a los usos del suelo permitidos o prohibidos a los efectos de la ordenación del territorio y urbanismo y ello es ajeno al contenido de los planes hidrológicos), pero los PORN no pueden –en mi opinión– establecer medidas directas (por ejemplo, caudales ecológicos, prohibición de extracción de agua) o indirectas (prohibición de construir embalses) de gestión de los recursos hídricos, en el caso de cuencas hidrográficas intercomunitarias, pues dichas medidas, previa la necesaria coordinación interadministrativa, en la fase de elaboración del planeamiento, solo pueden establecerlas los planes hidrográficos (reserva de plan y de procedimiento de elaboración), al exceder de la competencia ambiental, territorialmente limitada, de las Comunidades Autónomas. Esto es, la Comunidad Autónoma puede, en lo que afecte a competencias estatales (como en el caso de la gestión del agua), hacer «propuestas» a resolver por el Organismo de cuenca al informar el plan hidrológico de la demarcación, que aprueba definitivamente el Gobierno de la nación.

Cuando hablo de «relecturas» interesadas me refiero al *añadido* que incorpora la STC 154/2014, FJ. 6, a la transcripción de un fragmento del FJ. 20.e) de la STC 227/1988, que hemos recogido páginas arriba. En efecto, al contrastar la regla de la prevalencia

conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (Directiva de Hábitats), véase en imprescindible A. GARCÍA URETA, *Derecho Europeo de la biodiversidad*, pp. 561 y siguientes, en particular, pp. 578-589.

establecida en el art. 18.3 (actual 19.3) LPNBio con la «legislación estatal sectorial» (*sic!*, sorprendente calificación atribuida por el Tribunal a la legislación de aguas), en particular, la interpretación del original art. 41.2 LAg (actual art. 43.2 TRLAg), añade al último párrafo del texto transcrito más arriba, el texto en cursiva:

«–(...) tales reglas tuitivas del demanio hídrico deben ser respetadas a su vez por los diferentes instrumentos de ordenación del territorio (art. 41.3)– [STC 227/1988, FJ. 20.e)] y por los organismos de cuenca, cabe añadir ahora, en el ejercicio de sus competencias, dado el carácter vinculante de los planes hidrológicos».

Pudiera sostenerse que nada distinto dice el Tribunal a lo afirmado en 1988, aunque la vinculación de los organismos de cuenca puede interpretarse como vinculación a las condiciones de protección fijadas por las Comunidades Autónomas y «recogidas» por los planes, por lo que deduce, a continuación, la errónea relectura de lo establecido en la legislación de aguas que equipara a la regla de la prevalencia que ahora fija la Ley 42/2007:

«La legislación estatal sectorial (la de aguas, precisa el autor del texto) *no impone una regla distinta* a la contemplada por la Ley del patrimonio natural y biodiversidad. Antes al contrario, el Estado, y en concreto la planificación hidrológica en las cuencas supracomunitarias, que son las afectadas en este caso, está vinculada por la regulación de los usos del espacio natural protegido, sin que ello impida que, en aquellos casos en que, dándose las condiciones excepcionales previstas en la legislación básica, y mediando resolución motivada, el Estado quede desvinculado, en el ejercicio de las concretas facultades que comprenden sus competencias, de la regulación de usos incompatibles que contiene la Ley impugnada. En base a ello, debemos descartar la vulneración de la competencia que sobre aguas supracomunitaria atribuye al Estado el art. 149.1.22 CE» (cursiva del autor).

Como he defendido en anteriores trabajos, más arriba citados, el texto de la Ley de Aguas, rectamente entendido, debía recoger las declaraciones regionales de los espacios naturales protegidos de la cuenca, pero las condiciones específicas de su protección, en lo que afectan exclusivamente a las *reglas tuitivas del dominio público*, estaban y están reservadas al plan hidrológico y vinculan al ordenamiento territorial y urbanístico. Es evidente la interesada interpretación que hace la STC 154/2014, de lo afirmado en el Fundamento Jurídico 20.e), *in fine* de la STC 227/1988. No es cierto que la legislación de aguas establezca el mismo criterio de articulación entre la planificación hidrológica y la ambiental que la Ley 42/2007. La relectura que hace ahora el Tribunal, sobre la base de una interpretación hecha por el legislador básico estatal de 2007, es contraria al art. 149.1.22^a CE y falsea el contenido de la STC 227/1998, además de contradictoria con su doctrina de no fragmentación del régimen jurídico de las cuencas hidrográficas intercomunitarias (SSTC 30 y 32/2011).

2. LAS OSCILACIONES DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA AMBIENTAL

La relación de la planificación ambiental y la hidrológica ha conocido dos etapas diferentes. En la primera (que arranca con la Ley 4/1989) destaca el carácter *indicativo* de la primera sobre la segunda. Sin embargo, la Ley 42/2007, ha establecido la *primacía* relativa, como luego se verá, de aquélla sobre ésta.

2.1. *Carácter indicativo de la planificación ambiental en la Ley 4/1989*

La interpretación anterior matizada y plenamente respetuosa con la distribución constitucional de competencias fue la establecida –en mi opinión– por la legislación de conservación de la naturaleza, hasta la vigente Ley estatal 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. En efecto, la vinculación de los PORN, según el art. 5.2 de la Ley estatal 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, debía entenderse limitada a los instrumentos de planeamiento territorial o física (urbanística). Y la planificación hidrológica no es planificación territorial aunque tenga efectos territoriales innegables. Es una planificación especial (sectorial) de uno de los recursos esenciales de la naturaleza –y, por tanto, del medio ambiente–, con su propio sistema de distribución de competencias. En ese caso, el título genérico de «medio ambiente» o el específico «espacios naturales protegidos» (territorialmente limitados a cada Comunidad Autónoma) no pueden subvertir –en mi opinión– el sistema competencial específico de la gestión del agua, establecido por la Constitución. Para esta planificación sectorial (entre otras, la hidrológica), los PORN solo tienen –en la Ley 4/1989– carácter *indicativo*, como establece el art. 5.3 de la citada ley.

La Disposición Adicional 3ª de la Ley 4/1989, ratificaba esta interpretación al establecer la aplicación directa de las leyes estatales específicas reguladoras de determinados recursos naturales respecto de los que dicha ley se aplica supletoriamente. Por si alguna duda hubiera, el art. 9 de la Ley 4/1989 establecía que «la planificación hidrológica deberá prever en cada cuenca hidrográfica las necesidades y requisitos para la conservación y restauración de los espacios naturales en ella existentes, y en particular, de las zonas húmedas». Esto es, las medidas relativas a la gestión del agua deben establecerlas los planes hidrológicos de cuenca, de acuerdo con las necesidades del conjunto de la misma, interpretación que resulta coherente con las competencias que al Estado atribuye el art. 149.1.22ª CE y la finalidad integradora que tiene el procedimiento de elaboración de los Planes Hidrográficos y la participación y presencia activa de las Comunidades Autónomas en el Consejo del Agua de la cuenca. La protección ambiental que afecte o dependa exclusivamente de la gestión del agua, debe corresponder, en las cuencas supracomunitarias, al plan hidrológico, pues «toda actuación sobre el dominio público hidráulico» deberá someterse a la planificación hidrológica (art. 2.4 TRLAg).

En relación con la interpretación que sostengo, es oportuno recordar la declaración de inconstitucionalidad de la prohibición general establecida en el art. 48 de la Ley Foral 2/1993, de 5 de marzo, de Protección y Gestión de la Fauna Silvestre y sus hábitats de Navarra, precepto que impide la instalación, en aquellos tramos de río declarados como de especial interés ecológico, de centrales hidroeléctricas, la extracción de gravas y arenas, la corta de vegetación en las orillas, los baños y cualesquiera otras actividades que puedan suponer un perjuicio para la fauna, prohibición taxativa y apriorística sin tener en cuenta el propio plan de conservación y gestión de la zona. Resulta de extraordinario interés el razonamiento del Tribunal, pues, tras admitir que Navarra puede establecer normas adicionales de protección de determinados espacios naturales coincidentes con ámbitos territoriales adscritos a cuencas supracomunitarias, exigiendo

otras autorizaciones o estableciendo límites a determinadas actuaciones que habrán de tenerse presentes en el oportuno planeamiento, señala lo siguiente:

«Ahora bien, ello no significa que con apoyo en su competencia ambiental pueda establecer una prohibición general de actividad sobre un espacio en el que se proyectan otros títulos competenciales concurrentes, como lo es –en lo que ahora importa– el que ostenta el Estado ex art. 149.1.22ª CE, impidiendo su ejercicio y, sobre todo, cerrando el paso a fórmulas posibles de colaboración –como la de coordinar los respectivos planeamientos– que permitan el ejercicio compartido de aquellas actividades compatibles o complementarias» (STC 166/2000, FJ. 11, último párrafo).

Importante salvedad del Tribunal Constitucional al alcance de las potestades de las CCAA relativas a protección de espacios naturales, título competencial específico distinto del genérico «medio ambiente», al constituir los «espacios naturales protegidos», uno de los elementos u objetos del medio ambiente, el «soporte topográfico del medio ambiente», en palabras de la STC 102/1986, que reitera la 38/2002, FJ. 5.

2.2. *Prevalencia de la planificación ambiental en la Ley 42/2007. ¿Cambio de paradigma inconstitucional?*

Paradójicamente, la interpretación favorable a la primacía de la planificación hidrológica y a las competencias de los organismos de cuenca, que acabo de sostener, en cuanto a las «condiciones específicas de protección», relacionadas con la *gestión del agua*, no ha sido respaldada por la citada Ley 42/2007, de 13 de diciembre, norma estatal de naturaleza básica, que consagra la *prevalencia* –relativa, como luego se verá– de los PORN de los espacios naturales protegidos sobre cualquier otro instrumento planificador sectorial, incluidos los hidrológicos. Así lo establece el art. 18 (actual 19.3) de dicha Ley:

«Cuando los instrumentos de ordenación territorial, urbanística, de recursos naturales y, en general, física, existentes resulten contradictorios con los Planes de Ordenación de Recursos Naturales deberán adaptarse a éstos. En tanto dicha adaptación no tenga lugar, las determinaciones de los Planes de Ordenación de Recursos Naturales se aplicarán, en todo caso, *prevaleciendo* sobre dichos instrumentos.

Asimismo, los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales serán determinantes respecto de cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales, sin perjuicio de lo que disponga al respecto la legislación autonómica. Las actuaciones, planes o programas sectoriales solo podrán contradecir o no acoger el contenido de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales por *razones imperiosas de interés público de primer orden*, en cuyo caso la decisión deberá motivarse y hacerse pública» (cursiva del autor).

Los *Planes de Ordenación de los recursos naturales*, instrumentos específicos establecidos por la citada Ley 4/1989, de 27 de marzo, que mantiene la LPNBio (art. 17.2, los aprueban las Comunidades Autónomas, de acuerdo con las directrices para la ordenación de los recursos naturales que fije el Ministerio de Medio Ambiente), en el marco del Plan Estratégico Estatal del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Estos PORN deben establecer, entre otras, las «limitaciones generales y específicas que respecto de los usos

y actividades hayan de establecerse en función de la conservación de los componentes del patrimonio natural y la biodiversidad» [art. 20.d) LPNBio], limitaciones que se imponen a «cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales», como es el caso de «los instrumentos de ordenación territorial, urbanística, de recursos naturales y, en general, física» que cuando resulten contradictorios con los PORN «deberán adaptarse a éstos» (art. 19 LPNBio). Su contenido se entiende vincula, también, a la planificación hidrológica.

Los PORN, en consecuencia, son *vinculantes* para todas las Administraciones y, en cuanto a su objeto, frente a «cualesquiera otras actuaciones, planes o programas sectoriales», salvo que la legislación autonómica disponga otra cosa (véase, en este específico aspecto, la modélica Ley 4/2015, de 24 de marzo, de Patrimonio Natural de Castilla y León)¹² o concurran *razones imperiosas de interés público de primer orden*, que constituye una excepción a la regla general de prevalencia, razón por la que hablo de prevalencia «relativa» de los intereses ambientales.

La siempre cuestión problemática de la articulación de la planificación ambiental con la hidrológica se resuelve, en consecuencia, por la ley estatal básica en la materia, mediante la regla de *prevalencia* de la primera, con las excepciones –señala la STC 154/2014, F.J. 4– «caso a caso» que puedan establecerse, decisión que habrá de motivarse y hacerse pública. No contempla la ley estatal, como hubiera sido deseable, *mecanismos de integración* en la fase de elaboración de las correspondientes planificaciones (la ambiental y, en nuestro caso, la hidrológica). Resulta llamativa, por lo demás, la deficiente y contradictoria técnica legislativa seguida para introducir en el texto definitivo de la ley 42/2007 la

12. Considero modélica la Ley 4/2015 de Castilla y León, pues, su Título III lleva la significativa denominación de «Integración de la conservación del patrimonio natural en los planes, programas y políticas sectoriales», especialmente en aquellas con incidencia sobre el territorio. De acuerdo con su Exposición de Motivos «establece por un lado los mecanismos de intervención de la Consejería competente en materia de conservación del patrimonio natural en el procedimiento de elaboración de planes y programas, y por otro analiza los criterios a tener en cuenta en la ordenación territorial y urbanística, y en la planificación sectorial con incidencia territorial. Con ello se consigue incorporar la conservación del patrimonio natural en las primeras fases de las políticas sectoriales, las de su planificación, cuando es mucho más sencilla y efectiva la mitigación y corrección de efectos perjudiciales y la evaluación de sinérgicos y acumulativos. Esta integración ya fue establecida en los acuerdos del Consejo de la Unión de Cardiff, en el que se establecía la necesidad de elaborar estrategias de integración de la conservación del medio ambiente con las distintas políticas sectoriales». Estos principios inspiran la redacción del art. 25 (planificación hidrológica) y de los artículos dedicados a la integración de la conservación de la naturaleza en las políticas sectoriales, arts. 30 a 48. En ningún precepto se dice que los PORN tengan prevalencia sobre otros instrumentos de planificación sectoriales. Particular mención merecen los artículos dedicados a los ecosistemas acuáticos (arts. 36 a 43), en los que se establece la participación de los órganos competentes de la región en los procedimientos administrativos correspondientes (concesiones o autorizaciones demaniales, planificación para fijar caudales ecológicos); se sujetan a autorización complementaria (modificación vegetación cauces y riberas); informe previo (embalses, corrección y encauzamiento, alteración zonas de freza) o comunicación previa (vaciado embalses, canales y obras derivación) determinadas actuaciones que afectan a los ecosistemas acuáticos. En modo alguno se establecen prohibiciones generales de actuaciones relacionadas con el dominio público hidráulico, declaradas inconstitucionales en diversas SSTC.

regla de la prevalencia de la planificación ambiental sobre el resto de planificaciones sectoriales («ordenación territorial, urbanística, de recursos naturales y, en general, física»).

Fue fruto de una enmienda, la 44, presentada por el Grupo Parlamentario IU-ICV (Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds)¹³, al texto originario del art. 18.2 del Proyecto de Ley, presentado por el Gobierno, que solo establecía la prevalencia de la planificación ambiental (idéntica, en consecuencia a la Ley 4/1989) respecto de los «instrumentos de ordenación territorial o urbanística»¹⁴. Sin embargo, pese al haber aceptado la referida enmienda, no se corrigieron todas aquellas referencias que el Proyecto hacía a esta extensión objetiva, que paradójicamente se han mantenido en el texto definitivo aprobado de la Ley 42/2007 y no se han subsanado en la reforma de 2015. Así en la Exposición de Motivos (p. 2, párrafo 5; en la p. 4, párrafo 4 con la variante «ordenación territorial o física»); en los principios [art. 2.f)]. La excepción a la regla de la prevalencia, fue introducida en virtud de la enmienda (la 372) del Grupo Parlamentario Esquerra Republicana, que la justifica en la extensión de igual previsión para los planes o instrumentos de gestión de los espacios de la Red Natura 2000.

En lo que ahora interesa, la regla de la prevalencia de lo ambiental y la virtualidad de la excepción («razones imperiosas de interés público de primer orden») contemplada en el art. 18.2 (actual 19.2) LPNBio, como técnica para preservar las competencias estatales ha sido considerada ajustada a la Constitución en lo que se refiere a la gestión del *agua*, aunque no en materia de *defensa y fuerzas armadas*. Ese es el pronunciamiento de las SSTC 154 y 182/2014, de 25 de septiembre y 6 de noviembre. Sorprende este desigual trato siendo, como son ambas, competencias atribuidas al Estado por la Constitución.

El Presidente del Gobierno presentó recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes, de Castilla-La Mancha, 6/2011 y 5/2011, de 10 de marzo, de declaración del parque natural del Valle de Alcudia y Sierra Madrona y del parque natural de la Sierra Norte de Guadalajara, respectivamente, por posible vulneración de las competencias estatales en materia de defensa y fuerzas armadas (art. 149.1.4ª CE); legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.22 CE); legislación básica sobre protección del

13. La justificación es clara en cuanto a su finalidad: «El concepto y el alcance de la ordenación del territorio no están claramente delimitados, lo cual genera confusiones de interpretación. Los Planes de Ordenación de Recursos Naturales, de carácter integrado, deben prevalecer también sobre los planes sectoriales de ordenación de recursos naturales (*hidrológicos*, forestales, cinegéticos, pesqueros, etc.). El texto actual cita a los instrumentos de *planificación física* al final del punto 2, pero resulta más correcto hacerlo al principio, lo cual permite además simplificar el texto evitando reiteraciones».

El Grupo Parlamentario Popular, en la oposición, propuso (Enmienda 283) sustituir la redacción del Proyecto de Ley por la de «ordenación territorial o planeamiento general», justificándolo en la conveniencia de concretar los «instrumentos *urbanísticos* afectados, debiendo ser el planeamiento general el que contemple e integre todos los requerimientos y prescripciones que imponen las diversas legislaciones a la hora de transformar o desarrollar el territorio. Bien claro queda que no se incluyen otras clases de planeamiento, como es el caso de los recursos naturales. Una enmienda (la 211), de igual tenor literal y justificación fue la presentada por el Grupo Parlamentario Mixto.

14. BOCD, VIII Legislatura, Serie A, 15 de junio de 2007, núm. 140-I.

medio ambiente (art. 149.1.23 CE) y obras hidráulicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma (art. 149.1.24 CE)¹⁵.

Ambas leyes, en sus Anejos correspondientes, consideran *usos incompatibles* con la protección ambiental de los espacios naturales declarados –y en consecuencia, *usos prohibidos*– las maniobras y ejercicios militares y, con respecto a la gestión del agua, los usos siguientes: nuevas centrales hidroeléctricas; nueva construcción o recrecimiento de presas y nuevos trasvases, salvo en casos de necesidad de abastecimiento humano; extracción o derivación de aguas directamente de los bonales; las canalizaciones, dragados y demás operaciones similares que supongan la destrucción del biotopo en ríos, arroyos o humedales.

La STC 154/2014 considera, en cuanto a la *gestión del agua*, que no ha existido vulneración de la legislación básica estatal (en lo que interesa, de las previsiones del art. 18 –actual 19– LPNBio, que establecen la regla de la prevalencia de la planificación ambiental y la excepción). El Tribunal considera que dichas previsiones son formal y materialmente básicas, «en la medida que ordenan y priorizan otros intereses públicos concurrentes con el principio consagrado en el art. 45 CE, y establecen el criterio para resolver los conflictos que puedan surgir en el ejercicio de las competencias sectoriales, estatales o autonómicas, que inciden sobre un mismo espacio físico», pues la ley impugnada, aunque no lo reitera (la no reiteración literal de la excepción prevista en la norma básica no puede constituir *per se* un motivo de vulneración de la legislación básica), no impide, ni expresa ni implícitamente la aplicación de las excepciones previstas en la legislación básica.

En el plano aplicativo, estas excepciones «deben establecerse una vez que la colisión entre intereses públicos se haya producido, lo que deberá hacerse caso a caso, de forma motivada, a la vista de las razones imperiosas de interés público concurrentes» (FJ. 4), en cuyo caso «se impondrán, con desplazamiento que no inconstitucionalidad, de la competencia autonómica legítimamente ejercida en materia de espacios naturales» (FJ. 5).

Esta interpretación del Tribunal¹⁶ parece presumir que, en el caso, han existido mecanismos de colaboración e integración antes de que surja el conflicto, como sería la coordinación de las distintas planificaciones en el momento de su elaboración, dado que, por exigencia de la legislación básica, los planes de ordenación de los recursos naturales –con las limitaciones de usos que pueden comprender– «con independencia del rango de la norma que los adopte, se sujetan a información pública y audiencia de los interesados (art. 21 de la Ley 42/2007), lo que implica la participación del organismo de cuenca cuando estén afectadas las aguas de las cuencas supracomunitarias, o del órgano

15. Las referidas leyes de Castilla-La Mancha fueron promulgadas, en nombre del Rey, por el Presidente de la Junta, José María Barreda, del PSOE. El recurso de inconstitucionalidad fue presentado por la Abogacía del Estado, en nombre del Gobierno de la Nación, el 22 de diciembre de 2011, al día siguiente de la toma de posesión del Sr. Mariano Rajoy, del PP, como Presidente del Gobierno, tras las elecciones de 20 de noviembre de 2011, en las que consiguió mayoría absoluta.

16. Véase el juicio crítico de I. CARO-PATÓN y V. ESCARTÍN, en el trabajo anteriormente citado, en cuanto consideran que las leyes regionales no superan el triple test de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional había establecido para la salvaguarda de las competencias estatales, en caso de competencias concurrentes sobre un mismo espacio físico. La novedad ahora es la discutible interpretación hecha por el legislador básico estatal, con cambio de paradigma.

estatal competente para las actividades que puedan verse afectadas o impedidas por la ordenación medioambiental» (FJ. 5).

Obvia, sin embargo, el Tribunal que, en ambas declaraciones de parques naturales, sus correspondientes planes de ordenación de los recursos naturales habían sido aprobados mediante sendas normas reglamentarias (el Decreto 214/2010, de 28 de septiembre, el del Valle de Alcudia y Sierra Madrona y el Decreto 215/2010, el de la Sierra Norte de Guadalajara), cuyo contenido fue incorporado a los Anejos de las respectivas Leyes 6 y 5/2011, de 10 de marzo¹⁷. Aun en el supuesto hipotético de que en el procedimiento reglamentario se hubiera dado trámite de audiencia a los organismos de cuenca afectados (nada se dice al respecto en las sentencias), el procedimiento legislativo no contempla la participación de los interesados y el rango formal de ley limita el derecho a la tutela judicial efectiva para hacer frente a las limitaciones incorporadas a la ley (lo que suscita la problemática de las *leyes singulares*, abordada por la STC 203/2013 y la reciente STC 50/2015, declaración del parque natural de Fuentes Carrionas).

La concurrencia de competencias estatales y autonómicas con objetos distintos sobre un mismo espacio físico debe resolverse –de acuerdo con la tradicional jurisprudencia del Tribunal– acudiendo en primer lugar a técnicas de *coordinación y cooperación* y, cuando resulten insuficientes, ha de determinarse cuál es el título *prevalente* en función del interés general concernido (STC 82/2012, caso Bardenas Reales)¹⁸. Esa regla de prevalencia había favorecido, hasta las sentencias comentadas, el ejercicio de las competencias estatales, aunque tuviesen incidencia territorial (caso de las infraestructuras públicas de competencia estatal).

Los problemas de concurrencia competencial sobre un *espacio natural protegido* los ha resuelto el legislador básico estatal (LPNBio) ahora

«estableciendo la *primacía* de la ordenación del espacio protegido, mediante la imposición de las correspondientes limitaciones y prohibiciones de usos, sobre cualesquiera planes, programas y actuaciones concretas, salvo que concurren los requisitos excepcionales señalados (razones imperiosas de interés público de primer orden), en cuyo caso la actividad sectorial en cuestión no quedará vinculada por la regulación de usos. Solo entonces los planes y actuaciones que realice el Estado o permita realizar a terceros en el ejercicio de sus competencias, al igual que las que son competencia de las Comunidades Autónomas, se impondrán, con desplazamiento, que no inconstitucionalidad, de la competencia autonómica legítimamente ejercida en materia de espacios naturales, pues la limitación general de usos seguirá siendo legítima y constitucional

17. Téngase presente que la Ley 5/2011, de 10 de marzo, de declaración del Parque Natural de la Sierra Norte de Guadalajara, incluye el Macizo del Pico del Lobo-Cebollera (Red Natura 2000), cuyo PORN fue aprobado, unos años antes, por el Decreto 183/2005. La STSJ 383/2009 de Castilla-La Mancha anuló diversos epígrafes idénticos a los luego incluidos en la Ley 5/2011.

18. Véanse los comentarios críticos al citado fallo en A. GARCÍA URETA, «Áreas destinadas a la defensa, protección de la biodiversidad e incidencia del Derecho de la Unión Europea sobre las competencias atribuidas en la Constitución: reflexiones a la luz de la STC 82/2012 (Parque Natural de las Bardenas Reales)», REDA, 155(2012), pp. 155-172. Considera poco matizada esta doctrina constitucional, pues, en su opinión las medidas de protección de hábitats y aves son también aplicables a las actuaciones en materia de defensa y seguridad.

aunque no opere en el caso concreto en que concurren las condiciones excepcionales establecidas por la legislación básica», STC 154/2014, FJ. 5 (cursiva del autor).

En las SSTC 154 y 182/2014 es la primera vez que se plantea en sede constitucional:

«la concurrencia de competencias estatales y autonómicas que inciden sobre las aguas supracomunitarias a resolver conforme al criterio de la *prevalencia* establecido en la Ley de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad que el legislador básico estatal, sólo aplicable a la ordenación contenida en los planes de ordenación de los recursos naturales de espacios naturales protegidos. Así, en las sentencias en las que se ha dado respuesta a la concurrencia competencial que afecta a las aguas supracomunitarias en relación con la fijación de los *caudales ecológicos*, *no estaba en juego la ordenación de los espacios naturales*, tal y como ha sido configurada por la legislación básica estatal sobre espacios naturales protegidos, sino la competencia en materia de *pesca* o de *protección general del medio ambiente* (por todas, SSTC 123/2003, de 19 de junio; 110/2011, de 22 de junio, FJ 7; 195/2012, de 31 de octubre, FJ 5)», STC 154/2014. FJ. 6 (las cursivas son del autor).

Afirmaciones justificativas de la prevalencia del contenido de los planes de ordenación de los recursos naturales aprobados por las Comunidades Autónomas para sus espacios naturales que resultan –en mi opinión– poco matizadas y generadoras de futuros conflictos, en el caso de que una Comunidad Autónoma, pretendiera incluir en los PORN –por ejemplo– unos determinados caudales ambientales para un espacio natural protegido de su ámbito territorial, pero integrado en una cuenca *intercomunitaria* (por ejemplo, Cataluña, para la protección del Delta del Ebro)¹⁹. Llama la atención que, para fundamentar su razonamiento, el Alto Tribunal cite el Fundamento Jurídico 5 de la STC 195/2012, en la que se recoge una contundente y esclarecedora síntesis de la doctrina constitucional sobre la competencia estatal (organismos de cuenca y Gobierno de la nación) para la fijación de los *caudales ecológicos* en las *cuencas supracomunitarias*, entre las que se incluye (procedente de la STC 123/2003) la siguiente afirmación:

«Se infiere de todo ello, que el *régimen de caudales ecológicos* ha de ser elaborado y aprobado para la cuenca hidrográfica en su *conjunto*, lo que impide una regulación independiente del mismo por *cada una* de las Comunidades Autónomas

19. De nuevo no estamos ante una hipótesis teórica, sino que la cuestión se ha suscitado en relación con la protección del Delta del Ebro. La Disposición Adicional Décima de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional (según la reforma aprobada en 2005) contempla la aprobación de un *Plan Integral de Protección del Delta del Ebro* que, entre otros contenidos, debe incluir «la definición del régimen hídrico que permita el desarrollo de las funciones ecológicas del río, del Delta y del ecosistema marino próximo». Al no haberse aprobado, de común acuerdo, entre la Administración General del Estado y la Generalidad de Cataluña el referido Plan (entre otras razones, por falta de acuerdo en relación con la determinación de los caudales ecológicos), el Plan Hidrológico de la Demarcación del Ebro ha establecido unos determinados caudales en el tramo final del río. Aprobado por el Real Decreto 129/2014, de 28 de febrero, y recurrido por la Generalidad, entre otros aspectos, por la cuestión de los caudales ecológicos, la STS de 20 de noviembre de 2015 (ROJ 5035/2015), ha desestimado el recurso y confirmado la adecuación a Derecho del Plan. El nuevo Plan revisado del Ebro, aprobado por el Real Decreto 1/2016, de ocho de enero (que deroga el anterior de 2014), también ha sido recurrido por idéntica cuestión y está pendiente de fallo.

implicadas, cuyas competencias en materia de pesca fluvial y de protección de su ecosistema *no pueden tener un alcance extraterritorial*, ni interferir en la competencia del Estado sobre aprovechamientos hidráulicos...» (la cursiva es del autor).

Pese a que la STC 154/2014, FJ. 6, niega que las limitaciones impuestas por la Ley impugnada sean excesivas o tengan efectos extraterritoriales («no es posible inferir que la ordenación contenida en los mismos exceda la imposición de límites o prohibiciones a la utilización del espacio físico especialmente protegido por el que discurren las aguas supracomunitarias, o que tenga un efecto extraterritorial que exceda los límites del parque natural, o que no sirvan a la finalidad de conservación que define la competencia»), es evidente que, algunos de los usos incompatibles, como la prohibición de construcción de *nuevos embalses* tiene incidencia supraterritorial, como la tendría la inclusión de *caudales ecológicos* en un PORN. Pues, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los usos y aprovechamientos en el territorio de cada Comunidad Autónoma condicionan los restantes no sólo aguas arriba, sino también aguas abajo (por todas la STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ. 15, doctrina que reiteran las SSTC 30/2011, de 16 de marzo, FJ. 3 y 32/2011, de 17 de marzo, FJ. 2, y más recientemente, la 13/2015, de 5 de febrero, FJ. 5).

En efecto, debe subrayarse, que las competencias regionales tienen limitados sus efectos al territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, aunque el Tribunal Constitucional ha admitido excepciones a esa rígida interpretación para garantizar la efectividad de dichas competencias. Pero es evidente, que esa efectividad no puede reconocerse con menoscabo e interferencia en las competencias de otras Comunidades Autónomas y, en particular, de las del Estado. Y eso es lo que ocurre cuando están en juego los intereses generales de toda una cuenca, pues lo que afecte a una parte condiciona la gestión de la cuenca entera. De ahí que no se pueda «fragmentar» su gestión, y establecer tantos regímenes jurídicos, como Comunidades Autónomas formen parte de la demarcación hidrográfica.

La cuestión que suscita el criterio de prevalencia de los PORN aprobados por las Comunidades Autónomas sobre las competencias del Estado en materia de aguas y de obras hidráulicas, así como la de obras públicas de interés general, es que ese criterio de prevalencia lo ha fijado el legislador básico estatal. Por esa razón, para el Tribunal Constitucional la posible colisión de la ley regional impugnada con la Ley 42/2007, constituye un supuesto de «constitucionalidad mediata» [SSTC 154/2014, FFJJ. 3 y 4 y 182/2014, FJ. 2.b)]. Considero, sin embargo, que este planteamiento es equivocado o, si se quiere incompleto, pues el Abogado del Estado alegó la infracción del art. 149.1.22 CE por las leyes regionales recurridas, y el Tribunal lo que hace en su examen de constitucionalidad es interponer la interpretación que ha hecho el legislador estatal básico (regla de prevalencia de la protección de espacios naturales, salvo la excepción de «razones imperiosas de interés público de primer orden»), sin cuestionarse²⁰ si ese criterio se ajusta al art. 149.1.22 CE.

20. El Tribunal se limita a señalar que «estas previsiones son formalmente básicas, ya que así lo establece la disposición final segunda de la Ley 42/2007. También son materialmente básicas en la medida que ordenan y priorizan otros intereses públicos concurrentes con el principio consagrado en el art. 45 CE y establecen el criterio para resolver los conflictos que puedan surgir

Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional salva la conformidad de las leyes regionales impugnadas por su adecuación a la legislación básica estatal (lo que denomina constitucionalidad «mediata») y, en consecuencia, la competencia regional para aprobar los PORN, en su más amplio contenido y su prevalencia sobre los demás planes sectoriales (incluidos los planes hidrológicos), porque opera la *excepción*, prevista en esa legislación básica estatal, cuando concurran «razones imperiosas de interés público superior de primer orden». De modo que, cuando se produzca el conflicto, caso a caso, el Estado (prescindiendo ahora de las Comunidades Autónomas que puedan establecer en su legislación, la inoperancia de la regla de prevalencia, como ha hecho Castilla y León) habrá de justificar esas «razones imperiosas» para romper el criterio de la prevalencia. Y este concepto –advírtase– no es idéntico al de «interés general», como atributivo de determinadas competencias del Estado, de acuerdo con el art. 149.1 CE (puertos y aeropuertos, apartado 20; obras públicas, apartado 24), de manera que el legislador básico estatal ha situado al Estado en una posición jurídica más restrictiva o debilitada que la que resulta de la propia Constitución (en particular, *ex art.* 149.1.22 CE), dado que, desde la perspectiva de la aplicación del Derecho de la Unión Europea y su primacía, no son equiparables ambos conceptos²¹.

por el ejercicio de las competencias sectoriales, estatales o autonómicas, que inciden sobre un mismo espacio físico, sin que el establecimiento de una regla de prevalencia y sus excepciones llegue a agotar la regulación material en materia de espacios naturales protegidos, atribuya al Estado competencias de las que carece, ni le permita absorber competencias autonómicas», STC 154/2014, FJ. 4.

21. Este es el planteamiento sostenido por la Comisión Europea (Secretaría General), en la *Carta de Emplazamiento, Infracción nº 2014/4023*, de 29 de mayo de 2015, dirigida a España, con ocasión del Proyecto de construcción del embalse de Biscarrués (Huesca), en la Demarcación Hidrográfica del Ebro. El emplazamiento está fundado en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva Marco del Agua, en cuanto que, de acuerdo con su art. 4.1, deben aprobarse programas de medidas que prevengan el deterioro del estado de las masas de agua superficial, sin perjuicio de las excepciones contempladas, en lo que interesa, en el apartado 7 de dicho artículo. En efecto, no se considerará infracción de la DMA no alcanzar el buen estado cuando los motivos de las modificaciones o alteraciones (del buen estado) sean «de interés público superior y/o que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos establecidos en el apartado 1 se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o alteraciones para la salud humana, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible». La Administración española para justificar su construcción había alegado que el embalse fue declarado de «interés general» en 1992, incluido en el Plan Hidrológico del Ebro de 1998 y ratificado en los Anexos del Plan Hidrológico Nacional de 2001, lo que justificaría el «interés social del proyecto». En particular, el Plan Hidrológico del Ebro (art. 15.2 Normativa, 2014) consideraba, a los efectos del 4.7 DMA, de interés público superior las actuaciones del Programa de Medidas declaradas de interés general del Estado. Sin embargo, «a juicio de la Comisión, el concepto de interés público superior se refiere a situaciones en las que la modificación o alteración del estado de las masas de agua causada por el proyecto se considere necesaria para proteger valores fundamentales para la vida de los ciudadanos (salud, seguridad, medio ambiente); para garantizar políticas fundamentales para el Estado y la sociedad; o para cumplir obligaciones específicas de servicio público» (§ 40 de la Carta). Y, más adelante, «la Comisión considera que una simple referencia a la declaración de interés general no es suficiente para demostrar que el proyecto sea de interés público superior en el sentido del artículo 4, apartado 7, letra c) de la Directiva». Ciertamente es que el problema es sobre todo formal, pues la justificación

Esta constatación es una razón relevante para que considere, como he venido anunciando, que el legislador básico estatal ha incurrido en una extralimitación constitucional al establecer la regla de la prevalencia del contenido de los PORN sobre la planificación hidrológica, con menoscabo e interferencia en el ejercicio de las competencias del Estado en las cuencas hidrográficas intercomunitarias. Para entender el alcance que puede tener esta extralimitación y de la discutible interpretación favorable hecha por el Tribunal Constitucional basta pensar en la posición mantenida por la Generalidad de Cataluña respecto de los *caudales ambientales* fijados por el Plan Hidrológico de la Demarcación del Ebro anterior (RD 129/2014, de 28 de febrero), por considerarlos insuficientes. El Plan fue impugnado ante el Tribunal Supremo, si bien el recurso ha sido desestimado por STS de 20 de noviembre de 2015 (ROJ 5035/2015). La aprobación de la revisión del citado Plan por el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, ha corrido la misma suerte y está pendiente de fallo ante el Tribunal Supremo. Como es presumible el fallo será idéntico (pues no se ha alterado el marco normativo), salvo que, al amparo de la equívoca jurisprudencia constitucional que acabo de resumir y que no fue tenida en cuenta por la Sala Tercera en la primera ocasión, la Generalidad decida aprobar un específico PORN del Delta del Ebro que incluya los caudales ecológicos que pretende (ajenos al comportamiento en régimen natural del río), operación que considero menoscabaría las competencias estatales²².

Si esta es la lectura que pudiera hacerse del fragmento transcrito más arriba de la STC 154/2014 (FJ 6), he de señalar que, en el caso concreto de los caudales ecológicos para el tramo final del Ebro (Delta del Ebro, declarado por la Generalidad de Cataluña espacio natural protegido, integrado en la Red Natura 2000, además de humedal internacional Ramsar), considero que una actuación unilateral de la Generalidad de Cataluña en este sentido sería contraria –en mi opinión– a la actuación *bilateral* establecida en la Disposición Adicional Décima de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico nacional, en cuanto que atribuye la *propuesta* de caudales del Delta del Ebro al acuerdo conjunto (el Plan Integral de Protección del Delta del Ebro, incluido el «régimen hídrico», debe aprobarse por «mutuo acuerdo») de la Administración General del Estado y a la Generalidad de Cataluña, acuerdo que constituye una *propuesta* que habrá de ser considerada por el Consejo del Agua de la Demarcación Hidrográfica del Ebro y aprobada definitivamente por el Gobierno de la nación, en los términos que tenga por conveniente. Esa es la *interpretación conforme* –no se olvide esta particularidad– recogido en el fallo de la STC 195/2012, a resultados del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de La Rioja, contra la citada Disposición Adicional Décima de la Ley 5/2001.

Entreabrir esta puerta competencial en materia de espacios naturales protegidos asegura un potencial de conflictividad en materia de gestión del agua de extraordinarias

debiera estar recogida en el Plan Hidrológico del Ebro y no es suficiente, la mera declaración de interés general del proyecto, por remisión a otros textos o instrumentos.

22. No comparto, por lo expuesto, la interpretación que A. EMBID, «El futuro de la Ley de Aguas», en A. EMBID (Director), *Treinta años de la Ley de aguas de 1985*, Aranzadi, 2016, pp. 57-97, en especial, pp. 78-81, sostiene de estas sentencias y sus consecuencias en la futura sentencia que dicte el Tribunal Supremo en el nuevo recurso interpuesto por la Generalidad contra el Plan del Ebro (2016), por más que advierta de la complejidad de este supuesto de concurrencia competencial, en la nota 66, pp. 80-81.

consecuencias negativas, dada las tensiones territoriales que suscita la política de Además y sobre todo, el fallo del Tribunal en modo alguno favorece los mecanismos de integración colaborativa del planeamiento medioambiental con el hidrológico, que tanto ha clamado. Ha establecido una *regla de conflicto* (prevalencia, salvo expresamente), «una vez que la colisión entre intereses públicos se haya producido, lo que ha de hacerse, caso a caso» (STC 154/2017, FJ. 4, penúltimo párrafo). Un modelo distinto que ha plasmado el legislador de Castilla y León al que me he referido.

LA POLICÍA LOCAL COMO TÍTULO COMPETENCIAL

MANUEL REBOLLO PUIG*

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

Revista Española de Derecho Administrativo 182
Enero – Marzo 2017
Págs. 81-107

SUMARIO: I. EL CAMBIO OPERADO EN 2013: DE LA SEGURIDAD EN LOS LUGARES PÚBLICOS A LA POLICÍA LOCAL. II. EL SENTIDO AMPLIATORIO DE LA MODIFICACIÓN: LA POLICÍA NO SE CIRCUNSCRIBE A LA SEGURIDAD NI A LOS LUGARES PÚBLICOS. III. LA RECUPERACIÓN DE UN TÍTULO COMPETENCIAL MUNICIPAL CLÁSICO EN EL RÉGIMEN LOCAL ESPAÑOL. IV. LA POLICÍA LOCAL COMO INHERENTE AL «PODER MUNICIPAL». V. LA POLICÍA LOCAL COMO TÍTULO COMPETENCIAL DIRECTO DE LOS MUNICIPIOS Y JUSTIFICADOR DE ACTIVIDAD DE LIMITACIÓN. VI. ORDEN PÚBLICO O CONVIVENCIA CIUDADANA. VII. COMPETENCIA MUNICIPAL SOBRE POLICÍA Y COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS.

RESUMEN: Se analiza el significado de la nueva atribución a los municipios de la competencia sobre policía local. Se pone de relieve que esa competencia tiene raíces históricas profundas que se conectan con la idea de «Poder municipal», así como su relación con el clásico concepto de orden público y el moderno de convivencia ciudadana. Se destaca la amplitud de esta competencia municipal y el valor directo de su atribución, especialmente en cuanto a la aprobación de ordenanzas. Todo ello sin perjuicio de las competencias estatales y autonómicas.

ABSTRACT: It analyzes the meaning of the new attribution to the municipalities of the competition on local police. It is emphasized that this competition has deep historical roots that connect with the idea of «municipal power», as well as its relationship with the classic concept of public order and modern citizen coexistence. It highlights the breadth of this municipal competition and the direct value of its attribution, especially regarding the approval of ordinances. All this without prejudice to the state and regional powers.

El derecho de los ciudadanos al agua es un tema que abarca el derecho constitucional y administrativo, sino también involucra otras áreas del derecho como aquellos internacional, de la Unión Europea y del medio ambiente; entre ellos, el derecho administrativo estudia las formas por las que el sujeto el público va a garantizar a todos los ciudadanos el cumplimiento efectivo de este derecho fundamental, en primer lugar resolviendo la elección entre la gestión directa e indirecta, en este último caso basándose en entidades públicas o sólo parcialmente privadas. Es un tema delicado como la elección acerca la manera de administrar el agua vive una tensión constante entre dos polos: el de la competencia, lo cual es particularmente importante en Europa, y la protección de los derechos humanos, incluida la igualdad en el acceso al agua. En este contexto, se considera interesante para cobrar las contribuciones de dos sistemas legales europeos (Italia, España), con una selección de varios sistema legal latinoamericano, algunos de ellos muy sensibles a la cuestión.

Gabriella Crepaldi, Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Bergamo (Italia).

Antonio Fanlo Loras, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Rioja (España).

Antonio Embid Irujo, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza (España).

Liber Martin, Profesor de Derecho Administrativo, Ambiental y de Aguas en la Universidad Nacional de Cuyo e investigador del CONICET (Argentina).

Alejandro Vergara Blanco, Profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Maria Pilar García Pachón, Directora del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia.

Andry Matilla Correa, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba).

Karlos Navarro, Catedrático de Derecho Administrativo, UNAN-Managua (Nicaragua).

José Ignacio Hernández González, Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Central de Venezuela.

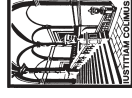
€ 25,00



G. CREPALDI (coordinador) – PERFILES DE LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL AGUA EN ITALIA, ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA

PERFILES DE LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL AGUA EN ITALIA ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA

GABRIELLA CREPALDI
(coordinador)



G. Giappichelli Editore



tirant lo blanch

PERFILES DE LA ORDENACIÓN JURÍDICA
DEL AGUA EN ITALIA, ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA

GABRIELLA CREPALDI

(coordinador)

PERFILES DE LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL AGUA EN ITALIA ESPAÑA Y AMÉRICA LATINA



G. Giappichelli Editore



tirant lo blanch

© Copyright 2017
EDITORIAL TIRANT LO BLANCH - VALENCIA
ISBN 978-84-914-3206-7
<http://www.tirant.com>

© Copyright 2017
G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
ISBN/EAN 978-88-921-0793-9
<http://www.giappichelli.it>

Este libro ha sido objeto de una evaluación científica a través de un proceso de revisión double-blinde por dos revisores internacionales. El editor mantiene la documentación.

Volumen publicado con el apoyo del Departamento de Derecho de la Universidad de Bérnago.

Impresora: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

ÍNDICE

pag.

Autores

XI

RELEVANCIA ECONÓMICA DEL SERVICIO DE AGUAS Y FORMAS DE GESTIÓN: LA REFLEXIÓN SOBRE EL CASO ITALIANO

Gabriella Crepaldi

1. Servicio público y ciudadanía administrativa	1
2. Servicios públicos de relevancia económica	4
3. Servicio de aguas y referéndum contra el sistema empresarial	5
4. Remuneración del capital y principio de la recuperación total de los costes (full cost recovery)	9
5. Las formas de gestión tras el referéndum abrogatorio	11
6. Los nuevos Textos únicos sobre las empresas de participación pública y sobre los servicios públicos de interés económico general	16
7. Reflexiones finales	18

LA SINGULARIDAD HIDROLÓGICA DE ESPAÑA: UN SISTEMA DE AGUAS ARTIFICIALIZADO

Antonio Fanlo Loras

Introducción	21
1. La singularidad hidrológica de España no es un tópico, sino una realidad: predominio absoluto de un sistema de aguas «reguladas» (artificializado) y no fluyentes en régimen natural. La corrección de los desequilibrios hídricos espacio-temporales como objeto de la política hidráulica del último siglo	25
2. La Directiva Marco del Agua como marco de referencia y los objetivos de la planificación hidrológica	37

ORGANIZACIONES DE USUARIOS Y PARTICIPACIÓN EN LA GESTIÓN DEL AGUA EN EL DERECHO ESPAÑOL

Antonio Embid Irujo

I. Introducción general	45
II. Usuarios y comunidades de usuarios en España. Rasgos generales	50
1. El concepto de usuario. Distinción con el de ciudadano y consecuencias	50
2. Comunidades de usuarios. Pluralidad de tipos. El supuesto especial de las aguas subterráneas	52
3. Naturaleza jurídica de las comunidades de usuarios: corporaciones de derecho público. Algunas consecuencias. El control sobre las comunidades de usuarios	55
4. Modernidad y tradición en el ordenamiento jurídico de las comunidades de usuarios	58
5. La organización de las comunidades de usuarios: caracteres generales	59
6. La plural funcionalidad de las comunidades de usuarios	60
III. Bibliografía Básica	61

AGUA Y SANEAMIENTO COMO DERECHO HUMANO Y SERVICIO PÚBLICO. IMPLICANCIAS DE SU RECONOCIMIENTO PARA EL CASO ARGENTINO

Liber Martin

1. Introducción	63
2. El derecho humano al agua y al saneamiento en el plano internacional	67
2.1. Debates pendientes en el contexto latinoamericano	69
3. El derecho al agua y saneamiento en el ámbito nacional	71
4. Impacto del derecho humano al agua y al saneamiento en el régimen argentino de servicios públicos	74
4.1. Usuarios actuales	77
4.2. Usuarios futuros	78
5. Conclusiones	82
6. Bibliografía	82

**ADMINISTRACIÓN, AUTOGOBIERNO
Y MERCADO EN EL AGUA PÚBLICA.
EL CASO DE CHILE**

Alejandro Vergara Blanco

1. Las aguas como hecho jurídico: geografía y usos	85
1.1. Características geográficas de Chile	86
1.2. Principales usos o destinos del agua en el ámbito socioeconómico de Chile	87
2. Marco regulatorio del aprovechamiento de las aguas	87
2.1. Garantía y reconocimiento de derechos de aguas	88
2.2. Protección constitucional de los derechos de aguas	88
2.3. La codificación del derecho de aguas	89
2.4. Reglamentos en materia de aguas	92
3. Sistema de la disciplina del Derecho de Aguas	92
3.1. Núcleo dogmático del Derecho de Aguas	92
3.2. La distribución del agua (a cada usuario de un río)	93
3.3. Bases jurídicas del derecho de aguas chileno	97
a) Un Derecho de aguas costumbrista	97
b) Regulación recoge realidad geográfica: la unidad de la corriente	97
c) Seccionamiento de los ríos y unidad de la corriente	98
d) Garantías del procedimiento concesional dirigido a crear nuevos títulos de aguas	99
e) Garantías para el libre aprovechamiento de las aguas: mercado	100
f) Autogestión de los titulares de derechos de aguas	104
4. Organización y funciones administrativas	104
4.1. La Dirección General de Aguas	105
4.2. Las juntas de vigilancia	105
4.3. Las restantes organizaciones de usuarios	107
5. Técnicas de intervención (procedimientos concesionales o autorizacionales)	109
5.1. Calificación legal de las aguas en Chile	109
5.2. Contenido y características esenciales de los derechos de aprovechamiento de aguas	110
5.3. Tipología de los derechos de aprovechamiento de aguas	112
a) Los derechos de aprovechamiento de aguas «constituidos»	112
b) Los derechos de aprovechamiento de aguas «reconocidos»	113

	<i>pag.</i>
5.4. Procedimiento concesional de los derechos de aprovechamiento de aguas	117
5.5. Catastro y control de las aguas	121
6. Resolución de conflictos	121
Bibliografía reciente	122
Jurisprudencia citada	122
Normativa citada	123

**LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA
EN MATERIA DE VERTIMIENTOS EN COLOMBIA.
ANÁLISIS DE ALGUNAS DIFICULTADES
EN LA ACCIÓN DE POLICÍA ADMINISTRATIVA**

María del Pilar García Pachón

1. Introducción	125
2. La acción de policía administrativa en materia de control de vertidos en Colombia	127
3. Las prohibiciones. Algunas dificultades en su aplicación efectiva	129
4. El permiso de vertimientos. Conflictos en el establecimiento de competencias	131
5. La potestad sancionadora. ¿Es suficientemente radical la respuesta sancionatoria del estado Colombiano frente a las infracciones administrativas y frente al daño ambiental?	133
Conclusiones	138
Bibliografía	138

LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL AGUA EN CUBA: ALGUNOS APUNTES

Andry Matilla Correa

1. Introducción	141
2. Cuba, aguas y Derecho: un planteamiento inicial	143
3. La ordenación normativa del agua en Cuba: apuntes históricos	146
4. El marco actual de ordenación jurídica del agua en Cuba	156
5. A modo de epílogo: unas reflexiones sobre el marco actual de ordenación jurídica del agua en Cuba	163

EL SERVICIO PÚBLICO DEL AGUA EN CENTROAMÉRICA Y NICARAGUA

Karlos Navarro

1. El servicio público del agua en Nicaragua. Antecedentes	169
2. La crisis de los ochenta y la nacionalización de las Empresas	171
3. La privatización y Descentralización de los servicios públicos en Nicaragua	173
4. La ley de agua Nacionales	175
5. Conclusión	177

LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL AGUA EN VENEZUELA

José Ignacio Hernández González

1. Introducción	179
2. Breve análisis sobre la evolución de la regulación legal del servicio de agua en Venezuela	180
2.1. Derecho y recursos hídricos en Venezuela	180
2.2. La regulación civil sobre las aguas	183
2.3. La transición del Derecho de Aguas: del régimen de propiedad privada al régimen del dominio público	185
2.4. La regulación administrativa sobre las aguas	188
3. El régimen jurídico-administrativo de las aguas en la Ley de Aguas	189
3.1. La declaratoria legal de todas las aguas como bienes del dominio público. Breves reflexiones sobre sus consecuencias jurídicas	189
3.2. Las formas de aprovechamiento de las aguas	191
3.3. Los principios de la intervención administrativa para garantizar la gestión integral de las aguas	192
3.4. Las técnicas de control administrativo para garantizar la gestión integral de las aguas	193
3.5. Las Administraciones competentes para el control sobre las aguas	194
4. El régimen de los servicios de agua potable y saneamiento	194
4.1. Las formas de gestión de los servicios de agua potable y saneamiento	195
4.2. El control sobre los servicios de agua potable y saneamiento	196
4.3. La falta de aplicación de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento	197

	<i>pag.</i>
5. El régimen jurídico-administrativo de los espacios acuáticos	197
6. Breve apunte sobre la protección de los derechos de los usuarios	198
7. Balance crítico del régimen jurídico-administrativo de las aguas	199

AUTORES

Gabriella Crepaldi, Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Bergamo (Italia)

Antonio Fanlo Loras, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Rioja (España)

Antonio Embid Irujo, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza (España)

Liber Martin, Profesor de Derecho Administrativo, Ambiental y de Aguas en la Universidad Nacional de Cuyo e investigador del CONICET (Argentina)

Alejandro Vergara Blanco, Profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile

Maria Pilar García Pachón, Directora del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia

Andry Matilla Correa, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba)

Karlos Navarro, Catedrático de Derecho Administrativo, UNAN-Managua (Nicaragua)

José Ignacio Hernández González, Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello y en la Universidad Central de Venezuela

LA SINGULARIDAD HIDROLÓGICA DE ESPAÑA: UN SISTEMA DE AGUAS ARTIFICIALIZADO *

Antonio Fanlo Loras

SUMARIO: Introducción. – 1. La singularidad hidrológica de España no es un tópico, sino una realidad: predominio absoluto de un sistema de aguas «reguladas» (artificializado) y no fluyentes en régimen natural. La corrección de los desequilibrios hídricos espacio-temporales como objeto de la política hidráulica del último siglo. – 2. La Directiva Marco del Agua como marco de referencia y los objetivos de la planificación hidrológica.

Introducción.

El agua es un recurso natural esencial para la vida y para el desarrollo de actividades económicas, razón por la cual es objeto del Derecho con el fin de ordenar su uso, proteger su calidad, prevenir los daños que causa su escasez (sequías) o su exceso (inundaciones). El Derecho de aguas de un país determinado está condicionado por las características físicas de su territorio (JORDANA DE POZAS). La abundancia o escasez de lluvias conforman sus instituciones jurídicas en la materia, en respuesta a unas concretas demandas sociales, económicas y ambientales. Esas circunstancias físicas modulan las instituciones jurídicas relacionadas con el agua, como ocurre con la cuestión de la propiedad; los derechos de los ribereños; el sistema de asignación de los usos; la organización administrativa del agua; la política de obras hidráulicas; la protección de su calidad; la prevención de sequías o inundaciones, etc.

Ello es especialmente cierto en el caso de España, pues, además de un menor volumen medio de precipitaciones respecto de otros países, existen grandes desequilibrios temporales y territoriales en la distribución y disponibilidad del agua que explican la temprana y pionera intervención

* Las líneas maestras de este trabajo han sido expuestas en mi participación en el Master de Derecho de Aguas, organizado por la Universidad de Granada y dirigido por el prof. Estanislao Arana, en mayo de 2016, bajo el título «Los presupuestos fácticos del Derecho de Aguas en España: un sistema de aguas “artificializado”», en el que desarrollo ideas y planteamientos que he venido defendiendo en otras intervenciones orales anteriores o en informes encargados por entidades públicas sobre la planificación hidrológica.

del legislador en la materia (las Leyes de Aguas de 1866-1879, son los primeros textos *legislativos* del mundo, al margen de la normativa *reglamentaria* gubernativa existente con anterioridad) y han conformado el signo de la política hidráulica de los últimos 125 años, a la que más adelante me referiré. Desde el 2000, la Directiva 2000/60/CE, de Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (en adelante, *Directiva Marco del Aguas* o DMA), ha dispuesto un marco de referencia (en realidad, una «metodología») para proteger la calidad del agua y de los ecosistemas de ella dependientes, con un enfoque global y sistemático, que rectifica la perspectiva sectorial de la normativa europea anterior, y fija como objetivo el «buen estado» de las masas de agua de los Estados miembros para 2015. La DMA adopta, en coherencia con su base jurídica, un enfoque exclusiva o fundamentalmente *ambiental*, que, sin embargo, puede afectar y condicionar los aspectos cuantitativos de la gestión del agua, particularmente en el caso de España, si se tiene en cuenta nuestra singularidad hidrológica, bien distinta de la del resto de los países europeos (con la salvedad de Portugal, con quien compartimos importantes cuencas hidrográficas que vierten al Atlántico, cuyo sistema de gestión del agua está condicionado, en gran medida, como país aguas abajo, por el modelo español de gestión del agua).

En efecto, tempranamente fue necesario ordenar el aprovechamiento de un bien escaso e irregularmente distribuido como el agua ante su demanda creciente en el incipiente desarrollo económico que se produce en España, a mitad del siglo XIX (abastecimiento de la población, regadío, fuerza motriz para la industria, navegación fluvial, etc.), a la vista de la insuficiencia de las viejas categorías jurídicas que, decantadas en nuestra propia tradición, hundían sus raíces en el Derecho romano¹. Las Leyes de Aguas de 1866 y 1879 declararon *públicas* las aguas *superficiales* (salvo la pluviales recogidas o estancadas en terrenos privados), si bien las *subterráneas* siguieron teniendo la naturaleza jurídica (pública o privada) del terreno donde fueran alumbradas y permitieron su apropiación, relevante a medida de los avances técnicos; establecieron las clases de usos y su orden de prelación; sujetaron a concesión administrativa el uso privativo y asumieron las tradicionales formas de organización de los aprovechamientos colectivos de las aguas públicas (Comunidades de Regantes). Esa pionera *publicación* de las aguas *superficiales* constituye el inicio de una larga evolución que culminará, un siglo más tarde, con la declaración de demanialidad de *todas* las aguas, aprobada por la Ley de Aguas de 1985. Los detalles de esta evolución y su alcance en el momento

¹ Véase la síntesis institucional de nuestra legislación histórica de aguas que acaba de hacer LÓPEZ MENUDO en «Las aguas», *Revista de Administración Pública* 200(2016), pp. 251-276, en la que analiza la aportaciones nuevas de la Directiva Marco del Agua, frente al «derecho interno de viejas raíces».

presente, no son, sin embargo, abordados en el presente trabajo, salvo alguna concreta referencia.

Junto a estas imprescindibles *reformas institucionales* ha sido necesario transformar la realidad física con ayuda de la técnica y realizar un grandísimo esfuerzo inversor. La garantía de disponibilidad del agua, en términos de seguridad física, jurídica y económica, solo puede alcanzarse corrigiendo la referida irregularidad espacio-temporal del régimen de precipitaciones. En este sentido, el Estado, abandonando su abstencionismo anterior, emprenderá, desde finales del siglo XIX, una decidida política de promoción, construcción y explotación de *obras hidráulicas* con la finalidad de regular el caudal de los ríos, almacenando el agua mediante embalses y presas (Plan Nacional de Canales de Riego y Pantanos, de 1902), adoptando las necesarias medidas legislativas para el fomento de la iniciativa pública o privada (Ley de 27 de julio de 1883 y Real Decreto de 9 de abril de 1885 y, sobre todo, la Ley de 7 de julio de 1911).

En esta actividad de fomento, construcción y explotación de obras hidráulicas se ensayaron novedosas fórmulas financieras y organizativas, en las que se ha dado cabida a la participación de los usuarios, que culminaron con la creación de las *Confederaciones Sindicales Hidrográficas*, en 1926, singular precedente de los actuales organismos de cuenca, que ha marcado la evolución del modelo administrativo español de gestión del agua. Gracias a esta política hidráulica, continuada y mantenida por regímenes políticos y gobiernos distintos, contamos en la actualidad con una capacidad de embalse («reservoir», «dam», «storage») de 56.000 hm³. El sistema de gestión del agua en España, el Derecho de Aguas es, por esta circunstancia, un derecho de aguas «reguladas» (represadas), no de aguas «fluyentes» o «circulantes» en régimen natural, esto es, modificado, corregido y «artificializado» por la acción del hombre, lo que nos diferencia enteramente del resto de países europeos.

El objeto de este trabajo es mostrar y dejar al descubierto los *presupuestos fácticos* de la singularidad hidrológica de España, que no constituyen un tópico, en el que ampararse para sortear determinadas obligaciones y compromisos en materia de gestión del agua, sino una realidad que modula y condiciona la interpretación de las normas. Es necesario abandonar la visión simplificadora habitual con la que se valora el modelo de gestión del agua en España, dada su extraordinaria complejidad. Por eso, considero una tarea esencial e imprescindible exponer adecuadamente esta realidad fáctica sobre la que se proyecta la compleja legislación de aguas española (incluida ahora, por razones obvias, la normativa europea, en particular, la DMA). La interpretación jurídica no puede hacerse con ignorancia de los presupuestos fácticos que están en la base de la ordenación establecida por las normas o la planificación. No puede ignorarse la «fuerza normativa de lo fáctico», a la que se ha referido nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa. El

Derecho, como técnica de ordenación social, no puede ignorar el sentido último perseguido que no es otro que garantizar la disponibilidad del agua para las distintas necesidades humanas, así como proteger su calidad y la de los ecosistemas de ella dependientes.

El desconocimiento o deficiente comprensión de esta realidad fáctica está en la base de las discutibles, cuando no erróneas interpretaciones que, con frecuencia, se sostienen en el debate político, por sectores de la misma Administración del agua, partidos políticos, organizaciones sociales y ambientales, en relación con las más diversas cuestiones y retos que suscita la gestión del agua. O de algunos fallos judiciales o de sorprendentes requerimientos de las instituciones europeas (a resultas de abusivas y malintencionadas denuncias), de las que daré cuenta en este trabajo. Incomprensiones y deficientes interpretaciones que producen nefastas y paralizantes consecuencias en la gestión ordinaria del agua, como la experiencia demuestra. Es el caso del retraso en la aprobación de los nuevos planes hidrológicos, en cumplimiento de la DMA (téngase en cuenta que, con anterioridad, en 1998, ya se aprobaron los planes hidrológicos de cuenca previstos por la Ley de Aguas de 1985, también con un retraso de 13 años). Dichos nuevos planes debían haberse aprobado antes del 22 de diciembre de 2009 y lo han sido entre 2012 a 2015, con la consiguiente sanción por incumplimiento declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (su revisión para el período 2016-2021 ha sido aprobada por el Real Decreto 1/2016, de 8 de enero). La explicación del retraso radica, entre otras causas, en la contrapuesta interpretación de los objetivos de la planificación hidrológica (la compleja compatibilidad de la satisfacción de las demandas con la determinación y cumplimiento de los «autoimpuestos» caudales ecológicos), contraposición que denota – en mi opinión – una inadecuada comprensión de la singularidad hidrológica de España, como luego justificaré.

La exposición y análisis de la singularidad hidrológica de España es la condición necesaria, asimismo, para la correcta interpretación de la Directiva Marco del Agua, a la que me he referido más arriba. Esta Directiva reconoce la diversidad de las regiones y cuencas hidrográficas de los países miembros de la Unión Europea, razón por la que tiene sentido conocer el alcance de esa singularidad, con el objeto de evitar interpretaciones inadecuadas de los contenidos y obligaciones fundamentales de la DMA. Es el caso, como más adelante se verá, de los objetivos ambientales y del régimen de excepciones establecido en el art. 4 DMA. Y vinculado al «buen estado» de las masas de agua, la cuestión – ya mencionada – de la determinación de los caudales ecológicos (concepto no recogido explícitamente en la DMA) o de los trasvases de agua intercuenas.

1. *La singularidad hidrológica de España no es un tópico, sino una realidad: predominio absoluto de un sistema de aguas «reguladas» (artificializado) y no fluyentes en régimen natural. La corrección de los desequilibrios hídricos espacio-temporales como objeto de la política hidráulica del último siglo.*

La breve Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1985 comenzaba con esta categórica afirmación: «el agua es un recurso natural escaso, indispensable para la vida y para el ejercicio de la inmensa mayoría de las actividades económicas; es irremplazable, *no ampliable por la mera voluntad de hombre, irregular en su forma de presentarse en el tiempo y en el espacio*, fácilmente vulnerable y susceptible de usos sucesivos...».

Me interesa ahora fijarme, a los efectos del objeto de este trabajo, en dos de las características destacadas en cursiva, dado que guardan relación entre sí y constituyen – en mi opinión – la justificación de la convencionalmente denominada «política hidráulica»² española del

² La expresión «política hidráulica» está vinculada al pensamiento regeneracionista de Joaquín Costa y sus campañas a favor de la transformación agraria, mediante la elaboración de un plan general de aprovechamiento de las aguas pluviales de la península, y la construcción de canales y pantanos para el riego, ya desde el Congreso de Agricultores celebrado en Madrid, en 1880, como se recoge en su influyente obra *Política hidráulica (misión social de los riegos en España)*, Madrid, 1911, pp. 298 y ss. En el capítulo X, con el título «Caracteres de la “política hidráulica”» se reproduce una entrevista publicada por el diario madrileño *El Globo*, el 15 de febrero de 1903, en el que señala que la «política hidráulica es una locución trópica, especie de sinécdoque que expresa en cifra toda la política económica que cumple seguir a la Nación para redimirse...una expresión sublimada de la “política agraria” y generalizando más, de la “política económica” de la Nación». Para Costa, la economía nacional es, en aquel momento, fundamentalmente *agraria* y el obstáculo mayor que se opone en nuestro país a los progresos de esta producción, es la falta de humedad en el suelo, por su *insuficiencia o irregularidad de las lluvias*. Por esa razón el ideal de toda agricultura progresiva en climas como el nuestro, lo constituyen los cultivos de *regadío*. He aquí, en síntesis, el ideal regeneracionista que propugnó una política de obras hidráulicas para la transformación en regadío de los suelos improductivos. La limitación de la política hidráulica al aspecto *agrario* será desbordada por el ambicioso planteamiento de las Confederaciones Sindicales Hidrográficas que incluye, además, los intereses *industriales* (hidroelectricidad) y los *sociales*. Sobre ello, M. LORENZO PARDO, *La conquista del Ebro*, Zaragoza, 1931, pp. 41-46.

Según el *Libro Blanco del Agua* (1998) la «política hidráulica se ha expresado mediante planes de obras, en una asociación tan estrecha que ambos conceptos han llegado a parecer equivalentes. El propio término *hidráulica* alude a almacenamientos y conducciones por las que circulan fluidos y transmite una visión mecanicista, física, del problema» Y más adelante señala, «se produjo, pues, una casi total vinculación entre el concepto de política hidráulica y la ejecución de obras hidráulicas (presas, canales) para desarrollar los regadíos (...) En definitiva, cabría afirmar que esta idea tradicional de la política hidráulica ha supuesto una simplificación del término, por cuanto tradicionalmente se ha centrado en un objetivo preponderante y casi exclusivo (máxima ampliación del regadío), a cuyo servicio se

último siglo³. Admítase la selección que propongo y proyecto como hilo conductor de la evolución del modelo de gestión del agua en España, en los últimos 100 años.

La primera cursiva que destaco es la que constata la *irregularidad espacio-temporal del régimen de precipitaciones* característico de la península ibérica. En los manuales de geografía es un tópico hablar de la «España húmeda» y la «España seca», si bien ambas zonas no están exentas ocasionalmente de las irregularidades contrarias que proclama su adjetivación. Existen diferencias muy notables en el volumen de precipitaciones entre las distintas cuencas españolas, en particular, entre las mediterráneas y las del Cantábrico. Como es un tópico hablar de la «pertinaz sequía», atribuida al «anticiclón de las Azores» que bloquea la llegada de borrascas atlánticas a la península ibérica o de la otoñal «gota fría» mediterránea que tantos desastres ha causado, como circunstancias naturales explicativas de esa irregularidad espacio-temporal, incluida la convivencia simultánea de fenómenos adversos de sequías e inundaciones. Irregularidad que ha de añadirse a la menor disponibilidad de agua respecto a los demás países europeos. España es el país comunitario más

ponía un único instrumento (ejecución de infraestructuras hidráulicas). Así la política hidráulica se ha identificado, básicamente, con la planificación y ejecución de obras hidráulicas, minimizando en general los aspectos de gestión de los recursos hídricos, en el sentido que se acaba de exponer», *Libro blanco del Agua* (1998), en el apartado 4.1, «El concepto de política hidráulica», pp. 707-708. Las cursivas figuran en el original.

³ Aunque el arranque de esta política hidráulica la ubicamos a finales del s. XIX, no debe ignorarse la larga tradición de obras hidráulicas de distinta dimensión y funcionalidad, desde la época romana, como el singular canal de 35 kms, con tramos excavados en roca viva, que constituye el primer trasvase conocido en España que unía el río Guadalaviar (cuenca del Turia) con la localidad de Cella, en la subcuenca del Jiloca (Ebro); o embalses romanos dispersos en el espacio que va desde Extremadura hasta Aragón, por debajo de Madrid, (Alcantarilla, Almonacid de la Cuba, Muel, Calahorra, etc.), alguno de ellos en explotación como los de Proserpina y Cornalvo (Véase, J.C. CASTILLO BARRANCO-M. ARENILLAS PARRA, «Las presas romanas en España. Propuesta de inventario»; la red de acequias y norias árabes; presas de derivación como El Bocal en el Ebro (1540), donde se inicia el Canal Imperial de Aragón; los embalses de Tibi (1593) y Elche (1640), etc. La bibliografía sobre la política hidráulica española es muy extensa. Solo citaré algunas que considero de sumo interés. Desde la perspectiva de la histórica económica, véase E. FERNÁNDEZ CLEMENTE, «De la utopía de Joaquín Costa a la intervención del Estado: un siglo de obras hidráulicas en España», Contribuciones a la Economía, mayo 2004, <http://www.eumed.net/ce/>; M^a Teresa DIEZ PICAZO y Guy LEMEUNIER (Edit.) *Agua y modo de producción*, con una interesantísima introducción de Pierre VILLAR, Barcelona, Ed. Crítica, 1990; desde la perspectiva técnica, M. DIAZ MARTA, «La política hidráulica en España durante el primer tercio del siglo XX», que se muestra crítico con este modelo basado en la «oferta» de agua y que, a su juicio, ha retrasado la aplicación de la moderna tecnología; desde la geografía la magna investigación de A. GIL OLCINA, *Políticas del Agua I. Hiperembalses del Reformismo ilustrado*, ESAMUR, Murcia, 2008 y junto con A.M. RICO AMORÓS, *Políticas del Agua II. Mejora y ampliación de los riegos de Levante*, y *Políticas del Agua III. De la Ley de Aguas de 1985 al PHN*, ambos tomos ESAMUR, Murcia, 2008, así como la obra colectiva dirigida por A. GIL OLCINA y A. MORALES GIL, *Planificación hidráulica en España*, CAM, Murcia, 1995.

árido, con una precipitación que equivale al 85% de la media de la Unión Europea y una evapotranspiración potencial de las más altas del continente, lo que da lugar a la menor escorrentía de todos los países continentales, aproximadamente la mitad de la media europea (*Libro Blanco del Agua*, § 3.1.4.4, págs. 196 y sig.).

La segunda cursiva destacada hace referencia a la incapacidad del hombre (y, hoy por hoy, de la técnica) para alterar los procesos atmosféricos naturales y provocar lluvias en el momento y lugar donde sean necesarias: «no ampliable por la mera voluntad del hombre». Constatación incontestable, pero que, en el caso de España, una vez producido – de forma escasa e irregular, como queda señalado – el hecho natural de la lluvia, tiene un valor relativo⁴, pues existen procedimientos y técnicas para corregir los efectos de la citada irregularidad espacio-temporal. Estos procedimientos y técnicas, en particular, la «regulación»⁵ de los caudales circulantes por los ríos, mediante la construcción de embalses o presas, permite garantizar la disponibilidad de agua, en tiempos o espacios distintos, de los que se han producido las precipitaciones. Con esa actuación técnica (artificial) se corrigen los estiajes y se atenúan las crecidas.

El objetivo de la política hidráulica española, desde finales del siglo XIX, ha sido corregir los efectos negativos de la irregularidad espacio-temporal natural del régimen de precipitaciones: garantizar la disponibilidad de agua y satisfacer las demandas de los distintos usos, especialmente durante los prolongados estiajes de muchos de nuestros ríos, de caudal no permanente. La singularidad hidrológica de España constituye un tópico con fundamento real. Esta irregularidad unida a las grandes pendientes del territorio y de los cauces favorece que nuestras cuencas se vacíen mucho más rápidamente que la mayoría de las cuencas de la Europa central y que el agua precipitada no sea fácilmente utilizable, ocasionando violentas y peligrosas avenidas. Este inconveniente es, sin embargo, una ventaja, pues nuestra accidentada

⁴ Como indica Luis Carroll, en su obra *A través del espejo y lo que Alicia encontró allí*, Ediciones Akal, Madrid, 1984, pag. 252, es importante ponerse de acuerdo en el significado de las palabras: «cuando yo empleo una palabra -dijo Tentetieso en tono despectivo- significa exactamente lo que yo quiero que signifique: ni más ni menos. -La cuestión es -dijo Alicia- si puede usted hacer que las palabras signifiquen tantas cosas distintas. La cuestión es quién manda -dijo Tentetieso- Nada más».

⁵ E. BECERRIL, en su obra *La regulación de los ríos*, CSIC, Madrid, 1959, definió la *regulación* como «el mecanismo por el cual la técnica armoniza la irregularidad fluvial con la permanencia de la disponibilidad; se consigue por almacenamiento en un embalse durante épocas en que haya exceso de caudal y utilización de estas aguas acumuladas en aquellos períodos en que la demanda supera el caudal del río». Tomo la cita del *Libro Blanco del Agua* (1998), pp. 212-213. Con datos más actualizados véase J.M. MARTÍN MENDILUCE. «La regulación de los ríos españoles» Segunda Ponencia del VII Congreso Nacional de Comunidades de Regantes, Badajoz, 1991.

orografía permite hacer embalses para almacenar o regular el agua, circunstancia que no existe en las inmensas llanuras europeas.

Según los datos que ofrece el *Libro Blanco del Agua*, la aportación total de la red fluvial española es del orden de 111.000 hm³/año (que engloba la escorrentía superficial directa y la subterránea). De ellos sólo son aprovechables, en régimen natural y sin intervención correctora humana, unos 10.000 hm³/año, lo que supone entre un 9-11 por ciento de aquella aportación total, muy alejada de la disponibilidad media, en régimen natural, de los demás países europeos, que es de un 40-45 por ciento de sus recursos disponibles. La regulación de los caudales mediante embalses es la técnica que permite incrementar la disponibilidad de los recursos disponibles⁶.

Estas características geográficas han condicionado y conformado la política hidráulica seguida desde finales del siglo XIX en España. Sus mentores regeneracionistas (*pensadores*, como Joaquín Costa, Lucas Mallada, Macías Picavea; *ingenieros*, los denominados «precursores prácticos de Costa» como Mariano Royo Uriarte, Ramón García Hernández, Ingeniero-Jefe de la División de Trabajos Hidráulicos de Zaragoza y autor – junto con Luís Gaztelu – del «Proyecto de Defensa contra las inundaciones en el valle del Segura»⁷, de 1886, y, años más tarde, el también ingeniero, Manuel Lorenzo Pardo; y *políticos*, en particular, Rafael Gasset), inspiraron las primeras medidas legislativas y planes para promover la construcción de canales y pantanos de interés público (entre otras, la Ley de Grandes Regadíos, de 27 de julio de 1883; el R.D. de 9 de abril de 1885 y la Ley Gasset de 7 de julio de 1911, sobre construcciones hidráulicas con destino a riegos; el *Plan de Canales y Pantanos de 1902*, redactado con motivo del centenario de la creación de la Escuela de Ingenieros, en 1802;), que culminará con un plan de aprovechamiento global y sistemático de los recursos hídricos de España (el *Plan Nacional de Obras Hidráulicas*, de 1933). Aunque no llegó a ser aprobado, ha influido y tenido continuidad en todos los planes posteriores, desde el importante Plan de Peña Boeuf, de 1940, hasta la actualidad. Dicho Plan, encargado por el ministro socialista Indalecio Prieto, fue redactado por el ingeniero Manuel Lorenzo Pardo, con la ayuda de un reducidísimo equipo de colaboradores, con la finalidad de alcanzar el equilibrio hídrico de España, que permitiera el incremento de la riqueza nacional, reduciendo las diferencias entre regiones, causada

⁶ Sobre los datos técnicos del incremento de disponibilidad obtenida por la regulación véanse la información que ofrece el *Libro Blanco del Agua*, § 3.1.5.4, p. 215 y ss.

⁷ Véase el trabajo de J. MELGAREJO MORENO, «El visionario proyecto contra las avenidas de R. García y L. Gaztelu. Más de un siglo de vigencia», en la edición del *Proyecto de obras de defensa contra las inundaciones en el Valle del Segura, de los ingenieros Ramón García y Luís Gaztelu. Año 1886*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2001, pp. 13-34.

por la desigual abundancia de agua disponible entre las cuencas atlánticas y las mediterráneas. Precisamente una de las piezas fundamentales del Plan era el Trasvase Tajo-Segura, como recordó el ingeniero y escritor Juan Benet, con ocasión de la reedición en facsímil del Plan, en 1993.

Esa continuada política de obras hidráulicas se ha materializado en la existencia de unos 1.200 embalses⁸, con una capacidad de almacenamiento de 56.000 hm³. Esta realidad hace que España sea singular, única, por razones hidrológicas y orográficas obvias, respecto al resto de los países europeos. Política encaminada, con extraordinario esfuerzo inversor, a retener y almacenar agua (regulación) para garantizar la disponibilidad de agua para satisfacer las demandas. Esta capacidad de regulación permite modular su disponibilidad a lo largo del año

⁸Los datos relativos al número de embalses y su capacidad de regulación han evolucionado lentamente, hasta finales de los años 50, en el que se acelera muy notablemente su construcción. Así, hasta 1955 se mantuvo un ritmo de crecimiento medio de 4 embalses por año, pasando de los cerca de 60 embalses existentes a comienzos del siglo XX hasta unos 270, en 1950. A partir de ese año, hasta el año 2000, el ritmo se acelera, llegando a ejecutarse una media de unos 20 embalses anuales, hasta llegar a los cerca de 1.200 embalses, con capacidad para 56.000 hm³.

En cuanto a su *titularidad*, predominan los embalses de titularidad *privada* (normalmente, hidroeléctricos), sujetos a reversión al final del plazo concesional, en las demarcaciones de la Cornisa Cantábrica, Duero y Tajo. En el Ebro, es ligeramente superior la capacidad de los concesionarios privados, mientras que en el Júcar y cuencas internas de Cataluña, es algo superior la capacidad de los *estatales*. En las demarcaciones meridionales, Guadiana, Guadalquivir, demarcaciones mediterráneas andaluzas y Segura, la práctica totalidad de la capacidad de embalse es *estatal* y muy escasa la de concesionarios. Esto es, en la zona noroccidental de la península, abundante en recursos, predominan los embalses de concesionarios *privados* (fundamentalmente, hidroeléctricos), mientras que en la zona más meridional, de menor disponibilidad de recursos, predominan los embalses *estatales*, destinados fundamentalmente a riegos y defensa contra inundaciones. El ritmo de ejecución de unos y otros ha sido muy similar hasta 1970. A partir de ese año, la capacidad de los embalses estatales continúa creciendo, especialmente a partir de 1980, hasta llegar a los 35.000 hm³; mientras que la de los embalses de concesionarios privados se estabiliza en torno a los 21.000 hm³, manteniéndose ese estancamiento hasta la actualidad.

Llama la atención la desigual capacidad de regulación existente en las distintas cuencas. Es superior a la aportación natural en las cuencas del Guadiana, Segura y Tajo; casi igual a la misma, en las del Guadalquivir y Júcar; media, en la del Duero; y más baja de la mitad, en el Ebro, cuando paradójicamente es el río más caudaloso de España (*Libro Blanco del Agua*, § 3.10, pp. 599 y siguientes, donde se recogen gráficos muy significativos).

La iniciativa privada, especialmente, la dirigida a los embalses hidroeléctricos, fue mucho más activa y madrugadora, dado la importancia de esa fuente de energía hasta los años 70 y al ser obras con una amortización y rentabilidad inmediata, bien distinta de los embalses construidos para riego, en general construidos por el Estado. Esa diligencia les permitió ocupar, además, las mejores ubicaciones, circunstancia que ha originado cierta rigidez en los sistemas de explotación. No ignoro las circunstancias de toda índole que han rodeado siempre a la construcción de los embalses (instrumento de propaganda política en el régimen de Franco; grupos de intereses vinculados al sector de la consultoría técnica y al de la construcción; expropiaciones y desalojo completo de pequeñas poblaciones sin las debidas compensaciones; insuficientes planes de restitución; utilización en los primeros tiempos de presos políticos en las tareas de construcción, común a otras obras públicas; ciertos problemas ambientales derivados de la ruptura de la continuidad lineal, aunque, por el contrario, las colas de los embalses son en la actualidad las zonas húmedas de hábitat de aves más numerosas y variadas. etc., etc.)

hidrológico, salvando los amplios períodos de inexistencia de lluvias y gran estiaje de nuestros ríos, lo que nos equipara a la disponibilidad que, en régimen natural, tienen el resto de países europeos. A esta corrección de la irregularidad temporal se añade la corrección de los desequilibrios territoriales, sea entre subcuencas de una misma cuenca o entre cuencas distintas (trasvases).

En España, «sin obras no hay agua». Sin embalses no hay agua. O no la hay – tanto en cantidad como en calidad – con la seguridad física, jurídica o económica que requiere la satisfacción de las demandas. En las actividades de promoción, construcción y explotación de obras hidráulicas, como ha quedado adelantado, se han experimentado originales fórmulas institucionales de colaboración del Estado con los usuarios beneficiarios de las mismas. Es el caso de las Confederaciones Sindicales Hidrográficas, creadas en 1926, consideradas por algunos como uno de los primeros ejemplos de «regionalismo económico», por su ambiciosa concepción integradora, sobre la base de un aprovechamiento integral de los recursos hídricos y la ordenación del territorio y actividades relacionadas con el uso del agua. Tal ha sido su atractivo institucional que se ha hablado del «mito confederal», al punto de considerarlas una alternativa al modelo de administración del agua de naturaleza burocrática⁹.

Este atractivo modelo institucional, sin embargo, pronto fue desfigurado, por los recelos suscitados en las instancias centrales de la Administración, y pasó a convertirse, suprimida la participación de los usuarios, en una simple oficina o servicio técnico de obras, consagrándose la dualidad organizativa *aguas-obras*. En efecto, desde 1959, las *Comisarías de Aguas* han sido los órganos desconcentrados que ejercen las competencias en materia de *aguas* en la cuenca hidrográfica. Mientras, las Confederaciones Hidrográficas han sido un organismo autónomo encargado de la construcción y explotación de las obras hidráulicas en la cuenca hidrográfica. A la vista del extraordinario esfuerzo inversor desplegado a finales de los años 50 en la construcción y explotación de embalses se comprenderá el peso institucional (los medios personales y financieros) que han tenido hasta el punto de eclipsar a las verdaderas Administraciones del agua, las Comisarías. En 1985, concluye esta dualidad organizativa mediante la creación de un *único* organismo que, paradójicamente, recibe el nombre de Confederaciones Hidrográficas, que son la autoridad en materia de aguas en las cuencas intercomunitarias, autoridad especializada, desde 1932.

Estos presupuestos fácticos han conformado nuestro Derecho de Aguas que no se asienta, pues, sobre un régimen de aguas *fluyentes* naturales,

⁹ A. FANLO LORAS, *Las Confederaciones Hidrográficas y otras Administraciones hidráulicas*, Civitas, Madrid, 1996.

sino de aguas *reguladas*, como advirtiera con todo acierto, hace ya muchos años, nuestro máximo experto en la materia, Sebastián MARTIN RETORTILLO¹⁰. El régimen de nuestros ríos principales es, por ello, «*artificializado*», al haber quedado alterado su régimen natural consecuencia del almacenamiento sistemático del agua en embalses. La circulación del agua queda modulada, de manera principal, para la satisfacción de los distintos usos y, por consecuencia conexa, la protección de los ecosistemas dependientes del agua. Las aguas reguladas constituyen el volumen más importante de nuestros recursos disponibles, sin ignorar la importancia que han adquirido en determinadas cuencas (Segura y en menor medida en el Guadiana, Guadalquivir o Júcar) las *aguas subterráneas*, cuyo volumen disponible – verdaderas reservas estratégicas – en modo alguno puede competir con las aguas fluyentes reguladas, pues a la postre, aquellas dependen de la pluviometría y de las escorrentías naturales y de las aguas superficiales fluyentes. Y resulta necesario marcar las diferencias de comportamiento de unas y otras. Los acuíferos, salvo que sean objeto de recargas naturales o superficiales, son susceptibles de agotamiento por sobreexplotación (cuando el volumen extraído es superior a la capacidad de carga natural). Y, desde esta perspectiva, son recursos no renovables. Las aguas reguladas, en cambio, garantizan la disponibilidad espacio-temporal desvinculada del régimen natural.

Gracias a estas infraestructuras puede atenderse la demanda actual que alcanza, de acuerdo con las previsiones de los planes hidrológicos a algo más de 35.000 hm³, de los que un 68% corresponde a los 3,8 millones de hectáreas susceptibles de riego, con tendencia decreciente por la modernización de los sistemas de riego; un 18% a abastecimiento de poblaciones e industrias y un 14% a refrigeración de centrales de producción de energía.

No se ha reparado suficientemente, desde el ámbito del Derecho, en algunas de las consecuencias que para el régimen jurídico de las aguas y, en particular, para el sistema concesional, se derivan del plus añadido de recursos utilizables (demandas satisfechas y los sobrantes) gracias a la regulación de nuestros ríos, de acuerdo con una planificación sistemática e integral de los mismos.

En primer lugar, que ha propiciado y reforzado el proceso de *publificación* del agua, con abandono o práctica inoperancia del principio de *riberaneidad* en la asignación del uso, dado el protagonismo que alcanza la Administración hidráulica en la ejecución y control de la política hidráulica (construcción y explotación de embalses) o en el otorgamiento de los títulos concesionales particulares (en particular, los hidroeléctricos). Esto es, ante esas aguas «reguladas», *ganadas* a las

¹⁰ S. MARTIN RETORTILLO, *Aguas públicas y obras hidráulicas*, Tecnos, 1966, p. 159, consideración que reitera en su *Derecho de Aguas*, 1997, p. 63.

disponibles en régimen natural, no puede alegarse por los usuarios derecho preexistente alguno, sino que derivan del otorgamiento concesional. Ahí radica el fundamento de nuestro «sistema centralizado de asignación del agua» (EMBED), asignación que corresponde a la Administración, al margen de la intervención del mercado y sin perjuicio de los derechos *ex lege* (aguas pluviales y aguas subterráneas hasta 7.000 m³), cuya importancia cuantitativa es menor.

En segundo lugar, el protagonismo adquirido por las Confederaciones en la construcción y explotación de embalses, actuación técnica que incrementa las disponibilidades de agua, explica que esas aguas «nuevas», hayan sido otorgadas, en el pasado, al margen del procedimiento concesional ordinario, competencia de las Comisarías de Aguas, dado que las «aguas en régimen natural» estaban ya otorgadas (existía un exceso de «papel» o «títulos», superior a los recursos disponibles en régimen natural). Su disponibilidad estaba agotada. Esas aguas «nuevas» las garantizaban los embalses construidos, de ahí la vinculación que recogía el art. 77 del Reglamento de la Administración Pública del Agua y la Planificación Hidrológica, de 1987, entre reservas de caudales para determinados fines e infraestructuras hidráulicas, vinculación que ha desaparecido paradójicamente del art. 20 del Reglamento de Planificación Hidrológica de 2007 (como expresiva ruptura con la política hidráulica tradicional).

Esa es la situación de todos los grandes sistemas de riego promovidos por el Estado (Riegos del Alto Aragón, Bardenas, Badajoz, Guadalquivir, Tajo-Segura, etc.), cuyo aprovechamiento no tiene un título concesional formal. La explicación de la no intervención de la Comisaría de Aguas es bien simple. Esos embalses que incrementan la disponibilidad de agua han sido realizados para específicas actuaciones de transformación del secano en regadío, de acuerdo con la legislación de reforma y desarrollo agrario. Los *Planes Coordinados de Obras*, aprobados conjuntamente por el Ministerio de Agricultura (competente en materia de reforma agraria y regadío) y del Ministerio de Obras Públicas (del que dependen las Confederaciones Hidrográficas, ejecutoras de las obras), son el instrumento que delimita la zona regable y le asignan el agua y, en consecuencia, constituyen el *título administrativo «sui generis» equivalente a la concesión*. Esta realidad, prácticamente olvidada, ha sido reconocida por la normativa estatal en 2005¹¹.

En tercer lugar, a la corrección de la irregularidad temporal, los embalses y la «regulación» corrigen la irregularidad *espacial*, esto es, los

¹¹ Así califica la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre, el derecho de aprovechamiento de los regantes de los grandes sistemas de riegos construidos por el Estado. Sobre esta cuestión A. FANLO LORAS, *El trasvase Tajo-Segura*, Civitas, Madrid, 2007.

desequilibrios hídricos interterritoriales, bien entre las distintas subcuencas o bien entre diversas demarcaciones hidrográficas. Desequilibrios hídricos constatados tras el análisis de los sistemas de explotación únicos definidos en cada plan hidrológico, de acuerdo con una metodología homogénea. Es una antigua aspiración de la política hidráulica, que inspira al Plan Nacional de Obras Hidráulicas, de 1933, un plan completo y nacional que toma en consideración el conjunto de las cuencas y sus disponibilidades. La consideración de España como una unidad hidrológica. De ahí arranca la constatación de desequilibrio entre las cuencas vertientes atlánticas y las mediterráneas, para cuya corrección se idea el aprovechamiento conjunto del Tajo-Segura, esto es, la conexión de las cuencas atlánticas con las mediterráneas. Corrección de los desequilibrios para atender demandas de abastecimiento urbano o regadío. Las zonas metropolitanas españolas (Madrid, Barcelona, Bilbao, Valencia, Tarragona, los municipios de la bahía de Cádiz) reciben agua de otras subcuencas o de otras cuencas distintas.

En cuarto lugar, la importancia que adquiere en nuestro Derecho de aguas el concepto de «*sistema de explotación*», formado por el espacio geográfico específico que integra las masas de aguas superficiales y subterráneas, las obras e infraestructuras hidráulicas que permiten satisfacer las demandas con los recursos e infraestructuras existentes en el mismo o, en su caso, mediante transferencia de recursos de otras demarcaciones. En estos sistemas de explotación, las infraestructuras (embalses de regulación anual o hiperanual, concepto éste elaborado por M. Lorenzo Pardo) y las normas de utilización del agua derivada de las características de las demandas tienen especial importancia y su gestión *unitaria* constituye un *principio rector* de la gestión del agua («respeto a la unidad de la *cuenca hidrográfica* y de los *sistemas hidráulicos* y del ciclo hidrológico», según establece el art. 14.2º del TRLAg). El art. 19 RPH recoge el concepto de «sistema de explotación» en los siguientes términos:

«conjunto de elementos naturales, obras e instalaciones de infraestructura hidráulica, normas de utilización del agua derivadas de las características de las demandas y reglas de explotación que, aprovechando los recursos hidráulicos naturales, permiten establecer los suministros de agua que configuran la oferta de recursos disponibles del sistema de explotación».

Los embalses se convierten en elementos de un sistema más amplio territorialmente y de mayor complejidad técnica que garantiza el aprovechamiento integral de los recursos y la atención de las demandas de la zona dominada o dependiente de esas aguas reguladas¹². La

¹² Sobre la importancia de los *sistemas de explotación*, *Libro Blanco del Agua*, § 3.1.5.3, pp. 212 y ss. Por lo expuesto en el texto, hubiera sido más coherente con nuestro sistema, equiparar las «masas de agua» a las que se refiere la DMA, con los sistemas de

consideración y respeto de los sistemas de explotación, que no se pueden fragmentar, no se ha tomado en cuenta a la hora de la delimitación territorial de las cuencas y de las demarcaciones hidrográficas. La cuestión de las llamadas «demarcaciones hidrográficas mixtas», sin perjuicio de su expresa previsión legal, tendría una más fácil resolución si se tuvieran en cuenta los sistemas de explotación (caso de las cuencas internas de la Comunidad Valenciana, muchas de las cuales son cruzadas por acequias y canales con varios siglos de antigüedad). O el caso del «Aprovechamiento conjunto de los recursos hidráulicos del Centro y Sureste de España. Complejo Tajo-Segura», aprobado por la Ley 21/1971, de 19 de junio. Esto es, los trasvases intercuenas, en tanto se mantengan vigentes, forman un sistema de explotación único y como tal debe ser considerado.

En quinto lugar, la garantía de suministro, incrementada por la regulación, no siempre es absoluta ni efectiva para todos los usos. Ocurre cuando las aportaciones no han sido las esperadas y han de repartirse o prorratearse la asignación otorgada, según los títulos concesionales, entre los distintos usos, en función del orden de preferencia. Y puede haber limitaciones en la satisfacción de la demanda, que pueden afectar más a unos usos que a otros que sean preferentes, según la planificación hidrológica. Es el caso del abastecimiento urbano que, salvo en muy concretas ocasiones de sequía extrema, tiene preferencia sobre todos los demás usos, incluidos los caudales ecológicos, con garantía volumétrica absoluta. En cambio, los usos para riego no tienen esa garantía de suministro, por insuficientes disponibilidades de los sistemas de explotación. Sería lógico que esta mayor o menor garantía de las asignaciones concesionales tuviera proyección en el principio de recuperación de costes, contribuyendo más, en relación con el índice de garantía, los usos con mayor garantía efectiva, que los que no la tienen, como reconocen nuestros planes hidrológicos respecto de las demandas de riego.

En sexto lugar, la exigencia de unos «caudales ecológicos», concepto acogido legalmente, en 1999, en la reforma de la Ley de Aguas (art. 59.7)¹³, y considerados como una *restricción general* de los sistemas de

explotación que deben identificar los planes hidrológicos. El concepto de «masa de agua» es más propio de los países centroeuropeos y nórdicos, con sistemas de aguas permanentes, pero carentes de sentido en los ríos de corrientes no permanentes o con grandes irregularidades y estiajes.

¹³ La DMA no habla explícitamente de los «caudales ecológicos», si bien es verdad que se refiere a indicadores hidromorfológicos como instrumentos para garantizar el buen estado ecológico aguas. El concepto fue introducido en España, por el art. 2 del Real Decreto 1664/1998, de aprobación de los primeros planes Hidrológicos. Son considerados como una restricción general de los sistemas explotación, que se eleva a rango de ley por la reforma, de 1999, de la Ley de Aguas (art. 59.7) y, finalmente, la reforma de 2005, da nueva redacción al art. 42.1.b).c' TRLAg entendiendo como tales «los que mantienen como mínimo la vida piscícola que de manera natural habitaría o pudiera habitar en el río, así

explotación¹⁴, responde a la consideración del agua como recurso natural y de los ecosistemas dependientes del mismo. El agua no es solo un bien productivo sino un recurso natural que hay que proteger. Este cambio de perspectiva responde a la nueva sensibilidad ambiental, de la que, en materia de aguas, deja acta de constancia el *Libro Blanco del Agua* (1998), consecuencia del debate que se suscita en la década anterior, con ocasión de los primeros planes hidrográficos, aprobados ese mismo año y de los activos movimientos sociales de oposición a los embalses y trasvases intercuenas, desde posiciones radicales de defensa del medio ambiente¹⁵. En él se habla, desde su misma *Introducción*, de la crisis del *modelo tradicional* de la política hidráulica española (pág.1). Pese a reconocer que ha sido un «elemento impulsor de primer orden de la economía y modernización de España...con efectos multiplicadores sobre el empleo, el asentamiento de las poblaciones, el desarrollo de las industrias, la producción de alimentos, la autosuficiencia» (pág. 2), el modelo está en crisis y manifiesta – paradójicamente – «la muy dudosa vigencia de sus inspiraciones básicas...la inexcusable necesidad de una profunda reconsideración y replanteamiento», y la adopción de una «nueva política

como su vegetación de ribera».

Desde la perspectiva adoptada en este trabajo, el «caudal ecológico», en sentido estricto, sería el «natural» fluyente, afectado por el régimen de irregularidad y estiaje característico de la mayor parte de nuestros ríos. Esto es, el no «regulado» o «artificializado». Cuestión distinta es que hablemos de «caudal circulante mínimo», teniendo en cuenta los sistemas de explotación y la «regulación», que debe garantizar los usos aguas abajo existentes, así como las necesidades de los ecosistemas dependientes del agua.

¹⁴ Fue la Comisión Nacional del Agua en su informe al Gobierno previo a la aprobación de los planes hidrológicos de 1998, la que propuso la consideración de los caudales ecológicos como una restricción general de los sistemas de explotación, unificando la heterogénea consideración que recogían los Proyectos de plan remitidos a informe. En coherencia con este planteamiento, el *Libro Blanco del Agua*, recoge la fundamentación teórica de la consideración de los caudales ecológicos con una limitación o *restricción externa* y previa, de carácter ambiental, § 3.1.5.1. pp. 202-207. En el § 3.5.1.3, relativo a «requerimientos ambientales y recursos potenciales» cuantifica en un 20% de los recursos naturales los requerimientos previos de carácter ambiental (p. 479).

¹⁵ Resulta llamativo en España, a la vista de su singularidad hidrológica, el extraordinario activismo y el éxito mediático ante la opinión pública urbana, de ciertas organizaciones ambientales en su oposición y judicialización sistemática de los embalses, que parece ignorar absolutamente que son los garantes de la disponibilidad de agua. Los casos de los embalses de Itoiz (con sentencias del Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), Yesa, Castrovido, Mularroya, Biscarrues, etc. al igual que los trasvases (Tajo-Segura) constituyen un buen ejemplo de lo que se indica.

Esta presión social y mediática está en la base del cambio de circunstancias al que se refiere el *Libro Blanco del Agua* para explicar la crisis de modelo de política hidráulica. En este contexto se entiende el incremento de exigencias para la realización de las obras hidráulicas (entre otras, los estudios previos de sostenibilidad económica, ambiental y social para su aprobación; la sujeción a evaluación de impacto ambiental; la creación de las «reservas naturales fluviales» con la finalidad de mantener tramos de ríos «vírgenes» y sin embalses; la declaración por las Comunidades Autónomas como «espacios naturales protegidos» de determinados tramos fluviales para impedir o dificultar la construcción de embalses).

del agua»¹⁶. La cuestión central que suscitan los caudales ecológicos es su *determinación* (fracción o porcentaje de los recursos naturales medios circulantes o los caudales necesarios para la vida de una especie piscícola de referencia). La horquilla de los caudales, según el método, puede ser muy amplia y puede, comprometer la finalidad para la que, con gran esfuerzo inversor del conjunto de la nación, se ha hecho la regulación de nuestros ríos. Y es evidente que, salvo los ríos conservados en régimen natural, los *caudales ecológicos* están vinculados a la capacidad de regulación existente en las cuencas, pues su aplicación o exigencia es limitada o imposible en los ríos no regulados, a no ser que se suprima cualquier aprovechamiento del agua.

En séptimo lugar, la «artificialidad» del régimen de nuestros ríos debe tener consecuencias lógicas y razonables en la gestión del agua. A la hora de caracterizar nuestras «masas de agua», en aplicación de la DMA, (decisión técnica que fija sus «**condiciones de referencia**» de extraordinarias consecuencias jurídicas) no puede ignorarse el régimen irregular y «artificializado» de nuestros ríos y tomar como referencia regímenes hidrológicos inexistentes o especies y hábitats originarios que no se corresponden con la situación actual de nuestros ríos. Es más, como se ha sugerido más arriba, tal vez las masas de agua debieran haberse correspondido con los sistemas de explotación que deben identificar los planes hidrológicos.

Todas aquellas masas de agua dependientes de regulación debieran considerarse de manera generalizada, como «**masas de aguas artificiales**» o «**muy modificadas**» en relación con los objetivos ambientales a alcanzar. Resulta absurdo por ello adoptar parámetros «hidrológicos» y «biológicos» correspondientes a masas de agua originarias o en «régimen natural», cuando ésta no es la realidad de nuestros ríos. Y ello no porque se pretenda burlar las exigencias de la DMA, sino porque, sencillamente, el régimen de nuestros ríos está «artificializado» y tiene su propia lógica y dinámica justificada por razones de interés público superior (garantizar la disponibilidad de agua para abastecimiento y determinadas actividades económicas, que el régimen hidrológico natural no garantiza).

Desde estas consideraciones, llama la atención la escasa utilización de aquellas figuras en los planes hidrológicos que se han aprobado. O cuando, contra toda lógica del concepto trascendental de «sistemas de explotación», las masas de aguas muy modificadas se limitan, en algunos

¹⁶ Ante la crisis del modelo tradicional de política hidráulica propone una «nueva concepción», que integre formas deseables de desarrollo con la conservación del medio ambiente, una «*política del agua*» entendida como «el conjunto de *acciones de las Administraciones públicas*, a distintos niveles y en diversos ámbitos, que afectan al desarrollo, asignación, preservación y gestión de los recursos hídricos» (p. 708). Esta nueva política del agua es objeto de desarrollo en el § 4 «Los fundamentos para una nueva política del agua». Las cursivas figuran en el original.

de los planes, a la lámina del embalse, sin incluir la zona dominada o servida por esas aguas. Con este discutible enfoque no ha de extrañar que resulte una ecuación irresoluble cuadrar las demandas si al mismo tiempo se establece un régimen generalizado de caudales ecológicos, ajeno al régimen natural y solo factible con cargo a las reservas retenidas por los embalses para garantizar, en el tiempo, las demandas. Ahí radica la explicación del bloqueo que demoró la aprobación de la primera edición de los planes hidrológicos, *ex DMA*, junto al uso alternativo con clara intencionalidad partidaria para oponerse o imposibilitar determinadas transferencias de recursos a otras cuencas (caso paradigmático de la posición de la Generalidad de Cataluña en su demanda de unos caudales ecológicos para el Delta del Ebro superiores a los que resultarían del régimen natural; o la posición de Castilla-La Mancha y algunas organizaciones ecologistas, en relación con los caudales ecológicos del Tajo, en Aranjuez-Toledo-Talavera, como instrumento que vaciaría de recursos el sistema de cabecera e impediría o dificultaría el funcionamiento del Trasvase Tajo-Segura). Despejar esta falsa aporía requiere puro sentido común, y la adopción de las decisiones políticas oportunas, que tienen cobertura en el art. 4 DMA. Desde esta perspectiva, en ningún caso, salvo situaciones de avenida o alerta sanitaria, los caudales ecológicos debieran ser superiores al régimen natural, como ahora recoge la parte normativa de algunos planes hidrológicos.

2. La Directiva Marco del Agua como marco de referencia y los objetivos de la planificación hidrológica.

La aprobación de la Directiva Marco del Agua constituye un hito en la evolución del Derecho Ambiental europeo y, en particular, de la legislación de aguas. El enfoque sectorial de la normativa europea de aguas anterior (reglas de calidad en función del uso al que está destinada, resultando una diversidad de enfoques) da paso a un enfoque integrado y sistémico del agua, como recurso natural cuya *calidad* condiciona la de los ecosistemas acuáticos y terrestres de ella dependientes. Desde esta concepción ecosistémica, la DMA establece un marco jurídico de referencia (directiva marco) para proteger la calidad del agua y la de los ecosistemas asociados y fija como objetivo el *buen estado* de las masas de agua de los Estados miembros, en 2015.

La DMA establece, ante todo, el *procedimiento* y la *metodología* (unos «principios comunes» y un «marco global de acción») que los Estados deben seguir para alcanzar esos objetivos. Ahí radica su singularidad y sus debilidades desde el punto de vista de la técnica jurídica. Los objetivos de buen estado de las aguas *no son uniformes* y pueden ser distintos de unas a otras cuencas, pues distintas son las *condiciones de referencia* de los tipos de masa de cada demarcación hidrográfica de las *diversas regiones*

europas, a partir de las cuales se determinan los objetivos que aseguren el buen estado de las masas de agua y, en consecuencia, los programas de medidas. Ciertamente, como acaba de señalar la STJUE (Gran Sala), de 1 de julio de 2015, Asunto C-461/13, caso del dragado del río Weser (Alemania), que los *objetivos ambientales* fijados por los planes hidrológicos en aplicación de la DMA tienen carácter *vinculante* y no meramente programático, de manera que los Estados miembros habrán de aplicar las medidas necesarias para prevenir el deterioro del estado de todas las masas de agua superficiales [«obligación de prevenir el deterioro» y «obligación de mejora» doble objetivo establecido en el art. 4, apartado 1, letra a) incisos i) y ii) DMA §§ 31 y 39 de la sentencia].

La DMA adopta, en coherencia con su *base jurídica* (art. 175.1 TCE, actual art. 192.1 TFUE), un enfoque exclusivo o fundamentalmente *ambiental* (no debe ignorarse que su antecedente fue una propuesta de Directiva sobre *calidad ecológica* del agua), aunque la consecución de la calidad puede afectar y condicionar los aspectos cuantitativos de la gestión del agua: buen estado masas de agua y de los ecosistemas de ella dependientes¹⁷.

Esto es, la DMA promueve un enfoque integrador de los aspectos de calidad del agua con los cuantitativos, aunque éstos, en su articulado, resultan meramente adjetivos e instrumentales, dado el *condicionamiento* de la base jurídica al amparo de la cual se dicta (no es la «gestión *cuantitativa* de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la *disponibilidad* de dichos recursos», que requiere «unanimidad» del Consejo de la Unión Europea, de acuerdo con el art. 175.2 TCE, actual art. 192.2 TFUE). Hay, en consecuencia, un predominio o hegemonía de la perspectiva *cualitativa* sobre la *cuantitativa* (dimensión que no constituye un problema para los países del centro y norte de Europa, que fueron precisamente los promotores de la DMA), cuyo desequilibrio y consecuencias negativas ponen de manifiesto diversos documentos recientes de las instituciones europeas¹⁸.

Desde la *perspectiva jurídica*, estamos ante una directiva muy ambiciosa cuya aplicación conlleva extraordinarias exigencias técnicas y económicas. Se ha hablado de un «nuevo paradigma» en la gestión del agua. Su aplicación no está resultando fácil, pues la DMA, por sus características técnicas (en especial, sus singulares Anexos) y su *deficiente técnica jurídica* ofrece especiales problemas de interpretación, pues deja

¹⁷ Sobre los condicionamientos de esta base jurídica, véase A. FANLO LORAS, «La Directiva Marco del Agua: su base jurídica ambiental y principales contenidos», en *Revista Jurídica de Medio Ambiente Aranzadi*, 2(2002), pp. 57-76.

¹⁸ Véase, por ejemplo, el «Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa» [COM(2012) 673 final, de 14 de noviembre de 2012], disponible en español en el siguiente enlace <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0673:FIN:ES:PDF>.

amplísimos márgenes de decisión en aspectos esenciales¹⁹. Ante esta incertidumbre, por primera vez en la experiencia europea de aplicación de una Directiva, se ha establecido un proceso *ad hoc* para su implementación, mediante la creación de distintos grupos de trabajo, responsables de la elaboración de *Guías orientativas*²⁰ sobre muy diversos aspectos de la DMA. Ello introduce un material interpretativo de origen técnico-burocrático, ajeno al contenido jurídico estricto de la DMA y de discutible legitimidad política, incluso, técnica. Es el caso de la última de las elaboradas, la núm. 31 sobre «caudales ecológicos» (*Ecological flows in the implementation of the Water Framework Directive*), cuya elaboración ha sido liderada por España y Francia, y que está siendo muy discutida en sus aspectos técnicos, incluso científicos.

Ahí radican las dificultades aplicativas, por unas u otras causas, que se han constatado en todos los Estados miembros, incluidos los incumplimientos (por no transposición o transposición defectuosa; no identificación de las demarcaciones hidrográficas o de las autoridades competentes; no aprobación de los planes en plazo) ya declarados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a cuya jurisprudencia habrá que estar atentos en los próximos meses. No debe descartarse, sin embargo, la modificación de la misma DMA, para clarificar diversas cuestiones imprecisas o para prescindir de ciertas medidas instrumentales por su coste desproporcionado e inútil dada la mutabilidad permanente del estado de las masas de agua.

La Comisión acaba de constatar recientemente, en relación con los planes de gestión de las demarcaciones hidrográficas ya aprobados, que existen muy notables divergencias de enfoque entre los Estados miembros

¹⁹ Bien significativas de la complejidad interpretativa de la DMA son las siguientes afirmaciones del escrito de *Conclusiones* del Abogado General Sr. Niilo Jääskinen, en el Asunto C-461/13 (dragado río Weser, Alemania): «aunque la DMA haya querido establecer una base común esencial para coordinar el mosaico de textos legislativos comunitarios y nacionales en vigor, lo cierto es que la DMA constituye un documento complejo y elaborado de una manera particular, cuya comprensión es anormalmente complicada. (3) En particular, la técnica normativa que consiste en numerosos reenvíos de una disposición a otra y a otros actos, y también en prever varias excepciones cuyo alcance no es claramente comprensible, plantea múltiples dificultades. (4) Resulta, a este respecto, sintomático que el sistema de gestión del agua establecido por la DMA haya dado lugar a la adopción de un número impresionante de documentos explicativos, (5) a la creación de bases de datos especializadas (6) y a trabajos de investigación sobre el agua en el marco del 7º Programa Marco de Investigación de la Unión Europea. (7)» (§ 4 de las Conclusiones).

Este juicio tan crítico del Abogado General no es inconveniente, sin embargo, para que frente a interpretaciones «minimalistas» de la DMA (un «instrumento de planificación a gran escala de la gestión de las aguas», esto es, un mero documento programático) defienda que contiene una metodología de la gestión del agua que no solo abarca el nivel de planificación sino el nivel de ejecución de objetivos ambientales vinculantes que debe traducirse en medidas concretas dirigidas a garantizar el buen estado de las aguas (§ 5 de las Conclusiones).

²⁰ Pueden encontrarse en <http://www.waterframeworkDirective.wdd.moa.gov.cy/guidance.html>.

y lagunas de información sobre aspectos relevantes del estado de las masas de agua identificadas [«Informe de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre la aplicación de la DMA, Planes Hidrológicos de cuenca», COM(2012) 670 final, de 14 de noviembre de 2012]²¹. Me parece que este Informe tiene, sin embargo, muy escaso espíritu autocrítico sobre la misma DMA (así como sobre el proceso de implementación) y que los responsables europeos han contribuido a propiciar interpretaciones unidireccionales (falsamente ambientalistas), faltas del necesario equilibrio y complejidad de los bienes y valores en juego en la gestión del agua, que conducen a resultados contrarios al sentido común.

En iguales defectos incurre el reciente documento de trabajo de los servicios de la Comisión «Informe sobre la aplicación de los Planes Hidrológicos de Cuenca de la Directiva Marco del Agua. Estado miembro: ESPAÑA» (se refiere a la serie de planes aprobados en 2012-2014), que acompaña al documento «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: La Directiva Marco del Agua y la Directiva sobre inundaciones: medidas para lograr el “buen estado” de las aguas de la UE y para reducir los riesgos de inundación»²². La lectura de sus discutibles «Recomendaciones» (págs. 95 a 99 del documento) constituye una muestra de la falta de comprensión de la singularidad hidrológica del sistema «artificializado» de aguas que predomina en España, analizado en el Apartado I²³. La incomprensión que denota este informe de la realidad

²¹ Su texto en español se encuentra en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0670:FIN:ES:PDF>.

Como documento de trabajo de valoración de la aplicación de la DMA, téngase en cuenta el documento «Plan para salvaguardar los recursos hídricos de Europa» [COM(2012) 673 final, de 14 de noviembre de 2012], disponible en español en el siguiente enlace <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0673:FIN:ES:PDF>.

No comparto algunas de las valoraciones y propuestas y echo de menos un mayor espíritu crítico de la propia DMA y de algunas de sus interpretaciones «oficiosas».

²² Puede encontrarse el referido documento de trabajo (que como tal no tiene referencia definitiva, salvo la del año 2015) en el siguiente enlace: http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/pdf/4th_report/MS%20annex%20-%20Spain_es.pdf.

²³ Como muestras de estas discutibles «Recomendaciones» considérense, entre otras, las tres siguientes (las negritas están en el original):

«• Garantizar en los segundos planes hidrológicos que **se evalúa el estado de todas las masas de agua** de conformidad con la DMA **antes de plantearse otras infraestructuras** que podrían causar un deterioro del estado de las masas de agua o impedir la consecución del buen estado. Esas **infraestructuras solamente pueden autorizarse si se cumplen las condiciones del artículo 4, apartado 7**. Se debe incluir la justificación en el plan hidrológico. La «declaración de interés general» en la legislación española no puede equipararse automáticamente al concepto de «interés público superior» del artículo 4, apartado 7, letra c). Esto deberá justificarse caso por caso en el segundo PHC.

• Revisar la manera en que se contempla la **modernización del riego** en los PDM (Programas de medidas). Solamente los proyectos que contribuyan realmente a los objetivos de la DMA serán calificados como tales. Esa contribución se justificará y cuantificará en los planes hidrológicos caso por caso. Los permisos de captación deben revisarse y adaptarse para cumplir los objetivos ambientales, y a continuación la

hidrológica de España obliga a fundamentar/justificar de otra manera, en los propios planes hidrológicos, las actuaciones y medidas que para nosotros tenían justificación por sí mismas, con el objeto de evitar *Cartas de emplazamiento-Infracción n° 2014/402*, como la recientemente remitida respecto del embalse de Biscarrués (Huesca), de 29 de mayo de 2015 [SG-Greffe (2015) D/6146].

Es paradigmático, en este sentido, el enfoque sesgado que algunos adoptan de los *objetivos* y *finés* que persigue la misma DMA, sesgo al que contribuye una poco cuidada técnica jurídica y la impericia de quienes no están habituados a la interpretación sistemática de los peculiares textos jurídicos de las directivas europeas. En efecto, no cabe hacer de la protección ambiental del agua y de sus ecosistemas la única, exclusiva y última *ratio* de la DMA, por aparecer enumerados en primer lugar en la lista de objetivos del art. 1 DMA. No hay primacía de lo ambiental sobre el resto de los objetivos y, en particular, sobre el «suministro suficiente de agua» (demandas de agua para la vida humana y la actividad económica), pues, en definitiva, la medidas de protección de la calidad del agua lo son para que el suministro sea «en buen estado». La interpretación sistemática e integrada de dichos objetivos no admite jerarquía entre ellos, pues todos deben alcanzarse simultáneamente: evitar el deterioro adicional que proteja y mejore el estado de los ecosistemas acuáticos; el uso sostenible, equilibrado y equitativo del agua; el control y reducción de la contaminación de vertidos; paliar efectos inundaciones y sequías; el suministro suficiente de agua en buen estado; reducir la contaminación de las aguas subterráneas y, finalmente, la protección calidad aguas territoriales y marinas, de acuerdo con los compromisos internacionales contraídos por la Unión Europea.

Ciertos autores y organizaciones ambientalistas, en España, han trasladado este desenfoque metodológico (primacía de la dimensión fundamental o exclusivamente *cualitativa* de la DMA) a los objetivos y fines que deben cumplir los planes hidrográficos y los programas de medidas. Según estos autores los planes y programas debieran limitarse a garantizar, en los plazos establecidos, el *buen estado* de las masas de agua. Se alega, para apoyar esta tesis, que la práctica totalidad de los planes hidrológicos presentados a la Comisión por los Estados miembros se limitan a atender los aspectos *cualitativos*.

La singularidad hidrológica de España (a la que me he referido en el

modernización debe ser la medida de eficiencia aplicada para lograr el cumplimiento de la nueva condición del permiso.

- Contemplar y dar **prioridad al uso de la infraestructura verde y/o medidas naturales de retención de agua** que ofrecen unas ventajas ambientales (mejoras en la calidad del agua, incremento de la infiltración y, por tanto, de la recarga de acuíferos, protección frente a inundaciones, conservación de hábitats, etc.), sociales y económicas que en muchos casos pueden ser más rentables que la infraestructura gris, así como otras medidas de restauración, de eliminación de presas y de otras barreras hidromorfológicas».

Apartado I) justifica, sin embargo, la complejidad y amplitud de los objetivos de los planes hidrológicos españoles, que desborda la perspectiva cualitativa exigida por la DMA. En efecto, desde la perspectiva cualitativa, los planes hidrológicos españoles deben fijar caudales ecológicos para garantizar la *calidad y buen estado* de las masas de agua, caudales que constituyen una restricción general de los sistemas de explotación (indisponibles, con la excepción del abastecimiento a la población). Pero, además, los planes hidrológicos tienen como objetivo la *satisfacción de las demandas* y el *equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial* (que debe alcanzarse mediante el incremento de disponibilidad del recurso, la protección de su calidad, economía y racionalización de usos, en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales), según establece el art. 40 TRLAg.

En definitiva, los planes hidrológicos, en aplicación de la DMA, deben garantizar un *equilibrio* entre las *necesidades humanas* (incluido el desarrollo económico sostenible, base del sustento de la vida humana) y la protección de los *ecosistemas* dependientes del agua. Ahí radica la dificultad de los planes hidrológicos españoles, por la necesidad de armonizar objetivos aparentemente contrapuestos (satisfacción de las demandas y caudales ecológicos). Ahora bien, llegado el caso, *razones de interés público superior* pueden justificar la no aplicación de las previsiones de la DMA, de acuerdo con el sistema de *excepciones* contemplado en el art. 4 DMA, siempre que se justifiquen debidamente en los correspondientes planes hidrológicos. Y los problemas de correcto «*enfoque*», de equilibrio, son fundamentales si no se quiere llegar a resultados absolutamente disparatados o alejados del sentido común y de la pública utilidad en el trascendental asunto de los caudales ecológicos que deben fijar los planes hidrológicos.

Son estos defectos de enfoque los que explican – en mi opinión – además de las cuestiones competenciales (fragmentación de la gestión por cuencas y «patrimonialización territorial» del agua, rectificada por las SSTC 30 y 32/2011) el notable retraso en la aprobación de la planificación hidrológica adaptada a la DMA (los diversos planes han sido aprobados entre 2011-2015), al constituir una aporía irresoluble la consecución de objetivos contrapuestos (satisfacción de las demandas y de los caudales ecológicos). Aporía irresoluble con lo que ha sido el objeto de la política hidráulica de España en el último siglo, regular el régimen de corrientes, corrigiendo la irregularidad espacio-temporal del régimen de precipitaciones si, como restricción externa previa (por razones ambientales) se fijan unos caudales «ecológicos», extraños al régimen natural, que vacían los embalses.

A la vista de las anteriores consideraciones resulta paradójico que en la extensa y complejísima documentación de los planes hidrológicos se sigan manteniendo determinadas interpretaciones sesgadas de la DMA que carecen de fundamento jurídico y político, si bien he de reconocer que se

han corregido muy notablemente los enfoques, en muchos casos, absolutamente sesgados, de los documentos que fueron sometidos a información pública en 2009 y 2012. Así, por ejemplo, en el *Estudio Ambiental Estratégico* de la Propuesta de Proyecto del Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrológica del Ebro, en su apartado 5 (pág. 64) se refiere a los «principios de sostenibilidad y objetivos de protección ambiental» y señala lo siguiente:

«La evaluación ambiental estratégica de los planes hidrológicos es singular porque *el fin principal de estos planes es precisamente la mejora del medio ambiente*. En efecto, la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva Marco del Agua (DMA) ha significado un *nuevo enfoque* de la *planificación* que hace que el *tradicional objetivo* de la *satisfacción de las demandas* de agua *se subordine* a la obligación del cumplimiento de una serie de objetivos que pueden resumirse en la consecución del *k* y que, en cualquier caso, no haya un deterioro de este estado» (las negritas las ha añadido el autor).

Esta «subordinación» – como he señalado – carece de fundamento. El mismo documento, en el párrafo siguiente, rectifica esta interpretación desenfocada cuando recuerda la amplitud de los objetivos de la planificación en España, plasmados en el art. 40 TRLAg, objetivos que han de alcanzarse de manera *armónica* y sin preferencia de unos sobre otros, como he advertido con anterioridad. Este equilibrio es el que ahora se recoge como objetivos generales de la planificación en el «*Resumen no técnico*» de la Propuesta de Proyecto de PHE (evitar el deterioro adicional de las masas y alcanzar el buen estado/atender las necesidades de agua de la cuenca del Ebro dirigidas a posibilitar los usos socio-económicos que precisa nuestra sociedad para su desarrollo sostenible, Anexo 4, pág. 142).