

## **“AVANCES EN LA PROTECCIÓN DEL AGUA EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL”**

**Autor:** Santiago M. Álvarez Carreño, Universidad de Murcia (España)

### **Resumen:**

El estudio analiza recientes sentencias del Tribunal Supremo español que muestran un avance en la protección ambiental del agua y que exigen reforzar los medios materiales y humanos al servicio de la Administración Pública del agua. Los efectos de las sentencias, no obstante, pueden tener repercusiones tanto positivas como negativas sobre el real estado de conservación de los cursos de agua.

### **Abstract:**

This paper analyzes recent rulings of the Spanish Supreme Court that show an advance in the environmental protection of water. They require also the strengthening of the resources put at service of Public Water Administration after years of cutbacks. The effect of these rulings however can have both positive and negative impacts on the state of conservation of spanish watercourses.

**Palabras clave:** Aguas. Protección ambiental. Tribunal Supremo.

**Keywords:** Water. Environmental protection. Supreme Court.

### **Índice:**

- 1. El derecho al aprovechamiento de aguas públicas para uso privado puede ser limitado o restringido por causas distintas a las expresamente indicadas en la legislación de aguas**
- 2. La exigencia de justificación del «interés público superior» para alterar y modificar masas de agua**
- 3. La consolidación de las reservas fluviales como figura de protección**
- 4. El refuerzo de los medios personales y materiales al servicio de los organismos de cuenca: límites a la huida del derecho administrativo**
- 5. Otras relevantes sentencias sobre caudales ecológicos y otros conflictos ambientales: luces y sombras**

**Index:**

1. **The right to use public waters for private use may be limited or restricted for reasons other than those expressly indicated in water legislation**
  2. **The requirement of justification of the «best public interest» for altering and modifying water bodies**
  3. **Consolidation of river natural reservoir as a protecting tool**
  4. **Strengthening the personal and material resources assigned to Public Water Authorities**
  5. **Other relevant cases on ecological flows and environmental conflicts: light and shade**
- 
1. **EL DERECHO AL APROVECHAMIENTO DE AGUAS PÚBLICAS PARA USO PRIVADO PUEDE SER LIMITADO O RESTRINGIDO POR CAUSAS DISTINTAS A LAS EXPRESAMENTE INDICADAS EN LA LEGISLACIÓN DE AGUAS**

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso, Sección 5ª, de 29 de octubre de 2020 (núm. Rec. 4466/2019. Ponente: HUET DE SANDE) resuelve el recurso de casación interpuesto contra la anterior del TSJ de Andalucía, de 24 de abril de 2019, por la que se desestimaba el recurso interpuesto contra la resolución, de 31 de marzo de 2017, confirmada en reposición por otra de 28 de septiembre siguiente, de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, que denegaba la inscripción en la sección B del Registro de Aguas, de un aprovechamiento, con destino a riego, sito en el término municipal de Almonte (Huelva).

La cuestión sobre la que la Sala entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste

*“... en determinar, en un caso en que un particular interesa, mediante una comunicación, el ejercicio de un derecho de aprovechamiento o uso privativo de aguas obtenido por disposición legal, cuál es la normativa aplicable, si la vigente en el momento de la presentación de la comunicación o la vigente en el momento de la resolución” (Antecedente de hecho 3º, núm. 2).*

En concreto, el recurrente en casación pide

*“Que se declare como doctrina que, en un caso como el enjuiciado, relativo al ejercicio de un derecho a un aprovechamiento de aguas por disposición legal mediante comunicación al Organismo de Cuenca, debe aplicarse la normativa vigente en el momento de ejercitarse dicho derecho nacido por disposición legal” (Antecedente de hecho 4º, párr. 3º)*

Por el contrario, la STSJ no aplica la normativa vigente en el momento de la presentación de la comunicación, sino una normativa posterior que contiene un cambio normativo restrictivo del derecho. Además, en el momento en que la Administración resuelve habían transcurrido ocho años desde la presentación de la comunicación y, por tanto, se había superado el plazo para resolver establecido por el bloque normativo regulador (arts. 52.1 y 54.2 TRLA, arts. 84 y ss. del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH) en relación con el art. 9.3 CE). En concreto, el TSJ, frente a la alegación de la parte recurrente de que no puede exigirse el cumplimiento de normas que han entrado en vigor con posterioridad a la fecha de presentación de la comunicación afirma que

*“... en realidad no se produjo la aplicación retroactiva de una norma (Decreto 178/2014, de 16 de diciembre, que aprueba el Plan de Ordenación de las Zonas de Regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana -PEORD- y Plan Hidrológico, cuya revisión fue aprobada por Real Decreto 1/2016, de 8 de enero), porque el aprovechamiento estaba solicitado, pero no otorgado, y la Administración está sometida a la legalidad vigente en cada momento. Hay que estar por tanto a la norma específica aplicable para la autorización de aprovechamientos vigente en el momento de resolverse la solicitud” (FDº 1º).*

El TS comienza por recordar, para enmarcar adecuadamente el debate, que

*“... este Plan Espacial de Ordenación de las zonas de regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana aprobado en 2014, al que se remite el Plan Hidrológico del Guadalquivir de 2016, según reza su preámbulo, había iniciado su tramitación en el año 2007, y se elabora en desarrollo del Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana aprobado por Decreto 341/2003, de 9 de diciembre, para compatibilizar el desarrollo de ese territorio, agrícola y turístico, con la protección de sus excepcionales valores naturales y el uso racional del agua, siendo su objetivo principal establecer un equilibrio entre el desarrollo de la actividad agrícola en el entorno de Doñana, y las consecuencias de esta actividad en el medio ambiente y, fundamentalmente, en las aguas subterráneas que inciden en el Espacio Natural. Y es la incompatibilidad con este plan la que, en definitiva, fundamenta la denegación del aprovechamiento pretendido” (FDº 5º).*

El TS, en segundo lugar, reconoce que tiene razón la recurrente cuando alega la inaplicación a este caso de su jurisprudencia (en SSTS, de 7 de octubre de 2011 -rec. 4455/2007- y, de 22 de marzo de 2012 -rec. 2283/2009, FJº 5, además de otras que en ellas se citan) porque no se trata del ejercicio de una potestad discrecional, como es el otorgamiento de una concesión para el uso privativo de aguas públicas *ex art. 59. 4 TRLA* que, de conformidad con tal naturaleza, se rige por la legislación vigente cuando la Administración la materializa mediante el otorgamiento de la concesión,

*“... sino ante una potestad reglada, pues es el legislador (art. 54. 2 TRLA) el que ha reconocido a favor del dueño de un predio, «en las condiciones que reglamentariamente se establezcan», un derecho al uso privativo de las aguas subterráneas y de manantiales que*

*en él se encuentran hasta un determinado límite volumétrico y con las salvedades que indica en relación con los acuíferos sobreexplotados.*

*No es, pues, esta jurisprudencia, formulada para las concesiones de aguas, la que puede fundamentar que en este caso la decisión denegatoria del aprovechamiento de aguas aquí concernido se haya sustentado en una normativa que no estaba vigente al tiempo de formularse la comunicación, sino al tiempo de resolverla. Aquí estamos ante una potestad reglada y no discrecional, existe un derecho legalmente previsto al aprovechamiento que sólo puede ser denegado en los términos que establezca la legislación vigente” (FDº 5º, letra B).*

Ahora bien, a la hora de determinar la legislación aplicable, el TS repara en que las propias normas vigentes al tiempo de resolver, y muy especialmente, la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión, entre otros, del Plan Hidrológico de la demarcación del Guadalquivir, establecen un régimen transitorio específico para este tipo de situaciones<sup>1</sup>. De este modo, constata el Alto Tribunal que la norma configura el régimen que debe aplicarse a los expedientes que se encuentran pendientes al tiempo de su entrada en vigor, exigiendo su conformidad con el nuevo planeamiento hidrográfico cualquiera que haya sido su fecha de iniciación. Concluye, en los términos del art. 108. 3 y 4 del RDPH, que deben denegarse aquellos aprovechamientos pendientes de resolución cualquiera que sea su naturaleza discrecional o reglada, cuando devengan incompatibles con el nuevo plan aprobado en 2016, cuyas previsiones se complementan con las del Plan Especial de Ordenación (Decreto 178/2014). En efecto, razona la Sala que

*“La disposición transitoria mencionada, en la medida en que prevé su aplicación a situaciones surgidas antes de su entrada en vigor, pero cuyos efectos aún no se han producido o consumado, tiene ciertos efectos retroactivos, pero se trata de una retroactividad de grado mínimo o medio (retroactividad impropia) plenamente compatible con la prohibición constitucional de retroactividad de las disposiciones restrictivas de derecho individuales contenida en el art. 9.3 CE, como ha tenido ocasión de declarar tanto el Tribunal Constitucional como esta Sala. Sirva de exponente cuanto razonamos en nuestra Sentencia de 15 de febrero de 2017, rec. 40/2015, FJ 4: «En relación con la irretroactividad, conviene destacar que el límite expreso de la retroactividad, denominada in peius, de las leyes se circunscribe a las leyes ex post facto sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide, a tenor del artículo 9. 3 de la CE, al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere necesario, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico (STC 49/2015, de 5 de marzo), que impedirían dar respuesta a los problemas o dificultades aparecidas. En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional (SSTC 42/1986, de 10 de abril, y 65/1987, de 21 de mayo), al destacar que lo que prohíbe el citado artículo 9. 3 de la CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya cerrados, ya producidos de situaciones anteriores. La*

---

<sup>1</sup> Esta disposición establece que: “En la tramitación de expedientes que todavía se encuentren pendientes de resolución final, la Oficina de Planificación de la correspondiente Confederación Hidrográfica o la unidad que desempeñe esas funciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco dentro de su ámbito competencial, deberá ratificar aquellos informes de compatibilidad con el plan hidrológico que hubiera realizado con anterioridad a la entrada en vigor de este Real Decreto. En caso de no ratificación, deberá emitirse un nuevo informe de compatibilidad, procediéndose según el caso de conformidad con el artículo 108. 3 y 4 del RDPH”.

*irretroactividad sólo es aplicable a los derechos que ya han sido consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los todavía pendientes, futuros, condicionados y expectativas, por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, y 178/1989, de 2 de noviembre. De modo que una norma es retroactiva, con lesión del artículo 9. 3 de la CE, cuando incide sobre relaciones ya consagradas y afecta a situaciones terminadas y agotadas. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida por el citado artículo 9. 3 de la CE, las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro, aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso, según declara la STC 270/2015, de 17 de diciembre» (FDº 5º, letra C).*

El hecho de que se trate de un uso privativo establecido por disposición legal y cuyo reconocimiento constituya una potestad reglada no significa, aclara el TS al rechazar la argumentación en ese sentido de la recurrente, que dicho reconocimiento sea automático tras la comunicación del aprovechamiento. Recuerda en este sentido su doctrina recogida en la STS, de 13 de octubre de 2020, rec. 5307/2019, FJº 7, referida igualmente a un uso privativo por disposición legal del art. 54 TRLA relativo a un aprovechamiento de aguas pluviales del apartado 1 de dicho precepto ubicado en el mismo término municipal de Almonte)<sup>2</sup>.

Por ello, la Sala, a la hora de aplicar los anteriores razonamientos a la sentencia recurrida decide que, por una parte, el recurso de casación debe ser estimado, pero, a la vez, que el recurso contencioso administrativo del que trae causa debe ser desestimado. La Sentencia razona que

*“En efecto, el recurso de casación debe prosperar, con la consiguiente anulación de la sentencia de instancia, ya que los razonamientos que constituyen su razón de decidir no se acomodan a los que más arriba hemos expresado, pues aplica la Sala de instancia, como fundamento de su decisión de aplicar al aprovechamiento pretendido unas normas que no*

---

<sup>2</sup> FJº 7: “... Y tal vez no resulte superfluo sino conveniente recordar que el dueño de un predio no es dueño de las aguas pluviales que las nubes descargan sobre el predio. Como dispone el art. 1. 3 TRLA «las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico» (arts. 52, 54 TRLA; 84, 85 y 86 RDPH, y 416 CC).

Y no resulta superfluo sino conveniente la anterior afirmación, porque la recurrente pretende convertir sus solicitudes de inscripción de aprovechamiento de aguas pluviales en un mero trámite, sin ejercicio alguno de control por el Organismo de Cuenca competente. Así, el Informe Técnico acompañado como documento pericial de la recurrente lleva por título «Informe Técnico relativo a expediente de comunicación de uso privativo por disposición legal de aguas pluviales en la Finca La Cañada». Pero no se trata de una mera comunicación que debe automáticamente producir la inscripción, pues como claramente establecen los artículos 84, 85.1 y 86 RDPH antes transcritos en el FD 5º, el Organismo de Cuenca efectúa el control de dicha solicitud de inscripción. Y así lo dijimos en la sentencia de esta Sala y Sección de 10 de mayo de 2012 (rec. 5871/2009), «El derecho al uso privativo de aguas previsto en el actual artículo 54 TRLA no puede materializarse sin intervención de la Administración Hidrológica, pues, aunque en este caso la Administración no ejercita competencias discrecionales, como es el caso de la concesión (ex artículo 59.4 TRLA), no por ello los usos privativos por disposición legal están exentos en su ejercicio de control administrativo, como se deduce claramente de la propia normativa prevista en la Ley de Aguas»”.

*estaba vigentes al tiempo de comunicarlo, una doctrina jurisprudencial relativa a las concesiones de aguas públicas que no resulta de aplicación al supuesto de autos concerniente a un derecho el uso privativo por disposición legal de aguas subterráneas previsto en el art. 54.2 TRLA. La sentencia recurrida debe, por ello, ser casada y anulada.*

*Ello no obstante y de conformidad, asimismo, con la doctrina que acabamos de fijar, el recurso contencioso administrativo no puede prosperar ya que las citadas normas que no se encontraban vigentes al tiempo de comunicar el aprovechamiento, sino al tiempo de resolver sobre el mismo (Plan Hidrológico del Guadalquivir de 2016 y Plan Espacial de Ordenación de 2014), deben ser mantenidas como fundamento de su denegación, aunque por una razón distinta a la expresada en la sentencia recurrida, y en concreto, por establecerlo así la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión, entre otros, del Plan Hidrológico de la demarcación del Guadalquivir, al resultar incompatible el aprovechamiento pretendido por la recurrente con las determinaciones contenidas en dicho plan, sin que ello suponga vulneración alguna del art. 9.3 CE" (FDº 7º).*

De este modo, en la presente Sentencia el TS confirma que el derecho al aprovechamiento de aguas públicas para uso privado puede ser limitado o restringido por causas distintas a las expresamente indicadas en la legislación de Aguas y que los organismos de cuenca deben velar por la necesaria coordinación interadministrativa y están compelidos a garantizar el principio rector de la gestión en materia de aguas recogido en el art. 14 TRLA de compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio.

## **2. LA EXIGENCIA DE JUSTIFICACIÓN DEL «INTERÉS PÚBLICO SUPERIOR» PARA ALTERAR Y MODIFICAR MASAS DE AGUA**

La STS 423/2020, 18 de mayo de 2020 (núm. Recurso 5727/2017. Ponente: BORREGO BORREGO) resuelve el recurso de casación interpuesto por una Comunidad de regantes contra la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 7 de julio de 2017, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por varios municipios y una asociación contra la Resolución, de 14 de febrero de 2012, de la Dirección General del Agua, por la que se aprobaba el expediente de información pública y el anteproyecto de embalse de Biscarrués, y contra la Resolución, de 8 de julio de 2011, de la Secretaría de Estado de Cambio Climático, sobre Declaración de Impacto Ambiental del proyecto de embalse mencionado, por considerar que infringían la Directiva 2000/60/CE, Marco del Agua (DMA).

La presente STS confirma la anulación del proyecto y establece las condiciones en las que existe el «interés público superior» exigido por el Derecho de la Unión Europea para la construcción de grandes obras hidráulicas. En su interpretación, el Alto Tribunal rechaza que este interés sea equivalente al concepto de «interés general» del Derecho español, ya que requiere la prueba

de que no exista otra alternativa y, además, que estudios científicos, específicos y comparativos acrediten que los beneficios que se obtendrán con la realización de la obra hidráulica sean muy superiores a los impactos que de ella se derivan.

En concreto, en el FDº 3 de la sentencia el Alto Tribunal afirma que el segundo adjetivo del concepto «interés público superior» que utiliza la DMA

*“... indica un elemento de comparación. Es decir, lo que la DMA introduce, partiendo del interés público, o interés general de obra pública proyectada, es una exigencia suplementaria de comparación, al exigir que la excepción «del incumplimiento de los requisitos de evitar un nuevo empeoramiento o de lograr el buen estado de las aguas», se admite «si el incumplimiento de dichos requisitos se debe a circunstancias imprevistas o excepcionales, en particular, a inundaciones o sequías, o a que lo exija un interés público superior [...]» (Considerando 32 de la DMA)”.*

Y el TS constata, en este mismo FDº 3º, que este concepto de «interés público superior», exigido por la DMA,

*“... no ha sido objeto de un examen separado, propio e independiente de las consideraciones difusas y dispersas a lo largo de la documentación, voluminosa se reitera, que ha tenido lugar. Y tampoco se ha producido un examen de comparación enfrentando cuál es el interés público superior, que ha de dominar sobre los intereses afectados, y su consideración de inferiores frente al interés superior. Y razonando porqué «los beneficios obtenidos por dichas alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyen una opción medioambiental significativamente mejor» (Artículo 4.7.c y d DMA)”.*

La exigencia de un estudio explicativo y justificativo del interés público superior vienen además no sólo impuestas por la DMA sino que ya estaban incorporadas al ordenamiento jurídico interno por el [Real Decreto 907/2007, de 6 de julio](#), por el que se aprueba el Reglamento de la Planificación Hidrológica (artículo 39: «condiciones para las nuevas modificaciones o alteraciones»)<sup>3</sup>. Con apoyo en la jurisprudencia del TJUE, el TS recuerda que,

---

<sup>3</sup> «1. Bajo las condiciones establecidas en el apartado 2 se podrán admitir nuevas modificaciones de las características físicas de una masa de agua superficial o alteraciones del nivel de las masas de agua subterránea, aunque impidan lograr un buen estado ecológico, un buen estado de las aguas subterráneas o un buen potencial ecológico, en su caso, o supongan el deterioro del estado de una masa de agua superficial o subterránea. Asimismo, y bajo idénticas condiciones, se podrán realizar nuevas actividades humanas de desarrollo sostenible, aunque supongan el deterioro desde el muy buen estado al buen estado de una masa de agua superficial. 2. Para admitir dichas modificaciones o alteraciones deberán cumplirse las condiciones siguientes: a) Que se adopten todas las medidas factibles para paliar los efectos adversos en el estado de la masa de agua. b) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones se consignen y expliquen específicamente en el plan hidrológico. c) Que los motivos de las modificaciones o alteraciones sean de interés público superior y que los beneficios para el medio ambiente y la sociedad que supone el logro de los objetivos medioambientales se vean compensados por los beneficios de las nuevas modificaciones o

*“... no puede expresarse esta excepción limitándose a «invocar en abstracto el interés público superior», sino que es necesaria la exposición de «un análisis científico detallado y específico del proyecto para llegar a la conclusión de que concurrían las condiciones de una excepción a la prohibición de deterioro»” (FDº 4º).*

Para que el Alto Tribunal hubiera podido ser deferente con la discrecionalidad técnica de la AP ésta debería haber observado, tanto en la forma como en el fondo, los requisitos procedimentales:

*“Y la ausencia de la explicación del «interés público superior» en este caso no puede justificarse en el número de papeles y de informes y de pericias y de escritos. Sería como admitir, lo que no puede admitirse, que el volumen documental sobre el embalse de Biscarrués ha cubierto dicho embalse, no con agua, sino con papeles y papeles. El procedimiento, los ritos, son esenciales, en garantía de todos y para concluir en decisiones conforme a Derecho, fruto del estudio y de la transparencia” (FDº 4º).*

Desde mi punto de vista, el TS en este caso, más allá de las complejidades de todo tipo en la tramitación de un proyecto como este, se rinde a la evidencia del conjunto de deficiencias del proyectado embalse de Biscarrués y de su declaración de impacto ambiental que fueron puestas de manifiesto por estrictos análisis científicos que avalaban su impugnación. Cabe citar, en concreto, que no se justificó la necesidad real de su construcción ni se llevó a cabo un estudio de alternativas aceptable como pusieron de manifiesto los estudios y análisis de Pedro ARROJO AGUDO y Javier MARTÍNEZ GIL de la Universidad de Zaragoza y José Javier GRACIA SANTOS, Geólogo e Ingeniero ambiental, así como el informe del CEDEX; no se estudiaron de manera suficiente los impactos sobre los ecosistemas acuáticos como habían señalado Narcís PRAT FORNELLS y Nuria CID PUEY de la Universidad de Barcelona o Alfredo OLLERO OJEDA, Universidad de Zaragoza y había confirmado la propia Comisión Europea; no se analizaron de manera estricta los riesgos geológicos como probó Antonio M. CASAS SAINZ de la Universidad de Zaragoza; tampoco se analizaron de manera estricta los impactos del proyecto sobre las especies, hábitats y lugares de la red Natura 2000 como constataron un conjunto nutrido de expertos y académicos<sup>4</sup>.

---

alteraciones para la salud pública, el mantenimiento de la seguridad humana o el desarrollo sostenible.  
d) Que los beneficios obtenidos con dichas modificaciones o alteraciones de la masa de agua no puedan conseguirse, por motivos de viabilidad técnica o de costes desproporcionados, por otros medios que constituyan una opción medioambiental significativamente mejor».

<sup>4</sup> *Vid.* los comentarios sobre la sentencia, celebrados como un gran triunfo de las asociaciones y municipios demandantes, de GONZÁLEZ, P., “El fin de un calvario”; y de GALLEGU, M. S. /LA CALLE, A., “La declaración de interés público superior no puede ser algo abstracto” en la revista de SEO/BirdLife *Aves y naturaleza*, núm. 32, 2020, pp. 6-7.



### 3. LA CONSOLIDACIÓN DE LAS RESERVAS FLUVIALES COMO FIGURA DE PROTECCIÓN

La STS 679/2019, de 24 de mayo (Rec. 3404/2016), de la que ha sido ponente la magistrada HUERTA GARICANO, resuelve la impugnación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015 que aprueba el "Catálogo Nacional de Reservas Hidráulicas" por el que se declaran 82 reservas naturales fluviales. La demandante, propietaria de una finca destinada a usos agrícolas y cinegéticos, ve afectada su propiedad por la inclusión de un arroyo que la atraviesa dentro de la descripción de las masas de agua protegidas. Alega que el arroyo carece de los valores ecológicos regulados normativamente en el art. 244 bis y ss. Del reglamento del Dominio Público Hidráulico (en adelante, RDPH) en la redacción otorgada en su modificación de 2016. La sentencia comentada aclara que las reservas fluviales ex art. 42. b. c' del Texto refundido de la Ley de aguas de 2001 (en adelante, TRLA) constituyen figuras de conservación complementaria a todo el entramado de espacios protegidos y, añade, que tienen una "importancia capital para evaluar los efectos ambientales que genera el cambio climático sobre los ecosistemas fluviales" (FDº 2). El principio de unidad de cuenca (art. 14. 2 TRLA) obliga a contemplar de modo completo tanto el cauce principal como los tributarios del mismo y cuyas modificaciones acabarían impactando de manera inevitable sobre él.

En su FDº 3 afirma la sentencia que

*"... olvida la actora, que si bien el art. 33 CE reconoce el derecho de propiedad privada, su contenido viene delimitado por la función social que está llamado a cumplir, siendo el derecho ambiental el que más influye, actualmente, en la determinación del contenido de la propiedad privada. No en vano, el art. 45 CE dispone... y esa función social, singularmente presente cuando se trata de proteger un espacio natural, permite establecer límites al disfrute de la propiedad que incluso no exigen la expresa previsión de mecanismo indemnizatorios (SSTC 28/97 y 227/88)".*

Y, continúa este FDº 3:

*"No podemos olvidar que, si bien «la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades sobre las cosas» (STC 18/11/2004), al propio tiempo se integra por un conjunto de derechos y obligaciones «... en atención a valores o intereses de la comunidad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. Por ello, la fijación del contenido esencial de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes» (SsTC 37/87; 170/89, 89/94...).*

*Es más, no cabe hablar de una sola propiedad sino de distintas propiedades, siendo la propiedad rural de naturaleza indiscutiblemente estatutaria, al estar conformada por disposiciones normativas de origen diverso (estatales, autonómicas, europeas) y distinto rango, y, por políticas sectoriales que delimitan su contenido (ordenación de territorio, medio ambiente, cultivos agrícolas, montes, minas...)”.*

De este modo, el TS acaba desestimando el recurso y confirmando la inclusión del arroyo en el ámbito protegido por la reserva fluvial<sup>5</sup>.

#### **4. EL REFUERZO DE LOS MEDIOS PERSONALES Y MATERIALES AL SERVICIO DE LOS ORGANISMOS DE CUENCA: LÍMITES A LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

La STS 1160/2020, de 14 de septiembre de 2020 (Recurso núm. 5442/2019), de la que ha sido ponente el magistrado OLEA GODOY resuelve el recurso de casación presentado por la AGE contra la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha núm. 77/19, de 13 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Segunda) que anuló una resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadiana de 2016 por la que se había impuesto una sanción por apertura ilegal de pozo y extracción de aguas subterráneas sin concesión. El objeto del debate procesal gira sobre el alcance que conforme a Derecho tiene la encomienda de gestión a favor de la empresa TRAGSATEC, filial de TRAGSA, definida como “medio propio instrumental y servicio técnico” de la Administración Pública (DA 24<sup>a</sup>, apdo. 4<sup>o</sup>, de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público —en adelante, LCSP). La cuestión de interés casacional queda definida por el TS del siguiente modo:

*“Si entre las funciones a encomendar a TRAGSA... cabe atribuir el auxilio material y la asistencia técnica en la tramitación de procedimientos administrativos sancionadores” (Antecedente de hecho 3<sup>o</sup>, apdo. 2<sup>o</sup>).*

---

<sup>5</sup> Cfr. GONZÁLEZ BRIZ, E. / MARTÍN BARAJAS, S. / URQUIAGA CELA, R. (2015), “Las reservas naturales fluviales y la planificación hidrológica”, *Ambienta*, vol. 110, pp. 60-81 (accesible en <https://www.mapa.gob.es/>).

Un reciente análisis del proceso de establecimiento de una red de reservas para el seguimiento del cambio climático a largo plazo, que sienta las bases para la evaluación de los impactos del cambio climático en los ecosistemas fluviales en SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. J. / APARICIO MARTÍN, M. / ARRAZOLA HERREROS, J. F. / MONTE MORGADO, F. J. (2020), “Estado de implantación de las medidas de conservación y seguimiento del cambio climático en las reservas naturales fluviales de las demarcaciones hidrográficas intercomunitarias”, *Revista Montes*, núm. 141 (ejemplar dedicado a «Montes y Agua»), pp. 17-21.

La STS recoge prácticamente en su totalidad los fundamentos jurídicos del Tribunal *a quo*<sup>6</sup> y recuerda las bases constitucionales del Derecho Administrativo cuando afirma que:

*“... las Administraciones, como personificaciones del Poder Ejecutivo, que se articula ya a nivel primario en la Constitución mediante la denominada actividad administrativa (artículo 106), la cual está sometida plenamente a la ley y el Derecho (artículo 103), siendo necesario que las decisiones que se adopten en el desarrollo de esa actividad exigen la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo (artículo 105.c) que está sometido a las normas propias que regulan dicha institución, de tal forma que éste se erige como elemento esencial para la adopción de las decisiones públicas de los órganos que integran ese conglomerado orgánico de carácter público, hasta tal punto que, como veremos, las deficiencias de dicho procedimiento puede afectar a la validez de las decisiones, de las resoluciones, que se adopten” (FDº 2).*

A partir de estos principios, el TS deriva lo que podríamos denominar la doctrina consolidada a nivel teórico en relación a la posición jurídica de la Administración Pública y de sus órganos y los límites del *outsourcing* o encargo a medios propios<sup>7</sup>. Lejos de limitarse a recordar unos asentados principios dogmáticos, la STS analiza las circunstancias del caso concreto para comprobar que

---

<sup>6</sup> En nuestra opinión, aunque no quede asumido en el fallo de modo expreso, el argumento adicional que emplea el TSJ de C-LM para anular la sanción por considerar la interpretación realizada de la encomienda de gestión *una delegación prohibida de las tareas intelectuales, valorativas y volitivas nucleares implicadas en el ejercicio del ius puniendi*, debe ser convenientemente subrayado: “... el esquema diseñado por la Confederación provoca la intervención relevante en la toma de decisiones de personas que, con una relación meramente laboral con una sociedad mercantil, resultan desconocidas para el expedientado. Lo cual compromete el régimen de abstención y recusación regulado por las leyes...” (FDº 1 STS que reproduce los FFDD de la sentencia de instancia).

<sup>7</sup> Doctrina administrativista asentada que el TS sintetiza así: “... en la medida que los procedimientos administrativos son los medios a través de los cuales las Administraciones Públicas desarrollan su actividad pública y ejercen sus potestades, y estas han de realizarse preceptivamente por funcionarios públicos, cabe concluir que los procedimientos administrativos han de tramitarse por funcionarios público, lo cual constituye la regla básica en materia de tramitación de procedimientos administrativos.

Como complemento de la regla anterior... incluso dentro del entramado orgánico que se constituye en el seno de las Administraciones, el concreto ejercicio de una determinada actividad ha de desarrollarse de manera concreta por el órgano que tenga atribuida la competencia, por el que la tenga asignada como propia, conforme a lo que se declara en el artículo 8 de la vigente de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y antiguo artículo 12 de la Ley 30/1992. Y ello sin perjuicio de los supuestos de alteración de la competencia por la vía de la avocación, delegación de competencia o encomienda de gestión que se establecen en los mencionados textos legales” (FDº 2) Un poco más adelante, en el mismo FDº expone en síntesis los principios que rigen esta materia: “... la tramitación de los procedimientos administrativos, en cuanto constituyen la actividad indispensable, técnica y ordinaria de las Administraciones queda reservada para los funcionarios públicos integrados en los respectivos órganos que tienen asumida las competencias correspondientes, lo cuales, conforme a la planificación de los recursos humanos que se dispone en el artículo 69 del Estatuto Básico, han de tomar en consideración las necesidades que esa actividad ordinaria comporta”.

“... no se trata en el presente supuesto de que ese personal de la Empresa Pública auxilie al Organismo de Cuenca de manera puntual en la ejecución de las resoluciones sancionadoras que requieran una especial complejidad o incluso que puedan solicitársele, también puntualmente, alguna actuación del procedimiento del tipo de informes técnicos que los propios medios de la Administración haría de difícil realización; sino de que ese personal ajeno a la Administración intervenga, y regular y permanentemente al menos en el tiempo que dure la relación establecida, en todo el procedimiento, desde la formulación de la denuncia hasta la resolución” (FDº 2).

Como afirma de manera gráfica el TS, el esquema de colaboración aplicado en el caso de autos entre la Administración Pública competente —un organismo de Cuenca estatal— y la sociedad mercantil para la tramitación de los procedimientos sancionadores<sup>8</sup> no supone que

“la Administración externalice un servicio, es que se externaliza, podría decirse, a sí misma, deja de ser Administración si deja de realizar lo que es básico para dictar actos administrativos, el procedimiento legalmente establecido para ello que es, no se olvide, una exigencia constitucional” (FDº 2).

De acuerdo con estas premisas, el TS acota el sentido de la interpretación de los preceptos objeto de la *litis*, que confirma la corrección de los argumentos utilizados por el TSJ para anular la sanción, en el FDº 3 de la presente sentencia<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> La circunstancia de encontrarnos ante el ejercicio de la potestad sancionadora está muy presente en la severidad del reproche que hace el TS que, en este sentido, recuerda que “... mayor rigor ha de exigirse con ocasión de la tramitación de los procedimientos sancionadores en los que... se ejercita la potestad de mayor incidencia sobre los ciudadanos, y de manera perjudicial, por cuanto constituye una manifestación del *ius puniendi* del Estado que, atípica pero necesariamente, se confiere a la Administración, porque debiera ser monopolio del Poder Judicial. Y en este sentido debe recordarse que ya entre las garantías que se impone en estos procedimientos, el artículo 134. 2º de la Ley de 1992 y el actual 63 de la vigente Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, exige la necesaria separación entre las fases de instrucción y decisión que... en el caso de autos se difumina de tal manera que no se garantiza esa distinción porque ninguna exigencia de personal diferente se contempla ni parece propio de ese tipo de transferencia de funciones, que es de lo que se trata” (FDº 2).

También aclara el Alto tribunal que no es admisible, para alterar esa exigencia, pretender hacer una distinción entre actuaciones esenciales y accesorias dentro del procedimiento con la intención de someterlas a un régimen jurídico diferenciado reservando aquellas al personal estatutario y las calificadas de “accesorias” que serían susceptibles de ser desempeñadas por personal ajeno a la AP, “... porque eso es desconocer la relevancia de cada trámite que integra el procedimiento, de tal forma que frecuentemente aquellas actuaciones accesorias condicionan la misma tramitación y, de manera particular, la resolución que deba poner fin al procedimiento, lo cual requiere la intervención de los funcionarios no solo por ser el personal específicamente idóneo para la tramitación por su formación contrastada, sino porque se les somete a un régimen de responsabilidad que no es sino garantía de los ciudadanos de una correcta tramitación de los procedimientos” (FDº 2).

<sup>9</sup> Ciertamente lo hace en un tono matizado y abriendo posibilidades que deberán ser objeto de escrutinio posterior en función de las circunstancias del caso concreto. En este sentido, el TS se limita a afirmar que: “... como regla general, la tramitación de los procedimientos sancionadores incoados por las Administraciones Públicas han de ser tramitados por el personal al servicio de tales administraciones sin que sea admisible que, con carácter general, de permanencia y de manera continua, pueda encomendarse funciones de auxilio material o de asistencia técnica a Entidades Públicas Empresariales, sin perjuicio de poder recurrir ocasionalmente y cuando la Administración

Ahora bien, a nadie se le puede escapar la especial trascendencia de la presente sentencia cuando en su FDº 4 el TS extrae todas las consecuencias de su doctrina y, rechazando los argumentos de la Abogacía del Estado que pretendía salvar la validez y eficacia de este tipo de resoluciones, afirma de modo tajante que

*“... todas las actuaciones llevadas a cabo por personal ajeno a la Administración, al Organismo de Cuenca, es nulo de pleno derecho y, por derivación, lo son las resoluciones que se dictan...”.*

En este sentido, CARO-PATÓN compara el panorama que se abre con el producido tras la declaración de inconstitucionalidad de la asunción de la cuenca del río Guadalquivir por la Comunidad Autónoma de Andalucía en su reformado Estatuto de Autonomía (STC 30/2011, de 16 de marzo. Ponente: DELGADO BARRIO) que implicó la nulidad de las sanciones que, hasta ese momento, había impuesto el Gobierno de esa Comunidad<sup>10</sup>.

Desde nuestro punto de vista, la Sentencia del TS viene a constatar lo que era, podría decirse, un secreto a voces y, en cierto modo, una situación inadmisibles y sólo justificable por los escasos medios materiales y personales con que cuentan los Organismo de cuenca para el desempeño de sus funciones. Esta precariedad incide en la falta de efectividad de los mandatos proteccionistas y de conservación de los recursos hídricos que les asigna la legislación de aguas y que, confiamos, deberá empezar a ser corregida ante la contundente decisión del Alto Tribunal.

## **5. OTRAS RELEVANTES SENTENCIAS SOBRE CAUDALES ECOLÓGICOS Y OTROS CONFLICTOS AMBIENTALES: LUCES Y SOMBRAS**

Como la doctrina más experta pone de manifiesto<sup>11</sup> se detecta una importante litigiosidad ligada a este segundo ciclo de planificación hidrológica (2016-2021), de acuerdo con las exigencias derivadas de la DMA. Son más de cuarenta sentencias del TS, aunque de ellas sólo tres estiman las demandas presentadas.

---

careciera de los medios para ello, al auxilio de Entidades Públicas Empresariales, como medios propios de la Administración, a prestar dicho auxilio o asistencia” (FDº 3).

<sup>10</sup> CARO-PATÓN, I. (2020), “El golpe del Tribunal Supremo a TRAGSA”, *iAgua* (accesible en [este enlace](#)). La autora nos recuerda que la STS, de 5 de octubre de 2012 (recurso núm. 5571/2011. Ponente: Teso Gamella), entre otras, declaró que la nulidad era radical y no atendió los argumentos desplegados por la representación procesal de la AGE para que se pudiera interpretar que la mencionada declaración de inconstitucionalidad sólo tenía efectos *ex nunc* o prospectivos.

<sup>11</sup> *Vid.* el excelente artículo de GALLEGO CÓRCOLES, I. / GARRIDO CUENCA, N. / GONZÁLEZ VICENTE, E. / DELGADO PIQUERAS, F. (2020), “Caudales ecológicos y otros conflictos ambientales en la reciente jurisprudencia derivada de la planificación hidrológica en España”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117, 2020, pp. 341-386.

Del conjunto de cuestiones objeto de ellas, tan sólo subrayar la estrecha conexión que muestran algunas de ellas con las cuestiones que se suscitan en este trabajo<sup>12</sup>. Así, en primer lugar, las consideraciones realizadas por el Alto Tribunal en sus SSTS 342/2019, de 14 de marzo, y 445/2019, de 2 de abril, ponen de manifiesto que el modelo de participación pública de la DMA, tal y como se ha incorporado al Derecho español y a la práctica de la actividad administrativa

*“se evidencia poco eficaz a la hora de articular debates y obtener acuerdos sobre la base de la negociación entre los usuarios y entidades públicas concernidos”<sup>13</sup>.*

En segundo lugar y en relación a la concertación para la determinación de los caudales ecológicos, la STS 435/2019, de 1 de abril, que desestimó la demanda de dos empresas hidroeléctricas contra el régimen de caudales ecológicos fijados por el Plan Hidrológico, subraya la necesidad de avanzar en una interpretación más rigurosa del trámite más allá de una equiparación, más o menos velada, con un simple trámite de información pública<sup>14</sup>. En tercer lugar, del análisis de esta jurisprudencia (se citan, a título de significativo ejemplo, las SSTS 388/2019, de 21 de marzo, y 436/2019, de 1 de abril) se deriva la irrelevancia de los dictámenes periciales aportados por los recurrentes que, en opinión de los autores que voy siguiendo,

*“obedece a la presunción de objetividad, rigor y acierto que el Tribunal, con carácter general, da a los informes que aporta la Administración”<sup>15</sup>.*

En cuarto lugar, debe ponerse de manifiesto que, en ocasiones, los efectos de una sentencia que pretendidamente refuerza el componente proteccionista y garantista del adecuado comportamiento conforme a Derecho de la Administración pueden comportar, además de inseguridad jurídica, paradójicamente, también una mayor desprotección del medio natural. Así sucede de modo palmario con las STS, de 11 de marzo de 2019 (núm. rec. 4351/2016), de 14 de marzo de 2019 (núm. rec. 4482/2019), de 14 de marzo de 2019 (núm. rec. 4430/2019) y, de 21 de marzo de 2019 (núm. rec. 4398/2016) que declaran la nulidad de los apartados y anexos del Plan hidrológico del Tajo en lo que se refiere a la determinación de los caudales

---

<sup>12</sup> Para un detallado análisis de esta jurisprudencia me remito *in toto* a este estudio, al que sigo en estas líneas, y a la bibliografía allí citada.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 359.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 362.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 365.

Los autores se lamentan de que al TS “le basta con afirmar que están basados en la metodología establecida en la normativa sobre planes hidrológicos; aunque es sabido que la mayor parte de la documentación de estos planes ha sido elaborada a partir de asistencias técnicas concertadas con empresas privadas, como acredita la publicidad de los anuncios de contratación por la Administración, que los asume como si fueran propios” (*Ibidem*).

ecológicos. Se está de acuerdo con GALLEGO/GARRIDO/GONZÁLEZ/DELGADO, cuando afirman que

*“hubiera sido deseable que también en el ámbito de la planificación hidrográfica se avanzara sustancialmente en el control de la discrecionalidad, pues de otro modo, a la postre, y a corto plazo, la declaración de ilegalidad del plan no ha supuesto un incremento en la protección ambiental de la cuenca. Esta queda pendiente, y a expensas de la futura revisión del plan del Tajo”<sup>16</sup>.*

Por último, la STS núm. 1003/2019, de 8 de julio, reiterando argumentos fijados sobre el mismo objeto en la anterior STS, de 26 febrero 2015, subraya el especial rigor con que nuestro Alto Tribunal viene exigiendo la justificación de la concurrencia de las condiciones exigidas por el art. 39 RPH (art. 4.7 DMA) para admitir las modificaciones o alteraciones que comportan las obras hidráulicas que requieren del mayor grado de intensidad cuando, además, los riesgos de las actuaciones proyectadas pueden afectar a espacios de especial protección medioambiental, como en el caso el Parque de Doñana<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 375.

<sup>17</sup> FDº 4º: “La falta de una evaluación concreta y precisa de las medidas necesarias para llevar a cabo el pretendido dragado en relación con los concretos riesgos que conlleva, para los objetivos medioambientales de las masas de agua afectadas y el parque de Doñana, se desprende, igualmente, de la redacción del art. 26.3 de la normativa del PHG, cuando establece que las «actuaciones que describe deberán ajustarse a cuantos pronunciamientos administrativos y judiciales las condicionen», expresión que resulta superflua como genérico sometimiento al resultado de los correspondientes controles administrativos y judiciales y que refleja una imprecisión en las medidas y la ausencia del necesario contraste con los efectos y riesgos que el dragado representa para el ecosistema afectado y que resultan de los informes emitidos, limitándose el planeamiento a referir una serie de medidas a realizar, planificadas, en estudio, de seguimiento, así como consideraciones sobre los efectos de salud pública, seguridad pública y otras de naturaleza social y económica, las alternativas consideradas y los beneficios obtenidos, con una genérica e imprecisa referencia a los negativos efectos medioambientales, que minimiza sin una fundamentación que resulte respaldada por informes o documentos contrastados”.