



Defensor del Pueblo

AGUA Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Madrid 2009

PRESANTACIÓN	5
1. PLANEAMIENTO	9
1.1 PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL	10
1.1.1 En general, problemas de ordenación del suelo por causa del agua.....	14
1.1.2 En particular, la acreditación de suficiencia de recursos hídricos	16
A) Presentación de los problemas y las soluciones.....	20
B) El informe del artículo 25.4 ley de aguas	22
C) Ilustraciones y ejemplos	26
D) El caso de la Generalitat Valenciana y su solución, el parecer de los tribunales y del Sindic de Greuges.....	37
E) Conclusión: La opinión del Defensor del Pueblo.....	56
1.1.3 Abastecimiento de poblaciones y desarrollos urbanísticos.....	66
1.1.4 Zonas urbanizables posiblemente inundables	71
1.1.5 Ejecución del planeamiento urbanístico. Urbanizaciones ilegales.....	76
1.1.6 Disciplina urbanística en suelo sujeto a limitaciones hidrológicas.....	89
1.1.7 El agua en el planeamiento de otros recursos naturales. Ordenación del territorio	94
1.1.8 Primeras conclusiones	106
1.2 PLANEAMIENTO HIDROLÓGICO.....	109
1.2.1 Sequía y déficit estructural	110
1.2.2 Caudales ecológicos	123
1.2.3 Aprovechamientos	133
1.2.3.1 CUESTIONES PREVIAS	133
A) Aguas públicas y aguas privadas	133
B) Obligación de instalar caudalímetros.....	136
C) Retraso en la resolución de los procedimientos concesionales	138
D) Mala instrucción de los procedimientos sancionadores, problemas con la ejecución y la restitución de las cosas a su estado anterior.....	138
1.2.3.2 APROVECHAMIENTOS ILEGALES DE AGUAS PÚBLICAS	141
A) Por entidades locales. Cálculo de las dotaciones en las concesiones de abastecimiento a población.....	141

	B) Aprovechamientos ilegales de aguas públicas por particulares	148
	1.2.3.3 AFECCIONES	152
	1.2.3.4 SOBREEXPLOTACIÓN DE ACUÍFEROS	158
	1.2.3.5 AGUA Y AGRICULTURA. LAS COMUNIDADES DE REGANTES	160
	A) En general, el planeamiento hidrológico y el riego.....	161
	B) La modernización de regadíos	162
	C) Las comunidades de regantes	165
1.2.4	Conclusiones sobre la planificación hidráulica y urbanística	199
2.	CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS, ZONAS DE PROTECCIÓN DE CAUCES	201
	2.1. VERTIDOS DE AGUAS RESIDUALES URBANAS: DEPURACIÓN Y SANEAMIENTO MUNICIPALES. INCUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DEL I PLAN DE SANEAMIENTO Y DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES. LAS MOLESTIAS CAUSADAS POR LAS EDAR.....	204
	2.2 VERTIDOS IRREGULARES DE VIVIENDAS O NÚCLEOS URBANOS QUE SE CONSTRUYEN FUERA DE PLANEAMIENTO, O CON OBRAS DE URBANIZACIÓN INCOMPLETAS	210
	2.3 VERTIDOS IRREGULARES A LOS RÍOS Y AGUAS SUPERFICIALES POR INDUSTRIAS	211
	2.4 VERTIDOS DE EMPRESAS MINERAS	219
	2.5 VERTIDOS DESDE TIERRA AL MAR.....	220
	2.7 CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS POR PESTICIDAS	225
2.8	ZONAS DE PROTECCIÓN DE CAUCES	227
	2.8.1 Actuaciones ante inundaciones.....	227
	2.8.2 Solicitudes de limpieza y acondicionamiento de cauces	228
	2.8.3 Obras y trabajos en cauces y en zona de policía y servidumbre.....	230
3.	PROBLEMAS EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA.....	233
	3.1 ESCASEZ DE MEDIOS.....	235
	3.2 INEFICACIA DE LA LEGALIDAD.....	238
	3.3 LAS OBRAS HIDRÁULICAS	245
	3.3.1 Seguridad de presas y embalses.....	245
	3.3.2 Evaluación ambiental de los proyectos.....	246
	3.3.3 La evaluación estratégica de planes y programas	255
	3.3.4 Las declaraciones administrativas de insostenibilidad	260

3.4	INFRACCIONES	262
3.4.1	Denuncias, prescripción de infracciones y sanciones, restitución al estado anterior	262
3.4.2	La condición de interesado en el procedimiento sancionador en materia de aguas.....	268
3.5	DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL SOBRE LOS RECURSOS HÍDRICOS Y EL SUELO.....	275
4.	ACCIÓN CIUDADANA. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS Y LAS OBLIGACIONES FUNDAMENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN	287
5.	CONCLUSIONES Y PROPUESTAS	295
5.1	CONCLUSIONES	295
38 ^a	Solicitudes de limpieza y acondicionamiento de cauces	317
5.2	RECORDATORIO DE DEBERES LEGALES.....	322
5.3	RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS	323
	ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS	327

PRESENTACIÓN

Nuestro país padece los problemas derivados del conflicto entre la falta crónica de agua en muchas regiones y la excesiva explotación y consumo de este recurso vital. Estos problemas han sido atendidos construyendo infraestructuras y pozos para que todos consuman toda el agua que quieran; pero no se han implantado soluciones basadas en el ahorro hasta hace bien poco, soluciones aun no extendidas. Además, la acción contra la contaminación se ha emprendido tarde, cuando España era ya un país desarrollado y el grado de contaminación de nuestros ríos era alto, de hecho aun hoy esta acción sigue siendo insuficiente. Pero si bien las aguas sin tratar han sido uno de los problemas ambientales más graves en España y en Europa, es cierto que en los últimos veinte años hemos avanzado en determinados aspectos.

De otro lado, el modelo de desarrollo económico se ha basado, en lo que al territorio se refiere, en la realización de urbanizaciones y complejos hoteleros y deportivos, que son inviables sin agua. Además, la agricultura, que es la actividad que más agua necesita, no ha sido una prioridad en acciones de modernización que podrían haber traído consigo un menor y más eficiente consumo.

Esta monografía propugna el tratamiento unitario del binomio ‘usos del suelo, usos del agua’ tal y como el Defensor del Pueblo lo echa en falta diariamente en las investigaciones que practica como resultado de las quejas que recibe y tramita, cuando las administraciones urbanística e hidráulica responden a los requerimientos de información. Las administraciones se resisten a reconocer, aceptar y aplicar que la realidad es única pese a sus diversas facetas, y se parapetan en el concepto de “competencia”, o se refieren a las cuestiones que no forman parte de sus atribuciones como “cuestiones sectoriales”, o separan lo económico de lo ambiental como si se tratara de mundos distintos y opuestos, o se escudan en que no son “administración sustantiva” o “administración ambiental”, según les convenga. Veremos casos en que a las administraciones les cuesta reconocer los propios errores, justifican su pasividad, tardan en buscar soluciones a los problemas, actúan con desinterés, con falta de celo e imaginación, o caen en un exceso de formalismo; de esta suerte su actuación es lenta, ineficaz, incluso injusta.

Hoy resulta más difícil que tiempo atrás discutir la ligazón entre “lo urbanístico” y “lo ambiental”, pues actualmente las leyes determinan clara y expresamente que el urbanismo, o sea la asignación de usos del suelo, no es sólo (y nada menos) un modo de tratar en forma integral las acciones espaciales o que de un modo u otro tienen incidencia en el terreno, en el espacio; en efecto, el suelo es además, y por poner un ejemplo simple, uno de los objetos sobre los cuales la administración ha de facilitar el acceso a la información que esté en su poder. De otro lado, la legislación del agua contiene los dispositivos necesarios para la debida y deseable coordinación de dos

aspectos tan próximos en la realidad y tan distantes en lo formal, el del urbanismo y el del ciclo hidrológico. Pero frecuentemente, en las investigaciones que ofrecemos, estos mecanismos legales se malogran por una incorrecta puesta en práctica.

En el tratamiento de las quejas sobre urbanismo y agua (y sobre otros recursos naturales, como los montes o las playas) encontramos diariamente la estrecha relación entre ambas materias; por eso, el Defensor del Pueblo procura no perder de vista que las categorías legislativas, como las dogmáticas y académicas, tan útiles en el análisis y en el acercamiento a los problemas, no pueden nunca tener una expansión tan grande que arruinen la perspectiva correcta para encontrar soluciones. Si una urbanización carece de agua lo primero es preguntarse dónde está el fallo, y puede estar en lo urbanístico o en lo hidrológico, o en los dos ámbitos a la vez; pero casi siempre el fallo está en los dos y es absurdo seguir buscando una salida a la falta de agua en la urbanización utilizando como instrumental la compartimentación (teórica, general) de las materias urbanística e hidrológica, compartimentación ficticia, útil hasta cierto punto (el del análisis y la división del trabajo) pero inútil en la prospectiva de resolver la carencia, carencia que naturalmente padecen quienes no encuentran agua con la que regar, beber o lavarse.

El objeto de este informe es pues la actividad o pasividad de los organismos públicos que no velan por prestar el servicio que de ellos se espera; al contrario, generan obstáculos, crean requisitos inexistentes, se expresan mediante escritos ininteligibles. Veremos casos de administraciones que no se desempeñan con transparencia y rapidez, que no infunden confianza, respeto ni acatamiento ante los ciudadanos reclamantes. No es función del Defensor del Pueblo señalar qué funciona bien en las administraciones, y tampoco se pretende ofrecer aquí un cuadro tenebroso e irremediable de ellas, pues no correspondería a la realidad. Pero creemos que nos encontramos lejos de un funcionamiento estándar justo y eficaz, regular y fluido, nunca mejor dicho.

Pese a la exposición sistemática, todo el tiempo tenemos en cuenta el ciclo hidrológico: captación lluvia → transporte → distribución → consumo → vertido → residuo → desembocadura en el mar → evaporación → lluvia, aunque nos paramos en residuos, de modo que no tratamos apenas el vertido desde tierra al mar desde que sale de tierra (ocupación y contaminación del mar, régimen especial aunque la directiva 2000/60/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, marco comunitario de actuación en política de aguas [*Directiva marco de aguas, DMA*] extiende la cuenca hidrográfica a la *demarcación* hidrográfica, que comprende también la plataforma marina y otros espacios). Así pues queda virtualmente fuera del objeto de este informe el vertido desde tierra al mar, por razones de espacio y que trataremos de atender en los informes anuales o eventualmente en algún futuro monográfico sobre el litoral y el mar. Tampoco hablamos apenas del servicio de suministro ni de las licencias de actividad, sino indirectamente; otros asuntos que necesariamente han tenido que quedar fuera del trabajo son el mercado del agua, los medios de prueba de la titularidad privada de las aguas, los permisos de navegación y su denegación, el régimen de la navegación con

embarcaciones de motor en embalses, las prohibiciones de navegación (motos náuticas, remo), los puertos fluviales y la contaminación de las cuencas por la presencia de determinadas especies de fauna (introducción artificial no autorizada y su influencia en la dinámica fluvial), todo ello fuera del informe asimismo por razones de espacio, pese a tratarse de asuntos importantes aunque más alejados del núcleo de las relaciones entre agua y gobierno del territorio.

El contenido se presenta dividido en dos partes principales, la primera ocupa el capítulo 1 sobre planeamiento urbanístico e hidráulico; la segunda el resto de la monografía (capítulos 2 a 4); el conjunto queda completado con el último capítulo de conclusiones y propuestas. Confiamos en que el índice ilustre adecuadamente el tipo de asuntos tratados y los problemas que nos proponemos examinar e intentar resolver. En líneas generales son los siguientes: el abastecimiento de poblaciones y los desarrollos urbanísticos, los abusos y desviaciones de poder en ayuntamientos, consejerías y departamentos autonómicos, y organismos de cuenca (éstos generalmente son las confederaciones hidrográficas); los caudales ecológicos, los aprovechamientos ilegales de aguas públicas, la sobreexplotación de acuíferos, el gran asunto del agua y la agricultura y sus protagonistas principales (las comunidades de regantes); las obras hidráulicas, la ineficacia de la legalidad, la calidad del agua, el saneamiento y los vertidos. También nos referimos a los derechos de acceso a la información ambiental sobre los recursos hídricos y el suelo, y por último a los derechos fundamentales afectados y a las correspondientes obligaciones fundamentales de la administración.

El informe contiene una exposición del estado de la cuestión a partir de las investigaciones habidas hasta la fecha convencional de cierre, 31 de mayo de 2009, aunque hemos podido incluir algunos datos del segundo semestre de 2009. Es un informe concebido desde un punto de vista general, si bien tratamos apenas una porción pequeña de asuntos y supuestos, éstos tomados de los casos reales investigados pero abstraídos de las circunstancias concretas; digamos que son ejemplos e ilustraciones estilizados, engarzados en un esquema sistemático y dispuestos en la forma menos tediosa posible, dada la índole muy técnica de las cuestiones tratadas. Aunque la exposición de fondo, las conclusiones y las propuestas se hallan diseminadas por todo el texto, hemos preparado un capítulo especial en que se recapitulan las conclusiones y recomendaciones principales, unas ya hechas y formuladas a las administraciones, otras nuevas que hemos elaborado últimamente.

Es necesario advertir que los problemas contenidos en la mayoría de las quejas dan lugar a complejas y/o largas investigaciones, que se prolongan incluso durante años. Esto se explica sobre todo por la naturaleza de las cuestiones planteadas, que no suelen admitir soluciones rápidas y menos aún instantáneas, así como por los plazos establecidos en la legislación (por evaluación de impactos, por restitución de las cosas a su estado anterior, redacción de proyectos de restauración, elaboración de planes de ordenación de recursos naturales y de planes de uso y gestión del agua y del suelo), pero también porque la valoración de los hechos y de su adecuación a la ley no siempre es

fácil, sobre todo cuando las administraciones en lugar de informar sobre las cuestiones determinantes persisten en centrar la atención en temas secundarios o envían información evasiva o incompleta.

Agradecemos la colaboración prestada por varios Comisionados parlamentarios, en particular del Sindic de Greuges de la Comunidad Valenciana, cuyas valiosas opiniones quedan aquí plasmadas en apartados especiales; y del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha por su igualmente valiosa aportación en la investigación de muy importantes quejas de regantes, asimismo señalada en su lugar.

El propósito del informe puede sintetizarse en hacer aplicar la legislación vigente (urbanística y del agua) en la mayor medida posible. Como en otros estudios ya presentados, disponíamos de un extenso archivo del trabajo realizado, con una considerable cantidad de material que una vez más necesitaba ser ofrecido a las Cortes Generales ordenado y estructurado. Las conclusiones a que hemos llegado no son halagüeñas, el grado de desempeño y la calidad del servicio prestado por las administraciones no son siempre aceptables. Confiamos en ver paliada con el capítulo final de conclusiones y propuestas, más sencillo y directo, la dificultad que pueda encontrarse en el grueso del texto, dificultad que deriva a nuestro entender de una materia árida, como lo son las tierras de buena parte de nuestro país.

1. PLANEAMIENTO

Comenzamos con un cuadro general de las soluciones propuestas a los problemas que encuentran los ciudadanos en la actuación de las administraciones al acometer su solución, normalmente por lentitud o poca eficacia, que son los defectos principales puestos de manifiesto en las quejas y que suelen motivar el inicio de las investigaciones. Salvo advertencia expresa en contrario, tratamos solamente los asuntos de competencia administrativa, es decir que dejamos de lado los litigios entre particulares, muy frecuentes en las quejas. La presentación va acompañada de ejemplos e ilustraciones de creciente dificultad.

Parecerá que comenzar por la planificación es un modo escasamente realista de iniciar la exposición del funcionamiento irregular de la administración, pues los ciudadanos no presentan casi nunca los problemas -falta de agua, degradación del entorno y problemas afines- como derivados del planeamiento urbanístico ni hidrológico, incluso desconocen por completo que la falta de agua o los litigios asociados a ella se deben primordialmente a un defecto en los planes o en su forma de aplicación práctica. Para sostener la pretensión sólo a veces las quejas se refieren al planeamiento urbanístico y/o hidrológico.

La razón de comenzar por el planeamiento se encuentra en la utilidad de los planes tanto para guiar la acción colectiva como para localizar la causa de los problemas que aparecen; a nuestro juicio, son instrumentos tan útiles que, correctamente aplicados, dejan resuelta la mayor parte de los litigios *que pueden presentarse*. Pero sabemos que la vida social no es planificable sino hasta cierto punto muy general; antes del cual sin embargo los planes contienen no sólo previsiones útiles sobre *qué hacer* a corto y medio plazo, incluso a largo plazo, sino que también -y quizás esto es lo mejor que los planes hacen- incluyen, describen y parten (bien o mal) de la realidad existente. Semejante caudal de información es de suma utilidad para esos dos otros contenidos prospectivos de los planes: el de anticipar criterios para resolver conflictos futuros y el de delimitar objetivos realizables; ambos en realidad subsumidos en la finalidad de saber a qué atenerse en un horizonte temporal abarcable (alrededor de diez años).

Por este carácter integrador de dos tipos de descripciones, la de la realidad y la de los objetivos a medio plazo, nos resulta una elección adecuada iniciar y encuadrar la exposición de los problemas ciudadanos acerca del agua desde la ordenación planificada de los usos del suelo y del agua misma. Los problemas concretos o reales se encuentran en los epígrafes con punto, dentro de un sistema de epígrafes numerados, esperamos que expresivos del núcleo de cada cuestión. El índice de este informe expresa pues una ordenación convencional de las quejas de que conoce el Defensor del Pueblo, problemas que llegan en exposiciones muchas veces complejas y con varias facetas imbricadas. Consideramos que para describirlas la mejor guía inicial es el planeamiento.

Nos referimos a dos tipos de planes muy distintos, aunque ambos obedecen a la disciplina jurídica y técnica común a todos los planes. Como el presente informe se refiere al agua como objeto principal, los planes urbanísticos (§1.1) son aquí considerados en forma selectiva, pero principal, pues tienen un carácter integrador de los usos del suelo de que carecen los planes hidrológicos (§1.2, éstos solo pueden considerarse integrales en ciertos espacios naturales); en §1.1.7 nos referimos brevemente a los planes sobre otros recursos naturales afectados por la falta de agua y hacemos una breve referencia al planeamiento territorial o regional.

Comenzamos pues con los problemas cuya solución resulta estar contenida en los planes urbanísticos, o en sus deficiencias ya que también de los errores se obtiene conocimiento.

1.1 PLANEAMIENTO URBANÍSTICO Y TERRITORIAL

Es una cuestión de hecho que la distribución de usos del suelo es función de la disponibilidad de agua, y así lo tiene reconocido la legislación del suelo desde siempre. Este hecho es elemental, no tiene ningún contenido jurídico en sí mismo, es un postulado prejurídico. Por supuesto ya la LS de 1956 partía de ese hecho, no sólo en la ordenación del suelo urbano requerida a los planes generales, sino sobre todo -esto interesa ahora más- en la del suelo susceptible de urbanización. En efecto, no había ninguna posibilidad de suelo urbanizable sin un plan general que trazara las redes fundamentales de abastecimiento de agua y alcantarillado, ni sin un plan parcial que definiera las características de esas redes y galerías. Como en tantas facetas de la vida, las leyes urbanísticas no han creído nunca necesario establecer que para usar el suelo virtualmente siempre es necesaria el agua.

Podemos hablar de la ‘necesidad urbanística de agua suficiente’, sin tener que aludir ni invocar la legislación del agua. La necesidad de recursos hídricos no es una “cuestión sectorial” ni sólo hidrológica sino una exigencia interna al propio plan urbanístico, es una cuestión urbanística. Pongamos por ejemplo las determinaciones, hoy apenas supletorias, contenidas en el Reglamento de planeamiento urbanístico RP de 1978, que contiene sanas y sabias reglas sobre cómo planificar racionalmente. Para empezar, ya para los Planes directores territoriales de coordinación se establecía que debían contener las directrices para la ordenación del territorio y el marco físico en que habrían de desarrollarse las previsiones del plan urbanístico (artículo 10), y parece imposible no admitir que el agua y en general los recursos hídricos forman parte esencial, sustancial del ‘marco físico’. Si estos planes directores, virtualmente inusitados, tenían por contenido (artículo 11) el señalamiento de las áreas en que se habría de establecer limitaciones por razones de interés público; si debían describir las medidas de preservación del suelo y demás recursos naturales de los procesos de urbanización en

áreas que debían ser excluidas de ese proceso, y las de defender, mejorar, desarrollar o renovar el ambiente natural; si debían señalar y localizar las infraestructuras básicas relativas al abastecimiento de agua y saneamiento, entonces es que el urbanismo era -ya entonces- una variable dependiente del agua disponible, dijera lo que dijera la legislación de aguas. La memoria de estos planes tenía que referirse, entre otros extremos (artículo 12), a cuanta información básica, acompañada de los estudios necesarios, que debiera considerarse en todos los aspectos que condicionaran la estructuración del territorio, y sin esfuerzo hemos de reconocer que la información sobre recursos hídricos es básica. Téngase en cuenta además que, como es lógico aunque después las administraciones municipal e hidráulica lo pierden de vista con excesiva frecuencia, los criterios y objetivos de la estructuración del territorio quedaban plasmados ya entonces “en función de la información básica *verificada* y de los estudios *realizados*”, que el examen y análisis ponderado de las alternativas posibles tomaban como base esos criterios y objetivos propuestos; y que la alternativa elegida y su desarrollo tenían que quedar en el Plan descritas y justificadas, algo que no puede obtenerse prescindiendo del marco físico existente y previsible. Repárese en que verificar y estudiar no son acciones que puedan realizarse sin esfuerzo ni contraste.

Más importantes eran (y son) las previsiones del RP respecto de los planes generales municipales de ordenación urbana PGOU, sobre todo porque estos planes eran (y son) los instrumentos de ordenación *integral* del territorio (artículo 14), y parece inconcebible una ordenación integral sin tener en primordial consideración la disponibilidad de recursos hídricos, con independencia de si hay o no informe del organismo de cuenca al respecto, y de si tal informe es o no vinculante. Simplemente, un PGOU que prescinde de considerar la suficiencia de agua, que tiene tal asunto como “asunto sectorial”, no sólo olvida que el agua no es un elemento sectorial pues es vital, sino que además deja de ser un instrumento de ordenación integral, es decir integrador de todo lo sectorial. En un PGOU no hay propiamente cuestiones “sectoriales” relativas al territorio, a menos que degrademos la función de ordenación integral que la ley ha venido atribuyéndole. Así, una de las determinaciones de carácter general era según el RP la relativa a las medidas para la protección ambiental y la conservación de la naturaleza; las circunstancias que llevaban a la revisión del plan eran función de la población total, de su índice de crecimiento y de los “recursos”, y a no dudar que entre éstos estaba el agua; para que el PGOU clasificara terrenos como urbanos era preciso que estuvieran dotados de abastecimiento de agua y sistema de evacuación de aguas residuales, o alternativamente que señalara las operaciones de reforma interior o acciones concretas de urbanización precisas para conseguir los niveles de dotación necesarios en esos servicios mínimos (artículo 21). El PGOU tenía que definir los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio, definiendo las instalaciones y obras cuya implantación podía influir de forma sustancial en el desarrollo del territorio, como los embalses y las líneas de conducción y distribución (artículo 25). Específicamente en suelo urbano era función del plan general determinar las características y trazado de las galerías y redes de abastecimiento de agua y alcantarillado (artículo 29, con sus planos de ordenación, artículo 39); en el suelo

urbanizable programado debía hacer lo mismo (redes fundamentales, artículo 30). Prescindimos ahora de las determinaciones en suelo no urbanizable, críticas y muy relevantes. Recuérdese que la documentación consistía ante todo en una memoria, que establecía los condicionantes de la ordenación del territorio, analizaba las alternativas y justificaba el modelo elegido, y debía referirse, entre otros extremos, a las “características naturales del territorio como las geológicas...”, que era uno de los aspectos que podían condicionar e incluso determinar el uso del suelo (artículo 38).

Las mismas determinaciones eran requeridas para los planes parciales en suelo urbanizable programado. De hecho el RP establecía requerimientos mucho más precisos (artículo 53): los planes especificarían, como mínimo, el trazado de las redes de abastecimiento de agua, riego e hidrantes contra incendios, y la red de alcantarillado; pero además del trazado debía indicarse sobre la red de abastecimiento de agua “*las fuentes de la misma, el caudal disponible y, en su caso, el área de protección de aquéllas*”; y sobre la red de evacuación, el RP exigía que el cálculo de capacidad había de tener en cuenta la composición y caudal de las aguas residuales de toda especie y el de las pluviales, con una especial referencia al vertido a la red general, a su capacidad y al sistema de depuración.

Por todo ello, a nuestro juicio la acreditación de suficiencia de recursos hídricos no es una exigencia que derive inicial ni primordialmente de la ley de aguas, sino que es una exigencia interna del urbanismo, de la legislación del suelo. Naturalmente, los proyectos de urbanización debían incorporar las obras de las redes de distribución de agua potable, de riego y de hidrantes contra incendios, y las de la red de alcantarillado para evacuación de aguas pluviales y residuales (artículo 70 RP). Todo esto es así por tanto desde mucho antes de la instauración del vigente régimen de aguas continentales.

Este hecho elemental de que la distribución de usos del suelo es función de la disponibilidad de agua, es sin embargo una mina de problemas, tan graves y de tan difícil solución que la siguiente exposición se centrará en tal asunto. Dada la función principal atribuida al plan urbanístico de ordenar la urbanización y edificación futuras, es lógico que la masa mayor de problemas aparezca cuando la futura distribución de usos del suelo no tenga garantizada el agua necesaria. Y esto es lo principal a tratar aquí; paradójicamente la administración urbanística no siempre da por supuesta la falta de agua en las zonas del país allí donde es crónica, y pese a ser el agua un elemento vital de importancia casi como la de la luz solar, sea para abastecimiento de poblaciones sea para riego o para conservación de flora y fauna. A nuestro juicio ésta es una buena ilustración de la degradación del proceso urbanístico, la asignación de usos del suelo sin previsión suficiente sobre disponibilidad de agua, asignación que es entonces irregular (contraria a las dos leyes, de aguas y del suelo) además de no racional. La situación así creada puede llegar al límite de tratar el asunto no como lo que parece que debería ser (la comprobación de un hecho conforme a una perspectiva) sino como lo que propia y primordialmente no es, un conflicto jurídico tratado en contornos confusos que termina en la disquisición de si un informe es o no vinculante. Es bueno que los problemas

materiales puedan ser expresados en términos jurídicos, pero no hasta vaciar el plan urbanístico de armonía interna.

Hemos manifestado en los últimos años a las Cortes Generales nuestro parecer acerca de los informes que los organismos de cuenca han de emitir antes de la aprobación de nuevos proyectos urbanísticos. Por supuesto es frecuente la denuncia de la aprobación de planes urbanísticos sin que haya quedado acreditada la suficiencia de agua para satisfacer la demanda que generarán, por ejemplo, las nuevas viviendas proyectadas.

Como veremos, frente al tenor literal de las leyes se levanta la niebla del proceso urbanístico, largo y complejo, que puede llegar a desembocar en los casos que describimos después. Veremos que los problemas de interpretación legal son formidables, correspondientes a los intereses en liza. Para empezar, ha tardado en formalizarse en el derecho positivo (2005) la exigencia expresa y terminante de que para aprobar un plan urbanístico antes hay que acreditar que hay agua suficiente para lo que en él queda previsto, y para ello el organismo de cuenca puede y debe emitir antes un informe, sobre cuyo carácter preceptivo ya no hay dudas en la actualidad.

También hemos manifestado a las Cortes que la formalización debería haberse hecho de forma completa y definitiva, por ejemplo estableciendo de forma inequívoca en la ley de aguas el carácter vinculante del informe del organismo de cuenca; y fijando además el momento procedimental en que resulta obligado obtenerlo. De esta forma hubieran quedado erradicadas las dudas que lamentablemente persisten acerca de si es posible aprobar planes urbanísticos carentes de garantía concluyente de agua y/o instalaciones suficientes (llamaremos ‘recursos hídricos’ o ‘agua’ indistintamente al conjunto formado por el agua, los cauces y las instalaciones de transporte, distribución y tratamiento). Por supuesto, esta Institución trata de desaconsejar la no infrecuente práctica en ayuntamientos y consejerías de ampararse en esta laguna o *terra nullius* para no detener las actuaciones urbanísticas en promoción.

Se trata entonces de examinar el cómo y el por qué de los siguientes problemas más concretos, y qué hacer para remediarlos: Problemas de ordenación del suelo por causa del agua (§1.1.1); acreditar que hay suficiente agua para los usos futuros previstos (urbanizaciones, campos de golf, principalmente, §1.1.2); el mismo problema tenemos desde luego en cuanto al riego y la agricultura, pero el riego tiene en los planes urbanísticos un papel virtualmente nulo, de modo que examinaremos el asunto del riego más tarde y ya desde el lado del planeamiento hidráulico (§1.2.3.5); después de unas consideraciones generales nos referimos como ilustración especial a las dificultades del informe del artículo 25.4 LA, seguimos con otros ejemplos y dedicamos un apartado especial al caso de la Generalitat Valenciana, con algunos datos sobre el parecer de los tribunales y del Sindic de Greuges. También tratamos el abastecimiento de poblaciones en los desarrollos urbanísticos (§1.1.3) y otro punto de posible fricción, entre administraciones o entre éstas y los ciudadanos, como son las zonas urbanizables posiblemente inundables (§1.1.4). Nos referimos brevemente a la ejecución del

planeamiento urbanístico y a las urbanizaciones ilegales (§1.1.5) y explicamos por qué en buena parte es referida en este informe fuera ya del esquema de la ley del suelo. Por tanto, en este apartado dedicado al plan urbanístico atendemos a éste como fuente de reglas de resolución de conflictos atinentes al agua, o por mejor decir a los recursos hídricos, incluidos pues los sistemas de captación (ríos, embalses), transporte y suministro (redes primaria y secundaria, distribución, consumo, vertido, reutilización, desembocadura). Completamos el capítulo con unas consideraciones generales sobre disciplina urbanística (§1.1.6), sobre el agua en el planeamiento de otros recursos naturales (§1.1.7) y con unas conclusiones provisionales (§1.1.8) que revisaremos tras examinar las cuestiones sobre el planeamiento hidrológico, la otra cara del asunto tal y como formalmente se nos presenta, en contraposición a la realidad de los problemas, realidad que no es escindible indefinidamente ni permite verse solucionada en forma escindida, de un lado lo urbanístico y de otro lo hidrológico. Esta escisión es instrumental y debe terminar con una decisión urbanística que integre racionalmente lo hidrológico.

1.1.1 En general, problemas de ordenación del suelo por causa del agua

No es cosa ahora de exponer ordenadamente una relación de problemas “sectoriales” del planeamiento urbanístico, pero parece imposible prescindir de una mención rápida a tantos aspectos insertos en el modelo de ordenación *integral* del suelo que el planeamiento general quiere ser, para la ciudad y para lo que no es ciudad. Hemos entonces de tener en cuenta, al acometer las investigaciones sobre agua y suelo, al menos los siguientes puntos donde previsiblemente puede haber dificultades:

- a) Casi siempre el problema inicial se da en el proceso de urbanización, o sea en la intención de transformar suelo no urbanizado (rural) en suelo urbanizado: suministro de agua potable, evacuación de aguas residuales y preservación del entorno (hídrico, y no hídrico pero dependiente del agua). Naturalmente estamos refiriéndonos al entero ciclo hidrológico.
- b) Previsión de inundaciones.
- c) En suelo urbano las cuestiones son las mismas, pero referidas a asentamientos ya existentes (abastecimiento de poblaciones, alcantarillado).
- d) En suelo no urbanizable los objetivos tienen otra índole pero, en el fondo, no estamos ante una diferencia sustancial en la detección de problemas y su solución.

Para atender estos asuntos disponemos del instrumental característico de la clasificación y calificación del suelo, en este caso el de los cursos de agua y zonas aledañas, del suelo en que se implantan los medios para su transporte y distribución; con determinaciones sobre la interacción de ambas técnicas con los asentamientos humanos, de un lado; y de las zonas preservadas de asentamiento poblacional, de otro. Mas no deberíamos perder

de vista la planificación territorial (ordenación autonómica del territorio, §1.1.7), que podría pensarse ha sido ascendida de rango respecto del agua, pues algunas comunidades autónomas han insertado en sus estatutos de autonomía previsiones al respecto, de indudable carácter ordenador y muy polémicas (nos estamos refiriendo al asunto a que dedicamos el sucinto §1.2.1 sobre la legislación de sequía, los trasvases y los acuerdos municipales contrarios a éstos). Por tanto, en la ordenación del territorio y urbanística ha de tenerse en consideración la posibilidad o necesidad de desalación, la existencia o previsión de trasvases, la reutilización de aguas residuales depuradas, y por supuesto las necesidades de riego, no sólo de las zonas verdes urbanas sino -en su caso- de las áreas agrícolas comprendidas en el ámbito del plan. Estas previsiones pueden incluir la utilización de acuíferos subterráneos recargables, natural o artificialmente. Las determinaciones urbanísticas tienen por tanto una manifiesta vinculación con la planificación hidrológica (suministro de agua; para la evacuación véase §2.1). Aquí partiremos de los presupuestos legislativos para poder calificar un suelo como suficientemente dotado del servicio de abastecimiento de agua, y son (a) que haya canalización pública por el borde de dicho terreno, generalmente un vial o acceso rodado al que dé frente, para la acometida de la edificación, existente o prevista; y (b) que haya garantía de suministro suficiente mínimo, aproximadamente entre 250 y 300 litros/habitante/día. Cuando sea necesario tendremos en cuenta exigencias distintas específicas de suministro (usos industriales que puedan agotar la capacidad de suministro; existencia de pozos; prohibiciones de acometida, de diversos tipos). Repárese en que la legislación autonómica del suelo ha dispuesto determinaciones distintas, pero que a nuestros efectos vienen a reducirse a la expuesta, pues no nos interesa ahora el régimen urbanístico del suelo edificable, nos basta la definición de *solar* aplicable al caso.

Lo realmente determinante de las consideraciones que siguen es el caudal suficiente para el uso de la parcela. Es por ello decisivo el informe (preceptivo según la LA, y creemos que materialmente vinculante, por lo que se dirá) del organismo de cuenca sobre el proyecto de plan urbanístico. El informe está previsto en el artículo 25 LA, de aplicación plena en todo el Estado y que naturalmente se impone a la legislación urbanística autonómica. Se trata concretamente del apartado 4, redacción de la ley 11/2005. A esto dedicamos un apartado especial, el siguiente §1.1.2 sobre la acreditación de suficiencia de recursos hídricos. No puede extrañar que el primer asunto que tratemos, y con cierto detalle, sea la necesidad de agua para urbanizar, para virtualmente casi todo uso del suelo; no es razón bastante para una administración urbanística ávida de “desarrollar” la economía. Veamos cómo la administración urbanística parece olvidar los hechos elementales a que ha de atenerse un poder público tan formidable como el urbanístico; y por su parte, veremos a los organismos de cuenca no utilizar adecuadamente su posición preeminente entre las administraciones que gobiernan el territorio.

1.1.2 En particular, la acreditación de suficiencia de recursos hídricos

La acreditación de suficiencia de recursos hídricos normalmente debería producirse con un informe recabado en fases previas de consultas sobre instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización. El carácter preceptivo es hoy ya indiscutible: no hay documentación urbanística válida que no contenga un informe solvente sobre si habrá agua suficiente; pero el carácter vinculante, aunque no reconocido expresamente, no deja por ello de ser discutido, pues algunos órganos ambientales así lo imponen en las declaraciones de impacto ambiental, y también algunos Comisionados parlamentarios (como el Sindic de Greuges de la Comunidad Valenciana o el Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, y también esta Institución) no dejan de razonar sobre que un informe tal liga de algún modo la aprobación del plan urbanístico al sentido del informe (favorable, condicionado o no; o desfavorable). El régimen debería ser análogo al de los informes de la administración de costas (deslinde y protección del dominio público) o de carreteras y otras infraestructuras (afección por la actuación urbanística y su impacto sobre la capacidad de servicio).

En ocasiones anteriores hemos expresado que es frecuente la denuncia ante el Defensor del Pueblo de la aprobación de planes urbanísticos por las administraciones sin que haya quedado acreditada la suficiencia de recursos hídricos para satisfacer las nuevas demandas. Tenemos entonces que comprobar:

- i. Si la documentación urbanística es válida (contiene algún informe solvente sobre suficientes recursos hídricos)
- ii. Si hay disposición legal que establezca que algún informe es preceptivo (es decir que la documentación urbanística estará incompleta cuando carece de él)
- iii. Si hay disposición legal que establezca que algún informe es vinculante (la aprobación urbanística sería radicalmente nula si faltara congruencia con el informe, 62.1.c LPC). En caso afirmativo, hemos de determinar:
 - a. Quién ha de emitir el informe
 - b. Qué sentido puede tener el informe: favorable con o sin condiciones, desfavorable
 - c. Si hay razones que aconsejan aplicar un régimen análogo al de la administración de las costas, carreteras, puertos y aeropuertos.

Desde la redacción de 2005, el artículo 25.4 LA (la modificación sobre el texto anterior tuvo lugar mediante la disposición final 1ª.3 ley 11/2005)¹ exige un informe preceptivo

¹ Artículo 25.4 LA: “Las Confederaciones Hidrográficas emitirán informe previo, en el plazo y supuestos que reglamentariamente se determinen, sobre los actos y planes que las Comunidades Autónomas hayan de aprobar en el ejercicio de sus competencias, entre otras, en materia de medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, espacios naturales, pesca, montes, regadíos y obras públicas de interés regional, siempre que tales actos y planes afecten al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales o a los usos permitidos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía,

de disponibilidad de agua, a emitir por los organismos de cuenca, informe que ha de ser previo a la aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico. En cuanto al momento del procedimiento en que resulta obligado obtener el informe, la ley de aguas dice “aprobación de actos o planes” sin distinguir entre aprobación provisional o definitiva, por ello los ayuntamientos ni siquiera lo solicitan cuando estiman que el informe es exigible sólo antes de la aprobación definitiva de los planes; por tanto, entienden que ha de ser la administración competente para dicha aprobación definitiva - normalmente la comunidad autónoma- la que lo solicite al organismo de cuenca. A nuestro entender esta deducción es incorrecta, como razonamos enseguida, y la subsiguiente práctica nos parece por tanto altamente desaconsejable.

La ley de aguas no sienta el carácter vinculante del informe, y en ello se amparan las consejerías y ayuntamientos para no sentirse vinculadas, y por tanto para no impedir o no impulsar nuevas actuaciones urbanísticas de viabilidad dudosa, carentes de previsión plausible de si habrá agua bastante. Lamentablemente y por su lado, tampoco observamos una actuación eficaz de los organismos de cuenca (normalmente las confederaciones hidrográficas) al emitir el informe; aun peor, en la mayoría de los casos ni siquiera se pronuncian, lo que lleva a la consideración de informe desfavorable tácito.

El criterio de esta Institución es que dicho informe (1) debe emitirse antes de la aprobación provisional y (2) no es formalmente vinculante, pero no deja de ligar con intensidad la decisión urbanística, con una fuerza tal que se sobrepone al mero carácter “determinante” fijado por la ley estatal del suelo, como enseguida vamos a ver.

En ese sentido puede decirse que el informe es en cierto modo “materialmente vinculante” aunque formal y jurídicamente no lo sea, sobre todo si se trata de un informe expreso e implica la inviabilidad *material* del plan urbanístico; de forma que si es desfavorable (no queda acreditada la suficiencia de recursos hídricos para atender las nuevas demandas), ello debería bastar para tener por desaconsejable que se lleve a cabo la actuación urbanística proyectada. Dicho de otro modo, con un informe desfavorable el plan urbanístico podría resultar aprobado y no habría tacha de ilegalidad, pero estaríamos ante una decisión inoportuna, desaconsejable, y en casos concretos extremos (algunos de los cuales saldrán más adelante) podríamos incluso estar ante decisiones virtualmente nulas de pleno derecho. Esto último podría deberse a que la decisión de aprobar un desarrollo urbanístico contra el pronunciamiento del organismo de cuenca podría subsumirse en alguno de estos casos (artículo 62.1 LPC): Contenido imposible

teniendo en cuenta a estos efectos lo previsto en la planificación hidráulica y en las planificaciones sectoriales aprobadas por el Gobierno. // Cuando los actos o planes de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales comporten nuevas demandas de recursos hídricos, el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer tales demandas. // El informe se entenderá desfavorable si no se emite en el plazo establecido al efecto. // Lo dispuesto en este apartado será también de aplicación a los actos y ordenanzas que aprueben las entidades locales en el ámbito de sus competencias, salvo que se trate de actos dictados en aplicación de instrumentos de planeamiento que hayan sido objeto del correspondiente informe previo de la Confederación Hidrográfica.”

(falta manifiesta de recursos hídricos suficientes), ser dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (ausencia de solicitud de informe preceptivo), acto expreso o presunto contrario al ordenamiento jurídico por el que se adquieren facultades o derechos careciéndose de los requisitos esenciales para su adquisición (en nuestro caso, adquisición de facultades o derechos de uso del agua, generalmente mediante concesión, que es de otorgamiento discrecional, 59.4 LA; es decir, el informe del artículo 25.4 LA no vincula formalmente a la administración urbanística, pero un plan urbanístico tampoco es título bastante para el uso del agua; téngase presente, por ejemplo, que a la vista de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, 26/2007 de 23 octubre, el derecho a urbanizar podría estar reconociéndose a quien, habiendo incurrido en infracción muy grave o grave de esa ley, tuviera extinguida o suspendida la concesión de aguas por un período entre uno y dos años, como máximo).

La LS 2007 establecía (artículo 15.3) que en la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, debía recabarse el informe “de la Administración hidráulica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico”. Además disponía que los informes mencionados en dicho precepto “serán *determinantes* de la Memoria Ambiental” del plan, emitida en el marco del proceso de evaluación estratégica. La función determinante requiere que la memoria ambiental sólo puede disentir de esos informes de forma expresa y motivada. Después repararemos en la opinión de las administraciones (y del Defensor del Pueblo) sobre el adjetivo “determinante”. Tenemos ahora esta regla en el artículo 15 del texto refundido de la LS de 2008.

Pero ya antes de la LS 2007, el artículo 25.4 LA preveía la participación de la administración hidráulica en la tramitación de los planes urbanísticos y territoriales, mediante el citado informe preceptivo de disponibilidad de agua emitido por los organismos de cuenca, informe que había de ser previo a la aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

Admitiendo que el informe del organismo de cuenca no es formalmente vinculante, ello no supone que la administración urbanística pueda aprobar planes urbanísticos contra un informe no favorable de la administración hidráulica. La responsabilidad y la salvaguarda de los intereses generales requieren la toma en consideración de un informe que pone de manifiesto la falta de agua, a pesar de la eficacia limitada o formalmente no vinculante de su informe, siempre claro está que tal informe sea solvente, es decir plausible. Es decir, algo habrá que añadir al expediente urbanístico para contrarrestar un informe desfavorable del organismo de cuenca, aunque no sea formalmente vinculante; de otro modo el expediente contiene pronunciamientos contradictorios en una materia esencial.

No es raro recurrir a justificaciones ambiguas o basadas en informes de parte (empresas contratadas, concesionarias), que no sirven para refrenar las pretensiones de los promotores, sino todo lo contrario, para impulsarlas, con posible si no manifiesta falta de imparcialidad. Claro está, ello puede dar lugar a carencias graves y complejas, no sólo de legalidad del plan sino también de incapacidad de prestación del servicio de suministro por falta de reservas de agua (además de falta de instalaciones de distribución, de potabilización, de saneamiento y vertido, es decir de recursos hídricos en general). Por ello esta Institución intenta persuadir a los órganos autonómicos de que cumplan adecuadamente con sus funciones y no aprueben planes en contra de las más mínimas garantías de abastecimiento y sostenibilidad. A nuestro entender y como veremos, queda demostrado que sí hay disposiciones legales que establecen que el informe del organismo de cuenca es preceptivo y puede ser “materialmente vinculante” aunque la ley de aguas no diga en forma expresa que lo es también formalmente (una cualidad ésta de la “vinculación material” que ciertamente es necesario explicar, por ir aparentemente contra la regla general del artículo 83.1 LPC); por tanto la documentación urbanística es inválida sin él, un defecto no inherentemente subsanable y grave.

Se diría inadmisibles estas situaciones. Hemos conocido casos de falta de informe del organismo de cuenca porque el ayuntamiento no le remite la documentación necesaria; otros en que sencillamente estima el organismo de cuenca que no era preceptivo su informe al haberse producido la primera aprobación (“provisional”) del correspondiente instrumento antes de la entrada en vigor de la reforma de 2005 de la ley de aguas.

Veamos ahora ordenadamente los problemas, cómo comprobar si la documentación urbanística es válida, o sea que contiene al menos un informe solvente sobre suficiencia de recursos hídricos. Aquí tendremos que empezar a distinguir entre el resto del contenido del informe preceptivo y el contenido que ahora importa: aquel que expresamente se pronuncie sobre la suficiencia (o insuficiencia) de recursos hídricos. Hoy no hay disposición legal expresa que establezca que algún informe es vinculante; es decir, difícilmente la aprobación urbanística será radicalmente nula por falta de congruencia con el informe, por no ser formalmente vinculante, pero ya hemos mostrado que cabe una calificación distinta, incluso con el efecto de nulidad radical (62.1 LPC), en casos extremos. Por ejemplo, podemos pensar que la vinculación a los resultados de un informe plausible se ha de demostrar solo por vía de otro contra-informe plausible, y si no se obtiene y los resultados deben hacerse públicos, entonces la aprobación del plan sin consonancia con el informe preceptivo incurriría en nulidad absoluta por 61 LPC pues la actuación urbanística es materialmente inviable, ya que se está defraudando la finalidad de la función urbanística. También trataremos de problemas acerca de quién ha de emitir el informe y si cabe el informe favorable con condiciones. Finalmente, expondremos las razones que aconsejan aplicar analógicamente el régimen de las costas, carreteras, puertos y aeropuertos, algo que viene exigiéndose con fundamento deficiente a nuestro juicio, pues se parte de dar por

sentado que la coordinación la logra mejor la AGE al planificar la cuenca (la *demarcación*) porque es la instancia territorial “superior”.

A) *Presentación de los problemas y las soluciones*

La siguiente lista queda ilustrada por los ejemplos del apartado B) siguiente, y comprende la batería de asuntos presentados en forma sistemática y general. Lamentablemente, no suelen aparecer así en la práctica:

- Situación anterior a la vigente redacción del artículo 25 LA, muy importante en supuestos que daten de antes de 2005 y que todavía siguen vivos.
- Derecho común ante falta de planeamiento o con planeamiento sin informe del organismo de cuenca: En zona de policía de cauces el uso del suelo está condicionado a la autorización previa del organismo de cuenca, pero también tenemos que no se exige autorización previa si el plan municipal (o autonómico) hubiera sido informado por el organismo de cuenca y hubiera recogido las previsiones hidrológicas (inserción del planeamiento hidrológico en el urbanístico). Luego hay que constatar que el organismo de cuenca haya informado el plan urbanístico o de obras y así determinar la necesidad de autorización previa a la realización de las obras.
- Situación actual tras la vigente redacción del artículo 25 LA:
 - o Momento en que ha de constar en el expediente del plan el informe sobre suficiencia de recursos hídricos, o sea instante a partir del cual la falta de informe puede ser causa incluso de nulidad del plan.
 - o Documentación necesaria para que un organismo de cuenca pueda realizar el informe del 25 LA.
 - o Viabilidad de los informes emitidos por entes distintos del organismo de cuenca:
 - Comprobar si es presentado al amparo de la legislación territorial y urbanística autonómica.
 - Valor de los informes de entidades colaboradoras de la administración (generalmente las concesionarias del suministro), por posible falta de imparcialidad.
 - Distinguir, si cabe, entre el informe del 25 LA y cualquier otro informe sobre suficiencia de recursos hídricos.
- Medidas que fueran en su caso a adoptarse si finalmente el desarrollo quedara aprobado por la consejería o departamento autonómico.
- Problemas de desempeño administrativo:

- No es aceptable responder a la cuestión de si un plan de la administración ha sido informado por el organismo de cuenca y si ha recogido las previsiones formuladas aduciendo que “no consta en los archivos”.
- El organismo de cuenca no puede renunciar a informar el plan limitándose a requerir que toda obra quede condicionada a autorización previa.
- No es válido de un lado que una administración urbanística solicite un informe sin aportar los datos necesarios en que éste haya de fundarse; ni de otro que el organismo de cuenca lo emita más allá de un tiempo razonable, ni que se valga del silencio negativo para obstaculizar injustificadamente la competencia de otra administración; pero tampoco cabe el silencio positivo para tener por acreditada la existencia de agua suficiente.

En estos asuntos creemos situar en su justo ámbito las competencias estatales, autonómicas y municipales. Además:

- No puede identificarse disponibilidad de derechos sobre el agua con existencia de agua suficiente. Debemos distinguir, contra lo que parecen hacer los organismos de cuenca, entre disponibilidad de agua y disponibilidad de derechos sobre el agua; aunque es imposible constituir derechos sobre agua inexistente, sí es posible constituir por la vía de los hechos usos sobre agua existente sin derecho que los ampare, o sea sin concesión, y entonces el informe del organismo de cuenca parece vinculante al menos respecto de la viabilidad de las futuras concesiones. Quiere decirse que un organismo de cuenca no debería otorgar derechos si tiempo antes informó que había falta de agua; pero a su vez no sería legítimo que denegase concesiones sobre agua existente, siempre eso sí que el plan hidrológico no prohíba la disposición del agua objeto de la concesión. Al mismo tiempo, la inexistencia de concesión puede ser o no, según los casos, un motivo apto para informar desfavorablemente un plan; en efecto, de la afección al régimen y aprovechamiento de las aguas o a los usos permitidos en dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía, o por lo previsto en la planificación hidráulica y en las planificaciones sectoriales del Gobierno, puede en algunos casos deducirse la imposibilidad de otorgar concesiones nuevas, aunque haya (teóricamente) agua suficiente².

² Véase más adelante el §1.1.3. El otorgamiento de una concesión de aguas es discrecional. El artículo 60 LA determina que el abastecimiento a la población es uso preferente al otorgarse las concesiones, pero en caso de incompatibilidad de concesiones destinadas a usos del mismo tipo se prefieren las de mayor utilidad pública y general, las que redunden en un menor consumo o mantengan o mejoren su calidad. Además, el artículo 79 LA fija en el procedimiento ordinario de otorgamiento de concesiones los principios de publicidad y tramitación en competencia; se prefiere, en igualdad de condiciones, aquéllas que proyecten la más racional utilización del agua y una mejor protección de su entorno (no obstante, cabe prescindir de la pública concurrencia cuando se trate de abastecimiento de agua a poblaciones). Pues bien, de esta regulación se deduce la posibilidad de que la inexistencia de concesión pueda en algunos

- La posible invocación de la disposición adicional segunda de la ley 13/2003 LCCOP, del contrato de concesión de obras públicas, según el cual la AGE emitirá informe sobre los instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales; dicho informe tiene carácter vinculante. Veremos que los tribunales no aceptan esta invocación, con razones no desechables sin más aunque matizables.
- Algunos TSJ, incluso por vía de las medidas cautelares, tienen formada una opinión acerca de que:
 - o El informe de una entidad colaboradora (por ejemplo como establece el artículo 19.2 LOTPP) no puede sustituir al informe del organismo de cuenca.
 - o El informe previo del organismo de cuenca es requisito necesario para aprobar un instrumento de planeamiento tanto por la comunidad autónoma como por el ayuntamiento, cuando se dan las condiciones del 25 LA.
 - o Las entidades colaboradoras pueden (y en algunas comunidades autónomas deben) estar inscritas en un Registro de entidades colaboradoras en materia de calidad ambiental. El condicionado de la concesión de suministro de abastecimiento de agua en régimen de gestión indirecta no apodera para emitir los informes en cuestión.

Veamos estas cuestiones con detenimiento.

B) *El informe del artículo 25.4 ley de aguas*

Primero examinemos el precepto. Para empezar es imperativo (“Las Confederaciones Hidrográficas *emitirán* informe previo”), es decir que el organismo de cuenca no puede renunciar a elaborar y entregar el informe. En segundo lugar, la remisión reglamentaria se hace no sólo al plazo de emisión sino también a los “supuestos” en que ha de ser emitido. El objeto directo del informe son, genéricamente, los actos y planes de aprobación autonómica o local (en este segundo caso, el informe no es preceptivo para actos y ordenanzas que apliquen instrumentos de planeamiento ya informados -antes de su aprobación- por el organismo de cuenca), sobre ciertas materias, que parecen referidas en una función secundaria frente a lo primario: *siempre* que tales actos y planes afecten -ha de entenderse, que puedan afectar- a al menos uno de los dos objetos centrales: bien al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales y/o a los usos (lógicamente los permitidos, los prohibidos no son considerados) en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía. Finalmente, el instrumental de contraste que el informe ha de utilizar para evaluar los actos y planes

casos ser motivo apto para sustentar un informe desfavorable.

consiste bien en la planificación hidráulica bien en las planificaciones sectoriales aprobadas por el Gobierno.

¿Qué dice el precepto sobre el momento de su emisión? Que ha de ser previo, evidentemente a la aprobación de los actos o planes. Esto nos dará después algún trabajo así que dejamos la cuestión para más adelante.

El precepto establece expresamente solo un supuesto en que el informe de la Confederación Hidrográfica ha de pronunciarse necesariamente: el de actos o planes que comporten nuevas demandas de recursos hídricos, y el pronunciamiento será sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer la demanda.

Para terminar este análisis somero, vemos que el precepto dice que el informe se entenderá desfavorable si no se emite en plazo. A juicio de esta Defensoría, y además de cuanto se dirá más adelante, no encontramos que este pronunciamiento tácito coincida exactamente con lo que se entiende por “silencio administrativo negativo”.

Pues bien, las dificultades iniciales consisten casi siempre en falta de documentación, que no aportan las administraciones urbanísticas y sin la cual no puede razonablemente informarse acerca de la suficiencia de recursos hídricos; pero tampoco atienden los requerimientos del organismo de cuenca, así como encontramos falta de precisión en la duración del plazo para elaborar y emitir el informe. Nos referimos primero por tanto a las dificultades que encuentra el organismo de cuenca para poder cumplimentar el artículo 25.4 LA.

La solución apropiada de estos problemas implica que el Defensor del Pueblo ha de manifestar su acuerdo con el organismo de cuenca -si actúa correctamente- mientras que no es raro que las consejerías y departamentos autonómicos urbanísticos ni siquiera contesten los requerimientos. Veremos enseguida varios ejemplos prototipo, simplificados y estilizados a partir de casos reales para mejor apreciar los términos del problema. Ante todo, reténgase que el artículo 25.4 LA exige que los actos y planes que las comunidades autónomas han de aprobar en el ejercicio de su competencia sobre ordenación del territorio y urbanismo, deben contar con un informe *previo* de los organismos; informe que debe versar sobre la posible afección de la actuación urbanística proyectada al dominio público hidráulico o a sus zonas de servidumbre y policía, sobre la existencia de recursos hídricos suficientes para satisfacer las nuevas demandas, y sobre la incidencia de la actuación en el régimen de corrientes. El informe se entiende desfavorable si no se emite en el plazo establecido.

Pero antes de pasar a los ejemplos e ilustraciones es preciso aclarar dos puntos previos.

- *El plazo para elaborar el informe del artículo 25 ley de aguas*

Al no haber sido desarrollado reglamentariamente el artículo 25.4 LA, no ha sido fijado un plazo específico para la elaboración y comunicación de estos decisivos informes. El plazo supletorio de diez días del artículo 83 LPC resulta manifiestamente insuficiente para informes de esta naturaleza. Por ello, esta Institución no formula a los organismos de cuenca el recordatorio del deber legal que le incumbe de evacuar en tiempo y forma los informes que le sean solicitados por otras administraciones. Ahora bien, no dejan de llamar la atención algunos retrasos: una cosa son los escasos diez días del artículo 83 LPC y otra el año de demora que en ocasiones encontramos, a todas luces excesivo sobre todo si queda sin justificación convincente.

Insistiremos en que la falta de desarrollo reglamentario no es impedimento para aplicar el artículo 25.4 LA. Las lagunas existentes deben y pueden cubrirse con las normas vigentes, fundamentalmente la LPC y la legislación autonómica de planes territoriales y urbanísticos. Por otro lado, toda administración siempre puede dirigirse a otra para informar de dificultades, de la necesidad de más tiempo, de aproximar una fecha en que el informe ha de estar o puede estar listo y terminado. Finalmente, entiende esta Defensoría que el informe ha de ser anterior a la aprobación provisional, una indicación que nos parece bastante clara de un término *ad quem* razonable.

Pero nuestro objetivo es justificar por qué nos parece que el modo formal y solemne de certificar la suficiencia de recursos hídricos únicamente puede provenir del organismo de cuenca, y que esta función pública deriva de una competencia propia y característica de la administración hidráulica, irrenunciable por tanto; mas como tal potestad sólo vale si es ejercida con ajuste riguroso a sus condiciones de ejercicio (con jurisdicción, en plazo, en la materialización debida y con motivación suficiente), entonces, comprobado que la ley contiene todo lo necesario para ello, no cabe esperar del reglamento sino determinaciones convencionales (arbitrarias dentro de lo razonable, pues tan justo es un plazo para informar de tres meses como de cuatro). Debemos entonces fijarnos más en la sustancia del informe y su realización, y en los efectos del incumplimiento de las condiciones de ejercicio de la potestad, pues no todo incumplimiento acarrea nulidad relativa, y de este tipo bastantes irregularidades son no invalidantes y por ello mismo subsanables con facilidad; muy pocos incumplimientos incurren en nulidad absoluta. Y de ahí resultará nuestra tesis final, §1.1.8 y las conclusiones y recomendaciones del §5.

- *Deficiencias en la actuación de los organismos de cuenca, en especial de las confederaciones hidrográficas*

Ya hemos informado a la Cortes Generales en otras ocasiones que no se observa una actuación eficaz de las confederaciones hidrográficas, y esto vale al emitir el informe del artículo 25.4 LA. Recibimos respuestas distintas para justificar la emisión o la falta del informe, incluso alguna confederación lo ha considerado improcedente “hasta que se desarrolle reglamentariamente el artículo 25.4”. Es decir, la literalidad de la ley permite

a algunos organismos de cuenca afirmar que estos informes no podrán ser emitidos hasta que un reglamento establezca los términos en que deben ser evacuados.

Este tipo de respuesta no es apropiada y denota un desconocimiento grave de que en nuestro Estado los mandatos legales se aplican directa y resueltamente; de que no cabe prácticamente nunca -y menos en cuestiones graves- negar el cumplimiento de un mandato legal porque aún no haya sido promulgado su reglamento de desarrollo; y de cómo no puede la administración aducir una falta de desarrollo reglamentario del que ella misma es responsable (en cuanto que una confederación hidrográfica queda insertada en la AGE, sujeta al Gobierno). A nuestro juicio, cuando una confederación considera improcedente emitir el informe “hasta que se desarrolle reglamentariamente el artículo 25.4” lo que hace es renunciar al ejercicio de su competencia, mostrar pasividad y un uso incorrecto de las categorías jurídicas.

Otros organismos afirman que vienen emitiendo el informe desde hace tiempo. Algunos han denunciado la necesidad de que se les dote de medios personales y técnicos para iniciar esta actividad, medios de que en la actualidad dicen carecer, carencia que por otra parte nos parece más que verosímil. Pero insistimos en que la falta de desarrollo reglamentario no impide aplicar el artículo 25.4 LA, ni justifica pronunciamientos de una confederación hidrográfica como éste:

“Se informa en cuanto a la disponibilidad de recursos que las supuestas captaciones actuales se encuentran en la masa de agua subterránea..., atendiendo a la información actualmente disponible en esta Oficina y a falta de que el peticionario concrete las previsiones de aumento de demanda derivadas del Plan al que hace referencia el presente informe y las fuentes de suministro previstas, disponen de recursos renovables superiores a la explotación actual. No obstante, no se puede valorar la productividad de las posibles captaciones al no disponer de datos suficientes al respecto.”

Es decir, que el organismo de cuenca no se pronuncia porque no sabe, porque no tiene datos para pronunciarse. Ciertamente debe esperar los datos, pero si tardan en llegar entonces el organismo de cuenca debería pensar en ir a buscarlos, algo que no ocurre nunca, en la experiencia de esta Institución. Volveremos más adelante sobre la falta de datos, es decir sobre cuáles son los necesarios; principalmente veremos la opinión de los tribunales sobre el contenido mínimo, según la DMA, que es la mejor referencia (directiva 2000/60/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, marco comunitario de actuación en política de aguas, conocida como *Directiva marco de aguas*).

Pasemos ya con los ejemplos, no todos directamente relacionados con la suficiencia de recursos hídricos pero que traemos aquí por contener facetas relevantes al respecto, es decir tratarse de ilustraciones de problemas con los informes de los organismos de cuenca sobre planeamiento urbanístico.

C) Ilustraciones y ejemplos

- *Ejemplo 1: El informe que emitían las Confederaciones en aplicación del 25 LA antes de su reforma en 2005*

El caso más sencillo, sobre el que volveremos, es de la construcción en zona de policía de cauces sin previa autorización del organismo de cuenca, pero con licencia municipal de obras (o sea, con adecuación a las normas urbanísticas del municipio). Resulta que un vecino puede ser sancionado por el organismo de cuenca por construir sin autorización p. ej. una casa en el casco urbano pero a menos de 100 m de un río, es decir en zona de policía de cauces; sin embargo, cabe que las normas de planeamiento municipal vigentes en el municipio permitan la construcción en el lugar, por lo que también cabe consecuentemente que haya licencia de obras, otorgada por el ayuntamiento.

Pero tenemos que en la zona de policía de cauces el uso del suelo está condicionado (artículo 6 LA), y que por tanto la ejecución de cualquier obra o trabajo precisa autorización previa del organismo de cuenca, autorización independiente de cualquier otra necesaria (artículo 9.3 RDPH); pero también tenemos que *no* se exige autorización previa si el plan de ordenación urbana o los planes de obras de la administración hubieran sido informados por el organismo de cuenca y hubieran recogido las previsiones formuladas (artículo 78 del mismo RDPH). En consecuencia, consideramos que estas quejas tienen fundamento y hemos de aclarar si el organismo de cuenca ha informado las normas urbanísticas municipales y así determinar la necesidad de autorización previa exigida al interesado para la realización de las obras.

La contestación administrativa puede ser decepcionante: Por ejemplo que (1) no constaba en sus archivos que las normas urbanísticas fueran informadas por el organismo; y que (2) pese a lo que diga el artículo 78 RDPH, el organismo comunicó al ayuntamiento: *“cualquier actuación que se pretenda efectuar en la zona de policía de los cauces (100 m por cada una de las márgenes) requiere autorización previa del organismo de cuenca”*. Aquí tenemos dos errores importantes en que incurre la administración hidráulica, uno por cada aserción:

1. No vale responder a la cuestión de si un plan de ordenación urbana o planes de obras de la administración han o no sido informados por el organismo de cuenca y si han o no recogido las previsiones formuladas aduciendo que “no consta en los archivos”, pues nos parece que la responsabilidad del organismo de cuenca va más allá. ¿No hizo nada cuando supo que estaba en trámite ese plan urbanístico? Parece imposible que una confederación hidrográfica desconozca la existencia de este tipo de proyectos. Una mínima gestión, aunque resultara negativa, habría quedado plasmada y archivada, y al menos algo habría encontrado en sus archivos la confederación al ser preguntada. La

respuesta “no consta en los archivos”, en la experiencia de esta Institución en este tipo de asuntos, suele ser es indefectiblemente signo de de pasividad y escaso interés por parte de la administración. Téngase presente que en este tipo de quejas lo relevante no suele residir en los títulos jurídicos sino en la realidad material a que esos títulos se refieren.

2. El organismo de cuenca no puede violentar el sentido del artículo 78 RDPH, de modo que si el plan hubiera sido informado por el organismo de cuenca y recogiera las previsiones formuladas entonces el organismo no puede limitarse a recordar una previsión legal, la de requerirse la autorización previa. Ese es un modo de informar escasamente útil.

La deducción común no obstante es que el organismo de cuenca *no* informó las normas urbanísticas; pero no siempre es posible saber por qué, ¿ha sido un olvido? ¿de quién? Incluso caben acertijos como el siguiente: Hay una modificación de normas posterior, ésta sí informada por el organismo, pero lamentablemente las previsiones respecto a las actuaciones en zona de policía de cauces no eran sustantivas, con renuncia a cualquier inserción de ordenación hidrológica en la urbanística; especificaban sólo que éstas requerirían, en todo caso, autorización previa del organismo; entonces ¿están las normas urbanísticas informadas por el organismo de cuenca? Insistimos en que este modo de concebir la función de informar parece a esta Defensoría que acarrea su desnaturalización, su inutilidad y resulta muy costoso.

- *Ejemplo 2: El informe de las confederaciones tras la reforma en 2005 de la ley de aguas*

El supuesto de hecho típico es el de un proyecto que prevé la construcción de viviendas nuevas, proyecto urbanizador que pone en peligro los escasos recursos hídricos de la zona, por indicios de que puede contaminarse acuíferos y aumentar el déficit hídrico subterráneo, derivando a medio o largo plazo en la desertización del suelo. Es necesario entonces dirigirnos al organismo de cuenca para indagar sobre la existencia de solicitudes de concesión de aguas, y sobre la modificación de concesiones o autorizaciones para reutilizar aguas residuales en los términos municipales del caso. Asimismo, podemos encontrar oposición vecinal a la posible concesión de nuevos aprovechamientos para los proyectos urbanísticos, en cumplimiento de los objetivos prescritos en el plan hidrológico de cuenca, dado el balance deficitario de recursos hídricos en la unidad hidrogeológica de que se trate, conforme con los objetivos de protección del recurso de la DMA (aquí tenemos un ejemplo de posible supuesto de inexistencia o imposibilidad de otorgamiento de concesión que puede justificar un informe desfavorable del organismo de cuenca).

El organismo de cuenca responde a las cuestiones planteadas:

Se dirige al departamento de territorio y vivienda, solicita informe sobre afección a cauces y barrancos por causa de planeamiento urbanístico y respecto de la previsión y disponibilidad de recursos hídricos.

Dice la confederación que no dispone de la documentación, requerida en numerosas ocasiones por el organismo de cuenca al departamento autonómico y que viene recogida en la página web del organismo (oficina virtual-solicitudes de informes urbanísticos). De hecho la consejería le dice que 'no es posible remitir copia del proyecto por no disponer de ejemplares suficientes'. Como es lógico, el organismo de cuenca (casi siempre la confederación hidrográfica) no puede emitir el informe en tales condiciones, sino reiterar a la consejería la necesidad de disponer de la documentación, lo que acarrea la suspensión del plazo para la emisión del informe.

En segundo lugar, y con relación a otro municipio, la confederación informó tiempo atrás desfavorablemente respecto de la disponibilidad de agua para abastecer el incremento de consumo derivado de un plan parcial, por no haberse acreditado la disponibilidad de recursos hídricos suficientes para atender el consumo previsto. Ante todo por falta de documentación bastante; después, cuando el técnico redactor del proyecto urbanístico en cuestión solicitó nuevamente el informe hidrológico acompañando para ello determinada documentación, la confederación emitió nuevamente informe desfavorable por haber quedado acreditado, a través de lo manifestado por el solicitante y de los antecedentes obrantes en el organismo de cuenca, que no se disponía de agua suficiente para atender el incremento de consumo proyectado.

Por otro lado, la consejería, dentro del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, solicitó informe teniendo en cuenta que un sector se situaba junto a un embalse y afectaba al dominio público hidráulico. Más tarde, la consejería traslada a la confederación un informe sobre suficiencia de recursos hídricos emitido por la empresa gestora del servicio de suministro, para que lo "convalide" la confederación; ésta terminaba diciendo al Defensor del Pueblo que todo ello se estaba estudiando para así poder emitir el informe del artículo 25.4 LA.

A la vista de este tipo de información del organismo de cuenca, el Defensor del Pueblo hace las siguientes consideraciones: En primer lugar, es necesario conocer en qué estado de tramitación se encuentra el PGOU municipal, y los motivos que impiden remitir la documentación que la confederación precisa para realizar el suyo (el informe previsto en el artículo 25 LA). En segundo lugar, los informes (emitidos al amparo de la legislación territorial y urbanística autonómica) de entidades colaboradoras autorizadas para el suministro, no nos parece que puedan sustituir los pronunciamientos que corresponden a la confederación hidrográfica. Es preciso reseñar que, por ejemplo (véase *infra* el apartado D), el TSJ tiene dicho que *“la Comunidad autónoma no puede legislar sobre la forma, modo y manera en que el Estado debe ejercer sus competencias ni puede sustituir su intervención mediante norma autonómica. Lo que no significa que no pueda ser valorado por [ella, por el] Municipio o por el propio Tribunal a la hora de tomar una decisión, pero no como sustitutivo del informe del Organismo de la Cuenca. Por tanto, se concluye que el informe previo del Organismo de la Cuenca es*

requisito necesario para que pueda aprobarse por el Ayuntamiento o la Comunidad autónoma un instrumento de planeamiento cuando se den las condiciones del artículo 25.4 de la Ley Estatal". Finalmente, y puesto que en dos ocasiones el organismo de cuenca se había manifestado desfavorablemente por haber quedado acreditado, según señalaba, que no había agua suficiente para atender el incremento de consumo previsto, el Defensor del Pueblo hubo de inquirir sobre las medidas que fueran en su caso a adoptarse si finalmente el desarrollo urbanístico quedara aprobado por la consejería.

Todavía sin contestación de la consejería, la confederación hidrográfica daba respuesta a las cuestiones anteriores:

En primer lugar, no tenía constancia de que los instrumentos de ordenación urbanística hubieran sido sometidos para aprobación de la Comisión Territorial de Urbanismo; en consecuencia, no adoptaría medidas (por ejemplo, de impugnación de los instrumentos urbanísticos que hubieran sido aprobados sin disponer de informe favorable sobre suficiencia de recursos hídricos) mientras no se dieran los supuestos necesarios. En cuanto al proceso de emisión del informe del artículo 25.4 LA, tuvo entrada en el organismo el informe de la mercantil responsable de la gestión municipal del servicio de agua potable. Dicha documentación, decía la confederación, estaba en proceso de análisis aunque en principio parecía insuficiente, por lo que el informe seguía sin poder emitirse; en consecuencia, iba a oficiar un requerimiento para que fuera subsanada y completada.

En conclusión señalaba el organismo de cuenca que, a results del análisis preliminar efectuado, no estaba garantizada la disponibilidad jurídica [*sic*] de recursos hídricos para atender las nuevas demandas generadas. Y añadía que *“existe una clara dificultad para la emisión [del informe] del artículo 25.4 TRLA, en tanto en cuanto no sea aportada la documentación necesaria que, por otra parte, se encuentra claramente especificada en la página web de la confederación, lo que conoce perfectamente la Comisión Territorial dado que se le ha puesto de manifiesto a dicha Administración autonómica de forma reiterada a través de numerosos oficios de requerimiento similares. Debe significarse que a pesar de las facilidades dadas por este Organismo, la respuesta dada por la Comisión Territorial se ciñe por lo general a remisiones de documentación parciales, fragmentadas, dispersas e incompletas, que no hacen sino consolidar los impedimentos para la correcta emisión de los informes del artículo 25.4 TRLA por parte de este Organismo de cuenca.”*

De nuevo pues esta Institución entiende que en un caso así no cabe apreciar actuación irregular de la confederación hidrográfica. Por el contrario, la consejería no había dado respuesta a las peticiones de informe que el Defensor del Pueblo le tenía cursadas.

- *Ejemplo 3: Prácticas posiblemente abusivas de la administración urbanística, aprobaciones condicionadas al cumplimiento de requisitos sustanciales*

Es opinión de los Comisionados parlamentarios de las comunidades autónomas

(singularmente del Sindic de Greuges de la Comunitat Valenciana, como veremos) considerar recomendable que los ayuntamientos, para la aprobación de planes, supediten tal aprobación a la justificación detallada de la disponibilidad de agua; y mientras no es así, conviene suspender su ejecución. No duda el Sindic de Greuges que el preceptivo informe del organismo de cuenca es también vinculante, por su importancia y la lógica necesidad de que los recursos hídricos estén garantizados. El Defensor del Pueblo comparte plenamente este parecer y sus argumentos, que expondremos y valoraremos después, aunque hemos de reconocer las serias dificultades para el reconocimiento de cómo un informe no expresamente calificado por la ley de vinculante puede con todo ser tenido como tal, es decir cómo el parecer del organismo de cuenca puede vincular a la administración urbanística. Pero ya hemos mencionado antes algunos casos en que es reconocible palmariamente (aunque es cierto que excepcionalmente) esta vinculación de un informe que formalmente no es vinculante; además, es jurisprudencia asentada que aunque un informe no tenga carácter vinculante, en una valoración primero discrecional y después lógica merece crédito de veracidad dado el juicio de pericia o de apreciación de conocimientos técnicos que contiene, y ello lleva consigo un determinado alcance; esto significa que ha de ser tomado en consideración, que no cabe desecharlo sin más.

Las confederaciones hidrográficas suelen remitir informes extensos, claros y precisos elaborados por el comisario de aguas. Es común que la aprobación del instrumento de planeamiento urbanístico general (por la administración autonómica, consejería o departamento de urbanismo) incluya condiciones que deben cumplirse antes de la aprobación del plan parcial o plan de detalle apto para ser ejecutado, en concreto quedar la aprobación supeditada a la justificación detallada de la disponibilidad de recursos hídricos. También, y de modo claramente consecuente, la ejecución del plan y naturalmente de modo especial la del proyecto de urbanización quedan supeditados a la previa concesión de aguas otorgada por la confederación.

Pues bien, podemos encontrarnos con que un plan parcial es aprobado definitivamente con sendos informes de empresas mercantiles sobre (1) la suficiencia de agua para cubrir las necesidades de la población y (2, en un informe de la empresa titular del mantenimiento de la estación depuradora de aguas residuales EDAR, acerca del volumen de agua solicitado, por ejemplo para riego de zonas verdes, recreativas y campo de golf) sobre que ello no supone perjuicio alguno para los usos agrícolas que disponen de concesión de agua en la actualidad.

La confederación considera ante esto que algunas de las aprobaciones de los instrumentos de planeamiento se producen antes de la entrada en vigor tanto de la ley 4/2004 (de ordenación del territorio y protección del paisaje, de la Generalitat Valenciana), como de la ley 11/2005 (de modificación del Plan hidrológico nacional, que modificó también la redacción del artículo 25.4 LA, que es la redacción vigente ahora). No obstante, la aprobación del plan parcial se produce con ambas disposiciones ya en vigor, por lo que -de acuerdo con el artículo 25.4 LA y la disposición adicional 2ª ley 13/2003 del contrato de concesión de obra pública- se requería un informe previo “y vinculante” del organismo de cuenca, que habría de versar no sólo de la disponibilidad

de recursos hídricos sino también de la posible afección al dominio público hidráulico y sus zonas de policía y sobre la posible incidencia en el régimen de corrientes. Dicho informe no fue solicitado. De hecho, la confederación informó sobre inundabilidad a la comunidad autónoma y advirtió de tal circunstancia, mas no fue atendida.

La suficiencia de recursos hídricos queda pues “acreditada” mediante un informe de una mercantil concesionaria del ayuntamiento; y el otro informe tenido en cuenta por la autoridad urbanística es emitido por otra mercantil concesionaria municipal, que se pronuncia sobre ‘presuntas’ concesiones de agua para uso agrícola y posibles afecciones de aguas de reutilización de la EDAR sobre aquéllas. Pero lo cierto es que sólo se estaba tramitando una concesión de aguas procedentes de la EDAR con previsible destino a las necesidades de riego de un campo de golf; expediente sin resolución expresa, a la espera del preceptivo informe del órgano autonómico (artículo 110 RDPH).

Por otra parte, la confederación dice lo siguiente en cuanto a los argumentos esgrimidos por el órgano autonómico de carácter general sobre los informes del artículo 25.4 LA: Este precepto viene a decir lo mismo que el artículo 19.2 de la ley de la Generalitat Valenciana 4/2004, de ordenación del territorio y protección del paisaje LOTPP (modificada por ley 16/2005), cuando determina que la implantación de usos residenciales, industriales, terciarios, agrícolas u otros que impliquen un incremento del consumo de agua, requerirá la previa obtención de informe del organismo de cuenca competente, sobre su disponibilidad y compatibilidad con las previsiones de los planes hidrológicos, además de sobre si hay o no afectación o menoscabo a otros usos existentes legalmente implantados, lo cual requiere título habilitante mediante resolución de un expediente administrativo con audiencia a terceros afectados y un análisis de la compatibilidad con la planificación hidrológica. La conjunción de los tres extremos sobre los que debe manifestarse el informe, supone necesariamente la existencia de derechos de agua, así que no puede identificarse disponibilidad con existencia de recursos hídricos. Del mismo modo, la disposición adicional segunda de la ley 13/2003, del contrato de concesión de obras públicas, relacionado con el artículo 83.3 de la ley 16/2005, urbanística valenciana, establece que la AGE emitirá informe en la instrucción de los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales; y que dicho informe tiene carácter vinculante.

Asimismo, el auto de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana (medidas cautelares), dictado en el seno de un proceso instruido por el recurso interpuesto por la AGE contra un acuerdo de la comisión territorial de urbanismo, de aprobación del plan parcial, establece tres cuestiones esenciales:

1. Que el informe del organismo de cuenca es preceptivo.
2. Que el informe que pueda emitir una entidad colaboradora autorizada para el suministro -tal y como alude el artículo 19.2 LOTPP- no puede sustituir al informe del organismo de cuenca.
3. Que el informe previo del organismo de cuenca es necesario para que pueda aprobarse un instrumento de planeamiento tanto por la comunidad autónoma como por el ayuntamiento, cuando se den las condiciones del artículo 25 LA.

A mayor abundamiento -sigue informando la confederación- la legitimación de las entidades colaboradoras debe venir avalada por una inscripción en un registro al efecto, cuya llevanza corresponde a la propia comunidad autónoma (la Generalitat Valenciana en este caso). Al respecto, el decreto 229/2004, de 15 de octubre, del Consell de la Generalitat, que regula las funciones de las entidades colaboradoras en materia de calidad ambiental y crea y regula su registro, no parece amparar las funciones a que alude el precepto del artículo 19.2 LOTPP. No parece que del condicionado de la concesión de suministro de abastecimiento de agua en régimen de gestión indirecta, ni del objeto social de la mercantil, pueda legalmente deducirse que quede apoderada para emitir los informes en cuestión.

En consecuencia, la confederación concluye que las empresas suministradoras carecen de legitimidad, idoneidad y capacidad para informar sobre derechos de agua, competencia originaria, exclusiva y por tanto insustituible de los organismos de cuenca. Dice que la posición de carácter general defendida por el Sindic de Greuges sobre los informes del artículo 25.4 LA es conocida por la confederación; posición pues que viene manteniendo y que coincide plenamente con los planteamientos de la confederación [En particular y en este caso, la Confederación del Júcar decía no poder sino reconocer la magnífica labor que el Sindic de Greuges está desarrollando en una materia tan compleja y de tanta trascendencia para la ciudadanía, como es la ordenación del territorio].

Por el orden contencioso-administrativo, y como consecuencia de los recursos interpuestos por el servicio jurídico del Estado, se alega también en dicho sentido. En efecto, habían sido dictados por el TSJ de la Comunidad Valenciana diversos autos de suspensión cautelar de acuerdos de la comisión territorial de urbanismo, en los que se ratificaba que el informe previo de la confederación previsto en el artículo 25.4 LA es preceptivo y que no puede ser sustituido por lo que la normativa autonómica denomina "entidades colaboradoras autorizadas para el suministro", como se explicó antes.

Un plan parcial puede tener que ser sometido a aprobación de la comisión territorial de urbanismo; y no podría aprobarse sin el informe del organismo de cuenca, o si el informe es desfavorable. En caso de que se produjera tal aprobación por la comisión con voto en contra del vocal representante del Ministerio *de medio ambiente*, como se viene haciendo según el protocolo que aplica, daría traslado de la circunstancia a la abogacía del Estado de la Delegación del Gobierno por si fuera procedente la interposición de recurso contencioso-administrativo.

[Aunque la cuestión queda aquí centrada en la disponibilidad de recursos hídricos, no quiere dejar la confederación fuera de foco otros temas que, aunque no son competencia directa del organismo, son de absoluta relevancia y trascendencia, como el tratamiento de residuos, la atención sanitaria, la educación, los accesos, etc, y cuya insuficiente previsión puede producir un auténtico colapso territorial.]

Esta Institución considera ante casos así que la confederación hidrográfica, aunque con defectos, da una respuesta razonable y completa, como justificamos a continuación; explica además de forma amplia su postura respecto del marco competencial, que viene a coincidir, como el propio organismo de cuenca dice, con los planteamientos que

defienden tanto el Sindic de Greuges de la Comunidad Valenciana como esta Defensoría.

La conclusión es que la comunidad autónoma nunca debería admitir a trámite un expediente urbanístico elevado por los ayuntamientos para su aprobación definitiva si no incluye el informe del artículo 25.4 LA; o bien si lo incluye y es desfavorable. Tampoco los ayuntamientos deben aprobar instrumentos urbanísticos que lleven consigo un incremento del consumo de agua si no cuentan con el previo informe favorable del organismo de cuenca. Estas reglas simples son sin embargo insuficientes para la realidad que hay que afrontar, la de las expectativas de los aprovechamientos urbanísticos.

- *Ejemplo 4: Falta de colaboración con esta Defensoría de las consejerías y departamentos autonómicos*

Aquí inicialmente no nos dirigimos a la confederación hidrográfica. Sencillamente preguntamos a la consejería si ha pedido el informe, pero ni siquiera nos contesta, así que en estos casos no conocemos su opinión hasta requerirla varias veces y por tanto tardíamente. Téngase en cuenta que tratamos de supuestos en que la actuación urbanística puede pretender reclasificar millones de metros cuadrados de suelo no urbanizable destinado a usos agrícolas, en suelo urbanizable para construir campos de golf, establecimientos hoteleros y comerciales y miles de viviendas, que conformarán, dada la entidad de la actuación, un nuevo núcleo urbano del municipio, ya que la ejecución del proyecto supondrá la reclasificación y recalificación de incluso más de la mitad del término municipal.

La consejería responde año y medio después de nuestro requerimiento, con un informe sobre el estado de tramitación del expediente urbanístico, que aún se encuentra sin resolver por estar “pendientes de emisión algunos informes sectoriales”, como precisamente el de la confederación hidrográfica y la correspondiente declaración de impacto ambiental. No obstante, facilita otros informes sectoriales. Aquí destaca lo siguiente: Consta un informe de la confederación hidrográfica en el que requiere documentación adicional para poder emitir el exigido por el artículo 25.4 LA. Según la Consejería se le remite un estudio de recursos hídricos en septiembre de 2008 y en octubre siguiente, menos de un mes después, la confederación notifica a la consejería que tras el requerimiento de documentación efectuado año y medio antes, y habiendo transcurrido por tanto el plazo sin haber recibido la documentación, el informe se entiende desfavorable y procede a archivar el expediente. El Defensor del Pueblo considera que una decisión así, muy grave porque las administraciones no suelen estar dispuestas a revocar una decisión de archivo de expediente, es de todo punto inaceptable y requiere revisión de oficio.

La consejería aclara que la documentación requerida se le remitió en septiembre de 2008 por lo que solicita que se prosigan las actuaciones. Parece a esta Defensoría que estos casos son muy expresivos del mal funcionamiento del sistema. Hay supuestos aún peores, como el de una confederación hidrográfica que a día de hoy sigue sin emitir el informe solicitado en diciembre de 2005, han pasado cuatro años.

- *Ejemplo 5: Una concesión de aguas no acredita la suficiencia de recursos hídricos*

Veamos la situación de partida siguiente:

La Confederación Hidrográfica del Tajo asigna un caudal de 12 l/s a una urbanización que se construirá en la falda Sur de la Sierra de Gredos, frente a los 8 l/s disponibles para la población actual del municipio. Según una plataforma ciudadana contra la especulación urbanística y ambiental del municipio, el proyecto prevé la construcción de más de 400 viviendas y 200 plazas hoteleras que albergarán a más de 2.000 personas. La promotora pretende construir una macro urbanización que ocupará aproximadamente 21 ha de un paraje situado en la zona de influencia del Parque Regional de la Sierra de Gredos. Aunque la información disponible es "contradictoria y difícil de obtener", el promotor adquirió más del 90% de estos terrenos de suelo rústico, al precio de 1,49 €/m², según los datos contenidos en plan parcial. Los terrenos, dice la queja, pasaron a ser urbanizables con la aprobación de las normas urbanísticas municipales y contra los acuerdos de la Comisión Territorial de Urbanismo. La plataforma ciudadana añade que tanto la Confederación Hidrográfica como la administración autonómica y sus consejerías han emitido los correspondientes informes, favorables en este caso.

Ante esta situación dirigieron recurso de alzada al Consejero de Urbanismo contra el acuerdo de aprobación definitiva del plan parcial, por el impacto ambiental que ocasionaría la macro urbanización: no se prevé nada sobre depuración de aguas, y debería haberse obtenido declaración de impacto (no era posible la intervención del Defensor del Pueblo en el asunto de la concesión de agua otorgada por la Confederación Hidrográfica al promotor del desarrollo urbanístico, al estar sometido a la consideración de los tribunales de justicia).

Un breve informe de la Confederación Hidrográfica y otro de la Consejería fueron estudiados y el Defensor del Pueblo hubo de calificar ambas respuestas de decepcionantes e insuficientes para evaluar la situación. Por ello se solicitó a la Consejería de Fomento un nuevo informe en el que diera respuesta a las cuestiones que exponemos a continuación. No obstante, realizábamos primero una serie de observaciones, que trasladábamos a ambas administraciones:

El artículo 25.4 LA busca asegurar la sostenibilidad de la concesión de aguas *antes de ser otorgada*, pues es solicitada para nuevos proyectos urbanísticos, que lógicamente comportan nuevas necesidades y demandas. La sostenibilidad es función de la existencia de recursos hídricos suficientes en la cuenca para satisfacer tales demandas. La sostenibilidad no es exactamente lo mismo que el respeto del caudal ecológico, aunque son conceptos íntimamente relacionados. Téngase en cuenta, para considerarlo

así, el principio recogido en el artículo 59.2: Las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos hídricos superficiales y subterráneos, el título concesional no garantiza la disponibilidad de los caudales concedidos. Además, a nuestro juicio el artículo 25.4 también está estrechamente conectado con la planificación hidrológica (40.1, 2 y 4), pues los planes hidrológicos de cuenca plasman los usos y demandas existentes y las asignaciones y reservas de agua para usos futuros (artículo 42).

Una interpretación sistemática de la ley de aguas obliga a concluir, como sabemos, que el organismo de cuenca no puede otorgar una concesión solicitada por un promotor urbanístico si la promoción implica nuevas demandas de agua y si previamente y durante el procedimiento de elaboración y aprobación del instrumento urbanístico de que se trate el organismo de cuenca no ha emitido el informe previsto en el artículo 25.4 LA.

Es una obviedad que una comisión territorial de urbanismo diga que un aprovechamiento de aguas se hace sobre el caudal concedido, pues no puede hacerse por encima de tal caudal. No es tan claro qué quiere decir con que ello es "independiente del número de viviendas". Si se refiere a los términos de la concesión, es otra obviedad; pero si se refiere a la disponibilidad de agua, entonces podemos estar ante un juicio no prudente porque no hay urbanización viable sin agua suficiente. ¿Entiende la consejería, como administración urbanística autonómica, que con el caudal concedido hay agua suficiente? Una concesión no garantiza agua suficiente, la cantidad de agua necesaria se mide en volumen, no en legalidad; una concesión ampara jurídicamente el aprovechamiento de unos volúmenes dados (máximos), no garantiza que tales volúmenes vayan a existir, pues los volúmenes de agua dependen de la lluvia, no de la ley de aguas. La comisión territorial de urbanismo declara que "entiende" que con la concesión de aguas resulta acreditada la suficiencia, pero ¿cómo deduce esa conclusión? ¿Qué quiere decir aquí con "entiende"?

Por otro lado la confederación dice que el responsable del suministro de agua es el concesionario, o sea la empresa promotora pero ¿está ello claramente determinado en las disposiciones urbanísticas, en el plan parcial? Pues si el caudal deviene insuficiente, entonces el concesionario parece que debería ocuparse de los camiones con agua potable ¿es así? También dice la confederación hidrográfica que aún no hay autorización de vertido ¿sabe algo la consejería de esto? ¿Piensa que como "el asunto del agua y vertidos es competencia de otra administración, entonces no es asunto de su competencia" y puede desentenderse de ello, como administración urbanística que es? ¿Hay aquí una razonable "administración urbanística"? En cuanto a la declaración de impacto ambiental, la consejería dice que las medidas de protección garantizan que el impacto sea minimizado, pero hay que presuponer que será así si efectivamente se implantan y resulta de los hechos una vez implantadas las medidas. ¿Está claro en los instrumentos urbanísticos quién se encarga de implantarlas y de hacer el seguimiento?

A algunas de estas cuestiones responde la consejería: que el plan parcial fue aprobado definitivamente por la comisión territorial de urbanismo CTU considerando que con la concesión de aguas superficiales con destino al abastecimiento y riegos de la urbanización (resolución de la confederación hidrográfica) resultaba acreditada la suficiencia de recursos hídricos para satisfacer las demandas que generasen las nuevas viviendas proyectadas, sin necesidad de recabar un nuevo pronunciamiento de la confederación. En la tramitación de los expedientes de aprobación definitiva del planeamiento urbanístico, la Comunidad Autónoma ejerce las competencias que le corresponden realizando un control de legalidad de las determinaciones y del procedimiento y un control de oportunidad de las determinaciones, limitado a cuestiones de importancia supramunicipal.

En el momento del acuerdo de aprobación definitiva la CTU admitió como justificación urbanística suficiente para acreditar la existencia de recursos hídricos, la concesión de aguas superficiales con destino al abastecimiento y riegos de la urbanización, puesto que se concedían 12,07 l/s y un volumen máximo anual de 152.120 m³, siendo el caudal ecológico de 6,42 l/s; la estimación del plan parcial era en función de las necesidades generadas para el número de viviendas que autorizaba (431), según el apartado 4.2 de la memoria del plan parcial de 5,82 l/s; todo ello según proyecto técnico aprobado por la confederación hidrográfica.

La consejería sostiene también que la concesión está por encima de las necesidades incluidas en el plan parcial y fue otorgada en base al proyecto técnico presentado a la confederación, que es el organismo que comprobó la existencia del volumen solicitado y como consecuencia de esto la concedió. La CTU no administra los recursos hídricos existentes puesto que es dominio público estatal. La CTU realizó una comprobación documental pero no material de los recursos hídricos, puesto que esta última comprobación excede de sus competencias al existir otra administración que ya lo ha resuelto previamente conforme a sus atribuciones.

Puede observarse que la Consejería no se refiere al artículo 25.4 LA. Prescindamos ahora de pronunciamientos contradictorios como que “la CTU no administra los recursos hídricos existentes puesto que es dominio público estatal” mientras que enseguida hace “comprobación *documental* pero no material de los recursos hídricos”, lo que parece servirle para desinteresarse por la cuestión, tanto como que “la CTU realizó una comprobación documental pero no material de los recursos hídricos, puesto que esta última comprobación excede de sus competencias”, algo simplemente incierto, la CTU siempre podrá, seguramente no por sí misma pero sí instarlo, realizar comprobaciones sobre cuantos elementos forman parte de los expedientes urbanísticos que examina. Nos parece inaceptable que la CTU se considere incompetente en materia de recursos hídricos, ciertamente carece de competencia *decisoria* allí donde quien debe decidir es el organismo de cuenca, pero la falta de competencia de la CTU no llega a tanto, debe interesarse activamente en asuntos tales como éste, de otro modo su función se limita a la “mera comprobación documental”, un modo de administrar que no tiene que ver con lo esencial del urbanismo. Se decide sin poder decidir, y se dice que no puede decidir donde sí puede al menos dar su parecer.

Más importante aún es señalar que el Defensor del Pueblo se planteó la duda de si la concesión era un elemento decisivo o al menos relevante para determinar la suficiencia de recursos hídricos. Es cierto que la concesión no garantiza la disponibilidad, pero sí es un factor objetivo importante para determinar que existe. La concesión se otorga previo análisis de las disponibilidades del sistema, teniendo en cuenta la planificación hidrológica y los usos existentes. Por tanto quizá no es eficiente incidir mucho en esa idea y puede no resultar del todo convincente. Cabe pues insistir también en el carácter preceptivo del informe para concluir que, dado que no consta dicho pronunciamiento, el plan no puede aprobarse. El hecho de que haya concesión no significa que dicho informe no deba aparecer en el procedimiento, sobre todo teniendo en cuenta que su objeto es más amplio que la disponibilidad del recurso. Desde luego parece peligroso aprobar un plan parcial sin el conocimiento del organismo de cuenca. Pero en este ejemplo la concesión se otorgó al promotor de la urbanización antes de la aprobación del plan (en la documentación del plan parcial consta el acuerdo de la CTU que entiende no necesaria una nueva resolución de la confederación en tanto que con la citada concesión de aguas superficiales ya se acreditaba la suficiencia de recursos hídricos; es decir, para la CTU la existencia de concesión preexistente es causa apta para tener por viable el desarrollo urbanístico, pero no para que la confederación considere inviable otro donde no hay concesión).

D) El caso de la Generalitat Valenciana y su solución, el parecer de los tribunales y del Sindic de Greuges

Los ejemplos anteriores tienen carácter introductorio, presentamos a continuación un supuesto más completo en la variedad de facetas y con resonancia en los medios de comunicación, paradigma de situaciones de confrontación sorda entre instituciones, en ocasiones con indicios de uso inadecuado de potestades públicas. Pero téngase en cuenta que este tipo de casos se reproducen en otras partes del país, como es notorio. Dedicar un apartado especial a la Comunidad Valenciana se debe a que es quizá el territorio donde con más extensión y crudeza se presenta el conflicto entre desarrollo urbanístico y falta de agua, y por tanto donde es más fácil contemplar los elementos del problema y las posibles vías de solución. Veremos que el funcionamiento que encontramos es irregular respecto de los tres niveles, municipal, autonómico y estatal

Desde el punto de vista del Defensor del Pueblo la actuación de las administraciones puede calificarse de muy preocupante, pues muestran una grave falta de flexibilidad en la utilización de los mecanismos jurídicos puestos por las leyes a su disposición para la administración objetiva de los intereses generales. Servirá este apartado pues para un seguimiento en detalle, por eso ofrecemos también aquí el parecer de los tribunales y las recomendaciones que el Sindic de Greuges dirige tanto a ayuntamientos como a la consejería competente, y de la que envía copia al Ministerio y al Defensor del Pueblo a título informativo. Como se comprobará, la consejería ha llegado a desatender las

peticiones de información del Defensor del Pueblo y del Sindic, situación que sólo en los últimos meses está subsanándose (en lo que nos concierne).

I - Las investigaciones se inician normalmente por quejas contra ayuntamientos que aprueban programas de actuación integrada (PAIs). Por ejemplo, y porque la sucesión de fechas es relevante, en un caso se aprobaron tres PAIs un 30 de enero de 2006, el día anterior a que entrase en vigor la Ley 16/2005 de la Generalitat Valenciana, urbanística valenciana, LUV. Según la queja, tales PAIs iban a suponer un grave perjuicio para los habitantes del pueblo y beneficiar únicamente a las empresas urbanizadoras impulsoras de las actuaciones. Los programas afectaban un total de 1.939.888 m² y suponían aproximadamente 1.800 viviendas nuevas, lo que se traduciría en un crecimiento de la población desde 1.050 a más de 10.200 habitantes, crecimiento que calificaba la queja de a todas luces insostenible, además de aducir que no estaban previstas de forma adecuada las infraestructuras necesarias que garantizaran la prestación de servicios básicos (dotación de agua, además de policía, sanidad, educación, etc). Este ejemplo es prototípico y por eso lo insertamos aquí.

Hay importantes movimientos vecinales denunciando su insatisfacción por tales proyectos y actuaciones, y manifestando el deseo de que no se lleven a cabo. Aducen las quejas la existencia de informes técnicos y documentos no favorables a su ejecución:

- Del consejo jurídico consultivo de la comunidad autónoma,
- Del propio secretario del ayuntamiento, que puede o no corroborar el anterior,
- Concierdos previos firmados por los ayuntamientos y la comunidad autónoma, que durante el proceso desaconseja cualquier tipo de construcción en determinadas zonas, comprendidas en un PAI,
- Los estudios paisajísticos encargados por los ayuntamientos, que ni siquiera son tenidos en consideración.

Los vecinos efectúan numerosas alegaciones contra los PAI, no tenidas en cuenta según las quejas ni contestadas de forma motivada por el ayuntamiento. Los interesados detallan las irregularidades en las actuaciones, referidas fundamentalmente a defectos en la documentación presentada por las empresas urbanizadoras, a la falta de previsión de las infraestructuras necesarias (por ejemplo, en la obtención de terrenos necesarios); y finalmente, las relativas a aspectos económicos, que ahora no referimos (en suma: disconformidad con las cesiones, con el abono de los gastos de urbanización al agente urbanizador, por excesivos; con el monto del beneficio empresarial que éste percibe, con el valor insuficiente del precio del suelo y de las construcciones existentes). El trasfondo no obstante es generalmente financiero, pues las quejan sostienen que al no optarse por el pago en metálico sino en terrenos de escaso valor, los propietarios se verían obligados a ceder la mayor parte, de aprobarse el programa. En suma, las quejas consideran que estos desarrollos urbanísticos van contra los intereses vecinales y únicamente favorecen a los promotores. Los PAIs, dicen las quejas, alteran el contenido de las normas urbanísticas superiores (PGOU, NNSS) y sus determinaciones de

ordenación, con el fin de que éstas contengan más rentabilidad para las constructoras en detrimento de los intereses generales.

II - Como puede comprobarse, las quejas vienen a denunciar un uso espurio de las potestades urbanísticas. Aquí habremos de prescindir de todos aquellos aspectos puramente urbanísticos y centrar la atención en el objeto de la presente monografía sobre el agua y la ordenación del territorio. Mas no debe dejar de retenerse el trasfondo, que es el que da sentido a la reclamación. El Defensor del Pueblo inicia indagaciones, en primer lugar ante el ayuntamiento.

La contestación de los ayuntamientos merece un examen desigual, en lo que ahora nos importa. Además, el asunto suele haber sido investigado por el Sindic de Greuges de la Comunidad Valenciana, incluso culminado en una resolución cuya copia nos es aportada. Recomienda a los ayuntamientos y a la Conselleria de territorio y vivienda de la Generalitat Valenciana que se suspenda la tramitación del PAI y que no se apruebe definitivamente mientras no se obtenga el informe favorable de la Confederación Hidrográfica, acreditativo de la existencia de recursos hídricos.

La contestación municipal hace la habitual defensa genérica de lo actuado por las autoridades locales, o sea en términos de *“imperiosas razones de interés público que justifican la legalidad, oportunidad y conveniencia de aprobar los Programas de Actuación Integrada al margen y sin aprobar previamente el Plan General de Ordenación Urbana... con absoluto respeto a la legalidad...”* [literalmente de un informe recibido]. Pero merece la pena transcribir algunos párrafos:

“... esta Corporación simplemente ha hecho uso de sus potestades de planeamiento, planeamiento de desarrollo, con pleno respeto a la legalidad vigente. No es que haya "razones de interés público que justifiquen la legalidad (...)", simplemente ésta se cumple. Es más, se ha exigido a los Urbanizadores compensaciones muy por encima de lo requerido por la Ley, incluso por la actual LUV.

En cuanto a la conveniencia y oportunidad, toda vez que hay un modelo territorial definido y unos suelos clasificados por un instrumento de planeamiento general aprobado incluso antes de la vigencia de la denostada LRAU [se refiere a la derogada ley 6/1994 de 15 de noviembre de actividades urbanísticas de la Comunidad Valenciana], no se entiende el porqué este municipio tiene que renunciar a una serie de desarrollos ordenados implementados con una red estructural prevista en los documentos de homologación. Entiendo que no se trata de estar en contra del crecimiento sino de que éste se realice de la forma más racional y beneficiosa para el interés público.

En este sentido destacar que en los tres casos las densidades no superan las quince viviendas por hectárea; se ha impuesto a los urbanizadores la obligación de cubrir el coste del diez por ciento de cesión al Ayuntamiento y de

mantener la urbanización durante el plazo de siete años. Sin clasificarse en absoluto suelo no urbanizable, nos acercamos a los parámetros de la Ley de Ordenación del territorio -casi setecientos mil metros de cesión con cargo a... para Paraje Natural. Destacar, asimismo, que se respetan las áreas consolidadas por edificaciones ilegales dándoles prácticamente el tratamiento de suelo urbano...

En cuanto al estudio de impacto ambiental, y lo manifiesto con absoluta cautela, no consta en los archivos municipales el referido documento ni hay constancia de su encargo.

[A continuación, transcribimos parte de la relación de asuntos sobre los que el Defensor del Pueblo requería información al ayuntamiento, con la respuesta que ello mereció al ayuntamiento]:

“... ”

‘d) Informe sobre las razones de interés público que desaconsejan incrementar la publicidad de las obras proyectadas en los tres Programas de Actuación Integrada mediante anuncios en el BOE y en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, al objeto de promover lo máximo posible la concurrencia en la oferta y la competitividad de precios, tiempo, y calidades entre distintas empresas que permita y asegure la selección de la proposición más favorable y beneficiosa para el interés público’.- *Con el debido respeto a esa Institución, esta Alcaldía entiende que el requerimiento no está debidamente formulado. Desde el equipo de Gobierno no se planteó en absoluto restringir la publicidad y la libre competencia. Simplemente, y así consta en los informes obrantes en el expediente, que se ha seguido escrupulosamente el procedimiento marcado por la Ley. No me corresponde a mí cuestionar lo que aprueba el Poder Legislativo tanto Nacional como Autonómico. Lo que sí me corresponde es cumplir de forma escrupulosa las normas emanadas de los mismos hasta que se deroguen o sean anuladas por el Tribunal Constitucional.*

Por otro lado, sí quiero destacar que todos los programas cuentan con el apoyo mayoritario de los propietarios...

‘i) Copia del Estudio de Impacto Ambiental (artículo 28.1 d) LRAU) o del estudio para la evaluación ambiental estratégica (artículo 97.2 Ley 4/2004, de 30 de junio, Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje)’.- *En relación a dichos documentos, no obran en ninguno de los expedientes dado que tanto el Estudio de Impacto Ambiental como el de Evaluación Ambiental Estratégica se exige para el caso de que el Plan Parcial conlleve clasificación de suelo no urbanizable en urbanizable. Como ya hemos dicho, y así se recoge en toda la documentación obrante en los expedientes, no se clasifica ni un solo metro cuadrado de suelo no urbanizable.*

‘j) Copia del informe favorable de la Confederación Hidrográfica... sobre la existencia de recursos hídricos suficientes para satisfacer las demandas requeridas por estos tres programas de actuación integrada (artículo 25.4 RDLg

1/2001, 2 de julio, Ley de Aguas, modificado recientemente por la disposición final 1.3 de la Ley 11/2005, de 22 de junio, de Modificación del Plan Hidrológico Nacional, y en vigor desde el 23 de junio de 2005)'. - Una vez más, salvo que esta Corporación haya incurrido en algún error, entiendo que dichos Informes favorables se requieren de forma previa a la aprobación definitiva de los planes. En nuestro caso, dicha aprobación corresponde a la Comunidad Autónoma. De hecho, los Acuerdos adoptados por el pleno imponen a los adjudicatarios la solicitud de todos los informes sectoriales preceptivos. Así, esta Corporación entendió que la Ley no exige en absoluto el Informe favorable de forma previa a una mera aprobación provisional y, además, condicionada de Planeamiento.

En cualquier caso, por la Comunidad de Regantes -Institución dependiente de la Confederación Hidrográfica...-, se ha asegurado que se cuenta con los caudales suficientes para atender los futuros desarrollos incluso muy por encima de los previstos en los tres planes parciales que nos ocupan. Porque, aunque no lo exija así la Ley, quizá sí hubiera supuesto un desatino el aprobar los Programas, aunque sea de forma provisional, sin dicha garantía.

Por último, y en relación al Dictamen del Consejo Jurídico Consultivo, me remito al informe jurídico obrante en el expediente y en el que, entre otras consideraciones, se manifiesta de los defectos formales a los que alude dicho órgano, han sido subsanados."

Desde esta Institución no era posible en estas condiciones y de momento añadir más a la investigación del Sindic de Greuges de la Comunidad Valenciana, cuyos argumentos compartíamos plenamente, y que consideramos necesario dejar plasmados aquí de forma destacada, brevemente. Con el fin de evitar duplicidad de actuaciones, suele quedar en estos casos el Defensor del Pueblo a lo que resuelve el Sindic (principios de coordinación y cooperación institucional del artículo 2.3 ley 36/1985, de 6 de noviembre, de relaciones entre la institución del Defensor del Pueblo y los comisionados parlamentarios de funciones análogas en las distintas comunidades autónomas). La coordinación debe impedir la doble tramitación de las quejas por ambas instancias y evitar actuaciones en paralelo no concertadas. La obligatoriedad de acreditar la existencia de recursos hídricos suficientes mediante un informe vinculante del organismo de cuenca queda establecida, a juicio del Sindic, al margen de que venga exigida por la ley de aguas, por la gravedad de la situación en la que se encuentran cuencas como la del Júcar, sin apenas reservas de agua.

No obstante, dado el contenido de las recomendaciones del Sindic de Greuges y la competencia en el asunto de la confederación hidrográfica, era necesario conocer qué medidas adoptaba ésta o, en su caso, saber cuáles tenía previsto adoptar en relación a la acreditación de recursos hídricos suficientes para satisfacer las nuevas demandas que generaría la ejecución de los PAIs. Estas peticiones son comunicadas asimismo al Sindic.

III - La confederación hidrográfica remite un informe extenso y cumplido. Sus conclusiones son éstas:

- Los ayuntamientos no deben aprobar instrumentos urbanísticos que lleven consigo un incremento del consumo de agua si no cuentan con el previo informe favorable de la confederación hidrográfica u organismo de cuenca competente.
- La administración autonómica no debe admitir a trámite ningún expediente urbanístico elevado por los ayuntamientos para su aprobación definitiva, que no incluya el citado informe o bien si éste es desfavorable.
- En caso de que se aprobase un expediente urbanístico sin el citado informe o con un informe desfavorable, la confederación hidrográfica debe dar traslado de tal circunstancia a la abogacía del Estado por si fuese procedente la interposición de recurso contencioso-administrativo.

También esta Defensoría solicita informe a la consejería autonómica, y así se comunica a los Comisionados autonómicos, en este caso al Sindic de Greuges (atenderemos después al caso frecuente ya ilustrado antes de que la consejería no responda).

Llega incluso a comparecer ante el Defensor del Pueblo el agente urbanizador, en queja con argumentos importantes, aunque no estimables, que conviene examinar: Alega defectos en la relación establecida entre el Defensor del Pueblo y el Comisionado autonómico. Hay que responder a ello que el Defensor del Pueblo en ningún caso puede verse postergado por que en la comunidad autónoma donde se plantee el problema actúe un Comisionado autonómico. Por consiguiente, esta Defensoría puede ejercer sus facultades de control sobre la Administración del Estado, la de las comunidades autónomas y la de los entes locales, y la existencia de los defensores autonómicos no supone condición ni límite alguno a su actividad³. Las relaciones entre el Defensor del Pueblo y los comisionados parlamentarios de las comunidades autónomas, en supuestos de competencias concurrentes -esto es, la supervisión de la administración autonómica y parte de la actividad de las entidades que integran la administración local- se basan en la utilización de fórmulas de colaboración, coordinación de funciones y cooperación y, en efecto, tal y como afirma el agente urbanizador, nunca de jerarquía. También admitimos que esta coordinación debe impedir, como hemos dicho ya, la doble tramitación de las quejas y evitar las actuaciones en paralelo, salvo que sean concertadas. Mas la ley 36/1985 regula las relaciones entre ambas instituciones precisamente por la posible duplicidad de actuaciones ante el Defensor del Pueblo y los defensores autonómicos, en aras de la coordinación y cooperación institucional. Si se advierte la existencia de esta duplicidad de actuaciones, entonces se notifica tanto a la alcaldía como al firmante de la queja que esta Defensoría no considera oportuno proseguir sus actuaciones, sino quedar a lo que resuelve en su tramitación el Comisionado autonómico. La coordinación desaconseja tramitar en paralelo una queja por ambas instituciones pero no impide

³ No es posible aquí entrar en las matizaciones que requeriría el caso del Estatuto de Cataluña, pendiente de la sentencia del Tribunal constitucional cuando se elabora el presente informe monográfico.

actuaciones sucesivas. Por tanto, cuando esta Institución inicia sus investigaciones ante la consejería, las actuaciones del Comisionado pueden incluso haber finalizado. Además, es sobre la base de la resolución adoptada por el Comisionado por lo que el Defensor del Pueblo decide iniciar sus propias indagaciones, primero ante la confederación hidrográfica y después ante la consejería. Los trámites son siempre puntualmente notificados al Comisionado, o sea al Sindic de Greuges en el caso a que se refiere el presente apartado.

Tampoco puede aceptarse las referencias vertidas por el agente urbanizador sobre una pretendida indefensión de la consejería en el procedimiento de queja, ya que dirigimos comunicación a la administración autonómica, a la que se adjuntó copia del informe que la confederación hidrográfica elaboró sobre los planes objeto de las quejas, en solicitud de su parecer al respecto. Si aún no se ha producido un contraste por el Defensor del Pueblo de los informes del organismo de cuenca y de la consejería, puede ser (es normalmente) sólo porque la administración autonómica no responde a las peticiones de esta Defensoría y, por tanto, no envía el informe que de manera reiterada le es reclamado. Resaltamos que la consejería tampoco atiende siempre las peticiones del Comisionado autonómico, uno de los motivos por los que el Defensor del Pueblo resuelve iniciar sus actuaciones una vez concluida la investigación de aquél.

Los ayuntamientos pueden solicitar a la consejería o departamento autonómico la devolución de los expedientes de aprobación del plan, para subsanar deficiencias en la documentación, pero la Generalitat puede no aceptar tal solicitud, con extraños -y a nuestro juicio rebuscados- argumentos sobre improcedencia de modificación de actos de trámite; simplemente, no acepta más que la renuncia o el desistimiento obligando a iniciar el procedimiento de aprobación desde el comienzo, con desconocimiento de las reglas sobre conservación de actos válidos. Después de haber trascurrido un plazo considerable desde la solicitud municipal a la consejería, no sólo no han recibido contestación sino que la confederación hidrográfica comunica a los ayuntamientos que los planes o programas son informados negativamente, pues *“los derechos [de uso del agua] actualmente inscritos no permiten atender al incremento de demanda previsto en los [planes o programas] y de acuerdo con el informe de la Oficina de Planificación Hidrológica de esta Confederación, tampoco dará solución a los incrementos de demanda planteados”*. De ello se deduce la falta de recursos hídricos suficientes para poder llevar adelante la tramitación, por ejemplo de los PAI.

Pasemos ahora directamente a plasmar la opinión del organismo de cuenca, casi siempre una confederación hidrográfica, en el presente apartado la del Júcar, que lo expresa mediante su comisaría de aguas.

- *El parecer de las comisarías de aguas y resumen de la opinión de la administración urbanística*

Esta unidad de la confederación dice que no puede emitir el informe del artículo 25.4 de la ley de aguas habida cuenta de la insuficiente documentación aportada, bien por los promotores bien por el propio ayuntamiento. No tiene constancia expresa directa de que los PAI estén aprobados provisionalmente. No ha solicitado tampoco el informe del 25.4 LA la Conselleria, por lo que desconoce la confederación si está llevando a cabo la tramitación autonómica de los instrumentos de planeamiento. En consecuencia, el silencio tiene carácter desfavorable, según establece el precepto en su actual redacción, dada por la ley 11/2005.

Por otra parte, puede ocurrir que, según indicaba el Sindic de Greuges, el ayuntamiento habría argumentado que una comunidad de regantes (sin especificar cuál) cuenta con caudales suficientes para atender los futuros desarrollos urbanísticos. La confederación dice no tener acceso a este informe pero en cualquier caso los caudales de que una comunidad de regantes puede disponer mediante concesión serían para riego agrícola, por lo que cualquier hipotético suministro adicional o modificación de aquél precisaría revisar la concesión u otorgar otra nueva; hechos estos que no le es posible contrastar.

En cuanto a los argumentos de carácter general esgrimidos por el Sindic sobre los informes del 25.4 LA, las comisarías de aguas pueden hacer las siguientes precisiones: La conjunción de los tres extremos sobre los que debe manifestarse el informe supone necesariamente la existencia de derechos de agua, no puede identificarse disponibilidad con existencia de recursos hídricos (algunas confederaciones no se expresan en esto tan claramente, cuando no lo hacen contradictoriamente, como veremos después). También invoca aquí como sabemos la disposición adicional segunda de la ley 13/2003, del contrato de concesión de obras públicas LCCOP, según la cual la AGE informará en los procedimientos de los instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de competencias estatales, informe que tiene carácter expresamente vinculante. Señala además la comisaría de aguas el pronunciamiento que ya conocemos del TSJ de la Comunidad Valenciana, sobre el que volveremos nuevamente. La confederación reconoce la labor del Sindic de Greuges y recuerda que el orden contencioso-administrativo, como consecuencia de los recursos del servicio jurídico del Estado, está profundizando también en dicho sentido, por ejemplo solicitando la suspensión cautelar de acuerdos de la comisión territorial de urbanismo, y los tribunales dictando autos que ratifican cómo el informe previo de la confederación es preceptivo y que no puede ser sustituido por el de lo que la normativa autonómica denomina "entidades colaboradoras autorizadas para el suministro".

Enseguida haremos hincapié una vez más en estas cuestiones, hasta las conclusiones finales, pero antes conviene tener presente cómo va conformándose una jurisprudencia al respecto, aun en sus inicios. Ocurre que esta Defensoría, pese a mantener conclusiones no plenamente coincidentes con las de los jueces dada la distinta fuerza de obligar de unas y otras, comparte lógicamente el punto de vista de las decisiones judiciales adoptadas. El balance hasta aquí es el siguiente: El artículo 25 LA, en la redacción vigente, determina la necesidad de recabar informe preceptivo del organismo

de cuenca acerca de la disponibilidad de recursos hídricos. Pero las administraciones urbanísticas (autonómica y municipal) entienden que, como salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes, y puesto que la propia LA determina el carácter preceptivo pero no el vinculante, entonces no cabe sino concluir que el informe del organismo de cuenca no tiene carácter vinculante (artículo 83.1 LPC). Entiende la consejería de la Comunidad Valenciana que en su ámbito territorial y competencial es de aplicación el artículo 19.2 LOTPP⁴.

Por otro lado, sostiene la consejería que el artículo 41.1 del Reglamento autonómico de ordenación y gestión territorial y urbanística establece que *"1. La implantación de usos residenciales, industriales, terciarios u otros que impliquen un incremento del consumo de agua, requerirá la previa obtención de un informe del organismo de cuenca competente. Asimismo, se podrá obtener informe de una entidad colaboradora autorizada para el suministro. El contenido de estos informes deberá determinar la cantidad y calidad de los recursos hídricos disponibles para dicha actuación"*. Este precepto, al imponer la necesidad de obtener informe del organismo de cuenca, no afecta al carácter de dicho informe que, según lo anteriormente expuesto, será preceptivo pero no vinculante.

El Defensor del Pueblo no puede aceptar sin más esta interpretación sobre quién y con qué carácter ha de ser emitido el informe del artículo 25.4 LA. Dejemos por el momento y para después la cuestión de que el informe no sea vinculante. Es claro que no puede ser emitido por entidad distinta del organismo de cuenca (p. ej. por una entidad colaboradora autorizada para el suministro de agua), ni que la suficiente disponibilidad de agua pueda ser justificada sólo mediante un compromiso de ejecución de infraestructuras generadoras de recursos hídricos (como las de desalación, sea de agua de mar o de subterráneas salobres, de aprovechamiento de aguas depuradas, de potabilización o alternativas similares). Ya hemos anunciado la dificultad y rigor

⁴ Que en su redacción vigente determina: "2. La implantación de usos residenciales, industriales, terciarios, agrícolas u otros que impliquen un incremento del consumo de agua, requerirá la previa obtención de informe del organismo de cuenca competente, o entidad colaboradora autorizada para el suministro, sobre su disponibilidad y compatibilidad de dicho incremento con las previsiones de los planes hidrológicos, además de la no afectación o menoscabo a otros usos existentes legalmente implantados.- Dicho informe se emitirá en los plazos y con los efectos establecidos por la normativa estatal vigente en la materia.- La suficiente disponibilidad a la que se refiere el párrafo primero podrá ser justificada mediante el compromiso de ejecución de infraestructuras generadoras de recursos hídricos a través de la aplicación de nuevas tecnologías, como la desalación de agua de mar o aguas subterráneas salobres, aprovechamiento de aguas depuradas, potabilización o alternativas similares.- Reglamentariamente, o a través de instrucciones técnicas, se establecerán los métodos para contrastar la idoneidad de las técnicas de generación de recursos hídricos que permitan acreditar la compatibilidad de las nuevas actuaciones consumidoras de agua potable u otros usos, debiendo garantizarse el uso sostenible y eficiente del agua.- No será necesaria la emisión del informe previsto en el párrafo anterior cuando la implantación de los referidos usos se verifique en aplicación de instrumentos de planeamiento que hayan sido objeto del correspondiente informe".

Téngase presente que este artículo 19.2 (redacción de 2004) requería la previa obtención del informe *favorable*; pero la ley de 2005 de urbanismo eliminó poco después la palabra "favorable".

exigible a la justificación de una afirmación así, que será razonada más adelante. Pasamos ahora a contrastar sumariamente lo que opina al respecto el poder judicial, pues necesitamos ese contraste para nuestras conclusiones.

- *El parecer de los tribunales*

Ya hemos aludido a varias resoluciones, principalmente del TSJ Comunidad Valenciana, que suspenden cautelarmente el acuerdo de aprobación de planes urbanísticos por la falta de acreditación de suficiencia de recursos hídricos. La razón que encuentran está en que a través del plan se intenta ordenar una zona donde edificar muchas viviendas, lo que además de excesivo para un plan urbanístico de desarrollo (una actuación de tal naturaleza exigiría una instrumentación de carácter más general, donde pudieran ponderarse las necesidades integrales del municipio, y su sostenible desarrollo), llevaría a un municipio hasta una población que incluso podría duplicar la actual. Insistimos en la trascendencia de las magnitudes que estamos tratando.

De admitir que el informe del organismo de la cuenca es vinculante sobre las normas de planeamiento, bastará para la suspensión judicial automática que el informe sea negativo. Las reglas son las contenidas en el estatuto de autonomía, si establecen la competencia exclusiva de la comunidad en ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda, completadas con los títulos autonómicos de ejecución de la legislación del Estado sobre vertidos industriales y contaminantes a las aguas territoriales; y las del artículo 149.1.22ª CE, que establece como competencia exclusiva del Estado la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una comunidad autónoma; y las de la 23ª, competencia exclusiva del Estado en legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de que las comunidades autónomas puedan dictar normas adicionales de protección. Todo esto significa que la protección del ambiente en cuanto a recursos hídricos necesariamente requiere una política y gobierno del territorio acordes con la política ambiental e hidráulica. Este pronunciamiento parece a esta Defensoría muy importante, y admite una interpretación no explícita: La política y el gobierno del territorio han de incorporar determinaciones concordantes con la política ambiental e hidráulica, no hay protección ambiental en cuanto a recursos hídricos con un gobierno del territorio discordante.

Pues bien, para el TSJ el artículo 25.4 LA permite concluir que es preceptiva la solicitud de informe al organismo de cuenca [incontrovertible, pues así lo dice el precepto expresamente]; que el informe debe tomar como base “lo previsto en la planificación hidráulica y en las planificaciones sectoriales aprobadas por el *Gobierno*”; y que cuando los planes comporten nuevas demandas de recursos hídricos, el informe del organismo de cuenca se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer tales demandas. Aunque una comunidad autónoma no puede legislar sobre la forma, modo y manera en que el Estado debe ejercer sus competencias

ni puede sustituir su intervención mediante norma autonómica, eso no significa para el TSJ que cualquier otro informe no pueda ser valorado por la administración urbanística o por el propio Tribunal al tomar una decisión, *pero no* como sustitutivo del informe del organismo de cuenca. Por tanto, concluye el TSJ que el informe previo es requisito necesario para que pueda aprobarse por el ayuntamiento o la comunidad autónoma un instrumento de planeamiento si se dan las condiciones del artículo 25.4 LA. En suma y hasta aquí, para el TSJ el informe es (1) preceptivo y (2) sólo puede ser emitido por el organismo de cuenca.

El carácter vinculante del informe no viene recogido en el artículo 25.4 LA. La doctrina del Tribunal constitucional impide que el informe sea vinculante en materias como las recogidas en el artículo (medio ambiente, ordenación del territorio y urbanismo, espacios naturales, pesca, montes, regadíos y obras públicas de interés regional). También de la jurisprudencia del Tribunal constitucional se desprende que el carácter vinculante de los informes estatales en relación con los actos de las comunidades autónomas debe circunscribirse estrictamente *a aquellos aspectos que efectivamente entren en la competencia estatal*. El artículo 83.1 LPC determina que salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos no vinculantes; el (derogado) artículo 16.3 LRSV (redacción dada por ley 10/2003, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes), decía que en todo caso los instrumentos de planeamiento urbanístico de desarrollo elaborados por las administraciones públicas a las que no compete su aprobación, o por los particulares, quedarán aprobados definitivamente por el transcurso del plazo de *seis meses*, o del que en su caso establezca como máximo la legislación autonómica para su aprobación definitiva, contados desde su presentación ante el órgano competente, siempre que se hubiera efectuado el trámite de información pública, solicitado los informes que sean preceptivos y transcurrido el plazo para emitirlos. Todo lo anterior sin perjuicio de la legislación urbanística de las comunidades autónomas en cuanto a asignación de competencias, subrogación en su ejercicio y plazos y cómputo del silencio administrativo. Es decir, según este precepto para que un plan urbanístico, aprobado provisionalmente por el ayuntamiento, alcanzara su aprobación definitiva por silencio administrativo se exigía dos condiciones: La solicitud de informes preceptivos y la información pública.

No considera válido el TSJ el argumento de que el apartado 4 de la disposición adicional segunda LCCOP establece que la AGE emitirá informe en los procedimientos de aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de planificación territorial y urbanística que puedan afectar al ejercicio de las competencias estatales. Admite el TSJ que esa ley establece que tales informes tendrán carácter vinculante en cuanto a la preservación de las competencias del Estado, y que serán evacuados, eventualmente tras los intentos de encontrar una solución negociada, en el plazo máximo de *dos meses*, transcurridos los cuales se entenderán los informes como emitidos con carácter favorable y podrá continuarse el procedimiento de aprobación, salvo que se afecte al dominio o a servicios públicos de titularidad estatal. A falta de solicitud del (preceptivo)

informe, así como en el supuesto de disconformidad o en los casos de silencio en que no opera la presunción del carácter favorable, no podrá aprobarse el instrumento de planificación territorial o urbanística en lo que afecte a las competencias estatales. Sin embargo, dice el TSJ, para algunos tribunales no es suficiente con invocar la disposición adicional segunda LCCOP, dado que se refiere a “obras públicas” y la disposición adicional a “obras públicas de interés general del Estado”, nada que ver con la acreditación de suficiencia de recursos hídricos ni con el informe preceptivo del organismo de cuenca. Lo que pretende la disposición adicional es impedir que mediante planes generales (PGOU municipales, de aprobación autonómica) pueda bloquearse una obra pública de titularidad estatal (recuérdese que las leyes, incluso autonómicas, las exime de licencia municipal, en armonía con la disposición adicional tercera de la misma LCCOP). En fin, una interpretación sistemática de las disposiciones adicional segunda y tercera LCCOP conduce al TSJ a la misma conclusión, pues una alude a la participación estatal en el procedimiento de aprobación de planes urbanísticos cuando éstos afecten a obras públicas estatales, y otra a las obras públicas estatales que afecten al planeamiento urbanístico.

Esta Defensoría encuentra, sin embargo, como elementos débiles de la interpretación anterior del TSJ: 1º Que sostenga que el apartado 4 de la disposición adicional segunda LCCOP se refiere a “obras públicas de interés general del Estado”, pues ello es sólo en los tres primeros apartados, el rótulo dice *Colaboración y coordinación entre Administraciones públicas*; y 2º Que no es difícil considerar la relación directa existente entre la acreditación de suficiencia de recursos hídricos y la necesidad de obras públicas de interés general del Estado asociadas al dominio público hidráulico. Pero hemos de admitir que la interpretación del TSJ es la lógica.

Una interpretación amplia del precepto, prosigue el TSJ, podría ser contraria al régimen de relaciones entre Estado y comunidades autónomas, pues conduciría a consecuencias similares a las del artículo 4 del proyecto LOAPA (declarado inconstitucional por STC 76/1983). De las SSTC 40/1998, 77/1984 y 204/2002 deduce que, en caso de superposición de títulos competenciales, habrá que agotar al máximo la interpretación del orden de competencias, y sólo en casos residuales habría que determinar cuál es la prevalente. [Mas por el contrario, la Generalitat Valenciana viene alegando que el artículo 83 LUV -sobre tramitación de planes generales- impone la emisión de informes de los departamentos y órganos de las administraciones exigidos por la legislación reguladora de sus respectivas competencias; y su ap. 3º establece que cuando el informe deba ser emitido por la AGE, su carácter, plazo de emisión y efectos serán los establecidos en la disposición adicional 2ª LCCOP o en la legislación sectorial estatal que resulte aplicable].

Dice el TSJ que la regla del carácter vinculante tiene reflejo en preceptos como el artículo 128.3 LA para las infraestructuras hidráulicas, por razón de la competencia del Estado en las infraestructuras hidráulicas intercomunitarias; dice exactamente alguna sentencia:

“...Respecto a las cuencas intercomunitarias, la aprobación, modificación o revisión de los instrumentos de ordenación territorial y planificación urbanística que afecten directamente a los terrenos previstos para los proyectos, obras e infraestructuras hidráulicas de interés general contemplados en los Planes Hidrológicos de cuenca o en el Plan Hidrológico Nacional requerirán, antes de su aprobación inicial, el informe vinculante del Ministerio de Medio Ambiente, que versará en exclusiva sobre la relación entre tales obras y la protección y utilización del dominio público hidráulico y sin perjuicio de lo que prevean otras leyes aplicables por razones sectoriales o medioambientales. Este informe se entenderá positivo si no se emite y notifica en el plazo de dos meses....”.

Por tanto, deduce el TSJ que sería absurdo que el legislador, tras la reforma del PHN en 2005, no haya establecido el carácter vinculante; por otro lado, sería contradictorio con la reforma, donde el sentido del silencio pasa a negativo en el artículo 25 mientras en las disposiciones adicionales de la LCCOP sigue siendo positivo.

Así pues, el TSJ concluye que los informes del organismo de cuenca pueden ser: 1 - Informe favorable vía silencio administrativo positivo: Tienen este carácter todas las solicitudes de informe del organismo de cuenca *anteriores* a la entrada en vigor de la ley 11/2005 (que modificó el artículo 25.4; tal fecha es el 23 de junio de 2005). En estos casos, la dificultad para el Estado radica en oponerse a un instrumento de planeamiento que cuenta con informe favorable, pues “nadie puede ir válidamente contra sus propios actos” salvo notable modificación de las circunstancias. 2 - Informe desfavorable vía silencio administrativo negativo: Para las solicitudes de informe *posteriores* a la entrada en vigor de la ley 11/2005. Pero se le hace difícil admitir que una administración, en este caso la del Estado, pueda limitar las competencias de una comunidad autónoma o municipio mediante silencio negativo. Para limitar una competencia es necesario exponer de forma clara y precisa en qué modo y manera la actuación de una administración limita o cercena las competencias de otra administración. Además, en su actual configuración el silencio negativo no es más que una ficción legal (SSTC 220/2003, 188/2003, 14/2006 y 243/2006). Pero tiene la virtualidad de no hacer incurrir al Estado en “ir contra sus propios actos”. 3 - En los informes *expresos*, en cada caso concreto se debe examinar la pugna o choque de intereses (estatales, autonómicos, locales) para resolver sobre la suspensión.

Esta Defensoría ha de admitir buena parte de estos razonamientos y conclusiones del TSJ, que hemos de considerar cabales y exactos. De modo que tenemos, por el momento, el siguiente esquema, que como puede observarse va progresando en complejidad. Es decir, tenemos que para el TSJ el informe del organismo de cuenca del artículo 25.4 LA es:

- Preceptivo

- Sólo puede ser emitido por el organismo de cuenca
- No es vinculante porque así lo establezca el apartado 4 de la disposición adicional segunda LCCOP [si es vinculante lo será por mor de otro precepto, que el TSJ no parece encontrar ni la AGE tampoco]
- Si el informe se produce por silencio administrativo:
 - o Es positivo para solicitudes anteriores al 23 de junio de 2005 [lo que a juicio de esta Defensoría no altera la prohibición general de adquirir por silencio facultades sobre el dominio hidráulico]
 - o Es negativo para solicitudes posteriores a esa fecha, y sólo es esgrimible si el Estado ha manifestado antes, de forma clara y precisa, en qué modo y manera la actuación de la administración urbanística limitaría o cercenaría la competencia estatal sobre el dominio público hidráulico.

Un pronunciamiento esencial del TSJ merece un punto específico: cuál ha de ser el contenido del informe del artículo 25.4 LA.

- *Requisitos del contenido del informe según los tribunales*

El TSJ determina que el organismo de cuenca, debe de emitir el informe tomando como parámetros los siguientes:

- A) Planificación hidrológica.- Por imperativo del artículo 25.4 LA; singularmente en la Comunidad Valenciana, han de ser tenidos en consideración el plan hidrológico de la cuenca del Júcar (RD 1664/1998 y orden de 13 de agosto de 1999) y del Segura (RD 1664/1998 y orden de 13 de agosto de 1999), con las singularidades del PHN.
- B) Estudios sobre aguas en la Comunidad Valenciana.- Según la DMA, los nuevos planes hidrológicos de cuenca no tienen que ser presentados por los estados miembros hasta diciembre de 2009, pero:
 - a. Según el artículo 5 DMA, antes del 22 de diciembre de 2004 los Estados tenían que realizar un exhaustivo estudio de las repercusiones de la actividad humana en el estado de las aguas superficiales y subterráneas conforme a las especificaciones técnicas establecidas en el anexo II y una evaluación de impacto sobre ellas; sólo quedarían excluidas las masas de agua costeras y de transición. Todo ello con el grado de detalle que exige la directiva, sobre todo en su anexo V.
 - b. Los Estados miembros deberían tener confeccionados antes del 22 de diciembre de 2004 un registro de las zonas protegidas en cumplimiento de las normas comunitarias sobre aguas superficiales y subterráneas, incluidos los mapas con su ubicación.
 - c. Había de disponerse de un seguimiento del estado de las aguas superficiales, de las subterráneas y de las zonas protegidas, antes del 22 de diciembre de 2006.

Estos plazos también se recogen la disposición adicional undécima LA (núms. 2 a 7), se trata de plazos que han transcurrido ya, con lo cual el organismo de cuenca -considera el TSJ- cuenta o debe contar con mucha información sobre las aguas de la comunidad autónoma, superficiales, subterráneas, etc, sobre calidad y usos. En fin, que cuenta con todos los elementos para hacer un informe completo que será el exigible por parte del Tribunal.

Por lo que se refiere a la Generalitat, municipios, entidades colaboradoras y particulares, afirma el TSJ que las administraciones tienen el deber de exigir y las entidades colaboradoras o empresas de emitir un informe razonado sobre la existencia de agua, tipo, calidad, disponibilidad presente o futura, necesidad o no de tratamiento, obras de infraestructura necesarias, todo ello conforme a los artículos 25.4 LA y 19 LOTPP. Para ello, además de los medios con que cuenten, según el artículo 14.1.c DMA los particulares y las administraciones tienen derecho al acceso a los documentos e información, que deben contener una amplísima información (anexo VII DMA).

De aquí deduce el Defensor del Pueblo cuál es el umbral del necesario rigor en la documentación y su contenido: desde el 22 de diciembre de 2004 la administración hidráulica debe de disponer de exhaustivos estudios de las repercusiones de la actividad humana en el estado de las aguas superficiales y subterráneas conforme a las especificaciones técnicas establecidas en la DMA *anexo II*, una evaluación de impacto sobre ellas (excluidas las masas de agua costeras y de transición) y con el grado de detalle del *anexo V*; debe tener confeccionados los registros de zonas protegidas (normas europeas sobre aguas superficiales y subterráneas incluidos los mapas con su ubicación); además debe de disponer ya del seguimiento del estado de las aguas y de las zonas protegidas (desde el 22 de diciembre de 2006). Es esencial insistir en que los particulares y las administraciones tienen derecho a acceder a toda esta información (*anexo VII*). Luego unos y otros saben a qué atenerse en cuanto a información necesaria y suficiente.

En todo caso, no parece que la legislación permita, y menos aún que obligue, a que los documentos estén listos justamente el 31 de diciembre de 2009; parece que se trata de tenerlos *antes* de esa fecha. La legislación no da un margen que la administración pueda agotar sin razones, no puede ésta esperar a diciembre de 2009 sin motivo, tal fecha es un término límite.

Pero esta Defensoría se pregunta si, más allá del informe del organismo de cuenca, la obligación de mostrar plausiblemente la disponibilidad de agua suficiente es siempre de quien la afirma.

Por supuesto, el propio TSJ recuerda el derecho a la información en materia de aguas (antes ley 38/1995, ahora sustituida por ley 27/2006, de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio

ambiente, que traspone las directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). Destaca el convenio de la Comisión económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (Aarhus 25 de junio de 1998). Es decir, la Sala no da por válidos los informes que no se ajusten a los parámetros que acabamos de citar, del organismo de cuenca ni de las entidades colaboradoras o empresas.

Ofrecemos ahora una ilustración práctica de situaciones extremas, que afortunadamente suelen quedar controladas.

- *Un ejemplo de suspensión cautelar de plan para cuya implantación no hay acreditada agua suficiente*

El informe de una empresa privada dice literalmente: “*Que tras la próxima puesta en servicio del pozo ubicado en..., nos encontraríamos en condiciones de garantizar el suministro de agua potable del Plan Parcial Residencial, estimamos en un consumo máximo de 183 m³/día, de modo que se asegura la suficiencia con análoga regularidad a la que disfruta el resto de construcciones del término municipal, se hace constar que la actuación no comportará merma adicional de disponibilidades existentes*”. Esto le parece al TSJ manifiestamente insuficiente y no permite ni mínimamente analizar la perspectiva de la urbanización que se pretende, pues el informe dice sólo que habrá una *próxima puesta en servicio* de un pozo. Un tal informe omite todos los datos esenciales, es decir:

- Titularidad del pozo.
- Disponibilidad presente o futura del agua del pozo.
- Aforo, para conocer la cantidad de agua y la previsión del artículo 52.2 LA y 84 RDPH según se sobrepasen o no los 7.000 metros cúbicos de volumen anual.
- Calidad de las aguas teniendo en cuenta que en este caso son para consumo humano. La calidad del suministro determina la cantidad de agua disponible para este uso esencial; el artículo 40.1.a del decreto 67/2006 remite al RD 140/2003, desarrollado por orden SCO/1591/2005 sobre el sistema de información nacional de agua de consumo y el plan de autocontrol aprobado por las autoridades sanitarias (además está la normativa sobre la calidad de las aguas en la comunidad autónoma, criterios sanitarios de la calidad para el consumo humano).
- Necesidad o no de tratamiento.
- Necesidad o no de obras de infraestructura.

La Sala entiende como principio que la empresa que propone un instrumento de planeamiento debe acreditar *prima facie* que cuenta con recursos hídricos para dicho plan y que, no habiendo alcanzado mínimamente esa acreditación, podemos entonces encontrarnos con una urbanización sin agua. Ante este panorama el TSJ accede a la

suspensión solicitada por la abogacía del Estado. [Los daños y perjuicios se sustancian no sólo en la infracción de la legalidad por aprobación de un instrumento de planeamiento con omisión de un trámite esencial; sino además en que, de proseguir el proceso urbanístico, pase a ser un hecho el riesgo de que los recursos hídricos previstos sean insuficientes, y dicha insuficiencia afecte o menoscabe usos previos. De ahí se aduce que los perjuicios son de carácter irreversible o de difícil reversibilidad. Cabe la posibilidad de preguntarse por la posibilidad de que aún no hubiera sido publicado el plan parcial, pues de no accederse a la suspensión el procedimiento seguiría su curso; pero dejaremos esta cuestión para no perder de vista nuestro objetivo principal].

- *Subsanación de la situación por la Consejería: diciembre de 2008*

La grave falta de comunicación aludida atrás entre el Defensor del Pueblo y la administración urbanística de la Generalitat Valenciana aconsejó buscar un remedio inmediato. Simplemente, la consejería competente no daba respuesta a las solicitudes de información que le eran cursadas desde esta Institución, ni siquiera dirigiéndole tres requerimientos. Consideramos de interés informar ahora a las Cortes Generales del proceso seguido para atajar tal situación.

El 3 de diciembre de 2008 en las dependencias de la Conselleria de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda de la Generalitat Valenciana, asesores del Defensor del Pueblo y del Sindic de Greuges de la Comunidad Valenciana mantuvieron una reunión a la que asistieron por la administración, el Director del Gabinete del Conseller, el Jefe del Área Jurídica, y el Jefe del Servicio de Coordinación Territorial. Los asuntos que se trataron fueron los siguientes:

1. Falta de colaboración de la Consejería al no atender los requerimientos de información de esta Institución, o por respuesta de la Consejería insuficiente, excesivamente breve, incompleta e incluso en algunos casos por transcurrido con creces el plazo para contestar. Se indicó a los representantes de la administración autonómica que la visita tenía como objetivo desbloquear la tramitación de los expedientes pendientes de informe, así como restaurar la línea de trabajo y el cauce institucional entre la administración y el Defensor del Pueblo, de forma que en el futuro nuestras peticiones fuesen atendidas regularmente. En este punto, la Conselleria se comprometió a remitir las contestaciones pendientes antes del 31 de diciembre de 2008; además se nos señaló una persona de contacto directo, para plantearle cualquier duda sobre la tramitación de las quejas, y así evitar en el futuro la dilación de las contestaciones a nuestros requerimientos.

En efecto, el 19 de diciembre de 2008 se recibe en esta Defensoría un mensaje electrónico del Gabinete del Conseller informando que en los días previos se habían remitido todas las respuestas de la Conselleria a las quejas incluidas en una lista de asuntos prioritarios elaborada por el Defensor del Pueblo, acompañadas en su caso de informes o documentación complementaria. Dichos informes se recibieron durante los meses de diciembre y enero. Asimismo recordaba el mensaje que para cualquier cuestión

relacionada con la tramitación de las quejas por parte de la Conselleria podíamos ponernos en contacto con el Gabinete del Conseller.

2. Aprobación de instrumentos de planeamiento sin haber quedado acreditada la suficiencia de recursos hídricos para satisfacer las nuevas demandas. Se planteó en la reunión que las peticiones de información que habíamos dirigido a la Consejería tenían como fin contrastar la alegada insuficiencia de agua y conocer la posición sostenida por la administración autonómica. Hasta entonces no había sido posible, dada la deficiente, escasa e incluso en ocasiones nula información recibida de la Generalitat. En cuanto a la justificación de la suficiencia de recursos hídricos, los representantes de la Conselleria quisieron dejar claro en primer lugar que, además de garantizar el cumplimiento de la legislación aplicable en este asunto (LA, LOTPP), estaban aplicando la doctrina contenida en diversos autos de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana (entre otros, el dictado en marzo de 2007 por la Sección Primera en el recurso 1/01003/2006), respecto de la posibilidad de comprobar la existencia de recursos hídricos suficientes mediante los medios previstos en el artículo 19 LOTPP.

A juicio de la Conselleria el informe previo del organismo de cuenca del artículo 25.4 LA tiene carácter preceptivo cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) Que se vaya a aprobar un “acto” o un “plan” por una comunidad autónoma o por una entidad local; y
- b) Que ese acto o plan comporte “nuevas demandas de recursos hídricos”. Así, la aprobación definitiva de todo plan urbanístico del que deriven nuevas demandas de recursos hídricos, esto es que implique un incremento del consumo de agua, requiere un informe previo de la confederación hidrográfica.

Se trata, por tanto, de un informe de carácter preceptivo y entienden los representantes de la Consejería que no solicitarlo daría lugar a la ilegalidad del acto de aprobación definitiva del plan (puede contrastarse estas opiniones con el tenor literal del precepto y fácilmente se deduce que no es en modo alguno exactamente así).

Sin embargo sostienen que no tiene carácter vinculante, pues la ley en ningún caso le atribuye ese carácter de forma expresa. Señalan que esta postura concuerda con la doctrina recogida del auto de 15 de enero de 2007 del TSJ (fj 3º). Además entiende la Consejería que los apartados 3 y 4 del artículo 15 LS regulan los denominados “informes sectoriales” [expresión ésta inexistente en el precepto] dentro de la evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano, integrando determinados trámites en el procedimiento de evaluación ambiental estratégica de los planes urbanísticos, trámites entre los que destacan los informes de las Administraciones hidráulica, de costas o titulares de infraestructuras. Dichos informes serán “determinantes” para el contenido de la memoria ambiental, o sea que sólo podrá disentirse de ellos de forma expresamente motivada. En definitiva, afirma la Consejería que si el legislador hubiera querido atribuir a estos informes un carácter vinculante, lo

hubiera expresado de forma inequívoca en el artículo 15 de la nueva ley del suelo estatal⁵.

En cuanto a la competencia para su emisión, la Consejería parte del artículo 19.2 LOTPP que establece que el informe sobre suficiencia de recursos hídricos puede emitirse por “*el organismo de cuenca competente, o entidad colaboradora autorizada para el suministro*”. Admite que el artículo 25.4 de la LA condiciona, por tanto, la regulación contenida en el artículo 19.2 de la Ley valenciana en este punto, por lo que no es suficiente con el informe de la “*entidad colaboradora autorizada para el suministro*”, sino que será necesario el de la confederación hidrográfica. Sin embargo aduce la Consejería (con argumento incorrecto, curiosamente también utilizado en ocasiones por las confederaciones hidrográficas) que la falta de desarrollo reglamentario del artículo 25.4 LA no permite determinar en qué plazo la confederación hidrográfica debe emitir el informe. Los representantes de la Conselleria resaltan que son numerosos los casos en que la confederación no responde a las peticiones y, por tanto, no emite el informe. Entienden que desde esa perspectiva la administración estatal, aunque tenga competencia sobre una materia (aguas), en ningún caso puede condicionar el ejercicio de la competencia exclusiva de otra administración, la autonómica, en otra materia diferente -la ordenación del territorio y del suelo-, hasta el punto de tener en la práctica la decisión final. Por tanto, sostiene la Conselleria que ni la Administración del Estado ni, en general, ninguna administración pública puede a través de informes sectoriales condicionar de manera ilimitada la resolución que en materia de competencia exclusiva tenga otra comunidad autónoma. Así pues, en el supuesto de que la confederación no emita el informe, entienden que puede acreditarse la suficiencia de recursos hídricos a través de otros medios conforme establece el artículo 19.2 de la LOTPP.

A modo de conclusión, la Conselleria entiende que una vez cumplido el requisito de solicitar el preceptivo informe a la Confederación Hidrográfica, es ésta la responsable de disponer de los datos necesarios para su elaboración y de emitirlo en plazo, y la omisión del informe no puede condicionar indefinidamente la competencia en materia urbanística y de ordenación del territorio de la Generalitat. Es decir, admite que la Generalitat está obligada a solicitar el correspondiente informe previo al organismo de cuenca sobre la existencia de recursos hídricos, pero si éste no se emite o no es favorable, el planificador urbanístico puede recabar cuantos datos necesite con el fin de garantizar el objetivo del uso sostenible del agua, como por ejemplo el informe de las entidades colaboradoras autorizadas para el suministro.

⁵ A nuestros efectos interesa el apartado *a* del párrafo 3 del artículo 15 LS: “En la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, deberán recabarse al menos los siguientes informes, cuando sean preceptivos y no hubieran sido ya emitidos e incorporados al expediente ni deban emitirse en una fase posterior del procedimiento de conformidad con su legislación reguladora: a) El de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico”... “Los informes a que se refiere este apartado serán determinantes para el contenido de la memoria ambiental, que solo podrá disentir de ellos de forma expresamente motivada”.

La propia Consejería en dicha reunión y tras exponer estos argumentos, se compromete a enviar por escrito un informe en el que quede plasmado su criterio acerca de esta cuestión. En efecto, el 19 de diciembre de 2008 el Gabinete del Conseller remite un mensaje electrónico que contiene un documento titulado “*Notas acerca del régimen jurídico de los informes de las confederaciones hidrográficas en materia de aguas*” en el que se completan y amplían los argumentos señalados en dicha reunión y al que acompañan los últimos pronunciamientos del TSJV.

Pero llegados a este punto es conveniente ya dar la opinión definitiva del Defensor del Pueblo precisamente al hilo de la exposición de dichas *Notas* y en consideración a todo lo anterior.

E) Conclusión: La opinión del Defensor del Pueblo

La exponemos prosiguiendo con los resultados obtenidos hasta ahora y al hilo de la buscada solución de los problemas encontrados con le Generalitat de la Comunidad Valenciana. Recordemos que se trata de comprobar:

- i. Si la documentación urbanística es válida (o sea, contiene algún informe solvente sobre suficientes recursos hídricos)
- ii. Si hay disposición legal que establezca que algún informe es preceptivo (es decir que la documentación urbanística estará incompleta cuando carece de él)
- iii. Si hay disposición legal que establezca que algún informe es vinculante (la aprobación urbanística sería radicalmente nula si faltara congruencia con el informe, 62.1.c LPC).
- iv. En caso afirmativo en las dos cuestiones anteriores, hemos de determinar:
 - a. Quién ha de emitir el informe
 - b. Qué sentido puede tener el informe: favorable con o sin condiciones, desfavorable
 - c. Si hay razones que aconsejan aplicar un régimen análogo al de la administración de las costas, carreteras, puertos y aeropuertos.

Comenzaremos por sintetizar las *Notas*, más bien un informe, preparado por la Generalitat de la Comunidad Valenciana, Consejería de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda. Esta Institución admite que los fundamentos jurídicos que aporta el informe son de importancia y hasta determinantes de la solución a que se llegue, pero no comparte con la Consejería las conclusiones deducidas de tales fundamentos cuando van referidas al asunto que tratamos, sobre todo porque, a nuestro entender, la administración autonómica empieza y termina bajo una concepción excesivamente formalista del problema que tratamos. Incidentalmente digamos que las

confederaciones hidrográficas tampoco se muestran siempre ágiles ni practican cierta sana informalidad (lo que no quiere decir vulnerar garantías procedimentales).

El informe lleva por título “*Notas acerca del régimen jurídico de los informes de las confederaciones hidrográficas en materia de aguas*”. Está dividido en ocho apartados: *i.* consideraciones generales sobre la competencia autonómica en materia de urbanismo y ordenación del territorio.- *ii.* garantía del uso sostenible del agua.- *iii.* la naturaleza del informe del organismo de cuenca: su carácter preceptivo y no vinculante.- *iv.* competencia para su emisión: los organismos de cuenca, informe de las entidades suministradoras de agua.- *v.* contenido del informe de las confederaciones hidrográficas.- *vi.* interpretación de los artículos 25.4 ley de aguas y de la disposición adicional 2ª LCCOP en relación con el artículo 19.2 de la LOTPP.- *vii.* respeto de las competencias estatales en materia de aguas por parte de la legislación valenciana.- *viii.* últimos pronunciamientos jurisdiccionales sobre el asunto.

Realmente tienen interés ahora sólo los apartados VI y VII, pues los cinco primeros y el último vienen a ofrecer la jurisprudencia constitucional y ordinaria en que la Consejería se basa, así como la base legislativa de su opinión. Basta pues dejar aquí plasmados sintéticamente los siguientes aspectos, acerca de los cuales esta Defensoría no encuentra reparo alguno que hacer, salvo matices.

a) Después de introducir el asunto y citar la jurisprudencia constitucional aplicable, la Consejería dice que como el informe del artículo 25.4 LA tiene carácter preceptivo, naturaleza ésta indiscutible, deduce que caso de “no solicitarlo daría lugar a la ilegalidad del acto de aprobación definitiva del Plan”. No obstante, esta Defensoría podría esperar una conclusión más resuelta pues ¿a qué clase de “ilegalidad” se refiere la administración autonómica? Esta irresolución es característica en los informes administrativos recibidos por el Defensor del Pueblo en materia urbanística.

b) Desde luego la Consejería no acepta que el informe tenga en modo alguno carácter vinculante, y recuerda que tampoco lo establece así el artículo 15, apartados 3 y 4 LS (los mal denominados “informes sectoriales”, *v. supra*). Recuerda asimismo que la categoría de los informes determinantes fue acuñada por los artículos 42.5.c y 83.3 LPC tras su última reforma, cuyo objetivo es definir qué informes tienen una “relevancia concluyente para que la decisión pueda ser tomada con fundamento y motivación suficiente” (Consejo de Estado, dictamen 1208/2003). O, como afirma el dictamen 20712/1999, “sólo tienen tal carácter los que ilustran a los órganos administrativos de tal manera que les llevan a poder resolver con rigor y certeza en un procedimiento; los que les permiten derechamente formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto”. Sin embargo esta Defensoría no encuentra que estas cautelas puedan resultar efectivas, por su indeterminación.

c) Reconoce la Consejería que el artículo 19.2 LOTPP (que establece que el informe sobre suficiencia de recursos hídricos puede emitirse por “el organismo de cuenca competente, o entidad colaboradora autorizada para el suministro”) queda condicionado por el artículo 25.4 LA (*v. supra*).

d) Admite la Consejería que el informe de la Confederación debería también pronunciarse sobre la existencia de recursos hídricos disponibles y señalar si hay compatibilidad de su posible atribución [concesión] con lo establecido en la planificación hidrológica, además de que pueda hacer advertencia expresa de que la efectiva atribución del uso exigirá la posterior tramitación de la correspondiente concesión. El precepto por tanto se enmarca, desde el punto de vista sistemático, en la colaboración interadministrativa, y desde esa perspectiva difícilmente una administración, aunque tenga competencia sobre una materia, puede condicionar el ejercicio de la competencia exclusiva de otra administración en otra materia diferente, hasta el punto de tener en la práctica la decisión final. No obstante, y porque esta Defensoría no opina exactamente lo mismo, cabe matizar que no es anormal ni irregular, ni ilegal ni inconstitucional que el ejercicio de una competencia sobre una materia puede condicionar *en la práctica* el ejercicio de otra asimismo exclusiva (de otra administración en otra materia diferente) hasta el punto de tener la decisión final, pues justamente el concepto de competencia consiste en eso, en la determinación de un ámbito de intereses y potestades cuyo ejercicio implica para los demás una sujeción, un límite. Enseguida volvemos sobre este aspecto.

Pero a partir de aquí las opiniones de la Consejería y de esta Defensoría difieren en aspectos relevantes. El artículo 19.4 LOTPP tiene redacción posterior a la del artículo 25.4 LA pero no por ello la Comunidad Autónoma puede legislar sobre el modo de acreditar la disponibilidad de recursos hídricos durante la tramitación de los instrumentos urbanísticos, salvo en aspectos de su exclusiva competencia. Aunque el precepto tenga redacción posterior a la del 25.4 LA y aunque no haya sido recurrido por inconstitucional, ni respecto de él se haya planteado cuestión de competencias por la Administración del Estado, en suma no porque esté vigente en el territorio autonómico puede aplicarse en un sentido tal que vacíe de fuerza de obligar al precepto estatal.

No es exacto sostener que ni la Administración del Estado ni, en general, ninguna administración pública pueden mediante informes “sectoriales” condicionar de manera “ilimitada” la decisión que en materia de competencia exclusiva tenga otra administración (es irrelevante la cita que en el apartado VI.4 del informe de la Consejería, que ahora estamos comentando, se hace de un auto del TSJCV de 15 de enero de 2007, no tiene que ver con la cuestión que tratamos sino con otra, ya mencionada y acerca de la cual volveremos). El hecho es que la Consejería proyecta sobre el momento de aplicación de las normas -momento en que cabe perfectamente el condicionamiento “ilimitado” del *ejercicio* de una competencia exclusiva por el ejercicio de otra competencia exclusiva- la jurisprudencia constitucional referida no recae en ese momento sino al momento legislativo. Es cierto que ninguna ley puede establecer que mediante informes quede condicionada de manera ilimitada la competencia exclusiva de otra administración, pero no es cierto que una administración no pueda mediante informe condicionar la decisión que en materia de competencia exclusiva tenga otra administración. Este tipo de confusiones, muy graves, está extendido. La Generalitat parece dar a entender que como su competencia en materia de ordenación territorial y urbanística es exclusiva, entonces lo es siempre, a todos los efectos y pese a quien pese, una concepción muy alejada de la estructura descentralizada

de nuestro sistema constitucional. Simplemente, desde que en un asunto confluyen dos o más competencias exclusivas de que sean titulares diferentes administraciones, no cabe seguir centrados en el concepto de “competencia exclusiva” y es preferible reconducir el más que posible desencuentro por los canales previstos en la propia Constitución y en las leyes.

Una comunidad autónoma o un ayuntamiento pueden proponer un desarrollo urbanístico, y aprobarlo si son cumplimentados todos los requisitos establecidos en cualesquiera leyes aplicables, pero no pueden hacerlo infringiendo ninguna de ellas, sea una ley estatal, sea autonómica, sea un tratado internacional. Competencia exclusiva no es competencia ilimitada y libérrima, no existe tal cosa en nuestro ordenamiento. Si una administración, en el *ejercicio* de una competencia exclusiva, establece conforme a la ley un límite infranqueable para otra administración, entonces ésta queda limitada y así está pensado el sistema de distribución de funciones. Es cierto que este esquema es más complejo, pero la esencia es a nuestro juicio la expuesta.

Ahora bien, para que una administración, en el *ejercicio* de una competencia exclusiva, pueda establecer conforme a la ley un límite infranqueable para otra administración, es preciso que aquélla actúe con el más exquisito respeto al ordenamiento, es decir a la competencia de los demás, pues para establecer límites infranqueables se está ejerciendo una competencia exclusiva que tampoco es ilimitada ni libérrima. De otro lado, no es lo mismo proponer un desarrollo urbanístico (una actuación proyectada que modificará la realidad física) que constatar un hecho (la existencia de agua suficiente para ello).

No se trata sólo de la idea que subyace en el epígrafe del apartado VII del informe que glosamos (“Respeto de las competencias estatales en materia de aguas por parte de la legislación valenciana”), pues no sólo la legislación sino también y quizá sobre todo la *aplicación* de la legislación valenciana -y de cualquier otra legislación autonómica- ha de respetar la competencia estatal, y viceversa. Para empezar tenemos que, aunque la LOTPP permita al planificador urbanístico recabar cuantos datos necesite con el fin de garantizar el objetivo del uso sostenible del agua, como por ejemplo el informe de las entidades colaboradoras autorizadas para el suministro, resulta que la índole del asunto priva a estas entidades colaboradoras de la necesaria objetividad, e incluso de imparcialidad. Dictaminar que no hay agua suficiente es indiscutiblemente negativo para el futuro empresarial de la entidad colaboradora, por su implicación directa en el asunto; en tanto que dictaminar que sí hay agua suficiente es muy positivo. En suma, el Defensor del Pueblo no considera que por la autoría sea fiable un informe de una entidad colaboradora autorizada para el suministro de agua, un informe que teóricamente está pensado para garantizar el uso sostenible del agua y en la práctica es muy difícil si no imposible que no descienda (o ascienda) a tener en consideración la legítima -pero no de interés general- aspiración a un futuro empresarial prometedor.

Dice la Consejería que “cumplido el requisito de solicitar el preceptivo informe a la Confederación Hidrográfica correspondiente, es ésta la responsable de disponer de los

datos necesarios para [su] emisión y de emitirlo en plazo...” Pero esta Defensoría debe recordar aquí a la administración:

1º Que el requisito no es sólo el de solicitar el informe, la función urbanística de la Comunidad Autónoma no termina con cursar la solicitud. Por supuesto la petición de informe ha de ir debidamente documentada, algo que no siempre ocurre, de modo que una solicitud defectuosa no cumplimenta el requisito. Pero sobre todo la administración urbanística ha de procurar, más que solicitar el informe, *obtenerlo*; o mejor, obtener un informe *favorable*, ya que de otro modo -sea o no un informe vinculante- en el expediente urbanístico figurará un reparo de primer orden y no habrá modo de justificar que la administración urbanística está impulsando, o simplemente tramitando, un proyecto de desarrollo urbanístico con dudosa disponibilidad de agua o dudosa sostenibilidad, y esa realidad sólo puede reconducirse mediante una valoración distinta, un nuevo informe, un cambio en las circunstancias o una sentencia judicial. Con el modo de razonar de la Consejería, formalista, se pierde de vista la finalidad del entramado legal, y resulta que en lugar de preocuparnos de que los desarrollos urbanísticos sean sostenibles lo que tenemos es una disquisición sobre si un informe es vinculante y si una competencia es exclusiva, el medio pasa a ser el fin.

2º No es exacto afirmar que es a la Confederación Hidrográfica la “responsable de disponer de los datos necesarios para la emisión” del informe. Es cierto que conforme a la DMA el organismo de cuenca debe disponer de importantes datos, *de contraste* con el plan o acto urbanístico, pero son el plan o el acto urbanísticos los que han de contener o venir apoyados en la documentación necesaria para que ese contraste sea posible.

Es cierto que la competencia exclusiva y plena de la administración urbanística no necesita ser “tutelada” por la administración estatal “ni aun enmascarándola en su competencia en materia de aguas” pero esto es así sólo desde un punto de vista formal, pues no hay máscara alguna en una administración que ejerce otra competencia exclusiva y “plena”, ni hay tutela sino limitación, derivada en este caso de la realidad, de los hechos, del hecho de que no haya agua suficiente (por ejemplo, la memoria del plan ha de describir y tener en cuenta el marco físico). Es decir, y contra lo que la Generalitat sostiene, ésta debe respetar las competencias estatales sobre el dominio público hidráulico, y para ello no sólo está obligada a solicitar informe previo al organismo de cuenca sobre la existencia de recursos hídricos, sino que los hechos obligan a la Generalitat a no proseguir con la tramitación de un proyecto de desarrollo urbanístico que, simplemente, no tiene garantizada agua suficiente, lo diga o no el organismo de cuenca, organismo que no es omnisciente ni infalible ni incapaz de error.

A continuación (y tras citar innecesariamente la STC 118/1998 [fj 23] sobre declaración de zonas protegidas por sus características naturales o interés ecológico, en jurisprudencia inaplicable a nuestro caso), dice la Consejería que de esta jurisprudencia se extrae una serie de criterios que puede utilizarse para determinar si el informe del organismo de cuenca 25.4 LA ha de ser o no vinculante para la Administración

urbanística: Que la competencia de la confederación pueda considerarse que se ejerce de manera legítima, que el contenido del informe lo sea en el legítimo ejercicio de su competencia, que el contenido del informe encaje en el título competencial, que con el contenido del informe no se limite más de lo necesario la competencia autonómica, que el informe se limite a los asuntos de la propia competencia de la confederación; y que el contenido del informe no suponga un uso abusivo de la competencia del Estado. Esta Defensoría nada tiene que oponer a esta relación de criterios, aunque no encontramos que se deduzcan de la sentencia citada, pero esto es ahora una cuestión menor. Es decir, sin contraste con casos concretos es muy difícil hacer consideraciones verdaderamente útiles sobre tales criterios.

Es momento de poner punto final a la discusión acerca de la acreditación en el proceso urbanístico de la existencia de recursos hídricos suficientes. El precepto clave, además del artículo 25.4 LA e incluso mucho más importante que éste en lo que ahora importa, está en la LS, cuyo artículo 15 (sobre *evaluación y seguimiento de la sostenibilidad del desarrollo urbano*) dice que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística están sometidos a evaluación ambiental estratégica, además de la evaluación de impacto ambiental de los proyectos que requieran su ejecución, en su caso por el procedimiento reglado (15.1). De este precepto nos interesa ahora destacar:

- Que el informe de sostenibilidad ambiental de los instrumentos urbanísticos debe incluir un *mapa de riesgos naturales* del ámbito (15.2 LS).
- Que en la fase de consultas sobre los instrumentos urbanísticos, uno de los informes preceptivos, que deben recabarse si no estuvieran ya incorporados al expediente o pueden emitirse en fase posterior, es el de la Administración hidrológica sobre la existencia de recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas y sobre la protección del dominio público hidráulico (15.3.a).
- Que ese informe es *determinante* del contenido de la memoria ambiental, la cual sólo puede disentir de él de forma expresamente motivada.
- Que las administraciones urbanísticas deben elevar al órgano colegiado de gobierno, periódicamente, un informe de seguimiento de la actividad de ejecución considerando la sostenibilidad ambiental (15.5).
- La legislación sobre ordenación territorial y urbanística debe establecer en qué casos el impacto de una actuación de urbanización obliga ordenar plenamente el ámbito territorial superior en que se integre, si trascienden su ámbito los efectos significativos en el ambiente (15.6).

Acerca de la falta de desarrollo reglamentario del artículo 25.4 LA, que las administraciones aducen para sostener que no permite determinar en qué plazo el organismo de cuenca debe emitir el informe, ya ha quedado dicho que es un argumento inválido, además de inexacto, pues puede haber otras leyes (las hay de hecho) que colmen esa laguna; son normas contenidas fundamentalmente en la LPC y en la legislación autonómica de planes territoriales y urbanísticos; además, una administración debe dirigirse a la otra para inquirir sobre las dificultades que ésta

encuentra, de si necesita tiempo adicional y cuánto, de pedir la aproximación de una fecha en que el informe puede estar listo y terminado. Pero estas prácticas son inusitadas, las administraciones rara vez se molestan en ir más allá en supuestos como el que tratamos, pues entienden que su deber consiste en el respeto “escrupuloso” de la ley, auto restricción que les impide realizar una simple llamada telefónica, por ejemplo. Lamentablemente éste es el modo de actuar (o mejor, no actuar) de las administraciones, en la experiencia del Defensor del Pueblo.

Desde la redacción de 2005, el artículo 25.4 LA exige un informe preceptivo de disponibilidad de agua, a emitir por los organismos de cuenca, informe que ha de ser previo a la aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico. En cuanto al momento del procedimiento en que resulta obligado obtener el informe, y como la ley de aguas dice sólo “aprobación de actos o planes” sin distinguir entre aprobación provisional o definitiva, nos parece desaconsejable la práctica de los ayuntamientos cuando ni siquiera lo solicitan porque estiman que el informe es exigible sólo antes de la aprobación definitiva; por tanto, entienden que ha de ser la administración competente para dicha aprobación definitiva -normalmente la comunidad autónoma- la que lo solicite al organismo de cuenca.

Por el contrario, el criterio de esta Institución es que dicho informe (1º) debe emitirse antes de la aprobación provisional y (2º) es materialmente vinculante, aunque no formalmente, si bien ello sólo cabe sostenerlo si es expreso e implica la inviabilidad material del plan urbanístico, de forma que si es expresamente desfavorable (no queda acreditada para el organismo de cuenca la suficiencia de recursos hídricos para atender las nuevas demandas), ello debe bastar para que no se apruebe la actuación urbanística proyectada mientras no se dirima la incongruencia interna presente en el expediente urbanístico, pues en él obran dos informes contradictorios.

La vinculación material de la administración urbanística al informe se deduce del tenor literal del artículo 25.4 LA y del entero sistema jurídico español: Estamos ante un informe *previo* a la aprobación, o sea ha de ser necesariamente tenido en consideración en el momento de la resolución del expediente urbanístico; y como sin duda alguna es un informe determinante (15 LS) entonces sólo cabe neutralizar su sentido con una motivación que contenga razonamientos directamente congruentes con el informe desfavorable. Pero tenemos que lo primario es el objeto del informe, o sea los actos y planes urbanísticos que puedan afectar al régimen y aprovechamiento de las aguas y/o a los usos en dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía; y como ese objeto ha de ser contrastado tanto con la planificación hidráulica como con las planificaciones “sectoriales” aprobadas por el Gobierno, entonces tenemos que el informe sólo puede ser desfavorable si los instrumentos urbanísticos no superan ese contraste. ¿Qué ha hacer pues la administración urbanística ante un informe desfavorable? ¿Únicamente le cabe aprobar el acto o plan? Evidentemente no, primero porque puede aceptar, asumir el pronunciamiento desfavorable del organismo de cuenca, aunque no lo considere vinculante. Pero la cuestión candente es cómo aprobarlo

pese al informe desfavorable; ¿basta, en consideración a su carácter indudable de informe determinante, con motivar la aprobación mediante razonamientos cualesquiera? También evidentemente no, la motivación ha de ser “suficiente”. Pero ¿qué es una motivación suficiente? Para empezar ha de atenerse, como hemos dicho, al ámbito de los hechos y razonamientos del informe desfavorable, o sea que la motivación sólo es suficiente si utiliza razonamientos directamente congruentes con el informe desfavorable, si -como dice el Consejo de Estado- llevan a poder resolver con rigor y certeza, o sea razonamientos que permiten sin tergiversaciones formarse un juicio recto sobre el fondo del asunto. ¿Es esto bastante? Esta Defensoría opina que no, la administración urbanística ha de hacer valer esa motivación ante el organismo de cuenca, si no lo hizo antes del informe desfavorable; no puede basarse en hechos o razonamientos nuevos que no hayan podido ser tomados en consideración por el organismo de cuenca; es decir, el organismo de cuenca ha tenido que poder rebatirlos *antes* de la aprobación del acto o plan urbanístico. De no ser así, de aprobarse en tales condiciones el instrumento de ordenación del suelo se está defraudando la finalidad de las leyes (de la ley de aguas y también de la ley del suelo, la estatal y la autonómica), que no es el irracional consumo de agua ni la promoción de la actividad edificatoria, sino el uso racional de los recursos y evitar la especulación. Con todo lo anterior quiere manifestar el Defensor del Pueblo que, dejando de lado los supuestos no problemáticos (informe favorable del organismo de cuenca, aceptación de informe desfavorable por la administración urbanística) un informe expreso desfavorable *vincula* la decisión urbanística, hasta el punto de hacerla radicalmente nula por vulneración de derechos fundamentales (artículos 45 y 47 CE y 62.1.a LPC). Esto sólo puede evitarse en casos extremos de informes manifiestamente defectuosos donde no quepa duda de que los jueces no anularan la decisión urbanística.

¿Vale lo anterior para la falta de informe, para el informe tácito desfavorable? Consideramos que nos sirve igualmente, y es más fácil, responder la cuestión opuesta: ¿cuándo la falta de informe, por tanto de sentido desfavorable, *no* vincula materialmente a la administración urbanística? A nuestro juicio esto sólo es posible si el silencio del organismo de cuenca es total, es decir nunca se ha pronunciado (sobre falta o defectos en la documentación que se le remite, falta de solicitud de subsanación y supuestos análogos) o sus pronunciamientos previos al informe que está obligado a emitir son, como en el caso anterior, manifiestamente defectuosos y no cabe duda de una eventual ratificación judicial de la decisión urbanística. En suma, en supuestos de pasividad injustificada del organismo de cuenca bajo una interpretación *realista* de la ley.

Como consideraciones complementarias, digamos que estamos de acuerdo con las confederaciones acerca de la dificultad para la emisión del informe 25.4 LA mientras no sea aportada la documentación necesaria, claramente especificada en sus páginas web; no es admisible remitirle documentación parcial, fragmentada, dispersa e incompleta.

El precepto no se enmarca propiamente en términos de colaboración interadministrativa; una administración, si tiene competencia sobre una materia, puede condicionar el

ejercicio de la competencia, aún exclusiva, de otra administración en otra materia diferente, hasta el punto de tener en la práctica la decisión final. En realidad no puede aceptarse que haya incongruencia entre el informe del organismo de cuenca y el resto de la documentación urbanística.

Por tanto, tenemos el siguiente resumen de las reglas aplicables. Hasta aquí hemos venido tratando sobre todo el problema de la necesidad de agua suficiente como telón de fondo de cualquier actuación urbanística. Encontramos que tres son los eslabones, que han de unirse por este orden:

- 1º. Una valoración previa: El juicio de que el agua existente (hoy y en el futuro próximo) es suficiente.
- 2º. Una cuestión formal, también previa: Cómo ha de quedar plasmada formal y jurídicamente la valoración.
- 3º. Una cuestión material y final: El consenso de la existencia de agua suficiente.

La cuestión primera es técnica y no la hemos tratado (aunque véase lo dicho respecto de los requerimientos documentales DMA). La cuestión segunda ofrece los siguientes datos formales obtenidos hasta ahora (recapitulación):

- El juicio de que el agua existente (hoy y en el futuro próximo) es suficiente ha de quedar plasmada en un informe cuando menos preceptivo, válido sólo si es emitido o aprobado por el organismo de cuenca
- Si hay silencio administrativo, el informe:
 - o Es favorable para solicitudes anteriores al 23 de junio de 2005, con prohibición de adquirir por silencio facultades sobre el dominio hidráulico
 - o Es desfavorable para solicitudes posteriores a la fecha, pero se requiere que el Estado haya manifestado antes, de forma clara y precisa, en qué modo y manera la actuación de la administración urbanística limitaría o cercenaría la competencia estatal sobre el dominio público hidráulico. Esto significa que el organismo de cuenca no puede simplemente callar.

Sólo nos queda insistir, como parece que debe ser para un juicio sobre si hay agua suficiente, cómo es que el informe tiene carácter materialmente vinculante. Admitamos que no lo es porque así lo establezca el apartado 4 de la disposición adicional segunda LCCOP; tampoco el artículo 25.4 LA dice que sea vinculante. Entonces, si ninguna disposición establece expresamente que el informe es vinculante ¿cómo podemos siquiera plantearnos obtener esa cualidad? Porque no cabe jurídicamente otra posibilidad. Es decir, un informe sobre si hay agua suficiente tiene por objeto una cuestión tan básica y elemental que no cabe oponerle consideraciones sobre su carácter formalmente no vinculante. Dicho de otro modo: El informe del artículo 25.4 LA no es formalmente vinculante pero materialmente sí lo es. A continuación razonamos esta

afirmación. En todo caso, es un informe determinante (15 LS), de modo que la motivación expresa contraria a un informe desfavorable requiere un alto grado de plausibilidad.

Tenemos además consideraciones tales como, por ejemplo, las vertidas por el Procurador del Común de Castilla y León en varias resoluciones (conocemos por lo menos cuatro), extensas y con recomendaciones del siguiente tenor a las administraciones urbanísticas, tanto municipal como autonómica:

“Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas y 15 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, no se proceda a la aprobación definitiva de... ningún instrumento de planeamiento..., siempre y cuando no exista un pronunciamiento *favorable* de la Confederación Hidrográfica... sobre la existencia de los recursos hídricos necesarios para satisfacer las nuevas demandas.”

Es preceptivo el informe del organismo de cuenca cuando el planeamiento urbanístico afecta al régimen y aprovechamiento de las aguas continentales o a los usos en terrenos de dominio público hidráulico y en sus zonas de servidumbre y policía. Cuando del plan urbanístico se deduzcan nuevas demandas de agua, el informe del organismo debe pronunciarse expresamente sobre la existencia de recursos suficientes para satisfacer las demandas. El informe ha de constar en el expediente antes de la aprobación provisional, hay incluso razones para requerirlo antes de la aprobación inicial, pero en cualquier caso se trata de que la primera decisión de la administración proponente cuente con el informe, o sea que la resolución del procedimiento de formación del plan urbanístico lo tenga en consideración.

Recordemos finalmente, como hacen los organismos de cuenca ante los planes municipales, que:

- I. Las actuaciones que se realizan sobre el dominio público hidráulico requieren autorización del organismo de cuenca (24 LA), salvo que estén ya proyectadas en el planeamiento urbanístico y aquel lo haya informado favorablemente.
- II. También requiere concesión o autorización la captación de aguas de un cauce o el vertido en él directo o indirecto de residuales; y la captación de agua del subsuelo mediante pozos.
- III. Está prohibido efectuar vertidos directos o indirectos que contaminen las aguas, acumular residuos o sustancias que puedan constituir peligro de contaminación o degradación del entorno de las aguas.
- IV. Es responsable el beneficiario por los daños y perjuicios que ocasiona en el interés público o privado como consecuencia de actuaciones previstas por el planeamiento; queda obligado a su indemnización y a la ejecución, a su costa, de las obras necesarias para evitar que se produzcan.

V. Las actuaciones previstas en el planeamiento quedan sometidas a la inspección y vigilancia del organismo de cuenca.

El Defensor del Pueblo no puede sino aceptar, tener por útiles y necesarias, estas consideraciones, verdaderas directrices de la gestión pública en la ordenación del suelo que tenga en cuenta lo “sectorial” y lo integre debidamente en los actos y planes urbanísticos.

1.1.3 Abastecimiento de poblaciones y desarrollos urbanísticos

Naturalmente muy relacionado con los aspectos ya examinados antes, es ésta una cuestión dependiente del planeamiento hidrológico, aunque no siempre en apariencia. No es posible ni ahora necesario hacer una exposición sistemática de las relaciones entre las decisiones de gobierno del territorio y del abastecimiento de agua, parece preferible mostrar la opinión del Defensor del Pueblo sobre la realidad tal cual aparece, comprendidas las cuestiones metodológicas, es decir la vigentología y la descripción del curso de los acontecimientos, o sea un relato más dinámico y confiamos que menos abstruso que el del apartado anterior.

La concesión de aguas para abastecimiento población, su necesidad y el modo de otorgamiento por el organismo de cuenca son asuntos referidos a un uso común o básico, los problemas surgen bien porque no hay concesión o porque se incumple, siempre relativos a la necesidad básica de agua, el abastecimiento de la población. Lógicamente la variedad de supuestos es grande y solo podremos hacer referencia a casos generales. No es preciso sin embargo entrar en detalles porque el Defensor del Pueblo ha de señalar continuamente a las administraciones que entre los principios rectores de la gestión del agua, que rigen para la administración hidráulica, se encuentra el respeto a la *unidad* de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico⁶. Por otra parte (apartados 2 y 4 artículo 59 LA), los organismos de cuenca otorgan las concesiones teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, y tengamos también presente que el título concesional no garantiza la disponibilidad de los caudales concedidos. El otorgamiento de una concesión es discrecional, pero la resolución será motivada y adoptada en función del interés público.

⁶ Cuenca hidrográfica es el territorio en que las aguas fluyen al mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en uno principal único. La cuenca hidrográfica se considera indivisible como unidad de gestión del agua. Hay novedades importantes en la DMA: el concepto de *demarcación* hidrográfica, que viene a acoger todos los demás conceptos esenciales, los ya conocidos y clásicos (aguas continentales, subterráneas, acuíferos) con el nuevo concepto de aguas superficiales, que comprende las de transición (marismas, deltas) y las costeras (1 milla mar adentro desde las líneas base), incluso todas las aguas territoriales (12 millas) en cuanto al estado químico. No ha sido posible en esta monografía tratar el concepto de demarcación y su integración en el sistema de planificación territorial (autonómica), por falta de datos.

El artículo 60 LA determina que el abastecimiento a la población se sitúa en el primer lugar de preferencia de uso al otorgarse las concesiones. En caso de incompatibilidad de concesiones destinadas a usos de la misma naturaleza, son preferidas las de mayor utilidad pública y general, o aquellas que redunden en un menor consumo de agua o introduzcan el mantenimiento o mejora de su calidad. A ello se añade (artículo 79 LA) que el procedimiento ordinario de otorgamiento de concesiones se ajusta a los principios de publicidad y tramitación en competencia; se prefiere, en igualdad de condiciones, aquéllas que proyecten la más racional utilización del agua y una mejor protección de su entorno. No obstante, cabe prescindir de la pública concurrencia cuando se trate de abastecimiento de agua a poblaciones.

Como es imposible informar exhaustivamente de la casuística hallada en las investigaciones, veremos a continuación tres puntos más importantes: caudal máximo, daños y situaciones de abuso de poder.

- *El caudal máximo concedido se calcula de las necesidades de la población, pero no es el único criterio: los límites de los caudales ecológicos y de los aprovechamientos preexistentes*

Si partimos de una necesidad diaria por habitante de doscientos cincuenta litros de agua (250 l/hab/d), una cantidad muy importante que hace pensar en la necesidad de fomentar el ahorro, pero inferior a otros casos conocidos, tenemos entonces varios límites.

Sea una concesión de aprovechamiento de aguas a favor del ayuntamiento; el procedimiento de concesión es con publicidad (artículos 79 LA y 93 RDPH, generalmente mediante inserción de anuncio en el BOP) para que los interesados puedan formular alegaciones. La queja puede surgir porque, por ejemplo, se considera que la concesión es innecesaria al estar cubiertas con una concesión anterior las necesidades de la población y del uso ganadero en el municipio. Durante el procedimiento, el Servicio territorial de medio ambiente (autonómico) puede incluso informar que dado el caudal escaso en época de estiaje, queda limitada la habitabilidad de los peces, por lo que de otorgarse la concesión debe condicionarse a la determinación de un caudal que no perjudique la habitabilidad (por ejemplo en aplicación de la ley autonómica de protección de los ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca). El caudal otorgado no permite que haya sobrante de la derivación, salvo en época de deshielo. En consecuencia, la captación puede estar incidiendo de manera decisiva en la vida acuática y causando alteraciones sustanciales y negativas de imposible reparación al desaparecer el caudal en un tramo de varios km, con vulneración de la ley autonómica: “el régimen de caudales ecológicos garantizará la capacidad biogénica potencial del ecosistema acuático y se determinará en función de su biocenosis potencial y de la fijación de un biotopo disponible suficiente para ella” (así en la ley 6/1992, de

protección de los ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca en Castilla y León; repárese en que este aparente mandato es más bien una definición).

Pero en casos así el Defensor del Pueblo considera que no es suficiente con incluir en la resolución que otorga la concesión (de 2,17 l/s) una condición por la que se obliga al concesionario -en nuestro ejemplo- a respetar el caudal que garantice la habitabilidad de los peces, sino que es el organismo de cuenca quien debe *antes* haber fijado un caudal máximo de la concesión en función de dicha habitabilidad. O sea, el organismo de cuenca, atendiendo a sus funciones, competencia y capacidad técnicas y tras realizar los estudios precisos, tiene que fijar un caudal determinado; además de lo establecido en la ley autonómica, de los artículos 42.d y 59.7 LA se concluye que tiene carácter imperativo y no potestativo el establecimiento por los organismos de cuenca -a través de la planificación hidrológica- de los caudales ecológicos (o demandas ambientales que deben considerarse como restricción o límite general impuesto a la explotación del agua).

Sin embargo el uso para abastecimiento a la población es prioritario sobre cualquier otro uso (LA y plan hidrológico de cuenca), y con el caudal otorgado (de 2,17 l/s en el ejemplo) la variación en el régimen de caudales apenas se aprecia, de modo que ha de comprobarse también las denunciadas afecciones a aprovechamientos preexistentes inscritos en el registro de aguas. Por otra parte, ha de haber un informe técnico sobre la solicitud de concesión elaborado tras reconocimiento *in situ*, en el que quede claramente justificado el caudal máximo que se va a otorgar en función del cálculo razonable de las necesidades de la población (por ejemplo, 250 l/hab/d). A esos efectos, se obliga además al concesionario a instalar un dispositivo en la toma que permita asegurar que sólo se derivará dicho caudal. [Este ejemplo está tomado de una investigación malograda porque no habiéndose recibido respuesta a ninguno de los requerimientos efectuados a la Confederación Hidrográfica hubo de procederse al archivo del expediente, enero de 2007; se trataba de un proyecto residencial golf, con recalificación de 1,2 millones de metros cuadrados de suelo rústico para construir 800 viviendas residenciales, un hotel y un campo de golf de 59 ha. Al parecer, en el término municipal había una escasez de recursos hídricos que obligaba a trasvasar el agua para consumo humano desde un pozo privado distante 15 km del término municipal].

- *Recursos hídricos aprovechados para abastecimiento de población dañados por obras públicas*

Los daños a los recursos hídricos por la realización de obras públicas tienen su solución predeterminada en la ley y no deberían ser origen de dificultades especiales. El siguiente es un buen ejemplo y nos servirá para contrastar casos opuestos: Sea que, debido a obras públicas, los manantiales que abastecen de agua potable un pueblo se ven seriamente dañados y modificado su cauce natural. En consecuencia, se produce un progresivo descenso de caudal. De hecho, tras las obras la extracción del agua -que tiene

que ser localizada gracias a un sondeo- se realiza mediante bombas; por tanto, ahora el aprovechamiento de agua genera gastos extra.

Entonces las administraciones reaccionan así: En primer lugar, el ayuntamiento confirma que las obras, concretamente al realizarse las excavaciones para un túnel, afectaron a diversos manantiales de agua próximos a la zona de la excavación, que terminaron secándose completamente en medio año. Quedó en consecuencia afectado el suministro de agua a una decena de núcleos del concejo, que tuvieron que ser abastecidos mediante tres sondeos ejecutados con urgencia por la administración titular de las obras del túnel. Paralelamente, la dirección de las obras comenzó la ejecución de infraestructuras hidráulicas nuevas, destinadas a garantizar el suministro a la población afectada y restablecer el estado preexistente a la pérdida de los manantiales. La puesta en funcionamiento de las nuevas infraestructuras supone sobre costes de explotación y mantenimiento, asumidos por la administración dueña del túnel en construcción y reembolsados al ayuntamiento; los vecinos de las localidades afectadas no ven aumentadas las tarifas del suministro.

El organismo de cuenca confirma por su lado que las obras del túnel produjeron un importante descenso del caudal en los manantiales, de los que se abastecía la villa por una concesión otorgada en 1915. También se abastecían, a través de otras instalaciones, los vecinos de otra localidad del mismo municipio, aunque sin constancia de que ese aprovechamiento estuviera amparado por concesión o reconocimiento de derecho que estuviera inscrito en el registro de aguas. Era necesario además buscar alternativas para el abastecimiento de la zona por si la ejecución del túnel pudiera afectar a los acuíferos (agotamiento de los manantiales); para ello la administración de carreteras (el túnel era para una autovía) solicitó autorización de investigación de aguas subterráneas mediante sondeos, que fue otorgada en varios lugares. El ayuntamiento solicitó además la concesión para el aprovechamiento de las aguas destinadas al abastecimiento de la población; el organismo de cuenca otorgó los títulos para tres sondeos: 15, 30 y 3 l/s con destino a complementar el abastecimiento al municipio. La nueva concesión permite al ayuntamiento (que es el titular de la competencia para abastecimiento de agua a la población) garantizar el suministro en otras localidades, cuyos aprovechamientos, derivados de los manantiales, se vieron asimismo afectados por las obras del túnel.

El anterior no es caso corriente, no son pocas las quejas recibidas por daños o perjuicios a recursos hídricos ocasionados por obras, no necesariamente públicas, y que no son reparados con celeridad ni eficacia. A continuación exponemos un último supuesto, propiamente no de abastecimiento de poblaciones pero que traemos aquí por su conexión, no lejana, con presuntos derechos preexistentes que, a la postre, no son tales o, en cualquier caso, no permiten ni amparan actuaciones municipales abusivas.

- *Los derechos particulares de los vecinos y los derechos públicos vecinales, potestades municipales y abuso de poder: Obstaculización de aprovechamiento de un particular aunque ni siquiera hay abastecimiento municipal. Denegación inválida de licencia de obras*

Los ayuntamientos están vinculados al planeamiento hidrológico como cualquier otra persona, de modo que carece por completo de potestad para impedir aprovechamientos de agua, incluso y sobre todo si resulta que ni siquiera hay abastecimiento municipal. Veamos sin embargo un caso de denegación, sin suficiente motivación, de licencia de obras (y autorización demanial municipal) para el cruce de un camino público con una tubería de derivación de aguas.

Interesa aquí conocer los criterios por los que una corporación local considera necesario el acuerdo de los vecinos para autorizar el cruce de un camino público con una tubería de derivación de aguas, pese a ser la persona afectada titular de una concesión de aguas, y pese a que no parecen concurrir criterios técnicos que impidan la actuación, o sea el cruce de la tubería a través del camino; ni siquiera hay un informe técnico de los servicios municipales ni en principio parece que el paso enterrado de una tubería de 16 milímetros pueda alterar la capacidad portante o el firme del camino público.

Nada puede objetarse a que la captación sea de un abrevadero público, pues la persona reclamante es titular de una concesión de aguas. A su vez, el aprovechamiento del manantial por los vecinos a lo largo de los años ha sido sin concesión, y el tiempo no otorga derecho alguno a los meros usuarios (artículo 50.2 LA: no se adquiere por prescripción el derecho al uso privativo de las aguas). En consecuencia, el desacuerdo de personas que, pese a ser vecinos, no ostentan derecho alguno sobre las aguas que van a ser captadas, ni tampoco lo han solicitado, no es razón suficiente de la denegación de la licencia de obras para instalar la tubería de captación y su cruce por el camino público.

Que haya sido otorgada por el ayuntamiento una subvención a algunos de los vecinos para que realicen una nueva traída de aguas tampoco determina la denegación de la licencia de obras, pues no es razón de denegación válida y el ayuntamiento no ha presentado siquiera la solicitud de concesión para el aprovechamiento *existente* de las aguas, ni parece que funcione el abastecimiento municipal, sin siquiera las instalaciones necesarias. Entre otras circunstancias, resulta lógico y legítimo que la persona afectada se asegure el abastecimiento de agua por la única vía legal establecida (concesión de aguas públicas del organismo de cuenca). Tampoco constan obstáculos a la licencia de obras amparados en las ordenanzas municipales o en la legislación urbanística.

Por tanto, requerir el acuerdo de todos vecinos para otorgar la licencia de obras no encuentra fundamento normativo alguno, incurre el ayuntamiento así en arbitrariedad y quizás en desviación de poder.

- *Otros problemas sobre abastecimiento de poblaciones (remisión)*

El artículo 59.7 LA suscita dudas sobre si la regla de la supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones recogida en el párrafo final del apartado 3 de artículo 60 se aplica a los caudales ecológicos siempre o sólo en épocas de sequía. La interpretación debe completarse con la ley del PHN y el RPH (RD 907/2007). Pero este asunto merece un apartado propio, fuera además del presente capítulo sobre planeamiento urbanístico, lo trataremos en el de planeamiento hidrológico, §1.2.2 sobre caudales ecológicos.

1.1.4 Zonas urbanizables posiblemente inundables

Hemos informado en años anteriores acerca de la insoslayable necesidad de que la construcción en zonas inundables debe evitarse primordialmente por las administraciones urbanísticas. El artículo 11 LA dispone que si bien los terrenos que puedan resultar inundados durante las crecidas no ordinarias de los lagos, lagunas, embalses, ríos o arroyos, conservarán la calificación jurídica y la titularidad dominical que tuvieren, los organismos de cuenca deben dar traslado a las administraciones competentes en ordenación del territorio y urbanismo de los datos y estudios disponibles sobre avenidas, para que sean tenidos en cuenta en la planificación del suelo y, en particular, en las autorizaciones de usos que se acuerden en las zonas inundables. Es más, el apartado 3 permite que el Gobierno por real decreto establezca las limitaciones en el uso de las zonas inundables, que estime necesarias para garantizar la seguridad de las personas y los bienes. Los consejos de gobierno de las comunidades autónomas podrán establecer normas complementarias de esa regulación.

Por su parte, el artículo 28.4 PHN exige que las administraciones competentes delimiten las zonas inundables teniendo en cuenta los estudios y datos disponibles que los organismos de cuenca deben trasladarles, de acuerdo con el artículo 11.2 LA. Para ello cuentan con el apoyo técnico de estos organismos y, en particular, con la información relativa a caudales máximos en la red fluvial, que la administración hidráulica debe facilitar. Además, el Ministerio de medio ambiente debe promover convenios de colaboración con las administraciones autonómicas y locales que tengan por finalidad eliminar las construcciones e instalaciones situadas en dominio público hidráulico y en zonas inundables, si pudieran implicar riesgo grave para las personas, los bienes y la protección del demanio.

Aunque no directamente, el artículo 25.4 LA alude a la cuestión cuando, al establecer el preceptivo informe previo de los organismos de cuenca sobre los actos y planes que las comunidades autónomas y las entidades locales hayan de aprobar, si afectan al régimen y aprovechamiento de las aguas o al dominio público hidráulico, incluye las *zonas de servidumbre y policía*. Sabemos además que las "Recomendaciones sobre criterios para la autorización de actuaciones en zona de policía" (1999) de la Dirección general de

obras hidráulicas y calidad de aguas del Ministerio de medio ambiente dicen que las limitaciones en los usos dentro de una vía de intenso desagüe (definida a partir de la avenida de periodo de retorno de 100 años) deben ir dirigidas a la protección del régimen de las corrientes, en tanto que las correspondientes a la franja entre esta vía y la zona inundable (fijada por la avenida de 500 años) se deben encaminarse a evitar daños importantes. Han de ser tenidas en cuenta además las reglas contenidas en la directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2007, sobre evaluación y gestión de los riesgos de inundación.

Es decir, es preciso tener en consideración los siguientes usos dentro de los límites de una vía de intenso desagüe:

- Uso agrícola, como tierras de labranza, pastos, horticultura, viticultura, césped, selvicultura, viveros al aire libre y cultivos silvestres.
- Uso industrial-comercial, como áreas de almacenaje temporal, zonas de aparcamiento, etc.
- Usos residenciales, como césped, jardines, zonas de juego, etc.
- Usos recreativos públicos y privados, como campos de golf, pistas deportivas al aire libre, zonas de descanso, circuitos de excursionismo de equitación, cotos de caza, etc.

En tanto que en la zona inundable fuera de la vía de intenso desagüe, se recomienda atender a las siguientes limitaciones:

- Las futuras edificaciones de carácter residencial deben tener la planta baja, o el sótano si lo hubiere, a una cota tal que no se vean afectados por la avenida de 100 años, ni se produzca la condición de inundación peligrosa con la de 500 años.
- Las construcciones no residenciales (industriales, comerciales, etc) deben situarse a cotas suficientes para evitar que durante la avenida de 100 años se produzcan alturas de inundación sobre el suelo superiores a 0,5 m salvo que se hubiera adoptado en todo el contorno medidas impermeabilizadoras hasta el nivel de dicha avenida.

Por su parte, la citada directiva debería estar transpuesta a nuestro ordenamiento antes del 26 de noviembre de 2009 (téngase presente que aunque el RD 9/2008 de 11 enero, que modifica el RDPH, no es una transposición de la directiva, incorpora sin embargo los criterios que dicha directiva establece sobre zonas inundables). Se parte de una evaluación preliminar del riesgo de inundación, establece los mapas de peligrosidad por inundaciones y los mapas de riesgo de inundación, así como los planes de gestión del riesgo. Recordemos además que el informe de sostenibilidad ambiental de los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización debe incluir un mapa de riesgos naturales del ámbito objeto de ordenación (artículo 15.2 LS).

Para terminar, y dado que por un lado son los criterios que utiliza esta Institución para verificar las quejas, y por otro completan la lista del final de §1.1.2, plasmamos a continuación las reglas contenidas en las recomendaciones mencionadas, de 1999 de la Dirección general de obras hidráulicas y calidad de aguas del Ministerio de medio ambiente:

- VI. Las márgenes son de una anchura libre de 5 m en toda la longitud de la zona colindante con el cauce (servidumbre de paso, artículos 6 y 7 del RDPH, destinada al personal de vigilancia, pesca y paso de salvamento, entre otras finalidades).
- VII. Considerar siempre si hay terrenos en zona inundable (avenida de 500 años), conveniencia de analizar los riesgos y adoptar las medidas en consonancia (legislación de protección civil).
- VIII. Directrices de planeamiento en áreas urbanizables próximas a un cauce:
 - VIII.1. Las inundaciones en las áreas urbanas tendrán el carácter de excepcionales (Directriz básica de protección civil de 9 de diciembre de 1994: sólo se producen con avenidas superiores a la de 100 años de periodo de retorno).
 - VIII.2. En esas zonas no ha de haber riesgos de pérdida de vidas humanas incluso con la avenida máxima (LA: de 500 años). Es decir, las crecidas con periodo de retorno entre 100 y 500 años pueden llegar a inundaciones siempre que no supongan pérdida de vidas humanas.
 - VIII.3. En vías de intenso desagüe sólo se autorizan actuaciones que no supongan nuevas afecciones significativas al régimen de las corrientes, queda prohibido cualquier tipo de edificación.
 - VIII.4. En zonas inundables fuera de la vía de intenso desagüe, las limitaciones al uso del suelo deben encaminarse a evitar daños importantes.
 - VIII.5. En zona inundable fuera de vía de intenso desagüe, zona de policía, debe cumplirse una función laminadora del caudal de avenida; si procede se tienen en cuenta las siguientes directrices:
 - VIII.5.a. Las futuras edificaciones de carácter residencial deben tener la planta baja y/o el sótano a una cota tal que no se vean afectadas por la avenida de 100 años, ni se produzca la condición de inundación peligrosa (aquella que puede producir víctimas, interrumpir un servicio imprescindible para la comunidad o dificultar gravemente las actuaciones de emergencia) con la de 500 años.
 - VIII.5.b. Las construcciones no residenciales deben situarse a cotas suficientes para evitar que durante la avenida de 100 años haya alturas de inundación sobre el suelo superiores a 0,50 m, salvo

que se haya adoptado en el contorno medidas impermeabilizadoras hasta el nivel de la avenida.

- *El caso de la Ciudad del Medio Ambiente y las zonas inundables*

La Confederación Hidrográfica del Duero afirma que no son de su competencia las actuaciones previstas en zonas no sujetas a su tutela, es decir exteriores a los cauces o zonas de afección. Sostiene la administración que todo el ámbito de intervención de la *Ciudad del Medio Ambiente* (provincia de Soria) queda fuera de la zona de policía del río Duero. Además se llevan a cabo estudios más profundos sobre la inundabilidad de los terrenos situados en las márgenes del río. A ello parece responder el proyecto *LINDE* adjudicado a una empresa con plazo de ejecución de 18 meses y que tiene como fin, entre otros, la definición de las líneas de inundación en los terrenos objeto del proyecto regional. Teniendo en cuenta las manifestaciones del organismo de cuenca en las que parece compartir la opinión sobre la necesidad de elaborar un estudio más profundo y preciso de la inundabilidad de los terrenos, solicitamos a la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León la remisión de un informe en el que emita su parecer al respecto.

La Consejería de Fomento en un breve escrito de tres líneas reitera una respuesta anterior, en la que se remitía al informe emitido por la Confederación sobre la inundabilidad de los terrenos donde ubica la *Ciudad del Medio Ambiente*. Por su parte la Confederación se refiere a las dos cuestiones planteadas por esta Defensoría: 1) no cabía en absoluto tener por definitivo, fiable -ni, por tanto, bastante para adoptar una decisión sobre el emplazamiento- que el proyecto regional se situara fuera de las tres zonas de inundación frecuente, ocasional y excepcional, puesto que las Normas de Explotación se refieren a un ámbito fluvial muy largo y se considera necesario detallar más la inundabilidad de la zona con el proyecto *LINDE*; 2) hay una evidente descoordinación y omisión de actuaciones entre algunas de las administraciones públicas que intervienen en este supuesto. Pero al respecto la Confederación entiende que los informes que ha emitido en relación al "Proyecto Regional de la Ciudad del Medio Ambiente en la provincia de Soria" han dado respuesta puntual a todas las cuestiones planteadas insistentemente por los reclamantes, cumpliendo escrupulosamente la ley 27/2006, de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

1. Por lo que respecta a la inundabilidad de los terrenos, las mencionadas Normas de Explotación, si bien se refieren a un ámbito fluvial muy largo (no mucho mayor que el *LINDE*) no por ello contienen, a juicio del organismo de cuenca, un análisis menos riguroso, habiéndose utilizado las mejores técnicas disponibles en su momento, técnicas que no deberían ser corregidas por ningún estudio posterior sino completadas, aclaradas o perfeccionadas, al trabajar con datos más actualizados. De hecho, la información disponible del proyecto de "Deslinde del Dominio Público Hidráulico en el Alto Duero, Soria", encuadrado dentro de los proyectos *LINDE*, viene a confirmar que las líneas de

inundación de las Normas de Explotación se sitúan del lado de la seguridad respecto a las actuaciones del Proyecto Regional.

2. En relación al cumplimiento de los principios de colaboración y coordinación entre administraciones y precisamente -para colaborar con la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León, promotora del proyecto de la *Ciudad del Medio Ambiente*, a petición del Director General de Vivienda, Urbanismo y Ordenación del Territorio-emitió la Confederación el informe preceptivo (25.4 LA). En este informe se contemplan todas las cuestiones de competencia del organismo de cuenca, trasladándose información en relación al "régimen de aprovechamiento de las aguas continentales o a los usos permitidos en terreno de Dominio Público Hidráulico y en sus zonas de servidumbre y de policía", además de la definición de las zonas de inundación contenidas en las Normas de Explotación, que exceden la zona de policía sobre la que el organismo de cuenca tiene tutela directa. Destaca que las actuaciones a desarrollar se sitúan fuera de las tres zonas de inundación frecuente, ocasional y excepcional, según sean alcanzadas por las avenidas de 50, 100 y 500 años de período de retorno, respectivamente, lo que mejoraba sustancialmente la propuesta inicial que preveía actuaciones en su interior.
3. En dicho informe, precisamente para evitar la descoordinación de actuaciones entre administraciones y pese a no ser específicamente su objeto, informó el organismo de cuenca a la Consejería de Fomento de la puesta en marcha del proyecto de Deslinde del dominio público hidráulico en el Alto Duero, cuya finalización estaba prevista para finales de noviembre de 2008. Una vez concluidos los trabajos de deslinde y recibidos por el Ministerio, se trasladaría a la Consejería de Fomento el estudio de deslinde, para dar cumplimiento a los principios de coordinación y colaboración entre administraciones públicas. Por otra parte, dado que es la administración autonómica la promotora del Proyecto Regional de la *Ciudad del Medio Ambiente* y debido a su envergadura, le parece lógico al organismo de cuenca pensar que esta última podría haber abordado, antes de redactar el proyecto de la Ciudad del Medio Ambiente, la realización de un estudio hidrológico-hidráulico e incluso haber incoado un procedimiento de apeo y deslinde del DPH (artículo 241 RDPH).
4. En definitiva, la Confederación ha trasladado a la Consejería de Fomento la mejor información disponible, no existen actualmente indicios de que las actuaciones proyectadas se sitúen dentro de la línea de inundación para la avenida de 500 años de período de retorno, que es (14.RDPH) la que define las zonas inundables. De otra forma, si los trabajos realizados hasta la fecha hubieran inducido a pensar lo contrario, se habría dado traslado de forma inmediata a la Junta de Castilla y León.
5. Desde su punto de vista hubiera sido deseable que la Junta de Castilla y León acompañara sus actuaciones en la *Ciudad del Medio Ambiente* con los trabajos de deslinde abordados por el organismo de cuenca, pero esta cuestión excede del ámbito de competencias de la Confederación.

Sin embargo, como hemos señalado la propia Confederación en un primer informe, después de aludir a las Normas de Explotación en situaciones extraordinarias, decía textualmente lo siguiente:

“... No obstante, dado que las citadas normas se refieren a un ámbito fluvial muy extenso en longitud, se considera necesario detallar más la inundabilidad de la zona. En este sentido, el proyecto LINDE (Proyecto de Delimitación del Dominio Público Hidráulico) se ha revelado como instrumento más preciso que las Normas de Explotación para la delimitación de las zonas inundables. De hecho, desde el Ministerio de Medio Ambiente se está reforzando su uso como herramienta de delimitación del dominio público hidráulico y de las zonas inundables. De ahí que esta Confederación haya puesto en marcha el proyecto de “DESLINDE DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO EN EL ALTO DUERO, SORIA” encuadrado dentro del conjunto de los nuevos Proyectos LINDE, que establecerá entre otras cuestiones la definición de las líneas de inundación en los terrenos objeto del citado Proyecto Regional. Dicho Proyecto fue adjudicado definitivamente a la empresa... el 29 de diciembre de 2006 (BOE núm. 52 de 1 de marzo de 2007). Con fecha 21 de febrero de 2007 se firmó el contrato, cuyo plazo de ejecución es de 18 meses.”

Este párrafo del primer informe de la Confederación se sumaba al hecho de que los reclamantes manifestaran su preocupación; pues como quiera que el plazo de elaboración del proyecto era de 18 meses, entendían que cuando estuviera ultimado, las obras del proyecto de la *Ciudad del Medio Ambiente* estarían en un estado muy avanzado de ejecución, y, por tanto, ya no podrían ser paralizadas. Entendían, por tanto, razonable y conveniente que se terminara el estudio sobre la inundabilidad de los terrenos que se estaba llevando acabo (*LINDE*), antes de aprobar el proyecto y con mayor motivo antes de que se ejecutara. Ello llevó al Defensor del Pueblo a dirigirse nuevamente a ambas administraciones (Consejería y CHD) e incluso a formular un Recordatorio de deberes legales para que ambas se coordinasen, colaborasen e intercambiaran información a los efectos de alcanzar una solución consensuada. Incluso ya apuntamos a la Consejería que por este motivo entendíamos que debería paralizar el proyecto hasta que se conocieran los resultados del proyecto *LINDE* y quedasen claramente delimitadas las líneas de inundación, de forma que el proyecto quedara finalmente emplazado más allá de tales líneas y se garantizara la seguridad de las personas. Esta recomendación se dirigió a la citada Consejería con carácter informal. El objeto de la queja, o sea la posibilidad de implantar usos del suelo en zona inundable, merecía un examen cuidadoso, y no parece que sea éste un asunto menor en que la verificación sea nunca de más y bastante. Pero la Consejería no supo llevar al convencimiento de los reclamantes que no hay tal posibilidad razonable de inundación, con datos concluyentes obtenidos con los mejores estudios y sistemas disponibles. No basta el convencimiento de la Consejería, sino que ha de saber trasladarlo a los demás.

1.1.5 Ejecución del planeamiento urbanístico. Urbanizaciones ilegales

La exposición de los problemas en la ejecución del planeamiento urbanístico son tratados en este informe monográfico no sólo en este capítulo sobre planeamiento urbanístico sino también al hilo del esquema legislativo del recurso natural, del agua (§2), lo mismo que la fase ulterior de la edificación y de los controles de la legalidad urbanística, asuntos aquí que, frente a lo que nos parece que ocurre en los planes urbanísticos, resultan interesantes examinados desde la perspectiva no de la ordenación de los usos del suelo (reparcelación, licencia de obras, infracciones urbanísticas) sino de las exigencias propias de la preservación y uso del recurso mismo, el agua en este caso. Ello no quiere decir que no encontremos en la ley de aguas instituciones que obedezcan a la equidistribución de beneficios y cargas, como veremos por ejemplo al tratar de las comunidades de regantes. Conviene recordar aquí que las administraciones urbanísticas deben elevar al órgano colegiado de gobierno, periódicamente, un informe de seguimiento de la actividad de ejecución del plan considerando la sostenibilidad ambiental (15.5 LS). No entraremos en el informe de seguimiento, acerca del cual disponemos de muy escasos datos.

- *Introducción: tolerancia municipal ante urbanizaciones incompletas, responsabilidad de los dueños*

Las comunidades de propietarios suelen exponer problemas, por ejemplo por el vertido de residuales, que no siempre es posible atender. Ante casos de sanciones por vertidos ilegales (sistema de saneamiento irregular), comunicamos a los ciudadanos que se dirigen a nosotros que la queja no parece admisible a trámite porque en esos casos la sanción ha sido correctamente impuesta. Se han producido los hechos que originaron el expediente (por ejemplo, vertidos con riesgo de contaminar aguas subterráneas en un acuífero de interés local) y tales vertidos son responsabilidad de quienes los originan, es decir quienes habitan la urbanización, digamos los dueños de los inmuebles habitables.

Ello no lo subsana un sistema de vertido existente que hasta el momento haya contado con la tolerancia municipal, pues si la urbanización irregular existe desde hace décadas ello quiere decir que lleva décadas sin regularizar. Así lo reconocen los mismos ayuntamientos, que no dejarían de tener responsabilidad en esa tolerancia cuando tiene clasificado el suelo como ‘urbano’ aunque, según sus propias palabras, la comunidad de propietarios ha iniciado los trámites de regularización, es decir que faltan infraestructuras que deberían existir, entre ellas nada menos que las de vertido.

Por supuesto, lo mismo ocurre con la falta de suministro de agua potable. La solución de estos problemas suele resultar difícil, y en ocasiones se antoja virtualmente imposible. Vemos a continuación por separado algunas facetas del conflicto, que se establece entre ordenación urbanística y derechos elementales, sobre todo el de disfrutar de una vivienda digna.

- *Urbanizaciones ilegales, problemas de suministro y licencia de primera ocupación. Planteamiento y doctrina de los tribunales*

Las quejas provienen, como cabe esperar, de quienes se ven sin suministro o saneamiento, e incluso son sancionados como responsables de infringir obligaciones relativas a las aguas, a fuer de infringir sus obligaciones urbanísticas, que por otro lado el ayuntamiento no atajó cuando debió y pudo, con mucha más facilidad entonces, o sea cuando se iniciaba la edificación. Lógicamente, aunque no siempre sin comprobaciones previas cuando las necesitamos, las quejas no son admitidas a trámite. Es claro que una sanción ha sido correctamente impuesta si se han producido los hechos (por ejemplo, vertidos con riesgo de contaminar aguas subterráneas) que son responsabilidad de quienes los originaron, es decir quienes promueven y después de quienes habitan la urbanización. Esto produce iniquidades intolerables si pensamos en terceros de buena fe, algo no obstante que no siempre se da, hay numerosos casos en que nos resulta imposible poder admitir la alegación de desconocimiento.

Estas situaciones no se subsanan con sistemas de suministro o de vertido inadecuados, que a veces ni siquiera existen; ni por que hasta el momento se haya contado con la tolerancia municipal, pues acabamos de decir que si una urbanización ilegal existe desde hace décadas ello significa que lleva décadas sin legalizarse, o sea sin acciones dirigidas a resolver tan graves carencias. Desde luego el ayuntamiento tiene responsabilidad directa de esa tolerancia.

Naturalmente podemos estar ante viviendas carentes de abastecimiento domiciliario de agua potable. Una situación así puede muy bien llegar de la mano de hechos como los siguientes. Partimos de que, dado que una urbanización es ilegal, hay denegación municipal de suministro del servicio de abastecimiento de aguas. Según la información que recabamos de la corporación municipal, las viviendas están fuera de ordenación, no está prevista su expropiación ni la demolición. Como cabe esperar, ha prescrito cualquier infracción urbanística ni cabe por tal motivo la reposición de la legalidad ni la imposición de sanciones. El único efecto es que la vivienda queda en situación de fuera de ordenación, no puede el ayuntamiento requerir licencia de primera ocupación ni cualquier otra autorización precisa. En estas viviendas únicamente pueden llevarse a cabo obras de conservación, mantenimiento y, en general, todas las que no prolonguen la vida del inmueble.

El problema está en que la administración no autoriza el suministro de agua mientras las viviendas no se legalicen y para ello deben ajustarse al planeamiento urbanístico. Es obvio que esta adecuación que el ayuntamiento exige puede pasar en la actualidad por demoler las edificaciones, desajustadas al PGOU. Asimismo podrían “legalizarse” si un nuevo plan estableciese parámetros distintos.

Pero fuera de estas posibilidades, entiende esta Institución que el ayuntamiento está obligado a paliar aunque sea de forma provisional la situación descrita, esto es la

carencia absoluta de un servicio básico propio del uso residencial, carencia que convierte el inmueble en inhabitable. El TS viene manteniendo que la situación de fuera de ordenación no puede considerarse “como motivo cuasi punitivo” que impida un aprovechamiento del inmueble o lo degrade hasta parecer una expropiación sin indemnización. Por ello, a juicio de esta Institución debería autorizarse en las viviendas el *suministro* de agua, máxime si nos encontramos ante viviendas situadas en suelo urbano. El propio TS admite la posibilidad de otorgar licencias condicionadas aun cuando se trate de edificios fuera de ordenación, posibilidad abocada a abusos si no es aplicada con cautela, sentido definido y rigor.

Si las viviendas se encuentran en suelo urbano, ha de solicitarse al ayuntamiento un pronunciamiento sobre la cuestión, que valore la posibilidad de autorizar la realización de las obras necesarias para efectuar el enganche a la red general municipal de abastecimiento, obras que, en principio, pueden ser de escasa entidad constructiva, urbanística y económica, ya que responderían a aquellas tendentes a asegurar que las viviendas reúnen las condiciones mínimas de seguridad, higiene y ornato, lo que implica necesariamente que cuenten con agua potable domiciliaria.

Además, la ejecución de las obras no supone un cambio en el valor del terreno que no tuviera antes, pues la dotación de este servicio en ningún caso incide en la calificación del suelo. A través del condicionamiento de la licencia, el afectado puede elegir entre la realización o no de las obras y queda advertido de que la ejecución no supondrá un incremento del valor de expropiación del bien cuando llegue el momento, siempre que las obras no representen una mayor consolidación y modernización del edificio en su conjunto ni incrementen el volumen edificado; en suma, que el titular afectado tenga presente que la realización de las obras no le atribuirá más derechos de los que tendría si tales obras no se llevasen a cabo. Éste es el sentir casi unánime en la jurisprudencia y la doctrina, plagado con todo de dificultades dados los intereses contrapuestos.

Esta Institución no puede oponer ninguna objeción a la denegación a los interesados de la legalización de sus viviendas, pues comprobamos que no se ajustan al PGOU del municipio. Pero la posición de los ayuntamientos ante la propuesta del Defensor del Pueblo puede continuar siendo negativa y con relevantes objeciones: Si hay imposibilidad de legalizar las viviendas, como consecuencia de ello la hay de otorgar la licencia de primera ocupación, imprescindible para contratar el suministro de agua con las compañías suministradoras (por ejemplo, artículo 175 ley 2/2002, de ordenación urbanística de Andalucía).

Llegados a este punto, y como esta Defensoría tiene el propósito de mantener su parecer (que se facilite a las viviendas el acceso al *abastecimiento* de agua sin que se legalicen ni se otorguen licencias de primera ocupación), exponemos a continuación los motivos por los que se considera que debe ser reconocido ese derecho por el ayuntamiento.

La licencia de primera ocupación sirve para comprobar que lo construido se ajusta a la licencia de obras, que en estos casos ni siquiera se otorgó ni es posible su posterior otorgamiento a través de la legalización. Pero si no puede otorgarse esta licencia, no debe considerarse ello obstáculo para que una vivienda pueda verse beneficiada con una autorización municipal para el acceso al suministro de agua potable.

En síntesis, la jurisprudencia es la siguiente. Algunas sentencias del TS (casos del artículo 185 LS 1976) declaran que finalizado el plazo de cuatro años de prescripción de la acción de restitución de la legalidad urbanística, ciertamente la administración pierde su facultad para exigir la legalización de las obras ejecutadas y de, en su caso, imponer su demolición, Pero no por ello y de ningún modo se produce la legalización de lo construido *ope legis*. A su vez, mantener que de la imposibilidad de legalización y de la persistencia indefinida de esta situación deriva también la imposibilidad de usar lo construido cuando el uso está permitido, es totalmente insostenible ya que la analogía con la situación de los edificios fuera de ordenación lleva a que lo construido no sea completamente intangible, hay posibilidad de utilización. El TS considera fuera de razón que se deniegue una licencia de apertura si contra su otorgamiento se invoca solo, por ejemplo, la persistencia de una infracción urbanística y la no demolición del exceso constructivo, pero no ningún impedimento originado por la normativa urbanística o de la propia actividad. Con tal actitud se está mostrando el intento de conseguir lo que ya no puede lograrse tras la falta de reacción municipal en tiempo, pero no cabe impedir que un edificio se utilice conforme a los usos para los que fue construido, si no contravienen lo reglamentado, finalidad de la intervención administrativa en la apertura de establecimientos. La declaración de un edificio como fuera de ordenación no implica su inmediata desaparición ni su condena como bien económico-social, la ley permite su uso y aprovechamiento y su conservación para la finalidad con que fue construido; se permite realizar en él pequeñas reparaciones que exija la higiene, ornato y conservación, considerándose como tales las obras de acondicionamiento de locales para adaptarlos a las nuevas necesidades de sus titulares, siempre naturalmente que la naturaleza del uso no vaya contra lo dispuesto por la normativa urbanística.

Esta Institución no puede compartir plenamente esta doctrina del TS. En los edificios fuera de ordenación por haber prescrito el plazo para reaccionar ante una obra sin licencia u orden de ejecución, o sin ajustarse a sus condiciones, ha de admitirse el uso que se le esté dando (siempre que corresponda al asignado en la zona); pero no es el caso si hablamos de la licencia de primera ocupación. Es cierto que hay algún precedente discordante, pero el TS no acepta que el infractor de la legalidad urbanística se vea favorecido por la prescripción de la infracción extendiendo sus derechos más allá de mantener lo ilegalmente construido. El TS sostiene que el uso contrario al plan en una edificación ilegal no puede adquirirse por prescripción, aunque haya caducado la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, por eso si según el artículo 21.1.d RSCL la licencia de primera ocupación tiene por objeto comprobar si el edificio puede destinarse a determinado uso, la denegación de esa licencia lleva consigo la imposibilidad de ocupar y usar el edificio. Sin embargo, ese control, de que el uso

corresponda al asignado a la zona en que se encuentra el edificio y de que éste reúna las condiciones técnicas de seguridad y salubridad, recae no en las circunstancias urbanísticas de la edificación sobre la que se realiza el uso. Ciertamente, el artículo 21.2 RSCL comienza diciendo que en todo tipo de licencias a que el precepto se refiere se examinará si el acto proyectado se ajusta a los planes de ordenación urbana, pero tratándose de licencia de primera ocupación el TS declara que es en la licencia de obras, que debe precederla, donde la administración ha de realizar ese control de adecuación de la obra a la legalidad urbanística, de forma que una vez concedida la licencia de obras, en la de primera ocupación ha de limitarse a verificar si la obra se ajusta a la licencia concedida, y no puede aprovecharse la ocasión de pronunciarse sobre la primera ocupación para revisar la licencia de obras (sentencias de 10 de marzo de 1999 [RJA 1999, 2172] y 14 de diciembre de 1998 [RJA 1998, 10102]). Si las circunstancias urbanísticas que debieron ser objeto de licencia de obras no pueden revisarse al examinar una petición de licencia de primera utilización, tampoco cabe denegar ésta cuando pese a haberse erigido una edificación sin licencia y en contra del planeamiento, ha caducado el plazo concedido a la Administración para el ejercicio de su potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística y el uso pretendido se encuentra entre los autorizados en la zona. Pero esta consecuencia no implica la legalización de la obra ejecutada, sino el mantenimiento del uso que de hecho ha estado llevándose a cabo desde su construcción, y ni siquiera supone una traslación automática para aquella edificación del régimen de fuera de ordenación puesto que (STS 15 de febrero de 1999, RJA 1999, 679) ‘lo construido sin licencia y en contra de la normativa urbanística puede considerarse como fuera de ordenación, en el sentido de que no se ajusta a la legalidad urbanística, pero se diferencia del supuesto de hecho previsto en el artículo 60.1 TRLS [1976] en que las obras eran ya ilegales en el momento mismo en que se estaban llevando a cabo’, por lo que ‘el transcurso del plazo de cuatro años desde la ejecución de las obras sin licencia o contrarias al planeamiento impide al Ayuntamiento la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística prevista en el artículo 184.3 TRLS, pero no otorga al propietario de las mismas otras facultades que las inherentes al *mantenimiento de la situación creada*, esto es la de oponerse a cualquier intento de demolición de lo construido o de la privación del uso que de hecho está disfrutando’, siempre que este uso no se oponga al permitido por el plan para la zona de que se trate.

Por otra parte, el titular de una vivienda ilegal tiene derecho a que se le otorgue licencia de obra para su reparación por exigencias de la higiene, y no puede concebirse la higiene en una edificación sin acceso a agua potable. Si para la contratación del agua potable con las compañías suministradoras es preciso que el solicitante aporte la licencia de primera ocupación, y si dicha licencia no puede ser otorgada porque ha de estar precedida por una licencia de obras, que en este caso no es posible otorgar por ser ilegalizables las ejecutadas, entonces la consecuencia no puede ser que se prive al interesado del acceso al suministro de agua potable *sino posibilitarlo otorgándole licencia de obras para efectuar el enganche* de la vivienda a la red general municipal de abastecimiento de agua. El presupuesto normativo del suministro de agua no es, contra

lo que pueda parecer, la licencia de primera ocupación (prueba de ello es el suministro de agua para obras de edificación), esta licencia es simplemente un requisito para la celebración del contrato de suministro que, salvo venir impuesto legalmente, puede ser dispensado por el ayuntamiento si, como es el caso, la infracción ha prescrito y el uso está permitido por el plan urbanístico.

El final de estos casos puede ser una sugerencia al ayuntamiento, como la siguiente: Proporcionar a las viviendas ilegales la contratación del suministro de agua potable sin el requisito de aportar la licencia de primera ocupación para permitir su acceso a la red general municipal de abastecimiento, y en consecuencia otorgar licencia para la ejecución de *exclusivamente* las obras que posibiliten ese acceso.

Otros ejemplos relacionados con la ejecución del planeamiento no pueden ahora ser más que mencionados, como el de la construcción de un vial previsto en el planeamiento que puede afectar al dominio público hidráulico. Evidentemente lo primero sería comprobar si el proyecto de obras ha sido supervisado por el organismo de cuenca, algo con lo que deberíamos contar si estamos ante proyectos serios (parece imposible que un proyecto de carretera o de ferrocarril no se detenga a considerar que la infraestructura puede afectar a un curso de agua).

Pero por si acaso, el organismo de cuenca ha de ejercer adecuadamente sus funciones de protección y control del dominio público hidráulico, zonas de servidumbre y policía, verificando que quede garantizada la conservación de los cauces fluviales que pudieran verse afectados por el desarrollo urbanístico. Eventualmente el organismo de cuenca puede requerir al ayuntamiento la realización de modificaciones en el proyecto de urbanización. No pueden iniciarse las obras de ejecución de un vial sin que se haya modificado el proyecto de urbanización en el sentido que apunte el organismo de cuenca, y tramitada y otorgada por éste la correspondiente autorización, preceptiva si las obras afectan al dominio público hidráulico. Veremos después no obstante en qué condiciones la supervisión por el organismo de cuenca del planeamiento urbanístico puede hacer que la autorización no sea necesaria. También ha de atenderse a la posibilidad de que para poder iniciar las obras de, por ejemplo, un vial fuese necesario introducir modificaciones razonables que no entrañan mayor dificultad en su resolución y podrían ser asumidas fácilmente por el ayuntamiento.

El Defensor del Pueblo considera pues que la doctrina del TS parece necesitada de revisión o al menos de una seria matización, pues además de los intereses examinados hay que considerar lo anormal de que de la suma de dos infracciones de ley (ilegalidad urbanística + omisión municipal de reacción a tiempo) se obtenga un beneficio, directo para el promotor y usuarios de la construcción ilegal, indirecto para el ayuntamiento que se libra de un problema; y el perjuicio se reparta entre los demás, particularmente los vecinos no infractores. Fijémonos en que hay un perjuicio para los demás, o desigualdad que puede llamarse archinegativa: peor trato a quien cumple la ley, especialmente porque él sí ha respondido de las cargas urbanísticas. El modo cabal de resolver la paradoja es equidistribuir beneficios y cargas, éstas costeadas por los beneficiarios directos asumiendo las obras de urbanización necesarias, además de las acometidas al

suministro. Veamos en el siguiente punto las razones que nos llevan a nuevas soluciones en el sentido apuntado.

- *Urbanizaciones ilegales: Opinión del Defensor del Pueblo sobre el suministro de agua y la licencia de primera ocupación*

La autorización para conectar con los servicios públicos -a nuestros efectos abastecimiento de agua- en edificaciones construidas en suelo no urbanizable y/o sin licencia, debería atenerse a lo siguiente. Primero, para que se produzca la prescripción de una infracción urbanística es necesario que hayan transcurrido más de cuatro años desde que las obras se entienden terminadas, plazo que empieza a contar desde la total terminación o desde que, en su caso, cesen los usos del suelo. Acreditada la prescripción, no es posible la reposición de la legalidad urbanística ni la imposición de multas. Segundo, el ejercicio de la potestad sancionadora no tiene limitación temporal cuando la infracción es de protección del patrimonio natural y medio ambiente. En general todas las infracciones que afectan a sistemas generales, zonas verdes, espacios libres, viales, equipamientos, espacios naturales especialmente protegidos, no están sujetas a plazo de prescripción. Para apreciar el carácter prescriptible o imprescriptible de la infracción ha de atenderse a la clasificación del suelo en el momento de los hechos. Por consiguiente la reclasificación o, en su caso, recalificación del suelo posterior a la fecha de la infracción es irrelevante a tales efectos.

Entonces el ayuntamiento lo único que puede hacer es declarar fuera de ordenación la edificación, con las consecuencias inherentes a esta situación, que consisten en dos grandes limitaciones a la facultad de uso y disfrute que a todo propietario corresponden: 1ª Que la vida del inmueble queda limitada al no permitirse obras de consolidación ni, por supuesto, de rehabilitación; y 2ª Que el uso del inmueble sufre importantes limitaciones y la rentabilidad puede verse gravemente afectada.

Es decir, no pueden realizarse en los inmuebles obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de valor. Sin embargo, ya hemos visto que la jurisprudencia ha tenido que poner freno a excesos interpretativos que pretendían privar o prácticamente expropiar sin indemnización el uso y disfrute, bien prohibiéndolo bien degradándolo. A tenor de esta jurisprudencia, no puede negarse el acceso a los servicios fundamentales (agua, luz, electricidad, alcantarillado, etc) sin los cuales la construcción además de ilegal sería inutilizable. Otra cosa es que los ayuntamientos o las empresas suministradoras tengan la obligación de llevar a cabo las obras y trabajos precisos para el suministro, obras que deben costear los propietarios de las edificaciones localizadas en suelo rústico, o mejor dicho no urbanizado. Sólo en el supuesto de que las conducciones pasaran inmediatamente a sus construcciones podría exigirse que fueran a costa del ayuntamiento⁷.

⁷ No entramos en la financiación de los costes de las obras para instalar estos servicios en cualquier supuesto -no solo en SNU; no por irrelevante sino por razones de espacio y del tipo de materias que

El Defensor del Pueblo no siempre aplica a rajatabla los criterios jurisprudenciales, pues la solución justa y adecuada depende mucho del suelo y de si ostenta valores que merezcan protección; y por supuesto de la entidad constructiva de las obras que deban realizarse para dotar al inmueble de ese servicio. Además, muchas veces las obras solicitadas son de tal entidad que podría ocurrir que la parcela de suelo urbanizable fuera adquiriendo, sin quererlo el planeamiento, el carácter de suelo urbano, al menos en su categoría de no consolidado, lo que implicaría la adquisición de unos derechos y un aumento del valor de los terrenos *extra ordinem* o sin seguir ninguna de las técnicas urbanísticas previstas por la legislación para equidistribuir los beneficios y las cargas urbanísticas.

Ahora bien, partiendo de estas premisas -es decir, que conviene ponderar caso por caso- con carácter general entendemos que la jurisprudencia viene aceptando en edificios declarados fuera de ordenación aquellas obras que persiguen la adaptación del inmueble a las necesidades del propietario -siguiendo criterios de higiene, ornato y conservación-, siempre y cuando no supongan consolidación, aumento de volumen, modernización o aumento del valor de expropiación. Por lo tanto, la cuestión a dilucidar sigue siendo *si la obra necesaria para implantar ese servicio es encuadrable entre las que la normativa permite en los edificios fuera de ordenación.*

Además de la jurisprudencia para determinar el alcance que el Tribunal Supremo, máximo intérprete de la legislación urbanística (en 149.1. 1ª CE, en lo demás los TSJ), otorga al contenido del artículo 60 LS76, de 9 de abril, que precisamente regula estas edificaciones declaradas fuera de ordenación, tenemos la siguiente relación de disposiciones aplicables:

Regulación estatal: artículo 60 LS76; ahora 19.2.a, 22.3 y 35.a LS08;

Regulación autonómica:

Andalucía: artículos 34.b, 160.1.f y Disposición adicional 1ª LOUA

Asturias: artículos 107, 204.5 y 234.6 TROTUA

Aragón artículos 70 LUAR y 151 RPA

Baleares: Ley 1/1988, disposición adicional 3ª DOTIB

Canarias: artículos 44 y 66.8 TROTCANA

Cantabria: artículos 88 LOTSUCA

Castilla-La Mancha: artículos 24.2 y 42.1 TROTAUCM y 20.9 y 157.2 RPCM

Castilla y León: artículos 64 LUCL y 98, 185 y 1863 RUCL

Cataluña: artículos 102 TRUCA y 119 RUCA

Extremadura: artículos 79 LOTEX y 137.2.2º RPEX

Galicia: artículos 103 LOUG

La Rioja: artículos 101 LOTURI

Madrid: artículos 64.b y 221 LSM

estamos tratando. No obstante, véanse más adelante en epígrafe aparte unas notas muy generales sobre el criterio de la Institución al respecto.

Murcia: artículos 94 y 98.f TRSUMU

Navarra: artículo 84 LOTUNA

Comunidad Valenciana: artículos 111 LUV y 148.6 RUV

País Vasco: artículo 101 LUPV

Volvamos un momento a la jurisprudencia. Citamos -por todas- las sentencias de 22 de mayo de 1991 y 2 de octubre del mismo año. Concluyen que *“la ‘ratio legis’ de dicho precepto radica en la consagración del ‘desideratum’ de que el edificio fuera de ordenación no prolongue su existencia más allá de lo que cabe esperar de él por el estado de sus elementos componentes antes de pensar en la posibilidad de acometer en el mismo determinadas obras, pero ello armonizado con el principio de que la desordenación de un edificio no implica ‘ipso facto’ ni su desaparición ni su condena como bien económico-social”*. Lo que explica el Tribunal refiriéndose a la necesidad de que, mientras se ejecutan las previsiones del nuevo planeamiento, deben aceptarse las medidas tendentes a garantizar la continuidad de uso y funcionamiento de los edificios. Carece de justificación destruir o disminuir por anticipado la prosperidad económica o la utilidad social del inmueble, sería contrario al interés general. Y concluye manifestando que *“merece la calificación de autorizable la obra que procura a los usuarios del edificio fuera de ordenación mayores comodidades, higiene y confort cuando sólo implica reformas que para nada inciden en sus elementos fundamentales y estructurales y, por tanto, en su estado de vida”*. A estos efectos, el TS viene manteniendo la posibilidad de otorgar licencias aun cuando se trate de edificios fuera de ordenación, condicionándolas.

Por tanto, ya lo adelantamos páginas atrás, las sugerencias del Defensor del Pueblo suelen ir encaminadas a que, al menos, se valore la posibilidad de autorizar la realización de las obras necesarias para efectuar el enganche de estas vivienda a las redes generales municipales, obras que, en principio y salvo que los ayuntamientos a los que nos dirigimos acrediten lo contrario, serán de escasa entidad constructiva, urbanística y económica, ya que responderían a aquellas tendentes a asegurar que la vivienda reúna las condiciones mínimas de seguridad, higiene y ornato, lo que implica necesariamente que cuente con esos servicios a los efectos de que precisamente pueda ser considerada como tal vivienda. Es necesario también advertir que la ejecución de las obras no puede suponer una transformación del valor del terreno que no hubiera ostentado con anterioridad, por cuanto la dotación de este servicio en ningún caso incide en la calificación propia del suelo (estamos hablando de construcciones fuera de ordenación).

A través del condicionamiento de la licencia, el afectado podría elegir entre realizar o no determinadas obras quedando advertido de que la ejecución no supondrá un incremento del valor de expropiación del bien cuando llegue el momento, siempre que las obras no representen consolidación y modernización del edificio en su conjunto ni incrementen el volumen edificado; en suma, que el titular afectado tenga presente que la realización de las obras no le atribuirá más derechos sobre los que tendría si las obras no se realizaran. Lo anterior evitaría los perjuicios generados a los ciudadanos por la inejecución durante años de los instrumentos de planeamiento, dado que la denegación

de las licencias de obra en estos casos impide el uso o disfrute de un bien privativo, lo cual sin duda lleva consigo una limitación del derecho de propiedad.

En conclusión, se defiende, dependiendo de los casos, que se permitan estas obras para garantizar el suministro de agua. Pero hay objeciones por posible vulneración o incongruencia con el artículo 25.4 LA, pues como se trata de obras para edificios fuera de ordenación, el organismo de cuenca no ha tenido oportunidad de informar sobre la suficiencia de recursos hídricos desde el punto de vista de la planificación. Es inobjetable que desde un punto de vista ambiental (de protección del recurso) no debería permitirse la implantación del servicio; pero hay razones poderosas para no detenernos ahí: En esas viviendas vive gente que tiene unos derechos y es muy difícil que el Defensor del Pueblo pueda afirmar de una forma tajante que la protección del recurso (agua) nos lleve directamente a admitir la denegación sistemática de la autorización de las obras para implantar el suministro. Ante este dilema, el Defensor del Pueblo sigue la pauta de estudiar y valorar cada caso y, en el supuesto de que ello sea posible, proponer que se suministre el agua. En dicho análisis tenemos en cuenta:

- El derecho a una vivienda digna y adecuada, y
- El derecho de los demás al agua suficiente y a la preservación del recurso (agua y demás recursos).

Cuestión distinta es que deba concederse licencia de primera ocupación a estas viviendas como presupuesto previo al otorgamiento del servicio. Ya sabemos que hay alguna sentencia del TS aislada, pero la doctrina consolidada no adopta planteamientos dogmáticos:

a) Si bien es cierto que el artículo 21.1.d RSCL se refiere a la función de verificación que corresponde a la licencia de primera ocupación del uso zonal en que el edificio se encuentra (lo que por otra parte no es irrelevante si el uso zonal no es precisamente el residencial), ese control tiene como presupuesto la constatación de que la obra se ajusta al plan.

b) Para deshacer las consecuencias del anterior razonamiento no vale decir, como en alguna ocasión aislada ha dicho el TS, que la licencia de primera ocupación no puede servir para reexaminar la licencia de obra ya concedida, algo en lo que hay que estar de acuerdo, incluso (aunque sería más discutible) si la licencia se hubiera conseguido por silencio positivo; pero es claro también que de ello no se deduce que en ausencia de licencia de obras tampoco puede la licencia de primera ocupación examinar la adecuación de la obra al plan. Esto no es cierto porque:

b.i) La licencia de primera ocupación tiene como presupuesto necesario la de obras, esto es no hay licencia de primera ocupación sin la de obras previamente otorgada. Al respecto debe tenerse en cuenta que la licencia de primera ocupación es el título que urbanísticamente permite patrimonializar el derecho a lo edificado o, lo que es lo

mismo, si se obtiene (legalmente) licencia de primera ocupación queda legalizada a todos los efectos la edificación, o sea se ha patrimonializado urbanísticamente el derecho a la edificación puesto que la construcción es conforme al plan y conforme a la licencia de obra. Esto quedó claro en la LS 1992, que no hizo sino aplicar la jurisprudencia y doctrina unánimes aplicables al caso. Recordemos que si esta ley fue declarada inconstitucional -además de por motivos competenciales- ello se debió no a que estableciera una correlación inadecuada entre el cumplimiento de los deberes urbanísticos y el consecuente reconocimiento de los derechos, sino porque establecía una fragmentación en la concepción del derecho de propiedad que se juzgó incompatible con el artículo 33 CE, pero esta es otra cuestión. Y ahí reside precisamente el error: no vale decir que la licencia de primera ocupación no legaliza, lo cierto es que legal y dogmáticamente sí lo hace. Además, sostener que el otorgamiento de la licencia de primera ocupación contra plan no llega siquiera a producir los beneficios de un fuera de ordenación es otro error, puesto que ni el fuera de ordenación es equiparable a la infracción ya prescrita de las obras contra plan (salvo en algunos efectos), ni se puede afirmar que la licencia no produce efecto jurídico de consolidación de lo ilegalmente edificado, cuando, como hemos dicho antes, los produce todos.

b.ii) Precisamente por lo anterior el RSCL señala correctamente que la licencia de primera ocupación tiene que constatar que la obra se adecua al plan. La recta interpretación de este artículo nos dice sólo que si la licencia de obra se otorgó, la de primera ocupación no es expediente válido para revisarla, aunque fuera licencia ilegalmente otorgada.

b.iii) Una doctrina así incurre en una línea argumental -la de la argumentación *a fortiori*- por sí sola inadecuada, a veces, en la lógica deóntica o de las proposiciones de deber ser, vale decir en el razonamiento jurídico. La base del razonamiento con que disentimos es el siguiente: si la licencia de primera ocupación no puede entrar en la legalidad de la licencia de obra, con mayor motivo (*a fortiori*) tampoco podrá hacerlo faltando licencia. Mas resulta no ser así: puesto que no hay licencia de obra, la de primera ocupación verifica lo que aquella no pudo hacer (el control del supuesto de hecho y de los hechos determinantes, característico y típico de la técnica autorizatoria).

De lo anterior se siguen dos conclusiones:

1ª El Defensor del Pueblo no puede sugerir que se dé al reclamante la licencia de primera ocupación.

2ª Si lo que buscamos es que se le dé agua (que es la pretensión principal que hemos de considerar), tenemos que el presupuesto normativo del suministro de agua no es, en contra de lo que pueda parecer, la licencia de primera ocupación. La licencia es simplemente un requisito para la celebración del contrato de suministro y, salvo imposición legal, puede ser dispensado (su legalidad es incluso dudosa) por el ayuntamiento si (I) la infracción ha prescrito y (II) el uso está permitido por el plan, tal

y como todas las sentencias del TS admiten, pero en ningún caso previo otorgamiento de la licencia de primera ocupación, ésta no es aconsejable otorgarla pues terminaría un proceso urbanístico probablemente plagado de irregularidades, si no corruptelas .

- *Notas sobre financiación de las obras de enganche a los servicios básicos*

Los de agua y alcantarillado (26.2 LBRL) constituyen servicios mínimos cuya prestación es obligada para todos los municipios. Por esta clase de servicios el vecino puede requerir al ayuntamiento su prestación e incluso, el TS así lo ha reconocido, podría ejercitarse acción o recurso al respecto. En efecto, en los servicios de agua y alcantarillado hay que diferenciar: la red de distribución que transcurre por los viales y plazas frente a los inmuebles, las acometidas que conectan esta red con los inmuebles y las instalaciones de los inmuebles hasta el límite de la finca de que se trate. Aunque para el servicio de saneamiento no existe normativa que establezca la distinción, sí que existe en los servicios de suministro de energía eléctrica y abastecimiento de agua. Para este último supuesto, el RD 140/2003 de criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano, da en su artículo 2 una serie de definiciones que permiten distinguir:

- Gestor y/o gestores: persona o entidad pública o privada responsable de todo o parte del abastecimiento, o de cualquier otra actividad ligada al abastecimiento de agua de consumo humano.
- Abastecimiento: conjunto de instalaciones para la captación de agua, conducción, tratamiento de potabilización, almacenamiento, transporte y distribución del agua de consumo humano hasta las acometidas de los consumidores, con la dotación y calidad previstas en esta disposición.
- Red de distribución: conjunto de tuberías diseñadas para la distribución del agua de consumo humano desde la estación de tratamiento de agua potable ETAP o desde los depósitos hasta la acometida del usuario.
- Acometida: la tubería que enlaza la red de distribución con la instalación interior del inmueble y su llave de paso correspondiente.
- Instalación interior: el conjunto de tuberías, depósitos, conexiones y aparatos instalados tras la acometida y la llave de paso.

Tenemos entonces que en las acometidas, que van desde la red frontal al edificio y hasta la puerta del inmueble, corresponde al suministrador su instalación y el coste asociado. Así lo establecía la Orden del Ministerio de Industria de 9 de diciembre de 1975. Por lo tanto, aplicando estos criterios en el servicio de saneamiento, debe de ser de cargo del titular del servicio tanto la ejecución como el coste de la acometida desde la red general hasta la fachada del inmueble del particular. El artículo 20 LRHL, cuando regula el hecho imponible de las tasas dispone en su apartado 4 que *“conforme a lo previsto en el apartado 1 anterior, las entidades locales podrán establecer tasas por cualquier supuesto de prestación de servicios o de realización de actividades administrativas de competencia local, y en particular por los siguientes: ... r) Servicio de alcantarillado”*. Para evitar que la prestación del servicio sea excesivamente gravosa para el ayuntamiento, la LRHL permite que lo cobrado por las tasas, en su conjunto, sea suficiente para hacer frente al coste del servicio. Por ello debería tenerse en cuenta, para el establecimiento y cálculo de

la cuota tributaria, los costes medios en que incurra el ayuntamiento para prestar el servicio; así se evitará que el ayuntamiento cargue con un coste desmesurado.

En conclusión, como en cualquier otra prestación de servicios, el propietario sólo debe costear la instalación en su propiedad, fuera de ella la ejecución corresponde al titular del servicio.

1.1.6 Disciplina urbanística en suelo sujeto a limitaciones hidrológicas

Encontramos generalizada la idea de que los problemas de ordenación del suelo por causa del agua son asunto de los organismos de cuenca (por el agua) y no del ayuntamiento (por el suelo), aunque no parece necesario ningún razonamiento sofisticado para deducir de la gramática que no es así. De un enunciado como el del epígrafe (*disciplina urbanística en suelo sujeto a limitaciones por causa del agua*) sólo puede concluirse que se trata de un asunto relativo al suelo; y sea cual sea su causa -aquí el agua-, es un problema que concierne al ayuntamiento *además* de seguramente a otras instancias del poder público, e incluso a los particulares.

Tratamos en este apartado algunos de esos problemas. Por razones sistemáticas debería ser examinado aquí un grupo amplio, el relativo a las actuaciones sobre cauces públicos en zonas urbanas, incluso el dragado y el entubamiento, pero hemos considerado preferible, además de la presente mención, llevarlos al apartado de las zonas de protección de cauces (§2.3), pues la dependencia de estas actuaciones del planeamiento urbanístico es mucho menor.

• Errores en que incurre la administración municipal, en general

Los ayuntamientos incurren a nuestro juicio en muy importantes errores al respecto, y de ser conscientes de él estaríamos ante una infracción de la legalidad aún mayor; son errores de interpretación y concepción de las leyes, y de las funciones municipales atribuidas al órgano de la administración local, suficientemente relevantes como para que merezcan aquí las siguientes observaciones, de las que ya hemos dado cuenta a las Cortes Generales en informes anuales.

Una corporación municipal incurre, o se ampara, en un grave error de interpretación del derecho aplicable si entiende que se encuentra totalmente impedida por la legalidad para actuar o planificar la zona de policía de cuenca o de dominio público. Éste es un error equivalente a entender que la zona de servidumbre de protección litoral o el dominio público marítimo terrestre son ajenos a la potestad de planeamiento urbanístico. Que estos espacios estén sujetos a importantísimas limitaciones legales, como lo están las carreteras o los aeropuertos, no significa en modo alguno que no sean susceptibles de

determinaciones urbanísticas, de hecho casi siempre *necesitan* determinaciones de esta clase.

Esto es tratado en nuestras comunicaciones con los ayuntamientos una y otra vez. A pesar de ello, e incomprensiblemente, observamos que siguen incurriendo en los mismos errores, con graves consecuencias en cuanto a su concepción de la competencia y de la responsabilidad, términos éstos distintos y no necesariamente correlativos. Ante todo, ha de tenerse en cuenta que, por ejemplo, ante unas construcciones ilegales emplazadas en el término municipal, incluso si estuvieran situadas en dominio público hidráulico, el ente local continúa siendo la administración competente en disciplina urbanística; esto es así porque el río está en el municipio de que se trate y no en otra parte. En segundo lugar, estaríamos ante un asentamiento poblacional en el municipio, luego el ente primario para ocuparse del asunto nunca será otro que el ayuntamiento. La cosa no cambia, incluso es más clara, si las construcciones no están en el río ni en su cauce, sino cerca de él. La zona de servidumbre del cauce, las márgenes, *no* se encuentran incluidas en el dominio público hidráulico, de titularidad del Estado, con lo cual es inadmisibles entender que las competencias urbanísticas se encuentran desplazadas por las hidráulicas, cuando en realidad continúan intactas. La zona de servidumbre es inherentemente suelo objeto de ordenación urbanística, siquiera sea para limitar los usos a las previsiones de la ley de aguas; y un ayuntamiento no puede pretender que por tales limitaciones ese suelo sólo pueda ser objeto de supervisión administrativa por el organismo de cuenca. Es sobre todo el ayuntamiento quien debe ordenar paralizar las obras ilegales en curso o demoler lo indebidamente construido; y cuenta para ello con la colaboración del organismo de cuenca, a quien por su parte le cabe actuar conforme a su ámbito competencial propio.

Incluso en los aspectos formales tenemos que manifestar frecuentemente a los ayuntamientos nuestra extrañeza ante cierta terminología empleada. Es incorrecto calificar unos terrenos como “pertenecientes” a una confederación hidrográfica ya que la confederación no es titular de ningún terreno, los titulares de esos terrenos, por ser de dominio público hidráulico estatal (artículo 1.3 LA), son realmente todos los ciudadanos; o si están emplazados en zona de policía de cauce serán normalmente de titularidad privada.

Creemos que es a partir de este tipo de concepciones absurdas, y que en realidad vienen a desviar la responsabilidad propia hacia otros, desde donde comienzan los problemas, mucho más trascendentes a la postre que los de indisciplina urbanística. Es decir, y de ello trata el presente apartado 1.1, no vamos a referirnos a las construcciones ilegales por ocupación de dominio público hidráulico o de zonas de servidumbre fluvial o simplemente zonas inundables, sino a problemas antecedentes, de la fase de la planificación. Desde luego ha sido necesaria una selección, y así han tenido que quedar fuera de la presente monografía tantas cuestiones sobre ejecución de planes y de edificación cerca de los ríos; pero nos ha parecido preferible traer a colación asuntos de los que muchas veces traen causa esos asuntos no tratados, y que derivan del -a veces

disimulado- desinterés de los ayuntamientos, y de la administración urbanística en general, en todo aquello que no sea poder expedir cuanto antes licencias de obras y cobrar las tasas correspondientes, apropiarse de aprovechamientos urbanísticos e ingresar a la mayor brevedad los impuestos de bienes inmuebles urbanos.

- *Alteración de cauces y del régimen de corrientes*

La construcción de obras que puedan alterar los cauces fluviales o el régimen de corrientes constituye una intervención de fuerte repercusión en el entorno que debe limitarse a casos de extrema necesidad o de interés público debidamente justificados. En consecuencia la construcción por particulares de, por ejemplo, muros de escollera en principio sólo debe autorizarse si no producen alteraciones del cauce o de la corriente, ni tiene incidencia ecológica desfavorable o si la defensa de las personas o bienes así lo requiere.

A estos efectos, una obra no ha de ser legalizada atendiendo únicamente a que no haya producido daños en fincas aledañas. Al contrario, ha de justificarse las razones por que resulta necesario construirla, y comprobar o prever si ésta tiene o puede tener como consecuencia, por ejemplo, el estrechamiento del cauce de un arroyo o la modificación de su régimen de corrientes. En efecto, si pese a que en un boletín de denuncia formulado por el Guarda fluvial de la zona se indica que no existe peligro para un margen del arroyo y que la anchura del cauce es suficiente, puede haber informes posteriores en que se afirme justo lo contrario, por el transcurso del tiempo: que el cauce se ha estrechado, lo que puede ser origen de que se produzcan daños durante el período de lluvias en los terrenos colindantes al arroyo.

De acuerdo con los artículos 52.1 y 78 RDPH 1986, el procedimiento al que se sometían las solicitudes de autorización para la realización de cualquier tipo de construcción en zona de policía de cauces, debía ajustarse al determinado por la ley de procedimiento administrativo de 1958, en todo caso con un período de información pública por plazo no inferior a veinte días ni superior a dos meses. Además, ahora el artículo 42 LPC establece un plazo máximo para resolver las solicitudes de tres meses. En cuanto al procedimiento sancionador, de acuerdo con el artículo 20.6 del reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (aprobado por RD 1398/1993), si no hubiese recaído resolución transcurridos seis meses desde la iniciación, debe iniciarse el cómputo del plazo de caducidad (30 días) establecido en el artículo 43.4 LPC.

Tras las modificaciones que introdujo el RD 1771/1994 en el reglamento del dominio público hidráulico, el plazo de que disponía la administración para resolver las solicitudes de autorización quedó establecido en tres meses, ampliable a seis si el plazo de información pública hubiera sido superior a un mes o procediera la confrontación del proyecto. Transcurrido dicho plazo podía entenderse desestimada la solicitud (artículo

52.3) Por otra parte, la nueva redacción del artículo 332 RDPH impide que el tiempo para resolver el procedimiento sancionador exceda de un año contado a partir de la incoación del expediente. Por último, de acuerdo con la disposición adicional sexta LA, que en este aspecto incorpora las novedades de la ley 46/1999 de reforma de la LPC, los plazos para resolver y notificar la resolución en los expedientes sobre dominio público hidráulicos son:

- 1º. Procedimientos relativos a concesiones del dominio público hidráulico, excepto los previstos en el artículo 68: dieciocho meses.
- 2º. Procedimientos de autorización de usos del dominio público hidráulico: seis meses.
- 3º. Procedimientos sancionadores y otras actuaciones referentes al dominio público hidráulico: un año.

En realidad el anterior esquema nos servirá para todos los siguientes supuestos, sobre obras y actuaciones en zonas sometidas a limitaciones de uso, un conjunto de asuntos sobre los que se reciben numerosas quejas, generalmente no admisibles a trámite o infundadas, pero en las que conviene reparar.

- *Corta de árboles en zona de policía del río. Regueros*

Para poder cortar árboles sitios en zona de policía de un río, en terrenos de propiedad privada, se necesita ineludiblemente la autorización del organismo de cuenca, que debe otorgarla o no en función de la normativa de aguas. En ejercicio de tales competencias, es lógico y válido que una solicitud sea denegada porque, por ejemplo, los árboles que se pretende talar presenten un correcto crecimiento y estado, y resulte su presencia de gran importancia para la regulación de la dinámica y el ecosistema fluviales. Por tanto, la denegación claramente encontraría su fundamento en la protección del dominio público hidráulico. La desestimación de una solicitud de limpieza o de acondicionamiento de un cauce que efectivamente esté obturado o en mal estado no constituye en sí misma irregularidad alguna. Por otro lado, los funcionarios y técnicos han de ser muy cuidadosos en estos casos, y no pretender con denegaciones poco pensadas ni salvar el río ni obstaculizar sin necesidad iniciativas inocuas, sobre todo si en contraste se deja pasar iniciativas perjudiciales.

Otro tipo de casos son los atinentes a los regueros cuya función hidrológica no esté clara. Bien es un cauce de pluviales, bien es una conducción de riego; en el primer caso hay que tener en cuenta que, de conformidad con el artículo 5 LA, son de dominio privado los cauces por los que ocasionalmente discurran aguas pluviales en tanto atraviesen, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular. Por tanto, al ser de propiedad privada corresponde al particular su mantenimiento y limpieza, y debe tenerse presente que los propietarios de estos cauces no están autorizados para hacer en ellos labores ni construir obras que puedan hacer variar el curso natural de las aguas o

alterar su calidad en perjuicio del interés público o de tercero, o cuya destrucción por la fuerza de las avenidas pueda ocasionar daños a personas o cosas. En el segundo caso, la titularidad del reguero puede ser particular sin más o de una comunidad de regantes. Si es un canal de riego de propiedad privada, de nuevo resulta claro que corresponde en exclusiva al dueño la limpieza y conservación; si perteneciera a una comunidad de regantes, y salvo que los estatutos de la comunidad dijieran lo contrario -algo que no es habitual- la cuestión dependerá de la naturaleza principal o secundaria del canal de riego.

- *Desbordamiento*

El criterio utilizado por esta Institución para resolver las investigaciones, alguna iniciada de oficio, no es un criterio original: Ante casos de desbordamiento de ríos, es necesario disponer de datos ciertos y evidencias sobre el taponamiento de tramos; y de datos hidrológicos y de hidráulica fluvial. Si se deduce que la capacidad del cauce en el tramo es inferior a los caudales máximos que circulan durante la avenida, los cuales se producen en episodios que pueden resultar excepcionales, con elevadas intensidades de precipitación que persisten durante horas, entonces por ejemplo un puente puede sufrir el fenómeno que en dinámica fluvial se conoce como “sombra de flujo” que provoca un vértice local que profundiza en forma de pozo, lo que hace que pueda descalzar la cimentación y caer el tablero. Por otro lado, cuando la intensidad de las precipitaciones es muy elevada las escorrentías en todas las laderas y montes pueden ser tan fuertes que arrastran y arrancan todo lo que está en precario, acabando como es lógico en la parte más baja que es el cauce del río, este fenómeno ocurre siempre que se presenta un evento de este tipo.

Ateniéndonos a estos criterios, las quejas son admitidas a trámite en muy pocas ocasiones.

- *El límite de la competencia municipal*

No cabe aceptar la disconformidad de un ayuntamiento por la sanción que le haya impuesto un organismo de cuenca por ocupar un cauce con tierras. De acuerdo con los artículos 116.d LA y 28.4 LPHN, las actuaciones en cauces públicos situados en zonas urbanas corresponden a las administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, pero requieren la previa autorización de la administración hidráulica. En consecuencia, las obras realizadas por un ayuntamiento sin contar con esa autorización son constitutivas de infracción administrativa con arreglo a la ley de aguas. Estos casos no son infrecuentes y no suelen ser comprendidos por los consistorios reclamantes ni por los vecinos.

- *Depósito no autorizado de tierras en el cauce*

El artículo 97 en relación con el 100 LA prohíbe los vertidos realizados en el subsuelo o sobre el terreno, balsas o excavaciones, mediante inyección, evacuación o depósito que constituyan o puedan constituir un peligro de contaminación de las aguas o degradación del entorno, si no hay autorización del organismo de cuenca. El incumplimiento de las prohibiciones establecidas en la ley de aguas o la omisión de los actos a que obliga constituyen infracción administrativa (artículo 116.3.g), y está prohibida toda actividad susceptible de provocar la contaminación o degradación del dominio público hidráulico, en particular la acumulación de residuos sólidos, escombros o sustancias, cualquiera que sea su naturaleza y el lugar en que se depositen, que constituyan o puedan constituir un peligro de contaminación de las aguas o de degradación de su entorno; así como efectuar acciones sobre el medio físico o biológico afecto al agua, que constituyan o puedan constituir degradación ambiental (artículo 97).

Por su parte, el artículo 100 define como vertidos los que se realicen directa o indirectamente en las aguas continentales, así como en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizada. Además, queda prohibido con carácter general el vertido directo o indirecto de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, salvo que se cuente con previa autorización administrativa.

En suma, los vertidos de tierra realizados en el subsuelo o sobre el terreno, balsas o excavaciones mediante inyección, evacuación o depósito que constituyan o puedan constituir un peligro para las aguas o degradación de su entorno sin autorización del organismo de cuenca constituyen infracción administrativa, de acuerdo con la legislación aplicable. Obviamente las quejas que no se atienen a estas reglas, sintéticamente expuestas, no pueden ser admitidas a trámite o, tras ser investigadas, no pueden ser consideradas fundadas. Una administración que se pliega a ellas no puede ser considerada incurso en funcionamiento irregular.

1.1.7 El agua en el planeamiento de otros recursos naturales. Ordenación del territorio

El planeamiento sirve al crecimiento urbanístico pero parece demasiado a menudo como si el desarrollo económico se reconociera sólo allí donde hay destrucción de la naturaleza. Confiemos en que la ley 26/2007 de responsabilidad ambiental y su reglamento de desarrollo parcial aprobado por RD 2090/2008, que actualizan reglas ya antiguas, sirvan a poner coto a las labores de sistemática pérdida de bienes naturales. En lo que ahora interesa, hemos de tener asimismo en cuenta la Orden MAM/85/2008, de 16 de enero, por la que se establecen los criterios técnicos de valoración de los daños al

dominio público hidráulico y las normas sobre toma de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales.

Ocurre no rara vez en municipios aledaños a espacios protegidos que las administraciones urbanísticas hacen lo imposible por preservar, no los espacios protegidos sino los intereses urbanísticos y edificatorios de algunos particulares, en perjuicio del derecho de los demás a disfrutar de esos espacios. Por su parte, los organismos de cuenca y los ambientales de las comunidades autónomas no hacen todo lo que pueden y deben, con injustificada autosatisfacción. Es cierto también que las trasgresiones son tan numerosas que es muy difícil avanzar en un desempeño mejor, dada la carencia de medios.

Elegimos un supuesto real que nos servirá para presentar las relaciones entre tres tipos de planes: urbanísticos, hidrológicos y de espacios naturales especialmente protegidos.

Según un estudio realizado por una organización ecologista del que se hicieron eco los medios de comunicación, el río Guadarrama, en su curso medio, sufría numerosas agresiones ambientales contrarias a la normativa vigente. Según esta organización, el crecimiento urbanístico en los municipios ribereños no estaba suficientemente controlado y, en consecuencia, se producían invasiones y agresiones al dominio público tales como construcción de viviendas y fincas rústicas, y delimitaciones de cotos privados de caza que no respetaban las distancias con las riberas y puntos de mayor crecida del río, establecidas reglamentariamente. Además, al parecer las urbanizaciones llegaban hasta el mismo límite del parque regional del curso medio del río Guadarrama - se declaró zona protegida años antes- sin respeto por una mínima zona de amortiguación. Dichas infracciones urbanísticas, junto con los vertidos ilegales, constituían las agresiones más repetidas. La calidad del agua del río comienza a empeorar a partir de una depuradora, por vertidos de aguas residuales sin depurar y de escombros. Los vertidos son especialmente abundantes en determinadas localidades. Algunas urbanizaciones vierten aguas fecales directamente al río. Las trece depuradoras que están en funcionamiento no son suficientes, dada la densidad de población que se concentra en las márgenes del río. Por otra parte, la destrucción de la vegetación de las riberas, la extracción incontrolada de áridos y la presencia de infraestructuras parecen también ser prácticas habituales.

La Confederación Hidrográfica del Tajo responde a esto que la asociación ecologista le presentó un extenso informe “Agresiones ambientales en el curso del río Guadarrama en la Comunidad de Madrid”, a raíz del cual inspeccionó todos los lugares en que, según la organización ecologista, se estaban cometiendo infracciones y ocupaciones ilegales del dominio público hidráulico. El organismo de cuenca dio cuenta del resultado de las inspecciones realizadas, siguiendo el mismo orden y asumiendo los códigos dados a cada hecho denunciado. La enumeración es desalentadora:

En síntesis, de los aproximadamente 120 hechos denunciados,

- Unas 35 son construcciones realizadas en zona de servidumbre y policía (casas, muros, vallados o cerramientos), vertidos de materiales de construcción en estas mismas zonas de los márgenes u ocupaciones del dominio público hidráulico (paso de tuberías de hormigón sobre los cauces o construcciones de colectores o estaciones de bombeo o incluso restos de la estructura de un antiguo puente). No obstante, según el organismo de cuenca tales hechos se produjeron hace más de 16, 20 ó incluso 30 años. En consecuencia, tanto los hechos como la acción para sancionarlos, así como la obligación de reponer las cosas a su estado anterior “han prescrito” [obviamente la confederación es un organismo de antigüedad superior a los 30 años, detalle que no parece ser tenido en cuenta].
- Por otro lado, en relación con otros 50 hechos denunciados, durante las inspecciones realizadas la confederación hidrográfica constata que los hechos referidos no constituyen infracciones, bien por no haberse comprobado su realidad bien porque cuentan con autorización de la administración hidráulica.
- Finalmente, el organismo de cuenca ha considerado que otras 40 situaciones del conjunto inspeccionado son presuntamente constitutivas de infracción, al tratarse de construcciones en zona de policía sin autorización, de invasiones de la zona de servidumbre o de ocupaciones del dominio público hidráulico o de vertidos de aguas residuales y que, al haberse producido todos ellos recientemente, no han prescrito. En consecuencia, la confederación procede a formular los boletines de denuncia contra los presuntos infractores.

La Confederación Hidrográfica del Tajo afirmaba que las obras e instalaciones denunciadas se encuentran ubicadas en zonas de servidumbre y policía de cauces, habiéndose detectado algunas construcciones en cordales de vías pecuarias que puntualmente llegan hasta el cauce público, en las proximidades del cruce del río Guadarrama con la carretera N-5, si bien su antigüedad es superior a veinte años. Le parece lógico que las acciones administrativas se inicien por los órganos que tengan a su cargo la gestión de las vías pecuarias afectadas y la actuación de la confederación se limite, en su caso, a la zona de dominio público hidráulico.

El artículo 327 RDPH (redacción RD 1771/1994) determina que las acciones administrativas para sancionar las infracciones tipificadas en el reglamento prescriben en los plazos establecidos en el artículo 132 LPC y la obligación de reponer las cosas a su estado primitivo a los quince años. En consecuencia, la mayor parte de los hechos denunciados han prescrito con arreglo a la ley de aguas, pues su antigüedad supera ampliamente los plazos indicados. No obstante, han sido o serán denunciadas, por construir en zona de policía y en zonas de servidumbre, todas las infracciones detectadas y no prescritas, con independencia de que hayan sido incluidas o no en el informe aludido.

Los vertidos de aguas residuales procedentes de las depuradoras están debidamente autorizados, se ha comprobado que cumplen con los límites y parámetros incluidos en las autorizaciones respectivas. En los supuestos donde ha sido detectado algún vertido no autorizado [no decía cuántos], se ha formulado el correspondiente boletín de denuncia.

Hacía constar, a título informativo, que la calidad de los caudales circulantes por el Guadarrama mejorará sensiblemente con la [por entonces] próxima entrada en funcionamiento de dos nuevas estaciones depuradoras. También está prevista la nueva construcción de cinco estaciones depuradoras, incluidas en el plan de saneamiento y depuración del 100% de los municipios de la Comunidad de Madrid y cuya entrada en funcionamiento estaba prevista para finales del año 2003. No se ha detectado ninguna extracción de áridos ni vertido de escombros en zonas de dominio público hidráulico.

A lo cual replicó el Defensor del Pueblo que había prescrito un número no desdeñable de agresiones ambientales, presuntamente constitutivas de infracción bajo la normativa anterior a la entrada en vigor de la ley de aguas de 1985, bajo esta última y conforme al actual TRLA 2001, al igual que la acción para sancionarlas y las obligaciones de restitución de las cosas a su estado primitivo, cuando, entre septiembre y noviembre de 2002, son constatadas por la confederación hidrográfica. Tal circunstancia, junto a que fue necesaria la denuncia de la organización ecologista para que el organismo de cuenca llevara a cabo la inspección y denuncia de los hechos, pone de manifiesto la falta de diligencia de la administración en el control y en el ejercicio de la potestad sancionadora. Ello es patente en aquellas infracciones a las que se atribuye una antigüedad de 16 años, pues debieron de cometerse en 1986, cuando ya estaba en vigor la LA 1985, por tanto con un régimen sancionador en materia y plazos de prescripción similar al actual. Especialmente grave resulta que, en esos casos, la administración hidráulica haya dejado prescribir la obligación de restitución, toda vez que los 15 años necesarios para la prescripción hubieran debido ser tiempo suficiente para que la confederación hidrográfica exigiera responsabilidad a los infractores. La constatación de que no ha sido así reflejaba una preocupante y continuada ineficacia e incapacidad de la actividad administrativa del organismo de cuenca en la policía de la cuenca bajo su control.

Debe subrayarse pues que (artículos 17.d, 22, 23.b 24.b y 94 LA) corresponde a la confederación, en tanto que administración hidráulica competente en la cuenca, tutelar y administrar equilibradamente los recursos hidráulicos y proteger la calidad de las aguas ejerciendo para ello la inspección y tutela de las aguas superficiales, subterráneas y de sus cauces, depósitos naturales, zonas de servidumbre y perímetros de protección. Las diversas disposiciones, que se han ido sucediendo desde los últimos treinta años (artículos 30 y siguientes del reglamento de policía de aguas [aprobado por el decreto de 14 de noviembre 1958, redacción dada por el decreto de 25 de mayo 1972]; los artículos 108 y 109 LA 1985, y 116 y 177 del actual TRLA 2001) han considerado siempre que constituirían infracciones la ejecución de obras en los cauces públicos o en las zonas de servidumbre y policía, la invasión de los cauces y los vertidos que no contaran con autorización.

Es necesario pues recordar a los organismos de cuenca el deber elemental que les incumbe, en ejercicio de sus competencias de inspección y control en materia de aguas, de realizar inspecciones e investigaciones dirigidas a verificar aquellos hechos que puedan vulnerar la normativa de aguas, constitutivos por tanto de infracción

administrativa y, en su caso, incoar y tramitar con la debida diligencia los correspondientes procedimientos sancionadores, para así evitar que prescriban los hechos y la acción para sancionarlos. Ello incluye la adecuada identificación de los responsables de las infracciones y la exigencia, en su caso, de reparación de los daños y perjuicios ocasionados y la restitución de las cosas a su estado anterior (artículos 116.f y 118 del LA).

Asimismo, y como quiera que la confederación había formulado boletines de denuncia contra un número considerable de presuntos infractores, esta Institución estimó necesaria, para una correcta ponderación de la cuestión objeto de investigación, pedir una ampliación de la información evacuada, indicativa de si a resultas de dichas denuncias se había incoado e instruido algún procedimiento sancionador y, en caso afirmativo, que comunicara el estado de tramitación de los expedientes y las resoluciones dictadas. Por último, teniendo en cuenta que al realizar las comprobaciones sobre el terreno la confederación había constatado numerosas posibles infracciones, se pidió que nos fueran explicados los criterios y prioridades por las que se rigen las inspecciones que con carácter habitual suponemos realiza el servicio de guarda fluvial, y una explicación del régimen concreto de vigilancia del río Guadarrama.

I - La confederación contesta relacionando los expedientes sancionadores instruidos. En relación con los criterios y prioridades que rigen las inspecciones habituales del personal de guarda fluvial, dependientes del servicio de vigilancia del dominio público hidráulico, la confederación hace constar:

- a) El río Guadarrama en la provincia de Madrid tiene una longitud de 70 km y su cuenca una extensión aproximada de 8.000 km². En esta superficie se asienta el 82% de la población de la cuenca del río Tajo.
- b) La inspección y vigilancia de la cuenca del río Guadarrama está a cargo de dos guardas fluviales, cuyo sector de actuación se extiende sobre 1.140 km² cada uno. Ambos guardas han formulado en los dos últimos años y período transcurrido del actual, 420 boletines de denuncias referidas a la cuenca del río, dentro del territorio de la Comunidad de Madrid. El servicio de régimen sancionador tramita anualmente alrededor de 2.000 expedientes sobre distintas materias, referidas al ámbito geográfico de la cuenca del Tajo. Las inspecciones se centra fundamentalmente sobre derivaciones de aguas superficiales, identificación de alrededor de 20.000 aprovechamientos de aguas subterráneas no declarados, control de vertidos en colaboración con la Comunidad de Madrid y otras actuaciones que afectan directamente al dominio público hidráulico. La ejecución de obras en zona de policía, control de desarrollos urbanísticos competencia de las entidades locales y comunidad autónoma, así como otras actuaciones de escaso impacto, se denuncian cuando son detectadas pero no constituyen objetivos prioritarios en los trabajos de inspección.

En consecuencia, estima que el trabajo de los servicios de vigilancia y régimen sancionador es correcto y homologable con los baremos usuales en otros

organismos de cuenca, no constata la falta de diligencia señalada por el Defensor del Pueblo.

II - Por otro lado, la Consejería de medio ambiente de la Comunidad de Madrid dio copia de los informes elaborados por la Dirección general de calidad y evaluación ambiental y por la Dirección general del medio natural sobre el asunto planteado. En el primero se manifiesta que los informes de la Consejería sobre planificación urbanística incluyen desde un tiempo a esta parte una zona de amortiguación de, en ocasiones, hasta 100 metros. El plan de ordenación de los recursos naturales PORN para el curso medio del río Guadarrama y su entorno contempla una franja de defensa a partir del límite del parque, si bien no se cuantifica. Ahora esta omisión queda corregida. En cualquier caso, la competencia sobre el Parque regional del curso medio del río Guadarrama y su entorno recae en la Dirección general de medio natural de la Consejería. En relación con la calidad del agua del río Guadarrama, los controles realizados por la Consejería con motivo de la revisión y actualización del plan de saneamiento y depuración (1995-2005) de la Comunidad de Madrid -PSD- llevados a cabo en 2000 mediante una campaña de toma de muestras mensual durante nueve meses de aguas bajo la depuradora, dieron resultados analíticos que se deben considerar aceptables, ya que el único incumplimiento se refería a la demanda bioquímica de oxígeno -DBO- y, respecto al límite admisible de 10 mg/l, los valores obtenidos bien poco se diferenciaban: 13, 14, 12 y 18 mg/l, el más separado.

Le resulta obligado informar que en la cuenca del río Guadarrama medio ha sido construida una depuradora prevista en el plan de saneamiento 1995-2005, actualizado y revisado en 2000. El tratamiento biológico con reducción de nutrientes es clave para la mejora de la calidad del agua del río en su curso medio. Esta depuradora se encuentra ya en servicio en fase de acomodación técnica, recibe aguas residuales de un municipio para posteriormente funcionar al 100%. Igualmente se han construido otras dos estaciones depuradoras de aguas residuales EDAR -hasta la fecha no existía tratamiento alguno de las aguas residuales en una de las localidades-, la llamada EDAR Este se encuentra en fase de entrada en servicio; las obras de construcción de la segunda, EDAR Oeste se recibirían próximamente para después iniciar la fase de entrada en servicio. También ayudará significativamente a la mejora de calidad del río Guadarrama la ampliación de otra estación depuradora ya en funcionamiento y otra nueva EDAR que sustituye a la existente. Por último, el plan de saneamiento 1995-2005 prevé, “en un futuro no inmediato”, una depuradora más, para 110.000 habitantes, en función en cualquier caso de la expansión poblacional de la zona.

Todas las actuaciones mencionadas, dice, muestran el esfuerzo de la Consejería de medio ambiente para mejorar el servicio de saneamiento y depuración de las aguas residuales que redundará en la mejora de calidad de los ríos de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al vertido directo al río Guadarrama de aguas fecales procedentes de una urbanización, le extraña tal afirmación por cuanto la red de saneamiento de la urbanización se conectó al emisario del curso medio del río Guadarrama, durante su ejecución por la Consejería de medio ambiente, en su inicio, siendo conducidas a la depuradora del Guadarrama medio.

III - Por su parte la Dirección general del medio natural comunica estar llevando a cabo un exhaustivo control y seguimiento de las agresiones reflejadas en el estudio presentado por la asociación ecologista, se ha denunciado los presuntos ilícitos y tramita los expedientes sancionadores correspondientes. En aquellas situaciones cuyo control es de su competencia, solución y en su caso restauración, ha dado traslado a la confederación hidrográfica. Por otra parte, está realizando un esfuerzo en actuaciones de mejora del hábitat fluvial y sus ecosistemas asociados, tales como restauraciones de riberas, de zonas degradadas, así como estableciendo limitaciones, medidas correctoras y compensatorias por la construcción de infraestructuras en zonas en que resultan necesarias, según la legislación.

Recalca que las afecciones referidas en el mencionado estudio se enmarcan dentro de una zona para la que se aprobó un PORN (Decreto 26/1999) que proponía la creación del parque regional de la Cuenca Media del Río Guadarrama y su entorno. Esto se llevó a cabo en la ley 20/1999, para proteger zonas singulares de gran valor ecológico ante las amenazas existentes para su conservación. Asimismo, con este objetivo de protección y defensa de los valores propios del territorio del parque, la Consejería realiza inversiones de gran importancia en la zona todos los años. También subraya la importancia que da a la limpieza y calidad de las aguas, como entre otras actuaciones en el plan 100% de depuración llevado a cabo, algunas de las cuales afectan a la cuenca del Guadarrama, y en las fuertes inversiones en limpieza y restauración de ríos y riberas de la comunidad autónoma incluidas en el denominado “Proyecto CAUCE”, que han incidido en los últimos años de manera especial en el río Guadarrama y sus principales afluentes.

A la vista de estas consideraciones, dimos por conclusas las actuaciones con la confederación hidrográfica. Se desprende que, pese a la escasez de medios, los criterios y prioridades que rigen las inspecciones que lleva a cabo en la cuenca del Guadarrama responden a los fines recogidos en el texto refundido de la ley de aguas, aunque sólo parcialmente como veremos. Respecto de la consejería de medio ambiente, además de dar por conforme la información en lo que se refiere a la depuración de aguas residuales y al estado de ejecución del plan de saneamiento y depuración de las aguas residuales de la Comunidad de Madrid, consideramos preciso saber si se ha comprobado la denuncia del grupo ecologista relativa a que las construcciones no respetan la zona de amortiguación de 100 metros del parque regional, hasta los mismos límites del Parque.

Pero las actuaciones de la administración, o mejor su falta de acción y los argumentos utilizados para justificarla, son en general reprobables. De nuevo encontramos la lamentablemente tan habitual compartimentación estanca de los problemas según el criterio competencial (la Dirección general del medio natural autonómica lleva un “exhaustivo control y seguimiento” de las agresiones denunciadas por la asociación ecologista, pero las situaciones cuyo control es de la competencia de confederación hidrográfica, se limita a dar a ésta traslado). También encontramos la igualmente habitual y no menos lamentable satisfacción de la confederación hidrográfica con su propio desempeño, aunque la vigilancia de la cuenca del río esté a cargo de sólo dos guardas fluviales con sectores de actuación de más de 1.000 km² cada uno; aunque haya

decenas de posibles infracciones sin sancionar; y aunque se limite (conforme a unas prioridades que no explicita y que carecen de total respaldo normativo en tales términos) las inspecciones a las derivaciones de aguas superficiales, la identificación de alrededor de 20.000 aprovechamientos de aguas subterráneas no declarados, el control de vertidos en colaboración con la Comunidad de Madrid y otras actuaciones que afectan directamente al dominio público hidráulico, pero dejando la ejecución de obras en zona de policía y el control de los desarrollos urbanísticos, exclusivamente en manos de las entidades locales y de la comunidad autónoma. La confederación estima que su trabajo de vigilancia y sancionador es correcto y homologable con los baremos usuales en otros organismos de cuenca, baremos que sin embargo esta Defensoría conoce aproximadamente y que no es difícil mejorar, como los antecedentes expuestos muestran claramente.

La consejería afirma, en relación con las construcciones que no respetan la zona de amortiguación, que el PORN establece en su apartado 4.7, relativo a urbanismo y ordenación del territorio que *“la normativa urbanística se orientará a la creación de una franja de protección alrededor del ámbito territorial del PORN en la que se localizarán usos no agresivos al espacio protegido. Con este motivo se insiste en la necesidad de aplicación de la Evaluación Ambiental Estratégica sobre los Planes de Ordenación Urbana de los municipios afectados, al menos en el área del PORN y en sus zonas periféricas”*. Por ello, entiende que la franja ha de ser definida por la normativa urbanística mediante los PGOU que se aprueben.

Esta Institución considera que con lo anterior no se da respuesta a la cuestión planteada. Cuando en octubre de 2002 se inició la investigación de oficio, el Defensor del Pueblo ya solicitó informe a la consejería *de medio ambiente*. Esta Institución insistió en solicitar indicación de si se había comprobado la denuncia de las construcciones que presuntamente no respetaban la zona de amortiguación del parque regional, solicitud que seguía sin ser atendida, únicamente se nos aclara que la franja de amortiguación será definida en cada PGOU de los municipios afectados, nada encontramos respecto a la realidad de los hechos objeto de la investigación. El Defensor del Pueblo consideraba que la Consejería eludía de manera reiterada la cuestión, por lo que debimos advertirle de que tal forma de proceder podría interpretarse como hostil y entorpecedora de las actuaciones de esta Institución. Por ello, se requirió a la Consejería para que informara de si se habían construido ya, o se estaban construyendo, numerosas urbanizaciones en la mencionada franja de amortiguación de cada municipios afectado llegando las construcciones incluso hasta los límites del parque regional del curso medio del río Guadarrama. Para una correcta ponderación del problema, interesábamos asimismo conocer qué prevén los respectivos planes generales de ordenación urbana de los municipios afectados (17 municipios) respecto de dicha franja de amortiguación, prevista en el artículo 4.7 del PORN del parque. Por último, interesaba conocer qué medidas ha adoptado o piensa adoptar la consejería para la protección y defensa de los valores y del territorio del parque en caso de aquellas urbanizaciones que hayan vulnerado la franja de amortiguación y resulten perjudiciales para el parque.

La consejería de medio ambiente y ordenación del territorio viene a decir que en la mayoría de los planes urbanísticos de los municipios afectados, la franja de 100 metros está considerada como suelo no urbanizable protegido. Asimismo de la información recibida parece deducirse que las superficies de la franja que aparecen en algunos planes como suelo urbano consolidado formando parte del núcleo urbano, probablemente fueron clasificados antes de que se declarara [promulgara] el PORN del parque regional, caso en el cual esta Institución no apreciaría irregularidad en la actuación de dicha Consejería.

Concluyendo, el Defensor del Pueblo no considera adecuada la concepción compartimentalizada de las funciones de los organismos ambientales, encontramos muy pobre la fuerza real de obligar que llevan aparejada los actos administrativos que dictan, si los dictan; detectamos graves retrasos en la planificación (mediante PORNs). La administración incoa expedientes de cuyo final no informa, establece prioridades ilegales, discurre en la tolerancia, en la patente falta de medios, que no parece interesada en atajar porque perdería uno de los mejores argumentos con que justificar el pobre desempeño. Esta Defensoría ve pues confirmado su parecer acerca de la falta de contenido real en la voluntad de una efectiva y resuelta preservación de los espacios naturales, carencia que ni la legislación del suelo, ni la de aguas ni la de espacios naturales pueden por sí solas rectificar. Evidentemente no es tarea fácil encontrar solución a los problemas que tratamos, en suma compatibilizar el interés general de conservación de un espacio natural y de los usos que concuerden con ella sin merma de sus valores, con el interés, asimismo general, de que no recaiga sobre unos pocos todo el peso de las consecuencias. Estamos ante el dilema “desarrollo económico” / “conservacionismo”, que así expresado es a juicio de esta Defensoría difícilmente soluble, dada la concepción habitual que se tiene del primero como economía basada en el desarrollo con destrucción de la Naturaleza y del segundo como ecología con preservación a ultranza de la Naturaleza en su estado original no antropizado.

En cualquier caso, esperemos que los planes hidrológicos vengan pronto a cumplir adecuadamente su función en la ordenación territorial, conforme describe por ejemplo y muy señaladamente la Orden de formación del plan hidrológico, al referirse en su capítulo 4 a las *Zonas protegidas*, que clasifica así:

- 4.1. *Zonas de captación de agua para abastecimiento*
- 4.2. *Zonas de futura captación de agua para abastecimiento*
- 4.3. *Zonas de protección de especies acuáticas económicamente significativas*
- 4.4. *Masas de agua de uso recreativo*
- 4.5. *Zonas vulnerables*
- 4.6. *Zonas sensibles*
- 4.7. *Zonas de protección de hábitat o especies*
- 4.8. *Perímetros de protección de aguas minerales y termales*

- 4.9. *Reservas naturales fluviales*
- 4.10. *Protección especial*
- 4.11. *Zonas húmedas*

Es decir, el plan hidrológico comprenderá un registro resumen de las zonas protegidas, con mapas de la ubicación de cada zona, información ambiental y estado de conservación. Sin embargo, y con ser muy importante, no es sólo descriptiva la función del plan hidrológico en estos espacios, hay propiamente ordenación por razón del agua. Por ejemplo, todas las zonas mencionadas quedan imperativamente protegidas, o sea la descripción contenida en el plan hidrológico es contrastada con la realidad, y si del contraste resulta la subsunción del espacio real con la descripción, entonces la administración de espacios protegidos y la administración urbanística han de plegarse a las condiciones y limitaciones contenidas en el plan hidrológico. Dentro de este apartado, y por no alargar más la exposición, encontramos un caso como el siguiente: 4.2. *Zonas de futura captación de agua para abastecimiento*, estas zonas así identificadas como tales en el plan hidrológico quedan protegidas por razón de ser destinadas en un futuro a la captación de aguas para consumo humano.

- *Ordenación del territorio. Unidad y coherencia en la acción de las administraciones públicas territoriales*

Salvo el presente, no dedicamos ningún apartado especial a la ordenación del territorio, ante todo porque apenas son recibidas quejas que se funden en irregularidades relativas a este conjunto de instrumentos de planificación. El título de este informe relaciona sin embargo directamente el agua -y lógicamente su uso y abuso- con la ordenación territorial, entonces cabe esperar alguna mención distinta de las cuestiones urbanísticas, que indudablemente son una parte, en cierto modo subordinada, a la ordenación regional, ésta relativa a espacios más amplios y con un alcance que además de superar el ámbito municipal, que es el urbanístico por excelencia, también trasciende el ya de por sí amplio ámbito de los usos del suelo. Es casi un lugar común, y este informe no hará una excepción, referir como principales en el orden de problemas que conectan dos “sectores” del sistema jurídico administrativo los atinentes a la *coordinación* de los esfuerzos de entidades y órganos públicos. Sin embargo, y con ser muy cierto que la dificultad principal está ahí, no consideramos que sea sólo la falta de coordinación la que aqueja el funcionamiento adecuado, el uso apropiado de los instrumentos de planificación hidrológica y territorial. El sistema de relaciones es considerablemente más rico y complejo, y así lo demuestra la realidad que encontramos en las quejas, que aun no aludiendo a estos asuntos directamente casi siempre tienen como telón de fondo descoordinación, falta de cooperación o de colaboración entre administraciones o entre órganos de la misma administración.

Lo que el Defensor del Pueblo busca continuamente en sus investigaciones, que en las quejas por irregularidades en la administración del agua y del suelo es imprescindible,

es la unidad y coherencia en la acción administrativa, conforme a parámetros y directrices que a estas alturas pueden considerarse clásicos en el Derecho administrativo y en la Gestión pública (*management*). A nuestro juicio el punto de partida es, tácita o expresamente en nuestras comunicaciones con la administración, el principio de supremacía del Estado sobre las demás administraciones territoriales. Así lo entiende el Tribunal constitucional desde una de sus primeras sentencias (STC 4/1981), cuando afirma resueltamente que del artículo 2 CE se deduce que el Estado queda colocado en una posición de superioridad sobre las comunidades autónomas y los entes locales. El Defensor del Pueblo entiende que esta superioridad no tiene ni puede tener tintes autoritarios, ni sin duda los tiene del mismo carácter jerárquico como en la relación entre, por ejemplo, el Presidente del Gobierno y sus ministros. La superioridad, o mejor supremacía, del Estado no es gratuita y sin contraprestación ni sin responsabilidad. Desde luego esa posición del Estado deriva de la unidad de nuestro sistema político pero también y simultáneamente de la autonomía de los entes territoriales. Conforme a la mejor doctrina tenemos entonces un esquema convencional de técnicas diversas, de cooperación unas y de coordinación otras en una relación de intensidad creciente:

- Técnicas de cooperación:
 - o Orgánicas:
 - participación de los entes territoriales en las decisiones del Estado, y viceversa;
 - órganos específicos de cooperación (por ejemplo las comisiones autonómicas de urbanismo donde están representados los tres niveles territoriales);
 - fórmulas mixtas como los consorcios de saneamiento de aguas residuales.
 - o Funcionales:
 - de cooperación normativa (características del derecho ambiental, donde el Estado dicta legislación básica, las comunidades autónomas de desarrollo y ampliación de esas bases y las entidades locales de reglamentación concreta);
 - de cooperación intersubjetiva (delegación entre sujetos, gestión ordinaria);
 - pactos y convenios entre administraciones;
 - planificación conjunta;
 - procedimientos conjuntos (previsión de intervención de una administración en los procedimientos que tramita y resuelve otra).

- Técnicas de coordinación⁸:

⁸ Como señalan los mejores estudios teóricos, de la cooperación a la coordinación hay un salto

- Las del Estado y las comunidades autónomas sobre los entes locales (LBRL);
- Del Estado sobre las comunidades autónomas (154 CE, Delegado del gobierno; 149.1.13^a CE, sobre planificación económica, etc; asunto complejísimo y polémico).

A algunas de estas técnicas se hace alusión en nuestras investigaciones continuamente, no a todas las dichas y sí a algunas más no expresamente mencionadas en el listado anterior. Naturalmente un dispositivo como el del informe del artículo 25.4 LA es una de estas técnicas, y otras ya mencionadas o que irán saliendo en el curso de la exposición restante.

La ordenación del territorio como función pública está asignada a las comunidades autónomas, mejor dicho ha sido asumida por ellas en sus estatutos de autonomía. Todo lo anotado sobre unidad y coherencia en la acción administrativa vale para el interior de cada administración, es decir para los problemas de falta de coherencia entre los propios órganos de una comunidad autónoma, por otro nombre unidad y coherencia interorgánicas. Esta falta de coherencia y unidad dentro de la administración autonómica no es rara ni, en puridad, es signo de irregularidad pues es lógico que dos órganos, por ejemplo dos consejerías, discrepen acerca de la solución adecuada a determinado problema. Lo anormal e irregular es que esa discrepancia no se solventa, se enquistó y, finalmente, malogre cualquier tipo de solución.

No es posible aquí hacer un examen de los instrumentos de ordenación territorial aprobados por las comunidades autónomas y su virtualidad en cuanto a la planificación hidrológica. Pero es manifiesta su notable falta de fuerza. Es como si los entes territoriales que hoy por hoy se han hecho cargo de la parte mayor de las funciones administrativas, o sea las comunidades autónomas, no fueran capaces de aprehender que para estimar la demanda de agua están los planes hidrológicos de cuenca, conforme a determinados horizontes temporales; que para abastecimiento a poblaciones, riego, energía o usos industriales la demanda de agua depende de las previsiones de los planes urbanísticos, pero también de las previsiones económicas. Por ejemplo, veremos en otro lugar que la estimación de la demanda para usos industriales y energéticos es función de las previsiones *actuales* y de *desarrollo sostenible a largo plazo de cada sector de actividad*, a la vista de posibles cambios estructurales en el uso de materias primas y en los procesos productivos, de la aplicación de nuevas técnicas de mejora del aprovechamiento del agua y sus posibilidades de reutilización. Todo este complejo entramado de relaciones entre unos factores y otros debería quedar clara y concretamente plasmado en los instrumentos de ordenación territorial, algo que no siempre ocurre, u ocurre en forma deficiente.

cuantitativo; la cooperación se basa en el acuerdo y en el *government by persuasion*; la coordinación en la primacía de un ente sobre otro.

1.1.8 Primeras conclusiones

En lenguaje económico, deducimos de este apartado 1.1 que se busca dar solución *jurídica* al problema causado del lado de la demanda (aumento del uso del agua y degradación consiguiente de los ecosistemas y de los procesos naturales) con soluciones basadas en políticas de oferta, que son las políticas tradicionales: aumentar la oferta mediante la regulación de caudales y la disminución -con tendencia a aumentar, o sea disminución creciente- de los acuíferos subterráneos.

Pero eso significa (1º) que se crea una demanda nueva, por la degradación adicional de los ecosistemas a causa de la regulación con embalses y la sobreexplotación de acuíferos; (2º) que no se piensa en reducir la demanda sino que se fomenta su incremento; y (3º, lo más grave) que se tiene tal actitud hacia la economía del agua como éticamente sostenible, incluso se reprueban otras prácticas, y el límite se alcanza cuando la actitud consumista, derrochadora y destructora se ve plasmada en las leyes de aguas y del suelo, o sea que cuanto se oponga a esa actitud insostenible y a su finalidad (que es crematística exclusivamente y le importa poco la parte ecológica de la economía) es directamente declarado *ilegal*. A esta actitud, que se dice respaldada por las leyes y nos resulta algo peor, directamente contraria a la Constitución, se debe que expresiones como *desarrollo sostenible* sea interpretada como obligación de desarrollarse, desarrollarse económicamente; y que preservar un espacio natural sea “limitar el desarrollo”, vale decir no desarrollarse.

La ley acepta que es necesario proteger y mejorar el estado del agua, aunque no siempre ni en todos los casos; no es una regla absolutamente general ni sin excepciones, todo cuanto tiene que ver con el ‘desarrollo económico’ parece disponer de permiso para derrochar y destruir los recursos hídricos (incidentalmente: no olvidemos que un barranco activo es un recurso hídrico). También acepta la ley a regañadientes que es preciso revertir el proceso de agotamiento de los caudales y de las reservas subterráneas, y la pérdida de calidad de las masas de agua y el deterioro de los sistemas superficiales. ¿Cómo emprender este proceso inverso regenerativo? No importa mucho el modo, siempre que “contribuya a la sostenibilidad del progreso económico en los distintos territorios” (DMA, LA, PHN y toda la producción legislativa reciente desde 1992, incluidos los llamamientos de Naciones Unidas). Ante todo se prima la explotación económica, que sigue sin admitir que es responsable de la destrucción que lleva inherentemente consigo, además de la ‘producción’. En nuestra opinión la anterior frase entrecomillada debería ser examinada detenidamente y en su contexto. Tenemos dos columnas de conceptos cuya relación mutua no es conocida con precisión, algo muy útil con que poder confundir a la población:

Agricultura

Bienestar

Abastecimiento
Industria
Turismo
Generación eléctrica

Empleo
Equilibrio territorial
Competitividad
Productividad

Desde la extracción de caudales hasta la descarga de la contaminación, las fases con que atender de otra forma los problemas pasa por conocer las soluciones legislativas, que es lo que estamos haciendo; pero la finalidad es aprender a utilizarlas con cuidado y sin prisas, pues como veremos en el apartado 4 están involucradas garantías fundamentales, algo muy lógico porque el agua es un bien elemental, que suele tenerse por el tercero tras la luz solar y el aire atmosférico. Así pues:

- Parece imposible no seguir utilizando políticas de oferta, pero hay que añadir
- Usos y servicios finales eficientes
- Mejoras técnicas
- Mejorar la gestión de la demanda

Todo esto es conocido y parece inobjetable pero debemos añadir algo más: El Defensor del Pueblo no tiene por qué admitir los intentos que se dice amparados en la ley pero que están en realidad basados en la confrontación (división en dos conceptos enfrentados, disonantes) entre “recursos económicos v. ecosistemas hídricos” (literalmente de la DMA, también en la LA y PHN, etc), porque se refieren a una misma realidad: tan económico es el tubo de PVC para cuya ‘producción’ hay que contaminar un río como la construcción de una estación con que depurar el vertido. Al mismo tiempo, preservar un espacio natural de todo desarrollo urbanístico es igualmente económico, es una expresión de ‘desarrollo’ característica de una economía que quiera llamarse avanzada, como la sociedad a la que debe servir.

1.2 PLANEAMIENTO HIDROLÓGICO

Del lado de la planificación hidrológica la índole de problemas que podemos ver resueltos es otra, por directamente reseñadas las vías de solución en el propio plan; a diferencia de la función “hidrológica” del plan urbanístico, que es ordenar los usos del suelo en función -entre otras variables- de la disponibilidad de agua, el plan hidrológico abstrae (hasta un límite general) los usos en el territorio y se centra en el *ciclo hidrológico*, que es el modelo de la realidad que tiene en cuenta. En el plan hidrológico de cada cuenca (ahora de cada *demarcación* tras la entrada en vigor de las disposiciones DMA)⁹ se concretan las normas para paliar las sequías, enfrentarse a inundaciones y solucionar en ciertos casos el déficit estructural. El plan evalúa las disponibilidades hídricas actuales y futuras en función de las demandas consolidadas y previsibles en unos determinados horizontes temporales, regula el régimen de los caudales ecológicos y las asignaciones de reservas, los criterios para calcular las necesidades de abastecimiento de la población y para otorgar concesiones de esta naturaleza, los criterios para las dotaciones de los regadíos, los criterios determinantes para el control y sanción de los aprovechamientos de aguas públicas ilegales (sin concesión o de un mayor caudal al otorgado), el régimen de la sobreexplotación de acuíferos y el régimen de afección. El plan también entra con notable detalle en las actividades de vertido y depuración y en las actividades de protección de personas para los casos de inundaciones, así como contiene medidas respecto de las actuaciones en las zonas de servidumbre y policía de cauces.

El desarrollo de la sucesión de documentos básica de un plan hidrológico es la siguiente:

- 1º. Calendario, programa, elementos de consideración y materiales previos
- 2º. Documento inicial: programa de medidas básicas y complementarias de consecución de objetivos ambientales (92.*quater* LA) - esto es decisivo, es una anticipación o delimitación de hasta dónde puede llegar la EAE del plan urbanístico o de regadíos o de energía o de costas

Además, hay que desarrollar las determinaciones siguientes (42 LA):

- I. Información de partida, muy valiosa si se hace bien: Descripción de la demarcación, de los usos y caudales ecológicos, reservas naturales y la definición del sistema de explotación único
- II. Zonas protegidas

⁹ Recuérdese (v. nota 6) que el concepto de *demarcación* hidrográfica es más amplio que el de cuenca, pues incluye los clásicos de aguas continentales, subterráneas, y acuíferos y añade el nuevo concepto de aguas superficiales, que comprende las de transición (marismas, deltas) y las costeras y las aguas territoriales (12 millas, en cuanto al estado químico).

- III. Redes de control
- IV. Objetivos ambientales
- V. Resumen del análisis económico
- VI. Resumen del programa de medidas de protección del agua, apartado especial para el agua potable, recuperación de costes, controles extracción y almacenamiento, excepciones de control, control de vertidos.

Éste es el marco en que se desenvuelve la función de la planificación hidrológica, expuesto muy sintéticamente. Así pues, en este apartado 1.2 nos referiremos a la sequía y al déficit estructural (§1.2.1), a los caudales ecológicos (§1.2.2), y al asunto central de los aprovechamientos (§1.2.3), ahí con un subapartado extenso dedicado al agua y la agricultura, incluidas las comunidades de regantes (§1.2.3.5); terminaremos con unas conclusiones sobre la planificación hidráulica y urbanística, referidas a este primer capítulo (§1.2.4).

Comenzamos con unas consideraciones generales sobre la legislación de sequía, el estado actual de la cuestión en los trasvases con una referencia concreta a la solicitud de formulación de recurso de inconstitucionalidad contra la legislación de urgencia para el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en Barcelona; anotaremos los acuerdos de numerosos municipios de Aragón recibidos en 2008 contra el trasvase del Ebro y terminamos con unas consideraciones sobre la figura de la cesión de derechos.

1.2.1 Sequía y déficit estructural

Hay que distinguir entre sequía y déficit estructural en determinadas cuencas (sobre todo las del Júcar y Segura, pero también las del Guadalquivir y Gadiana). No es lo mismo adoptar medidas urgentes y excepcionales para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía (aunque algunas obras realizadas a esos efectos y su impacto puedan no ser tan provisionales), que el hecho de que algunas cuencas tengan poca agua para el montante preexistente de derechos concedidos.

La cuestión es si en estos últimos casos esas cuencas y sus regiones tienen derecho a garantizar esos derechos (dado que a veces el déficit tiene su origen en el exceso de usos, unos legales y otros ilegales pero tolerados por la administración) y cómo pueden garantizarlos (trasvases, desaladoras, ahorro de agua con tecnología tipo riego gota a gota o con aguas depuradas, etc.).

Al respecto, no es lo mismo que las obras estén ya realizadas que no lo estén, aunque el impacto de un trasvase no es sólo el de sus conducciones o infraestructuras sino el que provoca en el estado del río detraer parte del caudal. Igualmente, el impacto de una desaladora no es sólo el de las obras sino también el de sus emisiones y la salmuera que genera.

Tenemos también el debate sobre la concesión de nuevos derechos. ¿Debe concederse nuevos aprovechamientos, si es así cuáles, o deben esas cuencas (ahora demarcaciones) conformarse y restringir al máximo la concesión de nuevos aprovechamientos, aunque eso limite el crecimiento económico? Este asunto está relacionado con el artículo 25.4 LA y el crecimiento urbanístico en algunas provincias (§1.1.2) y en parte con los caudales ecológicos (§1.2.2).

Esta Defensoría ha evitado en estos años profundizar en los temas de sequía y déficit estructural, por su extrema dificultad y porque sería necesario disponer de quejas susceptibles de indagación, pero el hecho es que se reciben muy pocas directamente fundadas en este asunto. Parece, no obstante, que probablemente la solución más eficaz y de menos impacto depende de las circunstancias de cada caso; no resulta sensato, ni práctico ni razonable teorizar y generalizar. A primera vista, pueden parecer preferibles las desaladoras a los trasvases, éstos deben ser la última solución porque parece que en principio tienen mayor impacto, aunque caben serias dudas respecto de los ya construidos; y además la mejor elección dependerá del problema que se pretenda solucionar y de las circunstancias concretas; Eso sí, nos parece alarmante la práctica de construir urbanizaciones, campos de golf, invernaderos y poner en marcha industrias sin que exista suficiente agua de antemano, en la confianza de que después se obtendrá de alguna parte. En el caso de viviendas tenemos un problema adicional, pues el uso de abastecimiento a poblaciones es el prioritario en todas las cuencas.

Así pues, esta Institución no se decanta por una solución u otra, simplemente sugiere que se examinen y comparen todas las soluciones existentes para resolver un problema estratégico y se elija la mejor desde el punto de vista ambiental.

En ambos temas sólo cabe informar de:

- Una sola queja sobre el PHN, plan al que esta Defensoría se opuso (2001) porque la opción del trasvase no había sido evaluada estratégicamente, pero no por el trasvase en sí;
- Los acuerdos de más de dos docenas de ayuntamientos de Aragón contra cualquier trasvase del Ebro antes de las elecciones de 2008 por si se retomaba la idea, pero debe tenerse en cuenta que la parte de la Ley del Plan Hidrológico Nacional 10/2001 relativa al Trasvase del Ebro fue derogada por Ley 11/2005;
- La reacción de los ciudadanos disconformes con la solución dada a la situación de sequía en Barcelona, primavera de 2008 (solicitud de recurso de inconstitucionalidad contra el real decreto ley 3/2008, véase más abajo);
- El problema de la denegación de agua para tratamientos fitosanitarios del olivar por la sequía, muy interesante por la prelación de usos;
- Sin embargo, sobre desalación apenas se reciben quejas, generalmente acerca del impacto ambiental de las desaladoras.

Entre las normas aplicables es necesario señalar:

- Los artículos 40 y siguientes LA, previsiones sobre planificación hidrológica; 58 (situación de sequía), 59 y 60 (caudales ecológicos), y la disposición adicional séptima (sobreexplotación de acuíferos y sequía);
- La LPHN (artículo 27) y los artículos correspondientes del RPH, reglamento de la planificación hidrológica;
- La previsiones para sequía de cada plan hidrológico; en algunas cuencas hay incluso específicos planes para sequía;
- La Orden de 24 de septiembre de 2002 por la que se aprueban las instrucciones y recomendaciones técnicas complementarias para la elaboración de los planes hidrológicos de cuencas intercomunitarias (artículo 37), y
- Los nuevos Estatutos de Autonomía, que no es posible ahora tratar, en particular a falta de pronunciamientos pendientes del Tribunal constitucional.

Nos ocupamos a continuación por tanto de sólo tres de estos asuntos, la ejecución de obras de captación, transporte o adecuación de infraestructuras como solución a la sequía, la alegada inconstitucionalidad del real decreto ley 3/2008 y la cesión de derechos de uso del agua.

- *La ejecución obras de captación, transporte o adecuación de infraestructuras como solución a la sequía*

En caso de sequía la Administración hidráulica ha a adoptar medidas para (a) obtener un incremento del agua disponible para los usos prioritarios hasta que los niveles de las reservas mejoren, y (b) corregir en lo posible la sequía limitando y restringiendo los aprovechamientos de forma equitativa y solidaria entre todos los sectores afectados, respetando las previsiones ambientales.

Ante una sequía extraordinaria, el artículo 58 LA faculta al Gobierno a adoptar las medidas precisas respecto de la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión, con el fin de superar las circunstancias de necesidad, urgencia, anómalas o excepcionales que se derivaran de tal sequía. Así, es habitual que mediante real decreto se adopten medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en las cuencas hidrográficas afectadas. Esas disposiciones suelen otorgar a los órganos rectores de las confederaciones hidrográficas una serie facultades extraordinarias, entre las que destacan, de una parte, la autorización a sus juntas de gobierno para modificar las condiciones de utilización del dominio público hidráulico cualquiera que sea el título legal que haya dado lugar a esa utilización y para establecer las reducciones de suministro hidráulico que sean precisas para la justa y racional distribución de los recursos disponibles, quedando limitados los derechos concesionales correspondientes a estas dotaciones; y de otra, la habilitación al presidente de la confederación para decidir la realización o imponer la ejecución de aquellas actuaciones de control o de medidas de

caudales que sean necesarias para una mejor distribución del agua, así como para ejecutar obras de captación, transporte o adecuación de infraestructuras. De conformidad con el artículo 58 LA, esas actuaciones llevan implícitas la declaración de utilidad pública, a los efectos de la ocupación temporal y expropiación forzosa de bienes y derechos, así como la de urgente necesidad de la ocupación. Y si así se dispone por el real decreto, pueden tener la consideración de obras de emergencia a los efectos del artículo 72 del texto refundido de la ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Por ello, una sequía prolongada que hace peligrar las fuentes de abastecimiento de agua potable de una localidad, al disminuir drásticamente por ejemplo el nivel piezométrico de los acuíferos, obliga al organismo de cuenca a actuar de manera rápida y eficaz, lo cual puede justificar la declaración de emergencia para ejecutar unas obras de conexión por tubería entre un río y la localidad que permitan aportar aguas superficiales al abastecimiento. No hay irregularidad alguna en la decisión de una confederación hidrográfica de aprobar y ejecutar tal proyecto ni en la declaración de emergencia de las obras.

No obstante, en ocasiones los proyectos de infraestructuras de transporte de agua, incluso tramitados por la vía de urgencia, pueden no servir para solucionar un problema coyuntural de sequía, pues pese a su tramitación excepcional se demoran demasiado en el tiempo y llegan tarde. En el ejemplo citado el proyecto encontraba su justificación y su emergencia en las condiciones de extraordinaria sequía de 2006 que podían desabastecer a una localidad, pero a mediados de 2009 las obras sólo han completado algo más de la mitad del trazado de la tubería prevista. En ese tiempo las restricciones en el abastecimiento para consumo humano no se han producido en ningún momento.

Si las condiciones de sequía cambiaron en algún momento antes o durante su ejecución quizá el proyecto ya no tenga justificación o deba modificarse, al haber devenido inútil. También es posible que siga teniéndola, o que el avanzado estado de ejecución de las obras aconseje terminarlo, pese a que no se mantengan tales condiciones de sequía, como una garantía en caso de que se repitan. El organismo de cuenca no puede eludir este examen sobre si las condiciones en cada caso se mantienen y cuáles son sus consecuencias.

Además, la construcción de infraestructuras de transporte de agua como la solución clásica a las sequías coyunturales merece una reflexión: en ocasiones puede seguir teniendo sentido porque las sequías son coyunturales pero también periódicas y porque su impacto sea menor, pero en muchas otras quizá los problemas de abastecimiento se resolverían mejor, de forma más rápida, barata y con menos impacto mediante soluciones de aplicación casi inmediata y fácilmente reversibles, como el transporte por camiones cisterna.

A esos efectos, tampoco pueden olvidar los organismos de cuenca que el artículo 58 LA también permite adoptar medidas para modificar las condiciones de utilización del dominio público hidráulico cualquiera que sea el título legal que haya dado lugar a esa utilización y para establecer las reducciones de suministro hidráulico que sean precisas para la justa y racional distribución de los recursos disponibles; quedan limitados los derechos concesionales correspondientes a estas dotaciones. Es decir habilita para reordenar derechos en casos de sequía extraordinaria.

En suma, tampoco aquí esta Institución cree mejor una solución u otra, simplemente sugiere que se evalúen estratégicamente todas las soluciones existentes.

- *La solicitud de formulación de recurso de inconstitucionalidad contra la legislación de sequía y trasvases, decreto ley 3/2008 de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en Barcelona*

Nos referimos a una concreta resolución adoptada por el Defensor del Pueblo sobre una solicitud de un sindicato agrícola, recibida el 5 de junio de 2008, de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el real decreto ley 3/2008, de 21 de abril, de medidas excepcionales y urgentes para garantizar el abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía en Barcelona (publicado en el Boletín Oficial del Estado el 22 de abril de 2008; artículos 162.1.a CE, 32 LOTC y 29 LODP). Este asunto ya fue objeto de reseña en el Informe anual correspondiente a 2008.

La petición se basaba en que el decreto ley incurría en infracción de los artículos 9.2 y .3, 14, 24 y 33 CE:

- Artículo 9.2: En relación con los artículos 105.1 y 129, por falta de participación en la elaboración del decreto ley de los representantes de intereses colectivos, entre ellos los regantes del Delta del Ebro;
- Artículo 9.3: Interdicción de la arbitrariedad, por adopción de medidas desproporcionadas para paliar la sequía en Barcelona;
- Artículo 14: Ya que la conducción *CAT-ATLL* [Consortio de Aguas de Tarragona / Aguas Ter-Llobregat] adicionada a la desaladora de El Prat y demás medidas adoptadas en el momento de la supresión de los trasvases colocaba al área metropolitana de Barcelona en una posición de doble dotación de infraestructuras, inaceptable desde la perspectiva del principio de igualdad;
- Artículo 24: Dado que el instrumento utilizado (decreto ley) excluye el acceso a la tutela judicial efectiva de los afectados por las medidas que debería haberse adoptado, y debía estar dentro de los límites de un decreto de sequía ordinario.
- Artículo 33: Por disponerse del uso de una propiedad privada sin justa compensación económica, como son los canales y acequias del pleno

dominio de la Comunidad de Regantes de la Margen Izquierda del Ebro, que los reclamantes representaban.

Los fundamentos venían ampliamente desarrollados en un informe jurídico que acompañaba la solicitud, y que lógicamente fue tenido en consideración por esta Institución. No es posible aquí siquiera sintetizarlos como merece pues la exposición era de gran claridad e interés en su extensión. A continuación plasmamos un corto resumen de lo que se consideró relevante.

I - La solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad venía fundamentada en la infracción apreciada por los reclamantes de los artículos 9.2 y .3, 14, 24 y 33 CE, según hemos dicho ya. Por otro lado, aducían que la eventual cesación temporal de efectos del decreto ley no inhibía el necesario análisis de constitucionalidad de toda norma con rango de ley, que incluye la depuración del ordenamiento jurídico de las inconstitucionalidades, tarea para la que la norma fundamental atribuye al Defensor del Pueblo importantes responsabilidades.

Pero es preciso reparar ante todo en que tal eventualidad acaeció: La resolución de 6 de junio de 2008, de la Secretaría de Estado de Medio Rural y Agua (BOE núm. 138 de 7 de junio), publicó el acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008, que declaró la concurrencia de la causa de cese de la vigencia del real decreto ley 3/2008. Es cierto que la eventual cesación temporal de efectos de una disposición como el decreto ley no necesariamente excluye el análisis de su constitucionalidad, si conduce a la depuración del ordenamiento jurídico de reglas inconstitucionales, y que en esta tarea la norma fundamental atribuye al Defensor del Pueblo una importante función; pero también lo es que, dada la decisión del Consejo de Ministros de 6 de junio, estábamos ya ante una disposición no vigente, es decir no aplicable ni invocable desde la publicación del acuerdo.

Por tanto se hacía preciso examinar si la decisión de cese de vigencia era relevante para la que había de adoptar el Defensor del Pueblo acerca de estimar o desestimar la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad. No cabe aquí aplicar directa ni analógicamente y sin más la doctrina del Tribunal constitucional acerca de su competencia para juzgar la constitucionalidad de las disposiciones sobre las que se le formulan recursos o cuestiones y que quedan derogadas o son modificadas antes de haber sido dictada sentencia, pues de lo que se trata aquí es de discernir sobre la legitimación del Defensor del Pueblo y del juicio de esta Institución acerca de la conveniencia de llevar al Tribunal constitucional las eventuales reservas sobre el ajuste a la Constitución de un decreto ley.

Para concluir sobre ello es preciso tener en cuenta lo siguiente:

- El real decreto ley 3/2008 vino a atender una situación de emergencia con las medidas necesarias que el Gobierno consideraba adoptadas con la antelación

suficiente para evitar restricciones al abastecimiento, ante la eventualidad de que se mantuviera la ausencia de precipitaciones en Cataluña.

- El punto 1º de la disposición final tercera establecía que lo previsto mantendría su vigencia hasta la superación de las circunstancias de extraordinaria necesidad que motivaron la promulgación del decreto ley.
- Las lluvias concentradas en mayo de 2008, muy superiores a las normales en esa época del año, habían hecho que los volúmenes embalsados en las cuencas internas de Cataluña pasasen de una situación de 149 hm³ el 15 de abril (el 20,14% de la capacidad de embalse) a un nivel de 374 hm³ el 5 de junio (el 53,8%), es decir un incremento del 151% en el periodo. El acuerdo expresaba con más detalle otros datos adicionales, tomados del informe de la dirección general del agua de 5 de junio de 2008. A la vista de los datos, y de acuerdo con el decreto de sequía 108/2008, la Generalitat de Cataluña, Consejo de Gobierno del 3 de junio, acordó la entrada del sistema Ter-Llobregat en el nivel de excepcionalidad I, lo que hacía desaparecer las restricciones establecidas.

Pues bien, el Gobierno sostiene en el fundamento de su decisión que tales circunstancias *“implican la desaparición sobrevenida del presupuesto fáctico que justificó la aprobación del real decreto ley 3/2008, lo que a tenor del punto 1.º de su disposición adicional tercera, determina la pérdida de vigencia definitiva de la citada norma”*. Es decir, la evolución de la situación hidrológica en Cataluña en el mes de mayo de 2008 permitía considerar superada la emergencia que justificó adoptar las medidas excepcionales de abastecimiento domiciliario de agua para consumo humano por el real decreto ley 3/2008. Concurrió por tanto el primero de los dos supuestos determinantes del cese de su vigencia previstos en la disposición final tercera. Pero, proseguía, al tratarse de una causa de pérdida de vigencia necesitada de apreciación, era pertinente en aras de la seguridad jurídica que el Consejo de Ministros declarara formalmente la concurrencia del supuesto del punto 1º de la disposición final tercera; y en consecuencia el *“cese definitivo de su vigencia”* y la *“pérdida de eficacia de sus disposiciones”*. Y así lo hizo.

A juicio del Defensor del Pueblo, la pérdida de vigencia dejaba sin objeto la utilidad de ejercer la legitimación activa que le confieren los artículos 162.1.a CE, 32 LOTC y 29 LODP. Pero téngase en cuenta que con ello no quiere decirse que no hubiera ya disposición con rango de ley susceptible de recurso de inconstitucionalidad o de cuestión de inconstitucionalidad. Es decir, esta Institución no afirmó ni negó tal proposición, sino que enjuició el ejercicio de su legitimación. A continuación se razona sobre la legitimación del Defensor del Pueblo en el caso presente y atendiendo a las circunstancias de entonces.

II - La legitimación activa conferida por la Constitución y las leyes orgánicas del Tribunal constitucional y del Defensor del Pueblo no depende de elementos circunstanciales como los expuestos, sino que viene determinada de modo general y abstracto en las leyes citadas. De forma que el cese definitivo de la vigencia y la pérdida

de eficacia de las disposiciones del real decreto ley 3/2008 no afectaban a los elementos determinantes y constitutivos de la legitimación.

Pero la legitimación activa no comprende la obligación de ejercer la impugnación, es decir no lleva consigo la acción automática de formular el recurso de inconstitucionalidad, y para enjuiciar en cada caso la procedencia de impugnar una disposición con rango de ley han de tenerse presentes las circunstancias actuales y las alegaciones en que se sustenta la solicitud de interposición del recurso, primordialmente referidas al artículo 9 y a varios preceptos del título I de la Constitución. A nuestro juicio, no era procedente en este caso la impugnación, por la pérdida de vigencia del decreto ley, es decir que el ejercicio de la legitimación activa ante la cesación de efectos del decreto ley no pareció aconsejable, pues el análisis de su constitucionalidad no conduciría a la depuración del ordenamiento jurídico de reglas inconstitucionales, estaríamos ante un ejercicio sin utilidad o no económico de la función que en esta tarea la norma fundamental atribuye al Defensor del Pueblo, parafraseando a los solicitantes. Por otro lado, se tenía noticia de la intención de formulación de recurso por otros órganos legitimados (Gobierno de Aragón).

Por tanto, ya quedaba expuesta la razón primordial de la desestimación de la solicitud. No obstante, al resolver se añadió un somero examen de los fundamentos aducidos por los firmantes. Con ello se consideraba que veníamos a cumplimentar la función de instar la depuración de reglas posiblemente inconstitucionales. A continuación se ofrece ese examen.

III - Veamos sumariamente la respuesta a las alegaciones de los solicitantes, a la luz además de su desarrollo en el informe jurídico que acompañaba la solicitud. Recordemos que la alegada inconstitucionalidad del decreto ley se basaba en la infracción de los artículos 9.2 y .3, 14, 24 y 33 CE.

En términos generales o de principio no cabía apreciar las infracciones denunciadas. Es decir, de una primera impresión resultaba difícil estimar que hubiera vulneración del artículo 9.2, pues aun sin participación directa en la elaboración del decreto ley de los representantes de intereses colectivos, entre ellos los regantes del Delta del Ebro, es claro que de un lado la urgencia y de otro la realidad social excluyen tanto la posibilidad de un proceso formalizado de consultas como que el decreto ley haya sido dictado sin tener muy presentes los intereses generales, incluidos los de los regantes. Tampoco se deduce de primera mano arbitrariedad, porque no encontramos que las medidas para paliar la sequía en Barcelona fueran desproporcionadas. Que el área metropolitana de Barcelona quedara en una posición de doble dotación de infraestructuras no resultaría inaceptable desde la perspectiva del principio de igualdad, precisamente por la singularidad del área metropolitana; una instalación como la conducción *CAT-ATLL* adicionada a la desaladora de El Prat, entre otras medidas adoptadas tras la supresión de los trasvases, podría resultar técnicamente discutible, pero no incurso en discriminación prohibida. Más definitivo es nuestro juicio acerca de que el instrumento utilizado

(decreto ley) no excluye el acceso a la tutela judicial efectiva de los afectados, aunque desde luego sí excluye la modalidad directa de formulación de recurso contra la disposición legal de urgencia. En fin, disponerse del *uso* de una propiedad privada, incluso aceptando que lo son los canales y acequias de la comunidad de regantes de la Margen Izquierda del Ebro, no es estrictamente un acto de ‘disposición’ de la propiedad privada, y no razonaban los firmantes cómo iba a quedar sin justa compensación económica, cuando el hecho es que la disposición contenía más que indicios de compensaciones.

IV - La exposición de unos extensos antecedentes históricos servía a los solicitantes para dejar sentado que la colonización agraria del Delta y el cultivo del arroz conducen a la concesión de dos aprovechamientos: la comunidad de regantes de la margen derecha del Delta tiene una concesión de 27 m³/s con un canal de 60 km y la de la izquierda otra de 19 m³/s y un canal algo menos largo. Ambos canales originan una red de acequias principales y de riego a la que se suma otra de desagües, que recogen y evacúan las aguas sobrantes. Ambas redes cuentan con sistemas de bombeo y se consideran cruciales en el ecosistema del Delta, pues los arrozales constituyen un humedal artificial sustitutivo de la marisma natural.

Tras exponer el régimen general del aprovechamiento, aludían al PHN 2001, que adoptó una política de trasvases por la que (disposición adicional 2ª) se modificó la ley 18/1981 del llamado mini trasvase a Tarragona, que permitió su prolongación hasta la provincia de Barcelona, con caudal máximo de 4 m³/s, e incorporó a la Generalidad de Cataluña la gestión del canon (operación preparada por convenio entre el Departamento de Medio Ambiente, la Agencia Catalana del Agua y las comunidades de regantes del Delta), con un convenio posterior entre la Agencia y el Consorcio de Aguas de Tarragona CAT. En estos convenios se regularon las obligaciones y compensaciones de las partes afectadas. Con la supresión de los trasvases del Ebro (a las cuencas del Júcar, Segura y a Almería, después fue suprimida también la ampliación del mini trasvase de Tarragona a Barcelona) se suprimió además la obra prevista “Conexión CAT-Barrera” y quedaron sin efecto los convenios; esta decisión se adoptó con compensaciones a los afectados, descritas por la Agencia Catalana del Agua como destinar parte de los fondos de cohesión europeos a obras de mejora de las infraestructuras de suministro y de la gestión de los recursos hídricos de las cuencas internas de Cataluña y por convenio firmado entre los departamentos de materia hidráulica de la Generalidad y de la Administración del Estado; es decir, mecanismos de colaboración para el desarrollo y financiación de las actuaciones que sustituían la conexión “Consorcio de Aguas de Tarragona-Barrera”, de mejora de la garantía y la calidad del suministro a los sistemas Ter-Llobregat y de Tarragona; y mejora de la gestión de los recursos hídricos.

Desarrollándose lo anterior acaece la sequía 2006 y 2007, que conduce a acciones diversas, entre ellas:

- La participación de los fondos comunitarios europeos en la Planta Desaladora de El Prat, construcción iniciada en 2007 y entrada en funcionamiento prevista para junio de 2009, aportación de 5 hm³/mes (60 hm³/año).

- La aprobación del Documento Base del plan integral de protección del delta del Ebro, de contenido predominantemente ecológico aunque afecta directamente a las comunidades de regantes de ambas márgenes (modelo agronómico sostenible en el marco de la política agraria comunitaria y cuantificación de los posibles volúmenes de agua a ahorrar en las concesiones de regadío actualmente existentes; cambio de paradigma: del delta de los siglos XIX y XX donde el arroz ha sido principio y fin de todas las actividades e infraestructuras, al delta del XXI donde el arrozal tiene función productiva pero la trasciende, como instrumento de creación -vertebración- del territorio y donde las infraestructuras relacionadas con el arrozal pueden desarrollar otras funciones).
- La aprobación por la Generalidad de Cataluña del decreto 84/2007, de medidas excepcionales y de emergencia en la utilización de los recursos hídricos (la principal aplicación tiene lugar en las cuencas internas de Cataluña, pero parte de las medidas -ahorro de agua- se aplican en todo el territorio).
- La sequía empeora y las actuaciones en las cuencas internas de Cataluña como compensación a la supresión de la prolongación del mini trasvase de Tarragona hasta Barcelona, fueron insuficientes o se retrasaron, con la consecuencia de que desde abril, caso de continuar la sequía, se produciría un déficit hídrico en esas cuencas de 3,9 hm³/mes.
- Por ello el Gobierno prepara y aprueba el real decreto ley 3/2008.

Con esta promulgación, decían los solicitantes, se volvía a aprovechar por segunda vez las aguas ahorradas con el recubrimiento de hormigón de los canales de la derecha y la izquierda del Delta, ahora en concepto de aguas no utilizadas por el CAT, a las que se añaden los caudales que sean objeto de cesión voluntaria por regantes de cualquier punto de la cuenca del Ebro. Las aguas a que se refiere el decreto ley son exclusivamente para consumo humano, mientras duren las circunstancias de extrema necesidad, y están limitadas a 4 m³/s, del mini trasvase, caudal instantáneo máximo; y a 50 hm³, caudal total máximo. Los usuarios abonarán los cánones incorporados a la tarifa de abastecimiento en alta del CAT y el de uso compartido de infraestructuras correspondiente a la toma y conducción (ya existentes a partir de los canales del Delta). Se autoriza, también por segunda vez, la prolongación del mini trasvase de Tarragona a Barcelona y se declara de urgencia de las obras ("Conducción CAT-ATLL" - ATLL: Aguas Ter-Llobregat), obras que quedan expresamente excluidas de declaración de impacto ambiental.

Lógicamente, se resaltaba la disposición final tercera del real decreto ley: "Vigencia.- El presente real decreto ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y mantendrá su vigencia hasta que se cumpla una de las siguientes circunstancias: 1ª La superación de las circunstancias de extraordinaria necesidad que han motivado la aprobación de este real decreto ley. 2ª El transcurso de treinta días desde la entrada en pleno funcionamiento de la planta desalinizadora del Área Metropolitana de Barcelona."

Como hechos posteriores al real decreto ley 3/2008 relevantes, se consideraba las abundantes lluvias de mayo y los consecuentes descensos de los niveles de excepcionalidad (el 15 de mayo quedaban en excepcionalidad II el sistema Ter-Llobregat y la cuenca del Muga, ya incorporados a la normalidad el sistema Gaia-

Francolí y la cuenca del Ridaura). La Generalidad aprueba el decreto 108/2008, de 15 de mayo, de modificación del decreto 84/2007, por lo que se sustituye el sistema automático de tránsito entre situaciones de excepcionalidad por otro de declaración expresa por el Gobierno (umbrales cuantitativos + previsión de la evolución de las reservas, evolución pluviométrica, grado de contención de las demandas, situación de los acuíferos e incorporación de nuevos recursos por la ejecución de las actuaciones paliativas y otras circunstancias que motivadamente se sometan a consideración). Entre otros hechos relatados, es importante dejar aquí citado que el Gobierno de Aragón acuerda recurrir todos los actos administrativos derivados del real decreto ley 3/2008 y formular recurso de inconstitucionalidad.

V - El Defensor del Pueblo expuso en seguida su propia valoración. El decreto ley podría contener una solución apresurada, y hasta desproporcionada, a un problema coyuntural, el retraso en la entrada en funcionamiento de la desaladora de El Prat, pero no habría ahí tacha de inconstitucionalidad si no hubiera arbitrariedad, arbitrariedad que esta Institución no encontró. La discrepancia en las soluciones técnicas no hace inconstitucional una decisión legislativa de urgencia, salvo casos extremos de irrazonabilidad. Es lógico que la conciencia que de su situación tienen las comunidades de regantes del Delta del Ebro les lleve a pensar en tales términos, pero no deducimos razones convincentes de haberse llegado a soluciones no razonables que contengan una infracción de la Constitución. Lo mismo cabe decir de la situación del Consorcio de Aguas de Tarragona.

Reténgase que, aún admitiendo en hipótesis que el real decreto ley 3/2008 viniera a romper el *statu quo* con la construcción de una tubería (cinco millones más de destinatarios para la misma agua), ello no tendrá ya lugar, de modo que el juicio sobre la solución estructural carece ya de objeto tras la decisión de hacer cesar la vigencia.

Sin negar el interés intrínseco de buena parte de su exposición, la solicitud de formulación de recurso de inconstitucionalidad había de ser valorada estrictamente en lo que conducía a enjuiciar la constitucionalidad del decreto ley. Así, hemos de dejar de lado las ilustraciones sobre la situación del sistema Ter-Llobregat y del abastecimiento al Área Metropolitana de Barcelona (“el área metropolitana de Barcelona tiene un problema estructural de abastecimiento de agua... A un problema estructural corresponden soluciones estructurales...”); pues que el decreto ley 3/2008 aplique medidas estructurales ya rechazadas por la planificación hidrológica (la prolongación del mini trasvase a Barcelona) calificándolas de coyunturales, no lo hace inconstitucional si se parte de un juicio previo de que las medidas (ya no vigentes) son “estructurales”. Tampoco encontramos que el decreto ley vulnerara el derecho de propiedad porque no previera compensaciones disponiendo de bienes y derechos privados, pues de hecho no derogaba ni excluía la aplicación de la legislación dirigida a impedir las confiscaciones. Ya ha quedado dicho que en la calificada por los solicitantes “defectuosa preparación del real decreto ley” tampoco detectamos causas de inconstitucionalidad; ni siquiera admitiéndose que se hubiera desechado la preparación

impuesta por la DMA, ni haberse prescindido del informe del Consejo Nacional del Agua.

No encontramos causas de posible inconstitucionalidad en que el retraso en la ejecución de una desaladora fuera imputable directamente al Gobierno; tampoco es el Gobierno, o no es sólo el Gobierno, quien se encuentra ante circunstancias de extraordinaria urgencia; ni, más allá de su valoración técnica y hasta política, hay inconstitucionalidad porque “el mismo Gobierno que sustituyó los trasvases por las desaladoras, en una operación que afectó a todo el este español, de norte a sur, ahora concede unilateralmente a una parte del territorio la solución ‘trasvase + desaladoras’ que niega a todas las demás”; ni siquiera admitiendo que “obviamente” ello rompiera los equilibrios preestablecidos o convirtiera la planificación hidrológica “en agua de borrajas”. Esta Defensoría no encontró que, pese a lo discutible que pudiera resultar el conjunto de decisiones adoptadas, el Gobierno actuara arbitrariamente, sin reflexión ni “por pura voluntad o capricho”; ni que hubiera habido un funcionamiento tal de los poderes públicos que llegara a una vulneración del principio de confianza legítima tal que hiciera inconstitucional la disposición legal; ni por no haber habido previo “expediente alguno” o por haber sido limitada la capacidad de negociación de las partes se estaba negando el derecho a la obtención del “justo precio” individualizado que exige la Constitución y la legislación de expropiación forzosa, caso de existir privaciones singulares indemnizables.

Sobre la infracción del Derecho europeo, tampoco cabía aceptar que el Gobierno actuara “totalmente al margen” de los ciudadanos representados por los solicitantes. Es manifiesto que sin tener en cuenta la situación jurídica de éstos, la solución dada por el decreto ley podía haber sido otra, o haber quedado instrumentada de otra manera. Con todo, la disposición tuvo evidentemente en cuenta tal situación jurídica, en el preámbulo y en la parte dispositiva. Sobre la exención de la evaluación de impacto ambiental, el informe aportado por los solicitantes confundía que la directiva no se aplica a los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo nacional específico si el mismo acto legislativo contiene o constituye un proyecto detallado. La finalidad del derecho europeo aquí es someter a publicidad y participación ciudadana ciertas decisiones ambientalmente relevantes, algo que se obtiene a través del procedimiento legislativo, pues los decretos ley han de ser ratificados parlamentariamente. Como el decreto ley no contenía tal proyecto detallado, no era susceptible de evaluación de sus repercusiones sobre el ambiente. Entonces, estamos en el caso de supuestos exceptuados y nada había en el texto publicado (y ya no vigente cuando fue examinada la solicitud de interposición del recurso) que permitiera deducir que no se cumplimentarían los requisitos. La excepcionalidad, o sea la sequía y las lluvias de mayo, era por otra parte manifiesta. Tampoco parece que la forma de evaluación prevista fuera “muy ambigua” (consulta de la comunidad autónoma de Cataluña en lo relativo a los potenciales impactos ambientales, disposición adicional primera apartado 2). Parece evidente que se puso en conocimiento, de todos, los motivos que justificaron la exclusión de evaluación ambiental mediante procedimiento reglado, que no excluye ni exime de toda evaluación.

Cabe pensar además que la información relativa al examen sobre las formas alternativas de evaluación del proyecto de prolongación del mini trasvase a Barcelona no tuvo carácter previo a la aprobación porque el decreto ley no excluía por sí mismo ninguna alternativa.

Sobre la pérdida de vigencia del decreto ley, lógicamente no tenía ya objeto entrar. Señalemos no obstante que no parece exacto sostener que desaparecida la urgencia, y con ella la vigencia del real decreto ley, éste pase a una situación de “latencia” hasta la próxima circunstancia extraordinaria que pueda producirse, simplemente la legislación de urgencia no existe, habrá de dictarse otra, en circunstancias análogas y probablemente no idénticas, y esto es sólo una conjetura.

Retengamos y reiteremos, para terminar, que en las consideraciones anteriores se ha tratado de valorar la información y alegaciones aportadas única y exclusivamente a la luz de las circunstancias (por entonces) actuales de cesación de la vigencia del real decreto ley, y naturalmente a través del prisma de la Constitución. En su virtud, el Defensor del Pueblo resolvió no interponer recurso de inconstitucionalidad.

- *Cesión de derechos de uso privativo de aguas*

Hemos informado a las Cortes Generales años atrás acerca de quejas relativas a contratos de cesión temporal de derechos de uso privativo de aguas; asunto también del terreno de los aprovechamientos y del moderno y vigente enfoque legal sobre el modelo de gestión de las aguas -que prima la gestión de la demanda mediante fórmulas nuevas, sobre la gestión tradicional de la oferta, basada ésta en la construcción de grandes infraestructuras públicas de regulación. Uno de estos contratos, por ejemplo, fue el firmado entre una comunidad de regantes madrileña que se encontraba reformando sus infraestructuras de riego y realizando un proceso de concentración parcelaria (lo que explica que temporalmente no pudiera usar el agua que tenía concedida) y una comunidad de regantes murciana.

Al respecto, el artículo 67.1 LA establece que el concesionario o titular de algún derecho al uso privativo de las aguas podrá ceder con carácter temporal todo o parte de los derechos de uso que le corresponda a otro concesionario o titular de igual o mayor rango según el orden de preferencia de usos establecido en el plan hidrológico de la cuenca o, en su defecto, en el artículo 60 de la ley, cesión que requiere previa autorización administrativa. Tales contratos de cesión deben ser formalizados por escrito y puestos en conocimiento del organismo de cuenca y de las respectivas comunidades de usuarios a que pertenezcan cedente y cesionario (traslado de la copia del contrato en quince días desde su firma). En caso de cesiones entre usuarios de agua para riego, debe constar en el contrato la identificación expresa de los predios que el cedente renuncia a regar o se compromete a regar con menos dotación durante la vigencia del contrato, así como la de los predios que regará el adquirente con el caudal

cedido (podemos hablar con propiedad de predios *cedente* y *cesionario*). La cesión de derechos de uso del agua podrá llevar consigo una compensación económica, que se fija de mutuo acuerdo entre los contratantes y debe explicitarse en el contrato. El importe máximo de dicha compensación puede establecerse reglamentariamente. Por lo demás, se entienden autorizados (y hasta entonces no producen efecto entre las partes) trascurrido un mes a contar desde la notificación al organismo de cuenca si éste no formula oposición, cuando se trate de cesiones entre miembros de la misma comunidad de usuarios; y trascurridos dos meses en los demás casos. Cuando la cesión de derechos se refiere a una concesión para regadíos y usos agrarios, el organismo de cuenca debe dar copia del contrato a la comunidad autónoma y al Ministerio de Medio Ambiente y de Medio Rural y Marino [antes *de Agricultura, pesca y alimentación*], para que lo informen, con carácter previo y en el ámbito de sus respectivas competencias, en el plazo de diez días. El organismo de cuenca puede no autorizar la cesión de derechos de uso del agua, mediante resolución motivada, dictada y notificada en el plazo señalado (uno o dos meses), si de autorizarse la cesión se afectara negativamente al régimen de explotación de los recursos de cuenca, a derechos de terceros, a los caudales ambientales, al estado o conservación de los ecosistemas acuáticos o si se incumple alguno de los requisitos señalados en la ley de aguas; la denegación de autorización no da lugar a indemnización. También puede ejercer el organismo de cuenca en ese plazo (uno o dos meses) un derecho de adquisición preferente del aprovechamiento de los caudales a ceder, lo que viene a suponer rescatar los caudales de todo uso privativo.

De ahí el interés del Defensor del Pueblo al dirigirse a la administración hidráulica para conocer si en los casos planteados se cumplen los requisitos legales expuestos; la finalidad es seguir muy de cerca estas fórmulas de gestión de la demanda y su eficacia, que deberían servir para el mejor aprovechamiento de un bien escaso y a menudo mal explotado en un país de climatología tan dispar y con desequilibrios hídricos aparejados a la irregular distribución territorial del agua.

1.2.2 Caudales ecológicos

Traemos aquí este asunto, y no se inserta en el apartado de aprovechamientos, porque los caudales ecológicos no son usos sino límites a las demandas atendibles, presupuestos de todo aprovechamiento incluso cuando se aplican las excepciones.

Las investigaciones relativas a la falta de determinación del caudal ecológico durante el otorgamiento de concesiones conducen a las dudas que suscita el régimen jurídico de los caudales ecológicos recogido en la ley de aguas, tal y como acertadamente advirtió la doctrina al analizar la ley 46/1999, que dotó de rango de ley a esta figura del caudal ecológico. Ahora el texto refundido de la ley de aguas lo ubica sistemáticamente en su artículo 59.7, o sea entre las reglas generales del régimen de las concesiones de aguas. Según su tenor literal, los caudales ecológicos, que pueden llamarse *demandas ambientales*, no tienen carácter de uso sino que deben considerarse una restricción

impuesta con carácter general a los sistemas de explotación. Pero en todo caso, se aplica también a los caudales ambientales la regla sobre la supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones (remisión del 59.7 al párrafo final del apartado 3 del artículo 60 LA). Los caudales ecológicos se fijan en los planes de cuenca y para establecerlos los organismos de cuenca han de realizar estudios específicos para cada tramo de río. Así pues, de acuerdo con la primera frase del artículo 59.7, los caudales ecológicos o demandas ambientales no constituyen un aprovechamiento privativo más de los recursos hidráulicos, sino una restricción a la explotación del agua, es decir un límite superior a todo aprovechamiento o uso. Dicho de otra manera, constituyen un presupuesto de gestión del dominio público hidráulico, que funciona de manera autónoma a la prelación de usos del artículo 60. No obstante, a reglón seguido el artículo 59.7 indica que en todo caso se aplicará también a los caudales ambientales la regla de la supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones. Luego, a pesar de no conceptuarse como uso privativo, los caudales ecológicos se subordinan al abastecimiento de poblaciones; y ello es así no sólo en situaciones de sequía o extraordinarias, caso claramente entendible, sino que la subordinación del caudal ecológico al abastecimiento de poblaciones es general, sean usos consolidados o no, haya o no sequía, haya o no situación extraordinaria. Sin embargo, ningún otro uso puede relegar el mantenimiento del caudal ecológico.

A nuestro juicio el artículo 59.7 LA resulta incompleto y confuso, porque no distingue entre concesiones para abastecimiento de poblaciones consolidadas y poblaciones futuras, ni entre condiciones de sequía o condiciones hidrológicas normales, propias de la climatología habitual del territorio; y además deja sin tratar aquellos usos consolidados antes de 1999 que no sean el abastecimiento a población, cuyas concesiones fueron otorgadas sin obligación de respetar caudal ecológico alguno y cuya compatibilidad con éstos es casi imposible en algunas cuencas, ya que el caudal natural, bastante reducido al menos en algunas estaciones del año, coincide con el ecológico. Y también porque la ley dice que los caudales ecológicos operan con carácter general cuando tal cosa parece imposible (e incluso poco deseable), como veremos.

Nótese que la redacción del precepto, en su segunda parte, parece indicar que ante solicitudes de nuevas concesiones de abastecimiento a población, las demandas ambientales o caudales ecológicos no pueden ser un obstáculo al otorgamiento, pero esta conclusión nos parece opuesta a la que debería deducirse de la configuración de los caudales ecológicos como presupuesto de gestión del dominio público, y en función de la cual deberían constituir un límite a los aprovechamientos urbanos irracionales y al crecimiento urbanístico abusivo, lo cual por cierto (§1.1) constituye la finalidad del artículo 25.4 LA. Más bien parece que fijar y respetar los caudales ecológicos debería ser clave en la determinación de la suficiencia de recursos hídricos. De ahí que la falta de distinción en las demandas para abastecimiento entre población consolidada y población futura nos resulte contradictoria con el artículo 25.4. Por otra parte, no debe olvidarse que el mantenimiento de caudales por razones ambientales evita la degradación de los cauces, masas de agua y acuíferos, y es por tanto indispensable para

el buen estado de las aguas, estado que nos interesa a todos y que es un objetivo que impone la DMA en su artículo 4, aunque sea en el plazo de 15 años desde su entrada en vigor.

El artículo 59.7 LA no aclara el concepto mismo ni la naturaleza jurídica de la figura del caudal ecológico, y resulta incompleto. Esta confusión se ha trasladado a la planificación. Los planes hidrológicos fueron aprobados antes de que la figura tuviera rango legal (ley 46/1999), pero cuando se revisaron, ya regía el artículo 59.7 LA. Un repaso a los planes hidrológicos de cuenca aprobados en 1998, ya revisados, demuestra que en cada plan los caudales ecológicos se recogen y regulan de manera diferente, bien incluyéndolos en la prelación de usos -como un uso más-, bien configurándolos como una restricción general que contiene excepciones, bien como una figura especial que limita las concesiones en determinados casos, con una técnica más parecida a lo que la Ley del PHN denomina la *reserva ambiental*; e incluso como objetivos a alcanzar y no como límites a los aprovechamientos. Hay planes que, por ejemplo, sólo establecen provisionalmente y para los horizontes futuros que los caudales mínimos aguas abajo de los embalses actuales y previstos han de ser imperativamente los equivalentes a un 10% de la aportación media anual repartida de modo uniforme en los doce meses.

Prueba de toda esta confusión es que las confederaciones hidrográficas hasta ahora resuelven supuestos similares aplicando criterios opuestos respecto de la operatividad de los caudales ecológicos en relación con las nuevas concesiones. Así por ejemplo, para la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Duero el uso para abastecimiento a la población es prioritario sobre cualquier otro uso en cualquier circunstancia, y deben entenderse los caudales ecológicos bajo esa prioridad, mientras por el contrario según la normativa del Plan Hidrológico Norte I sólo con carácter excepcional podrán no respetarse los caudales mínimos ambientales para atender las demandas urbanas, debe dejarse en el río como mínimo el 25% del caudal circulante y si el tramo fuera de paso o de vida de peces, hacer las obras necesarias para que aún con el 25% los peces puedan seguir viviendo y circulando.

El artículo 26 LPHN es clave porque distingue dos supuestos en los que los caudales ecológicos funcionan de manera diferente: evaluación de disponibilidades hídricas y explotación de los sistemas hidráulicos¹⁰.

¹⁰ Para lo que sigue es conveniente tenerlo a la vista: “1. A los efectos de la evaluación de disponibilidades hídricas, los caudales ambientales que se fijen en los Planes Hidrológicos de cuenca, de acuerdo con la Ley de Aguas, tendrán la consideración de una limitación previa a los flujos del sistema de explotación, que operará con carácter preferente a los usos contemplados en el sistema. Para su establecimiento, los Organismos de cuenca realizarán estudios específicos para cada tramo de río, teniendo en cuenta la dinámica de los ecosistemas y las condiciones mínimas de su biocenosis. Las disponibilidades obtenidas en estas condiciones son las que pueden, en su caso, ser objeto de asignación y reserva para los usos existentes y previsibles. // La fijación de los caudales ambientales se realizará con la participación de todas las Comunidades Autónomas que integren la cuenca hidrográfica, a través de los Consejos del Agua de las respectivas cuencas, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional décima en relación con el Plan Integral de Protección del Delta del Ebro. // 2. Sin perjuicio de lo

Según la letra de este artículo, en la evaluación de disponibilidades hídricas los caudales ecológicos son una limitación previa a los flujos del sistema de explotación, que opera con carácter preferente a todos los usos del sistema, pero en la explotación de los sistemas hidráulicos son objetivos a satisfacer en cada sistema de explotación y se subordinan al abastecimiento de poblaciones. Así pues en la LPHN hay una alentadora distinción entre derechos consolidados y derechos futuros, aunque las dudas más arriba planteadas no queden resueltas con claridad suficiente.

Sin embargo, en la misma y confusa línea que el 59.7 LA, el artículo 17.2 RPH afirma que los caudales ecológicos o demandas ambientales no tienen carácter de uso sino de restricción general impuesta a los sistemas de explotación; para inmediatamente después decir que, en todo caso, se aplica también a los caudales ambientales la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones del artículo 60.3 LA. Por su parte, los artículos siguientes del RPH, siguiendo la doctrina apuntada por el 26 LPHN, ayudan a interpretar mejor esta espinosa cuestión.

Así, el artículo 18 dispone que el plan hidrológico determine el régimen de caudales ecológicos en los ríos y aguas de transición definidos en la demarcación, incluidas las necesidades de agua de los lagos y de las zonas húmedas (apartado 1). Este régimen de caudales ecológicos ha de permitir mantener de forma sostenible la funcionalidad y estructura de los ecosistemas acuáticos y de los terrestres asociados, y que contribuya a alcanzar el buen estado o potencial ecológico en ríos o aguas de transición (apartado 2). Para ello los organismos de cuenca realizan los estudios específicos por tramos de río. Ahora bien, el proceso de implantación del régimen de caudales ecológicos se debe desarrollar mediante concertación, que tendrá en cuenta los usos y demandas actualmente existentes y su régimen concesional, así como las buenas prácticas (apartado 3).

En caso de sequías prolongadas puede aplicarse un régimen de caudales menos exigente, siempre que se cumplan las condiciones que establece el artículo 38 sobre el deterioro temporal del estado de las masas de agua¹¹. Esta excepción no se aplica en las

establecido en el número anterior y desde el punto de vista de la explotación de los sistemas hidráulicos, los caudales ambientales tendrán la consideración de objetivos a satisfacer de forma coordinada en los sistemas de explotación, y con la única preferencia del abastecimiento a poblaciones. // 3. La inexistencia de obligación expresa en relación con el mantenimiento de caudales ambientales en las autorizaciones y concesiones otorgadas por la Administración hidráulica, no exonerará al concesionario del cumplimiento de las obligaciones generales que, respecto a tales caudales, serán recogidas por la planificación hidrológica, sin perjuicio del posible derecho de indemnización establecido en el artículo 63.3 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.”

¹¹ Transcribimos el artículo 38: “Deterioro temporal del estado de las masas de agua.- 1. Se podrá admitir el deterioro temporal del estado de las masas de agua si se debe a causas naturales o de fuerza mayor que sean excepcionales o no hayan podido preverse razonablemente, en particular graves inundaciones y sequías prolongadas, o al resultado de circunstancias derivadas de accidentes que tampoco hayan podido

zonas incluidas en la Red Natura 2000 o en la Lista de Humedales de Importancia Internacional de acuerdo con el Convenio de Ramsar, de 2 de febrero de 1971. En estas zonas se considera prioritario el mantenimiento del régimen de caudales ecológicos, aunque se aplica la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones (apartado 4 del artículo 18). En la determinación del flujo interanual medio requerido para el cálculo de los recursos disponibles de agua subterránea se toma como referencia el régimen de caudales ecológicos calculado según los criterios definidos antes (apartado 5). Cada sistema de explotación de recursos está constituido por masas de agua superficial y subterránea, 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 hídricos naturales y de acuerdo con su calidad, permiten establecer los suministros de agua que configuran la oferta de recursos disponibles del sistema de explotación, pero cumpliendo los objetivos ambientales. Los sistemas de explotación en los que funcionalmente se divide el territorio de cada demarcación se fijan en el plan hidrológico (dos primeros apartados del artículo 19 RPH). Cada sistema de explotación de recursos se referirá a un horizonte temporal; debe incluirse en todo caso el correspondiente a la situación existente al elaborarse el plan. Los sistemas de explotación se referirán, además, a dos horizontes temporales: 2015 y 2027, en los que se considerará la satisfacción de las demandas previsibles. Estos horizontes se incrementan en seis años en las sucesivas actualizaciones de los planes (19.3 RPH).

El estudio de cada sistema de explotación de recursos contiene (artículo 19.4 RPH): a) La definición y características de los recursos hídricos disponibles de acuerdo con las normas de utilización del agua consideradas. Dichos recursos incluyen los procedentes de la captación y regulación de aguas superficiales, la extracción de aguas subterráneas, la reutilización, la desalación de aguas salobres y marinas y las transferencias de otras demarcaciones. Asimismo se especifican los esquemas de uso conjunto de los recursos

preverse razonablemente. // 2. Para admitir dicho deterioro deberán cumplirse todas las condiciones siguientes: a) Que se adopten todas las medidas factibles para impedir que siga deteriorándose el estado y para no poner en peligro el logro de los objetivos medioambientales en otras masas de agua no afectadas por esas circunstancias. b) Que en el plan hidrológico se especifiquen las condiciones en virtud de las cuales pueden declararse dichas circunstancias como racionalmente imprevistas o excepcionales, incluyendo la adopción de los indicadores adecuados. En el caso de situaciones hidrológicas extremas estas condiciones se derivarán de los estudios a realizar de acuerdo con lo indicado en el artículo 59 y deberán contemplarse los indicadores establecidos en los planes de sequía cuyo registro se incluirá en el plan hidrológico, conforme a lo indicado en el artículo 62. c) Que las medidas que deban adoptarse en dichas circunstancias excepcionales se incluyan en el programa de medidas y no pongan en peligro la recuperación de la calidad de la masa de agua una vez que hayan cesado las circunstancias. d) Que los efectos de las circunstancias que sean excepcionales o que no hayan podido preverse razonablemente se revisen anualmente y se adopten, tan pronto como sea razonablemente posible, todas las medidas factibles para devolver la masa de agua a su estado anterior a los efectos de dichas circunstancias, sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional undécima 1.b) del Texto Refundido de la Ley de Aguas. e) Que en la siguiente actualización del plan hidrológico se incluya un resumen de los efectos producidos por esas circunstancias y de las medidas que se hayan adoptado o se hayan de adoptar.”

hídricos superficiales y subterráneos y la recarga artificial de acuíferos. *b)* La determinación de los elementos de la infraestructura precisa y las directrices fundamentales para su explotación. *c)* Los recursos hídricos naturales no utilizados en el sistema y, en su caso, los procedentes de ámbitos territoriales externos al Plan.

Además de los sistemas de explotación parciales que puedan definirse en cada plan, se define siempre un sistema de explotación único en el que, de forma simplificada, queden incluidos todos los sistemas parciales y con el que pueda analizarse completamente el comportamiento en toda la demarcación hidrográfica. En el plan se indica la agrupación de recursos, demandas, infraestructuras de almacenamiento y masas de agua, llevada a cabo a partir de los sistemas parciales, en su caso, para definir el sistema de explotación único (artículo 19.5 RPH).

No se olvide que el plan hidrológico ha de contener los criterios de prioridad y de compatibilidad de usos que deben aplicarse en los distintos territorios de la demarcación hidrográfica. Es decir, el plan ha de establecer para cada sistema de explotación los órdenes de preferencia entre usos y aprovechamientos (artículo 17.1 RPH) e incorporar la estimación de las demandas actuales y de las previsibles en los horizontes contemplados en el artículo 19 (artículo 14 RPH)¹².

¹² Este artículo 14, bastante impresionante, expresa a las claras la ligazón de lo hidrológico con las técnicas de ordenación del territorio. Dice así: “*Criterios para la estimación de las demandas de agua.*- 1. Los planes hidrológicos de cuenca incorporarán la estimación de las demandas actuales y de las previsibles en los horizontes contemplados en el artículo 19. En particular para los usos de abastecimiento a poblaciones, agrarios, energéticos e industriales se siguen los siguientes criterios: *a)* El cálculo de la demanda de abastecimiento a poblaciones se basará, teniendo en cuenta las previsiones de los planes urbanísticos, en evaluaciones demográficas, económico productivas, industriales y de servicios, e incluirá la requerida por industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal. En estas evaluaciones se tendrá en cuenta tanto la población permanente como la estacional, así como el número de viviendas principales y secundarias por tipologías. Asimismo se considerarán las dotaciones domésticas básicas y las previsiones de las administraciones competentes sobre los efectos de cambios en los precios, en la eficiencia de los sistemas de abastecimiento y en los hábitos de consumo de la población. *b)* La estimación de la demanda agraria comprenderá la demanda agrícola, forestal y ganadera, que deberá estimarse de acuerdo con las previsiones de cada sector y las políticas territoriales y de desarrollo rural. La estimación de la demanda agrícola tendrá en cuenta las previsiones de evolución de la superficie de regadíos y de los tipos de cultivos, los sistemas y eficiencias de riego, el ahorro de agua como consecuencia de la implantación de nuevas técnicas de riego o mejora de infraestructuras, las posibilidades de reutilización de aguas, la revisión concesional al amparo del artículo 65, apartados a) y b) y la disposición transitoria sexta del Texto Refundido de la Ley de Aguas y la previsión para la atención de aprovechamientos aislados. Asimismo se tendrán en cuenta las previsiones de cambio de los precios de los servicios del agua y las modificaciones en el contexto de los mercados y de las ayudas que perciben los usos agrarios. *c)* La estimación de la demanda para usos industriales y energéticos considerará las previsiones actuales y de desarrollo sostenible a largo plazo de cada sector de actividad. El cálculo se realizará para cada uno de ellos, contemplando el número de establecimientos industriales, el empleo, la producción y otras características socioeconómicas. Se tendrán también en cuenta los posibles cambios estructurales en el uso de materias primas y en los procesos productivos, la aplicación de nuevas tecnologías que mejoren el aprovechamiento del agua y las posibilidades de reutilización de las aguas dentro del propio proceso industrial. // 2. Las estimaciones realizadas siguiendo los criterios definidos en el apartado anterior deberán ajustarse, para las demandas correspondientes a la

Una vez hecho lo anterior, el plan fija la reserva de recursos que corresponda a las asignaciones establecidas en previsión de las demandas que hay que atender para alcanzar los objetivos de la planificación hidrológica. Las reservas deben inscribirse en el Registro de Aguas a nombre del organismo de cuenca, el cual procede a su cancelación parcial a medida que se van otorgando las concesiones. Las reservas se aplican exclusivamente al destino concreto y en el plazo máximo fijado en el propio plan. En ausencia de tal previsión, se entiende como plazo máximo el de seis años establecido en el artículo 89, salvo que en la revisión del plan se establezca otro diferente (artículo 20 RPH). Además, según el propio artículo 20 RPH el plan hidrológico ha de establecer para la situación existente cuando su elaboración, el balance entre los recursos y las demandas consolidadas considerando como tales las representativas de unas condiciones normales de suministro en los últimos años; en ningún caso pueden consolidarse demandas cuyo volumen exceda el valor de las asignaciones vigentes. Asimismo establecerá el plan la asignación y reserva de los recursos disponibles para las demandas previsibles al horizonte temporal del año 2015 a los efectos del artículo 91 RDPH; y especificará también las demandas que no pueden ser satisfechas con los recursos disponibles en la propia demarcación hidrográfica. Dicho horizonte se incrementa en seis años en las actualizaciones de los planes.

Con objeto de evaluar las tendencias a largo plazo, para el horizonte temporal de 2027 el plan hidrológico estima el balance o balances entre los recursos previsiblemente disponibles y las demandas previsibles correspondientes a los diferentes usos. Para realizar este balance se tiene en cuenta el posible efecto del cambio climático sobre los recursos hídricos naturales de la demarcación de acuerdo con lo establecido en el artículo 11. Ese horizonte temporal también se incrementa en seis años en las actualizaciones de los planes. Los balances entre recursos y demandas a los que nos referimos se realizan para cada uno de los sistemas de explotación definidos conforme al artículo 19. En ese balance los caudales ecológicos se consideran como una restricción en la forma indicada en el artículo 17.2. La satisfacción de las demandas se realiza siguiendo los criterios de prioridad establecidos en el plan hidrológico, desde una perspectiva de sostenibilidad en el uso del agua.

En opinión de esta Defensoría, la manera de resolver la confusión que suscitan estas normas (artículos 59.7 LA, 26 LPHN, 14 y 17-20 RPH) y la práctica administrativa pasan por interpretar que la figura del caudal ecológico es una restricción de los recursos hídricos disponibles, es decir un límite a los usos y demandas atendibles, que

situación actual, con los datos reales disponibles sobre detracciones y consumos en las unidades de demanda más significativas de la demarcación. // 3. En todos los casos se estimarán los retornos al medio natural de las aguas usadas, tanto en sus aspectos cualitativos como cuantitativos. En el caso del abastecimiento a poblaciones el plan hidrológico incluirá una descripción de los sistemas de tratamiento y depuración de las aguas residuales correspondientes a cada unidad de demanda, con indicación de los volúmenes y características de calidad de las aguas a la entrada y a la salida de la instalación.”

tiene excepciones determinadas; puede quedar sin operatividad para ciertas situaciones y usos; y funciona de manera distinta según se enfrente a usos consolidados o futuros, concurren condiciones de sequía o no. No tiene sentido que opere de manera general. Constituye un error del legislador otorgar a los caudales operatividad general. Para que la figura cumpla su función y sea justa, es imprescindible distinguir entre usos consolidados y usos futuros, también en lo que respecta a abastecimiento de población; y es necesario regular excepciones y una aplicación atenuada del régimen en determinadas circunstancias.

Los caudales ecológicos deben funcionar de manera diferente en la evaluación de disponibilidades hídricas y otorgamiento de nuevas concesiones que en la explotación de los sistemas hidráulicos y los usos consolidados. En la evaluación de disponibilidades hídricas los caudales ecológicos han de ser restricciones a cualquier uso, incluido el abastecimiento a población. Cuando hablamos de usos futuros y la naturaleza ha dado unas características hídricas a una masa de agua cuyo mantenimiento en buen estado ecológico exige no consumir más allá de determinada cantidad, lo que parece más acorde con el uso racional de los recursos naturales es que el caudal ecológico predomine sobre cualquier uso futuro, incluido el de abastecimiento a población, para evitar aprovechamientos urbanos irracionales y el crecimiento urbanístico abusivo, lo cual constituye la finalidad del artículo 25.4 LA de exigir la suficiencia de recursos hídricos. El respeto a los caudales ecológicos ha de ser un elemento esencial en la determinación de la suficiencia de recursos hídricos.

Por ello, al evaluar las disponibilidades hídricas para demandas futuras, y para fijar el balance entre recursos y demandas, el caudal ecológico debe operar como una restricción previa a cualquier demanda futura para evitar aprovechamientos irresponsables. Dicho de otra manera, ante la operación de fijar la reserva de recursos correspondiente a las asignaciones establecidas en previsión de las demandas que habrán de atenderse para alcanzar los objetivos de la planificación hidrológica, el caudal ecológico prevalece frente a cualquier uso futuro. En estos casos, el Plan debería especificar qué demandas no podrán ser satisfechas con los recursos disponibles en la propia demarcación hidrográfica. En consecuencia, sólo deben preverse y otorgarse aquellas concesiones que permitan mantener el caudal ecológico y todas las concesiones que se vayan otorgando deberían incluir la condición del respeto del caudal ecológico fijado en la planificación, la cual podría exceptuarse en caso de sequía prolongada para las concesiones de abastecimiento a población y algún otro uso necesario para la supervivencia de las personas y el medio ambiente.

Sin embargo, no ofrece demasiada discusión la prioridad por atender los usos consolidados de abastecimiento a la población ya existente sobre el mantenimiento del caudal ecológico (lo que se plantea sobre todo en caso de sequía, pero puede darse también en algunas demarcaciones de nuestro país en las que hay déficit estructural entre recursos y demandas consolidadas, al menos en algunas estaciones del año); no

hay discusión salvo en que quizás utilizando el volumen de agua concedido de manera más eficaz podría ahorrarse agua. En principio, las personas para vivir han de beber y lavarse, y eso es sin duda prioritario sobre el mantenimiento del ecosistema fluvial o el buen estado ecológico del agua. Pero así como las personas tienen que comer, también los animales deben poder beber y comer y los cultivos ser regados. En situaciones de sequía, ni siquiera está claro que deba prevalecer la vida de los peces sobre, por ejemplo, la de las ovejas o la de los árboles. En términos de supervivencia son más importantes tales usos que el mantenimiento de un caudal ecológico, e incluso puede que también en términos ambientales. Por ello, tal y como hacen algunos planes hidrológicos de 1998, puede que también el legislador deba considerar la prioridad de atender en tales circunstancias otros usos distintos del abastecimiento a población; esto sin embargo no parece posible con las actuales LA y LPHN, pues él único uso que contemplan como posible excepción al caudal ecológico es el uso de abastecimiento a población, ningún otro.

Para el resto de usos consolidados no está claro el sentido de su subordinación al caudal ecológico en cualquier circunstancia. No se plantearán tantos problemas en los sistemas de explotación donde la subordinación de los usos consolidados al caudal ecológico sea posible sin revisión de las concesiones, pero carecerá de relevancia práctica. Ahora bien, hay demarcaciones en las que el balance entre los recursos y las demandas consolidadas (considerando como tales las representativas de unas condiciones normales de suministro en los últimos años, sin que en ningún caso puedan consolidarse demandas cuyo volumen exceda el valor de las asignaciones vigentes) no permite mantener el caudal ecológico en ciertos tramos, o a veces ríos enteros. En estos casos de sistemas de explotación con déficit estructural o con déficit estacional, si se aplicaran los caudales ecológicos a los usos consolidados distintos de los de abastecimiento a población (que tienen clara prioridad) habría que revisar las concesiones que fueron otorgadas antes de que la ley regulara los caudales ecológicos, y en las que en consecuencia no pudieron éstos quedar fijados como condición de uso, como parte del clausulado. Muchas concesiones podrían ser revisadas a la baja y otras directamente no podrían ser satisfechas con ningún caudal, ya que el caudal natural y el ecológico coinciden. A esos efectos, es verdad que de acuerdo con el artículo 26.3 LPHN la inexistencia de obligación expresa en relación con el mantenimiento de caudales ambientales en las autorizaciones y concesiones otorgadas por la administración hidráulica, no exonera al concesionario del cumplimiento de las obligaciones generales que recoja la planificación hidrológica respecto de tales caudales. Pero hay que tener en cuenta que, según el artículo 65.3 LA, si una concesión es revisada porque así lo exige su adecuación al plan hidrológico entonces el concesionario perjudicado tiene derecho a indemnización de conformidad con la legislación general de expropiación forzosa. Por eso, en estos casos tiene sentido que los caudales ecológicos sean un objetivo a alcanzar en cada sistema de explotación, y esperar así ver reducidas las dotaciones de las concesiones mediante el ahorro y la técnica.

Por otra parte, en caso de sequías prolongadas debe: a) excepcionarse del respeto al caudal ecológico, como ya hemos dicho más arriba, el uso consolidado de abastecimiento a población y quizá el abrevamiento de animales y ciertos riegos; es decir los usos necesarios para la supervivencia de las personas y que en términos ambientales se estimen prioritarios sobre el caudal ecológico; y b) aplicarse un régimen de caudales ecológicos menos exigente a concesiones otorgadas para ciertos usos, siempre que se cumplan las condiciones que establece el artículo 38 RPH sobre el deterioro temporal del estado de las masas de agua.

En suma, a nuestro juicio los caudales ecológicos deben funcionar de manera diferente en la evaluación de disponibilidades hídricas y el otorgamiento de las nuevas concesiones que en la explotación de los sistemas hidráulicos y respecto de los usos consolidados. Esta Institución considera que el legislador debería revisar este régimen jurídico de los caudales ecológicos, de acuerdo con lo aquí expuesto, al objeto de aclararlo y de que fuera aplicado con uniformidad por la administración hidráulica.

Hay además otras dificultades que encuentra la administración en esta tarea de fijar los caudales ecológicos, y parecen residir en el tiempo y el método apropiado para realizar los estudios; y en la difícil si no imposible conciliación de los caudales resultantes de dichos estudios y las demandas legales ya existentes. Por ejemplo, en la Cuenca Atlántica Andaluza los primeros estudios de evaluación de los caudales mínimos ecológicos por tramos de ríos ponen de relieve, en opinión de la Agencia andaluza del agua, la dificultad de trasladar a las condiciones hidrológicas de cuencas de características semiáridas unos métodos pensados para medios físicos y socioeconómicos muy diferentes. Además, la aplicación estricta del proceso de valoración conduce a caudales muy próximos a los que circulan en régimen natural, lo que inhabilitaría en la práctica cualquier aprovechamiento futuro y cuestionaría algunos de los consolidados “en zonas que no andan sobradas de ellos”. Para algunos organismos de cuenca el grado de conocimiento actual no resulta suficiente para fijar en muchos ríos cuáles son los caudales ecológicos.

De acuerdo con el concepto de buen estado ecológico del agua, introducido por la DMA, los estudios pendientes de desarrollar para la determinación de caudales ecológicos tendrán que definir nuevos objetivos, y tener en cuenta no sólo el régimen de caudales sino también otros indicadores relacionados (biológicos, morfológicos, químicos, etc) que conjuntamente definan el estado y potencial ecológico de cada tramo de río. Las conclusiones tendrán que formar parte de los nuevos planes hidrológicos, cuya publicación está prevista para diciembre de 2009, es decir aproximadamente un trimestre antes de que la presente monografía quedara ultimada. Por ello esta Institución examina cómo la administración hidráulica (estatal o autonómica), en colaboración con otras administraciones si es preciso, adopta las medidas de establecimiento de los caudales ecológicos de los ríos bajo su control, en cumplimiento de lo exigido por la LA, la planificación hidrológica y la DMA, y cómo fija los criterios para su compatibilidad con los usos existentes.

Finalmente, señalemos que los caudales ecológicos son una figura distinta de las *reservas hidrológicas por motivos ambientales* introducida por el artículo 25 LPHN, aunque los fines de ambas sean la conservación ambiental. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de medio ambiente previo informe de las comunidades autónomas afectadas, o en las cuencas intracomunitarias la propia comunidad autónoma, además de las previsiones incluidas en los planes hidrológicos de cuenca, al amparo de lo establecido en el artículo 40.d LA, pueden reservar determinados ríos, tramos de ríos, acuíferos o masas de agua para su conservación en estado natural. Tal reserva puede implicar la prohibición de otorgar autorizaciones o concesiones sobre el bien reservado. El establecimiento de las reservas hidrológicas ambientales tiene por finalidad la protección y conservación de los bienes de dominio público hidráulico. Los planes hidrológicos de cuenca incorporan las reservas y las consideran como limitaciones a introducir en los análisis de sus sistemas de explotación.

1.2.3 Aprovechamientos

1.2.3.1 CUESTIONES PREVIAS

En aras de la claridad es conveniente comenzar con unas observaciones sobre problemas comunes encontrados en las investigaciones sobre aprovechamientos de aguas: El régimen de las aguas públicas y las aguas privadas, la obligación de instalar caudalímetros, el retraso en la resolución de los procedimientos concesionales y la mala instrucción de los procedimientos sancionadores, con los problemas en la ejecución y la restitución de las cosas a su estado anterior.

A) Aguas públicas y aguas privadas

Las quejas habituales en esta materia impugnan el aprovechamiento presuntamente ilegal del dominio público hidráulico¹³. Por su parte, el artículo 52 LA dice con toda claridad que el derecho al uso privativo del dominio público, sea o no consuntivo, se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa. El artículo 59 en su apartado 1º señala que todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 requiere concesión administrativa. El artículo 54, en relación con el 84 y siguientes

¹³ De acuerdo con el artículo 2 LA constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en la ley: a) Las aguas continentales, sean superficiales o subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación. b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar. Por tanto, las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación, y las aguas procedentes de la desalación de agua de mar constituyen dominio público hidráulico del Estado.

RDPH, permite al propietario de una finca utilizar las aguas pluviales que discurren por ella y las estancadas dentro de sus linderos, y también aprovechar las aguas de manantiales situados en su interior y las aguas subterráneas en un volumen total anual no mayor de 7.000 m³, pero en los acuíferos que hayan sido declarados sobreexplotados o en riesgo de estarlo no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas en ese apartado sin la correspondiente autorización.

Los aprovechamientos de aguas públicas sin concesión o de un mayor caudal al concedido recaen naturalmente en aguas superficiales o en subterráneas, pero en éstas suele surgir la cuestión de su naturaleza privada o pública. De acuerdo con los párrafos segundos de las disposiciones transitorias 2ª y 3ª de la ley de aguas de 1985, los titulares de derechos sobre aguas privadas procedentes de manantiales, pozos o galerías, conforme a la ley de 13 de junio de 1879, que no hayan acreditado los mismos ni su régimen de utilización ante el organismo de cuenca para su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas antes del 1 de enero de 1989, mantienen su titularidad en la misma forma que hasta ese momento (propiedad privada de las aguas extraídas) pero no gozan de la protección administrativa derivada de la inscripción en el Registro.

A esos efectos, la ley de aguas de 1985 (disposición transitoria 4ª, párrafos 2 y 3) imponía también a los titulares de derechos sobre aguas privadas que optaran entre mantener su situación en la misma forma que hasta su entrada en vigor (propiedad privada) la obligación de declarar al organismo de cuenca los aprovechamientos, pero en este caso a los solos efectos de que fueran incluidos en el Catálogo de Aguas Privadas (registro administrativo de carácter informativo); en caso de incumplimiento de tal obligación cabe la posibilidad de imponer multas coercitivas. Además, la disposición transitoria segunda de la LPHN otorgaba a estos titulares un plazo improrrogable de tres meses, contados a partir de su entrada en vigor, para solicitar su inclusión en el Catálogo de aguas privadas de la cuenca, *transcurrido el cual la administración hidráulica no reconoce ya ningún aprovechamiento de aguas calificadas como privadas si no es en virtud de resolución judicial firme.*

Por tanto, la ley de aguas de 1985 permitió elegir a quienes hasta entonces aprovechaban aguas privadas según la ley de 13 de junio de 1879 (aguas de pozos, galerías o manantiales) entre mantener su titularidad dominical (propiedad privada) o convertir su aprovechamiento en concesión pública, con un régimen transitorio previo similar al de la titularidad dominical, que se respeta por un plazo de 50 años. Por otra parte, desde la entrada en vigor de la ley 1985 todas las aguas se consideran públicas (con la salvedad de las subterráneas o procedentes de manantiales que sean objeto de derechos dominicales preexistentes cuyos titulares hayan optado por no transformarlos en concesiones), y sólo pueden ser objeto de aprovechamiento mediante las oportunas concesiones otorgadas por la administración hidráulica.

Resulta claro que la falta de declaración no incide ni cercena la titularidad misma del derecho preexistente ni convierte el aprovechamiento en ilegal. En estos casos la administración hidráulica se limita a conocer la existencia de esos derechos (conocer qué aguas son privadas y cuál es el modo, características y destino de su aprovechamiento). En la medida en que es la propia ley de aguas la que permite a los particulares mantener la titularidad dominical sobre ciertas aguas, debe entenderse que “legaliza” automáticamente su situación. De esta suerte, el aprovechamiento y la captación de aguas privadas por su titular resultan perfectamente legales. Por otra parte, sin duda la acción administrativa no puede perjudicar los derechos privados, entre ellos el de propiedad, sin valorarlos e indemnizarlos.

Ahora bien, la disposición transitoria 4^a.2 establece que todos los aprovechamientos de aguas privadas conforme a la legislación anterior a la LA-1985 han de ser obligatoriamente declarados por sus titulares legítimos ante el organismo de cuenca; y éste, previo conocimiento de sus características y *aforo*, los incluirá en el Catálogo de aprovechamientos de aguas privadas de la cuenca. En segundo lugar, el artículo 55.4 impone a los organismos de cuenca la obligación de determinar los sistemas de control efectivo de los caudales utilizados que garanticen el respeto a los derechos existentes, permitan la correcta planificación y administración de los recursos, y aseguren la calidad de las aguas. Finalmente, las disposiciones transitorias 2^a.4 y 3^a.4 LA (ambos párrafos tienen idéntica redacción) establecen que, en todo caso, a los aprovechamientos de aguas privadas les son aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos, los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad y, en general, las relativas a limitaciones del uso del dominio público hidráulico (entre otras, justamente las citadas antes).

De todo lo anterior se deduce que los aprovechamientos de aguas privadas no son libérrimos ni sobre ellos carece el organismo de cuenca de potestades de control, potestades importantes por lo demás. Es verdad que la administración hidráulica se limita a tomar conocimiento de la existencia de los derechos preexistentes, es decir a conocer qué aguas son privadas y cuál es el modo, características y destino de su aprovechamiento, a través de la obligación de su titular de declararlos ante el organismo de cuenca; pero ello es así tanto a los efectos de evitar que la acción administrativa perjudique los derechos de particulares (en el presente caso el derecho de propiedad) sin valorarlos e indemnizarlos, como para adoptar las disposiciones pertinentes previstas en la ley para los supuestos de sobreexplotación de acuíferos, sequía, urgente necesidad, afecciones y contaminación.

Pero este régimen jurídico, que permite la coexistencia de dos tipos de aguas subterráneas -públicas y privadas- y en el que hay aprovechamientos de aguas que aunque públicas pueden ser aprovechadas de forma privativa por disposición legal, dificulta mucho a los organismos de cuenca el control eficiente de los aprovechamientos concedidos y su ajuste al uso otorgado, sobre todo en las concesiones para riego, pues al usarse varios pozos de diferente naturaleza se complica el control de la correspondencia

entre superficie regada y agua concedida en cada pozo, así como la correspondencia que debe haber entre las superficies de riego declaradas y las que efectivamente se riegan. Éste es el caso en las investigaciones relativas a los proyectos de mejora y modernización de regadíos tradicionales donde en ocasiones, al comparar los datos facilitados por distintas administraciones, aparece una divergencia de entre 200 y 300 hectáreas respecto de las superficies de riego de una acequia. Estas circunstancias requieren -y así lo tiene sugerido el Defensor del Pueblo- que el organismo de cuenca compruebe (función de control y vigilancia del dominio público hidráulico) que esas hectáreas de diferencia no constituyen un regadío ilegal (por vulneración del artículo 61 LA), máxime cuando el acuífero tiene ya declaración provisional de sobreexplotación.

B) Obligación de instalar caudalímetros

Otro de los asuntos que aparece en la mayoría de las quejas que tramita esta Institución en relación con aprovechamientos es la falta de instalación de caudalímetros en las concesiones otorgadas y otros aprovechamientos legalizados. Con ello el control eficaz de los aprovechamientos y la prueba de los incumplimientos devienen difíciles y costosos. De otro lado, es cierto también que los mismos caudalímetros son costosos y parece tener su instalación algún tipo mal definido de dificultad, tal vez relacionada con su rápida obsolescencia o escasa durabilidad.

En nuestra opinión, al objeto de evitar incumplimientos de las condiciones de las concesiones ya otorgadas y agilizar la prueba en los procedimientos sancionadores, los organismos de cuenca deben exigir a todos los concesionarios de aguas públicas, y a todos los titulares de aprovechamientos por cualquier título habilitante, que instalen y mantengan caudalímetros, sobre todo a aquellos que aprovechan mayores caudales y sin duda a las entidades locales públicas, pues sus aprovechamientos lo son para un uso, el de abastecimiento de población, que es preferente frente al resto. Es, por ejemplo, inaceptable que una concesión para abastecimiento de población sirva de sostén a un riego, que no está concedido ni se mide. Las consecuencias son desastrosas en todos los sentidos porque no sólo se daña el dominio público sino que supone admitir que hay que vulnerar la ley para disponer de agua para riego. Esta Defensoría considera que este tipo de necesidad, aquí vinculada al dominio hidráulico, no puede ser atendido en forma tan desordenada y contradictoria con los postulados legales.

Ante indicios claros y fundados de que el caudal extraído o derivado es mayor que el concedido o se dedica a usos no concedidos, esta Defensoría no se explica las razones por las que los organismos de cuenca no exigen a tiempo, a veces nunca, a los titulares la instalación de caudalímetros, tal y como faculta la ley de aguas, pues parece indiscutible que las lecturas son un elemento esencial para comprobar dichos indicios.

Alguna confederación hidrográfica ha alegado que no se había aprobado por el Ministerio la norma de técnica de regulación de estos sistemas, lo que podía dar lugar en

el futuro a reclamaciones de responsabilidad patrimonial si el contador instalado no quedaba luego amparado por la norma ministerial que se aprobara. Nos parece éste un extraño modo de eludir la responsabilidad por actos debidos, y aún más extraño de justificar no cumplir los mandatos legales, pues basta un sistema que devuelva datos ajustados a errores conocidos y predeterminados. En nuestra opinión, que no hubiera sido aprobada la norma de técnica de regulación de estos sistemas no era justificación suficiente para no ejercer una potestad expresamente atribuida por la ley. Los organismos de cuenca tienen potestad para determinar en su ámbito territorial los sistemas de control efectivo de esos caudales y para exigirlos desde la ley 46/1999, que modificó la ley de aguas de 1985, en aras de garantizar el respeto de los derechos existentes, permitir la correcta planificación y administración de los recursos, y asegurar la calidad de las aguas. A esos efectos, la ley 46/1999 dispuso ya que los titulares de las concesiones administrativas de aguas y todos aquellos que por cualquier otro título tengan derecho a su uso privativo quedaban obligados a instalar y mantener los correspondientes sistemas de medición que garanticen información precisa sobre los caudales de agua en efecto utilizados y, en su caso, retornados. Las comunidades de usuarios pueden solicitar la instalación de un único sistema de medición de caudales para los aprovechamientos de conjuntos de usuarios.

La disposición adicional duodécima LPHN recoge esta potestad en los mismos términos. Finalmente, la disposición final primera de la ley 11/2005 que modificó la LPHN, modificó también el artículo 55.4 LA¹⁴. Por tanto, el precepto habilita desde 1999 a la administración hidráulica para medir el volumen de agua realmente consumido o utilizado, para lo cual los concesionarios o titulares de aprovechamientos por cualquier título habrán de instalar caudalímetros. A esos efectos, cualquier norma técnica reglamentaria que con posterioridad regulara los sistemas de medida habría de tener en cuenta la existencia de sistemas anteriores, instalados a instancia de los organismos de cuenca, que debían poder ser homologados siempre que midieran de forma precisa el caudal o vertido.

Esa norma técnica ha sido por fin aprobada y ha entrado en vigor en 2009. Se trata de la Orden ARM/1312/2009, de 20 de mayo, por la que se regulan los sistemas para realizar el control efectivo de los volúmenes de agua utilizados por los aprovechamientos de agua del dominio público hidráulico, de los retornos al dominio público hidráulico y de los vertidos a éste. Y, en efecto, el apartado 5 de su disposición transitoria única faculta al organismo de cuenca para adecuar las prescripciones de la Orden en aquellos

¹⁴ Cuyo texto ha quedado así: “La Administración hidráulica determinará, con carácter general, los sistemas de control efectivo de los caudales de agua utilizados y de los vertidos al dominio público hidráulico que deban establecerse para garantizar el respeto a los derechos existentes, medir el volumen de agua realmente consumido o utilizado, permitir la correcta planificación y administración de los recursos y asegurar la calidad de las aguas. A tal efecto, los titulares de las concesiones administrativas de aguas y todos aquellos que por cualquier título tengan derecho a su uso privativo, estarán obligados a instalar y mantener los correspondientes sistemas de medición que garanticen información precisa sobre los caudales de agua en efecto consumidos o utilizados y, en su caso, retornados...”.

aprovechamientos y vertidos para los que previamente dicho organismo haya instalado directamente un sistema de control efectivo y registro de los caudales o exigido su instalación. En cambio, si los sistemas de medida exigidos por el organismo de cuenca no permiten medir correctamente el caudal (aunque entonces cabría preguntarse por qué los exigió ¿o es que han quedado obsoletos? ¿tal vez han devenido ineficaces y por tanto inútiles?) y deben sustituirse de conformidad con la norma aprobada, puede lógicamente haber responsabilidad patrimonial de la administración hidráulica (en caso de que concurren los requisitos de los artículos 139 y 141 LPC y del reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, RD 429/1993).

Esta Institución confía en que con la aprobación y entrada en vigor de la Orden ARM/1312/2009 se vaya resolviendo este problema de falta de caudalímetros en muchísimos aprovechamientos, pues no cabe duda alguna de que es crucial darle una solución.

C) Retraso en la resolución de los procedimientos concesionales

Los organismos de cuenca encuentran dificultades para dictar resolución expresa en las solicitudes de concesión de aguas públicas en el plazo máximo de 18 meses (disposición adicional sexta LA). Este asunto aparece con frecuencia en las investigaciones y parece afectar a todos los organismos de cuenca. Estos se escudan en la falta de medios técnicos y humanos; en algún caso han aprobado y contratado servicios de asesoría externa. Es cierto que la tarea es ingente, sobre todo en aprovechamientos de aguas subterráneas y en algunas cuencas, pero también lo es que la administración debe resolver en plazo y si hay problemas por carencia de medios debe pedir y lograr medios extraordinarios para ello. Sobre todo, los retrasos pueden llegar a medirse en décadas (v. *infra* el caso Rus Valdelobos) y sin duda los archivos de las confederaciones hidrográficas deben de ser de gestión temible. El retraso debe considerarse crónico, desde hace muchas décadas; no cabe pensar en que la llevanza del archivo en las confederaciones haya sido nunca eficiente, como la realidad actual muestra ante las consecuencias de décadas de desinterés por esta decisiva función de archivar y registrar, en suma de gestionar y administrar.

D) Mala instrucción de los procedimientos sancionadores, problemas con la ejecución y la restitución de las cosas a su estado anterior

Preocupa a esta Institución la no infrecuente anulación por los tribunales de sanciones impuestas por los organismos de cuenca por aprovechamientos ilegales. Nos referimos a la anulación por una gestión defectuosa del organismo. No es raro que los tribunales estimen insuficientes (y por tanto consideren infringida la presunción de inocencia) las pruebas de cargo aportadas en la instrucción del procedimiento. Por ejemplo, para llegar

a la conclusión referida a la cantidad de agua realmente utilizada, el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura¹⁵ estima necesaria una comprobación técnica con las debidas garantías, y no meramente una aproximación. No basta una simple estimación sino que debe acreditarse por algún medio fidedigno la cuantía utilizada, máxime cuando la parte contradice por otros medios la tesis de la confederación e incluso solicita una medición real a la que la administración se había negado. Según el Tribunal, si no hay prueba directa sino una presunción, se precisa entonces un enlace directo con la conclusión, según las reglas ordinarias del saber. En otro caso parecido, el Tribunal de Justicia de Madrid¹⁶ entiende que la resolución sancionadora no puede declarar como hecho probado el “alumbramiento de aguas subterráneas producido por una explotación de áridos por debajo del nivel freático sin autorización administrativa del organismo de cuenca”, porque el hecho denunciado por el Guarda Mayor Fluvial es “extracción de áridos por debajo del nivel freático fuera de la zona de policía”. Para el Tribunal no coinciden los hechos denunciados por el Guarda Mayor Fluvial con aquellos por los cuales el organismo de cuenca incoó el expediente sancionador y sancionó a la recurrente, con lo cual al concurrir un error en la calificación de los hechos imputados se infringe el principio de culpabilidad. Probablemente la extracción de áridos por debajo del nivel freático denunciada por el Guarda Fluvial suponía alumbrar aguas y la empresa no contaba con la debida concesión para ello, pero la denuncia estaba mal formulada porque denunciaba la extracción de áridos, lo que no constituye infracción en materia de aguas si no se realiza en cauce, zona de servidumbre o policía y además sin autorización del organismo de cuenca. Por tanto, en este caso es el alumbramiento de aguas sin concesión lo que podría haber constituido infracción y no la extracción de áridos¹⁷.

Estos errores en la instrucción de los procedimientos sancionadores provocan que aprovechamientos ilegales y nocivos para las aguas queden impunes y sigan produciéndose. Una instrucción respetuosa con las garantías es imprescindible para proteger adecuadamente el dominio público de las infracciones que contra él puedan cometerse.

¹⁵ STSJ de Extremadura 25/06/2007.

¹⁶ STSJ de Madrid 690/2008, de 17/04/2008.

¹⁷ Artículo 57 LA: “1. Los titulares de los aprovechamientos mineros previstos en la legislación de minas podrán utilizar las aguas que capten con motivo de las explotaciones, dedicándolas a finalidades exclusivamente mineras. A estos efectos, deberán solicitar la correspondiente concesión, tramitada conforme a lo previsto en esta Ley. // 2. Si existieran aguas sobrantes, el titular del aprovechamiento minero las pondrá a disposición del organismo de cuenca, que determinará el destino de las mismas o las condiciones en que deba realizarse el desagüe, atendiendo especialmente a su calidad. // 3. Cuando las aguas captadas en labores mineras afecten a otras concesiones, se estará a lo dispuesto al efecto en esta Ley.”

Además, de acuerdo con el artículo 116.3 LA se consideran infracciones administrativas: “... b) La derivación de agua de sus cauces y el alumbramiento de aguas subterráneas sin la correspondiente concesión o autorización cuando sea precisa... d) La ejecución, sin la debida autorización administrativa, de otras obras, trabajos, siembras o plantaciones en los cauces públicos o en las zonas sujetas legalmente a algún tipo de limitación en su destino o uso.”

Por otra parte, la falta de diligencia de la administración hidráulica en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de aprovechamientos suscita un número considerable de investigaciones por esta Defensoría. Los problemas detectados no siempre encuentran explicación en la escasez de medios humanos ni en la falta de recursos presupuestarios de la administración hidráulica. A veces los procedimientos sancionadores caducan, o incluso han de sobreseerse porque no se identifica correctamente a los responsables. En otras ocasiones, las infracciones prescriben, así como las obligaciones de restitución de las cosas a su estado anterior. A menudo la comprobación del cese de la infracción, una vez sancionada ésta, o bien la exigencia de su legalización se demoran excesivamente, incluso dan la impresión de caer en el olvido; su reactivación es el resultado de la insistencia del afectado o de las investigaciones iniciadas por esta Institución. A estos problemas se añade que la ejecución forzosa de las sanciones suele requerir mucho tiempo, al igual que la imposición y el cobro de las multas (por infracción o coercitivas) o de las indemnizaciones por daños y perjuicios al dominio público hidráulico. Además, es frecuente que las órdenes de restitución de las cosas a su estado anterior no sean cumplidas voluntariamente por el infractor, lo que implica (1º) su ejecución subsidiaria por la administración, en plazos aún mayores, así como (2º) dificultades para la efectiva repercusión al responsable.

Es obvio que esta falta de eficacia en el ejercicio de la potestad sancionadora (véase *infra* §3.2 sobre ineficacia de la legalidad) desactiva el efecto disuasorio, de manera que no se logra prevenir ni evitar las conductas constitutivas de infracción, ni revertir sus efectos. Por esta razón, ante las situaciones descritas el Defensor del Pueblo formula a los organismos de cuenca (generalmente las confederaciones hidrográficas) sugerencias y recordatorios del deber legal que les incumbe de incoar, tramitar y resolver con la debida diligencia y de acuerdo con el principio de eficacia estipulado en los artículos 103.1 CE y 3.1 LPC, los procedimientos sancionadores, para cuya cumplimentación es imprescindible el sometimiento a los plazos y evitar que caduquen. Esto incluye la adecuada identificación de los responsables y la exigencia, en su caso, de reparar los daños y perjuicios ocasionados, así como la restitución de las cosas a su estado anterior (artículos 116.f y 118 LA). En consonancia con lo anterior, esta Institución mantiene abiertas sus investigaciones -a veces durante años- ante la administración hidráulica a fin de comprobar que se ejecutan las sanciones, si es necesario de manera forzosa; que las cosas son restituidas a su estado anterior, cuando es preciso mediante la iniciación de procedimientos de ejecución subsidiaria; y que se reclaman las indemnizaciones por los daños producidos. La situación puede calificarse de estancada; infracciones muy graves quedan sin sanción y son multadas las infracciones leves, otra muestra del deficiente establecimiento de prioridades por los organismos de cuenca, prioridades que parecen cómodas para el desempeño pero que pueden resultar en injusticias. Afortunadamente contamos ya con la Orden MAM /85/2008 de 16 de enero, que establece los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y las normas sobre toma de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales, disposición que se nos antoja decisiva.

No obstante, debe aclararse que, de conformidad con la interpretación conjunta de los artículos 118 LA y 323 y 325 RDPH, los infractores han de ser obligados a reponer las cosas a su estado anterior, pero sólo a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico si las cosas no pueden ser repuestas a su estado anterior, o cuando pudiendo serlo los daños para el dominio público subsistan.

Vistas estas cuatro cuestiones previas, podemos pasar ya a examinar las cuestiones atinentes a los aprovechamientos ilegales.

1.2.3.2 APROVECHAMIENTOS ILEGALES DE AGUAS PÚBLICAS

A) Por entidades locales. Cálculo de las dotaciones en las concesiones de abastecimiento a población

Es frecuente la persistencia durante años de aprovechamientos municipales que no cuentan con concesión debidamente otorgada, o que incumplen sus condiciones, y cuyos ayuntamientos encuentran injusto e irregular que se les sancione por ello, y se resisten a regularizar la situación y a acatar las resoluciones del organismo de cuenca. Se trata de una situación ilegal en que incurre una administración pública y que da lugar a un número importante de quejas.

No es comprensible la resistencia mostrada por los ayuntamientos que aprovechan aguas sin concesión para abastecimiento de población (o incumpliendo sus condiciones), a aceptar la regularización de su situación. Alegan habitualmente la consabida carencia de medios y se amparan en que el organismo de cuenca, al estar afectadas las necesidades de consumo de una población, no suele ordenar -mucho menos ejecutar- la paralización de las extracciones de aguas subterráneas o derivaciones de aguas superficiales irregulares, ni el precinto de pozos o instalaciones de derivación, porque encuentra poco razonable dejar a las personas sin agua para beber y lavarse, lo que sin duda provocaría problemas de salud pública.

En estos casos, el Defensor del Pueblo acepta que el ayuntamiento concernido, por carencia de medios y falta de asistencia de la diputación provincial, pueda tener dificultades para elaborar -por ejemplo- el proyecto por técnico descriptivo de las obras y justificativo de las necesidades de agua, caudales y volúmenes a utilizar en función de los usos previstos (123.3.e RDPH), sin embargo advierte a su alcaldía de que la legalización del abastecimiento municipal de agua es siempre una materia urgente por imperativo legal, y que, en consecuencia, debe ser de la máxima prioridad. La carencia de medios únicamente puede servir para atenuar la calificación de la infracción y determinar su cuantía, dado que, según la ley de aguas, las circunstancias del responsable de la infracción han de ser tenidas en cuenta al calificar ésta. Si el

organismo de cuenca no ha incoado y resuelto los procedimientos sancionadores, se le sugiere que lo haga.

Hay casos singularmente complejos e ilustrativos, como el de un ayuntamiento de la provincia de Alicante, parte de cuya concesión para abastecimiento de población ha estado destinándose a riego durante años, previa venta a una comunidad de regantes por el ayuntamiento, sin que las sanciones de la Confederación Hidrográfica del Júcar hayan disuadido al consistorio de tal comportamiento ilegal. El aprovechamiento municipal se nutre de dos pozos conectados entre sí. El caudal del primer pozo se dedica exclusivamente al abastecimiento; el segundo se perforó para completar en caso de necesidad el caudal del primero, y garantizar así el suministro. Pero el caudal de este segundo pozo, que también está conectado a una balsa mediante una tubería, ha estado destinándose a riego de forma ilegal año tras año, lo que es conocido por el organismo de cuenca desde el principio.

Hay además otros indicios concluyentes del riego ilegal, como los balances contables de venta de agua por el ayuntamiento a una comunidad de regantes y la bomba de extracción con una potencia muy superior a la que exigiría la demanda de abastecimiento urbano; indicios conocidos también por el organismo de cuenca. De hecho, las dudas que suscitaba la existencia de una balsa de riego conectada a un pozo, y la existencia de documentación contable en ese sentido, fueron puestas de manifiesto por esta Institución varias veces. Sin embargo, la Confederación Hidrográfica ha negado ante esta Defensoría durante casi toda la investigación la evidencia del suministro de agua para riego desde el segundo pozo municipal a una balsa de una comunidad de regantes, pese a las pruebas existentes. Tratándose de comprobar el uso efectivamente dado al agua concedida, no se entiende por qué la Confederación niega validez a la documentación contable y oficial de un ayuntamiento en la que año tras año se consignan ventas de agua a una comunidad de regantes. También extraña que niegue importancia al hecho de que la bomba tenga una potencia de extracción muy superior a la que requieren las necesidades de abastecimiento de la población de la localidad.

La Confederación Hidrográfica ha afirmado incluso que los pozos se ejecutaron, además de para garantizar el suministro, para la regulación del manantial, lo cual -dado que uno de ellos se ha hecho y explotado durante años de espaldas a la legalidad- resulta cuando menos chocante, y en absoluto justifica un destino del agua extraída para otros usos, distintos del de abastecimiento o por encima de lo concedido. Ha afirmado además que la investigación de los hechos resultaba muy difícil por la concurrencia de varios aprovechamientos de distinta naturaleza, unos legalizados y otros no, con usos y superficies solapadas y la existencia de una densa red de conducciones subterráneas de muy difícil vigilancia, así como las horas nocturnas de funcionamiento de dicho pozo.

Afortunadamente en 2008 reconoce la situación y afirma que -ahora sí- los servicios de la Confederación controlan la tubería que conecta el pozo con balsa, y el paso de agua a través de ella (cuando en septiembre de 2007 argumentó que tal vigilancia era

prácticamente imposible). No es probable que las circunstancias que explicaban entonces tal dificultad desaparecieran en unos meses, por lo que esta Institución ha de concluir que en realidad se aprecia falta de voluntad real del organismo de cuenca para paralizar la extracción. Un organismo de cuenca no puede necesitar ocho años para paralizar unas extracciones de agua que no están amparadas por concesión administrativa alguna. Resulta a todas luces un lapso de tiempo excesivo, máxime cuando sabemos que la extracción ilegal ha sido siempre conocida por el organismo de cuenca. Aunque éste haya tramitado y resuelto sendos procedimientos sancionadores en 2001 y 2004, la verdad es que -sin razón aparente, o que haya sido justificada a lo largo de la investigación- tarda mucho tiempo en incoarlos desde que el pozo es denunciado por un vecino. Además, la primera resolución dictada a esos efectos en 2001, únicamente fue reiterada en 2003; y la segunda, dictada en septiembre de 2004, por la que la presidencia de la Confederación además de imponer la sanción ordenaba la paralización de la extracción de aguas, no es tampoco ejecutada durante el año que transcurre hasta que en septiembre de 2005 es suspendida por el juzgado que conoce el recurso contencioso-administrativo presentado por el ayuntamiento. Posteriormente pasan cinco meses, entre el 11 de mayo de 2007 -fecha en que el juzgado comunica a la Confederación la sentencia de 7 de marzo de 2007 que implicaba el levantamiento de la suspensión de la ejecución de la resolución dictada el 23 de septiembre de 2004- y el 11 de octubre de 2007, antes de que la presidencia del organismo de cuenca ordene el cumplimiento. Debe concluirse que no hubo la debida diligencia en ejecutar materialmente las órdenes de paralización.

La Comisaría Adjunta de Aguas quiso justificar ante esta Defensoría no haber adoptado una medida de ejecución forzosa como es el precinto del pozo, en que la población depende de este aprovechamiento para abastecerse. A la vez ha estado negando que se usara para riego parte del caudal. Pero lo cierto es que salvo situaciones excepcionales el primer pozo era suficiente para abastecer a la población de la localidad y que bastaba con precintar la tubería que conecta el segundo pozo con la balsa de riego de la comunidad de regantes a la que se estaba vendiendo el agua. Prueba de ello es que una vez por fin ejecutada (finales de 2007) la orden de paralización de ese segundo pozo (dictada en 2004) tras el levantamiento de su suspensión judicial en marzo de 2007 por el Juzgado, el abastecimiento de la localidad no parece haberse visto comprometido debido a tal acción, pues nada ha sucedido. Y si nada ha sucedido, es pues forzoso concluir que el agua de ese pozo no se destinaba a abastecimiento sino a riego.

En casos así esta Institución recuerda al organismo de cuenca que: 1 - A través de los servicios apropiados a cada caso debe ejercer con diligencia sus potestades de investigación y control (artículos 23 y 24 LA) sobre los aprovechamientos de aguas que puedan estar incumpliendo la legalidad por no disponer de concesión o por utilizar más caudal del concedido; 2 - Debe incoar con prontitud si se detectan infracciones tipificadas (artículo 116.a, b, c, g y h), los correspondientes procedimientos sancionadores; y 3 - Debe utilizar con eficacia todos los medios que le otorga la ley para garantizar la resolución final, evitar la continuación de la actividad infractora y

materializar efectivamente las órdenes de paralización del aprovechamiento, tales como el sellado de equipos, instalaciones, pozos y el cese de actividades (artículo 119.2), la ejecución forzosa de sus órdenes y resoluciones (artículos 119.1 LA y 93 a 99 LPC), la imposición de indemnizaciones por daños al dominio público hidráulico si procede (118 LA) y la caducidad de las concesiones (66 LA).

Debemos reiterar que si bien éste es un caso cualificado de incumplimiento y mala administración, no es lamentablemente un caso aislado ni excepcional. Los aprovechamientos municipales sin concesión son bastante frecuentes. Tampoco son raros los ayuntamientos y juntas vecinales que no cuentan con concesión de aguas para abastecimiento de población pero alegan derechos sobre las aguas por estar aprovechándolos sus habitantes “desde siempre”. Sin embargo, el aprovechamiento de aguas por los vecinos a lo largo de los años sin concesión no otorga derecho alguno a sus usuarios, ya que no se adquiere por prescripción el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico (artículo 52.2 LA).

Hay casos llamativos, como el ya aludido de un ayuntamiento que no cuenta con abastecimiento municipal legalizado ni lo ha solicitado, pero sí pretende impedir que una vecina derive aguas para las que ha obtenido -previa, legítima y legalmente- la oportuna concesión; le deniega la licencia de obras para la construcción de las instalaciones necesarias aduciendo el desacuerdo de algunos vecinos, que ni siquiera ostentan derecho alguno sobre las aguas que van a ser captadas y sin que conste en el expediente ningún motivo de orden urbanístico que justifique tal denegación. La vecina es titular de una concesión de aprovechamiento de aguas otorgada por la administración competente, que es el organismo de cuenca. El desacuerdo de personas que, pese a ser vecinos, no ostentan derecho alguno sobre las aguas que van a ser captadas, ni tampoco lo han solicitado, no es a razón suficiente que justifique la denegación de la licencia de obras solicitada para instalar la tubería de captación y su cruce por un camino público. El ayuntamiento no ha presentado solicitud de concesión para abastecer a la población del barrio; ni siquiera existen las instalaciones necesarias para ello. Por otra parte, la concesión de aguas otorgada a la vecina caduca en el momento en que se ponga en funcionamiento el abastecimiento municipal, de manera que su aprovechamiento en nada afecta al futuro abastecimiento del conjunto del barrio, una vez existieran las instalaciones y el ayuntamiento obtuviera la necesaria concesión de aguas públicas.

En este mismo orden de problemas, si en los años transcurridos desde que, por una empresa, se construyeron las instalaciones de captación y conducción de aguas de un río para abastecimiento de los vecinos, ni éstos ni la junta vecinal ni la empresa han presentado solicitud alguna de concesión ante el organismo de cuenca para su aprovechamiento, entonces ni unos ni otra ostentan derecho privativo alguno sobre las aguas. Dicho de otro modo, al no existir derecho previo alguno sobre las aguas del río, la única vía legal para poder detraer sus aguas con destino a abastecimiento es la obtención del organismo de cuenca de una concesión de aguas públicas. La solicitud en principio deben presentarla quienes efectivamente consumen el agua, y ha de

aprovecharse para aclarar (incluso en la propia concesión) quién es el titular de las instalaciones de captación y abastecimiento y cuáles son las eventuales obligaciones al respecto, a favor y/o a cargo de los vecinos y/o la empresa constructora.

Por tanto, en estos casos, el organismo de cuenca no puede reconocer una situación de derivación de aguas sin concesión, es decir sin amparo legal y que en consecuencia constituye infracción (artículo 116.b LA). Es necesario el requerimiento del organismo de cuenca a los vecinos para que legalicen el aprovechamiento que vienen haciendo, y advertirles de que pueden ser sancionados. Las relaciones entre los vecinos y la empresa (instalación de captación y conducción de las aguas) y su plasmación en la solicitud de concesión es asunto de carácter jurídico-privado en que el Defensor del Pueblo no puede intervenir.

Son polémicas las concesiones de agua a favor de los entes municipales (para abastecimiento de población) cuando las aguas discurren por un término municipal vecino y en el propio hay manantiales, acuíferos o ríos que podrían servir a tal fin. Sin embargo, la gestión de las aguas se realiza por cuencas (ahora demarcaciones) y no por municipios, conforme a la ley de aguas.

Según los apartados 2 y 4 del artículo 59 LA (artículo 57 de la derogada ley de aguas de 1985), los organismos de cuenca otorgarán las concesiones teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos; el título concesional no garantiza la disponibilidad de los caudales concedidos. El otorgamiento de una concesión es discrecional pero toda resolución será motivada y adoptada en función del interés público. El artículo 60 LA (artículo 58 ley de aguas 1985) dispone que el abastecimiento a la población se sitúe en el primer lugar de preferencia de uso para otorgar las concesiones que se soliciten. En caso de que se produzca incompatibilidad de concesiones destinadas a usos de la misma naturaleza, serán preferidas aquellas de mayor utilidad pública y general o aquellas que redunden en un menor consumo de agua o introduzcan el mantenimiento o mejora de su calidad.

De modo que el organismo de cuenca puede otorgar a un ayuntamiento el aprovechamiento de las aguas que discurren por otro municipio si considera que es más racional ese aprovechamiento que el de las aguas existentes en su término municipal. Ahora bien, llevar a cabo obras de conducción siempre acarrea más impacto ambiental y es más caro que no hacerlo, por lo que habrá que justificarlo, máxime cuando el ayuntamiento beneficiado está aprovechando -y lo ha hecho en el pasado- recursos hídricos en su propio término municipal sin contar con concesión. El agua no pertenece al territorio por el que pasa, ni a sus habitantes, es dominio público. En general, es más racional el aprovechamiento de los recursos hídricos cercanos al usuario, aunque puede haber motivos que justifiquen otra solución.

- *Cálculo de las dotaciones en las concesiones de abastecimiento a población*

¿Qué población se toma en consideración para asignar la dotación de agua de las concesiones para abastecimiento, la real en el momento del otorgamiento o la derivada del crecimiento previsto en la ordenación urbanística? Esta cuestión resulta crucial y no está bien resuelta.

Se trata de saber cuáles son los criterios que se aplican para calcular el número de habitantes, pues para calcular la dotación de las concesiones de abastecimiento a población los planes hidrológicos de cuenca suelen fijar un volumen de agua por habitante fijo y día, y otro por habitante estacional. Ese volumen puede variar según el tamaño de la población, la actividad de ésta y los distintos periodos del año (periodo punta con todas las viviendas ocupadas, residentes habituales más población estacional, y resto del año). Con esos datos y el número de habitantes se calcula la dotación. Por ejemplo, el Plan Hidrológico de la Cuenca del Júcar, para una población <10.000 habitantes y actividad media, establece una dotación máxima de 250 l/hab/día para el segundo horizonte del Plan, coincidente con la especificada para la población estacional. Así pues, considerando la población punta de 1.200 hab (todas las viviendas ocupadas, residentes habituales más población estacional) se establece una demanda punta diaria de 300 m³. Se considera un tiempo de permanencia para la población estacional, según indica el mencionado plan hidrológico de cuenca, de 100 días al año. Para el resto de días del año se considerará para calcular la demanda la población habitual del municipio (300 hab) más la mitad de la población de nueva vivienda (450 hab). Así, para una dotación de 250 l/hab/día y una población de 750 hab se establece una demanda diaria de 188 m³. La demanda anual total por tanto ascenderá a 300 m³ × 100 días + 188 m³ × 265 días = 79.820 m³. El caudal diario para la demanda punta equivale a 300/86,4 = 3,5 l/s continuos.

El Defensor del Pueblo no cuestiona los criterios de adjudicar X litros por habitante habitual o Y litros por habitante estacional, pero no entiende que dicho cálculo de la dotación de agua se haga considerando una población que no se corresponde con la real (estimando su crecimiento vegetativo a corto plazo) en el momento de otorgar la concesión de agua, sino con una expectativa de crecimiento, o sea con una previsión de futuro. No puede olvidarse que es muy frecuente que las previsiones de un PGOU no sean cumplidas en su totalidad o que se demoren en el tiempo bastantes años. Una cosa es tener en cuenta un posible crecimiento vegetativo demográfico a corto plazo y otra un incierto crecimiento demográfico dependiente del desarrollo urbanístico.

Por ejemplo, en uno de los casos conocidos por esta Defensoría, las previsiones de un primer informe (preceptivo) de la oficina de planificación hidrológica estiman en 36.100 m³ las necesidades de la población *actual*, teniendo en cuenta un incremento vegetativo a corto plazo, pero son revisadas al alza en un informe posterior de la misma oficina tras las alegaciones del ayuntamiento, con cálculos estimados de la diputación provincial que tienen en cuenta las necesidades de la población una vez desarrollado el PGOU y que ascienden así a más del doble (79.820 m³). Estas prácticas parecen desaconsejables

y deberían desterrarse, llevan a situaciones insostenibles; las concesiones no son reservas.

Dada su escasez y al objeto de respetar los principios de economía del agua y de compatibilidad de su gestión pública con la ordenación del territorio, parece más razonable la conservación y protección del medio y la restauración de la naturaleza, objetivos recogidos en el artículo 14 LA, de modo que al otorgar concesiones de agua para abastecimiento a localidades que tienen previsto legalmente un crecimiento urbanístico (y que por tanto han debido de ser objeto del informe del artículo 25.4 LA), se reserve (mediante el mecanismo normativo más adecuado a tal fin, ya sea en la propia concesión, en el plan de explotación de la unidad hidrogeológica, o en el propio plan hidrológico u otro adecuado) la dotación máxima de agua necesaria en caso de que se desarrolle completamente la ordenación urbanística; y que se asigne (se conceda) únicamente un volumen de agua que cubra las necesidades reales *en el momento de otorgar la concesión*, es decir que se calcule la dotación de agua tomando en consideración la población real permanente y estacional y su crecimiento vegetativo a corto plazo, y no las expectativas de incremento demográfico. El procedimiento de revisión de concesiones sirve para ir aumentando progresivamente los caudales concedidos a medida que vaya aumentando *de facto et de iure* la población. Parece que así se cumplirían mejor los fines que busca alcanzar la regulación de las concesiones (artículos 59 a 66 LA).

En algún caso, el organismo de cuenca fija la dotación de la concesión en función las previsiones de crecimiento del PGOU aduciendo que el aprovechamiento se ubica en una masa de agua en buen estado cuantitativo, es decir en que hay disponibilidad de recursos hídricos y en que, según los criterios de la DMA, no hay riesgo de incumplir los objetivos ambientales para 2015, por lo que entiende que “no es de su competencia poner límite al desarrollo territorial”. Pero justamente éste puede ser el objeto de una resolución de competencia del organismo de cuenca, poner límite al desarrollo territorial; este tipo de afirmaciones -características de los organismos de cuenca- dan pie a pensar en que padecen muy graves confusiones ya no sólo sobre las categorías jurídicas y el trasfondo social que portan, sino también en el lenguaje administrativo, que utilizan sin soltura ni destreza. A nuestro juicio la cuestión nada tiene que ver con la competencia de desarrollo territorial, sino con el uso racional de agua a que obliga nuestra Constitución, la ley de aguas y la planificación hidrológica, asunto pues de competencia del organismo de cuenca. Si se asigna únicamente un volumen de agua que cubra las necesidades de la población real en el momento de otorgarse la concesión (con el crecimiento vegetativo al corto plazo) y se reserva la diferencia hasta la dotación máxima de agua necesaria en caso de que se desarrolle completamente la ordenación urbanística, no se limita en absoluto el desarrollo territorial. Únicamente se gestiona el agua, un bien escaso y valioso, de acuerdo con criterios de ahorro, racionalidad y sostenibilidad.

De ahí que una línea de investigación de esta Defensoría sea la de conocer cómo están solucionando este asunto los organismos de cuenca respecto de esta cuestión y recomendar la aplicación de los criterios aquí sostenidos.

B) Aprovechamientos ilegales de aguas públicas por particulares

Son habituales las quejas de particulares por disconformidad con sanciones por aprovechar aguas sin concesión o incumpliendo las condiciones. El alto número de investigaciones indica que son muchos los aprovechamientos ilegales, sobre todo de aguas subterráneas. Salvo excepciones, en estos casos no hay irregularidad administrativa y las quejas no suelen ser admitidas a trámite. Más bien al contrario, si algo reprocha a la administración hidráulica esta Defensoría es su incapacidad para acabar con los aprovechamientos ilegales y ejecutar sus resoluciones al respecto, aunque es de reconocer que en los últimos tiempos asistimos a una leve mejoría. Los procedimientos se incoan y las sanciones resultan más disuasorias, aunque lejos de una cultura menos infractora y de una administración más efectiva.

A menudo esta Defensoría se ve obligada a explicar a los ciudadanos reclamantes que todo uso privativo de las aguas públicas no incluido en el artículo 54 LA (uso privativo por disposición legal) requiere concesión administrativa, sin la cual el uso o consumo constituye infracción sancionable. El artículo 52 dice con toda claridad que el derecho al uso privativo del dominio público, sea o no consuntivo, se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa. El artículo 59 LA en su apartado 1º señala que todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 requiere concesión administrativa. El artículo 54, en relación con el 84 y siguientes RDPH, permite al propietario de una finca utilizar las aguas pluviales que discurran por ella y las estancadas dentro de sus linderos, y aprovechar las aguas de manantiales situados en su interior y de las aguas subterráneas en un volumen total anual no mayor de 7.000 m³, pero en los acuíferos que hayan sido declarados sobreexplotados o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas en ese apartado sin la correspondiente autorización.

Esos usos privativos resultan adquiridos y autorizados por disposición legal. Por ello, el organismo de cuenca puede y debe únicamente verificar sus características y el cumplimiento de las condiciones legales, y en caso de conformidad inscribirlo en el Registro de Aguas a favor del solicitante (52 y 54 LA y 83 a 88 RDPH). El interesado queda obligado a comunicar el aprovechamiento a efectos estadísticos, de control y de inscripción, pero no de autorización ni de constitución del derecho. Pero las obras necesarias para estos aprovechamientos sí requieren autorización.

Estos usos también generan reclamaciones. Las más comunes se refieren a sanciones que se estiman injustas alegando precisamente que la extracción de aguas constituye un uso privativo por disposición legal. No obstante, lo habitual es que las sanciones tengan amparo legal pues suele tratarse de perforaciones en acuíferos sobreexplotados con

planes especiales de explotación o en riesgo de estarlo y en los que el organismo de cuenca ha impuesto medidas provisionales, por lo que los usos privativos por disposición legal requieren autorización previa. La apertura de un pozo sin contar con dicha autorización constituye infracción, que debe ser sancionada con multa y además debe imponerse la obligación de sellar el pozo. Si finalmente se otorga la autorización de tal uso privativo, la obligación de cegar el pozo debe considerarse sustituida por la de cumplir el condicionado de tal autorización. En esos casos no hay irregularidad del organismo de cuenca. Al incoar un procedimiento sancionador contra quien construye un pozo sin autorización en acuífero sobreexplotado o en riesgo de estarlo, resolviéndolo con la imposición de una sanción, el organismo de cuenca no ha hecho sino ejercer las potestades que en materia de protección y control del dominio público hidráulico le atribuye la ley de aguas.

En cuanto al aprovechamiento de las aguas pluviales por el propietario de la finca en que discurren (uso privativo por disposición legal), a veces se confunden estas aguas con las aguas estacionales, que son públicas y no pueden aprovecharse privativamente sin concesión. El organismo de cuenca puede constatar que lo solicitado por el propietario del predio -autorización para construcción por ejemplo de una balsa para recogida de pluviales- no se corresponde con la realidad porque las aguas que pretende embalsar son en realidad aguas públicas invernales, es decir aguas públicas estacionales que discurren por un cauce público (dato éste contrastado en tres ocasiones por el personal del organismo de cuenca, la confederación hidrográfica), y no son aguas pluviales. En consecuencia, y de acuerdo con lo establecido en la ley de aguas, el organismo de cuenca debe tramitar un procedimiento de concesión de aguas públicas, es decir un procedimiento de naturaleza diferente al procedimiento instado por el interesado inicialmente, que era de autorización de un balsa de aguas pluviales. Este procedimiento se rige por disposiciones normativas específicas, requiere unos trámites distintos y exige la aceptación de aquellas limitaciones propuestas por la Oficina de Planificación Hidrológica por tratarse de aguas públicas invernales, y se somete a información pública.

El riego de una superficie mayor o distinta a la amparada es causa habitual de sanción. Los infractores aceptan mal dichas sanciones y formulan quejas ante esta Defensoría, quejas que no suelen ser admitidas a trámite. Se dan casos en que las aguas de una concesión para riego de una parcela se usan para regar cultivos de otra parcela. A esos efectos, tiene razón el organismo de cuenca cuando aduce que la superficie regable es una condición general de las concesiones otorgadas para riego. De hecho, el artículo 61 LA dispone que el agua concedida quede adscrita a los usos indicados en el título concesional, y no puede ser aplicada a otros distintos ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos, con la excepción de lo previsto en el artículo 67.

También suscita quejas la disconformidad con las condiciones en que son reconocidos los derechos sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías derivados de la ley de 13 de junio de 1879, que han sido acreditados por sus titulares en el plazo de tres años

desde la entrada en vigor de la ley de aguas de 1985 para su inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamientos temporales de aguas privadas. Normalmente la superficie les parece poca a los titulares, alegando derechos previos a la ley de 1985.

De acuerdo con el apartado 1 de la disposición transitoria tercera LA, estos derechos serán respetados por la administración por un plazo de cincuenta años a contar desde el 1 de enero de 1986, en lo que se refiere al régimen de explotación de los caudales y al derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa. Ahora bien, según el apartado 3 de dicha disposición transitoria tercera, el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, requerirán concesión que ampare toda la explotación. Por ello, si el organismo de cuenca estima que la superficie regada ha sido modificada al alza después del 1 de enero de 1986, debe entonces exigir la regularización de la situación instando que mediante la solicitud de concesión se otorgue el título administrativo que ampare la totalidad del aprovechamiento, y dicha concesión habrá de someterse a las limitaciones previstas en la planificación hidrológica. Suele ocurrir que la confederación hidrográfica no estime probada la superficie regada con anterioridad a 1986 (por ejemplo porque no se prueba el cobro de los albaranes emitidos por la venta de las cosechas en esos años). Mas desde nuestro punto de vista, el problema reside en la posibilidad de probar de manera fehaciente la superficie regada antes de 1986. El organismo de cuenca puede no considerar suficiente a tal efecto la documentación aportada por el interesado y así lo justifica en la resolución final del procedimiento y en sus requerimientos de documentación complementaria a efectos de prueba (facturas y no albaranes). Pero si tales facturas no son aportadas, el proceder de la confederación ha de estimarse regular y el interesado debe solicitar la concesión en las condiciones compatibles con el plan hidrológico de la cuenca.

Otras quejas denuncian aprovechamientos sin concesión o se oponen a concesiones solicitadas. Las más frecuentes son las que plantean los vecinos contra extracciones de aguas subterráneas que se están produciendo en las cercanías de sus propiedades y que en su opinión no cuentan con concesión, incumplen sus condiciones o no son selladas pese a ser ilegales y existir resoluciones administrativas en ese sentido. A menudo, el reclamante denuncia la existencia de pozos ilegales tanto en parcelas colindantes como en otras cercanas a su propiedad, o bien que se extraen cantidades mayores a las concedidas, o que se amplía e incluso cambia la superficie de riego. En este tipo de investigaciones, el Defensor del Pueblo solicita al organismo de cuenca que la guardería fluvial lleve a cabo la debida inspección y que sus servicios comprueben con los datos obtenidos en dicha inspección las presuntas irregularidades, y que nos comunique las medidas adoptadas (instrucción de procedimientos sancionadores, adopción de medidas cautelares de precinto de pozos, ejecución forzosa y material de órdenes de sellado de pozos, inicio de procedimientos de caducidad de las concesiones otorgadas). Esta Defensoría trata de obtener información sobre el cumplimiento por su titular de las condiciones de la concesión y de las inspecciones y medidas que haya adoptado al respecto el organismo de cuenca.

En general, una vez puesta en marcha, la actuación administrativa es regular y eficaz. La guardería fluvial inspecciona el terreno para comprobar si hay efectivo aprovechamiento y se cumplen las condiciones de la concesión (por ejemplo, para verificar la superficie regada y los usos del agua). Si se constata el incumplimiento el organismo de cuenca inicia el expediente sancionador y pide al titular que inste (solicite) bien una renovación de la concesión bien la modificación de sus características, en un plazo determinado y advirtiéndole de que de no subsanar las deficiencias en el plazo indicado se iniciaría un expediente de extinción del derecho.

El problema está en que a la maquinaria administrativa le cuesta mucho ponerse en marcha. Esta Institución constata con frecuencia que sus investigaciones sirven para que los organismos de cuenca se decidan a ejercer sus potestades con el debido impulso y diligencia, por ejemplo requiriendo al titular de la concesión las lecturas anuales del contador y al servicio de guardería fluvial la inspección del lugar, así como que verifiquen el cese de la actividad infractora y/o la restitución de las cosas a su estado anterior.

De nuestras investigaciones se deduce que muchos aprovechamientos (sobre todo los de aguas subterráneas, que han proliferado debido a que la tecnología ha abaratado las perforaciones: ahora pueden hacerse muy fácilmente, a mucha profundidad y bajo coste) no son siquiera detectados por los organismos de cuenca, ni por tanto sancionados. No es raro que sea la admisión a trámite de una queja, en que se denuncia la pasividad del organismo de cuenca ante un aprovechamiento ilegal asimismo denunciado por el firmante de la queja, lo que active las inspecciones a que la administración hidráulica está obligada. La falta de medios que alegan en su justificación los organismos de cuenca debe de ser cierta, pero también lo es que los medios existentes podrían organizarse de manera más eficaz y ágil, así lo deducimos de la calidad de los informes recibidos, cumplidos pero rígidos o con signos de torpeza, irresolución, encorsetamiento y autoritarismo, burocráticos en suma.

Tampoco es frecuente que se impongan medidas cautelares que impidan el aprovechamiento irregular, como el sellado de instalaciones, aparatos, equipos y pozos o cese de actividades (artículo 119 LA). Los contadores volumétricos brillan por su ausencia lo que dificulta la prueba y el control de la continuidad de la infracción. La comprobación del cese material del aprovechamiento ilegal o el cumplimiento de las condiciones de la concesión en ocasiones parecen caer en un olvido indefinido e injustificable y cuya reactivación suele ser resultado de la insistencia del afectado (que afirma una y otra vez que el asunto no ha sido solucionado) o incluso de las investigaciones iniciadas por esta Institución. Además, se revela que una vez dictadas las órdenes de ejecución, no se vigila bastante su cumplimiento material. Por otra parte, los procedimientos de ejecución forzosa se demoran en el tiempo, a veces años, mientras los hechos continúan produciéndose. La ejecución subsidiaria, quizá por la dificultad que supone la repercusión de su coste al infractor, no se decide hasta que no

se confirma la ineficacia de otros medios de ejecución forzosa. Durante ese tiempo lo probable es que el agua siga siendo utilizada ilegalmente.

Ante estas situaciones el Defensor del Pueblo insta a los organismos de cuenca a ejercer sus potestades de control y de ejecución, en especial comprobando -y en su caso imponiendo vía la ejecución subsidiaria- el cumplimiento material de sus resoluciones. Estas propuestas de acción serán referidas en §1.2.4 de conclusiones finales, pues se trata de medidas no específicas sino de administración general.

1.2.3.3 AFECCIONES

En el otorgamiento de concesiones son frecuentes las quejas relativas a la falta de ejercicio diligente por las confederaciones hidrográficas de sus potestades de control del cumplimiento por su titular de las condiciones de la concesión de agua. Estas quejas suelen ser presentadas por vecinos o asociaciones de defensa del medio ambiente. Cuando se trata de aguas subterráneas, a veces alegan afecciones de la nueva concesión a los aprovechamientos anteriores cercanos.

De acuerdo con el artículo 76 LA, a falta de plan hidrológico de cuenca, o de definición suficiente en él, la administración concedente considerará para el otorgamiento de concesiones de aguas subterráneas su posible afección a captaciones anteriores legalizadas; debe en todo caso el titular de la nueva concesión indemnizar los perjuicios que pudieran causarse a los aprovechamientos preexistentes como consecuencia de las de las obras y acondicionamiento de las instalaciones que sea necesario efectuar para asegurar la disponibilidad de los caudales que venían siendo explotados.

Según el artículo 184.6 RDPH hay afección si el nuevo aprovechamiento provoca de forma directa y demostrada en el aprovechamiento preexistente una disminución del caudal realmente aprovechado o un deterioro de su calidad que lo haga inutilizable para el fin a que se dedicaba. No es afección a los efectos de la ley de aguas la simple variación del nivel del agua en un pozo, o la merma de caudal en una galería o manantial, si el remanente disponible es igual o superior al anteriormente aprovechado.

En una materia fuente de tantos conflictos esta Institución no comparte la opinión de algunas confederaciones hidrográficas, según la cual sólo habría de evaluarse la posible afección de una concesión a aprovechamientos anteriores si éstos no se encontraran inscritos en el Registro de Aguas. El Defensor del Pueblo entiende por el contrario que deben considerarse todas las posibles afecciones a los aprovechamientos legales anteriores, sean éstos de aguas públicas o privadas, estén o no inscritas en el Registro de Aguas.

Es cierto que para mantener su derecho en la misma forma que hasta ese momento, los titulares de aguas privadas procedentes de manantiales, pozos o galerías conforme a la

ley de 13 de junio de 1879, que no hayan acreditado antes del 1 de enero de 1989 ante el organismo de cuenca la propiedad de las aguas y su régimen de utilización para su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas, mantienen su titularidad en la misma forma que hasta ese momento, pero no gozan de la protección administrativa que deriva de la inscripción en el Registro (disposiciones transitorias segunda y tercera LA). Pero no gozar de esa protección registral no implica que la administración pueda desentenderse de la tutela y respeto de los derechos privados, entre ellos el de propiedad. Y evidentemente la propiedad de las aguas incluye, entre otras facultades, principalmente la de explotar y aprovechar los caudales. Por tanto el titular de un derecho sobre aguas privadas puede pedir a la administración la adopción de medidas para la tutela de su derecho, que va resultar afectado y perjudicado por situaciones jurídicas creadas por títulos otorgados por la propia administración (las concesiones). Es a la propia administración a quien, lógicamente, corresponde la ordenación y control de los efectos de las situaciones jurídicas por ella creadas. Por supuesto, dicha intervención administrativa solicitada por el titular de un derecho podría, en su caso, concluir ante el orden contencioso-administrativo.

No puede olvidarse tampoco que es el propio texto refundido de la ley de aguas el que permite a los particulares mantener la titularidad sobre aguas privadas; debe entenderse que “legaliza” automáticamente su situación. De esta suerte, el aprovechamiento y la captación de aguas privadas por su titular resultan *legales* (la ley reconoce la propiedad privada sobre ciertas aguas). Y así deducimos que una disminución de los caudales de las aguas privadas realmente aprovechadas o un deterioro de su calidad que las hagan inutilizables, y que sean consecuencia directa y demostrada de un nuevo aprovechamiento, constituye a nuestro juicio un supuesto de afección de los previstos en 184.6 RDPH. Además, de conformidad con 61.1 LA cada nueva concesión debe otorgarse sin perjuicio de tercero, y todo aquél que ostente algún derecho sobre aguas privadas es un tercero; quien no sólo está protegido por el ordenamiento sino que no puede quedar excluido de los que tienen captaciones legalizadas.

Ése es el sentido de las referencias a “las captaciones anteriores legalizadas” y a “los aprovechamientos preexistentes” que hace el artículo 76 LA. Según este precepto, a falta de plan hidrológico de cuenca o de definición suficiente en él, la administración concedente considerará para el otorgamiento de concesiones de aguas subterráneas su posible afección a captaciones anteriores legalizadas; debe en todo caso el titular de la nueva concesión indemnizar los perjuicios que pudieran causarse, como hemos visto. En apoyo de esto conviene tener también presente que la planificación hidrológica persigue el buen estado ecológico del dominio público hidráulico y la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando los usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales (artículo 40.1 LA). Y que las concesiones deben otorgarse teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos (artículo 59.2). Todo lo cual parece imposible si no se tienen en cuenta todos los

aprovechamientos, sean éstos de aguas públicas o privadas cualesquiera. En suma, el régimen de la afección condiciona y limita el otorgamiento de nuevas concesiones, se aplica independientemente de la naturaleza de las aguas afectadas, sean públicas o privadas. Cuando pueda verse afectada una captación preexistente de aguas privadas no registradas, la solución obligatoria será denegar o ajustar la nueva concesión a las condiciones que eviten la afección, siempre y cuando haya igualdad de condiciones entre las posibles captaciones. Si hay una preferente, la anterior será expropiable. Ello implica evaluar durante el procedimiento concesional todas posibles afecciones a captaciones anteriores legales que hayan sido alegadas y presenten indicios de razonabilidad y probabilidad suficientes.

Por lo expuesto, el Defensor del Pueblo recomienda a las confederaciones hidrográficas que en aras de una explotación racional del dominio público hidráulico, y en cumplimiento de 40.1, 59.2, 61.1, 76 y disposiciones transitorias segunda y tercera LA, apliquen el régimen de afección previsto en 184, apartados 4 a 9 RDPH en caso de disminución del caudal realmente aprovechado por captaciones legales preexistentes o de deterioro de su calidad que los inutilice para su uso, con independencia del carácter público o privado de las aguas afectadas, de modo que durante los procedimientos concesionales sus servicios evalúen todas las posibles afecciones a captaciones anteriores legales que hayan sido alegadas y presenten indicios de razonabilidad y probabilidad suficientes, para, en su caso, condicionar adecuadamente o denegar el nuevo aprovechamiento pretendido, o expropiar las captaciones afectadas si el nuevo uso fuera preferente.

Las determinaciones de contenido normativo de algún plan hidrológico establecen que en cualquier nueva solicitud de concesión que afecte a los usuarios con derechos *inscritos*, el solicitante debe presentar un análisis de las posibles afecciones a dichos usuarios. A nuestro juicio, y por las mismas razones antes expuestas, ese análisis debe extenderse a casos en los que la posibilidad de afección lo sea a aguas privadas, incluso no inscritas. Por eso recomendamos a las confederaciones hidrográficas que en los nuevos planes de demarcación así lo recojan.

El éxito de estas resoluciones ha sido hasta ahora desigual. Sorprende que alguna confederación no se pronuncie con claridad respecto a la aceptación de estas recomendaciones y sugerencias, y simplemente las agradezca.

Tampoco estimamos correcta la interpretación, sostenida en alguna ocasión por los organismos de cuenca, de que si los pozos están a más de 100 metros de distancia le corresponde al denunciante probar la afección. Según el artículo 184.1.b RDPH, a falta de definición en el plan hidrológico, la distancia entre los nuevos pozos y los existentes o manantiales no podrá ser inferior a 100 metros sin el permiso del titular del aprovechamiento preexistente legalizado. Excepcionalmente se podrán otorgar concesiones a menor distancia si el interesado acredita la no afección a los aprovechamientos anteriores legalizados. Y si, una vez otorgada la concesión en las

condiciones señaladas, resultaran afectados los aprovechamientos anteriores, entonces se clausurará el nuevo sin derecho a indemnización. O sea, este artículo dice que se puede otorgar una concesión que suponga abrir un pozo a menos de 100 metros de otro anterior si se acredita la no afección. Pero no dice que a más de 100 metros la afección corresponde demostrarla a quien la alega. El que a menos de 100 metros haya un alta probabilidad de afección entre pozos no quiere decir necesariamente que la haya a menos de 100 metros ni que no la haya a más de esa distancia. La interpretación sostenida por algún Área de Gestión del Dominio Público Hidráulico de las confederaciones hidrográficas es una interpretación *sensu contrario* del artículo 184.1.b RDPH que sin embargo debe completarse con la de los apartados 4, 6 y 7 del mismo artículo.

Merece la pena en este caso transcribir a continuación los apartados 4, 6 y 7 del artículo 184 del RDPH:

“4. A falta de Plan Hidrológico de cuenca, o de definición suficiente en el mismo, la Administración concedente considerará, para el otorgamiento de concesiones de aguas subterráneas, su posible afección a captaciones anteriores legalizadas, debiendo, en todo caso, el titular de la nueva concesión indemnizar los perjuicios que pudieran causarse a los aprovechamientos preexistentes, como consecuencia del acondicionamiento de las obras e instalaciones que sea necesario efectuar para asegurar la disponibilidad de los caudales anteriormente explotados. // (...) // 6. Se entiende por afección, a efectos del presente Reglamento, una disminución del caudal realmente aprovechado o un deterioro de su calidad que lo haga inutilizable para el fin a que se dedicaba, y que sea consecuencia directa y demostrada del nuevo aprovechamiento, pero no la simple variación del nivel del agua en un pozo, o la merma de caudal en una galería o manantial, si el remanente disponible es igual o superior al anteriormente aprovechado. // 7. Cuando después de otorgada una concesión se denunciase su afección a aprovechamientos legalizados preexistentes, el Organismo de cuenca verificará la realidad del hecho denunciado y levantará acta en que se harán constar las características de la prueba y, en su caso, de la afección directa comprobada. De resultar positiva dicha verificación, y si alguno de los titulares de los aprovechamientos afectados lo hubiese solicitado de forma expresa, se suspenderá temporalmente el nuevo aprovechamiento, hasta tanto se haya resuelto el expediente”.

Por tanto, si la afección a una captación anterior se alega durante el procedimiento concesional y cuenta con indicios de razonabilidad y probabilidad, parece que el organismo de cuenca ha de estudiarla (artículo 184.4). En ese sentido, dado que el precepto obliga a la administración a estudiar en los procedimientos concesionales de aguas subterráneas las posibles afecciones, la no aportación de estudios que justifiquen la afección por parte de los interesados no puede ser determinante. No exonera a la administración de su deber de considerar la posible afección de la concesión solicitada a

las captaciones anteriores legalizadas. En principio pues, es al solicitante a quien corresponde probar la no afección; en realidad le corresponde mostrar el ‘mapa de afecciones’, sean positivas o negativas.

Además, si la afección se alega después de otorgada una concesión, esta Defensoría tampoco comparte la opinión, bastante extendida, de que el organismo de cuenca ha de verificar el hecho demostrado, no el hecho denunciado. No cabe duda de que para dar lugar a indemnización tiene que probarse la afección. Pero, a nuestro juicio, el organismo de cuenca debe verificar (o pedir verificar al solicitante) la afección denunciada que esté suficientemente fundada, que presente indicios racionales de probabilidad. Es así porque el tenor literal de los apartados 6 y 7 del artículo 184 RDP, transcritos en la nota anterior, habla de verificar el hecho denunciado, no el hecho demostrado. No obstante, tal prescripción no puede entenderse en el sentido de que la administración hidráulica esté obligada a llevar a cabo una prueba onerosa -en medios, tiempo y dinero- por el mero hecho de que así lo pida un particular, sin mayor fundamento. Para poder inducir la actuación de la confederación hidrográfica de verificación y comprobación de la afección, la denuncia debe presentar claros indicios de razonabilidad y estar apoyada por algún informe y datos técnicos probatorios. Hay que tener cuenta, además, que una vez en marcha, el procedimiento de verificación de una afección exige actuaciones que requieren mucho tiempo. La determinación con certeza de una afección, que sirve para desencadenar los efectos de las disposiciones legales, exigiría un estudio detallado en el que se contrastara las hipótesis de pertenencia de manantiales y sondeos al mismo acuífero y de delimitación, balance y funcionamiento hidrogeológico de éste, así como que se analizaran las series de datos históricos disponibles sobre cuantía de extracciones, caudales de los manantiales, precipitaciones y evaporación en la zona, etc. El Instituto Geológico y Minero de España sostiene que el grado de certeza o probabilidad de las conclusiones de un estudio de esta naturaleza depende mucho de la disponibilidad de información suficiente, una parte significativa de la cual podría ser de obtención muy costosa e incluso imposible.

Siendo la certeza a veces imposible de alcanzar, una alta probabilidad de afección razonada y justificada debe bastar para impedir nuevas concesiones. La opinión de esta Defensoría es que lo contrario significa violentar el sentido de la ley o directamente infringirla. La probabilidad de que exista una afección directa de sondeos a unos manantiales puede basarse por ejemplo en: 1) que los manantiales y sondeos comportan un acuífero; 2) el carácter restringido de éste, que condiciona una alimentación escasa; 3) que las extracciones por bombeo se hacen a costa de salidas naturales del acuífero, lo que tendría que reflejarse -a más o menos corto plazo- en la cuantía de dicha salidas.

A nuestro juicio y así lo sugerimos a las administraciones, si se concluye que la falta de datos para determinar con certeza la afección puede provenir de una vigilancia ineficaz sobre las extracciones por parte del Organismo de cuenca, por ejemplo porque el concesionario ha estado varios años incumpliendo la legalidad sin que nadie lo haya impedido, pese a que reiteradamente un particular denunciaba las presuntas afecciones

que dichas extracciones produjeran, entonces en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 76 LA y 184.4 y 6 RDPH los servicios competentes de la confederación o el Instituto Geológico y Minero deben llevar a cabo un estudio hidrogeológico de la zona que incluya las captaciones de agua implicadas.

Además esa vigilancia ineficaz, si quedara demostrada -y se cumplieran los requisitos de los artículos 139 y 141 LPC y 2 RD 429/1993- supondría la responsabilidad patrimonial del organismo de cuenca y una reparación de daños y perjuicios.

En fin, a efectos de disponibilidad de agua, la solución que en algún caso ha dado la confederación hidrográfica competente al titular del aprovechamiento presuntamente afectado de integrarse en la comunidad de usuarios del pozo que provoca a la afección, puede resultar más rápida que la de probar la afección, la cual en el mejor de los casos (sobre todo porque el abastecimiento a población es un uso preferente) supondría para los afectados la correspondiente indemnización. También debe tener en cuenta que, en virtud de 87.1 LA, los usuarios de una misma unidad hidrogeológica o de un mismo acuífero están obligados, a requerimiento del organismo de cuenca, a constituir una comunidad de usuarios y que corresponde al organismo, a instancia de parte o de oficio, determinar sus límites y establecer el sistema de utilización conjunta de las aguas.

- *Daños por captación y transporte del agua*

Por razones sistemáticas aludimos brevemente a los daños causados por las actividades de captación y transporte del agua, generalmente por la implantación (obras) de los sistemas e instalaciones de captación y transporte. Nos referimos a un tipo específico de daños, no en general a los derivados del deber de conservación de los inmuebles, a las humedades ni a la ruina de edificios. Nos interesa ahora referirnos a los daños directamente relacionados con la fase de captación, extracción y transporte del agua; dejamos de lado ahora las afecciones a acuíferos.

- *Daños en viviendas por extracción de aguas subterráneas*

La controversia suele situarse en si existe relación causa-efecto entre de un lado la extracción de agua subterránea, p. ej. para abastecimiento municipal, y de otro la aparición de daños; pero esto solo quedará determinado con estudios geológicos (control de niveles piezométricos en la zona en un determinado espacio de tiempo). Mientras tanto, el organismo competente para otorgar, controlar, revisar y revocar las concesiones de aprovechamiento de aguas subterráneas, es decir el organismo de cuenca, debe tomar medidas preventivas siguiendo las recomendaciones de un dictamen de urgencia. Además, el organismo de cuenca decide sobre su posible responsabilidad patrimonial, cuando se determine técnicamente la relación causa-efecto.

Por su parte, y por ejemplo, aunque un ayuntamiento defendiera que la limitación o suspensión de las extracciones de agua subterránea que abastece al municipio no servirían por sí solas para resolver el problema (conclusión ésta que, a juicio de esta Defensoría, no resulta congruente con el planteamiento anterior), también debe la entidad municipal adoptar medidas que en el ámbito de sus competencias le son exigibles, cautelares y de apoyo a los afectados, así como acatar y cumplir las medidas cautelares impuestas por el organismo de cuenca.

Este apartado sobre daños por captación y transporte del agua es una excepción a la regla de abundancia de material obtenido de las investigaciones. En realidad se recibe un pequeño número de quejas de esta clase, y sin embargo es continua fuente de conflictos, o mejor dicho manifestación de conflictos puramente jurídicos porque no suele haber controversia sobre los hechos, sobre todo en el transporte, que es el ámbito habitual de las dificultades, más que los daños por captación.

1.2.3.4 SOBREEXPLOTACIÓN DE ACUÍFEROS

Sabemos que el artículo 14 LA establece que los organismos de cuenca deben compatibilizar el otorgamiento de concesiones y autorizaciones con el respeto al medio. Además, según el artículo 40.1 la planificación hidrológica tiene por objetivos generales conseguir el buen estado ecológico del dominio público hidráulico y la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales. De acuerdo con el artículo 59, las concesiones se otorgan teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, de modo que el título concesional no garantiza la disponibilidad de los caudales concedidos. Asimismo, según el artículo 65 las concesiones pueden ser revisadas cuando quede comprobado que se han modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento. Sobre esta base, el artículo 56 establece un régimen para los acuíferos sobreexplotados¹⁸. De ser cierto el agotamiento de los manantiales o pozos, el

¹⁸ “1. El Organismo de cuenca competente, oído el Consejo del Agua, podrá declarar que los recursos hidráulicos subterráneos de una zona están sobreexplotados o en riesgo de estarlo. En estas zonas el Organismo de cuenca, de oficio o a propuesta de la comunidad de usuarios u órgano que la sustituya, conforme al apartado 2 del artículo 87, aprobará, en el plazo máximo de dos años desde la declaración, un plan de ordenación para la recuperación del acuífero o unidad hidrogeológica. Hasta la aprobación del plan, el Organismo de cuenca podrá establecer las limitaciones de extracción que sean necesarias como medida preventiva y cautelar. // 2. El referido plan ordenará el régimen de extracciones para lograr una explotación racional de los recursos y podrá establecer la sustitución de las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias, transformándose, en su caso, los títulos individuales con sus derechos inherentes, en uno colectivo que deberá ajustarse a lo dispuesto en el plan de ordenación. // 3. Podrá determinar también perímetros dentro de los cuales no será posible el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas subterráneas a menos que los titulares de las preexistentes estén constituidos en

organismo de cuenca debe estudiar la posibilidad de declarar los manantiales como acuíferos sobreexplotados, y aprobar un plan para su recuperación, en el que se respeten los derechos preexistentes.

Las dificultades quedan ilustradas en el siguiente ejemplo. Un sondeo, a unos 800 m de una fuente, se realiza en 1996 a 90 m de profundidad y con 220 mm de diámetro; se cuenta con un único dato de nivel al inicio de la explotación en 1997, después no se ha medido en ninguna ocasión más. Probablemente afectando al mismo acuífero hay un sondeo de una comunidad de regantes con una concesión provisional de 11 l/s para regadío de 90 ha, otro sondeo de abastecimiento tiene concedidos 22 l/s durante 8 horas al día (distribuido según tramos horarios, días de la semana y estación del año), y otro situado en un predio particular de 2,02 l/s para riego de 12,77 ha. Sin embargo, en los cuatro casos se desconoce si el régimen de extracción de aguas se ha ajustado a esas cantidades ya que no existe registro temporal de las horas de bombeo ni de los litros extraídos ni se han instalado caudalímetros. Dado el carácter deficitario de la cuenca, resultó muy llamativo a esta Institución que el organismo de cuenca respecto a los aprovechamientos mencionados no hubiera hecho uso durante años de sus facultades de control sobre posibles abusos de los caudales efectivamente concedidos, aunque algunos fueran provisionales. Es un claro caso de las implicaciones negativas para la ordenación de los recursos que lleva consigo el retraso existente en exigir a los concesionarios la instalación de caudalímetros. Vemos también que de nuevo es el plan hidrológico el que padece las consecuencias, y con él la entera administración del tramo de río, si no de la cuenca y hasta de la demarcación en los casos más graves.

Conocemos casos en que las fuentes están secas desde hace ya tiempo y que así ha sido denunciado en reiteradas ocasiones. Hay incluso informes sobre daños ecológicos y datos todavía anteriores de fuerte disminución del caudal y del decaimiento de la vegetación en tramos. Los organismos ambientales consideran tan drástica la disminución de caudal que no pueden atribuirlo a cambios en la pluviometría puesto que no hay variaciones que puedan sostener causalidad en ese sentido; y, por otra parte, de otros nacimientos próximos situados en subcuencas diferentes sigue manando agua. Se concluye por tanto que el acuífero se ha agotado por sobreexplotación.

Ante esta situación, el organismo de cuenca, oído el Consejo del Agua, debe declarar que los recursos hidráulicos subterráneos de la zona están siendo sobreexplotados o hay riesgo de que lo estén; debe aprobar antes de dos años desde la declaración un plan para la recuperación del acuífero o unidad hidrogeológica, que ordene las extracciones para

comunidades de usuarios, de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo IV del Título IV de esta Ley. // 4. Asimismo, a fin de proteger las aguas subterráneas frente a los riesgos de contaminación, el organismo de cuenca podrá determinar perímetros de protección del acuífero o unidad hidrogeológica en los que será necesaria autorización del organismo de cuenca para la realización de obras de infraestructura, extracción de áridos u otras actividades e instalaciones que puedan afectarlo. // 5. El procedimiento para la declaración de acuífero sobreexplotado y la determinación de los perímetros a que se refieren los apartados anteriores se establece reglamentariamente.”

una explotación racional; puede establecer la sustitución de las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias, con transformación de los títulos individuales, forzosa si es preciso, en un título colectivo que debe ajustarse al plan de ordenación. Hasta ese momento el organismo de cuenca debe haber impedido las extracciones de agua ilegales y fijado las limitaciones de extracción necesarias, como medida preventiva y cautelar.

Normalmente el problema se encuentra, como casi siempre, en verificar la realidad de la sobreexplotación y del agotamiento de los manantiales. La determinación de la sobreexplotación de acuíferos choca con la escasez de medios técnicos y humanos de los organismos de cuenca y con problemas de falta de información histórica suficiente, de obtención costosa o incluso imposible. Por ello, de la misma manera que ya hemos visto en el régimen de afección y por las mismas razones, dada la dificultad de establecer la sobreexplotación con certeza, debe ser suficiente para activar el régimen de reacción que haya una probabilidad justificada y razonada. En ocasiones el organismo de cuenca ha reconocido que un acuífero presunta y probablemente sobreexplotado no se declara en tal estado a causa de la escasez de medios necesarios, humanos y técnicos, padecida por la administración hidráulica. La conclusión es que si un organismo de cuenca no resuelve expresamente y en tiempo los procedimientos de revisión de concesiones dimanantes de una declaración de acuífero sobreexplotado, entonces incumple dos deberes: el de resolver en tiempo y forma las solicitudes que le sean presentadas por los ciudadanos, y el de tutelar el dominio público hidráulico, lo cual habría exigido que se impidieran las extracciones de agua no legalizadas y que se limitaran las autorizadas provisional o definitivamente, y paliar así la sobreexplotación del acuífero. Lo mismo acerca de que se apruebe un plan de recuperación del acuífero.

1.2.3.5 AGUA Y AGRICULTURA. LAS COMUNIDADES DE REGANTES

En nuestro país aproximadamente el 70% de los recursos hídricos consuntivos disponibles son demandados por la agricultura de regadío, la cual ha estado siempre ligada a las comunidades de regantes, de posible origen romano o árabe. Desde entonces, los agricultores se agrupan y organizan para distribuir el agua de riego ordenada y equitativamente. Con el tiempo, las costumbres y precedentes por los que se regían se plasmaron en ordenanzas escritas. En 1870 las comunidades de regantes se incorporan a la ley de aguas y su figura ha inspirado en la vigente LA el modelo de todo tipo de comunidades de usuarios. Las comunidades de regantes administran aguas públicas y son administración pública, no meras asociaciones de particulares.

Las comunidades de regantes son un tipo comunidad de propietarios que agrupan sus tierras, obteniendo para su riego una concesión colectiva de agua, que administran en común y de manera autónoma. La comunidad es titular de una concesión colectiva de aguas para el riego de una superficie de tierra concreta, la zona regable. El agua se concede para regar esa tierra, es decir se vincula a esa tierra.

Son estas comunidades un tipo de institución de larga tradición en la distribución equitativa de las aguas, y se encuentran profundamente enraizadas en el mundo agrícola. Junto con las grandes infraestructuras hidráulicas (presas, canales), las comunidades de regantes han sido un motor de desarrollo social y económico del campo español a través de la extensión de los regadíos. No obstante, los conflictos internos son numerosos y suelen carecer las comunidades de regantes de una política moderna de gestión del agua, ahorradora y respetuosa con el medio. Es frecuente que los intereses de los comuneros importen mucho y muy poco la gestión respetuosa con el medio del aprovechamiento concedido. Pero parece claro que las comunidades de regantes deben sumarse al reto de la gestión sostenible del agua, lo que no siempre aceptan de buen grado. Por otra parte, su peculiar régimen jurídico suscita no pocas dudas y confusiones.

Esta Institución examina numerosas reclamaciones de comuneros dirigidas contra su comunidad de regantes. Las obligaciones respecto del mantenimiento de los sistemas y canalizaciones de riego, las discrepancias con los pagos de derramas, cuotas, cánones, tasas, y su notificación, respecto a lo decidido en los órganos de gobierno, la negativa a dar información, el reparto del agua, e incluso su pasividad o inactividad suelen ser los temas que suscitan el desacuerdo entre la comunidad de regantes y sus miembros. Apenas nos referiremos a las comunidades en su función de representación de los comuneros hacia fuera, en particular ante el organismo de cuenca y los órganos de agricultura (comunidades autónomas), salvo un par de casos muy graves.

El Defensor del Pueblo en este tipo de quejas recuerda tanto a unos como a otros sus obligaciones y deberes legales y formula las correspondientes sugerencias. Exponemos a continuación, de manera sistemática, los problemas de mayor interés que se nos plantean.

A) *En general, el planeamiento hidrológico y el riego*

La razón de insertar este apartado dentro del planeamiento hidrológico se encuentra en los siguientes artículos de la ley de aguas: 41.4, 42.1.b y por supuesto todo el g, en particular el punto l'; 81.4 y 87 (por referencia a la nueva unidad hidrogeológica, la demarcación). Tenemos además, en lo que ahora nos importa, la Orden ARM/2656/2008 de 10 de septiembre, que aprueba la instrucción de planificación hidrológica en las cuencas hidrográficas intercomunitarias. No es que vayamos a hacer aquí una exposición de este régimen jurídico, improcedente en un informe como el presente, sino que señalaremos qué aspectos de la planificación nos resultan útiles para estudiar y eventualmente atender las numerosas quejas recibidas de regantes. A nuestro entender son los siguientes (instrucción de planificación):

La agricultura es tratada en el apartado 3 sobre usos, presiones e incidencias antrópicas significativas, primero en la caracterización económica de los usos del agua como

“actividad socioeconómica” (regadíos y usos agrarios) situada tras el uso doméstico y el turismo y ocio, y antes de los usos industriales para producción de energía eléctrica; asimismo es tratada para la agricultura y la ganadería la evolución futura de los factores determinantes de los usos del agua. Pero naturalmente la agricultura, los usos agrarios y la ganadería están presentes en todos los capítulos, sobre estado de las aguas, objetivos ambientales, incluso en el dedicado a la recuperación del coste de los servicios del agua. Particular atención merecerá en el futuro a no dudarlo el capítulo 8 de la Instrucción sobre los llamados *programas de medidas*, que de acuerdo con 41.2 LA requiere todo plan hidrológico; en ellos se coordinan e integran los programas de medidas básicas y complementarias elaborados previamente por las administraciones de protección de las aguas, entre ellas por supuesto el organismo de cuenca en las demarcaciones con cuencas intercomunitarias. El proceso de integración y coordinación de los programas previos es realizado por el organismo de cuenca, responsable de la elaboración y propuesta de las revisiones de los planes hidrológicos de cuenca (41.1 LA); corresponde al Comité de Autoridades Competentes facilitar la ejecución del proceso, en la aportación de información por las autoridades y en la cooperación entre ellas (RD 126/2007, que regula la composición, funcionamiento y atribuciones de los comités de autoridades competentes en las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias).

B) *La modernización de regadíos*

Nuestro punto de partida son los siguientes instrumentos:

- El Plan nacional de regadíos (RD 329/2002)
- Plan de choque de modernización de regadíos (RD 287/2006, de 10 de marzo)
- Ley 45/2007 para el desarrollo sostenible rural

Sólo tratamos de ahorro de agua con el plan de choque de modernización de regadíos, pues no hemos tenido oportunidad de tener que utilizar los otros dos dispositivos. Aún así, es asunto lo suficientemente importante y difícil como para dedicarle el punto que sigue, acerca de si podemos hablar de un efectivo ahorro de agua. De todos modos, la modernización de regadíos es el telón de fondo de la mayoría de las quejas que examinamos en el siguiente apartado sobre las comunidades de regantes. Tengamos en cuenta que los motivos por los que puede otorgarse una concesión, en nuestro caso para riego, obedecen en cualquier caso a la acreditación de la existencia del recurso y no tanto a la existencia de la demanda, generalmente existente, actual y cierta. En estos casos la administración ha llegado a aducir que de haber resolución expresa de la solicitud de concesión “no hay inconveniente en que se produzca” (como si resolver expresamente una solicitud fuera una opción para el organismo de cuenca, y no una obligación jurídica exigible bajo responsabilidad), si bien indica que hasta no estar garantizada la existencia de recursos renovables que permitan su atención, la resolución debe ser necesariamente desfavorable.

- *Ahorro de agua con el Plan de choque de modernización de regadíos*

Es cierto que el artículo 9 del RD 287/2006, que aprueba el Plan de choque de modernización de regadíos, prohíbe destinar el ahorro de agua conseguido en un regadío gracias a su modernización, a aumentar la delimitación de los polígonos y superficies regables; pero también lo es que permite destinarlo a la consolidación de la superficie regable existente, lo que puede impedir un verdadero ahorro en el consumo de agua por las comunidades de regantes. También podrá destinarse a la garantía de riego en los términos que se establezcan, y aplicarse asimismo a la satisfacción de las necesidades ambientales en el ámbito considerado y en la mejora de la garantía del abastecimiento de las poblaciones.

Actualmente hay muchas hectáreas calificadas como regables (es decir una superficie regable amparada en concesión) que no se riegan por no ser suficiente el volumen de agua concedido por la administración. Al modernizarse las infraestructuras y aumentar el agua concedida disponible, la comunidad de regantes titular de la concesión cuenta con agua para la puesta en riego de esas hectáreas, que hasta ese momento se encontraban en secano. En otras ocasiones los agricultores introducen cultivos más rentables, con que sufragar los costes de la modernización aunque más intensivos en el uso del agua. No es ello irregular, pero no se produce ahorro de agua alguno. Puede que se utilice mejor la que se tiene, con más eficiencia, pero no se utiliza menos. El Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes en respuesta a una pregunta parlamentaria escrita¹⁹ reconocía que durante años, en muchas de las cuencas las inversiones en la modernización de regadíos no se han traducido en una revisión a la baja de las concesiones. Por ello, el ahorro de agua al año que se pretende con el Plan de choque de modernización de regadíos exige una revisión a la baja de las concesiones de agua otorgadas a las comunidades de regantes tras la modernización de sus infraestructuras.

Para que las modernizaciones de regadío lleven efectivamente consigo un ahorro de agua que sirva como garantía de abastecimiento a poblaciones y de mejora del estado ambiental de ríos, acuíferos y humedales, deben revisarse a la baja las concesiones en las zonas modernizadas devolviendo el volumen de agua ahorrado a la unidad de cuenca. Así lo prevé el artículo 65.2 LA, en virtud del cual las concesiones para el abastecimiento de poblaciones y regadíos pueden revisarse cuando se acredite que el objeto de la concesión puede cumplirse con una menor dotación o una mejora de la técnica de utilización del recurso que contribuya al ahorro de agua.

¹⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de septiembre de 2007, Serie D, Número 605; Anexo I, págs. 878-881.

La extinta Secretaría General para el Territorio y la Biodiversidad del Ministerio de Medio Ambiente aclaraba en 2007 a esta Institución que las cifras de ahorro del Plan de choque de modernización de regadíos en esa fecha eran sólo unas estimaciones, ya que su exacta magnitud se iría conociendo a medida que se culminaran los proyectos y que el objetivo de “garantía de riego” se refería a que, en situaciones de sequía, los regadíos modernizados cuya concesión se haya revisado se considerarán prioritarios a los efectos de respetar su derecho al agua; y, en ese sentido, serán los últimos a los que se aplicarán posibles restricciones.

Por su parte la Subdirección General de Regadíos y Economía del Agua explicaba que los criterios de cálculo de la estimación del volumen de agua que se ahorrará con el Plan de choque eran los siguientes:

- El suministro (volumen de agua concedido) que determina la administración hidráulica, aún cuando éste varíe según los años, ya que no en todas las campañas de riego existe la misma cantidad de agua disponible en el balance del sistema de explotación.
- El tipo de obras que van a realizarse, lo cual permite estimar la mejora que experimentará la eficiencia global del sistema de riego, y esto a su vez permite estimar el suministro futuro de la zona. Por tanto, una simple resta proporciona la estimación del agua ahorrada con la ejecución de las infraestructuras previstas.

La Subdirección General añadía que para medir el ahorro de agua y la superficie que se riega dentro de cada comunidad de regantes, se había hecho una evaluación de la zona de riego antes de las mejoras previstas, que se comparará con otra posterior a la puesta en servicio de las obras ejecutadas. El método es adecuado pero, a nuestro juicio, tal evaluación debe considerar dos grupos de datos: por una parte la reducción del volumen total de agua consumido en cada comunidad de regantes, tras la modernización del regadío, medido en términos absolutos (hm^3) y relativos (m^3/ha) y descontando el agua reutilizada de nuevo en la explotación; y por otra el número de concesiones revisadas en regadíos modernizados y el volumen de agua que se recuperará para la unidad de cuenca.

Por ello, en 2009 esta Defensoría ha solicitado a la Secretaría de Estado de Medio Rural y Agua que indique si se ha producido ya alguna evaluación del ahorro de agua en los regadíos modernizados incluidos en el Plan de choque cuyas obras hayan finalizado, sus resultados y si el agua ahorrada se ha destinado a la consolidación de superficie regable existente (lo que no implica revisión de la concesión), o bien si se ha destinado a garantía de riego, a la satisfacción de necesidades ambientales en el ámbito considerado y/o a la mejora del abastecimiento a las poblaciones (lo que sí supone revisar la concesión). En el momento de ultimar el presente informe (septiembre 2009) estas cuestiones aún estaban pendientes de respuesta de la administración.

C) *Las comunidades de regantes*

C.1) Naturaleza, formas tradicionales de organización de las comunidades de regantes, derecho de admisión y separación, disfunciones

• *Sobre la naturaleza jurídica de las comunidades de regantes*

Ante la apertura de una investigación no es raro que las comunidades de regantes nieguen la posibilidad de ser supervisadas por el Defensor del Pueblo, alegando no constituir administración pública. Por la misma razón, es frecuente también que sostengan no estar sometidas a la ley 30/1992 de régimen de las administraciones públicas y del procedimiento común, y que denieguen solicitudes de información ambiental arguyendo que no les es de aplicación la ley 27/2006 de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Esta Defensoría insiste (y formula las correspondientes sugerencias) en que las comunidades de regantes no se supeditan al derecho privado ni constituyen, pese a su denominación, comunidades de bienes y derechos carentes de personalidad jurídica, ni tampoco son sociedades civiles, al modo que las definen los artículos 392 y 1665 CC. Las comunidades de usuarios y de regantes, según el artículo 82 LA, tienen ‘el carácter de corporaciones de derecho público, adscritas al Organismo de cuenca, que habrá de velar por el cumplimiento de sus estatutos u ordenanzas y por el buen orden del aprovechamiento’. De ahí y de los antecedentes históricos se deduce, tal y como reconocen los tribunales, que las comunidades de regantes, en cualquier circunstancia temporal, se han constituido como entidades jurídico-públicas de base asociativa y, generalmente, de constitución obligatoria (artículos 228 y ss. de la antigua ley de 1879 y 81 y ss. del vigente texto refundido LA), tuteladas por la administración y con personalidad jurídica. Esta personalidad, independiente de la de los miembros que la forman, las habilita para comprar, vender, contratar, ejercitar acciones y realizar toda clase de actividades jurídicas. El ejercicio de estas acciones corresponde a los órganos que las gobiernan y no a los usuarios, miembros de las comunidades.

La personalidad es corporativa y pública, reúne a personas para la administración autónoma y común de aguas públicas distribuyendo sus caudales, resolviendo los litigios que plantean sus comuneros o partícipes y ejerciendo también las funciones de policía. La razón de ser de las comunidades de regantes no está en administrar unos bienes privados, las tierras regables (cuya titularidad continúan ostentando sus propietarios y no se transmiten a la comunidad, sin perjuicio de las cargas y obligaciones comunitarias que pudieran recaer sobre ellas *ob rem*), sino en ejercer funciones de administración autónoma de aguas públicas. Una serie de personas constituye una entidad con personalidad jurídica para tal fin, que es de interés público, al igual que los

fondos de que disponen, y pueden serlo las propiedades afectas a dichos fines (ej: canales principales, embalses, estaciones de bombeo, etc).

Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia resulta claro que esa personalidad es única y que no puede escindirse en una personalidad de derecho público cuando tales comunidades ejercen potestades administrativas, y otra de derecho privado cuando actúan en el ámbito de relaciones jurídicas que merezcan esta calificación. Es cierto que las posibilidades de actuación de una comunidad de regantes permiten su desarrollo en el ejercicio de potestades administrativas -en cuyo caso sus actos son revisables ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo- o en el propio de otras actividades, pero eso no significa que se escinda en dos una personalidad de derecho público que es única.

El artículo 2.2 LPC dispone que ‘las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualesquiera de las administraciones públicas sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación’ (que en este caso es la ley de aguas).

En la derogada ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa de 1956 venían incluidas en la categoría de administración corporativa -artículo 1.2.c, categoría que ha desaparecido en la vigente LJCA- para residenciar en lo contencioso administrativo (artículo 2.c) sólo los actos de las corporaciones de derecho público adoptados en el ejercicio de funciones públicas. Pero de este hecho -el de la atribución a este orden jurisdiccional sólo de los actos que respondan al ejercicio de funciones públicas- no puede extraerse la conclusión de que sólo en este aspecto tendrían dichas corporaciones personalidad pública ni que cuando actuaran en otro tipo de relaciones la perderían para transmutarse, sin más, en meras comunidades de bienes o sociedades civiles.

Una comunidad de usuarios cualquiera es pues una entidad con personalidad única y de Derecho público, de base asociativa, que cuando ejerce potestades administrativas (administración y distribución del agua destinada a riego mediante la ejecución de obras y la imposición de derramas, exigibles éstas por la vía de apremio, artículos 81 a 83 LA) tiene consideración de administración pública, se somete a la LPC y a la ley 27/2006 (y a algunas otras más) y su actividad puede ser supervisada por el Defensor del Pueblo. Las comunidades de regantes, en cuanto que corporaciones de Derecho público, quedan equiparadas a esos efectos a las administraciones públicas.

- *Validez y alcance de la pervivencia de las formas tradicionales de organización de las comunidades de regantes. El funcionamiento democrático*

Se reciben quejas que denuncian la estructura y organización tradicionales de una comunidad de regantes. Es preciso señalar que ley de aguas y el RDPH reconocen (artículos 85 y 215, respectivamente) la pervivencia de las formas tradicionales de organización de las comunidades de regantes en tanto los comuneros no decidan lo contrario. Según su tenor literal ‘los aprovechamientos colectivos, que hasta ahora hayan tenido un régimen consignado en ordenanzas debidamente aprobadas, continuarán sujetos a las mismas mientras los usuarios no decidan su modificación de acuerdo con ellas. Del mismo modo, allí donde existan jurados o tribunales de riego, cualquiera que sea su denominación peculiar, continuarán con su organización tradicional.’

Es verdad que de la ley de aguas se desprende también que esas formas tradicionales de organización deben ajustarse a los principios de estructura democrática, participación, información, seguridad jurídica y representatividad. A efectos de representatividad, por ejemplo, las juntas particulares (o de gobierno) de los respectivos acueductos de una comunidad de regantes son las que acuerdan la imposición de las derramas necesarias para hacer frente a los gastos ordinarios anuales, es únicamente la aprobación de gastos extraordinarios la que precisa el acuerdo mayoritario de la junta general, en cuyo caso se convoca a todos los partícipes. Es ésta en nuestra opinión una regla expresiva del funcionamiento de la comunidad de regantes democrático y representativo. Asimismo, el hecho de que, de manera consuetudinaria, una junta ordinaria de comunidad de regantes se celebre invariablemente cada año, por ejemplo el segundo domingo del mes de febrero, resulta perfectamente compatible con los principios de estructura democrática, participación, información, seguridad jurídica y representatividad que se infieren de la regulación de la LA sobre las comunidades de regantes y de las exigencias a las que éstas han de adaptarse, relativas a su constitución, a la aprobación de sus estatutos y ordenanzas, y a su funcionamiento.

- *Derecho de separación*

Del artículo 61.2 LA se deduce que el agua que se conceda para riegos queda adscrita a los usos indicados en el título concesional, y por tanto no puede ser aplicada a otros usos distintos ni a terrenos diferentes, salvo que en los términos del artículo 67 los derechos de uso sean cedidos en todo o en parte y con carácter temporal a otro concesionario o titular, de derecho de igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido en el plan hidrológico de la cuenca correspondiente o, en su defecto, en el artículo 60 LA, previa autorización.

Puede afirmarse, por tanto que la condición jurídica de comunero viene determinada por el hecho de la titularidad dominical de las tierras con derecho a riego. Así, son miembros de la comunidad de regantes los propietarios de las tierras que se encuentran dentro de la superficie regable de la concesión colectiva de riego. El agua, de cuyo aprovechamiento es titular la comunidad de regantes, está vinculada a la tierra. De

hecho, ese aprovechamiento se otorga no en consideración a la persona del comunero sino a la vinculación real -no personal- que liga a la finca con la comunidad de regantes. Por eso, la venta de la tierra supone la pérdida de la condición de comunero. El hecho de tener un terreno enclavado en una zona de riego adscrita a una comunidad de regantes convierte *ipso facto* al titular en comunero.

Para dar respuesta a la cuestión del derecho de separación de la comunidad de regantes es preciso despejar el campo de discusión. La ley de aguas no da una solución directa al problema. De la ley se deduce que la constitución y participación en una comunidad de regantes es obligatoria para los propietarios de tierras usuarias (aunque sean potencialmente y no efectivamente usuarias) de una misma toma o concesión, de modo que no parece que pueda formar parte de ella quien ya no es usuario, mientras que obligatoriamente será comunero la persona que use el agua (artículo 81.1); pero en realidad la ley de aguas siempre o casi siempre habla de usuarios más que de comuneros. A ello se une que la comunidad funciona en régimen de auto administración, es decir que ella misma aprueba su organización y funcionamiento (artículo 81) y que en todo lo que no está expresamente regulado en la ley de aguas se está a lo dispuesto en el Código civil (disposición final primera LA).

De estas reglas legales, y otras citadas a continuación, se deduce que quien no es usuario no debería formar parte de la comunidad, y que la relación asociativa tiene carácter *propter rem* o por razón de la titularidad de la finca regada, de modo que forman parte de la corporación los ‘titulares actuales y sucesivos de bienes y servicios y los participantes en el uso del agua’ (artículo 82). El hecho de ser dueño de un terreno enclavado en una zona de riego adscrita a una comunidad de regantes convierte al titular en comunero.

No obstante, no se encuentra una regla general en la ley de aguas sobre derecho de separación. Pero el párrafo 2 del artículo 212 RDPH dispone que en los aprovechamientos colectivos para riego, todos los terrenos comprendidos en el plan general aprobado queden sujetos al pago de las obligaciones aunque los propietarios rehúsen el agua. Pero ese precepto no vale como criterio determinante de la respuesta a la cuestión, pues se limita a no reconocer valor a rehusar el agua (trata de concesiones de aprovechamientos colectivos para riegos), de modo que rehusar sólo cabría si se modificara la concesión. De otro lado, el párrafo 4 del mismo artículo no establece excepción alguna a la regla que contiene, según la cual ningún miembro de la comunidad podrá separarse de ella sin renunciar al aprovechamiento de las aguas y cumplir las obligaciones que hubiera contraído con ella. Por el contrario, indica que sí es posible la separación de un comunero de la comunidad de regantes, interpretando el precepto *sensu contrario*: cualquier miembro podrá separarse si renuncia al aprovechamiento del agua y si ha cumplido todas las obligaciones contraídas con la comunidad.

La confirmación de que este derecho existe se encuentra en los artículos 400, 1051 y 1700 y concordantes CC, que reconocen el derecho a separarse de las agrupaciones de que uno forma parte, bajo determinadas condiciones (comunidad romana). Tal derecho de separación resulta innegable cuando el riego es físicamente imposible o requiere unas inversiones económicas que no producen beneficio alguno y sólo enriquecen a terceros, imponiendo así un desplazamiento patrimonial carente de título jurídico que lo haga exigible.

De modo que, a juicio de esta Institución está reconocido el derecho de separación, sin perder de vista que la cualidad de comunero se deduce de la de ser propietario de la tierra que use o pueda usar el agua. Es decir, siempre y cuando los comuneros renuncien a su aprovechamiento de aguas, entonces la comunidad de regantes debe tramitar la baja solicitada por un comunero y pedir, al mismo tiempo y en consecuencia, al organismo de cuenca competente que revise el caudal concesional que tiene otorgado en función del número de hectáreas en que disminuya la superficie regada (o regable).

Muchas comunidades de regantes deniegan las separaciones solicitadas por los comuneros alegando que éstos no están al día en sus obligaciones contraídas con la comunidad. Es cierto que el artículo 212.4 RDPH supedita la posibilidad de separarse de la comunidad de regantes al cumplimiento de las obligaciones pendientes. Según los artículos 83.4 LA y 212.1 RDPH, las deudas a la comunidad de usuarios por gastos de conservación, limpieza o mejoras, así como cualquier otra motivada por la administración y distribución de las aguas, *gravarán la finca* en cuyo favor se realizaron, y puede la comunidad de usuarios exigir su importe por vía de apremio, e incluso puede prohibir el uso del agua mientras no se satisfagan, aun cuando la finca hubiese cambiado de dueño. El mismo criterio se sigue cuando la deuda proviene de multas e indemnizaciones impuestas por los tribunales o jurados de riego. La providencia de apremio enviada a los interesados por la comunidad de regantes ha de reunir los requisitos de los artículos 104 a 106 del Reglamento general de recaudación (aprobado por RD 1684/1990).

Ahora bien, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (sentencia 1766/2000 de 15 de diciembre, Sala de lo contencioso administrativo, sección 1ª) entiende que el artículo 212.4, en tanto vincula el derecho de separarse de la comunidad al cumplimiento de las obligaciones que se hubiesen contraído con ella, vulnera y está en contradicción con el derecho de asociación previsto en el artículo 22.1 de la Constitución en su vertiente negativa o de libertad para no asociarse, según lo ha configurado la jurisprudencia constitucional, y que incluye de forma general la llamada libertad negativa de asociación, es decir el derecho a no asociarse, con independencia de que una interdicción expresa y concreta de afiliación obligatoria sólo se contenga en el inciso cuarto del artículo 28.1 de la Constitución (SSTC 5/1981, 67/1985 y 179/1994). A juicio del TSJ, la supeditación del derecho de separarse de una comunidad de regantes al cumplimiento de las obligaciones que se hubiesen contraído con ésta vulnera el derecho de asociación en su vertiente negativa, pues el deber legal

de satisfacer las cuotas o derramas que la comunidad determina deriva precisamente de la pertenencia a la comunidad, que si se admite que tiene carácter voluntario no puede quedar vinculada al cumplimiento de anteriores obligaciones contraídas, sin perjuicio de que puedan en su caso ser exigidas por los cauces correspondientes. Precisamente la negación del derecho a separarse traerá consigo el nacimiento de nuevos deberes de contenido económico que a su vez se opondrían al ejercicio de derecho haciéndolo inviable.

Esta Institución comparte la interpretación del TSJ. A juicio del Defensor del Pueblo la constitución y participación en una comunidad de regantes, según la ley de aguas es obligatoria pero a título de usuario; es decir para quien use el agua (artículo 81.1). La relación asociativa tiene carácter *propter rem* o por razón de la titularidad de la finca regada, de modo que forman parte de la corporación de regantes los ‘titulares actuales y sucesivos de bienes y servicios y los participantes en el uso del agua’ (artículo 82). Dicho de otra manera, la cualidad de comunero se deduce de la de ser titular de la tierra y usuario del agua. *Sensu contrario*, el silencio que guarda la ley de aguas sobre la separación no puede interpretarse como una prohibición, sino en el sentido de que la separación cabe cuando no se usa el agua y se renuncia expresamente a ella, como establece el artículo 212.4 RDPH. En apoyo de tal interpretación están los artículos 400, 1051 y 1700 y concordantes del Código civil, que reconocen el derecho a separarse de las agrupaciones de que uno forma parte, bajo determinadas condiciones. En cualquier caso, tal derecho de separación resulta innegable cuando el riego es físicamente imposible o requiere unas inversiones económicas que no producen beneficio alguno y sólo enriquecen a terceros, con un desplazamiento patrimonial carente de título jurídico que lo haga exigible. De ahí que todo comunero tenga derecho a pedir la separación de la comunidad de regantes, y que la separación deba concederse si se cumplen los requisitos expuestos.

En cuanto a las obligaciones que con la comunidad de regantes hubiese contraído el comunero, en nuestra opinión hasta que solicita la baja de la comunidad de regantes el comunero debe contribuir a los costes y mantenimiento de la comunidad, pero no así desde el momento en que solicita dicha baja, siempre y cuando haya renunciado expresamente al uso del agua y *de facto* ésta no sea usada. Ahora bien, la falta de pago de las deudas contraídas con la comunidad de regantes no debe impedir la separación del comunero, si bien tales deudas no se extinguen. Por lo demás, una vez realizada la separación, lo lógico y ajustado a la normativa de aguas será que la comunidad de regantes solicite al organismo de cuenca que revise a la baja el caudal concesional, en función del número de hectáreas en que disminuya la superficie regada por la comunidad.

La oposición que muestran las comunidades de regantes ante las separaciones demandadas es a veces sorprendente, ya que además de ser solicitudes de separación amparadas por la ley, en principio y tras revisarse la concesión colectiva supondrán un ahorro agua, con el que parece que deberían comprometerse también los regantes.

- *No admisión en una comunidad de regantes*

Por el contrario, debe estimarse regular la no admisión en una comunidad de regantes del propietario de unas tierras que no están ni han estado nunca incluidas en la zona de riego. El escaso caudal de las aguas del pozo ha llevado a que los turnos establecidos entre los usuarios se dilaten en días, de tal modo que los regantes tienen que limitar las especies que cultivan para no perder las cosechas, situación que se agravaría si se incrementara la zona de riego. La legislación de aguas dispone que toda concesión de agua para riego se otorga para unas fincas determinadas ('zona regable'), cuya modificación requiere la autorización del organismo de cuenca. Ya hemos explicado más arriba que la zona de riego es una característica esencial de la concesión. Hemos explicado también que el agua se vincula a la tierra. Además, el artículo 201 RDPH especifica que todos los propietarios de los bienes adscritos al aprovechamiento colectivo, y únicamente ellos o sus representantes legales, tendrán derecho a participar en la constitución o el funcionamiento de la comunidad y a ser elegidos para desempeñar cualquier cargo en su seno.

En consecuencia, estas quejas no pueden ser tramitadas ni ser consideradas fundadas.

- *Padrón o registro de comuneros*

Por razones similares, un comunero no necesita acreditar la propiedad de la tierra para obtener información sobre sus estatutos o sobre los actos aprobados por sus órganos de gobierno. Si es comunero es propietario de la tierra vinculada al aprovechamiento. No se concibe una comunidad de regantes que no tenga un registro actualizado de sus comuneros y de las tierras que integran la superficie regable, ya que sin esos datos no podría llevar a cabo sus funciones ni servir a los fines para los que se constituyó. Sin conocer quiénes son sus propios partícipes, la comunidad de regantes no puede administrar ni distribuir el agua destinada a riego, ni convocar las asambleas generales, ni mucho menos ejecutar obras ni cobrar tarifas o imponer derramas (81 a 83 LA). En nuestro ordenamiento jurídico una persona no puede ser comunera si no es propietaria de las tierras que integran la comunidad de regantes, y ésta debe tener un listado de sus partícipes. Ante una solicitud de información presentada por un comunero, basta pues con que el Secretario de la comunidad, su Presidente o Vicepresidente comprueben en los archivos si el nombre del solicitante de la información se encuentra entre los partícipes de esa comunidad, para así proceder a poner a su disposición la información solicitada. Sólo en el supuesto de que hubiera dudas sobre la condición de comunero del solicitante, por ejemplo porque no apareciera como tal en los archivos de la comunidad de regantes (lo que podría ocurrir si se hubiera transmitido la tierra recientemente y no se hubiera comunicado a la comunidad de regantes el hecho ni los datos del nuevo propietario) podría condicionarse la entrega de lo solicitado a que se demostrara la

propiedad de la tierra, a efectos de modificar los archivos con el nuevo titular, pero en todo caso habría que fundamentar el condicionamiento en tal sentido.

- *Comunidades de regantes que no funcionan, no existen, no tienen órganos de gobierno o actúan contra sí mismas*

Ante quejas por mal funcionamiento (o falta total de funcionamiento) de la comunidad de regantes, dado que las comunidades de usuarios están adscritas a la administración hidráulica, que debe velar por el cumplimiento de sus estatutos y ordenanzas y por el buen aprovechamiento del recurso (artículo 82.1 LA), esta Institución se dirige al organismo de cuenca con el trasfondo habitual, un conflicto entre regantes o una actuación arbitraria de la junta de dirección, incluso con negación de los derechos de riego.

El régimen de las reuniones de las comunidades de regantes se recoge en el artículo 218.1 RDPH: La junta general se reúne con carácter ordinario al menos una vez al año. El artículo 227 dispone que los acuerdos de la junta general y de la junta de gobierno son ejecutivos en la forma establecida en la ley de procedimiento administrativo, y cabe impugnarlos en alzada ante el organismo de cuenca, que no suele tener conocimiento de los acuerdos cuando se trata del normal ejercicio de las competencias de la comunidad de regantes; únicamente entra en las decisiones recurridas en alzada.

En ocasiones las comunidades de regantes han de ser obligadas por el organismo de cuenca a ejercer sus funciones, incluso a través de un expediente sancionador y de multas coercitivas.

Pero la falta de funcionamiento de una comunidad de regantes no es únicamente asunto de sus órganos de gobierno, sino también de los propios comuneros reunidos en asamblea o junta general que, de acuerdo con lo que establezcan las ordenanzas o estatutos de la comunidad de que se trate, y lo previsto en los artículos 82 a 84 LA y 216 y siguientes RDPH, pueden promover iniciativas para renovar los órganos de gobierno cuando no actúen correctamente.

La falta de funcionamiento puede deberse a la interrupción de la explotación de las aguas, y entonces es necesario también determinar si procede declarar la caducidad de la concesión de que es titular la comunidad de regantes. Lógicamente si la vigilancia del organismo de cuenca comprueba que no hay interrupción en el uso del agua sino que algunos o gran parte de los comuneros siguen realizando el riego de forma continua, entonces no estamos ante el supuesto del artículo 66.2 LA, que admite como incurso en caducidad la concesión cuando hay interrupción del uso por tres años consecutivos, siempre por causa imputable al titular.

- *Actuaciones de las comunidades de regantes respecto del interés general*

La función de una comunidad de regantes puede llegar a ser nula, es decir la comunidad existe como tal pero no solo no coopera, como administración pública que es, en el servicio al interés general que tiene asignado como centro de atención; sino que obstaculiza el servicio al interés general con la atención únicamente a los intereses individuales de los regantes; una especie de sindicación de beneficios y agravios particulares. Pero no es siempre así; al contrario, el Defensor del Pueblo investiga quejas donde encontramos ejemplos de buena administración. Veamos algunos ejemplos concretos de uno y otro tipo.

- a) *El caso del acuífero de la Mancha Occidental*

Comenzamos por el rechazo de la Comunidad general de usuarios del acuífero de la Mancha Occidental al Régimen de explotación del acuífero 23 para el año 2005, elaborado y aprobado por la Confederación Hidrográfica del Guadiana. Primero examinamos las razones del rechazo aducidas por la Comunidad de regantes:

1. Prohíbe acumular la totalidad de los derechos al uso del agua en uno o varios aprovechamientos, y se obliga a que el consumo de agua se realice por aprovechamiento individual. La comisaría de aguas de la confederación elimina así - dice la comunidad de regantes- el concepto de explotación individualizada que se viene aplicando en el acuífero 23 desde que se declaró provisionalmente sobreexplotado en 1987. Los agricultores no podrán rotar cultivos ya que se les obliga a consumir su escasa dotación *dentro* de la superficie regable reconocida para cada aprovechamiento.
2. Prohíbe las obras de sustitución de pozos cuando se inutilicen por derrumbamiento o causas naturales motivadas, contra lo establecido en los regímenes de explotación que se vienen aprobando desde 1991. En su opinión, tal prohibición resulta contraria a la STC 227/1988 que garantiza a los titulares de aprovechamientos de aguas privadas el mantenimiento de la misma utilidad o grado de aprovechamiento de sus derechos, y esto implica la posibilidad de realizar las obras necesarias para garantizar la explotación de los caudales que vienen siendo aprovechados.
3. Reduce el volumen de agua para regadío de 230 a 170 hm³ en todo el acuífero 23, las dotaciones se otorgarán por escalonamiento en función de la superficie reconocida. Al parecer, los escalonamientos regresivos de asignación de agua se aplican no por la totalidad de los derechos de agua sino por cada aprovechamiento. Ello significa que un titular que tenga una superficie regable de 100 ha reconocidas en un único aprovechamiento podrá utilizar como máximo 100.000 m³, mientras que otro con la misma superficie pero reconocida en cinco aprovechamientos con 20 ha de superficie regable cada uno podría consumir 160.000. Solución ésta que la comunidad de usuarios del acuífero *MG* considera arbitraria y poco útil en aras de reducir el consumo de agua.

4. El plan de ordenación de extracciones POE encuentra su justificación en los descensos de los niveles de agua en el acuífero 23. Pero tales descensos se deben a las extracciones ilegales. En 2004 se extrajeron 427,9 hm³ para regadío en el acuífero 23, cuando el régimen de explotación de 2004 tan sólo permitía extraer 230. Por lo tanto, la causa del descenso de niveles no es, a juicio de la comunidad de usuarios, el régimen de extracciones de 2004 sino el incumplimiento de las obligaciones que atañen a la Confederación del Guadiana, porque consiente que se extraigan ilegalmente casi 200 hm³. La comunidad de usuarios considera arbitrario e injusto que se impongan reducciones aún mayores a los titulares de derechos y, sin embargo, no se haga nada por atajar la situación de descontrol en las extracciones, situación que se viene tolerando desde hace muchos años.
5. En el perímetro de protección del Parque Nacional de las Tablas de Daimiel y en la zona de policía de los ríos que discurren por el acuífero 23, el régimen de explotación para 2005 prohíbe el riego de cultivos herbáceos intensivos de verano y se otorga a la viña tan sólo una dotación de 450 m³/ha/año, sin compensación ni indemnización alguna. Además, tal decisión olvida que la afección al Parque Nacional no se debe sólo a las actuaciones en la zona del perímetro sino también al conjunto de las de todo el territorio que abarca el acuífero.
6. A quienes tienen sus derechos en trámite se les exige “haber acreditado ante la confederación el derecho de aprovechamiento”, lo que es tanto como decir que no podrán regar ya que el organismo no da por acreditado ningún derecho, según afirman los comparecientes, hasta que no obtienen la resolución de inscripción en el registro o en el catálogo. Ello supone ignorar miles de expedientes de inscripción de derechos de agua que la confederación tiene pendientes resolver, paralizados desde hace años sin justificación.
7. Los titulares con derechos inscritos o reconocidos para poder usar el agua de riego han de tener “equipo de medida homologado” o autorizado por la confederación hidrográfica, que han de costearse ellos mismos; la confederación instaló 4.712 equipos entre 1994 y 1996. No obstante, existe una dotación para la segunda fase de instalación de caudalímetros de 9 millones € con una ayuda del 85% procedente de fondos de cohesión, según convenio de gestión directa suscrito entre *NJ SA* y el Ministerio, pero hasta la fecha no había habido actuación alguna.
8. La comunidad general de usuarios del acuífero 23 concluye que el régimen de explotación para 2005 hará desaparecer la agricultura de regadío del acuífero.

La respuesta del organismo de cuenca desvirtuaba las razones expuestas por la Comunidad general de usuarios del acuífero de la Mancha Occidental. Partía precisamente de que convenía tener presente la recomendación del Defensor del Pueblo hecha en marzo de 1996 (en una investigación iniciada de oficio el año anterior), que concluía así: “Que por el Ministerio de Obras Públicas, Urbanismo y Medio Ambiente y la Confederación Hidrográfica del Guadiana, se impulse el procedimiento necesario para el esclarecimiento de un sistema de gestión pública de los recursos del Sistema Acuífero MG que favorezca la participación tanto de los usuarios como de las distintas

administraciones concernidas y la adecuación paulatina del volumen de extracciones a los recursos renovables del acuífero, optimizando, además, los sistemas de extracción y riego y adecuando la estructura y medios de la Confederación Hidrográfica al nuevo modelo de gestión y a la realidad socioeconómica que el SAMO presenta”.

A continuación desgrana la Confederación una a una las cuestiones planteadas por la Comunidad general de usuarios del acuífero de la Mancha Occidental. Conviene plasmar aquí una transcripción:

“1. No solicitan los regantes la acumulación del volumen de agua en uno o varios aprovechamientos sino acumular la totalidad de los derechos inscritos, lo que implica la incompatibilidad con el régimen de los aprovechamientos de aguas privadas (casi la totalidad en las explotaciones agrícolas afectadas) que deben cumplir las disposiciones transitorias 2ª y 3ª LA. No es cierto que haya sido autorizado lo que pretende esa comunidad desde que se declaró provisionalmente sobreexplotado (1987), sino desde 1998. No consta que esa aprobación tuviera convalidación ni informe del Consejo de Estado y se hizo en contra de los informes jurídicos de los técnicos de la Comisaría de Aguas.

“2. Las sustituciones no están previstas en la vigente LA en los términos que se propone, es decir, haciendo una nueva captación. Sólo está prevista la sustitución de aprovechamientos privados por comunitarios (artículo 56.1.II). Hacer una nueva captación supone la modificación sustancial del régimen jurídico de los aprovechamientos privados prevenidos en las disposiciones transitorias antes citadas y el otorgamiento de concesión que ampare al totalidad de la explotación (disposición transitoria tercera, apartado 3 LA), lo que no es posible por prohibición expresa de las normas aplicables a acuíferos sobre explotados (58 LA, 171 RDPH y plan de ordenación de extracciones POE del 15 de diciembre de 1994). Es jurisprudencia reiterada del TS y del TC (STC 17/1990) que la realización de obras implica la modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento porque inciden en las mismas. En este sentido informaron la dirección general de la calidad de las aguas a través de la subdirección general del dominio público hidráulico (10 de noviembre 1994) y la dirección general de obras hidráulicas (7 de febrero 1995).

“3. El escalonamiento corresponde al escalonamiento de dotaciones establecido a propuesta de la consejería de agricultura de la administración autonómica, para atender el objetivo, recogido en el POE, de lograr un reparto más equitativo de las dotaciones y sus restricciones que facilite la supervivencia de las pequeñas explotaciones agrarias.

“4. Sobre el control de extracciones, señala la Confederación la nula colaboración que la comunidad de usuarios del Acuífero 23 ha hecho respecto de las extracciones ilegales, no ha asumido su obligación de colaborar en el control como establece el POE (punto 5º.a); sólo con las extracciones de los que tienen derechos reconocidos y por sobrepasar el régimen de extracciones autorizado se han extraído más recursos que los que la ley autoriza, lo que provocó un vaciamiento del acuífero en 800 hm³ (800 millones de metros cúbicos). Por otra parte, tanto en la junta de gobierno que aprobó el régimen de explotación del 2005 cuestionado, como en medios de comunicación social esa comunidad ha criticado y presionado para impedir que la comisaría de aguas cumpliera con sus obligaciones de control y vigilancia del dominio público hidráulico.

"5. Las prescripciones del régimen de explotación se incluyeron oída la propuesta del parque nacional de las Tablas de Daimiel y para proteger el ecosistema que tiene una gravísima afección por la sobreexplotación.

"6. Los caudalímetros son, en cuanto a su instalación, obligación del usuario por disposición legal (55.4 LA y 5.2.b POE). La confederación tiene previsto continuar un programa de instalación de caudalímetros en atención a los recursos disponibles, a través de una empresa que lo tiene encomendado desde su creación.

"7. La demora en la tramitación de inscripción de los aprovechamientos se debe a la falta de medios personales y materiales disponibles, [la confederación] tiene iniciado un expediente de contratación de ayuda externa para acelerar la solución del problema."

Y así tenemos ya aquí el conflicto prototipo atinente a un bien vital, el agua para riego. Los pareceres de ambas partes son completamente contrapuestos. A juicio de esta Defensoría, parece claro que el régimen de explotación del acuífero 23, el POE y las actuaciones del organismo de cuenca han respetado las prescripciones LA y RDPH. Dado que son las extracciones descontroladas y abusivas las que ocasionan la sobreexplotación del acuífero, la agricultura de la zona peligra si no se aprueban medidas de regulación de las extracciones. El POE implantado y el control de la legalidad son la única forma racional y legítima de preservar todos los intereses subordinados a un recurso hídrico del que dependen, además de los agricultores de esa comunidad, el abastecimiento urbano de una población de más de 250.000 personas y un parque nacional. Precisamente por la rotundidad de estas razones conviene no perder de vista que la comunidad de regantes (reclamante en queja) es administración pública, una corporación de comuneros, generalmente agricultores.

El Plan Hidrológico del Guadiana reconoce un balance global negativo entre los recursos renovables y las demandas requeridas en la zona del Alto Guadiana, desequilibrio especialmente intenso en las unidades hidrogeológicas UH 04.04 y UH 04.06, que desde finales de los años 70 ha llevado a la sobreexplotación física con un acusadísimo descenso de niveles y un deterioro de su calidad química, un deterioro de los cauces superficiales, con graves afecciones, así como una profunda degradación ambiental del Parque Nacional de las Tablas de Daimiel, del Parque Natural de las Lagunas de Ruidera y en general de toda la reserva de la Biosfera denominada *Mancha Húmeda*.

Esta Institución preguntó al organismo de cuenca por la existencia en la del Guadiana de tantos pozos ilegales y sobre los criterios y razones que ordenan y dirigen el ejercicio por la confederación de las potestades de control y sanción, así como de los medios materiales y humanos que a ello se destinan y en concreto sobre cómo había sido abordado el problema por el Plan Especial del Alto Guadiana. La Confederación Hidrográfica nos indicó que daba prioridad al control y sanción de aquellas captaciones que producen más daño, por una mayor extracción de aguas subterráneas en parcelas de mayor superficie; eran trasladadas las actuaciones a la autoridad judicial cuando las circunstancias concurrentes motivaban dicha necesidad. Las denuncias formuladas en las campañas de riego de 2006 fueron 479 por incumplimiento y detracciones y 489 por

aperturas, limpiezas y reprofundizaciones. En 2007 fueron 461 y 377, respectivamente por los mismos hechos.

En los últimos quince años la Confederación Hidrográfica de Guadiana ha adoptado las siguientes medidas, que intentan resolver la situación planteada:

- Declaraciones de sobreexplotación de las unidades hidrogeológicas y planes anuales de ordenación de las extracciones
- Plan de recuperación de humedales
- Transferencias de recursos a las Tablas de Daimiel desde el Acueducto Tajo-Segura
- Plan de compensación de rentas

Reconoce la Confederación, no obstante, que estas medidas no han sido suficientes para la mejora del estado de las masas de agua subterráneas, de las zonas húmedas y de los ecosistemas asociados, y de los cauces superficiales en general, lo que puede agravar la degradación de las zonas declaradas sobreexplotadas si se mantiene la misma dinámica. Ante esta situación, la disposición adicional 4ª LPHN ordenó la elaboración de un Plan Especial del Alto Guadiana (PEAG), con el objetivo de "mantener un uso sostenible de los acuíferos de la Cuenca Alta del Guadiana" para el desarrollo del régimen jurídico del siguiente conjunto de actuaciones:

- a) La reordenación de los derechos de uso de aguas, tendente a la recuperación ambiental de los acuíferos
- b) La autorización de modificaciones en el régimen de explotación de los pozos existentes
- c) La concesión de aguas subterráneas en situaciones de sequía
- d) Otras medidas tendentes a lograr el equilibrio hídrico y ambiental permanente de esta cuenca.

El PEAG, aprobado por RD 13/2008, tiene como objetivos específicos: 1º) La consecución del buen estado cuantitativo y cualitativo de las masas de aguas subterráneas y el buen estado de las superficiales asociadas, recuperar la conexión entre aquéllas y éstas, que propicie la mejora de los principales ecosistemas de la región; y 2º) la corrección del déficit hídrico estructural existente, bajo el principio de desarrollo sostenible de los usos agrícolas y socio-económicos en general.

El PEAG incluye un programa (para su realización se cuenta con un presupuesto de 432 M €) sobre aspectos relacionados con el control y la gestión de los recursos existentes, en concreto:

- Terminación urgente de los programas y de las herramientas de gestión de identificación de concesiones y derechos de agua de los acuíferos
- Desarrollo de inventarios de aprovechamientos existentes

- Resolución de expedientes sobre situación de pozos
- Instalación y control de caudalímetros
- Estimación de consumos por teledetección y discriminación espectral de cultivos
- Actuaciones sobre el dominio público hidráulico (delimitación y restitución)
- Censo y control de vertidos
- Definición de perímetros de protección de captaciones
- Estudios de viabilidad de recarga de acuíferos
- Apoyo a la gestión del PEAG
- Funcionamiento del Consorcio
- Mejora del conocimiento del ámbito territorial
- Reutilización de aguas residuales

b) Venta de agua de riego para embotellarla

Otro ejemplo es la intención de una Comunidad de Regantes (Villena) de solicitar un aprovechamiento de aguas, previa declaración de agua mineral, para ser embotellada y vendida. Fue objeto de investigación en 2008. Al parecer el volumen de agua podría provenir bien de uno de los pozos actuales de la Comunidad de regantes o de uno nuevo que construiría la propia empresa envasadora. Pero ocurre que los pozos de la Comunidad se nutren de una unidad hidrológica de gestión cuyo grado de sobreexplotación está considerado como ‘muy alto’. La Comunidad de regantes daría de baja de su concesión actual una superficie equivalente (en términos de derechos de agua), superficie que en principio estimaba del orden de las 200 ha. El inicio y la tramitación de un expediente de esta naturaleza corresponden a la administración autonómica. La Confederación Hidrográfica del Júcar debe emitir un informe sobre la existencia de otros aprovechamientos de mayor conveniencia (artículo 17 RD 1074/2002, que remite al artículo 26 de la vigente ley de minas). Posteriormente, en el trámite que se denomina de concesión de aprovechamiento, que es posterior a la declaración de agua mineral, debe emitir otro informe (artículo 41 del Reglamento general del régimen de la minería) sobre los mismos aspectos que el anterior y en el que es habitual entrar en consideraciones sobre el volumen de agua a extraer.

Respecto del proyecto de la Comunidad de regantes, el organismo de cuenca opina que la superficie que se diera de baja de la Comunidad ha de ser superficie efectivamente regada (o sea, volumen de agua realmente extraído); y que, con carácter previo, se debe sustanciar el correspondiente expediente de modificación de las características de la concesión, expediente del que no se puede prejuzgar la resolución. Además, a su juicio y en principio, la operación planteada por la empresa embotelladora impediría la sustitución del agua de riego de la Comunidad que se destine a embotellar por los caudales procedentes del Júcar, por ser contraria a los objetivos del trasvase Júcar-Vinalopó. No obstante, a fecha de redacción de este informe monográfico la Comunidad de regantes no ha instado el inicio de ningún expediente de modificación de las características de la concesión, por lo que de momento no parece que el proyecto esté en tramitación.

c) El caso Rus Valdelobos

Este apartado no puede referir más que el estado actual de la investigación, aún en curso. De notable importancia por su dificultad y el número de regantes afectados, cerca de tres mil. En síntesis el problema es el siguiente.

Presentadas a través del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha, fueron recibidas numerosas quejas, formuladas por usuarios de terrenos regados con aguas subterráneas procedentes de una masa de agua denominada "Rus-Valdelobos", administrada por la Confederación Hidrográfica del Guadiana. Ha habido importantes reuniones, del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha con la Comisaría de Aguas de la Confederación y con representantes de la Consejería de Agricultura de la Junta de Comunidades; hay además un proceso reivindicativo ante la Confederación de los ayuntamientos con territorio en la masa de agua Rus-Valdelobos. La reivindicación comprende que (1) se levante la declaración de sobreexplotación de la masa de agua a la zona definida al Oeste de la línea recta entre el entronque carretera de Muner-Sotuelamos con Iglesia de San Clemente y de ésta a la de Las Pedroñeras, por no estar sobreexplotada; (2) que no se efectúe la declaración de sobreexplotación mencionada en el anuncio de abril de 2008; y (3) que se convoque a una reunión de trabajo entre la CHG y la Comisión Gestora constituida para la puesta en marcha de una junta central de usuarios Rus-Valdelobos, para facilitar y agilizar dicha constitución.

La situación actual, física y jurídica, de la masa de agua afecta gravemente a los intereses de los reclamantes, hasta el punto según sostienen de poner en peligro la supervivencia de sus explotaciones agrícolas y economías familiares. No se discute en absoluto la legitimidad de la Confederación para adoptar medidas de defensa del medio ambiente y del desarrollo sostenible. Los regantes son propietarios o usuarios de fincas ubicadas en la zona denominada Rus-Valdelobos (o Rus-Córcoles), incluida en el límite Este del Acuífero n° 23, unidad hidrogeológica 04-04, Mancha Occidental. La extracción de agua de este acuífero para uso agrícola está sometida a estrictas limitaciones por la Confederación (artículo 56 de la ley de aguas), dada su situación de sobreexplotación. Esta zona linda por el Oeste con el Acuífero n° 19, UH 08-29, Mancha Oriental, no sobreexplotado ni por tanto sometido a esas limitaciones. Todos los informes técnicos concluyen que las aguas subterráneas vierten a la cuenca del Júcar, no a la del Guadiana, y por tanto son aportantes del acuífero 19, Mancha Oriental. Los reclamantes sostienen que nada tienen que ver los pozos de esta zona con la sobreexplotación del acuífero 23, UH 04-04, Mancha Occidental. Afirman que la Confederación Hidrográfica del Guadiana actúa de forma errática respecto a la calificación de esta zona, no aborda definitivamente ni articula un régimen singular para ella, ni delimita ambos acuíferos; por tanto entienden que les impone innecesarias restricciones, no justificadas en la finalidad de protección del acuífero 23. Precisamente la singularidad del régimen de aguas de esta zona respecto a la cuenca del Guadiana motivó la solicitud de constitución por los afectados de una comunidad de regantes

independiente, lo que ha sido denegado por la Confederación admitiendo gran parte de los argumentos técnicos, pero -ahora- indicando que esta masa de agua (que define como "una nueva masa de agua subterránea, denominada Rus- Valdelobos, que parece no guardar relación hidrológica alguna con el acuífero") todavía no ha sido incorporada a la planificación hidrológica vigente, ya que el plazo establecido por la Directiva Marco del Agua finaliza el 31 de diciembre de 2009.

Mientras tanto, los regantes de esta zona están siendo objeto de graves limitaciones respecto a los recursos de agua que pueden utilizar en sus explotaciones, y en un gran número de casos sometidos a expedientes sancionadores iniciados por la Confederación, de los que derivan graves sanciones económicas, inasumibles por explotaciones de este tamaño. Un hecho que desde hace más de treinta años es objeto de dudas razonables, ahora parece ser para la Confederación una certeza técnica que obtiene de sus propios informes.

Los reclamantes apuntan por tanto la posibilidad de dotar de un régimen especial de explotación de aguas subterráneas a la zona "Rus-Valdelobos", acorde con sus especiales características, que se diferencie del acuífero de la Mancha Occidental. El principal punto de desacuerdo está en el alcance de esta singularidad. Los regantes pretenden que esta zona no sea objeto de las mismas restricciones que el resto del acuífero 23, y por su parte la CHG tiene previsto aprobar en los próximos meses una ampliación de la delimitación de la zona de sobreexplotación que afecte a la mayor parte de esta masa de agua.

Visto lo cual -con extensos antecedentes documentales que no es posible plasmar ahora- y con el expreso agradecimiento de esta Institución al Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha por su colaboración en la instrucción previa del expediente documental, consideramos que las quejas eran susceptibles de una indagación preliminar ante la Confederación Hidrográfica del Guadiana, bajo los siguientes presupuestos, derivados precisamente de la excelente instrucción habida, que permitieran centrar los asuntos y facilitar su tratamiento:

- El Defensor del Pueblo no es una instancia técnica, apta para dirimir controversias tales como si unas aguas subterráneas (masa de agua Rus-Valdelobos) vierten a la Cuenca del Júcar o del Guadiana, ni sin son aportantes del acuífero 19, Mancha Oriental; tampoco le es posible opinar acerca de si un acuífero está sobreexplotado. No obstante, sí puede -y debe- intervenir cuando el fundamento técnico de las decisiones que adopte la administración alcanza o sobrepasa el límite de lo razonable y llega a lo arbitrario, lo ilógico o si se incurre en ilegalidad.
- El Defensor del Pueblo es competente para supervisar la actuación de la Confederación Hidrográfica del Guadiana respecto de la masa de agua Rus-Valdelobos sólo y exclusivamente bajo los prismas de la Constitución, la ley y el derecho, y a la vista de los criterios generales de oportunidad y equidad.

Bajo los anteriores presupuestos, esta Defensoría considera que los aspectos controvertidos o determinantes son los siguientes:

1. Es necesario acelerar los trabajos de desarrollo de la Directiva Marco del Agua que sirvan para delimitar la masa de agua Rus-Valdelobos. La fecha tope es el 31 de diciembre 2009.
2. Es preciso disponer de una síntesis justificativa de por qué la Confederación ha cambiado varias veces de opinión en los últimos años acerca de la ampliación de la zona declarada sobreexplotada. Ello debería incluir un avance de su parecer actual y de las consecuencias que tendría una u otra adscripción a una u otra cuenca.
3. Independientemente de la situación de la masa de agua, nos preguntamos qué alternativas considera la Confederación que se le ofrecen respecto a la autoadministración por los usuarios, si la petición de constituir una Junta de Usuarios es definitivamente inviable, pues no parece por el momento que pueda adoptarse una decisión definitiva.
4. Situación actual, en términos generales y no sólo procedimentales, de los expedientes sancionadores que afectan a explotaciones comprendidas en la zona. En cuanto a distribución territorial, de los expedientes sancionadores abiertos en este momento [primavera 2009] en toda la cuenca de la competencia de la Confederación del Guadiana nos llama la atención que más del 81% (288 sobre 354) afectan a los municipios de San Clemente (74), Villarrobledo (138), El Provencio (34), Las Pedroñeras (26), La Alberca de Záncara (10) y Los Pinos (3). Se asume que no todo el término municipal está dentro de la zona de agua subterránea Rus-Valdelobos, pero todos ellos tienen parte en ella, se encuentran en la zona limítrofe Este del acuífero 23 y están afectados por la situación, más o menos. Se sostiene que aún restando el número de expedientes proporcional a las zonas no ubicadas sobre Rus-Valdelobos, el porcentaje sería de todos modos muy alto comparado con el de cualquier otra parte de la cuenca del Guadiana.

Recibido el informe de la Confederación Hidrográfica, esta Defensoría avanzó un parecer provisional. A nuestro juicio estamos ante dos problemas concretos, la disponibilidad de agua y las posibles infracciones cometidas, inscritos ambos en otros problemas más generales, la determinación de la cuenca a que pertenecen las masas de agua (y de ahí la determinación de qué administración hidráulica es la competente) y su posible sobreexplotación. No encuentra esta Defensoría inicialmente que la Confederación haya actuado propiamente de forma errática, como sostienen las quejas, ni tampoco consideramos que exista la “certeza técnica” a que se refieren algunas quejas acerca de los problemas sobre el acuífero. Las sucesivas decisiones del organismo de cuenca parecen haber ido tomándose en función de la información técnica disponible y con finalidad legítima. Pero a la vez parece clara la discrepancia y la singularidad de la zona Rus-Valdelobos y la independencia de sus recursos respecto al acuífero 23, Mancha Occidental. Es cierto que precisamente por ello parece necesario

implantar algún régimen especial de explotación de esas aguas subterráneas. En lo que concierne a los expedientes sancionadores, consideramos inicialmente que tampoco cabe apreciar irregularidad en la actuación de la Confederación, ya que se trata de detracciones de agua subterránea sin concesión y de apertura de captaciones sin autorización, y tales infracciones no parecen depender de si un acuífero forma parte de una u otra demarcación ni de si está declarado sobreexplotado ni de si existe o no una comunidad de regantes que administre los usos del agua.

Sin embargo los reclamantes manifiestan su desacuerdo total con el informe de la Confederación. Tras una extensa y razonada exposición las conclusiones a que llegan son las siguientes:

1ª Tanto una declaración de sobreexplotación definitiva a finales de 1994 como todas las ampliaciones y cambios sucesivos posteriores, se han efectuado sin ninguna base técnica que las avale, incluido el proceso culminado en agosto de 2008. Se preguntan cómo es posible que, faltando un año para la culminación de los trabajos del Plan Hidrológico del 2009, no se haya esperado a él para aplicar su normativa.

2ª Reiteran que la actuación de la Confederación ha sido errática y contradictoria y que ha cambiado continuamente de parecer porque no tenía ni tiene ningún estudio en el que basarse. Se trata solamente de opiniones, no avaladas con datos técnicos precisos, a diferencia de los que han aportado los regantes.

3ª Por estas mismas razones creen que no interesa a la Confederación de ninguna manera que se cree una Junta de Regantes de Rus-Valdelobos como plataforma para reivindicar sus derechos y que le exija explicaciones sobre sus actos, a su modo de ver arbitrarios.

4ª Con relación a las sanciones, el 90% se producen por la inoperancia de la Confederación durante 22 años para efectuar un inventario real, pues todavía hay numerosos expedientes sin resolver (concesiones, autorizaciones) desde hace años e incluso décadas; pero los regantes no tienen más remedio que regar.

Terminan los regantes manifestando estar padeciendo indefensión ante un organismo que, en lugar de velar por el bien común del medio ambiente y de los usuarios legítimos del agua, mantiene trasnochadas medidas autoritarias con que cumplir un expediente administrativo. No entienden los regantes qué intereses animan a la Confederación para limitar los derechos legítimos de los usuarios del agua en esta zona, con la consiguiente repercusión económica y de agravio comparativo con otras zonas.

A esta Defensoría parece que hay datos para deducir que estamos ante una masa de agua única e indiferenciada, que conforme la directiva marco del agua DMA requiere gestión unitaria, de modo que no debería ésta partirse entre dos cuencas o, mejor, entre dos demarcaciones. Esta Defensoría ha de reconocer que el parecer inicial acerca de la

corrección en ciertos aspectos de la actuación de la Confederación parece contrarrestado con los datos aportados por los reclamantes y que la Confederación conoce sobradamente. Dicho de otro modo, la exposición del Esquema de temas importantes del proceso de planificación de la cuenca (capítulo V, apartado relativo a las interrelaciones con otras cuencas) podría carecer de justificación suficiente, y éste resultaría ser el eje del problema actual y de cualquier decisión futura. Las cartas remitidas a la Confederación por los alcaldes de los ayuntamientos cuyos municipios son afectados por la masa de agua Rus-Valdelobos (julio de 2008), expresan la conveniencia de un tratamiento diferenciado respecto de Mancha Occidental I y II. Si bien la singularización de la masa de agua no tendrá efecto legal hasta diciembre de 2009, precisamente por ello parece lógico, dados los antecedentes, pensar en medidas provisionales hasta entonces, en atención a las necesidades de riego del presente año.

Esta Defensoría valora actualmente la posibilidad de celebrar una reunión con la Presidencia de la Confederación, con asistencia de la Comisaría de Aguas, a la que asimismo serían convocados el Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha y el primer firmante de las quejas, así como la administración autonómica de agricultura.

C.2) Organización y acceso a la información interna y ambiental

- *Cuáles son los órganos de gobierno de una comunidad de regantes, los responsables de un organismo de cuenca y el sentido de la expedición de actas*

Del artículo 82 LA deducimos que las comunidades de usuarios, en tanto que corporaciones de derecho público, forman parte de la administración pública, o son administración pública, en muchos y muy importantes efectos. Del artículo 84 LA se deduce que toda comunidad de usuarios ha de tener al menos una junta general o asamblea, una junta de gobierno y uno o varios jurados. La junta general, constituida por todos los usuarios de la comunidad, es su órgano soberano; le corresponden todas las facultades no atribuidas específicamente a ningún otro órgano. La junta de gobierno, elegida por la junta general, ejecuta las ordenanzas y los acuerdos, propios y adoptados por la junta general. El RDPH recoge las figuras del presidente de la comunidad de usuarios y del presidente de la junta de gobierno, que pueden o no coincidir en la misma persona. Como cabe esperar, según su artículo 217 el presidente -y en su defecto el vicepresidente- es el representante legal de la comunidad de usuarios. Entre sus atribuciones específicas, precisamente y entre otras, se encuentra la de *autorizar las actas y acuerdos de la junta*.

Más dudoso es el caso de la secretaría de la comunidad de regantes, la cual no ha sido considerada por los servicios jurídicos de alguna confederación como un órgano de gobierno, por tanto sus acuerdos, a su juicio y según su interpretación del artículo 84.5 LA, no son impugnables en alzada ante el organismo de cuenca. La ley de aguas no dice nada sobre la secretaría de una comunidad de usuarios, pero sí prevé tal órgano el

RDPH: el secretario se elige por la junta general (puede recaer en quien sea miembro de la junta de gobierno), y son sus facultades y obligaciones las que señalen las ordenanzas y reglamentos de la comunidad o la propia junta general (artículo 217). Asimismo prevé el cargo de secretario de la junta de gobierno (artículo 222); el apartado 2 de ese mismo artículo detalla las funciones del secretario de la junta de gobierno. De acuerdo con ese precepto y como es habitual, corresponde al secretario, entre otras funciones, *expedir certificaciones con el visto bueno del presidente*.

A la vista de tal regulación, el Defensor del Pueblo se ha visto obligado a explicar a la administración de aguas -comunidades de regantes incluidas, por supuesto- que, por ejemplo, la denegación mediante silencio de una solicitud dirigida al presidente de una comunidad de regantes (que, en principio, lo es a la vez de su junta de gobierno) es imputable a la comunidad de regantes como persona jurídica y a la junta de gobierno, como uno de sus órganos superiores que es. Y ello porque la falta de respuesta tiene lugar en el ejercicio de funciones propias de la administración corporativa, y con una apariencia de formalidad mínima que deriva del mero hecho de que el destinatario es el presidente, que además representa y actúa en nombre tanto de la comunidad como de su junta de gobierno (217.1 y 221.c RDPH). Es más, incluso aunque admitiéramos que el presidente no fuera competente para expedir certificaciones de las actas de la junta de gobierno (lo que no es exacto pues esa expedición necesita de su visto bueno, artículo 222.2.b), tal circunstancia no excluiría automáticamente la imputación de sus actos -y de su silencio- a la junta de gobierno de la comunidad de regantes, salvo que esa falta de competencia privara al acto de un mínimo de apariencia exterior. En fin, no corresponde al comunero conocer con exactitud la asignación de atribuciones existente entre los órganos de la persona jurídica administrativa, sino a éstos dar traslado al órgano competente de las solicitudes, escritos o reclamaciones que les son presentados.

La naturaleza de órgano de gobierno de la comunidad predicable de su secretario es derivada, no propia y autónoma, y se infiere no sólo de la normativa del dominio público hidráulico sino además y sobre todo de la legislación general (artículo 26 LPC) e incluso de la tradición jurídica de nuestro país. Se trata exactamente de un 'órgano de órgano', como tantos otros; y desde luego no cabe inferir esa condición de que su titular sea designado por la junta de gobierno. El secretario no es por sí solo órgano de gobierno sino que participa en él; sin su presencia no cabe hablar de constitución válida del órgano colegiado, y sus actos no son estrictamente propios sino que se imputan al órgano de gobierno. Cuando un secretario de órgano colegiado deniega una certificación no es en realidad él mismo quien realiza la denegación, sino el órgano colegiado; ése parece el modo correcto de entender el fenómeno de la imputación orgánica. Veremos que el modo de entender la imputación realizada por una confederación, lleva a absurdos y, lo que es más grave, a la indefensión de quienes se dirigen a los órganos colegiados con funcionamiento deficiente.

El secretario de la comunidad de usuarios tiene el deber de expedir certificaciones con el visto bueno del presidente, de modo que denegar la expedición ha de estar bien

fundamentado. Si no hay tal motivación la actuación del secretario, o más bien su omisión, infringe la ley (artículos 37.4, 54.1.a y 63, y posiblemente 62.1.a en casos extremos, todos de la ley 30/1992 de procedimiento común).

La expedición de certificaciones es atribuible a la junta de gobierno porque lo es a dos de sus órganos esenciales, el secretario -que las elabora, suscribe y expide materialmente- y el presidente -sin cuyo visto bueno no hay certificación propiamente dicha. La cualidad de representante de éste hace que la expedición o la denegación indebidas se imputen a la junta en su totalidad, salvo acuerdo colegiado expreso en contrario o voto particular de algún miembro. En caso de infracción ésta se atribuye a la junta de gobierno, que ha de responder por ello; las decisiones al respecto son impugnables en cuanto actos del órgano de gobierno, pues en otro caso habría indefensión (que es exactamente lo que se está produciendo) y por tanto es errónea la concepción que al respecto asume la confederación, promovida por sus órganos asesor y de propuesta, acerca de que *'los únicos acuerdos impugnables en alzada ante los organismos de cuenca son los producidos por la asamblea general y la junta de gobierno de las comunidades de usuarios'* en tanto no incluyen entre ellos los relativos a la expedición de certificaciones. Únicamente sería imputable en exclusiva al secretario la decisión si éste expidiera o denegara una certificación contra la voluntad del presidente o del órgano colegiado, más o menos *'por su cuenta'*.

En conclusión, resulta claro a esta Defensoría que tanto la secretaría de la junta de gobierno como su presidencia son órganos dependientes de la junta y, por ejemplo, la expedición de certificaciones de las actas de esa junta por el secretario requiere del visto bueno del presidente, por lo que su omisión puede ser imputada a ese órgano colegiado, y por tanto la omisión es impugnable en alzada ante el organismo de cuenca.

Lógicamente no se considera por esta Defensoría ajustada a derecho la inadmisión por la confederación hidrográfica de los recursos presentados por un interesado contra la denegación de la comunidad de regantes de facilitarle copia de actas de su junta general y junta de gobierno e impugnando la validez de la junta general celebrada y los acuerdos que se adoptaron en ella, toda vez que tuvo lugar en ausencia del presidente y también del vicepresidente, y bajo la dirección de la entonces candidata a la presidencia de la comunidad de regantes. Por supuesto, los asuntos de fondo planteados en dichos recursos quedan sin resolver. Tanto la comunidad de regantes, en primer lugar con su silencio, como después la confederación hidrográfica al infundadamente no admitir a trámite el recurso de alzada, no atienden el derecho del reclamante a participar en los asuntos públicos ni tienen en cuenta la interdicción de indefensión, basándose en una interpretación doblemente defectuosa, es decir formalista y contraria al tenor literal y sentido de las leyes aplicables. De todo lo cual se deduce el fundamento y necesidad de en estos casos de cursar a los organismos de cuenca la sugerencia de revocar la desestimación y no admisión a trámite, respectivamente, de los recursos de alzada y reposición presentados por el interesado, y de que dicten de nuevo resolución del

primero en que dé respuesta conforme a derecho a todas y cada una las cuestiones planteadas por el recurrente.

- *Negativa a la entrega de actas de juntas anteriores*

Hemos conocido un caso en el que la junta de gobierno de una comunidad de regantes deniega a un comunero el acceso a las actas de las asambleas anteriores al año 2004, alegando que no están en su poder sino en el de la anterior junta. El Defensor del Pueblo recordó a la presidencia de esa comunidad el principio de continuidad administrativa en la gestión de los asuntos que le conciernen, en virtud del cual los nuevos órganos de gobierno deben tener acceso a dicha información, máxime cuando atañe a asuntos que han sido tratados en la junta, el jurado y las asambleas en los años anteriores y es información que pertenece a la comunidad y no a ninguna junta de gobierno en particular. Por tanto, la anterior junta debía haber dejado la referida documentación en los archivos de la comunidad, el caso contrario sería una grave distracción de documentos por la que la actual junta de gobierno habría de pedir responsabilidad. En aras de la buena gestión de los órganos de gobierno de la comunidad de regantes, la presidencia debe: a) realizar las actuaciones necesarias para obtener la información en cuestión; b) reconstruir el archivo o registro de la comunidad con dicha documentación, y c) eventualmente exigir responsabilidad a quienes formaron la antigua junta de gobierno, y en particular a su secretario de conformidad con los artículos 25.3.f LPC y 222.2.c RDPH, como persona encargada de custodiar los documentos del órgano colegiado.

- *Negativa de entrega del censo electoral*

El siguiente es un defecto parecido al anterior, con consecuencias no distintas pero con interés propio. Son acciones de abuso de poder, de las que ya hemos examinado varias en apartados anteriores. Ahora se trata de no entregar una copia del censo electoral de una comunidad de regantes a un candidato a la presidencia. En esta ocasión el organismo de cuenca resuelve de acuerdo con nuestro fundamento de la admisión de la queja. La negativa a entregar al compareciente una copia del censo electoral de la comunidad de regantes extingue la posibilidad de que los candidatos puedan concurrir a una consulta electoral en el marco del derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, derecho precisamente invocado por la propia comunidad de regantes al decidir una nueva convocatoria. El ejercicio de este derecho exige que los candidatos puedan desarrollar su propia campaña electoral, la cual debe tener lugar con carácter previo a la celebración de cada consulta. Algo que parece difícil si no pueden los candidatos dirigirse a los electores, dar a conocer y defender su programa y recabar el voto.

Por tanto, la necesidad de crear las condiciones adecuadas para la efectividad del derecho a participar en los órganos de gobierno parece constituir una justificación adecuada y suficiente para proponer a una comunidad de regantes entregar copia del censo electoral a un comunero que se presenta como candidato en las elecciones a la presidencia de la junta de gobierno de su comunidad de regantes.

En opinión de esta Institución sería aplicable por analogía el artículo 41.5 de la ley orgánica de régimen electoral general, que establece que los representantes de cada candidatura puedan obtener una copia del censo a partir del día siguiente a la proclamación de candidaturas. Por último esta Institución no considera aplicable la ley orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, toda vez que según su artículo 2.3 los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral se rigen por sus disposiciones específicas.

La ley de aguas, cuando adscribe las comunidades de usuarios -con el carácter de corporaciones de derecho público- a los organismos de cuenca (artículo 82), dispone que éstos velarán por el cumplimiento de sus estatutos u ordenanzas y por el buen orden del aprovechamiento, e igualmente dispone que sus estatutos u ordenanzas han de ser compatibles con los principios constitucionales de representatividad y estructura democrática (disposición final tercera). La parquedad con que la ley de aguas se ocupa de temas como el que tratamos no debe hacernos olvidar que los principios democráticos de representatividad y estructura democrática deben inspirar a las comunidades de regantes como corporaciones de derecho público, y deben ponerse de manifiesto sobre todo cuando se elige a sus órganos rectores.

Conocemos casos límite, como cuando sólo compiten dos candidaturas; una, la del recurrente que opta a la presidencia y pretende su renovación y en la otra, la que podemos llamar 'de continuidad', opta a la presidencia quien hasta el momento ha sido presidente y sigue ejerciendo como tal durante todo el proceso electoral. Esto puede explicar, si no lo explica ya actualmente, la frustración que se desprende en estos supuestos, sobre todo de aquel que se sabe en una posición de desventaja, pues todo se pone en contra de la nueva candidatura: la inercia de la situación, el control de todos los recursos en manos del oponente, las continuas negativas y cortapisas a facilitarle los medios imprescindibles para poder dirigirse a sus posibles electores, la falta de apoyo normativo claro con que poder ejercer los derechos que la Constitución proclama.

Los argumentos de acatamiento de la legalidad esgrimidos por los órganos de representación de la comunidad de regantes para anular una convocatoria electoral y que nacen, según manifiestan, del respeto a los derechos que, efectivamente, corresponden a todos los comuneros para poder facilitarles el igual ejercicio del derecho de sufragio pasivo y de derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos de la comunidad de regantes, parecen desvanecerse cuando hay que facilitar el ejercicio *real* de esos derechos, precisamente a quien representa la otra candidatura. Continuamente se habla de censo de regantes y no del electoral, como argumento que impide su entrega,

como si la forma de referirse a él fuera suficiente para desvirtuar el derecho del reclamante ‘particular’ a disponer de los medios necesarios para optar en igualdad de condiciones a la convocatoria electoral. La negativa a la entrega de los censos electorales se ampara en sendos argumentos que proceden de los informes jurídicos elaborados por el letrado de la comunidad en los que se pone el acento, como ya hemos indicado, en que se solicita el censo de regantes y éste se lleva por el departamento censal de la comunidad general a la que pertenecen, sin atender a que lo realmente solicitado es una copia del censo electoral. Estamos además ante una interpretación excesivamente amplia de la ley orgánica 15/1999 de protección de datos, contraria por cierto a la que la propia Agencia de Protección de Datos manifiesta en un informe (que el recurrente aportaba en un intento de defensa de sus intereses, y en el que se manifestaba que dicha ley no es de aplicación al caso planteado).

Aún más, la candidatura del presidente saliente supone que al permanecer en el cargo y permitirse la confusión de ambas situaciones (presidente y candidato), además de ser el conductor del procedimiento electoral, tiene a su alcance estos datos, lo que obliga cuando menos a una mínima cortesía con su oponente. Reiteradamente ha indicado el Tribunal constitucional (p. ej. recurso de amparo 666/1987) que la Constitución ha introducido un principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y, muy especialmente, por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las Leyes. Esta consideración general es de especial relevancia en el proceso electoral, donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar en la base de la legitimación democrática del ordenamiento político, han de recibir un trato especialmente respetuoso y favorable.

Igualmente se ha olvidado la posibilidad de aplicar la analogía precisamente en un procedimiento electoral que como hemos señalado está falto de regulación. La ley orgánica 5/1985 del régimen electoral general ateniéndose al artículo 23 CE, regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles en el ejercicio del derecho constitucional de sufragio. Declara en su preámbulo la necesidad de cubrir los vacíos que se han revelado con el asentamiento de nuestras instituciones representativas. Igualmente desarrolla unas disposiciones generales aplicables a todo proceso electoral, entre ellas la del artículo 41.5 en cuanto a que los representantes de cada candidatura puedan obtener el día siguiente a la proclamación de candidaturas una copia del censo, que podrá ser utilizado exclusivamente para los fines previstos en dicha ley. Con la negativa a la entrega de los censos electorales no solamente se conculca el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos sino también el derecho a participar en los asuntos públicos. La reiterada negativa a quien tenía ese derecho a concurrir a la consulta electoral en condición de candidato al cargo de presidente de la comunidad en una de las candidaturas proclamadas, ha supuesto la vulneración de derechos, lo que obligaría a anular las elecciones realizadas en la asamblea general extraordinaria celebrada por comunidad de regantes.

- *Denegación de información ambiental*

Nos llegan reclamaciones por comunidades de regantes que deniegan el acceso a información ambiental solicitada por comuneros o terceros aduciendo que la ley 27/2006 no les es aplicación por las mismas razones por las que niegan ser equiparables a las administraciones públicas. Sin embargo, ya hemos fundamentado, al analizar su naturaleza jurídica, que las comunidades de regantes cuando ejercen potestades administrativas se equiparan a las administraciones públicas. De manera que si obra en su poder información ambiental según la ley 27/2006 en relación con esas potestades (es decir con todas las que le otorga la ley para el buen orden del aprovechamiento del agua), entonces la comunidad de regantes está obligada a dar acceso a esa información, en los términos establecidos en dicha ley.

Así lo recuerda y sugiere frecuentemente esta Defensoría a las comunidades de regantes. Volveremos sobre este asunto en §3.5.

- C.3) Reglas procedimentales para dirimir las controversias sobre el reparto y la distribución del agua

La distribución del agua entre los comuneros es fuente habitual de quejas. La falta de respeto a la condición jurídica de comunero, quien en principio tendría derecho al agua concedida en las mismas condiciones que el resto de comuneros, es lo que motiva nuestra intervención en estos casos. La ley de aguas reconoce a las comunidades de regantes la función (siempre que hagan un buen aprovechamiento) de repartir el agua que tengan concedida de conformidad con sus estatutos y ordenanzas, de hecho no son competencia del organismo de cuenca las controversias al respecto entre partícipes. El organismo de cuenca debe velar por el cumplimiento de los estatutos y ordenanzas y por el buen orden del aprovechamiento de las comunidades, además de resolver los recursos de alzada contra los acuerdos de los órganos de gobierno que interpongan los comuneros; no puede sin embargo entrar en las controversias de hecho que se susciten entre ellos, que deben ser resueltas por los jurados de riego.

El esquema del proceso de asignación de usos es el siguiente: la junta de gobierno de la comunidad de regantes, en cumplimiento del artículo 220.// RDPH debe asignar los turnos de agua conciliando los intereses de los diversos aprovechamientos y cuidando que en momentos de escasez se distribuya el agua del modo más conveniente para los intereses comunes. Por su parte, es el jurado de la comunidad el que, de acuerdo con 84.6 LA, conoce y resuelve las cuestiones de hecho entre los usuarios comuneros, puede imponer a los infractores las sanciones reglamentarias y fijar las indemnizaciones derivadas de la infracción. Sus resoluciones son revisables en reposición ante el propio

jurado (pero no ante el organismo de cuenca), requisito previo al eventual recurso contencioso-administrativo (227.2 *in fine* RDPH).

Ateniéndonos a estas reglas básicas, veamos ahora el principal asunto origen de las quejas.

C.4) Sistema financiero de las comunidades regantes

Según los artículos 83.4 LA y 212.1 RDPH las deudas del partícipe con la comunidad de usuarios por gastos de conservación, limpieza o mejoras, así como cualquier otra motivada por la administración y distribución de las aguas, gravan la finca en cuyo favor se realizan. La comunidad de usuarios puede exigir su importe por la vía administrativa de apremio y prohibir el uso del agua mientras no se satisfaga, aun cuando la finca hubiese cambiado de dueño. El mismo criterio se sigue cuando la deuda proviene de multas e indemnizaciones impuestas por los tribunales o jurados de riego.

- *Formalidades mínimas en la actuación administrativa de las comunidades de regantes. Reglas generales en la legislación de aguas sobre equidistribución de beneficios y cargas*

La comunidad de regantes no tiene que recurrir a la administración municipal en caso de impago de derramas por sus comuneros, ya que posee por sí misma la potestad para su cobro mediante apremio. Ningún problema legal plantea el hecho de que se contrate la *gestión* de dicha recaudación con una empresa que actúe como agente recaudador de la comunidad de regantes. Tampoco parece irregular que esa empresa actúe a la vez como servicio de recaudación municipal, siempre que haya sido contratada para tal tarea por el ayuntamiento de acuerdo con las prescripciones legales. No obstante, dicha empresa debería presentar cada notificación, requerimiento o providencia de apremio de manera tal que quede clara cuál es la administración competente por cuya cuenta se está actuando, sin que se induzca a los administrados a confusión ni error. Por tanto, si en los requerimientos de pago y providencias de apremio figura un sello con la inscripción 'Recaudación Municipal' y un texto en el que se hace referencia a las medidas que podrá adoptar el 'Tesorero Municipal', junto con la peculiar circunstancia de que los agentes de la patrulla rural de la policía local acompañan a los representantes de la comunidad de regantes, entonces se dota a dichos requerimientos y providencias de una apariencia de acto de la administración municipal, y de una apariencia de coactividad que, de acuerdo con la legislación vigente en materia de aguas, no es aceptable porque la corporación local no ostenta competencia alguna en materia de aprovechamiento de aguas, peor aún si no hay convenio alguno de colaboración entre ambas administraciones.

En algún caso el Defensor del Pueblo ha resuelto formular la sugerencia tanto al ayuntamiento como a la comunidad de regantes de que cursen instrucciones al adjudicatario del servicio de recaudación para modificar las prácticas anunciando claramente cuáles son las administraciones por cuya cuenta actúa con el fin de evitar dar apariencia de actos municipales a los actos propios de la comunidad de regantes de la localidad; al ayuntamiento además se le sugiere cursar instrucciones a la policía local para que cesen de acompañar a los miembros de la comunidad de regantes en sus visitas a los comuneros, evitando que su presencia pudiera ser entendida como un medio de ejecución no autorizado por la ley (esta sugerencia fue aceptada).

Hemos de mencionar aquí expresamente los preceptos legales y reglamentarios sobre los que pivota la equidistribución de beneficios y cargas en la explotación del agua, es decir en la ley de aguas, en el Plan hidrológico nacional y en el reglamento de dominio público hidráulico. Pero no es posible, ni realmente necesaria, una relación completa del sistema, nos bastan las referencias principales. Ante todo tenemos el artículo 82.2 LA, sobre la naturaleza y régimen jurídico de las comunidades de usuarios, precepto según el cual los estatutos y ordenanzas de las comunidades de usuarios regulan la participación y representación obligatoria, *en relación con sus respectivos intereses*, de los titulares actuales y sucesivos de bienes y servicios y de los participantes en el uso del agua; y obligarán a que todos los titulares contribuyan a *satisfacer en equitativa proporción* los gastos comunes de explotación (que incluye la conservación, reparación y mejora), así como los cánones y tarifas. El artículo 114 sobre el canon de regulación y tarifa de utilización del agua establece que la distribución individual de su importe total, entre todos los beneficiados, se realiza con arreglo a criterios de equidad en el reparto de las obligaciones. Por su parte, la LPHN establece en su artículo 2 que entre los objetivos de la ley está el de gestionar la oferta del agua y satisfacer las demandas de aguas presentes y futuras a través de un aprovechamiento racional, sostenible, equilibrado y *equitativo* del agua, que permita garantizar la suficiencia y calidad del recurso para cada uso y la protección a largo plazo de los recursos hídricos disponibles; y el artículo 22 sobre régimen económico financiero de los trasvases determina que la cuantía anual de la ‘cuota de utilización’ del canon del trasvase para cada sujeto pasivo se determina (reglamentariamente) con arreglo a criterios de racionalización del uso del agua, *equidad* en el reparto de las obligaciones y autofinanciación del servicio, teniendo en cuenta especialmente el consumo efectivo del agua trasvasada y el uso a que se destine. Finalmente, el RDPH desarrolla algunas de estas previsiones, por ejemplo en sus artículos 200, 296, 301, 308.

- *Gastos de conservación, limpieza o mejoras*

Surgen problemas por errores leves (falta de datos bancarios, etc) que no siempre terminan bien y donde hemos de sugerir a la administración directamente rectificar recargos sobre cuotas impagadas, provisiones indebidas de negar el derecho al voto del partícipe o de no utilizar el agua, etc. Por otro lado, las comunidades de regantes

facilitan a sus partícipes varias posibilidades de pago de cuotas. A veces se excluye la domiciliación bancaria de los recibos por el coste que supone, no aprecia esta Institución irregularidad alguna al respecto si en efecto es un coste desmesurado. Pero estos errores son leves comparados con los que exponemos a continuación, errores generalmente por desconocimiento de los comuneros de las reglas aplicables, ciertamente complejas y de cumplimiento no siempre fácil.

La responsabilidad del mantenimiento de las acequias y canales provoca muchos conflictos. En toda acequia o acueducto, el cauce, los cajeros y las márgenes serán considerados como parte integrante de la heredad o edificio a que vayan destinadas las aguas o, en caso de evacuación, de los que procedieran (49 LA). La obstrucción o deterioro que impide el riego de las fincas se puede producir en acequias que son propiedad de los usuarios, por lo que es a éstos a quienes corresponde (individual o colectivamente a través de la comunidad de regantes en caso de que sus ordenanzas prevean tal posibilidad) su limpieza, arreglo y mantenimiento, y no al organismo de cuenca.

En ocasiones debemos recordar a las comunidades de regantes que la reparación de la red secundaria para riego no es responsabilidad del organismo de cuenca, sino que corresponde a los propietarios de las parcelas que las usan o se ven afectados por su deterioro, o a la propia comunidad de regantes, según se establezca en sus ordenanzas. Es también frecuente que tengamos que recordar a un comunero que el mantenimiento de determinadas acequias le corresponde a él y no a la comunidad.

Y es que las ordenanzas de las comunidades de regantes distinguen entre conducciones principales, cuyo mantenimiento corresponde a la comunidad, y conducciones linderas con fincas particulares o que sirven a éstas, cuyo mantenimiento corresponde a cada propietario. Será en las ordenanzas de la comunidad de regantes donde conste cuál es esa regulación. No obstante, hay ordenanzas que establecen el régimen de limpieza y conservación, por ejemplo mediante prestación personal de los regantes, ya sea atribuyendo a cada uno los trabajos correspondientes a las parcelas de su propiedad, bien formando cuadrillas por término municipal. Puede ocurrir que los trabajos de desbroce sean realizados por la comunidad en las acequias principales, pero después algunos comuneros no lleven a cabo los que les corresponden en las acequias linderas a sus fincas, aunque se hayan promulgado para ello los bandos oportunos. La comunidad de regantes, con el fin de mantener el servicio de riego en condiciones adecuadas, organiza una unidad de desbroce y limpieza de acequias que ejecuta los trabajos en lugar del propietario. Después le imputa unas doblas por los trabajos realizados. La dobla de desbroce es administrativamente un cobro por trabajos. Si el aviso se cursa por el conducto establecido (75.4 LA y 212.1 RDPH) entonces la cuota aplicada en la dobla de desbroce es válida y puede ejecutarse, y llegar a apremiarse.

- *Tasas tributarias*

De acuerdo con el artículo 114 LA, los *beneficiados* (término utilizado por la ley de aguas) por las obras de regulación de las aguas superficiales o subterráneas, financiadas total o parcialmente con cargo al Estado, satisfarán un *canon de regulación* destinado a compensar los costes de la inversión que soporte la administración estatal y a atender los gastos de explotación y conservación de tales obras. Por otro lado, los beneficiados por otras obras hidráulicas específicas financiadas total o parcialmente con cargo al Estado, incluidas las de corrección del deterioro del dominio público hidráulico (deterioro derivado de su utilización) satisfarán por la disponibilidad o uso del agua una exacción denominada *tarifa de utilización del agua*, destinada a compensar los costes de inversión que soporta la administración estatal y a atender los gastos de explotación y conservación de tales obras. La distribución individual de dicho importe global entre todos los beneficiados por las obras se realizará con arreglo a criterios de racionalización del uso del agua, equidad en el reparto de las obligaciones y autofinanciación del servicio.

El pago de tales exacciones cuando los obligados a ello estén agrupados en una comunidad de usuarios u organización representativa, puede realizarse a través de las mismas comunidades o entidades, que quedan facultadas para llevar la recaudación (115.2 LA). Con el *canon de regulación* y la *tarifa de utilización del agua* se imponen unas tasas a los beneficiados por la prestación por el Estado de un servicio que ha requerido la construcción de obras hidráulicas específicas, por ejemplo de almacenamiento y conducción de las aguas. En este punto examinamos varios casos de disconformidad con el pago de la tarifa del agua o el canon de regulación.

Es cierto que procede devolver la tasa si no se produce el hecho imponible por causas no imputables al sujeto pasivo (artículo 12 ley 8/1989, de tasas y precios públicos). Es decir, no puede imponerse una tasa por un servicio que finalmente no se presta, siempre que las causas de esa falta de prestación no sean responsabilidad del sujeto pasivo de la tasa. De lo anterior se deduce que exigir el pago de esas exacciones es conforme con las normativas tributaria y de aguas, siempre que el organismo de cuenca no deje de prestar el servicio (por ejemplo abasteciendo cada campaña de riegos con una cantidad de agua en la que se tenga en cuenta la superficie de riego de la que cada cual es propietario). A esos efectos, no puede considerarse que la administración hidráulica haya dejado de prestar un servicio porque -por ejemplo- las acequias bajo responsabilidad particular y/o de la comunidad de regantes no sean adecuadas para la conducción del agua debido a su deterioro.

Las deudas tributarias y la responsabilidad derivada del ejercicio de explotaciones y actividades económicas por personas físicas o jurídicas, o por aquellas entidades a que se refiere el artículo 35.4 LGT son exigibles a quienes les sucedan por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de la explotación (42.1.c LGT). Dicha responsabilidad alcanza a las deudas liquidadas y a las pendientes de liquidación, originadas por el ejercicio de las explotaciones o actividades, incluso las rentas

obtenidas de ellas. Además, la responsabilidad del adquirente no releva al transmitente de la obligación de pago, sino que ambos solidariamente responden. Es ésta una de las excepciones a la regla general del artículo 41.2 LGT, según la cual la responsabilidad es subsidiaria salvo que un precepto legal de manera expresa determine lo contrario, como ocurre en este caso.

Por ello, de acuerdo con el artículo 175.2 LGT, quien pretenda adquirir la titularidad de explotaciones y actividades económicas y al objeto de limitar la responsabilidad solidaria (42.1.c LGT, sucesión por cualquier concepto en la titularidad o ejercicio de explotaciones o actividades económicas), tiene derecho, previa la conformidad del titular actual, a solicitar de la administración certificación detallada de las deudas, sanciones y responsabilidades tributarias derivadas de su ejercicio. La administración tributaria debe expedirla en tres meses desde la solicitud y en tal caso quedará la responsabilidad del adquirente limitada a las deudas, sanciones y responsabilidades contenidas en ella. Si la certificación se expide sin mencionar deudas, sanciones o responsabilidades o no se facilita en plazo, entonces el solicitante queda exento de la responsabilidad solidaria. En consecuencia, el hecho de que una deuda tributaria haya surgido antes de que un interesado adquiriera la propiedad y la circunstancia de que, por ejemplo, no exista anotación registral ni tampoco en la propia comunidad de regantes, no impide que sea considerado sujeto pasivo del canon, ni le exime de la obligación de pago, si no solicitó a la comunidad de regantes en su momento y antes de la compra la certificación detallada de las deudas tributarias relativas al uso del agua de la finca. Todo ello además de que por la vía jurisdiccional civil pueda reclamarse su importe al vendedor de la finca.

En lo que se refiere a la notificación, de acuerdo con 102.3 LGT en los tributos de cobro periódico por recibo, una vez notificada la liquidación correspondiente al alta en el respectivo registro, padrón o matrícula, podrán notificarse colectivamente las sucesivas liquidaciones mediante edictos que así lo adviertan. Por tanto, de acuerdo con el artículo 88 del Reglamento de recaudación, la comunicación del período de cobro de las deudas de vencimiento periódico y notificación colectiva es por publicación de edictos en el boletín oficial de la provincia BOP y en los locales de los ayuntamientos. Dichos edictos pueden divulgarse por los medios de comunicación que se considere adecuados. Cuando se trate de recibos de organismos autónomos, los edictos se publican en el BOP y en los locales del ente correspondiente. Por tanto, en el supuesto de cobro por recibo periódico, la notificación individualizada del período de cobro no es obligatoria, aunque sí posible. Basta la notificación colectiva, de acuerdo con los artículos 23 y siguientes del Reglamento general de recaudación, mediante la publicación así como a través de edictos expuestos en la sede de la comunidad de regantes. En suma, una actuación de la comunidad de regantes que cumplimenta lo expresado es regular y ajustada a Derecho en lo que se refiere tanto a la condición de sujeto pasivo del canon de regulación y de la tarifa anual del agua como a la forma en que es notificada la comunicación del periodo de cobro, y en cómo es exigido éste. En otro caso, requerir el pago del canon no se ajustaría a las prescripciones de la legislación de aguas y ni tributaria.

La prescripción de la acción por incumplimiento de la obligación tributaria liquidada, no se produce a juicio de esta Institución si entre la fecha en que el organismo de cuenca notifica a la comunidad de regantes la liquidación del canon correspondiente al ejercicio anual y la fecha de ingreso tope para el pago en voluntaria se notifica, mediante publicación en el BOP, un anuncio de la última prórroga del período voluntario del pago, siempre que no hayan transcurrido entre ambas fechas los cuatro años que establece el artículo 24 de la ley 1/1998, de derechos y garantías de los contribuyentes. Esta Institución entiende que la prescripción de la acción debe ser resultado de la inactividad de la administración, luego una decisión de la junta de gobierno de la comunidad de regantes de prorrogar el período voluntario de pago es un acto administrativo dirigido al cobro de la deuda tan válido como la apertura de la vía de apremio y que, además, resulta favorable a los obligados por la deuda tributaria

No obstante, es cierto que hay juzgados que utilizan criterios que sustentan la prescripción de la deuda. De acuerdo con ellos no cabe reconocer que interrumpa la prescripción la decisión de prorrogar el plazo del período voluntario de pago, porque se vería menoscabada la seguridad jurídica; la administración podría, unilateral e indefinidamente, abrir prórrogas del periodo voluntario con la finalidad de evitar la prescripción, resultado de su propia inactividad. Sin embargo, esas sentencias establecen precedentes pero no una jurisprudencia asentada.

- *Canon de regulación y concesiones de aguas subterráneas: interpretación del artículo 299 apartado tercero RDPH o a quién benefician las obras de regulación de las aguas*

Pese a una exposición que inevitablemente será algo abstrusa, consideramos de interés referir un tipo de problemas concretos y localizados pero que ilustran muy bien a los de su clase mejor que una exposición general. Encontramos en ellos una inadecuada solución del problema inicial: No haber determinado bien a quién benefician las obras de regulación de los cursos de agua mediante embalses. Traemos aquí un caso en que la Confederación Hidrográfica del Ebro sostiene que puede imputarse el canon de regulación del embalse de la Tranquera a los titulares de aprovechamientos de aguas subterráneas. Ya hemos visto que el artículo 114 LA dispone que los beneficiados por las obras de regulación de las aguas superficiales o subterráneas, financiadas total o parcialmente con cargo al Estado, satisfarán un canon de regulación destinado a compensar los costes de la inversión y atender los gastos de explotación y conservación de tales obras. A su vez, el artículo 299 RDPH dispone que:

“Están obligados al pago del canon de regulación, las personas naturales o jurídicas y demás Entidades titulares de derechos al uso del agua, beneficiadas por la regulación de manera directa o indirecta.

Se considera que lo son de manera directa los que, beneficiándose de la regulación, tienen su toma en los embalses o aguas abajo de los mismos, o se abastecen de un acuífero recargado artificialmente.

Se considera que lo son de manera indirecta los concesionarios de aguas públicas cuyos títulos de derecho al uso del agua estén fundamentados en la existencia de una regulación que permita la reposición de los caudales concedidos.”

Parece, por tanto, que el hecho imponible de la tasa consiste en la obtención de un beneficio que derive de las obras de regulación y de los gastos de mantenimiento ocasionados por el embalse. En el supuesto de que el beneficio sea directo, que es el expuesto en el segundo párrafo del artículo, la hipótesis, el hecho imponible, puede obtenerse en general con bastante claridad, pero no es así en el supuesto de que el beneficio sea indirecto, vale decir ‘que estén fundamentados en la existencia de una regulación que permita la reposición de los caudales concedidos’. En opinión de esta Defensoría habrá que demostrar que el aprovechamiento se nutre de aguas de las reguladas, o que de alguna manera se beneficia de esa regulación, lo que tratándose de aguas subterráneas exigirá una justificación técnica adecuada. En ese sentido, el hecho imponible del canon de regulación se da si -y sólo si- existe una infraestructura hidráulica que proporcione o supla las aguas utilizadas en el aprovechamiento. Veamos un ejemplo.

Tenemos un supuesto en que consta que la concesión (destino al riego de 169 ha) se halla en la margen izquierda del río Jalón y extrae el agua de la Unidad Hidrogeológica nº 36 “Quelles-Jalón” (nº 6.02 Somontano del Moncayo), pero se ignora si esta unidad hidrogeológica se nutre de las aguas reguladas por el embalse de La Tranquera, ya que tal posibilidad no ha sido justificada por informe técnico alguno del organismo de cuenca. No hay ningún informe que avale geológicamente que las aguas del embalse de La Tranquera, sito aguas arriba más de 60 km de los pozos, proporcionen o, llegado el caso, suplan las aguas subterráneas concedidas. En ese sentido, es a todas luces insuficiente el informe de la Confederación Hidrográfica del Ebro según el cual la mejora que produce la regulación en los aprovechamientos se deduce por comparación entre la situación anterior y la posterior a la construcción del embalse de La Tranquera.

Por su parte, el titular de la concesión mantenía que la reposición de caudales del pozo considerado se produce gracias a las aguas pluviales caídas en las tierras y montes cercanos, que posteriormente irán a parar, en parte, a los ríos y al mar, porque: *a)* el embalse de La Tranquera se halla en la cuenca del río Piedra en su confluencia con el río Mesa, ambos afluentes del Jalón, a unos 60 km de su finca en línea recta, y hay en dicho trayecto muchas barreras físicas, tales como ríos, carreteras y cadenas montañosas (río Jiloca, Sierra de Vicor, Sierra de Algairén, Monte de Morata y La Perdiz, etc); es decir, a gran lejanía física y geomorfológica; *b)* el pozo y el embalse pertenecen a unidades hidrogeológicas diferentes: la finca a la nº 36 llamada Queiles-Jalón, y la zona del embalse a la unidad nº 43 llamada Alto Jalón; *c)* el acuífero que abastece al pozo es el denominado Acuífero Mesozoico del Somontano del Moncayo; le corresponde la Sub-Unidad Hidrológica nº 6.02; dicho acuífero tiene un área de alimentación, es decir de recarga, muy extensa que al decir de la propia Confederación Hidrográfica del Ebro

comprende toda la Sierra de la Nava Alta, la Sierra de Monegré y los llamados Llanos de Plasencia; dicha zona de recarga se halla en dirección Norte, casi contraria de la del embalse y opuesta a la del río; *d)* el pozo de la finca se halla situado 4 km al norte del Jalón, a una cota 45 m más arriba que éste y en dirección hacia la Sierra de Monegré y de Nava Alta; *e)* los vasos de los embalses se construyen para evitar que el agua se filtre, de lo contrario el embalse se vaciaría; *f)* los geólogos sostienen que la descarga del acuífero regional, en la zona considerada, se materializa en el propio cauce del río Jalón, que en esta zona es claramente efluente. Por lo tanto, son los acuíferos los que en su tramo final, después de dar servicio de uso a los pozos, van a parar al río para nutrirlo. Y no se da el caso contrario, por lo que ni el río ni el embalse reponen el pozo considerado, sino que son las lluvias y nieves de las zonas montañosas de recarga en las que el pozo encuentra su reposición natural de caudales; *g)* aportaba el reclamante además los gráficos del flujo de caudales subterráneos en la zona considerada, expuestos por los geólogos en su ponencia del Congreso Internacional de Aguas Subterráneas celebrado en Zaragoza a finales del año 2002.

En respuesta, el organismo de cuenca sostiene que los titulares de concesiones de aguas subterráneas están obligados al pago del canon de regulación, son beneficiarios indirectos de tal regulación *‘ya que el aprovechamiento capta las aguas del freático o embalse subterráneo correspondiente a una unidad hidrogeológica ubicada en la cuenca, cuya salida lógica a la superficie es el cauce del propio río. La detracción de agua de los freáticos disminuye aguas debajo de su afloramiento el agua fluyente en los cauces superficiales, impidiendo que otros aprovechamientos otorgados con anterioridad puedan hacer uso de su derecho preferente de utilizar el agua de su concesión.’*

Según la Confederación Hidrográfica del Ebro esta circunstancia, tiene dos consecuencias: a) Se incumple la condición que figura en todas las concesiones de otorgamiento sin perjuicio de terceros; b) La insuficiencia de agua en las tomas de los terceros, debe de suplirse con agua de embalse para conseguir el caudal de su concesión. Por ello, entiende que la concesión debe ser considerada como beneficiada indirectamente por el embalse e imputarle el correspondiente canon de regulación. Añade la Confederación que la exigencia del artículo 299 RDPH de la existencia de una regulación que permita la reposición de los caudales concedidos “no quiere decir que esa reposición se lleve a cabo directamente en el acuífero”. Cree también que, al igual que en el apartado segundo de ese artículo se dice expresamente que en aguas subterráneas el beneficio directo de una regulación solamente se da en caso de recarga artificial del acuífero, si el beneficio indirecto supusiera necesariamente la recarga natural también lo hubiera dicho expresamente en su apartado tercero. Al no hacerlo, el RDPH viene a admitir otros supuestos de beneficio indirecto que el de recarga natural. Por ello, en opinión del organismo de cuenca “la reposición del caudal disminuido aguas abajo del río como consecuencia del aprovechamiento otorgado, también es una reposición de los caudales concedidos”. En apoyo de esta tesis cita la sentencia del TSJ Andalucía Sala de lo contencioso administrativo, sección 4ª, de 28 de marzo de 2003, que cree evidente el beneficio que reciben los concesionarios de aguas procedentes de cauces no regulados, cuya detracción obliga a los necesarios ajustes a través de las obras hidráulicas en tramos regulados.

Finalmente, las liquidaciones del canon de referencia fueron anuladas por el Tribunal Económico Administrativo Regional TEAR de Aragón porque, a su juicio y de acuerdo con la interpretación lógica y sistemática de los preceptos, para quedar sometido al canon de referencia, como beneficiario indirecto de la regulación que procura un embalse, no basta con la concurrencia del elemento subjetivo del hecho imponible, que es ser concesionario de aguas públicas, sino que además es necesario que dicho título concesional esté fundamentado en la existencia de una regulación, que por añadidura permita la reposición de los caudales concedidos de forma natural, ya que si el acuífero se recarga artificialmente, se estaría ante un supuesto de beneficiario directo de la regulación (párrafo 2º del artículo 299 RDPH). El TSJ añade que es preceptivo que en la concesión se mencione o quede vinculada ella misma a la regulación del embalse. Al no haberse probado por la Confederación la recarga natural del acuífero, ni constar nada en el título concesional, el tribunal concluye que no se ha demostrado la realización del hecho imponible y procede a anular las liquidaciones recurridas.

Así las cosas, la Confederación Hidrográfica del Ebro, pese a discrepar de la interpretación del TEAR, entiende jurídicamente inviable imponer el canon de regulación en estos supuestos hasta tanto no se modifique la normativa o los criterios jurisprudenciales de interpretación del concepto de beneficio indirecto.

No puede el Defensor del Pueblo compartir este parecer del organismo de cuenca, no sólo por contraria a lo resuelto por el TEAR. A nuestro juicio, dado que los vasos de los embalses en principio no filtran el agua, no es posible la recarga natural de un acuífero gracias a una regulación. Tratándose de aguas subterráneas, asimilar el beneficio indirecto de la regulación a la recarga natural del acuífero, hace aquél imposible y convierte en absurdo el apartado tercero del artículo 299. No obstante, como quiera que la prueba de la vinculación entre aprovechamientos parece de muy difícil y cara obtención (como veremos a continuación), puede que no aplicar este precepto y suprimirlo en una futura reforma reglamentaria sea lo más razonable y oportuno.

La interpretación del artículo 299 apartado tercero del RDPH, admitiendo que hay otros supuestos de beneficio indirecto distintos al de recarga natural, como el de la reposición del caudal disminuido aguas abajo del río como consecuencia del aprovechamiento otorgado, es decir que la regulación beneficia a los concesionarios de aguas no regulados, cuya detracción obliga a los necesarios ajustes a través de las obras hidráulicas en tramos regulados, es posible en efecto, aunque muy forzada, pues parece basarse en que las obras de regulación encuentran su única justificación y causa en las detracciones aguas arriba, lo cual no es cierto. Normalmente son las condiciones climatológicas, las hidrológicas y las geológicas de la cuenca junto con un balance de conjunto de los recursos disponibles y las demandas las que aconsejan tales obras. La escasez de recursos aguas abajo no es siempre ni sólo consecuencia de las concesiones otorgadas aguas arriba. Además, para que esa interpretación fuera aplicable habría que demostrar que la concesión de aguas efectivamente resta caudal a aprovechamientos aguas abajo -y preexistentes- que para ser satisfechos deben utilizar aguas reguladas, lo que, aparte de ser posiblemente difícil y caro, no había hecho la Confederación Hidrográfica del Ebro.

No se puede afirmar de modo general que los aprovechamientos aguas arriba siempre se benefician de la regulación aguas abajo, más bien habrá que demostrarlo y tener en cuenta las fechas de las concesiones otorgadas. Todo lo cual parece cuando menos técnicamente muy difícil y requerirá estudios sobre aprovechamiento conjunto de aguas superficiales y subterráneas y condiciones geológicas del terreno, cuyo coste quizá reste sentido al canon. Así, paradójicamente el organismo de cuenca estima por un lado costoso y largo de verificar si existe una afección entre pozos cercanos y por otro ve muy claro a efectos impositivos que está demostrada la vinculación no ya entre aguas subterráneas cercanas, sino entre aguas subterráneas y entre aguas superficiales y subterráneas muy distantes entre sí.

1.2.4 Conclusiones sobre la planificación hidráulica y urbanística

Este capítulo 1, el más extenso y que por sí solo comprende la primera parte de la presente monografía, ha tratado tantas materias como caben en los instrumentos de planeamiento, en realidad y como es obvio muchas menos porque hemos tenido que atenernos, primero, a las materias tratadas en las quejas recibidas, que lógicamente no tocan todos los campos de las determinaciones urbanísticas e hidrológicas. Pero asimismo, en segundo lugar, dentro del ámbito abarcado por las quejas y las consiguientes investigaciones, nos hemos visto obligados a hacer una selección de asuntos, ordenarlos y encontrar sus factores comunes, lo que nos evita tratar, salvo excepciones, supuestos concretos y determinados.

Las materias tratadas son tan amplias que traer aquí todas las conclusiones alcanzadas requeriría mucho espacio. Por otro lado, el capítulo 5 al final recoge exclusivamente las conclusiones más importantes. La razón de insertar aquí el presente apartado está en hacer un breve alto en la exposición antes de proseguir con los demás asuntos, menos dependientes de la planificación urbanística e hidrológica, o menos directamente dependientes del plan. Los problemas de ordenación del suelo por causa del agua nacen desde el mismo momento de la concepción del plan urbanístico, virtualmente desconectado de la ordenación territorial autonómica. El plan no es concebido como un instrumento de asignación racional de usos del suelo sino como medio de enriquecimiento de algunos afortunados, medio basado en la especulación y en otras operaciones financieras de base inmobiliaria. Un ejemplo de la degradación del proceso urbanístico es visible en la acreditación de suficiencia de recursos hídricos y en la fórmula establecida por el legislador para tan relevante asunto, es decir el informe del artículo 25.4 de la ley de aguas. Del lado de la ejecución del planeamiento urbanístico hemos visto como esa degradación se muestra descarnadamente en las urbanizaciones ilegales, cuyas consecuencias padecen no los promotores y las autoridades y funcionarios que las toleraron sino en quienes habitan las viviendas. Se presenta entonces el problema de cómo acceder en ellas a los servicios públicos, en particular al servicio de abastecimiento de agua potable sin licencia de primera ocupación.

Estrictamente hablando, una urbanización sin agua no es ninguna urbanización sino mas bien una aglomeración de infraviviendas, más cerca del chabolismo que del urbanismo civilizado y ordenado. Como en muchos otros aspectos del urbanismo (disfrute de un ambiente adecuado, acceso asequible a la vivienda, responsabilidad), aquí el sistema legal de asignación de usos del suelo puede considerarse un fracaso.

Ya dentro del planeamiento hidrológico hemos explicado las razones por las cuales apenas entramos en cuestiones como la sequía y el déficit estructural de agua en nuestras cuencas; algo más hemos podido obtener del examen de las quejas y su confrontación con el no eficiente régimen actual de los caudales ecológicos. Y a partir de aquí hemos dedicado el resto del capítulo a los aprovechamientos. Ante todo ha sido necesario despejar algunas cuestiones previas, que son objeto de numerosas quejas, no siempre fundadas, relativas al distinto régimen entre aguas públicas y aguas privadas. Hemos dedicado alguna atención a las dificultades en el cumplimiento de la obligación de instalar caudalímetros. Y hemos terminado estas cuestiones previas refiriéndonos al crónico retraso en la resolución de los procedimientos concesionales, fuente inmediata o mediata de tantos problemas; y a la mala instrucción de los procedimientos sancionadores, y a los problemas en la ejecución y la restitución de las cosas a su estado anterior. Pero el problema mayor, hoy por hoy, es el de los aprovechamientos ilegales de aguas públicas, sea por entidades locales -generalmente municipales- sea por particulares. Esto conduce a graves daños en los aprovechamientos válidos preexistentes y a la sobreexplotación de acuíferos. Pero el grueso del apartado sobre aprovechamientos ha estado centrado en el uso principal del agua en cuanto a los caudales utilizados: La agricultura, y lógicamente a su administración directa por las comunidades de regantes (modernización regadíos, organización y finanzas públicas). La conclusión principal es que no es infrecuente un importante desencuentro entre la administración del agua, la administración de agricultura y los agricultores.

En cuanto a la administración, que es el sujeto cuya actividad supervisa el Defensor del Pueblo, las conclusiones a que hemos llegado, de variado carácter conforme a la variedad de asuntos tratados, pueden resumirse en unas pocas y más uniformes. A nuestro juicio el principal problema que aqueja hoy a la administración unificada de los usos del suelo y del agua está en las graves deficiencias de gestión. Ni los ayuntamientos ni las consejerías y departamentos autonómicos ni los organismos de cuenca disponen hoy por hoy de servicios de gestión apropiados y eficaces. Es cierto que los problemas que acometen son ingentes, pero también lo es que la magnitud de las dificultades aumenta, no disminuye, precisamente por efecto de esa gestión deficiente, muchas veces anticuada, autoritaria y que más obstaculiza que allana el camino. Es decir, estamos ante una cuestión de organización, y a ella dedicaremos el capítulo 3. Antes nos ocuparemos de la calidad del agua y de los cauces por los que discurre.

2. CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS, ZONAS DE PROTECCIÓN DE CAUCES

Aquí comienza realmente la exposición de los problemas encontrados en la fase del ciclo del agua que sigue al consumo²⁰. Repárese en que en los apartados anteriores hemos tratado el abastecimiento, que comprende la denominada *aducción* -captación, tratamiento de su aptitud para el consumo, transporte- y el *suministro* propiamente dicho.

Las aguas sin tratar han sido uno de los problemas ambientales más graves en España y en Europa. En los últimos veinte años hemos avanzado mucho. Quien realiza un vertido de aguas o productos residuales (por tanto el vertido puede ser de líquidos o sólidos, pero éstos deben ser de naturaleza residual), directo o indirecto y susceptible de contaminar el dominio público hidráulico, debe someterlo siempre a la autorización del organismo de cuenca (93 y 100 a 102 LA) que fija las condiciones del efluente, las cuales obligan a su previa depuración antes de llegar al medio receptor (aguas superficiales, subterráneas, cauces, lechos de lagos y lagunas). Además todos los municipios deben contar con sistemas colectivos para depurar las aguas residuales urbanas, de distinta envergadura y capacidad en función del número de habitantes. Tras la depuración las aguas vuelven al cauce público y desembocan en el mar, final del ciclo hidrológico hasta que con la evaporación vuelve a iniciarse otro ciclo.

Por otra parte, con a las últimas reformas legislativas el buen estado ecológico de las aguas se establece como objetivo prioritario tanto de la planificación hidrológica como de la protección del dominio público hidráulico. Los organismos de cuenca deben compatibilizar el otorgamiento de concesiones y autorizaciones con el buen estado ecológico de las aguas. De acuerdo con la ley de aguas y el RPH, el buen estado ecológico se determina a partir de indicadores de calidad biológica, físico-químicos e hidromorfológicos, inherentes a las condiciones naturales de cualquier sistema hídrico, en la forma y criterios de evaluación que se fijan reglamentariamente. El buen estado ecológico implica un enfoque normativo combinado que conjuga dos tipos de normas: aquellas que fijan las cantidades máximas de contaminantes cuya presencia en el agua de un entorno determinado no debe superarse y con aquellas que establecen las características y valores máximos de emisión de contaminantes autorizables en un vertido. El cuadro se completa con la aplicación de programas de medidas destinadas a prevenir el deterioro y la contaminación de las aguas y a lograr su buen estado. Se

²⁰ Dejamos pues fuera de nuestra exposición los requerimientos de calidad agua para el consumo: para el contraste y determinación de la calidad tenemos el RD 140/2003, desarrollado en la Orden SCO/1591/2005 del sistema de información nacional de agua de consumo y el plan de autocontrol aprobado por las autoridades sanitarias. La norma sobre la calidad de las aguas, desarrollada por las comunidades autónomas, está en el real decreto citado, de criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano.

pretende así alcanzar en plazos sucesivos objetivos ambientales de calidad, que varían según las circunstancias de cada cuenca o tramo de cuenca, cauce o acuífero.

No obstante, persisten muchos vertidos irregulares (sin autorización o que incumplen sus condiciones) ante los que las potestades públicas no se ejercen con la debida diligencia. Por otra parte, la nueva sensibilidad ambiental que inspira la legislación de aguas y que supone entre otras cosas poner en el primer orden de prioridades la protección de la aguas frente a la contaminación, no parece haber calado lo suficiente en la práctica administrativa. La impresión que se extrae del análisis de las quejas es que más bien es olvidada con frecuencia. La explicación probablemente se encuentre en cierta inercia institucional que tiende a una aplicación mecánica de las normas, indiferente al carácter transversal y prioritario de la protección ambiental. En este momento las deficiencias en la protección del dominio público hidráulico frente a la contaminación más que ser el resultado de las carencias de la normativa vigente, responden a una dinámica de aplicación incorrecta (aunque no cabe duda de que también hay insuficiencias legales, sobre todos en lo relativo a los efectos disuasorios de las sanciones previstas). Un ejemplo en ese sentido es que la exigencia de instalación de sistemas de medición de los vertidos por parte de la administración hidráulica a quienes los realizan no es una práctica suficientemente extendida cuando se trata de una garantía de efectividad de los límites de los vertidos que fue introducida ya en 1999, con el fin de reforzar las potestades de inspección y control, y que se encuentra recogida en el artículo 55.4 LA. Los sistemas de medición deberían en lo posible ‘universalizarse’, al igual que debería facilitarse su verificación.

Por otro lado, la lucha frente a la contaminación difusa de las aguas no es de fácil solución. Este tipo de contaminación se caracteriza porque: a) al ser dispersa y extensa la distribución espacial de las fuentes, es de difícil localización y control; b) sus efectos se prolongan en el tiempo debido a que son lentos los procesos mediante los cuales los contaminantes llegan a los acuíferos y a las aguas superficiales o al resto del dominio público hidráulico; y c) porque la recuperación de su calidad es de gran complejidad técnica, además de suponer costes elevados.

La contaminación difusa de las aguas está estrechamente vinculada con la del suelo, que es el resultado de la deposición atmosférica, de determinadas prácticas agrícolas (uso de fertilizantes y plaguicidas) e industriales. Esta contaminación del suelo pasa a las aguas subterráneas, las cuales proporcionan, de acuerdo con el *Libro blanco del agua*, aproximadamente un 30% de los abastecimientos urbanos e industriales y atienden el 27 % de la superficie de riego. Por ello, desde hace ya tiempo su calidad está amenazada por la presencia de grandes concentraciones de nitratos, plaguicidas, metales pesados, hidrocarburos e hidrocarburos clorados. Esa contaminación pasa después a las aguas superficiales.

La contaminación puntual y la difusa exigen un tratamiento diferente. El TJCE ha excluido del concepto de vertido la contaminación procedente de fuentes difusas. Para

el Tribunal sólo los vertidos imputables a una fuente identificable y atribuibles a un acto humano específico y determinado se incluyen en el concepto de vertido de la Directiva 76/464/CEE (sentencia TJCE 29 septiembre 1999, *Nederhoff*, asunto C-232/97, Rec. 199, página I-6385).

En nuestro ordenamiento interno, aunque la amplia redacción del artículo 100 LA no excluya en principio del concepto de vertido la contaminación procedente de fuentes difusas, la dificultad de su control aconseja que se haga mediante otras técnicas: la aplicación rigurosa del principio de prevención en la autorización de fertilizantes, plaguicidas y sustancias peligrosas; el control eficaz de su uso; las buenas prácticas; así como programas de medidas más ambiciosos de reducción o descontaminación en algunos casos. Las confederaciones hidrográficas junto con las administraciones autonómicas, deben establecer controles periódicos sobre las aguas superficiales y subterráneas y programas de medidas. Ambas administraciones han de intentar identificar y localizar las fuentes contaminantes; y aplicar en la medida de lo posible programas de limpieza, descontaminación y recuperación, dotados de medios humanos y financieros. Es evidente que esta tarea presenta grandes dificultades. El suelo no siempre es recuperable y es sabido que resulta muy costosa la eliminación de compuestos orgánicos, plaguicidas, nutrientes y metales pesados presentes en el agua.

El suelo es un recurso prácticamente no renovable, su ritmo de degradación es relativamente rápido y, por el contrario, su formación y regeneración son muy lentas. Por lo tanto, tal y como se infiere de las quejas, las políticas de protección del suelo deben centrarse en los principios de prevención, cautela y gestión sostenible. Años atrás se trataba de seguir el camino marcado por el *Sexto programa de acción comunitario en materia de medio ambiente y la estrategia temática para la protección del suelo* (COM 2002), que sería desarrollada en los años siguientes. Se establecerían sistemas de vigilancia que permitieran medir el alcance preciso de la contaminación en aquellas zonas vulnerables y se debería dedicar más esfuerzos a la investigación de las prácticas más adecuadas para la gestión y recuperación de suelos contaminados. La Comisión Europea habría de presentar una serie de propuestas y comunicaciones al respecto. La plena aplicación de la legislación sobre nitratos, aguas, calidad del aire, residuos, y del resto de la legislación ambiental de carácter más general, también serviría para mejor prevenir la contaminación de los suelos. A partir de ahora, por ejemplo, la ley 16/2002 sobre prevención y control integrados de la contaminación, exige a las industrias y explotaciones agrarias, con un determinado tamaño y a través de la autorización ambiental integrada, cumplir con ciertos valores límite de emisión de contaminantes a la atmósfera, al agua y al suelo, fijados mediante el enfoque combinado y las mejores técnicas disponibles. Por otro lado, en la evaluación ambiental de determinados proyectos públicos y privados se debe incluir el examen de los posibles efectos sobre el suelo. Asimismo, en el ámbito comunitario se revisan, adoptan o son presentadas propuestas de directivas sobre gestión de residuos mineros, lodos de depuradora, *compost* y otros residuos biológicos y también una estrategia del empleo sostenible de plaguicidas. Todo ello es de efecto beneficioso para la protección del suelo. Es pues

ahora el momento de adoptar un enfoque global de la protección de las funciones ambientales del suelo, que vaya más allá del régimen jurídico de los suelos contaminados previsto en el título V LRes, sea mediante una ley de protección o la aprobación de un plan nacional.

2.1. VERTIDOS DE AGUAS RESIDUALES URBANAS: DEPURACIÓN Y SANEAMIENTO MUNICIPALES. INCUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DEL I PLAN DE SANEAMIENTO Y DEPURACIÓN DE AGUAS RESIDUALES. LAS MOLESTIAS CAUSADAS POR LAS EDAR

Ahora nos centramos en el tratamiento de las aguas residuales urbanas, que comprende la depuración y el saneamiento, con el alcantarillado (conducción de las aguas residuales hasta las estaciones depuradoras EDARs; y depuración *stricto sensu*).

Es sabido que la depuración y el saneamiento son municipales, y virtualmente siempre lo han sido (ley general de obras públicas de 1877; ley de aguas de 1879 y ahora LA y LBRL, RD Ley 11/1995 -que traspone la directiva 91/71/CEE-, RD 509/1996, posteriormente modificado por RD 2116/1998). Volvemos pues a la fase de ejecución de los planes que en cuanto a lo urbanístico se materializa generalmente en proyectos de urbanización (suelo urbanizable) o en planes especiales (para todo tipo de suelos), cuando no directamente en proyectos de obras comunes. A la vez las comunidades autónomas han asumido competencias de coordinación, planificación, financieras y de asistencia técnica, y en los organismos de cuenca reside la potestad del control de la contaminación del agua, es de autorización, vigilancia y sanción de los vertidos.

Cuanto exponemos a continuación se basa en el esquema legislativo teórico²¹ al que buscamos dar contenido con la realidad material. En el RD Ley 11/1995, desarrollado por el RD 509/1996, posteriormente modificado por RD 2116/1998, se fijaban los plazos (en función de los habitantes del núcleo urbano) para proceder a la revisión de las autorizaciones de vertido y a la instalación de sistemas adecuados de depuración. Por eso, nos referiremos al funcionamiento de las administraciones en relación con los mandatos legislativos, ateniéndonos además a la concurrencia de títulos competenciales del Estado, comunidades autónomas y entidades locales (simplemente municipales o con agrupación de municipios en mancomunidades, comarcas, áreas metropolitanas y provinciales, consorcios).

Desde luego la depuración y el saneamiento han quedado muy rezagados respecto del abastecimiento, por eso han sido y siguen siendo destino de costosas y complejas inversiones. Las administraciones han realizado un esfuerzo muy importante, pero

²¹ Directivas europeas (91/271/CEE), RD Ley 11/1995 que las traspone al ordenamiento español, la propia ley de aguas, la LBRL, la ley general de sanidad 14/1986, las ordenanzas municipales y la legislación autonómica.

quedan aún pendientes muchos aspectos, en especial la construcción de las infraestructuras adecuadas para todos los núcleos de población obligados, aparte de que los plazos estipulados legalmente se han sobrepasado en muchos casos. Una vez más, como vamos a ver, la gestión urbanística suele quedar desbordada ante dificultades que los ayuntamientos tratan bien como “cuestiones sectoriales” bien como asuntos que no les conciernen, o no les preocupan más que cuanto preocupe a los organismos de cuenca o a la administración autonómica o estatal, que son tan frecuentemente quienes diseñan, financian y ejecutan las obras de saneamiento en beneficio de los municipios.

Las quejas sobre vertidos irregulares de aguas residuales urbanas por inexistencia, no funcionamiento o insuficiencia del sistema municipal de depuración son habituales. Las presentan vecinos y asociaciones de defensa del medio ambiente. En los casos así, esta Defensoría solicita información al ente local sobre su estado y medidas adoptadas en orden a lograr que los efluentes se ajusten a la legalidad. A la vez, recuerda al ayuntamiento que el cumplimiento de la normativa de depuración y el de las resoluciones dictadas al respecto por el organismo de cuenca debe ser de la máxima prioridad para el municipio, que debe lograr una gestión de las aguas residuales respetuosa con las normas y los derechos de los ciudadanos ya que la legalización de los vertidos de aguas (o la declaración de que son ilegales) es siempre una tarea urgente. No es aceptable que transcurran los años y un asunto de esa naturaleza siga sin verse puesto al día contrastándolo con la ley. Si existen dificultades para construir y/o mantener la depuradora que exige la ley, por carencia de medios económicos o técnicos, la obligación del ayuntamiento es pedir asistencia de esa naturaleza (financiera y técnica) a la diputación provincial (artículo 36 LBRL) y/o al gobierno de la comunidad autónoma. Si resulta oportuno, esta Defensoría se dirige también a ésta, ya que todas las administraciones autonómicas tienen asumida la competencia para la regulación, la planificación, la financiación, la aprobación definitiva de los proyectos técnicos, y la construcción y gestión, explotación y mantenimiento de estaciones depuradoras, sea competencia propia o encomendada de algún modo.

Por otra parte, no contar con un sistema de depuración apropiado constituye una infracción sancionable por los organismos de cuenca que no obstante incurren frecuentemente en permisividad cuando es el propio ayuntamiento el infractor, si bien es cierto que en los últimos años hay una mayor actividad sancionadora de la administración hidráulica en ese sentido. Es verdad que en estas situaciones (al igual que sucede cuando es la entidad local la que aprovecha agua ilegalmente, es decir sin concesión o incumpliendo sus condiciones) los organismos de cuenca se enfrentan al problema de que la salud pública podría verse afectada (al estar implicadas las necesidades de abastecimiento y saneamiento de una población), si dictaran -y ejecutaran- medidas cautelares dirigidas a garantizar la eficacia de la resolución final y evitar la continuación de la actividad infractora, tales como órdenes de paralización y sellado de las instalaciones de captación o vertido de aguas (artículo 119.2 LA), o si revocaran la autorización de vertido, o declararan la caducidad de las concesiones de aguas otorgadas (artículos 104 y 105 LA). Por ello, esta Institución, antes que sugerir su

adopción suele pedir la opinión de la confederación hidrográfica respecto a la posibilidad y eficacia de tomar alguna de las medidas citadas. También solicita conocer si en alguna de las resoluciones dictadas en los procesos sancionadores, el organismo de cuenca ha exigido de manera expresa a los responsables de los vertidos la instalación de un sistema de depuración adecuado para que los efluentes se ajusten a las condiciones requeridas, y la adopción de las medidas necesarias para minimizar el efecto del vertido sobre el cauce receptor hasta su construcción y puesta en funcionamiento. Y en caso afirmativo, si se ha planteado su ejecución subsidiaria.

Dentro de este marco de actuación, la constancia de que en muchos municipios los núcleos de población seguían sin depuración adecuada motivó que el Defensor del Pueblo se interesara en 2003 ante la Secretaría de Aguas y Costas por el grado de ejecución del plan nacional de saneamiento y depuración 2000-2005. De aquella investigación se desprendía que debían dedicarse aún más inversiones a construir y mejorar las infraestructuras para el tratamiento de aguas residuales en aglomeraciones menores de 15.000 habitantes equivalentes. Por otra parte, algunas comunidades autónomas no habían completado la tarea de dotarse de los medios necesarios para la adecuada gestión de los sistemas de depuración.

De nuevo, en 2008 a raíz de informaciones publicadas en los medios de comunicación, esta Defensoría tuvo conocimiento de un conjunto de varios núcleos urbanos que no depuraban sus aguas residuales o lo hacían insuficientemente, contra las exigencias de la directiva 91/271/CEE. Como consecuencia de la investigación iniciada de oficio, el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino remitió un informe del que se deducía un listado de aglomeraciones urbanas en situación a 31 diciembre 2005 de no conformidad. Debemos precisar que, de conformidad con el artículo 6 del real decreto ley 11/1995, que incorporó al ordenamiento interno la directiva 91/271/CEE, de tratamiento de las aguas residuales urbanas, las aglomeraciones urbanas con menos de 2.000 habitantes-equivalentes y que vierten en aguas continentales y estuarios, deberán disponer de un tratamiento adecuado para sus aguas residuales *antes del 1 de enero de 2006*. Según el artículo 2 del decreto ley, “tratamiento adecuado” es el de las aguas residuales urbanas realizado mediante cualquier proceso o sistema de eliminación, por el que las aguas receptoras cumplen después del vertido los objetivos de calidad previstos.

Esta Institución consideró procedente por tanto realizar un estudio individual sobre una muestra de municipios que aparecían en ese listado, para comprobar el estado actual de la depuración de aguas residuales en España. Dado el elevado número de investigaciones individualizadas elaboradas y la particularidad de cada una de ellas, parece conveniente ofrecer aquí un cuadro general presentando una selección de las dificultades encontradas y su tratamiento, es decir aquellas que a nuestro juicio parecen más importantes y relevantes.

Cabe destacar en primer lugar que el trabajo realizado muestra que la mayoría de las administraciones implicadas son conscientes de los problemas que los vertidos irregulares y las deficiencias del sistema de depuración pueden generar tanto a los vecinos del municipio como a los de los municipios colindantes -particularmente aquellos aguas abajo-, ya que pueden verse afectados tanto la salud de las personas como la calidad del agua y el ecosistema acuático. Es frecuente que los municipios afectados se encuentren ejecutando -aunque con retraso- obras de mejora en sus instalaciones para regularizar la depuración de aguas residuales en su término municipal, según las investigaciones que esta Defensoría ha considerado procedente dejar en suspensión hasta tanto se nos comunique la efectiva puesta en marcha de las instalaciones.

Los municipios eran los siguientes: La Garriga, Monistrol de Montserrat (Barcelona), La Bisbal d'Empordá, Figueras (Girona), Amposta, Reus, Tortosa-Roquetes (Tarragona), Aranjuez, Colmenar Viejo (Madrid), Elche-Los Arenales del Sol, Crevillente, Santa Pola (Alicante), Alcora (Castellón), Sada (A Coruña), Sant Llorenç des Candassar, Manacor (Mallorca), Gernika.Lumo, Gorniz, Lekeitio (Vizcaya) y Llanes (Asturias).

Aunque en menor número, también hay municipios que, cuando iniciamos la investigación, ya habían establecido las medidas y ejecutado las obras necesarias para que la calidad de la depuración de agua se adecuara a la ley.

Es frecuente que la *gestión* de los servicios de depuración municipales esté atribuida a otra organización de la que el municipio suele formar parte como ente consorciado. Algunos entes locales responden nuestras solicitudes indicándonos que nos dirijamos a esas organizaciones -consorcios de aguas generalmente- para que nos informen al respecto. En estos casos debemos manifestar al ayuntamiento que siempre debe poder informar sobre cuanto esté acaeciendo en su municipio -que es el lugar donde tienen lugar los vertidos y la depuración. No por no ser actor principal deja el ayuntamiento de ser actor, y muy principal porque a la postre los vertidos y su depuración tienen lugar en ese municipio y no en otro.

Esta Defensoría puede concluir que a fecha de 1 de septiembre de 2009 las administraciones con competencia en la materia si bien han actuado -o lo están haciendo- ante los problemas que generan los vertidos irregulares y las deficiencias en el sistema de depuración, lo han hecho en muchos municipios tarde, con graves retrasos de años. Por ello algunas de las investigaciones siguen su curso en la actualidad hasta tanto se ejecuten finalmente las obras y sea comunicada la efectiva puesta en servicio de las nuevas instalaciones.

- *Molestias por ruido, vibraciones y olores de las estaciones de bombeo y depuración*

Las infraestructuras de saneamiento ocasionan otros problemas, como ruido y mal olor que padecen los vecinos de las estaciones de bombeo y depuración.

Las depuradoras instaladas hace años y que en la actualidad no funcionan adecuadamente son focos de emanación de olores intolerables en la zona aledaña, y desde luego son objeto de quejas de los ciudadanos puesto que suele afectar directamente a viviendas junto a las que se construyó la EDAR. La ubicación de una estación depuradora, o de una estación de bombeo, en un medio enteramente residencial y a escasos metros de viviendas, supone no sólo una decisión desafortunada -como incluso reconocen las administraciones implicadas- sino que además constituye en términos de regularidad urbanística y ambiental un uso incompatible con el de vivienda. Seguramente no es necesario repasar las directrices y planes de ordenación, ni la legislación ambiental sobre actividades y depuración de aguas vigente tanto en el momento de aprobar la estación depuradora como en la actualidad, para llegar a la conclusión de que la EDAR, dicho en los términos más directos, ni pudo ni puede estar donde está.

Por otro lado, las deficiencias de una red general del alcantarillado debidas a su antigüedad pueden agravarse con habituales roturas del pavimento con afloración de residuos sólidos y líquidos. Ello justifica que esta Institución sugiera al ayuntamiento que extreme, dada la proximidad de la instalación a las viviendas, las medidas necesarias para evitar las emanaciones insalubres al entorno inmediato, y que acometa, de forma urgente, medidas estructurales de mejora y subsanación de la red general.

La contaminación acústica es otro de los problemas habituales que padecen los vecinos de municipios con deficiencias en sus instalaciones de depuración y saneamiento, por ruidos y vibraciones producidos por esas instalaciones que superan los límites.

Esta Defensoría considera que esos consistorios no pueden mostrarse pasivos ante la situación que padecen los vecinos durante años, máxime si existen datos cuya veracidad no debe ponerse en duda, tales como actas levantadas por la policía local o por la consejería o departamento de medio ambiente de la comunidad autónoma. Así fue expresado en una monografía anterior sobre contaminación acústica, a la que nos remitimos²². Es el titular de la instalación inherentemente molesta el que ha de aportar siempre la prueba concluyente de que el nivel de molestias es tolerable, no los perjudicados quienes han de probar lo contrario; a éstos les basta mostrar indicios razonables de su padecimiento, lo que en el caso de una EDAR parece consistir en la mera proximidad de éstas a unas viviendas. Puesto que la instalación debe ser dotada de elementos que la hagan no molesta, esta Defensoría sugiere a los ayuntamientos que adopten con carácter urgente las medidas necesarias para que cesen las molestias por

²² Defensor del Pueblo, *Contaminación acústica*, Madrid 2005, Informes, estudios y documentos, Serie III; 19.

lores, ruido y vibraciones, con el fin de salvaguardar el disfrute de un ambiente adecuado, de una vivienda digna y ver protegida la salud.

Ahora bien, esta Institución considera que este problema se inscribe en una categoría, la de las afecciones de las grandes infraestructuras sobre viviendas cercanas, que no está bien resuelto en nuestro ordenamiento jurídico, pese a plantearse numerosos conflictos. Es frecuente que en sus inicios la infraestructura (en este caso la depuradora) se sitúe lo suficientemente alejada de las poblaciones más próximas, las cuales con el tiempo se desarrollan urbanísticamente, pues los ayuntamientos permiten o toleran la construcción de viviendas muy cerca de la infraestructura sin tener en cuenta las molestias que ésta generará a sus futuros habitantes. Mientras, la infraestructura también tiene que crecer, toda vez que se incrementa la población, lo que aumenta también sus impactos. La coordinación y acompasamiento de los instrumentos jurídicos que inciden en un mismo espacio brilla por su ausencia y es ahí donde reside el problema. Una vez que se han construido, vendido y habitado viviendas en las cercanías de una depuradora, cualquier solución es mala porque lograr que una depuradora o una planta de tratamiento de residuos o una incineradora produzcan olor cero y ningún ruido es prácticamente imposible por mucha tecnología que incorpore. Sin duda se pueden y se deben minimizar sus afecciones mediante mejoras tecnológicas y medidas correctoras de su impacto de toda naturaleza, pero ello no es suficiente para garantizar una vivienda digna si ésta se sitúa en sus inmediaciones. Lo apropiado es ordenar el territorio de manera que las infraestructuras de estas dimensiones cuenten a su alrededor con zonas (cuya extensión dependerá de la concreta actividad y sus específicas afecciones) en las que no se pueda utilizar el suelo para edificar viviendas. El objetivo de la depuración de las aguas residuales urbanas que no es otro que la mejora de la calidad ambiental y, por ende, de la calidad de la vida de los ciudadanos no significa que una EDAR pueda emplazarse en cualquier lugar idóneo para su función, sino que debe compatibilizarse con otros usos, previstos y sobre todo preexistentes.

En síntesis, tenemos por una parte las reglas sobre ejecución del planeamiento, dando por sentado que el plan urbanístico (plan general en suelo urbano, plan parcial o equivalente en suelo urbanizable) es el apropiado a la situación actual y prevista. Por otro, tenemos las reglas sobre calidad del agua y las previsiones del plan de cuenca al efecto. Pues bien, consideramos que una buena urdimbre de estas reglas puede y debe lograrse principalmente en los proyectos de obras de saneamiento (suelo urbano) y de urbanización (suelo urbanizable); repárese en que unos y otros son instrumentos urbanísticos, no hidrológicos, algo esperable porque la función urbanística está mucho más próxima al ciudadano que la hidrológica, y tiene un carácter integral del que el plan de cuenca carece.

2.2 VERTIDOS IRREGULARES DE VIVIENDAS O NÚCLEOS URBANOS QUE SE CONSTRUYEN FUERA DE PLANEAMIENTO, O CON OBRAS DE URBANIZACIÓN INCOMPLETAS

No son pocas las viviendas y urbanizaciones que se construyen fuera de planeamiento, o con obras de urbanización incompletas, o que carecen de adecuados sistemas de depuración, sin que los ayuntamientos lo eviten a tiempo. En estos supuestos todo parece indicar que el Ayuntamiento consintió la construcción de viviendas ilegales, sin adoptar medidas de control de la legalidad urbanística dirigidas a impedir la consolidación de estos núcleos de población.

El ayuntamiento, por ser la administración más próxima al problema, está obligado a dictar de manera inmediata las órdenes de ejecución en cuanto se detecten los primeros incumplimientos y, en caso de ser necesario, debe incluso acudir a la técnica de la demolición y a la imposición de sanciones. Pero muy a menudo no lo hace.

Ante tales situaciones, esta Defensoría se interesa por el estado de tramitación de los expedientes sancionadores instruidos por los organismos de cuenca (a los titulares de las viviendas o al ayuntamiento), y de revisión o de revocación de la autorización del vertido según los casos.

Además, esta Defensoría pide al Ayuntamiento conocer cuál es la situación urbanística de las viviendas actual, el estado de conservación de sus infraestructuras y el nivel de servicios públicos de que disfrutan; inquiera el Defensor del Pueblo también si en su día se elaboró un proyecto de urbanización que definiese las características constructivas de las redes de servicios e instalaciones, y si se garantizó la urbanización mediante el aval correspondiente, así como si dichas obras se encuentran finalizadas conforme determina el planeamiento que le es de aplicación y, en concreto, si han sido recepcionadas por el ayuntamiento.

La solución a los vertidos irregulares que provienen de urbanizaciones sin infraestructuras de saneamiento apropiadas, por haber sido construidas sin sujeción al planeamiento y consentidas por el ayuntamiento, o no haber sido terminadas, suele pasar por la aprobación definitiva de una revisión del PGOU en la que se clasifiquen los terrenos como suelo urbano no consolidado a desarrollar a través de planes especiales. Ahora bien, este es un proceso largo y complejo que se dilata en el tiempo. Mientras tanto, los vertidos irregulares continúan. Por ello, ha de perseguirse en paralelo la búsqueda de soluciones prácticas, materiales y jurídicas. El Defensor del Pueblo insiste en que el ayuntamiento debería estudiar de forma paralela otras iniciativas que permitieran subsanar de forma provisional la carencia de infraestructuras adecuadas de vertido.

El surgimiento de urbanizaciones en la periferia de los núcleos urbanos como consecuencia de una paulatina acumulación de edificaciones en determinadas zonas sin

sujeción al planeamiento y sin que el problema sea atajado por las administraciones urbanísticas, obliga a que estas mismas administraciones asuman que será necesario resolver después -siquiera por la salubridad del resto de los vecinos- sus problemas de saneamiento y alcantarillado en el marco de las competencias municipales derivadas del artículo 25.2.1 LBRL. Es preciso que la administración municipal asuma alguna iniciativa para avanzar en la regularización, con celeridad y agilidad en la gestión del ámbito e incluso que, en el ejercicio de las potestades urbanísticas, estudie de forma paralela otras iniciativas que permitan subsanar, aunque sea de forma provisional, la carencia en los núcleos habitados de infraestructuras adecuadas de alcantarillado, un servicio básico, de primera necesidad.

Lo que no es aceptable es la inhibición que muestran muchos ayuntamientos, que se escudan en la competencia de los demás (en nuestro caso, del organismo de cuenca) dado que no pueden inhibirse en la búsqueda de una solución para un problema de la gravedad del que nos ocupa, que afecta a edificaciones y viviendas del municipio y cuya consecuencia más inmediata es la contaminación de los terrenos, que forman parte del término municipal. Un ayuntamiento no puede en ningún caso hacer dejación de sus funciones en lo urbanístico, aunque no disponga de medios adecuados para ello. Si es menester, debe solicitar la ayuda y colaboración de otras administraciones, planteando ante los organismos de la diputación provincial o ante la administración autónoma el problema existente y las necesidades que de él se deriven, al objeto de que le sean proporcionados medios materiales e incluso personales para el ejercicio pleno de sus potestades en el término municipal.

2.3 VERTIDOS IRREGULARES A LOS RÍOS Y AGUAS SUPERFICIALES POR INDUSTRIAS

Esta Institución tramita un número considerable de denuncias ciudadanas que ponen de manifiesto la persistencia de vertidos de aguas industriales sin depurar, de las que se desprende que son todavía muy numerosas las actividades industriales que, aun contando con licencia que ampare su actividad y funcionamiento específicos, no disponen de autorización de vertido o bien incumplen sus condiciones. Durante estas investigaciones comprobamos que sigue sin aplicarse con el rigor necesario la exigencia legal, impuesta por el artículo 103 LA, de condicionar el otorgamiento de autorizaciones administrativas sobre establecimiento, modificación o traslado de industrias que originen vertidos a la obtención de la correspondiente autorización de vertidos. Es pues frecuente que los ayuntamientos otorguen licencias de actividad a empresas que no cuentan con la preceptiva autorización de vertidos, contra lo previsto en el precepto. Además, cuando las entidades locales se enteran, a través del propio organismo de cuenca, de los incumplimientos sobrevenidos de la autorización de vertido, tampoco ordenan la paralización de la actividad.

Los ayuntamientos frecuentemente se preocupan tan sólo de constatar que las industrias contaban con las preceptivas licencias de apertura, y de manifestar su falta de competencia e impotencia frente a los vertidos irregulares, en un grave e impropio desconocimiento de los deberes legales que les incumben, para después alegar criterios de oportunidad social y económica que en su opinión desaconsejan la suspensión de la actividad, con lo que infringen directamente la ley. Tal actitud es pasiva y contraria al ordenamiento jurídico, por lo que esta Defensoría insiste ante las entidades locales en la necesidad de clausurar las actividades referidas (mediante las correspondientes alegaciones y sugerencias en ese sentido).

Por otra parte, cuando la administración autonómica considera que un acto o acuerdo municipal, o la omisión por el ayuntamiento de actividades debidas, infringe el ordenamiento jurídico, puede requerirle para que actúe en consecuencia (artículo 65 LBRL). Asimismo, si bien es cierto que con carácter general corresponde primordialmente a los ayuntamientos la competencia para decidir realizar controles de policía y adecuar la actividad a la licencia otorgada, incluyendo la suspensión o paralización de la misma, así como la potestad sancionadora en materia de funcionamiento industrial, no lo es menos que, en aquellos casos en que la autoridad municipal no ejercite, cualquiera que fuese el motivo que así lo determine, la competencia que en esta materia le corresponde, entonces las autoridades autonómicas pueden requerir a los alcaldes para la adopción efectiva de medidas cautelares, correctoras y sancionadoras.

Por eso el Defensor del Pueblo tampoco considera admisible que la administración autonómica se ampare en la incompleta afirmación consistente en que es competencia del organismo de cuenca ejercer las potestades de control del cumplimiento de la ley de aguas en materia de vertidos, pues tal justificación queda desprovista de valor por la misma ley de aguas, como es manifiesto y ha quedado expuesto. Su artículo 103 vincula sin duda alguna a las administraciones competentes en materia de autorización industrial. No puede aceptarse que la licencia de actividad no esté vinculada a la autorización de vertidos, ni que el control de las molestias a los vecinos que producen los vertidos irregulares objeto de las quejas y su daño ambiental no sean materia atribuida a los ayuntamientos, cuya pasividad o conducta contraria al ordenamiento incumbe reconducirla entonces a los órganos autonómicos, quienes por lo demás en general están facultados por la ley autonómica para dictar la suspensión y paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente para el medio.

Todo ello demuestra lo difícil que resultan la coordinación y cooperación interadministrativas, imprescindibles en un ámbito como el de la protección ambiental, en que concurren competencias de todas las instancias territoriales. Lo relevante aquí, y por eso lo dejamos indicado, es que cabalmente la autorización de vertido forma parte - con la licencia municipal de actividad- del título conjunto que habilita para desarrollarla. Ni la autorización de vertido por sí sola ni la licencia municipal bastan por

sí solas, ambos son títulos conjuntos (y cuantos sean necesarios conforme a la ley) que, formando un todo inescindible, amparan el ciclo entero de la actividad contaminante.

Esta Institución tenía la esperanza de que la autorización ambiental integrada que introdujo la ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación (transpone la directiva 96/61/CE), mejorara la situación descrita, toda vez que para las industrias de elevado potencial contaminante articula un procedimiento administrativo, con sede en el órgano ambiental de la comunidad autónoma, que integra todas las autorizaciones ambientales exigidas en la legislación sectorial, incluidas las relativas a vertidos a las aguas continentales y desde tierra a mar. Creíamos que el mecanismo de aglutinar el conjunto disperso de autorizaciones de carácter ambiental exigibles en nuestra legislación en un único procedimiento mejoraría la coordinación entre las administraciones y permitiría vincular de modo más efectivo unas autorizaciones con otras, aportando, en términos ambientales, más coherencia al resultado final. Mas por el momento no es exactamente así en la experiencia de esta Institución, como venimos señalando desde el inicio de esta monografía.

La coordinación no ha mejorado y a veces el nuevo procedimiento se utiliza por los ayuntamientos para negar su responsabilidad en materia de autorizaciones de funcionamiento y en la paralización de las industrias o actividades que causan vertidos irregulares al dominio público hidráulico. La administración autonómica también suele inhibir sus potestades de sanción y paralización de la actividad industrial contaminante en caso de inhibición del ayuntamiento al respecto.

Además los órganos ambientales de las comunidades autónomas no tienen siempre en cuenta los a veces cualificados y reiterados antecedentes infractores en el momento de resolver sobre el otorgamiento de la autorización ambiental integrada. No es raro que emitan informes que desconocen la realidad jurídica del vertido, por ejemplo basándose en que la empresa cuenta con autorización de vertido, pero sin tener en cuenta que dicha autorización está sometida a un procedimiento de revocación que concluirá unos días después de la fecha de emisión del informe; o ignorando que, según el organismo de cuenca, la depuradora de la empresa no es suficiente y que sin su ampliación no debe haber vertido alguno, lo que no se recoge en el informe autonómico. O bien concluyendo que no hay afección a un LIC cercano a la empresa, porque no hay vertido en ese momento concreto, cuando la realidad es que éste se ha parado tras años y años de producirse irregularmente, es decir el órgano ambiental -tomando como referencia un momento concreto y excepcional en diez años en el que no hay vertido- renuncia a evaluar las consecuencia para el LIC de ese vertido cuando se autorice o vuelva a producirse ilegalmente.

A veces también hay silencio del organismo de cuenca, o falta de comprobación por su parte del cese material de los vertidos irregulares, lo que no comunica al órgano autonómico que esta examinando el otorgamiento de la autorización ambiental integrada. En suma, casi siempre hay falta de acompañamiento y de información entre el

procedimiento de AAI de la industria y aquellos procedimientos que está tramitando el organismo de cuenca en relación con los vertidos.

Finalmente hay que señalar aquí que se ha planteado la cuestión del control, dentro de la tramitación de la autorización ambiental integrada, de la ejecución de las instalaciones en las el organismo de cuenca había basado su decisión de no estimar necesario el informe del artículo 19 de la ley 16/2002, ya que una vez construidas no habría vertidos (construcción de una nueva balsa de retención y relleno de una charca en las instalaciones mineras). Tanto la administración autonómica como la confederación hidrográfica sostienen que no les corresponde tal control, aunque curiosa y afortunadamente ambas administraciones lo están ejerciendo.

Las investigaciones también revelan cierta falta de diligencia de los organismos de cuenca en el ejercicio de sus potestades de control y sancionadoras: no siempre se identifica correctamente al infractor, a menudo la comprobación del cese material de los vertidos y la exigencia de legalización parecen caer en un olvido indefinido e injustificable, cuya reactivación suele ser resultado de la insistencia del afectado o de las investigaciones iniciadas por esta Institución; no se adoptan ni ejecutan medidas cautelares. Una vez ordenado el cese de un vertido, el organismo de cuenca no puede contentarse con comprobar que existe un contrato entre la empresa y una empresa gestora de residuos así como algunos albaranes justificativos de la retirada de aguas residuales, sin enviar a un técnico a comprobar que la realidad material se corresponde con la documental. Tampoco sirve la comunicación de la empresa de que la tubería por donde se evacuaba el vertido está cerrada con llave pero no ha sido eliminada (ya que puede ser de utilidad en el futuro) para demostrar su falta de uso. Es inadmisibles que no ordene el precinto de la tubería o llegado el caso la precinte subsidiariamente. Tampoco resulta aceptable que no contraste la confederación hidrográfica con sus propias tomas de muestras y análisis los resultados de los análisis encargados por los vecinos afectados ante los olores del presunto vertido irregular.

Tal y como ponemos de manifiesto en nuestro informe anual de 2007 y en el §3.2 de esta monografía, que la actividad sancionadora de los organismos de cuenca a menudo es poco eficaz: hay abundantes ejemplos de empresas que contaminan las aguas impunemente durante años (o al menos con un coste que sin duda resulta rentable al infractor) en contra del interés general y del bienestar y la salud de los vecinos, sin que los procedimientos administrativos de regularización y sancionadores instruidos por el organismo de cuenca sirvan para que los responsables de los vertidos realicen las modificaciones necesarias en sus instalaciones a fin de conseguir una adecuada depuración hasta los límites autorizables, o que los paralicen en caso de no ser legalizables. Eso indica que las sanciones y medidas adecuadas no son eficaces.

En estos casos, el Defensor del Pueblo se dirige a las administraciones competentes en las autorizaciones de funcionamiento (normalmente la local y la autonómica) para lograr la paralización de la actividad si no se regulariza el vertido, e incluso la

revocación de la autorización y el cese definitivo de la industria, pero también recuerda a la administración hidráulica su deber legal de investigar las presuntas infracciones denunciadas y de incoar y tramitar con la debida diligencia los correspondientes procedimientos sancionadores, lo que incluye la adecuada identificación de los responsables de efectuar vertidos sin autorización o que vulneren los límites cuantitativos o cualitativos que se impongan a su composición, la adopción de medidas cautelares dirigidas a garantizar la eficacia de la resolución final y evitar la continuación de la actividad infractora -incluidos el precintado y sellado de instalaciones y el cese material provisional de los vertidos-, la imposición de sanciones proporcionadas y disuasorias, la ejecución forzosa de la exigencia de adecuación real del vertido a sus condiciones o de su cese material definitivo, y en su caso la exigencia de restitución de las cosas a su estado anterior y de reparación de los daños y perjuicios ocasionados, en virtud de los artículos 116.f, 118 y 119.2 LA.

Un organismo de cuenca no ha de esperar a la recepción de pruebas para ejercer su potestad inspectora, o para abrir expedientes sancionadores o de restauración de la legalidad. Debe actuar de oficio y sin duda debe reaccionar ante indicios fundados de hechos constitutivos de posible infracción, al menos comprobándolos materialmente mediante sus propios agentes, personal y autoridades (por ejemplo mediante inspecciones a las instalaciones empresariales).

Que un organismo de cuenca condicione su reacción debida a que los denunciados acrediten o prueben los hechos denunciados es invertir los términos de las potestades que las leyes otorgan a la administración hidráulica, cuya misión en esta materia no es presumir la bondad de la actividad denunciada, sino comprobar primero y si es preciso corregir y sancionar después las posibles infracciones. Esto forma parte de la instrucción de un expediente, que toca a la administración impulsar y no a los ciudadanos, salvo denuncias manifiestamente carentes de fundamento.

Por otra parte, la potestad de adopción de medidas cautelares dirigidas a garantizar la eficacia de la resolución final y evitar la continuación de la actividad infractora de conformidad con el artículo 119.2 LA y las potestades de ejecución forzosa, a menudo no son ejercidas o no lo son con determinación por los organismos de cuenca, que suelen alegar que resulta más eficaz que las administraciones local y autonómica decreten la paralización de la actividad.

A juicio de esta Defensoría, si bien es cierto que lo más eficaz es que las administraciones municipal y autonómica ejerzan sus potestades en materia de autorización industrial y también ambiental, cuando hacen dejación de sus funciones el organismo de cuenca debe ejercer la potestad que le confiere el artículo 119 LA al objeto de mejor proteger el dominio público hidráulico. Además, el sellado de las instalaciones de vertidos puede ejecutarse subsidiariamente como medio de ejecución forzosa de las resoluciones sancionadoras del organismo de cuenca, que suponemos exigen el cese inmediato de los vertidos irregulares, y de los requerimientos enviados en

ese sentido por las comisarías de aguas a los dueños de las instalaciones que vierten, si quedan incumplidos (95 y 98 LPC). Haga lo que haga la administración competente en materia de autorización industrial, el organismo de cuenca no puede renunciar a ejercer apropiadamente sus potestades adoptando las medidas *cautelares* necesarias para evitar la continuación de la actividad infractora y ordenando la ejecución forzosa de sus resoluciones para garantizar materialmente la protección del dominio público.

Asimismo, esta Institución insta a los organismos de cuenca a ejercer con firmeza el resto del amplio abanico de potestades que le corresponden: de sanción, de revisión y revocación de las autorizaciones de vertido otorgadas, e incluso la declaración de caducidad de las concesiones existentes en casos de incumplimiento cualificado que cause daños muy graves al dominio público hidráulico (artículos 104 y 105 LA).

No se olvide tampoco que el organismo de cuenca puede hacerse cargo de la explotación temporal de las depuradoras de aguas residuales cuando del incumplimiento de las condiciones autorizadas se derivasen graves inconvenientes (posibilidad que suelen rechazar los organismos de cuenca por razones presupuestarias) y que incluso el Gobierno puede decidir la suspensión de la actividad que origina los vertidos no autorizados (artículos 106 y 107 LA).

Algún organismo de cuenca niega la aplicabilidad del artículo 106 LA porque, a su juicio, son las administraciones local o autonómica las competentes para autorizar o prohibir una actividad. Otros no niegan la existencia teórica de tal potestad pero en la práctica no recurren nunca a ella. Así que los organismos de cuenca se limitan a informar a las administraciones local y autonómica de los vertidos no autorizados -a veces no autorizables- a los efectos que decreten la suspensión o la paralización definitiva de la actividad.

El Defensor del pueblo cree sin embargo que la posibilidad de elevar al Gobierno la propuesta de suspensión de las actividades que originan los vertidos no autorizados (artículo 106 LA) constituye una medida temporal, que si bien parece ser un último recurso (cuando no estime procedente adoptar más medidas para la corrección del vertido), se adopta en ejercicio de la potestad de protección del dominio público hidráulico, es decir una potestad de política hidráulica, que en caso de ser la cuenca intercomunitaria corresponde a las confederaciones, al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino y al Gobierno (STC 227/1988, de 29 de noviembre), y que en consecuencia ni colisiona ni debe confundirse con las potestades que en materia industrial y de autorización de actividades corresponden a las comunidades autónomas.

En nuestra opinión si concurren (a) la pasividad de las administraciones municipal y autonómica respecto a sus potestades en materia de autorización industrial y también ambiental, (b) un incumplimiento reiterado durante años resistente a las numerosas medidas disciplinarias y de regularización impuestas y (c) una grave contaminación del dominio público, la utilización del artículo 106 está justificada y es procedente porque

las circunstancias denotan falta de voluntad del infractor de regularizar la situación e ineficacia de las medidas administrativas de corrección adoptadas. Téngase en cuenta que mientras continúa la discusión sobre qué administración es la más adecuada para adoptar medidas (cautelares o disciplinarias) de paralización de la actividad, ésta continúa en marcha, contaminando las aguas, año tras año. No obstante lo cual, dada la redacción del precepto tal valoración corresponde al organismo de cuenca, pues es quien debe estimar que ya no es más procedente adoptar otras medidas. Por ello, en estos casos, le pedimos que tenga en cuenta nuestra interpretación del artículo 106 LA y valore de nuevo la posibilidad de su aplicación, informándonos al respecto.

En caso de vertidos no autorizables, esta Institución solicita que le sean aclaradas las razones por las que no se incoa el procedimiento de declaración de caducidad de las concesiones otorgadas a los agentes del vertido no autorizable (105.2.b LA), toda vez que su comportamiento parece conformar un caso especialmente cualificado de incumplimiento de la legalidad, o incluso elevar al Gobierno la propuesta de suspensión de las actividades que originan los vertidos (106 LA).

Finalmente, debemos señalar que nuestro ordenamiento permite (artículos 108 LA y 267 a 271 RDPH) el tratamiento y gestión de aguas residuales de terceros a las empresas de vertido, con la preceptiva autorización y el pertinente control de la administración hidráulica, pero no contempla la posibilidad de que lo haga un gestor autorizado de residuos. En cumplimiento de lo estipulado en esos preceptos, no parece que el organismo de cuenca pueda informar favorablemente la recogida del vertido por un tercero hasta que se confirme y aprueben las condiciones del vertido o se confirme que el efluente de la EDAR en que será tratado sigue respetando las condiciones que tenga impuestas. Por ello, ante estos casos esta Defensoría interesa conocer cuál es el tratamiento y destino final de las aguas tratadas por el gestor autorizado, cómo es controlado el proceso por la administración hidráulica, y si empresa de recogida del vertido está autorizada para el tratamiento y depuración de aguas de terceros. Es decir, cómo se cumplen los requisitos y controles establecidos en los artículos 267 a 270.

Algún organismo de cuenca sostiene que si las aguas residuales son retiradas por un gestor de residuos dejan de ser vertidos, pasando a ser residuos. Esta Defensoría entiende que si acaban en las aguas continentales o en el dominio público seguirán siendo un vertido y no un residuo de acuerdo con el artículo 100 LA y por tanto deberán someterse al régimen previsto para los vertidos; deben pues ser suficientemente depuradas por el agente productor o en su caso gestionadas por una empresa de vertido con la preceptiva autorización y el pertinente control de la administración hidráulica, sin que lo pueda hacer un gestor autorizado de residuos. Todo ello de conformidad con los artículos 108 LA y 267 a 270 RDPH. A esos efectos, solicitamos conocer el contrato firmado entre la empresa de gestión de residuos y la mercantil que genera las aguas residuales, al objeto de conocer el tratamiento y destino final de éstas, es decir a dónde irán a parar y cómo serán tratadas, o sea a qué concreto proceso de tratamiento se someterán y cómo evitará la empresa gestora de residuos que acaben en las aguas

continentales. Además, esta Institución se pregunta qué sentido tienen las empresas de vertido previstas por el legislador en esos preceptos si en la práctica administrativa las aguas residuales retiradas por un tercero ya no se consideran vertido sino residuo. A fecha de redacción de este informe, no se tiene la respuesta del organismos de cuenca.

En suma, la inhibición municipal y autonómica en la suspensión siquiera temporal y cautelar de una actividad que realiza vertidos irregulares al dominio público hidráulico y la incapacidad del organismo de cuenca de paralizarlos material y efectivamente nos llevan a concluir que las potestades administrativas no son suficientes, las medidas cautelares son poco concretas y que las sanciones en caso de obtención de beneficio no son disuasorias, o que se tarda mucho en reaccionar. Es necesario no perder de vista la vinculación del vertido al lucro obtenido, ni por tanto la posible inhabilitación de la persona titular responsable para obtener futuras autorizaciones y/o concesiones.

- *El informe exigido por el artículo 19 de la ley 16/2002, de control integrado de la contaminación, para concesión y vertido aguas*

Ya hemos dicho que la autorización ambiental integrada AAI no ha mejorado la coordinación entre la administración autonómica y los organismos de cuenca. Casi siempre hay falta de acompañamiento y de información entre el procedimiento de AAI de la industria y aquellos procedimientos que está tramitando el organismo de cuenca en relación con el vertido.

Merece asimismo una mención rápida el informe del epígrafe. El régimen es virtualmente idéntico al clásico de las licencias de actividad.

En realidad nos interesa señalar no uno sino dos informes: el del ayuntamiento acreditativo de la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico, además del que le corresponde después sobre todos los demás aspectos de su competencia (artículo 18); y “la documentación exigida por la legislación de aguas para la autorización de vertidos a las aguas continentales...”; cuando se trata de vertidos a las aguas de cuencas intercomunitarias, la documentación es remitida al organismo de cuenca por la comunidad autónoma, a fin de que manifieste si es preciso requerir al solicitante que subsane la falta o acompañe documentos preceptivos. Pues bien, centrándonos en este segundo, el artículo 19 de la ley establece que el organismo de cuenca debe emitir un informe sobre la admisibilidad del vertido y, en su caso, determinar sus características y las medidas correctoras para preservar el buen estado ecológico de las aguas; este informe es *preceptivo y vinculante* y debe emitirse en seis meses desde la recepción del expediente, en otro caso el órgano competente para decidir sobre la AAI requiere al organismo de cuenca para que lo emita con carácter urgente en el plazo de un mes, transcurrido el cual pueden proseguirse las actuaciones, aunque el informe recibido fuera de plazo y antes de la resolución sobre la AAI debe ser tenido en consideración por el órgano autonómico; con todo, aun transcurridos los plazos sin que

el organismo de cuenca haya emitido el informe, puede otorgarse la AAI señalando en ella las características del vertido y las medidas correctoras requeridas; mas si el informe (vinculante) considerase que es inadmisibile el vertido y ello impidiese el otorgamiento de la autorización, el órgano autonómico debe resolver motivadamente denegándola.

Tenemos pues aquí dos nuevas posibles declaraciones de insostenibilidad, urbanística e hidráulica, acerca de las cuales esta Defensoría aún no ha tenido apenas posibilidad de pronunciarse, lo que nos lleva a pensar que han de ser muy escasas las ocasiones en que una actividad que necesite AAI se encuentre con tales declaraciones, cabe presumir pues que la solución llegará frecuentemente por el otorgamiento condicionado.

2.4 VERTIDOS DE EMPRESAS MINERAS

Hay casos de empresas mineras que incurren en numerosas y reiteradas infracciones desde hace años sobre el dominio público hidráulico por acumulación de áridos y residuos sólidos en zona de servidumbre y policía de cauces o bien porque los áridos acaban en el cauce. A nuestro juicio, y de manera similar a la que defendemos para los purines, estas actuaciones son vertidos que deben someterse a la previa autorización del organismo de cuenca. Es decir se someten al régimen de vertidos previsto en la ley de aguas. El hecho de que el artículo 97 LA califique de actividad contaminante prohibida, salvo previa autorización de conformidad con el 100 LA, la acumulación de residuos sólidos, escombros o sustancias, cualquiera que sea su naturaleza y el lugar en que se depositen, que constituyan o puedan constituir un peligro de contaminación de las aguas o de degradación de su entorno no hace sino reforzar la tesis anterior.

El órgano primario es el de industria, comercio y turismo, generalmente municipal o autonómico, competente por haber dictado la licencia o autorización de funcionamiento y eventualmente las demaniales de su competencia, acerca de las condiciones de la explotación y su adecuación a la autorización, en particular sobre el cumplimiento de todas las medidas correctoras dirigidas a minimizar los impactos, así como sobre la elaboración de un plan de restauración (por ejemplo, de acuerdo con las previsiones del RD 2994/1982, hoy derogado, sobre restauración de espacios naturales afectados por actividades extractivas; la disposición vigente es ahora el RD 975/2009, de gestión de los residuos de las industrias extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades mineras). Las tareas de restauración pueden ser realizadas simultáneamente con la explotación mediante una planificación de ésta por sectores o, por el contrario, únicamente al final de la actividad. Pero todo ello es sin perjuicio de la potestades del organismo de cuenca en orden a proteger el dominio público hidráulico y por tanto sin perjuicio de la aplicación del régimen de vertidos a la acumulación de residuos mineros susceptibles de contaminar las aguas en zonas de protección de cauces.

2.5 VERTIDOS DESDE TIERRA AL MAR

De conformidad con los artículos 57.1 y 3 y 58.1.e de la ley 22/1988 de costas, todos los vertidos al mar requieren autorización administrativa y deben limitarse con el fin de que no se produzca una alteración significativa del medio receptor en cuanto lo permita el estado de la técnica, las materias primas y, especialmente, la capacidad de absorción de la carga contaminante y en función de los objetivos de calidad fijados para dicho medio receptor. Por eso, entre las condiciones de las autorizaciones de vertido deben figurar las relativas a la evaluación de los efectos sobre el medio receptor, los objetivos de calidad de las aguas en la zona receptiva y aquellas previsiones que, en caso necesario, se haya de adoptar para reducir la contaminación. A esos efectos, la administración competente -generalmente la autonómica- puede realizar cuantos análisis e inspecciones estime convenientes para comprobar las características del vertido y contrastar, en su caso, el cumplimiento de las condiciones impuestas en la autorización del vertido.

Teniendo en cuenta lo anterior, ante vertidos tierra→mar presuntamente irregulares, esta Institución suele considerar necesario verificar si ha sido evaluada la incidencia de los vertidos en el medio receptor, y si quedan especificadas las medidas correctoras para minimizar la contaminación y molestias que causan; y si todo ello es acorde con la autorización de vertido y con la legislación aplicable. Interesa asimismo a esta Institución conocer si hay razones para no construir un emisario submarino que impida que las aguas residuales sean vertidas en las cercanías de la costa, lo que sin duda aumenta sus efectos perjudiciales para el medio y dificulta su uso recreativo por los ciudadanos.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que en la zona marítimo-terrestre, la ocupación del dominio público requiere autorización o concesión estatal, independiente de la de vertido. Éste es un caso donde la autorización ambiental integrada debería desplegar plenamente sus efectos *integradores* y donde, lamentablemente, conocemos casos donde en absoluto es así. No es posible ahora dar cuenta de los casos detectados, algunos muy notables por su incidencia e incluso relevancia y eco en los medios de comunicación. Se acuerdo con el artículo 116 de la ley de Costas, las administraciones públicas cuyas competencias incidan sobre el ámbito espacial contemplado en esa ley deben ajustar sus relaciones recíprocas los deberes de información mutua, colaboración, coordinación y respeto entre ellas, deberes incumplidos manifiestamente en estos casos y con graves consecuencias para todos. El mismo sentido tiene el artículo 6 de la ley 16/2002, según el cual para su aplicación las administraciones públicas ajustarán sus actuaciones a los principios de información mutua, cooperación y colaboración prestándose la debida asistencia para asegurar la eficacia y coherencia de sus actuaciones en la tramitación de la AAI. Nada de esto ocurre, la administración titular de la potestad de autorizar *en forma integrada* prescinde por completo de su función de integrar y actúa como antaño, o sea autorizando la actividad “en cuanto a su competencia” y nada hace por encauzar en un título único (por ejemplo denegándolo, o

sea no autorizando) los pronunciamientos de la AGE en materia de costas. En suma, un fracaso en la aplicación práctica de la ley 16/2002.

2.6 CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS POR PURINES

Se trata de un problema que ha suscitado un número considerable de quejas y que afecta a extensas áreas agrícolas.

La aplicación de los purines como abono o enmienda orgánica está regulada por el RD 324/2000: las explotaciones porcinas deben disponer balsas de estiércol que cumplan los mínimos del artículo 5, entre los cuales estar cercadas e impermeabilizadas natural o artificialmente. Las inspecciones ambientales para comprobar la ordenación y regulación de las explotaciones porcinas corresponde hacerlas a las comunidades autónomas (artículo 9). Para ejercer la actividad las explotaciones deben estar inscritas en el registro de explotaciones porcinas de la comunidad autónoma (artículo 7.2), para lo cual han de acreditar el cumplimiento de los requisitos, entre ellos el del RD 261/1996 para la aplicación de purines (artículo 5.1, subapartado *B.b.1.3º*). Es de aplicación supletoria a los residuos agrícolas y ganaderos la LRes (artículo 2.2.c de dicha ley); el artículo 4.2 establece como competencia autonómica la autorización, vigilancia, inspección y sanción de las actividades de producción y gestión de residuos. La actividad, además de estar sometida a control autonómico según indica el RD 324/2000, debe someterse al procedimiento de evaluación de impacto ambiental si supera los límites de tamaño indicados en el anexo I, grupo I, apartado *e*) LEIA (RDLg 1302/1986 por entonces), o los establecidos en la ley autonómica de protección del medio ambiente. El procedimiento de evaluación de impacto corresponde al órgano ambiental autonómico, y en él deben analizarse las afecciones de la actividad (olores, enfermedades, distancia núcleos de población, etc).

Si bien los organismos de cuenca han venido autorizando o denegando la aplicación de los purines como abono o enmienda orgánica y las balsas de purines, al entenderlas como actividad susceptible de contaminar las aguas subterráneas, algunos no consideran ahora que sean ellos a quienes compete tal actuación. La intervención del organismo de cuenca, dice la administración, queda limitada a que pueda acreditarse la degradación del medio receptor, caso en el le corresponden potestades sancionadoras. Es decir la autorización de la balsa de purines y de su uso como fertilizante corresponde a la administración autonómica.

Esta Institución cree que este planteamiento no es el correcto, pues según el artículo 100 LA se consideran vertidos los de aguas, sustancias y productos residuales susceptibles de contaminar el medio receptor que se realizan directa e indirectamente a las aguas continentales, así como el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea la técnica utilizada, quedando prohibidos si no cuentan con previa autorización administrativa del organismo de cuenca. Además el artículo 102, relativo a los vertidos

en acuíferos y aguas subterráneas, afirma que cuando el vertido pueda dar lugar a la infiltración o almacenamiento de sustancias susceptibles de contaminar los acuíferos o aguas subterráneas, sólo podrán autorizarse si el estudio hidrogeológico previo demostrase su inocuidad. Por tanto, son vertidos tanto los directos como los indirectos y tanto los que llegan a las aguas superficiales como los que pasan a las subterráneas o al resto del dominio público hidráulico. Todos ellos están prohibidos si no cuentan con autorización. Así que el uso como abono de purines y/o su acumulación en balsas debe, a juicio de esta Institución, considerarse vertido si la fuente es identificable y determinada e imputable a una persona específica y por tanto someterse a autorización del organismo de cuenca y demostrar mediante estudio hidrogeológico previo su inocuidad para las aguas subterráneas.

Baste por último señalar que los purines pueden también ser vertidos a las aguas superficiales, bien directa o indirectamente por escorrentía. En ambos casos, ha de aplicarse el régimen de autorización, control y sanción de los vertidos previsto en la ley de aguas.

- *La falta de desarrollo reglamentario de la ley de residuos*

En 2001, y con motivo de la tramitación por el Defensor del Pueblo andaluz de actuaciones al respecto, llegamos a conocer que las comunidades autónomas en colaboración con el Ministerio de medio ambiente estaban elaborando un decreto de desarrollo de la ley 10/1998, de residuos LRes, donde se trataba la materia en la disposición adicional quinta y en su artículo 2.2. Este proyecto permitiría la elaboración de un plan sectorial para la gestión integral de los purines en Andalucía. Por entonces, y a pesar de haber transcurrido casi tres años, no se había elaborado el reglamento de la LRes.

En mayo de 1998 se había constituido un grupo de trabajo interministerial, promovido por la dirección general de calidad y evaluación ambiental del Ministerio de Medio Ambiente (MIMAM) con técnicos del Ministerio de agricultura, pesca y alimentación (MAPA) y de la dirección general de obras hidráulicas y calidad de las aguas. El objetivo era desarrollar las disposiciones específicas señaladas. En noviembre dicho grupo elaboró el primer borrador de un documento técnico con las orientaciones básicas para el empleo como fertilizante del conjunto de los estiércoles (incluidos los purines). El documento fue discutido en el grupo de residuos de la conferencia sectorial de medio ambiente. Las autoridades ambientales de las comunidades autónomas discutieron y contribuyeron a precisar y delimitar el enfoque que debía darse al desarrollo normativo. Las discusiones se prorrogaron hasta el inicio de 2000, con los sectores afectados y con el MAPA. El texto final fue firmado por la secretaria general técnica del MIMAM en febrero de 2000, con petición de informe a la secretaria general técnica del MAPA, informe que por entonces (meses después) aun no había sido recibido. Después el MAPA debía proponer qué aspectos a su entender deberían ser modificados, propuesta inexistente hasta entonces, de lo que podría deducirse que la dirección general de

ganadería no parecía dispuesta a aprobarlo. Pero el MIMAM manifestaba resueltamente su interés en la aprobación de la normativa.

A nuestro juicio, los esfuerzos del Ministerio de medio ambiente no se revelaban fructíferos, sin ningún avance sustantivo en la aprobación del decreto. Esta Institución hubo de señalar a los departamentos implicados que, en nuestro país, la contaminación difusa de los acuíferos y embalses causada por el uso de los residuos orgánicos ganaderos como fertilizantes merece una especial atención porque afecta a amplias zonas agrícolas. De hecho, suscita la presentación de un considerable número de quejas. Sabemos que los sistemas de producción agraria que no alcanzan un equilibrio entre la cantidad de nutrientes entrante y saliente generan un exceso de masa disponible de éstos en el suelo, la consecuencia es la contaminación de las aguas, subterráneas y superficiales.

La extensión de los problemas derivados de la presencia de nitratos en las aguas en zonas agrícolas pone de relieve la gravedad de este desequilibrio. Según el *Libro blanco del agua*, en España el contenido de nitratos de las aguas subterráneas y superficiales ha ido paulatinamente en aumento, hay en la actualidad zonas con contenidos en nitrato que superan el nivel de potabilidad de 50 mg/l establecido en las directivas 80/778/CEE de calidad de las aguas de consumo humano y 98/83/CEE, que la revisa y modifica.

Son insuficientes las previsiones del RD 261/1996 de protección de las aguas contra la contaminación producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias, que transpone la directiva 91/676/CEE. En muchas ocasiones se reducen a la aplicación de planes de gestión y al cumplimiento de códigos de buenas prácticas por las granjas ganaderas y las explotaciones agrícolas que usan los purines como fertilizantes. A la postre, la eficacia del RD 261/1996 depende del número de zonas vulnerables que designen las comunidades autónomas, pues es mucho más estricto el régimen establecido para las explotaciones agrarias en ellas emplazadas. En esas zonas se prohíbe la utilización de algunos tipos de fertilizantes, se determina la capacidad necesaria de los tanques de almacenamiento de estiércol y se limitan las cantidades máximas de estiércol que pueden aplicarse al terreno. Sin embargo, escasea la calificación como vulnerables de aquellos lugares donde existe riesgo de contaminación por nitratos de los acuíferos -que son muchos-, ya que la valoración del riesgo no siempre responde a criterios amplios, realistas y poco restrictivos.

Debido a la magnitud que ha adquirido el problema en las zonas de agricultura intensiva, resulta ineludible completar y mejorar la regulación contenida en el RD 261/1996. Esta Institución no podía por tanto sino lamentar que todavía no estuviera promulgado el decreto de desarrollo de la ley de residuos, sobre la utilización como fertilizante de los residuos agrarios, que debía haber aprobado el Gobierno en nueve meses desde la entrada en vigor de la ley (disposición adicional quinta). Teniendo en cuenta que los Ministerios de medio ambiente y de agricultura, pesca y alimentación

trabajaban en ello desde 1998, el retraso era excesivo y ambos departamentos mostraban contradicciones entre ellos.

La ley 10/1998 impone al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria y establece para ello un plazo determinado (nueves meses desde la entrada en vigor en nuestro caso) en el que debe aprobar la correspondiente disposición. Así, el Gobierno está obligado a dictar el reglamento y, además, debía haberlo aprobado en el plazo fijado por el legislador, ampliamente superado. La potestad reglamentaria no es de las disponibles ni depende de la mejor o peor disposición de un departamento ministerial o del Consejo de ministros; se trata más bien del incumplimiento de un mandato legal, por el que habría de exigirse responsabilidad. Si el legislador no considerara que el uso como fertilizante de residuos orgánicos ganaderos constituye un problema grave, y necesitado de prontas soluciones, no habría manifestado su voluntad de que el Gobierno desarrollara en ese aspecto la LRes ejerciendo la potestad reglamentaria en el plazo concreto de nueve meses. El Gobierno está sometido, como cualquier otro órgano constitucional, plenamente a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (9.1 y 97 CE), por lo tanto no ejercer la potestad reglamentaria (mandato en la disposición adicional quinta LRes) en el plazo previsto supone que el Gobierno está omitiendo injustificada y manifiestamente el ejercicio de sus funciones. Ante un mandato positivo del legislador de actuar en un plazo determinado, no cabe la pasividad, no hay espacio para la discrecionalidad en el cumplimiento de los plazos y en el ejercicio formalizado de las potestades, en este caso de la reglamentaria, la pasividad del ejecutivo es una conducta ilícita. Más grave resultaba aún que, de lo informado por la dirección general de calidad y evaluación ambiental del Ministerio de medio ambiente, se desprendiera que la falta de desarrollo reglamentario de la LRes obedeciera no a motivos justificados o razonables que aconsejaran retrasar la aprobación, sino a la persistente falta de disposición a aprobarlo de la dirección general de ganadería, e incluso ni tan siquiera a informar o proponer modificaciones al documento técnico elaborado en su momento.

Además, la pasividad administrativa implica una merma de eficacia de la LRes, toda vez que uno de los ámbitos de la gestión de residuos que plantea problemas más acuciantes (la contaminación de las aguas por el uso de residuos orgánicos ganaderos) queda sin desarrollo normativo. Hubo pues que dirigir una sugerencia a la Secretaría General de Medio Ambiente: Que pusiera en conocimiento de la Ministra de medio ambiente las razones que explican la paralización del desarrollo reglamentario de la LRes, al objeto de que informara al Consejo de ministros para que, a la mayor brevedad, fuera impulsado el ejercicio de la potestad reglamentaria por el Gobierno, hasta la aprobación de la propuesta conjunta de los departamentos de medio ambiente y de agricultura, pesca y alimentación, normativa que exige imperativamente la LRes. Al mismo tiempo, iniciamos actuaciones ante el Ministerio de agricultura, pesca y alimentación y el Ministerio de la presidencia, éste en cuanto los hechos afectaban a las competencias de dos departamentos, para que en coordinación con ellos impulsara el desarrollo reglamentario pendiente.

Tras el cambio de Gobierno acaecido en 2004, esta Defensoría encontró que continuaba estancado el desarrollo reglamentario de la LRes en lo que se refiere al uso de residuos orgánicos como fertilizantes. El retraso del Gobierno era ya de unos ocho años. La versión de los hechos anterior fue desmentida por el Ministerio de agricultura, que remitió una contestación al de Medio ambiente -sin réplica al parecer- con la solicitud de que los acuerdos alcanzados entre ambos ministerios en la tramitación del RD para la gestión de los estiércoles de porcino se incorporasen al proyecto de reglamento, y extender lo ya adoptado al resto de especies ganaderas, con el fin de facilitar su tramitación.

Así pues, ambos ministerios negaban haber recibido contestación de su homólogo, y rechazaban la responsabilidad de que no se hubiera obtenido ningún fruto. Tras otras gestiones, transcurrido un tiempo razonable sin noticia de avances en el asunto, esta Institución solicitó en enero de 2006 información sobre posibles progresos del grupo de trabajo, sin éxito. Es decir, ocho años después de la entrada en vigor de la LRes y cuatro años y medio después de que esta Institución iniciara actuaciones al respecto, la situación no había variado, el Gobierno seguía sin ejercer su potestad reglamentaria. Lo más sorprendente era la persistente falta de consenso entre los dos Ministerios implicados y la falta de impulso y coordinación por el Ministerio de la presidencia.

Pese a las sugerencias realizadas por esta Institución y pese a las obligaciones legales de los Ministerios competentes (presidencia, medio ambiente y agricultura, pesca y alimentación), la situación permanece estancada, ni siquiera hay acuerdo acerca de si los purines son o no residuos según la legislación comunitaria y, por tanto, sin estar siquiera redactado el proyecto de reglamento. Asimismo, aparece la posibilidad de que sufriera una modificación la directiva comunitaria sobre residuos; unas últimas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas podrían aconsejar no adelantar decisiones en el orden jurídico interno. Esta Defensoría no puede despreciar esas razones pero debe insistir en que sigue sin aprobarse la reglamentación de la utilización como fertilizante de los residuos agrícolas. Dado el tiempo transcurrido (cerca de diez años) y las circunstancias, esta Institución considera recomendable acabar con el vacío legal aprobando unas normas provisionales o, al menos, algunas directrices de actuación. En fin, cubrir la falta de un marco jurídico específico para los residuos ganaderos. Hasta el momento no ha sido posible ni la situación tiene visos de verse resuelta en un futuro próximo.

2.7 CONTAMINACIÓN DE LAS AGUAS POR PESTICIDAS

Esta Institución tuvo conocimiento a través de los medios de comunicación en diciembre de 2002 de la existencia de una concentración de plaguicidas y herbicidas en las aguas de un pantano, superior a la máxima admisible. En concreto, según las noticias, las sustancias detectadas en las aguas en cantidades superiores a las permitidas eran un plaguicida y un herbicida, cuyo uso agrícola además se encuentra prohibido desde el 1 de enero de 2002. No obstante, la presencia de estas sustancias al pantano

podía indicar que en la agricultura de los alrededores del pantano se utilizaba este tipo de plaguicidas no autorizados (los plaguicidas pueden también infiltrarse y contaminar las aguas subterráneas).

Al parecer, la contaminación fue advertida el 20 de diciembre de 2002, lo que motivó que la consejería de salud prohibiera el consumo del agua procedente del pantano ese mismo día. La prohibición afectó a unas 84.000 personas. Siempre según las noticias referidas, con el fin de limpiar las aguas del pantano la empresa concesionaria del suministro de agua potable aplicó un tratamiento (carbón activo en polvo). No obstante, a fecha de 27 de diciembre no había sido posible eliminar los restos de fertilizante y la prohibición de consumo seguía en vigor. El Defensor del Pueblo inicia actuación de oficio.

Comprobamos que el organismo de cuenca había ejercido adecuadamente sus funciones en materia de protección y control del dominio público hidráulico. Pero necesitábamos conocer el resultado de las actuaciones en aplicación de la instrucción para la vigilancia de una sustancia en el cultivo durante el primer año de vigencia y poder valorar su eficacia. Por último, teniendo en cuenta la información obtenida del organismo de cuenca, la contaminación detectada el 16 de diciembre se correspondía con la presencia del fertilizante en aguas del embalse en concentraciones por encima de lo permitido y aconsejable y como quiera que según el organismo la causa de la contaminación se encontraba en la escorrentía de los herbicidas usados durante la recolección de la aceituna, esta Institución inquirió al Ministerio de agricultura, pesca y alimentación por la posibilidad y oportunidad de prohibir el uso de ese herbicida en el cultivo, así como respecto de las demás circunstancias concurrentes en el control y prevención de la contaminación difusa de las aguas causadas por el uso de pesticidas y herbicidas.

La DG de agricultura viene a decir que en la zona la prohibición de herbicidas determinados puede no tener verdadero efecto práctico, y que serán sustituidos por otros con los que los niveles de contaminación en consecuencia no se reducen, simplemente cambia el factor contaminante.

A juicio de esta Institución, la clave para mejor controlar las causas de este tipo de contaminación difusa de las aguas superficiales y subterráneas y reducir sus efectos reside en encontrar y aplicar alternativas a los herbicidas y pesticidas que además de servir como tales sean económicamente viables y menos dañinos para la salud o el medio y además vigilar el uso adecuado de los productos autorizados, ya que suele estar sujeto a condiciones concretas que no siempre se respetan. Por ello, interesamos qué actuaciones se llevaban a cabo en orden a desarrollar técnicas y prácticas alternativas a los actuales herbicidas en el cultivo dado, que resultaran sostenibles en términos financieros y ambientales. También pedíamos a la DG de agricultura del Ministerio que informara sobre el estado de la cuestión en el marco del programa comunitario de revisión de las sustancias activas de productos fitosanitarios, desarrollado por la Comisión Europea en cumplimiento del artículo 8.2 directiva 91/414/CEE, por el cual

es posible que alguna de las cuatro sustancias activas de las que se dispone hoy día para los tratamientos herbicidas de otoño en ese cultivo sean revisadas y retiradas del mercado. La respuesta oficial eludía la cuestión. En general, las administraciones tienden a olvidar que el principio de prevención debe aplicarse rigurosamente al autorizar y condicionar este tipo de productos.

Esta Institución echa de menos una voluntad firme y decidida de las administraciones públicas en orden a no autorizar nada más que los imprescindibles pesticidas y herbicidas, a condicionar y controlar eficazmente su uso y a fomentar y lograr alternativas. Prueba de ello es que se deniegan aprovechamientos de agua para usos fitosanitarios en el olivar en sustitución de pesticidas y herbicidas.

2.8 ZONAS DE PROTECCIÓN DE CAUCES

2.8.1 Actuaciones ante inundaciones

Ha de demostrarse la existencia de un nexo causal entre las inundaciones y las acciones u omisiones de la administración, en otro caso no puede exigirse responsabilidad. El derecho de los particulares a ser indemnizados por las administraciones públicas de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos se supedita a que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y excluye los casos de fuerza mayor -como ocurre tantas veces en el supuesto de inundaciones- o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar (artículos 139 y 141 LPC y artículo 2 del reglamento de los procedimientos de las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por RD 429/1993).

Es cierto que, de conformidad con 28.4 LPHN, las actuaciones que en prevención de posibles inundaciones se lleven a cabo en los cauces públicos situados en zonas urbanas corresponden a las administraciones competentes en ordenación del territorio y urbanismo, o sea principalmente a los ayuntamientos. Pero el hecho de que la limpieza y mantenimiento de los cauces y la construcción de infraestructuras en ellos a su paso por los cascos urbanos que sirvan para prevenir o minimizar inundaciones sea potestad municipal, no implica responsabilidad objetiva de las entidades locales. Además, la función de prevenir inundaciones mediante acciones en cauces públicos de zonas urbanas no perjudica las competencias de la Administración hidráulica sobre el dominio público hidráulico. El Ministerio *de Medio Ambiente* y las administraciones autonómicas y Locales pueden suscribir convenios para financiar estas actuaciones.

Otra cosa sería que pudiera demostrarse que las inundaciones acaecidas son consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios municipales, lo que sólo podría afirmarse si existiera nexo causal entre las inundaciones y los vertidos de residuos y, además, que no haber sido retirados por éstos sea una omisión indebida atribuida a la entidad local. En tal supuesto, podría haber derecho a ser indemnizado por

el ayuntamiento por los daños sufridos a causa de las inundaciones, pero el ayuntamiento no está obligado a resarcir daño alguno mientras no resulte demostrado que éste sea consecuencia de su funcionamiento.

- *Actuaciones en cauces públicos situados en zonas urbanas*

Nos referimos aquí sobre todo al artículo 28.4 LPHN. Las funciones y cometidos de los organismos de cuenca, que se enumeran en los artículos 23 y 24 LA están orientados a la protección y tutela del dominio público hidráulico e insistimos en que no incluyen, explícita ni implícitamente, obligaciones sobre la defensa del territorio frente a inundaciones. Pero es que, además, de conformidad con el precepto, sobre protección del dominio público hidráulico y de las actuaciones en zonas inundables, tenemos que las actuaciones en cauces públicos situados en zonas urbanas corresponden a las administraciones de la ordenación del territorio y del urbanismo, además de la administración competente en el dominio público hidráulico. A esos efectos, el Ministerio de medio ambiente y las administraciones autonómicas y locales pueden suscribir convenios para la financiación de estas actuaciones.

2.8.2 Solicitudes de limpieza y acondicionamiento de cauces

- *Regla general*

La realización de obras de limpieza y de mejora de los cauces es una potestad discrecional de los organismos de cuenca que está supeditada a la habilitación de la correspondiente dotación presupuestaria. Dicho en otras palabras, en materia de limpieza y acondicionamiento de cauces, los organismos de cuenca no están obligados a su realización, pero pueden realizarlas y tienen la potestad de autorizarlas caso de que tales actuaciones las promuevan otras administraciones o particulares. Por lo tanto, no constituye en sí misma irregularidad alguna la denegación de una solicitud de limpieza o de acondicionamiento de un cauce que se haya pedido al organismo de cuenca que realice él mismo.

- *Por qué las quejas acerca de la falta de limpieza o acondicionamiento de cauces suelen no ser admitidas a trámite*

Casi nunca la decisión del organismo de cuenca, origen de quejas numerosas, de no realizar trabajos de limpieza de cauces constituye una actuación irregular. Ello es así porque las funciones de los organismos de cuenca, que se enumeran en los artículos 23.d y 24.d LA están orientadas a la protección y tutela del dominio público hidráulico, pero no incluyen, explícita ni implícitamente, obligaciones en materia de limpieza de cauces en defensa del territorio frente a inundaciones, ni tampoco obligaciones de

realizar trabajos de acondicionamiento, limpieza y restauración en todos y cada uno de los supuestos de contaminación o degradación del dominio público hidráulico que puedan contener.

Que los organismos de cuenca tengan atribuidas, entre otras funciones y de acuerdo con los artículos citados así como con el artículo 25 del reglamento de la administración pública del agua y de la planificación hidrológica (aprobado por RD 927/1988), el proyecto, la construcción, la explotación, la conservación, y la mejora de las obras realizadas con cargo a fondos propios del organismo, así como de las previstas en sus propios planes de cuenca y de las que sean encomendadas por el Estado, no significa que estén obligados a realizar todas las obras de acondicionamiento y limpieza que se les soliciten, sino sólo aquellas que, dentro del presupuesto existente, se consideren oportunas para una mejor administración del aprovechamiento y para la protección del dominio público hidráulico y que, ajustándose a la normativa vigente, respeten las exigencias ambientales precisas. Naturalmente el documento principal es el plan de proyectos y obras, documento escasamente formalizado y sin una formulación precisa, lo que supone siempre riesgo de arbitrariedad y hasta de desviación de poder.

Insistimos en que la realización de este tipo de actuaciones es potestad discrecional supeditada a la dotación presupuestaria y en que debe darse prioridad dependiendo de la necesidad y urgencia. No constituye en sí misma irregularidad alguna la desestimación de una solicitud de limpieza o de acondicionamiento de un cauce obstruido o en mal estado (maleza, piedras, arrastres sólidos), debido a la propia acción natural del curso de las aguas, o que haya perdido capacidad de desagüe.

Por su parte, el particular dispone de la alternativa (costosa) de realizar las obras de limpieza por su cuenta, para lo que necesita autorización del organismo de cuenca. La obtención de la autorización se atenderá a lo estipulado en los artículos 78 a 81, 126 y 127 RDPH, en los que se regulan distintos procedimientos de autorización de obras en zonas de policía y en el dominio público hidráulico solicitadas por particulares, ayuntamientos y otras entidades.

Lo anterior no impide, tal y como ocurre en muchos casos, que sobre todo las confederaciones hidrográficas examinen las numerosas peticiones de limpieza de cauces que reciben de los interesados, pero a los solos efectos de su posible inclusión en los proyectos de limpieza que se programan anualmente en función de los presupuestos de inversión disponibles y buscando, fundamentalmente, su adecuación ambiental y el interés general.

No obstante, a veces la urgencia y necesidad de limpieza de un cauce es reconocida por la comisaría de aguas de la confederación hidrográfica, y entonces el Defensor del Pueblo sugiere a la confederación que, en cooperación con las otras administraciones públicas, comunique al ayuntamiento el estado del cauce del río, a su paso por la localidad, cuya limpieza es necesaria y urgente, por ejemplo debido a la excesiva

vegetación, algo que pueden haber constatado los propios servicios técnicos del organismo de cuenca, que hace disminuir ostensiblemente la capacidad de desagüe, al objeto de que la administración municipal adopte medidas de limpieza.

A su vez, cabe sugerir a los interesados que dirijan sus solicitudes de limpieza de cauces al ayuntamiento de la localidad y a la consejería o departamento autonómico de obras hidráulicas, administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, ya que ante todo ha de ser posible que se pronuncien, expresa o tácitamente, sobre la cuestión. La colaboración en las funciones municipales o autonómicas de la Guardería fluvial de los organismos de cuenca o de las actuales agencias autonómicas del agua es o puede ser indispensable, por ejemplo detectando la utilización de tramos de cauce como vertederos de basura y escombros.

2.8.3 Obras y trabajos en cauces y en zona de policía y servidumbre

Algunos problemas de este tipo ya fueron examinados en §1.1.6, Las obras que puedan alterar los cauces fluviales o el régimen de corrientes constituyen una intervención de fuerte repercusión en el entorno que debe limitarse a casos de extrema necesidad o de interés público debidamente justificados. Por ejemplo, la corta de árboles en zona de policía del río requiere ineludiblemente la autorización del organismo de cuenca; constituyen infracción los vertidos de tierra realizados en el subsuelo o sobre el terreno, balsas o excavaciones mediante inyección, evacuación o depósito que constituyan o puedan constituir un peligro para las aguas o degradación de su entorno, si no hay autorización del organismo de cuenca. Recuérdese pues que las quejas que no se atienen a las reglas sobre obras y trabajos en zona de policía y servidumbre o sobre invasión de cauces no pueden ser admitidas a trámite o, tras ser investigadas, no pueden ser consideradas fundadas; y que la administración que se pliega a tales reglas no puede ser considerada incurso en funcionamiento irregular.

- *El suelo receptor del agua, de los cursos y de la zona aledaña*

Los términos legales de la actuación administrativa parten del artículo 2 LA, o sea de la definición de los bienes que integran el dominio público hidráulico del Estado (aguas continentales, cauces, lechos de lagos y embalses, etc, véase nota en §1.2.3.1.A). Recordemos también que el artículo 6 LA determina que las márgenes de los ríos y arroyos, es decir terrenos que lindan con los cauces públicos, están sujetas a servidumbre de cinco metros de ancho, para uso público; y a una zona de policía de 100 metros donde se condiciona el uso del suelo. Por tanto, queda condicionado el uso del suelo en los 100 metros de terreno que lindan con los cauces públicos (sean arroyos o grandes ríos) -que se corresponden con la zona de policía-, lo que significa, en esencia, que la ejecución de cualquier obra o trabajo en esa zona precisará autorización administrativa previa del organismo de cuenca, la cual será independiente de cualquier

otra que haya de ser otorgada por los distintos órganos de las administraciones públicas (artículo 9.3 RDPH 1986). Idéntica exigencia resulta aplicable a la parte del terreno correspondiente con los 5 metros de la zona de servidumbre de uso público. En concreto y de conformidad con el artículo 7.2 RDPH, la zona de servidumbre para uso público tiene los fines siguientes:

- i) Paso para el servicio del personal de vigilancia del cauce.
- ii) Paso para el ejercicio de actividades de pesca fluvial.
- iii) Paso para el salvamento de personas o bienes.
- iv) Varado y amarre de embarcaciones de forma ocasional y en caso de necesidad.

Hay que tener en cuenta que desde el RD 9/2008 la zona de servidumbre adquiere nuevas funciones: protección del ecosistema fluvial y el paso público peatonal, además de las señaladas (y tradicionales) de vigilancia, salvamento y amarre de embarcaciones. También hay que tener en cuenta que este apartado tiene una relación estrecha con el de obras hidráulicas.

Según el precepto, los propietarios de estas zonas de servidumbre podrán libremente sembrar y plantar especies no arbóreas, siempre que no impidan el paso señalado, pero no podrán edificar sobre ellas sin obtener la autorización pertinente, que únicamente se otorgará en casos muy justificados. Hay que añadir que el artículo 17 LA, que atribuye al Estado (a través de las confederaciones hidrográficas) el otorgamiento de autorizaciones en dominio público, en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola comunidad autónoma. Las normas anteriores significan, por ejemplo, que para instalar un vallado metálico en el cauce y zona de servidumbre de un arroyo, en terrenos de propiedad privada, el interesado precisa contar ineludiblemente con la autorización del organismo de cuenca, que debe otorgarla o no en función de la ley de aguas. En consecuencia, la ejecución sin autorización de obras, trabajos o instalaciones en los cauces públicos o en las zonas sujetas a algún tipo de limitación está tipificada como infracción en el artículo 116.d LA, así como en el artículo 315.c RDPH. Por lo demás, la infracción puede ser calificada de leve con arreglo al artículo 117 LA y 326 RDPH.

Además, el desconocimiento de las leyes no exime de su cumplimiento y la infracción se comete si se vulnera el bien jurídico protegido por la ley de aguas, de carácter ambiental y que podría resumirse en la protección y conservación, a través de la correspondiente intervención administrativa vía autorización, del buen estado del dominio público hidráulico frente a posibles trabajos, obras y ocupaciones llevados a cabo por particulares en sus cauces y márgenes sin control alguno.

Hemos conocido casos de viviendas afectadas por la acción erosiva de un barranco, donde una vez puesto de manifiesto que la causa principal de la erosión no es el río sino la naturaleza del terreno y el vertido incontrolado de escombros y basuras en la parte alta del talud, la consecuencia es formular una sugerencia a las tres administraciones

citadas (confederación hidrográfica, comunidad autónoma y ayuntamiento) sobre la necesidad de promover un convenio de colaboración entre todas ellas para las actuaciones técnicas de estabilizar el talud, evitar la degradación del dominio público hidráulico, gestionar correctamente los residuos urbanos y valorar las responsabilidades de actuaciones privadas. Recuérdese que, por otro lado, de acuerdo con la legislación vigente de aguas, la construcción que pueda alterar los cauces fluviales o el régimen de corrientes constituye una intervención de fuerte repercusión en el entorno que debe limitarse a casos de extrema necesidad o de interés público debidamente justificados. En consecuencia, la construcción de, por ejemplo, muros de escollera por particulares, en principio sólo debe autorizarse si no producen alteraciones del cauce o la corriente ni tienen incidencia ecológica desfavorable, o si la defensa de las personas o bienes así lo justifica.

- *Entubamiento y elevación de tablero de puente*

Las obras de canalización o entubamiento presentan problemas específicos, muy próximos a las cuestiones de la ordenación urbana. Si unas obras de entubamiento carecen de autorización del organismo de cuenca, entonces es necesario solicitar la legalización de las obras, si tal legalización es posible; de lo contrario, el organismo de cuenca puede exigir la reposición del terreno a su estado anterior. En cualquier caso, estas obras, generalmente acometidas por los ayuntamientos, queden o no legalizadas, puede incurrir en infracción por la que las entidades locales pueden ser sancionadas.

Esta Institución no aprecia irregularidad en la actuación de un organismo de cuenca si deniega operaciones en los cauces que, pese a cierta finalidad de mejora sin embargo acarrearán perjuicio al dominio público hidráulico; o si no asume la ejecución de las obras, porque este tipo de actuación está supeditado a la habilitación de la correspondiente dotación presupuestaria y debe atenderse en función de su necesidad y urgencia. Las funciones de los organismos de cuenca (23.d y 24.d LA) están orientadas a la protección y tutela del dominio público hidráulico, no incluyen explícita ni implícitamente obligaciones en materia de defensa del territorio frente a inundaciones.

3. PROBLEMAS EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Hemos hecho referencia en informes de años anteriores a que, si se distingue dentro del sistema jurídico ambiental dos componentes, el subsistema normativo y el subsistema orgánico, puede decirse que no se hallan en el mismo grado de desarrollo. No pretendemos sostener que el conjunto no presente fallos, la evidencia es la contraria; pero esta Institución considera que, al menos, el subsistema normativo ambiental no puede ya percibirse como un caos. Es un ordenamiento vasto pero estructurado, con tres niveles (estatal, autonómico y local) no desarrollados en el mismo grado, aunque en términos generales parece apropiado y es de aplicación práctica aceptablemente sencilla, considerando su casi permanente progreso y creciente precisión. No es el entramado normativo urbanístico y ambiental, en cuanto conjunto de normas de variado rango, objeto y perspectiva, el componente del sistema jurídico ambiental donde se originan las quejas. Es el otro componente, el orgánico, el que aún no ha alcanzado un desarrollo equiparable, tal que permita hablar de destreza e intuición de los modos de poner en práctica soluciones eficaces. Quizás el problema más serio es el de exceso de formalismo, hay autoridades y funcionarios que pretenden 'no tener constancia' de daños ambientales o de actuaciones administrativas potencialmente irregulares porque no se les ha dado traslado oficial de denuncias o expedientes. También hay desprofesionalización o falta de oficio cuando los órganos ambientales no intuyen que con una simple llamada de teléfono obtendrían 'constancia' de los hechos o actos que dicen desconocer oficialmente.

Sin embargo, el sistema ambiental (que incluye el urbanístico y el hidrológico) no puede funcionar sin una predisposición a la acción efectiva en los órganos administrativos, esto es en sus titulares, funcionarios y personal colaborador. El entorno habitual de la actividad administrativa ambiental es la reacción ante fenómenos naturales, los accidentes y estados de necesidad, la urgencia y la emergencia, la previsión y la inmediatez, a menudo actuando informalmente y dejando las formalidades para un momento ulterior cuando los problemas materiales han quedado atendidos, siquiera provisionalmente. Todo ello parece ser atributo exigible a la organización administrativa en materia de aguas y urbanismo. No es posible por tanto, a juicio de esta Institución, pretender el ejercicio de potestades públicas en estos campos con actitudes como las que muestra la presente monografía.

Un vertido contaminante nunca se detendrá mediante una orden escrita de precinto y sellado de los efluentes, sino con su material y efectivo precinto y sellado. Las principales deficiencias halladas en la actividad de la administración urbanística e hidráulica siguen localizadas en las funciones técnicas y materiales. Es común concebir la labor como el mero dictado de resoluciones, que casi nunca son siquiera declarativas de derechos ni de reconocimiento formal de situaciones individuales, a lo sumo imponen deberes generales y sanciones pecuniarias, ya bastante graves de por sí en

muchos casos; los regantes por ejemplo están siendo multados con importes muy cuantiosos a los que prácticamente no pueden hacer frente, desde luego por infracciones graves o muy graves, como la detracción de aguas públicas sin autorización ni concesión, títulos jurídicos que, por otro lado, han sido a menudo solicitados a la administración y cuyos expedientes duermen en las oficinas del organismo de cuenca esperando una resolución durante meses, cuando no durante años. Es indiscutible que la administración no puede actuar materialmente sin un título jurídico y formal avalado por una ley. Pero también debería serlo que un vertido sólo se detiene interrumpiendo el flujo de vertido, no meramente firmando una resolución.

Sigue pues siendo cierto cuanto manifestábamos años atrás: A pesar de la evidencia, la administración pretende que con la redacción y firma de un requerimiento, autenticado y notificado con acuse de recibo, ha hecho ya cuanto le corresponde para detener el vertido, siguiendo con el ejemplo propuesto, pese a que su carácter contaminante e ilegal ha quedado comprobado. En tales casos encuentra esta Institución que puede estar abusándose de las formalidades y del derecho, pues con ambos es posible crear una apariencia de legalidad con que excusar responsabilidades y actuaciones materiales efectivas, que son las que terminarán realmente con la situación.

A continuación presentamos una selección de las dificultades encontradas en las investigaciones, todas derivadas directamente de problemas en la organización de las unidades, servicios y en la dinámica orgánica de la gestión administrativa. Comenzamos por la omnipresente y siempre invocada escasez de medios (§3.1), sin duda la principal falta del sistema urbanístico-ambiental, cuestión en la que cabe un sinnúmero de problemas o de deficiencias de las que aquí sólo hacemos una mención, que con todo llega a incluir unas notas sobre la falta de autoridad técnica del Defensor del Pueblo. En segundo lugar tratamos específicamente la ineficacia de la legalidad (§3.2), o sea la desactivación, frecuentemente buscada por las administraciones, de los mecanismos de reacción previstos en las leyes, que existen pero no se utilizan por las más peregrinas razones. En tercer lugar nos referimos a las obras hidráulicas, que emplazamos en este apartado porque es en la organización (o desorganización) donde encontramos los principales reparos a la actuación administrativa; esto quiere decir que no nos ocupamos de los arduos problemas de financiación, que prácticamente quedan fuera del objeto de la presente monografía; pero sí incluimos sendas exposiciones sobre la seguridad de presas y embalses y sobre las actuaciones en cauces públicos dentro de zonas urbanas, el dragado de ríos y su entubamiento. Al hilo de las obras prosigue la exposición (§3.3) con un repaso, necesariamente rápido y general, al modo de control hoy ya habitual -lo que no significa adecuado en la práctica- de evaluación ambiental, el común sobre los proyectos de obras y el particular (evaluación ‘estratégica’) sobre planes y programas, incluidos aquí los planes urbanísticos. Terminamos con las infracciones (§3.4) en un tratamiento algo más pormenorizado que el dado hasta aquí, pues el régimen sancionador no ha dejado de aparecer una y otra vez en los apartados anteriores; y con el esencial derecho de acceso a la información ambiental (§3.5).

A falta de una evaluación del desempeño mejor que la plasmada en el presente informe monográfico, el Defensor del Pueblo celebra que la Orden PRE/1134/2009, de 5 de mayo (de publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros que aprueba los programas y políticas públicas objeto de evaluación por la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y Calidad de los Servicios AEVAL en 2009) establezca que en el Plan de Trabajo de Evaluaciones 2009 se incluya (punto 2.1) la *Gestión y Funcionamiento de las Confederaciones Hidrográficas*, que se inscribe en la Estrategia Española de Desarrollo Sostenible que la AEVAL, junto con el Observatorio de la Sostenibilidad, ha de realizar respecto del grado de aplicación y éxito de algunas de las políticas incluidas en ella. Se evaluarán las actividades de las Confederaciones Hidrográficas del Segura y Guadiana relativas a la protección del Dominio Público Hidráulico y a las infraestructuras hidráulicas. La fecha prevista de presentación de la evaluación es el primer trimestre de 2010 y servirá a esta Defensoría para contrastar el resultado con los obtenidos en esta monografía.

3.1 ESCASEZ DE MEDIOS

Es un lugar común justificar en la escasez de medios humanos y técnicos existente en la administración hidráulica los defectos al ejercer sus funciones y cumplir sus obligaciones. Es muy claro en las siguientes fases: restitución, disciplina, resolución de expedientes de inscripción de aprovechamiento de aguas subterráneas, y en general de otorgamiento definitivo de concesiones, de declaración de acuíferos sobreexplotados, de determinación de afecciones entre pozos, de resolución de recursos... El silencio negativo es la regla.

La justificación es admisible, ante una realidad donde la administración hidráulica no es capaz de ejercer todas sus funciones. Para empezar, a la vista de lo expuesto año tras año en los informes anuales, y dado que muchos problemas no se resuelven a causa de la falta de medios del organismo de cuenca, esta Institución considera procedente y necesario llamar una vez más la atención sobre la insuficiencia de recursos humanos y técnicos en la presente monografía.

Se revelan muy bien los problemas de la administración hidráulica cuando ejerce la potestad sancionadora. A veces los procedimientos sancionadores caducan y en otras las infracciones prescriben, así como las obligaciones de restitución de las cosas a su estado anterior. Ya se dijo en §1.1 cómo las investigaciones demuestran que los criterios y prioridades que rigen las inspecciones por las confederaciones hidrográficas responden a los fines recogidos en la ley de aguas pero son muy mejorables. Son seguramente los limitados medios humanos y la falta de disponibilidad presupuestaria las causas que explican muchas de las dificultades que encuentra la administración para detectar las infracciones. Ya aludimos a la vigilancia de una cuenca con longitud de unos 70 km, con extensión de unos 8.000 km² y muy poblada que está a cargo de sólo dos guardas fluviales, con un sector de actuación de por tanto 1.140 km² cada vigilante. Los

organismos de cuenca dicen que las inspecciones se centran fundamentalmente sobre derivaciones de aguas superficiales, identificación de aprovechamientos de aguas subterráneas no declarados, control de vertidos (en colaboración con la comunidad autónoma) y otras actuaciones que afectan directamente al dominio público hidráulico. Sin embargo la ejecución de obras en zona de policía y el control de desarrollos urbanísticos “así como otras actuaciones de escaso impacto” las denuncian cuando las detectan pero no constituyen para las confederaciones objetivos prioritarios de su inspección. Esto no es aceptable, el criterio debería residir en la gravedad, en no reunir las obras en zona de policía y los desarrollos urbanísticos con las “otras actuaciones de escaso impacto”. Por su parte, los servicios de régimen sancionador tramitan anualmente miles de expedientes sobre distintas materias. Dado lo ingente de los datos, el trabajo desarrollado por la Vigilancia del dominio público hidráulico y los instructores debe considerarse correcto en general pero sin efectividad real, sin que pueda hablarse de un verdadero “control y mejora de la calidad ambiental y el buen aprovechamiento del recurso”. Sobre todo cuando la situación se da en todas las confederaciones hidrográficas.

En materia de aprovechamientos la resolución de los expedientes puede demorarse en algunas cuencas, como la del Guadiana, hasta diez años desde la solicitud inicial del interesado (tres desde que se contrató una asistencia técnica externa al organismo de cuenca) cuando el plazo máximo fijado por la ley de aguas es de 18 meses para los procedimientos relativos a concesiones y de un año para otros expedientes relativos al dominio público hidráulico, distintos de los anteriores y de los de autorización o sancionadores (disposición adicional sexta). Por otra parte, el que las visitas de campo del personal técnico para la comprobación de los datos se retrasen hasta un año desde la publicación en el BOP del anuncio de información pública parece indicar que este tipo de personal escasea de manera alarmante, algo a lo que la Administración hidráulica debería poner remedio. La carencia de medios y la acumulación de expedientes explican el retraso, pero no lo justifican. Y si ese retraso es general, es obligación del organismo de cuenca adoptar medidas para paliarlo y corregirlo.

- *La necesidad de colaboración técnica*

Nada hay que oponer a que la administración contrate asistencias técnicas para la recopilación, comprobación y tratamiento de datos sobre, por ejemplo, los aprovechamientos de aguas en la cuenca hidrográfica. Lamentablemente, y éste es el asunto que queremos dejar aquí plasmado, tales asistencias suelen requerir bastante tiempo y cuantiosos recursos, circunstancias ambas aptas para que la administración centre en ellas la justificación de su pasividad y se ocupe en exceso de las circunstancias de la adjudicación.

La prueba de cuanto decimos es la tardanza en obtener los datos buscados, lo costoso de su obtención, y la virtual imposibilidad de que los resultados puedan contrastarse por

los particulares. Tomemos un ejemplo. En 1987 se declara provisionalmente sobreexplotado un acuífero *X* dejando fuera la práctica totalidad de una masa de agua, que llamaremos *RV*. Hay una declaración definitiva de sobreexplotación en 1994, que abarca una zona sensiblemente mayor que la declaración preliminar (o sea, incluyendo la masa de agua que hoy se denomina *RV*). Unos regantes de esta zona ampliada encargan un estudio a una cátedra de Hidrogeología de la Facultad de Ciencias Geológicas de una Universidad, un encargo excepcional porque los ciudadanos, ni tan siquiera agrupados, pueden normalmente hacer frente a este tipo de gastos. El encargo genera un Estudio Hidrogeológico para la delimitación del acuífero *X*. Este estudio analiza la documentación existente hasta la fecha, se efectúan mediciones *in situ* y se concluye que las aguas subterráneas de la zona ampliada fluyen de forma natural hacia el Este (o sea, hacia la demarcación *J*). Con base en este estudio los regantes recurren la decisión de la Confederación y en diciembre de 2003 el Tribunal Supremo anula dicha ampliación. Repárese en que los gastos del estudio podrían haber sido declarados a cargo de la parte condenada (la administración hidráulica), pero que sepamos no fue así.

En 2004 se publica el trabajo ‘Estudio inicial para la identificación y caracterización de las masas de agua subterráneas de las cuencas intercomunitarias’, dirigido por un ingeniero del entonces Ministerio de Medio Ambiente. Este trabajo define la masa de agua *RV*. Como la definición no convence en absoluto a los regantes, éstos vuelven a contratar un estudio contradictorio, y en septiembre de 2006 entregan al organismo de cuenca el “Estudio de las relaciones hidrogeológicas de la masa de agua *RV*” redactado por una geóloga. Este estudio recopila las lecturas de todos los piezómetros oficiales que existen en la zona desde 1975 hasta 2006 y dibuja cuarenta y seis planos de isopiezas con la divisoria hidrogeológica correspondiente²³. Es preciso resaltar que absolutamente todos los datos utilizados fueron obtenidos del IGME y del organismo de cuenca.

El ejemplo está tomado de un caso real tratado por esta Defensoría, de hecho la investigación sigue su curso cuando se ultima el presente informe (ya fue mencionado por otros motivos en §1.2), y está principalmente basada en lo controvertido de los datos, que a la administración hidráulica cuesta obtener pero que más aún cuesta replicar a los regantes. Para ellos, tanto la declaración de sobreexplotación ‘definitiva’ a finales de 1994 como todas las ampliaciones y cambios sucesivos posteriores se han efectuado sin ninguna base técnica que las avale; consideran que la actuación del organismo de cuenca ha sido errática y que ha cambiado continuamente de parecer (diferentes zonas de aplicación de los planes de explotación), porque no tenía ni tiene todavía ningún estudio en el que basarse para esta definición. Para ellos se trata solamente de opiniones, no avaladas con datos técnicos precisos, a diferencia de los que han aportado los regantes.

²³ Nivel piezométrico es la altura de la superficie libre de agua sobre el nivel del mar, en los acuíferos libres; en los acuíferos confinados es la altura que alcanzaría el agua en el interior de un sondeo hasta equilibrarse con la presión atmosférica.

3.2 INEFICACIA DE LA LEGALIDAD

Las sanciones no son disuasorias, no se usa la potestad de los organismos de cuenca de paralizar aprovechamientos y vertidos ilegales, o son potestades insuficientes e ineficaces; los trámites duran tanto que la realidad sobrepasa el momento de decidir y ejecutar lo decidido, la prevención reduce su ámbito a lo formal.

Ya hemos informado en ocasiones anteriores que esta Institución encuentra otra clave del problema en que ni el régimen sancionador estipulado en la ley de aguas ni su aplicación por la administración hidráulica son suficientemente disuasorios, en especial cuando los infractores mientras incumplen la legalidad obtienen beneficio por su actividad infractora. El Defensor del Pueblo tiene la impresión de que al calificar las infracciones (de dicha calificación dependerá la sanción final), los órganos instructores olvidan que (117.1 LA y 321 RDPH) las circunstancias del responsable han de ser tenidas en cuenta, en concreto su grado de malicia, participación y beneficio obtenido. Esta Institución considera además que un mecanismo legal en que los antecedentes de incumplimiento reiterado inhabilitaran durante un tiempo al infractor para obtener cualesquiera autorizaciones de vertido, e incluso concesiones de aguas, debería ser estudiado en aras de lograr un régimen sancionador más eficaz y una mejor protección de la calidad de las aguas.

Hemos tratado ya la resistencia que oponen los ayuntamientos que aprovechan sin concesión aguas para abastecimiento de población (o incumpliendo sus condiciones), o que vierten sin autorización al dominio público hidráulico (o sin cumplir las condiciones de la autorización de vertido). Se resisten a aceptar la regularización de su situación, exigida por el organismo de cuenca, alegando la consabida y crónica carencia de medios y amparándose en que la administración hidráulica, al estar afectadas las necesidades de consumo de una población, no suele dictar -ni menos ejecutar- órdenes de paralización o sellado de las instalaciones de captación o vertido de aguas. En estos casos el Defensor del Pueblo, aun aceptando que el ayuntamiento pueda tener dificultades para elaborar, por ejemplo, el proyecto técnico exigido (por carencia de medios y la falta de asistencia de la diputación provincial), advierte a la alcaldía que la legalización del abastecimiento de aguas del municipio o de sus vertidos de aguas residuales es siempre, por imperativo legal, una materia urgente y que, en consecuencia, debe ser de la máxima prioridad.

Esta Institución detecta una resistencia similar cuando se trata de sanciones y requerimientos de regularización de trabajos municipales en zona de policía y servidumbre de cauces, en los que las entidades locales no siempre acatan ni cumplen de grado las resoluciones que dicta el organismo de cuenca. La dificultad que encuentran las confederaciones hidrográficas para que las órdenes de restitución del terreno sean cumplidas por el infractor, y lo largo y costoso que resulta adoptar medidas de ejecución forzosa, vuelve año tras año a reflejarse en las investigaciones.

También sigue siendo común tener que llamar la atención de las confederaciones hidrográficas respecto de los retrasos en que incurren al dictar la resolución final del procedimiento. La falta de medios materiales y humanos explica en muchas ocasiones dicho retraso. Por ello, algunas confederaciones contratan asistencias técnicas para las inscripciones de aguas privadas en trámite, uno de los supuestos más graves de retraso, en realidad uno más de la larga cadena de demoras en que consiste la planificación hidrológica y su ejecución.

- *El deber fundamental de comprobación de los hechos*

Como explicamos con detalle en el apartado dedicado a las infracciones (§4), es casi siempre preciso reclamar a las administraciones que indiquen si está comprobada la acción, e incluso acreditada de manera suficiente la ausencia, por ejemplo, de vertidos de aguas residuales, tanto dentro de los procedimientos de otorgamiento de autorización como de actuaciones preliminares antes de la apertura de un procedimiento sancionador. Interesa conocer el resultado de las inspecciones realizadas por el organismo de cuenca sobre si la actividad denunciada contamina el dominio público hidráulico. Pero entretanto nuestra investigación se ve suspendida, pues el Defensor del Pueblo no puede realizar tales comprobaciones por sí mismo.

Hemos de traer aquí a colación dos puntos relevantes para lo que tratamos. En primer lugar la necesidad de tener en cuenta la muy relevante y ya aludida *Orden MAM /85/2008 de 16 de enero*, que establece los criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y las normas sobre toma de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales. Este reglamento será utilizado además en el punto siguiente sobre valoración de los daños y allí nos remitimos.

En segundo lugar, hemos de recordar:

1º *La necesidad de actuar de oficio*. Un organismo de cuenca no ha de esperar a la recepción de denuncias para abrir expedientes sancionadores o de restauración de la legalidad, sino que le ha de bastar la constatación mediante sus propios agentes, personal y autoridades, de hechos constitutivos de posible infracción. En ocasiones esta Institución ha encontrado que la administración indica que no se ha acreditado por los denunciadores que haya hechos incursos en infracción. Pero este criterio sobre la carga de la prueba es erróneo. Primero porque hay indicios puesto que hay denuncias, además no comprobadas; este criterio, como es sabido, ha quedado refrendado en forma muy relevante por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su conocida sentencia de 16 de noviembre de 2004 de condena a España en un asunto que desde una denuncia por ruidos prosiguió hasta la STC 119/2001. Es necesario recordar también a los organismos de cuenca que se incurre en infracción por la descarga en el medio hídrico constitutiva de riesgo objetivamente verificable que suponga su deterioro o degradación, con la particularidad de que no suele tratarse en las quejas de un mero riesgo, sino de

que la degradación ambiental según los denunciantes ya está efectivamente producida, en el pasado y actualmente. También constituye infracción la transgresión de las condiciones impuestas en una autorización de actividad, de lo cual también suele haber indicios, que a menudo no se comprueban. Cabe en estos supuestos incluso señalar la posible responsabilidad por el incumplimiento de los requisitos, obligaciones y prohibiciones establecidos en la ley, que se imputaría no sólo al titular de la actividad transgresora sino también al organismo de cuenca, conforme a las reglas generales y disciplinarias aplicables. Esta Institución espera con estos recordatorios que los organismos menos eficaces capten adecuadamente la trascendencia de sus omisiones. La administración ambiental tiene como objetivo ejercer las competencias de *velar* (cuidar con interés, observar atentamente) por el cumplimiento de las normas ambientales, desarrollar actuaciones públicas sobre protección, conservación, mejora y restauración del medio hídrico, y asegurar y mejorar la calidad del agua.

Nada de esto es reconocible ante unas denuncias por contaminación del agua donde los organismos de cuenca no sólo dan por bastante cumplimentar los trámites sólo con documentos, muy importantes pero casi siempre insuficientes por sí mismos para considerar que las reclamaciones son infundadas; sino que condicionan su reacción debida (al menos para resolver sobre la no admisión a trámite de las denuncias, inexcusablemente si contenían una solicitud de iniciación, artículo 11.2.II del Reglamento de la potestad sancionadora aprobado por RD 1398/1993) a que los denunciantes acrediten los hechos denunciados. Esto es invertir los términos de las potestades que las leyes otorgan a la administración hidráulica, cuya misión en esta materia no es presumir la bondad de la actividad denunciada, sino comprobar primero y si es preciso corregir y sancionar después las posibles infracciones. Esto forma parte de la instrucción de un expediente, que toca a la administración impulsar y no a los ciudadanos, salvo denuncias manifiestamente carentes de fundamento, lo que en las quejas recibidas resulta muy raro. Reiteramos que ésta es también la *ratio decidendi* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante el problema de la carga de la prueba (sentencia de 16 de noviembre de 2004).

2º Ahora bien, cabe desechar las *denuncias infundadas o incompletas*. Desde luego es muchas veces necesaria la iniciativa del denunciante. Si tiene oportunidad y base de conocimiento suficiente, ha de comparecer en el trámite de información pública sobre la actividad contaminante proyectada; pues de nada sirven las protestas enfáticas y las quejas una vez consumados los hechos, cuando además no se intervino antes en este tipo de trámites, cabalmente es una postura contradictoria con la pretensión. En segundo lugar, una legítima desazón por la probable situación futura en la zona se apoya en la total desorientación de algunos reclamantes que incluso desconocen que los ayuntamientos son el primer lugar a que acudir, incluso antes que al organismo de cuenca. O desconocen que pueden comparecer en el trámite de información pública y formular alegaciones, o requerir asistencia al SEPRONA y después interesarse por el curso del acta que hayan levantado los agentes; e inquirir por su resultado si es preciso. No es raro tener que señalar a los reclamantes que antes de nada deben dirigirse al

ayuntamiento, mejor que dirigir cartas al Parlamento Europeo o demandas al Tribunal de Estrasburgo (como algunos reclamantes dicen haber hecho sin antes denunciar el caso a la guardia civil, al guarda fluvial o simplemente a la policía local); que es más sencillo presentar denuncia en la oficina próxima, preferiblemente por escrito, vía en la que no parecen haber reparado. En fin, antes que cualquier otra administración o institución, quien más interesado está en un asunto como la contaminación del agua que un denunciante dice sufrir gravemente es él mismo, y si las pruebas que aporta no las hace valer en donde corresponde difícilmente obtendrá satisfacción a sus pretensiones.

En otras ocasiones una denuncia llega a un punto en que queda ya sin fundamento firme para proseguir su tramitación, que simplemente ha de terminar con el archivo del expediente. Dicho de otro modo, el denunciante no puede basar su pretensión sólo en sus declaraciones, pues por mucha diligencia que pongan las administraciones, un denunciante siempre podrá alegar -sin pruebas ni indicios de ellas- que las gestiones de éstas son insuficientes. Y de este modo una instrucción no podría terminar nunca. Aunque no puede negarse siempre en tales casos la realidad de la infracción, tampoco es posible encontrar siempre irregularidades en los controles públicos. Para proseguir la instrucción, es decir para que la administración disponga de una base en que apoyarla, no puede bastar indefinidamente y en consonancia con los antecedentes las meras declaraciones del reclamante. De hecho, para la obtención de una solución al problema, sea en sede administrativa o judicial, la parte afectada puede llegar a tener que proveerse por sí misma de pruebas o indicios: informes periciales o cualesquiera otros medios que señalen clara y concluyentemente que hay hechos constitutivos de infracción, dado que en el expediente hay instrumentos probatorios de lo contrario suficientes para la administración (y evidentemente también para esta Institución). En ese momento la situación es que no es posible mantener la convicción de que la infracción persiste, si han sido comprobados los hechos imparcialmente con arreglo a criterios objetivos. Pero al mismo tiempo es preciso dar respuesta a los escritos de un denunciante si la denuncia incluye una petición de inicio de procedimiento sancionador (artículo 11.2.II del Reglamento aprobado por RD 1398/1993). Es cierto que el artículo 13.2 del Reglamento parece obligar siempre a notificar al denunciante la decisión de iniciar un procedimiento sancionador, pero una lectura atenta de este precepto nos lleva a la conclusión de que no es así, es obligatorio 'en su caso', lo que sólo puede interpretarse en el sentido mencionado, que es literalmente el de que la denuncia incluya claramente una petición de inicio de procedimiento sancionador. A su vez, la administración no debe exigir una petición formalizada de inicio, sino que debe bastarle que la intención, la pretensión del denunciante no es la mera puesta en conocimiento de hechos sino además y sobre todo que la administración reaccione.

3º Es preciso también aclarar frecuentemente, no sólo a los reclamantes sino también a las administraciones, que hay importantes diferencias entre la figura del denunciante y la del interesado, y entre éstos y el afectado por la contaminación. Unos y otros pueden coincidir en la misma persona, pero no tiene por qué ser así siempre. En general, la administración está mucho más vinculada, en lo que a la obtención efectiva de

soluciones se refiere, a la situación del afectado, sea o no denunciante, sea o no interesado en los procedimientos, que a la del agente contaminante. Volveremos en §3.4 sobre esta cuestión, casi omnipresente en las resoluciones del Defensor del Pueblo en estos asuntos.

- *El deber fundamental de valorar los daños*

Tras la reforma del Reglamento del dominio público hidráulico operada por el RD 606/2003, su artículo 326 establece que la valoración de los daños al dominio público hidráulico se realiza por el órgano sancionador, para lo cual, además de las competencias de las juntas de gobierno, el Ministerio establecerá los criterios técnicos de su determinación. En principio, parece que la determinación de los daños debería estar ligada al menoscabo del bien afectado, es decir al perjuicio efectivamente causado al dominio público hidráulico, el cual evidentemente se ve mermado más o menos en función de las cantidades de agua que de hecho se han aprovechado indebidamente o supuestos análogos. En ese sentido se pronunciaba la redacción original del artículo 326 RDPH. No debe olvidarse que la valoración de los daños sirve para calificar las infracciones y fijar las multas e indemnizaciones consecuentes. La conducta constituye la infracción pero su calificación y su sanción dependen del daño causado.

Actualmente disponemos de la Orden MAM /85/2008, de 16 de enero, de criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y las normas sobre toma de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales. Interesa destacar de su texto lo siguiente. Primero (artículo 2) en los supuestos del artículo 326.1 RDPH los daños ocasionados al dominio público se valoran de acuerdo con los criterios técnicos determinados en la Orden y, en su caso, teniendo en cuenta los criterios generales que hayan acordado las juntas de gobierno de los organismos de cuenca, en aplicación del artículo 28.j LA. La valoración de los daños en la calidad del agua se hace atendiendo al coste del tratamiento del vertido, a su peligrosidad y a la sensibilidad del medio receptor, de acuerdo con los criterios técnicos determinados en la propia Orden. El importe de los daños al dominio público hidráulico incluye, además, el coste adicional de la restauración ambiental que sea necesaria para garantizar la reposición del dominio público hidráulico a su estado anterior, teniendo en cuenta su estado, el régimen hidrológico e hidráulico existentes y el tiempo de reversibilidad del daño causado, según el método determinado en la Orden.

Con esta guía no cabe ya aceptar resoluciones, no necesariamente sancionadoras, que no ordenen la reposición o restitución, y la indemnización de daños y perjuicios, a quien infrinja la ley de aguas.

- *Obstaculización y perjuicio de derechos de los ciudadanos. Actuaciones que la administración tiene prohibidas*

Unos de los supuestos más graves de ineficacia de la legalidad es el siguiente, que ilustramos con un ejemplo solo, de entre varios casos llegados a esta Defensoría. Se refiere al tratamiento que la administración hidráulica da a una autorización administrativa solicitada para obras en una vivienda, cuando se está supeditando el otorgamiento de dicha autorización a aspectos ajenos a los que debería tener en cuenta al resolverla el organismo conforme al marco competencial que tiene atribuido. En efecto, el artículo 54.1 RDPH dispone que las autorizaciones se otorgarán sin menoscabo del derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero. Esto significa que la confederación debe limitarse a contrastar que las características de la obra, cuya autorización se solicita, respetan y no menoscaban el dominio público hidráulico, y no forma parte de esta actividad de supervisión el control de la titularidad del espacio sobre el que se pretende realizar las obras ni, por tanto, tampoco la posible afección de éstas a otras propiedades. De ahí que sea irrelevante la alusión que hace el organismo de cuenca a la existencia de conflictos sobre la titularidad de las fincas. Estima esta Defensoría que en el supuesto de que la obra cuya autorización se solicita perjudique legítimos derechos de terceros, en ningún caso puede un organismo de cuenca condicionar el otorgamiento de una autorización administrativa a la existencia de un conflicto sobre la titularidad del terreno donde aquélla pretende llevarse a cabo. En suma, lo anterior supone que la autorización es neutral respecto de los derechos privativos que puedan afectar a la finca donde se ejecutarán las obras, cuestiones ajenas al acto administrativo de otorgamiento o denegación de la autorización.

Por lo mismo, tampoco puede admitirse que se condicione el otorgamiento de una autorización a la existencia de informes favorables de órganos de patrimonio histórico artístico o sectores análogos. Una vez más debe hacerse hincapié en que la confederación únicamente ha de velar por que se respete el dominio público hidráulico, dejando al margen cuestiones litigiosas o aquéllas otras que no son de competencia del organismo de cuenca.

También se utiliza la técnica de solicitar nuevos documentos, la mayor parte ya en poder del organismo, para retrasar la tramitación del expediente y justificar su archivo.

Si se acredita que la obra respeta el dominio público hidráulico y demás legislación de aguas aplicable, no podrá denegarse la autorización; no otorgarla invocando, por ejemplo, la existencia de un conflicto sobre la titularidad de la finca, o bien la no aportación de una escritura pública que acredite la propiedad, supone condicionar el otorgamiento al cumplimiento de un requisito no exigible. La confederación está sujeta, para otorgar o denegar la autorización administrativa, a la legislación de aguas; y no puede hacer depender su decisión sobre la autorización de la legislación civil. El organismo estaría amparando sus decisiones en una legislación que no le corresponde aplicar. Las relaciones civiles no son asunto del organismo de cuenca sino de los afectados y en última instancia del juez.

El organismo pues está utilizando una potestad propia, la de otorgar o denegar una autorización administrativa, para alcanzar un fin no previsto en la legislación de aguas como es la protección de los derechos de los otros posibles comuneros de una finca. Y ésta es precisamente la descripción de la causa de anulabilidad de la actuación u omisión administrativa incurrida en desviación de poder (63.1 LPC), es decir utilizar una potestad administrativa para un fin distinto al que sirvió para configurarla.

Veamos el tortuoso proceder de un organismo de cuenca, que lleva a esta Defensoría a albergar serias dudas acerca de la finalidad de su actuación:

a) Dice que un expediente sobre autorización de obras en zona de policía se encuentra en fase de “solicitud de informe al Ayuntamiento” y “de petición de información pública”, expresiones incorrectas (una solicitud y una petición no son *fases* de ningún procedimiento). El artículo 78 RDPH requiere *notificar* al ayuntamiento la petición y la resolución, no su informe; y de los artículos 52 RDPH y 83.3 LPC se deduce que de no recibirlo en el plazo de diez días la tramitación por la confederación habría de proseguir el procedimiento. Trascurridos más de ocho meses, la producción de silencio negativo no exime de resolver al organismo. Hay indicios de obstaculización del ejercicio de derechos ciudadanos si encontramos una utilización innecesaria de trámites en forma conscientemente dilatoria, salvo prueba concluyente de que son trámites necesarios (proyecto distinto, cambio sustancial de circunstancias).

b) Las solicitudes de informe municipal no se basan en “lo dispuesto en el reglamento del dominio público hidráulico” como en un primer momento sostuvo el organismo de cuenca, sino en la legislación básica de régimen local, concretamente en un precepto con previsiones relativas a autorizaciones en dominio público (hidráulico en el caso de la administración de aguas), y no para zona de policía de arroyo, que es el asunto que nos ocupa.

c) Si en la información pública un ayuntamiento se retrasa en su tramitación, entonces el organismo de cuenca debería proseguir la tramitación y no dejarlo en suspenso.

Por tanto, esta Defensoría no puede en modo alguno compartir el parecer del organismo de cuenca de que éste tramite los expedientes siguiendo las normas y formalidades, y mucho menos que lo esté haciendo “escrupulosamente”, como pretende, salvo que entendamos “escrupulosamente” en el sentido de utilizar trámites que, por innecesarios (informe municipal) o sin la celeridad debida (retrasos injustificados), sólo sirven para perjudicar el derecho de la reclamante. Téngase presente en fin que un procedimiento administrativo no es “incoado” por el interesado, como expresa la confederación, sino por el propio organismo de cuenca, bien de oficio bien *con ocasión ó a solicitud* de la interesada (artículo 68 LPC). Esta Defensoría considera que este tipo de confusiones pueden dar idea de leves pero a la postre decisivos errores en que incurre la administración en la tramitación de los procedimientos.

3.3 LAS OBRAS HIDRÁULICAS

3.3.1 Seguridad de presas y embalses

Téngase en cuenta ante todo que un embalse en sus distintas fases del ciclo de vida (proyecto, construcción, puesta en carga, explotación y estado de fuera de servicio) sólo son conformes si cumplen los requisitos y condiciones técnicas del reglamento técnico de seguridad de presas y embalses, aprobado por orden de 12 de marzo de 1996 del Ministerio de obras públicas, transportes y medio ambiente. Pero lo mismo que no corresponde a esta Institución entrar a valorar los efectos e idoneidad de las soluciones de ingeniería hidráulica, salvo casos extremos de inidoneidad manifiesta, menos aún parece posible valorar las soluciones técnicas en cuanto a seguridad. Naturalmente sí importa comprobar que la reglamentación técnica se cumple.

Los terrenos anegados por las aguas o vaso de un embalse constituyen dominio público hidráulico (artículo 2.c y 9.2 LA). Los terrenos contiguos al embalse que hayan sido expropiados son también demanio estatal, lo mismo que las restantes instalaciones de regulación sobre ellos construidos, todo forma parte de una obra hidráulica de interés general a la que es de aplicación el artículo 127 LA en cuanto a la exención de licencia municipal.

Ante todo, el organismo de cuenca no está obligado a garantizar el acceso a determinados lugares a través de terrenos demaniales ni tampoco respecto a la mayor o menor utilización de zonas colindantes. A partir de ahí, y de conformidad con el reglamento técnico de seguridad de presas y embalses, no debe ponerse en explotación ningún nuevo embalse cuya presa haya sido clasificada de categoría A sin que se haya aprobado su correspondiente *plan de emergencia*, lo que debe hacerse antes de que hayan transcurrido dos años desde la resolución de la clasificación. Tal y como exige el artículo 7 del reglamento técnico, la presa dispone de su correspondiente plan de emergencia ante el riesgo de avería grave o rotura para cada una de las fases contempladas en el artículo 24 del mismo reglamento. Una vez aprobado, previo informe de la Comisión nacional de protección civil, se implanta. A lo anterior se añade que el llenado del embalse no se produce hasta que no finalice la implantación del plan de emergencia (artículo 30.1.d del reglamento citado, que exige al titular de una presa clasificada en los grupos A o B tenerlo aprobado y adecuadamente implantado antes de su entrada en servicio).

Lógicamente y dado lo anterior, han de ser admitidas las quejas que denuncian la puesta en carga de un embalse, aun parcial o en pruebas, antes de tener plan de emergencia. Sin embargo no se reciben apenas quejas sobre este aspecto de los embalses, sino que se refieren al impacto ambiental, primordialmente. Quede pues este breve apartado como señal de la importancia del asunto y, simultáneamente, de la casi total ausencia de quejas al respecto.

3.3.2 Evaluación ambiental de los proyectos

Consideramos necesario centrar un momento el curso de la exposición en observar con detalle este elemento esencial del proceso de decisión, de un plan, de programas de actuación, de proyectos de urbanización, de obras de construcción, de obras hidráulicas principalmente en lo que ahora importa.

La evaluación de impactos, y una de sus especies -la evaluación estratégica de planes y programas- tiene para el presente informe más de una faceta que tratar y alguna resulta inconveniente para la función que la ley le asigna, inherentemente preventiva. No haremos aquí una exposición completa del parecer de esta Defensoría, sino sólo en lo que atañe a los impactos derivados de actuaciones relacionadas con los recursos hídricos.

- *Cuestiones generales sobre una evaluación de impactos de proyectos bien hecha*

Hemos insistido en monografías anteriores, ante irregularidades del EstIA, acerca de que desde por lo menos la Ley General de Obras Públicas de 1877, cualquier obra de envergadura precisa de un proyecto técnico previo que debe contener, además de la descripción de las obras y su finalidad, la ponderación de los efectos “de todo orden” que aquéllas tendrán o podrán tener una vez ejecutadas. Por lo tanto, un proyecto de obras que no contiene una evaluación de los efectos dimanantes de su ejecución es un proyecto defectuoso, esté o no contemplado ese proyecto en los anexos de las leyes y reglamentos sobre evaluación de impacto, en virtud de los cuales se exige la realización de una evaluación de sus impactos por un procedimiento *reglado*. No es por tanto adecuado a la finalidad de las leyes y reglamentos sobre evaluación de impacto restringir el debate sobre la necesidad o no de evaluar un proyecto de obras a si éste queda o no contemplado en el anexo o nomenclátor de actividades sujetas a evaluación.

Recordemos también que, por las mismas razones, si un proyecto de obras para el que las leyes y reglamentos sobre evaluación de impacto ambiental exigen expresamente que sea sometido a evaluación, no fuera evaluado conforme a las exigencias procedimentales aunque sí conforme a otras equivalentes, podrá deducirse que ha habido infracción formal de esas reglas procedimentales pero no que no ha habido evaluación de impacto. El elemento clave del procedimiento reglado de evaluación de impacto es la participación pública en su desarrollo y el grado de contraste de pareceres entre administraciones e instituciones y ciudadanos; tal participación en la mayoría de los casos atinentes a obras de envergadura o trascendencia queda garantizada no sólo por la normativa sobre evaluación sino por las disposiciones sustantivas, en este caso la ley de aguas y en cualquier caso por la Constitución y la ley de procedimiento común.

Por eso, si se pierde de vista el carácter y finalidad de la exigencia general de evaluar los impactos de los proyectos de obras, es muy posible que se alcancen conclusiones erróneas y hasta opuestas al fin buscado, que es preservar el ambiente adecuado o en su caso restaurarlo. Si constatada una necesidad se adopta una decisión razonable sobre el modo de satisfacerla, pretender el cumplimiento a toda costa de las reglas de procedimiento puede llevar a que éstas queden en efecto respetadas pero también a que el problema o necesidad de fondo sigan sin recibir una respuesta efectiva.

Hay que añadir que la evaluación de impacto es una actividad esencialmente no jurídica y que una declaración de impacto no es tanto un acto administrativo del que haya de predicarse su validez o invalidez como una opinión técnica, que debe alcanzarse con arreglo a la ley pero sobre la cual cabe hacer valoraciones acerca de su aptitud o corrección con arreglo a parámetros objetivos no jurídicos, sino técnicos y científicos; de la evaluación ha de exigirse plausibilidad y asentimiento. En ese sentido debe precisarse una vez más que a esta Institución no le resulta posible valorar la viabilidad técnica de las decisiones administrativas ni enjuiciarla. No obstante, no perdamos de vista que la evaluación ambiental es una tarea técnica pero regulada jurídicamente, y en la medida en que es así podemos apreciar su validez o invalidez y así lo hace el Defensor del Pueblo cuando examina la posible insuficiencia de datos de un EstIA, o halla contradicciones entre el estudio y la declaración de impacto, o encuentra falta de fundamento en las valoraciones realizadas en la declaración, o falta de plasmación expresa de las razones que fundamentan la DIA, o cuando sostiene que la validez de la DIA se puede impugnar separadamente.

Es verdad que una declaración de impacto ambiental favorable condicionada al cumplimiento de condiciones sustanciales es equivalente a una declaración de impacto ambiental desfavorable, con la trascendental diferencia de ofrecer una apariencia de viabilidad del proyecto evaluado que se compadece mal con el principio de seguridad jurídica y las exigencias de la apariencia de buen derecho, de la buena fe y de la confianza legítima en las instituciones formales y procedimentales (artículo 3.1 LPC). Por ejemplo, el que la solicitud de informes por el órgano evaluador sea potestativa no significa que una declaración de impacto sea válida si no se ha dispuesto de información suficiente para adoptarla. La declaración de impacto será formalmente válida pero su opinión sobre la viabilidad del proyecto (que eso es en sustancia una declaración de impacto ambiental, una valoración) no estará o podrá no estar debidamente fundada, técnica y científicamente fundada y carecerán de apoyo en la opinión pública. Las autorizaciones sectoriales no necesariamente subsanan estos defectos.

No obstante, las irregularidades en el respeto a las formas pueden en muchas ocasiones no ser causa de invalidez, por ejemplo por convalidación. El supuesto extremo es el de una declaración de impacto, inobjetable desde el punto de vista de los estándares profesionales, que sin embargo es adoptada por un órgano manifiestamente incompetente. Estaríamos entonces ante una declaración de impacto nula de pleno derecho, sin lugar a dudas; pero no es por ello una declaración de impacto

completamente insubsanable en el sentido de inviable e inútil. Puede no ser preciso entonces declarar la nulidad de actuaciones y comenzar de nuevo desde el principio, pues cabe la posibilidad, más práctica, de reutilizar los materiales documentales obtenidos, que previsiblemente no van a poder ser mejorados, y dictar una nueva DIA en términos equivalentes, con economía de medios y tiempo, desde luego con audiencia de todos.

Las actuaciones, sin ser objetivamente irregulares en el sentido de que no se toman decisiones con efecto material-ambiental adverso, pueden sin embargo revelarse sinuosas y faltas de claridad, lo que lleva indefectiblemente a suscitar dudas a los terceros, razonables y legítimas, especialmente a quienes podrían afectar respecto del derecho general a disponer de información suficiente y apta para permitir o facilitar la participación ciudadana en la evaluación de impactos. Además, un enrevesado *iter* procedimental dificulta supervisar las actuaciones administrativas. Esta Institución considera necesario señalar que hay a menudo irregularidades formales no estrictamente invalidantes del procedimiento de evaluación, pero sí denotan confusión en el ejercicio de las potestades públicas.

Por otro lado, en los procedimientos pueden y deben estudiarse las alternativas, siempre se pasa algún trámite de información pública y se da contestación -muchas veces formularia- a las alegaciones presentadas por los interesados. En la resolución que ponga fin al procedimiento la administración debe decidir sobre todas las cuestiones alegadas por los interesados, pero no debe asumirlas en todo o en parte, únicamente está obligada a tomarlas en consideración, bien para aceptarlas, bien para rechazarlas motivadamente. Por otra parte, la respuesta razonada que debe dar un organismo de cuenca a quienes presenten alegaciones u observaciones durante la información pública puede ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales.

Además, durante la tramitación del proyecto puede decidirse en muchos casos, al amparo de la ley, que no es necesario someterlo al procedimiento de evaluación ambiental, aunque virtualmente siempre se exige un estudio de sus efectos ambientales con medidas correctoras.

Es también importante recordar que la posible degradación ambiental -evaluada o no, prevista o imprevista- es competencia de la administración sustantiva antes que de cualquier otra. Es cierto que el órgano ambiental cuenta desde luego con un papel propio en el asunto, pero es específico y subsidiario respecto del papel directo que tiene -en este caso- la administración hidráulica. El conjunto de medidas ambientales a las que se somete una obra pública deben ser vigiladas por el órgano competente por razón de la materia. Tal función tiene como objetivos (a) velar para que, en relación con el ambiente, la infraestructura se realice según el proyecto y según las condiciones en que se hubiere autorizado, lo que exige inevitablemente (b) determinar la eficacia de las medidas de protección ambiental contenidas en el título, para lo cual a su vez es preciso

(c) verificar la exactitud y corrección de la evaluación ambiental realizada (sea del tipo que sea), pues si es inexacta o incorrecta será necesario hacer otra. Pero debe recordarse lo inaceptable de entender que la competencia del órgano sustantivo en la vigilancia del cumplimiento por el promotor de las obras de las condiciones impuestas por el órgano ambiental prive a éste de las suyas en una vigilancia complementaria.

Si se trata de obras del Estado, la comunidad autónoma ha de interesarse igualmente por el curso de las obras que se ejecutan, lo que equivale a decir que la titularidad de las obras no priva de potestades al órgano ambiental ni significa que las obras dejen de ejecutarse en el territorio de una comunidad autónoma. La concepción de la competencia como compartimiento estanco es contraria al deber, derivado de las relaciones interadministrativas, de ponderar la totalidad de los intereses públicos implicados cuando se ejercita (obligatoriamente, no potestativa ni facultativamente) la propia competencia (4.1.a LPC). Si están implicados los intereses generales de todos los ciudadanos del Estado, entonces la competencia ambiental primaria es estatal; precisamente por tal motivo están implicados los intereses de la comunidad autónoma, quien puede legítimamente (y debe) hacer un seguimiento del curso de los acontecimientos, y no considerarse completamente desapoderada, hasta para pedir información.

- *El carácter preventivo de la evaluación de impactos*

El carácter preventivo de la evaluación de impacto ambiental es condición esencial de ese procedimiento, su fin es facilitar información adecuada sobre los impactos significativos ambientales de un proyecto para que puedan tenerse en cuenta en el momento de su autorización (directivas 85/337/CEE, 97/11/CE, y RDLg 1302/1986, STC 13/1998, fj 4). Así pues, a juicio de esta Defensoría resulta necesario que la declaración de impacto ambiental DIA sea previa a la autorización de los proyectos por el órgano sustantivo. El artículo 4 RDLg 1302/1986 disponía que “*con carácter previo a la resolución administrativa que se adopte para la realización o, en caso, autorización de la obra, instalación o actividad de que se trate, el órgano competente remitirá el expediente al órgano ambiental... al objeto de que éste formule la Declaración de Impacto Ambiental*”. Nos resulta indiscutible que la DIA ha de formularse sobre un proyecto (con arreglo a la definición dada por el anexo 1 RD 1131/1998) y no sobre obras o instalaciones ya construidas, y que se trata de un trámite esencial cuya omisión puede determinar la nulidad de la autorización sustantiva, cuyo sentido expreso vincula como el que más la ejecución del proyecto e incluso puede determinar su inviabilidad, su insostenibilidad ambiental.

La evaluación ambiental ha de tener lugar durante el procedimiento de autorización de un proyecto, antes de su autorización y desde luego antes del comienzo de las obras de construcción. La idea básica es que la evaluación ambiental no se quede en un 'trámite' añadido a un proyecto ya construido, convirtiéndose en una suerte de permiso para

impactar concedido *ex post*, sino en un examen de si tal proyecto es ambientalmente viable. Ello va inextricablemente unido a su carácter previo y preventivo. Dicho de otro modo, la evaluación ambiental debe sustanciarse en las fases iniciales del procedimiento de autorización, ha de permitir prevenir realmente -y no sólo formalmente- los impactos, e incluso permitir sopesar no autorizarlo, todo lo cual parece cuando menos difícil, si no imposible, cuando el proyecto se encuentra ya ejecutado y por tanto la realidad natural ya está alterada de hecho. Sabemos de lo complicada y costosa que es la restauración en caso necesario (por ejemplo si no es ambientalmente viable). Dado lo difícil que resulta cumplir las obligaciones de restitución, parece imposible que la realidad física ya materialmente alterada no condicione el sentido de la declaración ambiental formulada *ex post*, entre otras cosas por lo difícil que resultaría para las administraciones públicas decretar en estos casos la inviabilidad ambiental del proyecto. En consecuencia, a juicio de esta Institución realizar o autorizar un proyecto sin haberlo evaluado previamente subsanando posteriormente tal omisión, pervierte el sentido y el fin de la evaluación ambiental.

Las características de la evaluación de impacto ambiental llevan a concluir que debería ser un trámite no subsanable, esto es que una vez realizada una obra o actividad con omisión de este procedimiento no cabría una evaluación *a posteriori*. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado reiteradamente en el sentido de que la omisión de la evaluación de impacto ambiental es subsanable. Es decir, de acuerdo con el parecer dominante, si bien la omisión de la evaluación ambiental acarrea las medidas previstas de reacción (nulidad o anulabilidad del acto de autorización o aprobación del proyecto, inicio de procedimiento sancionador, suspensión de las obras o actividades, restitución de la realidad física alterada, indemnización de los daños ocasionados), la omisión no impide que pueda cumplimentarse *a posteriori* mediante la tramitación del procedimiento correspondiente. En ese sentido y entre otras las SSTS de 13 de enero de 1998 (RJA 231), 20 julio 1998 (RJA 5878) y 9 abril 1999 (RJA 3279) consideran subsanable no haber realizado el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, haber omitido el estudio de impacto o el trámite de información pública, y retrotraer las actuaciones al momento en que debieron sustanciarse.

En algún expediente se aprecia que el proceder del órgano ambiental es inicialmente coincidente con la doctrina dominante, o sea que el conocimiento de que se habían iniciando obras a través de una denuncia no es obstáculo para la tramitación del procedimiento de evaluación de impacto *ex post*, ni para que de forma paralela se instruya expediente sancionador, que puede incluir una orden de paralización de las obras.

- *La deficiente valoración de impactos. Motivación y fundamentación expresa de la DIA*

Nuestro parecer es que una deficiente valoración de impactos lesiona el derecho al medio ambiente de los afectados por la obra hidráulica porque el juicio sobre la viabilidad del proyecto que supone resulta ficticio. Por poner algunos ejemplos, si (a) se estima una distancia a los núcleos residenciales habitados más próximos que no se corresponde con la real, que resulta en realidad ser mucho menor; (b) omite el desarrollo urbanístico residencial del entorno previsto en el PGOU correspondiente; (c) omite el análisis de la acumulación de efectos ambientales derivados de las infraestructuras ya construidas en las inmediaciones; y (d) omite la consulta al ayuntamiento del término municipal que resulta principalmente afectado. Todo ello es causa de nulidad de la Declaración de Impacto Ambiental.

Si la ejecución de la obra puede producir una serie de impactos que no han sido evaluados (o no lo han sido correctamente), es forzoso concluir que el informe ambiental es defectuoso, no que los impactos cuentan con amparo legal. Esa segunda conclusión sería opuesta al sentido de la normativa preventiva y correctora de impactos. El resultado de los análisis ambientales (reglado o no) no es un “permiso para impactar”. Si hay impactos y no han sido evaluados, ni por tanto hay previsiones para evitarlos o corregirlos, entonces se necesita una nueva evaluación por insuficiencia o incorrección de la realizada. Si de todo ello se desprende que pueden generar daños imprevistos y/o excesivos al entorno, no habrá de ser construida la obra que los puede causar. Y en caso de que esté ya construida habrá que replantearse la oportunidad y posibilidad de modificarla o restituir las cosas a su estado anterior. A esos efectos, la atribución al órgano ambiental de la facultad de informar negativamente, en el curso del procedimiento reglado de evaluación ambiental, la realización de una determinada obra no excluye que el órgano sustantivo deba prohibirla por su propia iniciativa.

Esta Institución también considera que todas aquellas decisiones valorativas y sus razones, que sean esenciales para justificar la inviabilidad o viabilidad de un proyecto y que tienen lugar a lo largo del proceso de evaluación de impacto ambiental deben aparecer de forma expresa en la DIA que se dicte (aunque sea de forma sintética). A modo de ejemplo, incurre en un déficit de valoración aquella declaración de impacto en la que nada se dice expresamente sobre las razones que justifican la elección del emplazamiento, ni se compara éste con otras alternativas, ni sobre la incidencia en el pueblo cercano, ni sobre la acumulación de efectos. Además, el Defensor del Pueblo cree contrario al espíritu de la normativa vigente que los impactos se deduzcan de las medidas correctoras fijadas y no a la inversa. Una declaración de impacto ambiental debe ser una fotografía en positivo, no en negativo. Tampoco nos parece razonable que la declaración de impacto, en vez de recoger de manera ordenada y sistemática todos los impactos, fijando de manera expresa y fundada las medidas correctoras correspondientes, se limite en algunos aspectos a hacer una remisión a las medidas correctoras contempladas en el EstIA “*en lo que no contradigan a esta Declaración*”. Esta Defensoría considera insoslayable en una evaluación ambiental valorar (a) el emplazamiento y su incidencia en las localidades cercanas, describiendo expresamente los impactos e imponiendo correcciones; (b) realizar un examen de la posible

acumulación de efectos del proyecto con los de otras infraestructuras, instalaciones y/o actividades situadas en la misma zona; y (c) que el resultado de tal estudio aparezca recogido en la DIA. No basta con que tales valoraciones se hayan realizado en algún momento del procedimiento de evaluación ambiental si no constan en la DIA, porque si bien ello implica que no se ha incurrido en un déficit de valoración, se convierte también en un importante problema de motivación de la resolución adoptada, que incluso podría causar indefensión y ser invalidante.

Además, si la comparación con otras alternativas y la decisión sobre el emplazamiento se encuentran en otro acto o disposición, por ejemplo de naturaleza estratégica, debería hacerse una referencia expresa a éste en la declaración de impacto, en la que también deben aparecer descritos, valorados y corregidos todos los impactos concretos y su acumulación. El hecho de que el artículo 7 LEIA obligue al promotor a incluir en el estudio de impacto ambiental (que como su nombre indica es un estudio y no una evaluación propiamente dicha) la descripción de los impactos del proyecto, así como su valoración y la propuesta de medidas correctoras, no exime a la administración pública de su función de arbitrio y defensa de los intereses generales. La administración (no el promotor) es la titular de la potestad de evaluación ambiental del proyecto. Si bien es cierto que a esos efectos se basa en los datos y valoraciones del promotor, eso no significa que pueda inhibirse de pronunciarse fundada y expresamente sobre tales datos y valoraciones. La administración, a través de su órgano ambiental, debe decir, de forma detallada, expresa y motivada, si le parecen bien descritos los impactos por el promotor y adecuadas las medidas correctoras, así como añadir en su caso aquellos impactos que no aparezcan en el EstIA y corregirlos. De lo contrario, se inhibe de sus funciones y pervierte el sentido y fin de la evaluación ambiental toda vez que la valoración de los efectos que la ejecución de un determinado proyecto tenga sobre el medio ambiente se deja en manos de su promotor. Por otra parte, ni los interesados ni el público en general pueden conocer en su conjunto los elementos esenciales que fundamentan la resolución de un procedimiento, el de evaluación ambiental, que esta Defensoría considera esencial. No debe olvidarse que en cumplimiento del artículo 54 LPC han de motivar suficientemente sus actos, haciendo referencia no sólo a las normas jurídicas que los fundamentan, sino también a las razones por las que tales normas imponen la resolución que se adopta. Para motivar un acto administrativo es preciso reconducir la decisión contenida en él a una norma jurídica que ampara tal decisión o de cuya aplicación surge. Pero, además, el cumplimiento del requisito formal de la motivación exige una argumentación, si no extensa y detallada sí racional y suficiente, en la que se exterioricen las razones, de hecho y de derecho, que sirven de fundamento a la decisión administrativa.

En ese mismo orden de ideas esta Defensoría considera que las contestaciones dadas por el promotor a las alegaciones presentadas en la información pública deben ser estudiadas y valoradas por la administración, y que dicha valoración debe estar recogida en la declaración de impacto que se formule. No es admisible que simplemente se mencione que “... han sido contestadas por el promotor y estudiadas por la Comisión

de Prevención Ambiental.” ¿Se han dado por buenas las contestaciones? ¿Ha sido aceptada alguna alegación? ¿Por qué? También aquí el no incluir al menos un resumen de tal ejercicio constituye una suerte de abandono por parte de la administración de la tarea de arbitrio y defensa de los intereses generales, que no es aceptable. Si la administración no da una respuesta razonada a cada uno de los alegantes, debe haberlo hecho mediante la resolución que puso fin al procedimiento de evaluación de impacto ambiental. Para ello, dicha resolución debía haber analizado las alegaciones recibidas y darles respuesta, una vez clasificadas y agrupadas en función de su naturaleza y contenido.

No obsta a lo anterior que la autorización sustantiva sí recoja un examen de todas las alegaciones formuladas durante la información pública del proyecto. Es verdad que el procedimiento de evaluación ambiental se inserta dentro del procedimiento sustantivo de autorización y que la respuesta razonada de la administración a las alegaciones puede producirse en la resolución que ponga fin al procedimiento y puede ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales (artículo 86.3 LPC). Pero, a juicio de esta Institución, el procedimiento de evaluación que termina con la declaración de impacto ambiental no es un trámite más del procedimiento principal y sustantivo, es un trámite *cualificado y esencial*, con sustantividad propia, que condiciona la viabilidad del proyecto y por tanto su autorización, por lo que su resolución final no puede considerarse un acto anejo a la resolución sustantiva. Es un acto administrativo de juicio materialmente autorizador que resulta deformado y desvirtuado si no contiene al menos un resumen del resultado del examen de las alegaciones ambientales presentadas y su fundamento. De lo contrario, se dificulta su impugnación separada y por tanto el control de su legalidad.

La impugnación separada de las declaraciones de impacto ambiental ha sido una cuestión ampliamente debatida en la doctrina especializada y la jurisprudencia, existen argumentos encontrados y legislación autonómica que permite la impugnación separada como la de Canarias, Murcia o Aragón. Se defiende lo que se defiende (que la declaración de impacto ambiental es un acto administrativo definitivo que pone fin al procedimiento de evaluación o que es un acto de trámite cualificado) el artículo 25 de la ley 29/1998, de 13 julio, establece la impugnación de los actos de trámite si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Y en idéntico sentido, el artículo 107.2 LPC. A luz de ambos artículos, las declaraciones de impacto ambiental son impugnables en tanto que son actos que deciden, directa o indirectamente (al dar viabilidad ambiental al proyecto), sobre el fondo del asunto o causantes de perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos.

- *Los proyectos de grandes obras hidráulicas deberían someterse a alguna forma de evaluación estratégica*

Encontramos casos en que se justifica los impactos ambientales de un embalse (numerosos y muchos severos, de acuerdo con el estudio de impacto ambiental EstIA) por el “interés general” del proyecto. Se funda principalmente en la necesidad, por ejemplo, de mantener tierras en regadío con aguas subterráneas. Cabe entonces preguntarse qué otras opciones y alternativas técnicas han sido estudiadas, distintas de la construcción de una gran infraestructura hidráulica como es un embalse y cuyo impacto sea mucho menor, tales como la mejora de las redes de distribución o de los sistemas de riego; y qué razones hay para desecharlas. Se trata de conocer lo que llamamos opciones estratégicas y cuáles se han manejado para solucionar un problema, de escasez de agua por ejemplo.

El estudio de la viabilidad técnica, económica y ambiental de las infraestructuras hidráulicas es una suerte de evaluación ambiental estratégica, que ha de consistir en un análisis comparativo en términos socioeconómicos y ambientales, de todas las soluciones posibles al problema planteado. Por eso, algunas de las cuestiones se refieren a este tipo de análisis *estratégico* y no al impacto ambiental *concreto* del embalse. Es decir, se plantean cuestiones vinculadas a las razones que justifican la elección de la alternativa de construir un embalse para solucionar el problema del déficit hídrico de un acuífero, y cómo se alcanza el índice de insostenibilidad que haga buena la alternativa cero, o sea no construir el embalse.

No debe olvidarse que la ponderación de los intereses socioeconómicos que motivan la obra pública con los intereses ambientales constituye un mandato constitucional recogido en el artículo 45.2 CE (*los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales*). Es también un mandato comunitario derivado del artículo 174 del Tratado de la Comunidad Europea (antiguo 130R), según el cual la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente debe contribuir a la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente y a la utilización prudente y racional de los recursos naturales. Misión ésta que exige integrar los aspectos ambientales en la decisión de acometer obras públicas por parte de las administraciones de los Estados miembros y consiste, pues, en analizar y elegir entre las distintas opciones estratégicas que pueden solucionar el problema detectado ponderando no sólo los intereses socioeconómicos en juego sino también los ambientales. Asimismo, consiste en poder seleccionar entre el abanico de alternativas técnicas que pueden dar solución a la opción estratégica elegida, la más adecuada en función de sus efectos económicos y ambientales.

Los proyectos de obras públicas suelen ser respuesta a un problema determinado que se decide solventar. Y precisamente ahí reside, a juicio de esta Defensoría, la insuficiencia de las diferentes evaluaciones ambientales que exige la normativa sectorial a las obras públicas ya que lo que habitualmente se evalúa es la posible degradación ambiental y las consecuencias socioeconómicas que causará un concreto proyecto de obra pública elegida como solución a un específico problema o como materialización de una decisión

política determinada, pero no suelen compararse las consecuencias de las distintas soluciones que efectivamente existan, incluida la de no realizar obra alguna. Es decir, no se evalúan a la vez las distintas soluciones existentes a un problema determinado, que sería la única manera de tener una visión integral y de conjunto. A modo de ejemplo no se evalúa el proyecto que podríamos denominar “Soluciones al estado del río X a su paso por el municipio Y” sino el “Proyecto de adecuación de las márgenes del río X a su paso por el municipio Y”. De esta manera, a nuestro juicio, la evaluación nace coja, más aún si la concreta solución técnica, ya elegida antes de haber hecho ningún análisis ambiental, es evaluada insuficientemente, tanto en lo que se refiere a la ponderación de alternativas como a la valoración del impacto y las medidas correctoras, a la vez que no se estudia la posibilidad de no realizar el proyecto.

Nuestro parecer es pues que la evaluación de la obra pública no debe conformarse con sólo analizar sus consecuencias concretas sino que debe incluir consideraciones de naturaleza estratégica, porque en cualquier tipo de evaluación ambiental la materialización del procedimiento debe ser consecuente con el objeto evaluado. Esta adecuación o congruencia entre el objeto evaluado y el procedimiento de evaluación constituye una propiedad intrínseca a la evaluación ambiental, que la fundamenta y sin la cual pierde todo su sentido. Por eso, la evaluación ambiental debe consistir en permitir que el órgano decisorio tenga todos los elementos de juicio necesarios para pronunciarse sobre la realización o no de la obra pública de que se trate, no sólo por motivos económicos y sociales sino también ambientales. De otra forma quedaría desvirtuado el carácter preventivo, es decir el fundamento y los fines de la actividad evaluadora, convirtiéndola además en parcial e irrelevante, en un acto destinado tan sólo a minimizar el impacto (y/o justificar) la solución ya elegida. Dicho de otro modo, en una suerte de permiso para impactar.

3.3.3 La evaluación estratégica de planes y programas

En 2004 decíamos que los problemas referidos a los conceptos de evaluación adecuada y evaluación estratégica se han suscitado en relación con una investigación realizada por el Defensor del Pueblo respecto a una presunta falta de evaluación adecuada de los efectos del PHN sobre los LIC propuestos por España, pero las conclusiones son fácilmente extensibles a otros supuestos imaginables.

- *El caso del Plan hidrológico nacional*

En primer lugar debemos retener que el derecho comunitario contiene dos tipos de evaluación ambiental: la evaluación de impacto ambiental (EIA) y la evaluación ambiental estratégica (EAE). La EIA consiste en una evaluación de las consecuencias ambientales de proyectos de obras, instalaciones o actividades concretos y se encuentra

regulada en las directivas 85/337/CEE y 97/11/CE, transpuestas desde hace tiempo (real decreto legislativo 1302/1986 y ley 6/2001). Por su parte, la directiva 2001/42/CE, que no había sido todavía transpuesta cuando se tramitaba la ley, pese a haber vencido el plazo el 22 de julio de 2004, introduce el concepto y el régimen jurídico de la EAE. Esta evaluación estratégica se refiere, dicho en la terminología comunitaria, a los planes, políticas y programas y no a los proyectos de obras o instalaciones concretos. Consiste en analizar y elegir entre las distintas opciones estratégicas que pueden solucionar el problema detectado, ponderando no sólo los intereses socioeconómicos en juego sino también los ambientales. Asimismo debe elegirse entre el abanico de alternativas técnicas que pueden dar solución a la opción estratégica elegida, elegida en función de sus efectos económicos y ambientales. Como quiera que el fin de la evaluación ambiental estratégica -que puede considerarse una determinación del principio de prevención- es lograr que las consecuencias que producirá sobre el ambiente una política, plan o programa sean debidamente tenidas en cuenta en la fase más temprana (de preparación) del proceso decisorio, en las mismas condiciones que las consideraciones de índole económica y social; la EAE debe incorporarse a las etapas previas del proceso de adopción de decisiones públicas. A juicio de esta Institución, pese a no estar en aquel momento transpuesta la directiva 2001/42/CE, el PHN debía haber sido sometido antes de su aprobación legislativa a una EAE, entre cuyos contenidos hubiera debido incluirse el estudio estratégico de su incidencia en los lugares propuestos por el Estado para formar parte de la Red Natura 2000.

Esta aseveración se apoyaba en cuatro argumentos: *a)* La ponderación de los intereses socioeconómicos que motivan la planificación y la obra pública con los intereses ambientales constituye un mandato constitucional (artículo 45.2 CE: “los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales”). Es también un mandato comunitario derivado del artículo 174 del Tratado de la Comunidad Europea (antiguo 130R), según el cual la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente debe contribuir a la conservación, protección y mejora de la calidad del medio ambiente y a la utilización prudente y racional de los recursos naturales. Misión ésta que exige integrar los aspectos ambientales en los planes y programas adoptados por las administraciones públicas de los Estados miembros. *b)* Se desprende de los propios objetivos de la planificación hidrológica y está implícitamente reconocida por la normativa vigente en materia de aguas. El artículo 40 LA incluye entre los objetivos generales de la planificación hidrológica la racionalización de los usos de los recursos hídricos, en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales. Además, ese mismo artículo, en su párrafo cuarto, establece que los planes hidrológicos se elaborarán en coordinación con las diferentes planificaciones sectoriales que les afecten, tanto respecto a los usos del agua como a los del suelo y especialmente respecto a lo establecido en la planificación de regadíos y otros usos agrarios. Ello no es posible si la planificación hidrológica no es evaluada estratégicamente. *c)* El artículo 6.3 de la directiva 92/43/CEE de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres (transpuesta por el RD 1997/1995), establece la obligación de someter a una «evaluación ambiental adecuada» cualquier «plan o

proyecto» que sin tener relación directa con la gestión de un lugar sujeto a alguna de las formas de protección de la directiva (zona especial de protección de las aves ZEPA, zona especial de conservación ZEC, o los lugares que son susceptibles de declaración como tales en el futuro) incidan sin embargo de forma apreciable en ese lugar. Tal ‘evaluación adecuada’ a que se refiere la directiva *Hábitats*, cuando se refiere a los planes, es decir cuando su objeto es un instrumento de programación de actuaciones futuras, no puede tener otro contenido que el propio de una evaluación de naturaleza estratégica, porque en cualquier tipo de evaluación ambiental la materialización del procedimiento debe ser congruente con el instrumento de evaluación. Esta adecuación o congruencia entre el objeto evaluado y el procedimiento de evaluación constituye una propiedad intrínseca de la evaluación ambiental, que la fundamenta y sin la cual pierde todo su sentido. Por eso, siempre que se trate de evaluar instrumentos que establecen un marco (tales como planes, programas o políticas) que normalmente no tienen efectos ambientales directos por sí solos, pero cuyas previsiones de actuaciones posteriores sí los tendrán, entonces la evaluación ambiental deberá ser estratégica (EAE) permitiendo que el órgano decisorio tenga los elementos de juicio necesarios para pronunciarse sobre la aprobación o rechazo del plan, no sólo por motivos económicos y sociales sino también ambientales. Cualquier otra solución desvirtuaría el fundamento y los fines de la actividad evaluadora, convertiría además en irrelevante la distinción entre planes y proyectos reconocida expresamente por el artículo 6.3 de la directiva *Hábitats*. Siguiendo esta línea interpretativa, esta Institución considera que la modificación del real decreto legislativo 1302/1986, operada por el artículo 127.tres de la ley 62/2003 ‘de acompañamiento’, mediante la que se dispone que la evaluación a la que se refiere el apartado 3 del artículo 6 RD 1997/1995 (que transpone la directiva *Hábitats*) se entenderá incluida en el procedimiento reglado previsto en el real decreto legislativo, reduce y restringe el concepto de evaluación adecuada exigida por la directiva *Hábitats* -la cual, como hemos dicho, habría de corresponderse en el caso de los planes con una EAE. Además, en el caso de planes aprobados por ley estatal que pudieran incidir de manera apreciable en los lugares de la Red Natura 2000, como lo era el PHN, excluiría cualquier tipo de evaluación, de conformidad con el artículo 2 del reglamento de la LEIA aprobado por RD 1131/1988 (que excluye los proyectos aprobados por una ley del Estado). Todo ello, según el parecer del Defensor del Pueblo, se compadece mal con la letra y el espíritu de las directivas 92/43/CEE y 2001/42/CE. Por ello, instábamos al Gobierno a proponer la modificación de la disposición adicional cuarta del real decreto legislativo 1302/1986, en el sentido de circunscribir esta interpretación del artículo 6.3 de la directiva mencionada a los proyectos autorizados por la AGE, excluyendo de ella los planes, los cuales habrán de ser sometidos a una evaluación ambiental de carácter estratégico, de acuerdo con lo estipulado en la directiva 2001/42/CE. *d)* El hecho de que por entonces todavía no existiera un marco normativo específico y propio para esta EAE no desvirtuaba lo anterior. Cómo realizar la evaluación estratégica podía ya entonces deducirse de las normas procedimentales que rigen la actuación administrativa y de las que regulan el procedimiento de EIA -siempre que resultaran acordes con el concepto y la naturaleza de la EAE- así como de la directiva 2001/42/CE, que introduce un marco regulador específico de la EAE [el impulso a esa transposición fue sugerido por el

Defensor del Pueblo al Gobierno, a fines de 2004 aún no se había producido pese a que en enero de 2004 se constituyó un grupo de trabajo en la Secretaría General de Medio Ambiente al objeto de realizar los estudios y análisis previos al borrador del necesario anteproyecto de ley].

Aceptado que en el ordenamiento jurídico español existe la obligación de evaluar, de manera estratégica, las repercusiones que tiene la planificación hidrológica sobre el medio ambiente en general; y que, en aplicación del artículo 6.3 directiva *Habitats*, habría de tenerse en cuenta la incidencia de las distintas opciones en los espacios susceptibles de formar parte de la Red Natura 2000; se concluye entonces que el PHN, como instrumento que culmina la planificación hidrológica en España, debía haber sido sometido a una evaluación ambiental previa y estratégica. El problema reside en que la única evaluación del PHN denominada expresamente evaluación ambiental estratégica y presentada como tal, no fue realizada antes de la promulgación del PHN sino después. La ley del PHN es de julio de 2001 (ley 10/2001) y la EAE de enero de 2002. Por eso, de un primer análisis y dado que la EAE se llevó a cabo tras la aprobación legal del PHN, se desprendería que la misma no sería tal, sino una justificación retrospectiva de éste. No obstante, en mayo de 2002 el Ministerio de medio ambiente explicó a la dirección general de medio ambiente de la Comisión Europea que la EAE presentada en enero de 2002 sistematizaba el contenido de los estudios previos del PHN, recogido en los documentos técnicos adjuntos al plan, reformulando según los criterios de la directiva 2001/42/CE los razonamientos implícitamente asumidos en los análisis previos, y extendiendo estos análisis ambientales previos en algunos aspectos concretos. Siendo así, las conclusiones de la EAE estarían planteadas ya en el documento de ‘análisis ambiental’, adjunto al PHN.

Sin embargo, una vez estudiados con detenimiento ambos documentos, los análisis ambientales y la EAE, y comparando ambos, esta Defensoría en los primeros no encontró, salvo error u omisión, un análisis explícito ni implícito de las opciones estratégicas que potencialmente pudieran resolver los problemas hidrológicos detectados (que se sintetizan en la existencia de un déficit hídrico estructural en algunas cuencas), que sirviera para examinar su viabilidad y sus repercusiones ambientales, con especial referencia a los espacios y especies integrados en la Red Natura 2000. Tampoco encontró esta Institución en el documento de «análisis ambientales» ningún estudio de las alternativas técnicas concretas en las que podía materializarse la opción estratégica elegida y sus implicaciones ambientales. Por tanto, ese documento técnico constituía únicamente una evaluación de la solución finalmente adoptada (el llamado Trasvase del Ebro) y de su impacto ambiental. Dicho de otra manera, en opinión del Defensor del Pueblo los documentos técnicos adjuntos al PHN, en concreto en los «análisis ambientales», no estudiaban las distintas opciones estratégicas existentes para solucionar los problemas de escasez hídrica en ciertas cuencas, ni justifican la selección de una de esas opciones (la de las transferencias entre cuencas). Lo que sí constituían los ‘análisis ambientales’ era un estudio, en el marco de la opción escogida (la de

posibilitar las transferencias entre cuencas), de la alternativa óptima entre las muchas combinaciones posibles.

Todo ello suscitó las dudas de esta Institución respecto al argumento esgrimido en su momento por el Ministerio de medio ambiente, de acuerdo con el cual la EAE del PHN sólo reformulaba y reestructuraba una evaluación estratégica ya realizada en los estudios previos al plan y contemplada en los documentos técnicos anejos al mismo. Es cierto que sería posible que el análisis de la incidencia ambiental de las opciones estratégicas se hubiera producido durante el proceso de información y participación pública seguido en la elaboración del PHN, bien fuera durante la preceptiva consulta al Consejo Nacional del Agua o bien durante la tramitación parlamentaria. Pero dicha circunstancia no se deducía de manera clara y suficiente de la información que obraba en poder de esta Institución (contestaciones recibidas a las peticiones de información del Defensor del Pueblo, la documentación técnica aneja al PHN, la EAE y el documento que, en respuesta a la dirección general de medio ambiente de la Comisión Europea, el Ministerio de medio ambiente elaboró en mayo de 2002). De ahí que el Defensor del Pueblo solicitara a la Secretaría General de Medio Ambiente una ampliación de la información remitida en la que explicara exactamente cuáles eran, dónde se encontraban y cuándo se habían producido esos precedentes de evaluación ambiental de carácter previo y naturaleza estratégica que, una vez sistematizados y estructurados por la EAE formal realizada en enero de 2002, podían considerarse una evaluación estratégica en sentido propio, indicando de manera precisa en qué fases del procedimiento de elaboración del PHN se produjo el análisis de las opciones estratégicas existentes, en orden a solucionar los problemas de escasez y de sus efectos ambientales (incluidos aquellos sobre los espacios afectados susceptibles de integración en la Red Natura), así como en qué documentos y partes de éstos constaba dicho análisis. Antes de que fuera contestado el anterior requerimiento de información y tras el cambio de Gobierno resultante de la elecciones generales del 14 de marzo de 2004, fue aprobado el real decreto ley 2/2004, que derogó parcialmente el capítulo III de la ley 10/2001 PHN, relativo a la previsión y condiciones de las transferencias de agua entre cuencas. Entre las diversas y numerosas razones que recoge la exposición de motivos del real decreto ley 2/2004 para justificar la derogación del trasvase del Ebro se incluye la falta de garantías en la protección de las especies protegidas existentes, contrariamente a lo exigido por la legislación comunitaria sobre hábitats y la existencia de un riesgo real de propagación de especies invasoras. Parece, pues, que se reconocen las deficiencias de evaluación ambiental en que incurrió la aprobación del PHN respecto a su incidencia sobre los lugares designados para formar parte de la Red Natura 2000.

- *Términos de la definición de la evaluación estratégica de planes y programas*

Hemos dicho ya que la evaluación de la obra pública no debe quedarse en analizar las consecuencias concretas sino que debe permitir que el órgano decisorio tenga todos los elementos de juicio necesarios para pronunciarse sobre la viabilidad ambiental de la

obra, sea por motivos económicos y sociales sea por motivos ambientales. De otra forma se desvirtúa el carácter preventivo de la evaluación, que es su fundamento y fin. Tras la entrada en vigor de ley 9/2006, de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, nuestro ordenamiento exige a las administraciones evaluar estratégicamente aquellos planes y programas, cuyo primer acto preparatorio formal sea posterior al 21 de julio de 2004 (disposición transitoria primera en relación con el artículo 7 ley 9/2006) y ello ha de tener lugar durante el proceso de elaboración de los planes o programas y antes de la aprobación (apartado 3 del artículo 7), lo cual por otro lado depende de la fecha del acto de formal de inicio del expediente relativo al plan o programa. Se trata, como dice la exposición de motivos de la ley, “de integrar los aspectos ambientales en la toma de decisiones de planes y programas públicos... garantizar que las repercusiones previsibles sobre el medio ambiente de las actuaciones inversoras, sean tenidas en cuenta antes de la adopción y durante la preparación de los planes y programas en un proceso continuo, *desde la fase preliminar de borrador*, antes de las consultas, a la última fase de propuesta de plan o programa”. La idea es que la evaluación ambiental no sea un “trámite” añadido a un plan ya decidido, sino el examen de si el plan (incluso desde que es un mero avance) es ambientalmente viable, o sea se busca asegurar la posibilidad de que se decida no tramitarlo. La ley 9/2006 determina esa concepción, más avanzada que la de la evaluación de impacto clásica, pues ésta sirve para proyectos y planes ya decididos.

3.3.4 Las declaraciones administrativas de insostenibilidad

No es un informe monográfico como éste el lugar apropiado para exposiciones teóricas, sin embargo conviene decantar, de cuanto llevamos estudiado hasta aquí, una categoría general que hemos encontrado a partir de una característica común a varios instrumentos, parecidos pero distintos, previstos en las leyes para señalar los casos en que una actividad o una construcción resultan ser ambientalmente insostenibles: Una declaración de impacto, un análisis de sostenibilidad, una licencia municipal de actividad molesta, una autorización ambiental integrada son todos ellos actos administrativos que, como tales, suelen contener declaraciones más o menos explícitas de sostenibilidad; pero en el curso del procedimiento que lleva a ellas puede darse teóricamente la posibilidad de que la evaluación (de un plan, un programa o proyecto) conduzca a lo opuesto, a que el plan, el programa o el proyecto son ambientalmente insostenibles, inviables.

Luego esos actos administrativos si son favorables han de contener (contienen de hecho) un pronunciamiento de sostenibilidad, o de insostenibilidad en caso contrario. Con las *declaraciones administrativas de insostenibilidad* buscamos identificar aquellas decisiones que los poderes públicos pueden y deben adoptar si se dan los requerimientos para ello, incluso por vía de informe, seguramente vinculante pero no necesariamente, pues lo convincente de un informe no se encuentra en si es preceptivo y vinculante. Quizá lo relevante reside en el reconocimiento de que los poderes públicos tienen la

potestad de realizar tales declaraciones de insostenibilidad, pues si la tienen para decir que una actividad o construcción es sostenible (ambientalmente viable), entonces evidente y consecuentemente también han de tenerla para decir que es insostenible. Y a partir de aquí la decisión final no puede ser autorizatoria, se estaría autorizando algo ambientalmente insostenible. Pero su eficacia va más allá, pues la insostenibilidad puede predicarse de ulteriores proyectos análogos, siempre naturalmente que todas las circunstancias relevantes no hayan cambiado.

Pues bien, cabe pensar que las administraciones son conscientes de esta potestad tal y como aquí queda dibujada, por eso les cuesta tanto dictar declaraciones de insostenibilidad y prefieren juzgar favorablemente con condiciones, antes que desfavorablemente. Sin embargo, autorizar con condiciones sólo parece aceptable ante casos en que esas condiciones son de menor entidad y fácilmente asumibles, no lo es cuando el juicio cabal hubiera sido el de insostenibilidad y el único modo de solventar la dificultad es añadiendo condicionantes sustanciales. Lamentablemente esta práctica se encuentra muy extendida, en la experiencia del Defensor del Pueblo. De otro lado, las prácticas autoritarias de la administración detectadas en nuestras investigaciones aconsejan no subrayar demasiado la potestad de declarar ambientalmente inviable un proyecto. Corrompiendo su razón de ser no debe de ser difícil llegar a desnaturalizarla y a volverla amenazante.

Terminamos con un listado de actos administrativos aptos para contener una declaración de insostenibilidad:

- Una determinación de Plan hidrológico que especifique qué demandas no pueden ser satisfechas con los recursos disponibles en la propia demarcación hidrográfica (caudales ecológicos).
- En algunos casos, el informe 25.4 LA.
- Una DIA o un informe EAE que declare la inviabilidad ambiental de un plan, programa o proyecto. La denegación de autorizaciones y licencias por causa ambiental.
- El informe de los artículos 12.1.b, 15 y 19 ley 16/2002.

De este listado, que carece de toda pretensión de exhaustividad, esperamos que pueda deducirse el tipo de acto administrativo de que tratamos. Dicho en lenguaje coloquial, donde menos podemos esperar resulta que encontramos declaraciones de la administración que viene a suponer la imposibilidad (teórica) de acometer proyectos y empresas, actividades y construcciones. Se trata por tanto de una potestad formidable de la administración pública que ha de usar con sumo cuidado, pero resuelta y motivadamente cuando es preciso.

3.4 INFRACCIONES

En este apartado termina estrictamente el curso de la exposición de la presente monografía, pues los dos siguientes (§3.5 sobre el derecho de acceso a la información ambiental y §4 sobre la acción ciudadana, los derechos fundamentales afectados y las obligaciones fundamentales de la administración) tienen ya carácter de complemento y recapitulación, de cierre y preparación a las conclusiones y propuestas finales (§5).

Hemos referido numerosos casos de infracción y sus remedios. Aquí nos referimos a las medidas que toca adoptar a la administración una vez han fallado las previsiones y el cumplimiento de las obligaciones que a cada cual corresponde asumir. Desde luego hemos estado aludiendo directa o indirectamente a las infracciones a lo largo de casi toda la exposición anterior, y no debería ser necesario aclarar que nos referimos, antes y ahora, a las consecuencias punitivas, asunto de por sí merecedor de una monografía y que en la presente es tratada de modo muy sintético y general. Dedicamos un subapartado propio (§3.4.2) a la condición de interesado en el procedimiento sancionador en materia de aguas, quizá una de las cuestiones más técnicas en lo jurídico que, de ser adecuadamente entendida por las administraciones, llevaría a un tratamiento más ordenado, eficaz, resuelto y preventivo del deber de restitución de las cosas a su estado anterior, deber distinto de aquel cuya infracción acarrea la sanción (generalmente multa).

3.4.1 Denuncias, prescripción de infracciones y sanciones, restitución al estado anterior

En buena parte este apartado contiene una selección de los problemas que venimos encontrando en la tramitación de expedientes sancionadores y de los cuales se da cuenta a las Cortes Generales anualmente. En cuestión de aguas continentales las disfunciones de la potestad sancionadora son muy graves, bien porque se sanciona a quien apenas tiene margen para no infringir, bien porque no se sanciona a quien acomete su actividad o empresa contando con la tolerancia administrativa, del Estado (organismo de cuenca), de la comunidad autónoma y del ayuntamiento. Es un sistema desnaturalizado, infectivo, ineficiente y en casos extremos (no raros) muestra señales de corrupción, en el sentido de echar a perder y dañar las potestades públicas respecto de los fines que justifican su existencia, y utilizarlas bien como escaparate de servicios que en realidad no se prestan (control *efectivo* del dominio público hidráulico) bien como excusa de cualquier otra actuación más efectiva.

Las alusiones a la potestad sancionadora en otros apartados de esta monografía son tan abundantes que carece de sentido recapitularlas aquí. Quiere decirse que nuestro sistema del agua y de la ordenación del territorio confía mucho en el régimen sancionador, y ello no es síntoma de regularidad, en la actuación de los infractores por supuesto pero

tampoco en la de la administración de las aguas. Si el derecho ambiental es primordialmente preventivo, ha de reconocerse que un exceso de peso de la potestad sancionadora no obedece a ese carácter pues las sanciones llegan cuando la prevención ha fallado.

- *Denuncias*

Recordemos lo previsto en los artículos 76 LA y 184, apartados 6 y 7 RDPH, de los que se desprende que si el interesado justifica su denuncia con indicios suficientes de razonabilidad, o mediante algún informe técnico solvente, o con datos directamente probatorios, entonces el organismo de cuenca deberá verificar la denuncia.

Hace años que venimos señalando, por otro lado, ciertos problemas con el valor probatorio de los documentos públicos formalizados por los funcionarios que tienen reconocida la condición de autoridad cuando éstos denuncian hechos constitutivos de infracción ambiental. Este valor probatorio no sólo requiere que la formalización documental observe los requisitos legales, sino que la constatación no perjudique la posibilidad de defensa del denunciado. La constatación, por ejemplo, de vertidos indebidos parece requerir cuando menos la de la existencia del resultado (sustancia vertida), de los medios utilizados (canalizaciones, desagües), de las circunstancias de los hechos (hora, día y lugar exactos), en fin de todos cuantos sean razonablemente constatables. Una denuncia de un agente de la administración que sea ilegible o incompleta en algún punto puede carecer del valor probatorio que la ley otorga (artículo 137.3 LPC). Por otra parte, la administración no siempre cuida la calidad de sus instrumentos acusatorios y probatorios, que al mismo tiempo suele ser fácilmente alcanzable mediante una sola fotografía tomada en el momento justo. Un expediente sancionador puede muy bien tener como único medio de prueba una instantánea, de tal claridad y nitidez que es manifiesto, evidente e incontrovertible que la infracción fue cometida por la persona X, en el lugar Y, en el momento Z. No puede admitirse pues que si esta posibilidad es factible la administración no cuide de aportar al procedimiento este medio de prueba, pues si rebajamos el nivel de exigencia de la constatación de hechos estaremos desnaturalizando la presunción de inocencia. No puede admitirse que tenga valor probatorio una denuncia manuscrita e ilegible de, por ejemplo, un guarda fluvial que cuente en su equipo con una cámara fotográfica, si tal denuncia es el único instrumento de prueba, pues si pudo haber fotografiado la realización de vertidos y los instrumentos del vertido y no lo hizo es que cabe la duda razonable de que la acción ilegal haya existido efectivamente; y si no extiende un acta legible firmada al menos por él mismo donde conste el lugar donde son realizados, puede razonablemente dudarse de que los hubiera. Es decir, cabe admitir valor probatorio a los documentos que constaten los hechos suficientemente, y no es suficiente una denuncia ilegible sin fotos ni croquis ni acta de presencia que formule un agente de la autoridad que dispone de lápiz, papel y cámara fotográfica. Al mismo tiempo, en un caso así la contraprueba de que el

denunciado no realiza el vertido en ese momento, o no cometió la infracción, se aproxima a la *probatio diabolica*.

- *Prescripción de las sanciones*

En esta cuestión el Defensor del Pueblo no puede compartir una línea jurisprudencial relativamente asentada, muy perjudicial para los sancionados y que viene a beneficiar a la administración incumplidora. Comencemos por dejar sentadas algunas premisas (que deducimos de la LPC y la LJCA). El artículo 132 de la primera dice que las sanciones prescriben, si no hay otra cosa dispuesta en las leyes que las establezcan, en tres años (sanciones por faltas muy graves), dos años (por faltas graves) y un año (por faltas leves). Estos plazos comienzan a contarse desde el día siguiente a aquel en que “adquiere firmeza” la resolución que impone la sanción, e interrumpe la prescripción el inicio del procedimiento de ejecución con conocimiento del interesado; cómputo que se reanuda si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor. La cuestión principal está en la expresión entrecomillada, ¿qué es ganar firmeza? Despejemos en lo posible el debate de algunos malentendidos:

- poner fin a la vía administrativa no es ganar firmeza;
- poner fin a la vía administrativa (o "gubernativa" como se decía antes) acarrea ganar cierta firmeza en vía administrativa, o sea que no hay posibilidad de recurrir ante la administración, pero no es sin embargo firmeza total (firmeza propiamente dicha) porque cabe recurso ante el juez. La firmeza total sin recurso ante el juez se adquiere por tanto dejando transcurrir el plazo de interposición del recurso contencioso; a esto se le llama también "acto consentido", e implica firmeza total (28 LJCA);
- una resolución de recurso de alzada, también por silencio, pone fin a la vía administrativa; este recurso es habitual y no sirve a la administración para obtener firmeza total.

Ganar firmeza es pues lo que conduce a la imposibilidad total de recurso, esto (aunque no sólo) se logra con una resolución judicial firme (sentencia o auto), o sea con una resolución del juez contra la que ya no quepa recurso; este aspecto lo regula la LEC. El otro modo de que el acto administrativo gane firmeza es dejar pasar el plazo de recurso contencioso.

Caben matizaciones a todo lo anterior (pensamos p. ej. en la revisión de oficio de actos nulos) pero ahora no importan. Entonces la pregunta es ¿a qué firmeza se refiere la LPC en su artículo 132? Parece que sólo pueden darse las siguientes tres posibilidades:

- 1^a Firmeza por no recurrir en alzada una sanción impuesta mediante resolución que no pone fin a la vía administrativa (primera posibilidad de acto consentido)

- 2ª Firmeza por no recurrir ante el juez (una resolución de alzada, por ejemplo, que siempre pone fin a la vía administrativa) la resolución de que se trate, sea ésta expresa o por silencio (segunda posibilidad de acto consentido)
- 3ª Firmeza por sanción ratificada por el juez mediante resolución firme (no es acto consentido)

Asimismo, parece indiscutible que el cómputo de la prescripción de sanciones es desde el término final del plazo de la formulación de la alzada (1ª posibilidad) y desde la fecha de la resolución judicial (3ª). Las dudas están en la 2ª posibilidad, y por analogía con la solución a la primera posibilidad deberíamos pensar que la prescripción de sanciones se cuenta desde el término final del plazo de la formulación de recurso ante el juez, que es lo que sostiene el TS respecto del silencio. Respecto de la resolución expresa, mientras no se recurra ante el juez no se inicia el cómputo de la prescripción de la sanción.

Pero el Defensor sostiene que esa solución es *contra cives* respecto del silencio administrativo, o sea que la interpretación favorable al ciudadano ha de ser otra aunque no se recurra ante el juez, pues no se puede favorecer (resolución expresa) a una administración que no ejecuta un acto ejecutable (138.3 LPC) o que (silencio) ha incumplido su deber de resolver en plazo (43 LPC).

Admitido lo anterior, sabemos que el fundamento de los efectos del silencio negativo es la defensa de los derechos del ciudadano frente a la falta de resolución de la administración, y es el mismo fundamento de la interpretación que defendemos acerca de cuál es el momento en que empieza a contar el plazo de prescripción de las sanciones. La interpretación del Defensor del Pueblo no es la del Tribunal Supremo, por ello podría pensarse en alguna reforma legislativa (por ejemplo del 43.3 ó del 132 de la ley 30/1992) que disipe las dudas interpretativas y evite que la inactividad -y en particular el silencio- de la administración demore o impida la prescripción de la sanción; por ejemplo, si en el 43.3 LPC se añadiera al efecto de la desestimación por silencio -de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso administrativo- el efecto de iniciar el cómputo del plazo de la prescripción de la sanción. También o alternativamente podría reformarse el 132, para que incluyera alguna referencia al silencio. Por lo demás, y según vaya desarrollándose la práctica, esta Defensoría considerará la posibilidad de formular una recomendación al Ministro competente para que presente un anteproyecto de ley de modificación de la Ley 30/1992 en ese sentido.

- *Un ejemplo sobre cuál es el día inicial del cómputo del plazo de prescripción de las sanciones y la producción del silencio administrativo*

Ante la tardanza de la administración en resolver una serie de expedientes sancionadores, en los cuales el presunto responsable había interpuesto recurso de alzada contra la resolución, la administración procede a resolver los recursos transcurridos dos,

tres y hasta cinco años, todos ellos desestimados, con sanciones pecuniarias por tanto ante las que sólo cabe el recurso ante el juez. No obstante, la administración disculpa su demora argumentando la acumulación de trabajo por el elevado volumen de recursos y de procedimientos que tramita. Ante tales manifestaciones, esta Defensoría recuerda la situación de inseguridad jurídica en que se coloca al interesado durante la tramitación del recurso administrativo porque, como hemos visto, no puede operar por razones técnicas la prescripción de la sanción (ésta aún no es firme y no lo será hasta que se dicte resolución confirmándola). Pero tampoco opera la prescripción de la infracción por la estricta doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo (STSS de 15 de diciembre de 2004 y de 22 de septiembre de 2008), que vienen a amparar que la administración se demore indefinidamente en el dictado de la resolución expresa del recurso, sin que ello tenga efecto sobre el ejercicio del *ius puniendi*. El único resorte que concede el TS a quienes se han visto perjudicados por la no aplicación del plazo de prescripción de la sanción es la posibilidad de reclamar la responsabilidad disciplinaria del causante de la tardanza; pero, a nuestro juicio, esta posibilidad resulta poco útil para quien la insta. Asimismo, parece apuntar el TS que sería posible iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial aunque es muy difícil hacer prosperar este tipo de indemnizaciones.

Por tanto, parece claro que, transcurrido el plazo legal que la administración tiene para resolver los recursos (tres meses en estos supuestos, según 115.2 LPC), las alternativas del interesado son dos: reaccionar ante los órganos jurisdiccionales contra la desestimación presunta (claro que esta opción no va resultar rentable para aquellos interesados con sanciones pecuniarias poco elevadas, pues han de asumir una serie de gastos judiciales y la demora del juicio), o esperar a que la administración cumpla con su deber de resolver (aunque sea tardíamente) y en este caso la administración no puede verse beneficiada por su incumplimiento, de manera que, desde el mismo momento en que se produjo el incumplimiento (por transcurso del plazo para resolver el recurso) debería iniciarse o reanudarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción (dado que aún no hay resolución sancionadora firme) por paralización del procedimiento (artículo 132.2.II LPC), del procedimiento de recurso exactamente.

Hay tribunales que admiten esto, que la resolución sancionadora adquiere *firmeza en vía administrativa* cuando transcurre el plazo para resolver el recurso de alzada. En esta línea se han pronunciado las SS TSJ de Canarias de 3 y 10 de septiembre de 1999, la STSJ de Andalucía de 15 de septiembre de 1999 (fj 2) y de 6 de abril de 2000 (fj 4), la STSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 1999 y de 28 de marzo de 2000, y la STSJ de Madrid de 28 de octubre de 2004. Es la administración quien ha incumplido la obligación de resolver el recurso a su tiempo, quien se ha situado en una posición de ilegalidad. Sólo si equiparamos (mediante ficción) su silencio a un acto expreso, a los efectos de empezar a computar los plazos de prescripción de la sanción, evitaremos que la administración salga beneficiada de su propia ilegalidad y que, al propio tiempo, genere una situación de inseguridad jurídica a los ciudadanos o en palabras del Tribunal Constitucional (STC 64/2007, fj 2) “no puede calificarse de razonable aquella

interpretación de los preceptos legales que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver". Por eso, esta tesis parece ser la más conforme con la seguridad jurídica, ya que en la actualidad se deja a criterio de la administración la posibilidad de inaplicar los plazos prescriptivos y se atribuye a su torpeza la vulneración de la obligación de resolver, todo ello con efectos contrarios al ordenamiento jurídico.

La interpretación del Defensor del Pueblo no es la del Tribunal Supremo aunque sí la de gran número de tribunales superiores de justicia, por ello podría pensarse en alguna reforma legislativa (ya quedó antes apuntado, por ejemplo del 43.3 ó del 132 LPC) que disipe las dudas interpretativas y evite que la inactividad, y en particular el silencio, de la administración demore o impida la prescripción de la sanción.

- *Restitución*

Hemos aludido varias veces a cómo esta Institución aprecia a menudo falta de diligencia de la administración hidráulica en la materialización de la obligación de reposición de las cosas a su estado anterior; falta de diligencia que termina afectando al ejercicio de la potestad sancionadora que ve mermada su eficacia, sin que la escasez de medios humanos ni la falta de recursos presupuestarios de la administración hidráulica sirvan del todo como explicación de este trascendental fallo de la función de administrar.

Es justo reconocer que la ejecución forzosa de las sanciones suele requerir tiempo y que es frecuente que las órdenes de restitución de las cosas a su estado anterior no sean cumplidas voluntariamente por el infractor, lo que implica la imposición de multas coercitivas y/o su ejecución subsidiaria por la administración en plazos aún mayores, así como dificultades para su efectiva repercusión al responsable. Pero es también cierto que ante una obligación de restitución incumplida, la reiteración de multas coercitivas no es mejor ni más útil que otros medios de ejecución forzosa previstos en nuestro ordenamiento. La multa coercitiva, en estos casos, pretende constreñir al infractor a actuar restituyendo el entorno a su estado primitivo. Pero si éste hace caso omiso, parece absurdo empeñarse en reiterar la multa coercitiva y lo lógico sería acudir inmediatamente al procedimiento de ejecución subsidiaria. De lo contrario, la administración hidráulica se limita a una mera actividad formal (ya de por sí costosa, dictar resoluciones o requerimientos y notificarlos al interesado) que nunca se ve materializada.

La actividad formal de la administración (apertura de expedientes, remisión de requerimientos a los infractores) e incluso parte de su actividad material (como la imposición de multas) es insuficiente para alcanzar los objetivos últimos que sus funciones y potestades tienen asignados cuando se refieren a la preservación del buen estado del dominio público hidráulico. La presencia de una realidad física indebidamente alterada no va a cambiar sólo por la incoación de procedimientos ni por

la firma de documentos, condiciones éstas necesarias pero insuficientes. La realidad física cambiará, los daños al dominio público serán reparados, sólo mediante actuaciones materiales. Si no se materializan las órdenes de restitución, entonces el agua alterada seguirá alterada, por muchos requerimientos que se cursen o multas que se impongan. Es más, en ocasiones puede pervertirse el sistema jurídico ambiental, al construirse una apariencia de control mediante un expediente voluminoso pero vacío de verdadero contenido, pues se refiere a una situación de hecho que persiste durante años y que aquella apariencia viene a blindar contra la efectiva corrección. Esto, aplicado al dominio público hidráulico, viene siendo motivo conductor de todos los informes anuales desde hace mucho tiempo.

Por ello, el Defensor del Pueblo recuerda a los organismos de cuenca una y otra vez el deber que les incumbe de materializar la obligación de restitución de las cosas a su estado anterior con la debida diligencia y de acuerdo con el principio de eficacia estipulado en los artículos 103.1 CE y 3.1 LPC.

3.4.2 La condición de interesado en el procedimiento sancionador en materia de aguas

El asunto del epígrafe (interesado por ser perjudicado de conductas objeto de procedimiento sancionador abierto por los organismos de cuenca) ha sido el origen de propuestas a la dirección general del agua del Ministerio de medio ambiente, y a las confederaciones hidrográficas, propuestas que finalmente han sido aceptadas. Son recomendaciones relativas a la condición de interesado en el proceso sancionador de quien resulta *perjudicado* por la conducta presuntamente infractora.

Los fundamentos de las recomendaciones pueden sintetizarse como sigue:

I - La cuestión de quién es interesado en un procedimiento sancionador se resuelve de acuerdo con lo prescrito en las leyes y en la jurisprudencia constitucional y no a partir de interpretaciones restrictivas del reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, como pretende con frecuencia la administración hidráulica. Por tanto, si las leyes reconocen o no el carácter de interesados en el procedimiento sancionador a los perjudicados por la conducta infractora, es cuestión que sólo puede dilucidarse a la vista de la legislación misma. De acuerdo con la LPC, se considera interesado en el procedimiento administrativo a quien lo promueve como titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos (31.1.a LPC); a quien, sin haber iniciado el procedimiento, tenga derechos que puedan resultar afectados por la decisión se adopte (31.1.b LPC); y a aquel cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se persone en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva (31.1.c LPC). Éstos son los preceptos clave.

II - La norma general es que las posibilidades de actuación del particular ante la autoridad administrativa titular de la potestad sancionadora o disciplinaria se agotan en la denuncia de la infracción cometida. Según nuestra jurisprudencia, el denunciante, aunque tenga reconocida cierta intervención en el procedimiento que su denuncia provoque (notificación de su incoación y de la resolución que se dicte), no por ello se constituye en parte. En principio, el denunciante de una supuesta infracción que da lugar a un procedimiento administrativo sancionador no se convierte en titular de ningún derecho subjetivo, ni pone en juego un interés personal o legítimo, como exige el artículo 31 LPC, que hubiera de encontrar satisfacción adecuada, traducida en algún beneficio o ventaja en su esfera jurídica, puesto que se limita a comunicar a la Administración unos actos que considera irregulares, a fin de que ésta ponga de oficio en marcha su actividad investigadora y sancionadora. Si se decide incoar un procedimiento sancionador (artículos 133 a 137 LPC), éste es concluido mediante una resolución sancionadora o de sobreseimiento, sin otras declaraciones y menos aún de reconocimientos de situaciones individualizadas en favor de personas ajenas al fin perseguido.

III - Pero, a juicio de esta Defensoría, existe una importante excepción que se deduce del artículo 31.1 apartados *b* y *c* LPC y *sensu contrario* de los fundamentos que sobre este asunto contiene la jurisprudencia. Esta excepción se da cuando el denunciante es también perjudicado por la conducta presuntamente infractora y denuncia ésta, o bien siendo el perjudicado, sin ser denunciante pero habiendo tenido conocimiento de la iniciación del procedimiento, solicita personarse en él. Ambos, el perjudicado denunciante o el perjudicado no denunciante que solicite personarse, y precisamente por ser los perjudicados por la conducta presuntamente infractora, pueden intervenir en el procedimiento administrativo sancionador ya que tienen en juego bien un derecho, bien un interés legítimo, que va más lejos que el de la observancia de la legalidad, tal y como exigen los apartados *b* y *c* del artículo 31.1 LPC, entre otras razones porque más allá de la comprobación de que ha habido infracción y de la sanción que vaya a ser impuesta, es en el procedimiento sancionador donde normalmente será determinada la responsabilidad para la restitución del estado de cosas y las indemnizaciones procedentes.

IV - Por ello, la interpretación correcta del artículo 13.2 *in fine* del Reglamento para la potestad sancionadora, y en concreto de la frase "...y se notificará al denunciante, en su caso, y a los interesados, entendiéndose en todo caso por tal al inculcado", es que el inculcado es siempre uno de los interesados a los que se debe notificar el acuerdo de iniciación (lo que, en verdad, es redundante ya que la condición del inculcado de interesado necesario en el procedimiento sancionador se deduce de la propia Constitución y de la LPC sin que sea estrictamente necesario que el Reglamento haya abundado al respecto), pero no que el concepto de interesados (palabra que por cierto se usa en el Reglamento claramente en plural y seguida de una coma) se reduzca únicamente al de inculcado, y ello no sólo porque el sentido propio de las palabras y de su construcción gramatical así lo indican, sino también porque otra interpretación sería

claramente contraria a la LPC y al concepto de interesado en el procedimiento administrativo que en ella se recoge. En suma, los interesados en un procedimiento sancionador no siempre son sólo los imputados.

V - Por ejemplo, al denunciante titular de una concesión de agua para riego que se ve afectado por una conducta presuntamente infractora, no le puede ser ajena la existencia de obras que le impiden el acceso al receptáculo de donde (con la preceptiva concesión otorgada por el organismo de cuenca) deriva el agua para el riego de su finca. El concesionario ostenta un derecho (una concesión de aguas para riego) que puede resultar afectado por la decisión que se adopte en el procedimiento sancionador incoado tras la denuncia que él mismo formuló (supuesto del artículo 31.1.b). Por ello, la retirada de los obstáculos le produciría, sin duda alguna, un beneficio material dentro de su esfera jurídica; entonces, la condición de interesado en el procedimiento sancionador se sustenta por sí sola en la titularidad de un derecho subjetivo que preexiste a la iniciación del procedimiento y comporta la correlativa obligación de la administración de tenerlo en cuenta de oficio, sin que sea necesario a esos efectos su comparecencia. Es decir la administración debe tener por interesado en el procedimiento sancionador al denunciante afectado y debe llamarle, teóricamente no es necesario que éste solicite personarse.

VI - Si la condición de interesado en el procedimiento sancionador se sustenta en la titularidad de un interés legítimo afectado por la resolución que recaiga, por ejemplo por ser vecino cercano de quien realiza vertidos irregulares aguas arriba (artículo 31.1.c LPC), y concurre en él también la condición de denunciante, entonces la existencia de tal interés legítimo y la intención de ser parte en el procedimiento (intención materializada en la solicitud de personarse que exige el precepto) puede en muchos casos deducirse más o menos explícitamente de la denuncia misma, mediante una simple y fácil valoración de su contenido, ya que el denunciante suele explicar las razones por las que la conducta que denuncia afecta a sus intereses. La existencia de un interés legítimo se deduce con frecuencia de la propia denuncia con un mínimo de iniciativa en ese sentido por parte de la administración; iniciativa que, a nuestro juicio, le es exigible de oficio, y por tanto no tiene apoyo legal en estos casos exigir al interesado legítimo denunciante que, además, solicite ser parte en el procedimiento para tenerle como tal.

En suma, la existencia de un interés legítimo del denunciante y su intención de ser parte en el procedimiento sancionador, y por tanto el reconocimiento de su condición de interesado (artículo 31.1,c LPC) deben ser apreciadas de oficio por el órgano instructor del procedimiento sancionador, mediante una simple y fácil valoración del contenido de la denuncia, en la que se observe si de ella se desprende que los hechos presuntamente constitutivos de infracción afectan a los intereses del denunciante y son denunciados precisamente por ello.

VII - No se olvide que, en virtud del artículo 34 LPC, si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad en forma legal, se advierte la existencia de personas que sean titulares de derechos o intereses legítimos y directos cuya identificación resulte del expediente y que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, se debe comunicar a dichas personas la tramitación del procedimiento. Es decir, tanto los titulares de derechos como los de intereses legítimos tienen que ser llamados al procedimiento una vez que la administración conozca de su existencia, a fin de evitar una situación de indefensión, prohibida por el artículo 24 de la Constitución.

La condición de interesado en el procedimiento sancionador (apartados *b* y *c* del artículo 31 LPC) supone que debe ser llamado a participar en él, que se le debe comunicar la tramitación y que ostenta los derechos reconocidos en el artículo 35, apartados *a* y *e* de la misma ley, apartados referidos a los interesados en un procedimiento administrativo en curso (sancionador o no). Significa también que su participación en el procedimiento debe registrarse por lo previsto en los artículos 84 y 85, sobre el trámite de audiencia y otros actos de instrucción.

VIII - Una asociación cuyo objeto sea la defensa de los intereses colectivos, estrechamente vinculados con el medio en donde desarrolla su actividad, goza de una "presunción" de interés legítimo a su favor sobre todo si el asunto por el que manifiesta ese interés recae sobre el dominio hidráulico, que ni siquiera es de titularidad privada ni municipal o autonómica sino nada menos que estatal. Además, el propio artículo 31 en su párrafo 2 reseña -como expresión concreta del mandato del artículo 9.2 de la Constitución cuando se refiere a "grupos"- que las asociaciones serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos reconocidos por la ley. Sin duda, las asociaciones legalmente constituidas se encuentran legitimadas para actuar en defensa no solamente de sus intereses, sino también de derechos ajenos y valores colectivos, por lo que pueden verse así afectadas por la resolución final que se adopte en el procedimiento iniciado a raíz de su denuncia. No se olvide que el interés legítimo del artículo 31 LPC puede consistir en beneficios de índole moral o social. Por ejemplo, ni a una asociación de vecinos ni a una asociación de defensa del medio les es ajeno el deterioro ambiental de los terrenos colindantes con la zona en que habitan o trabajan, o cuya preservación defienden, ni por ende las molestias que tal deterioro les causa, por lo que la restauración de la zona les produciría un indudable beneficio material, redundante en su esfera jurídica, que podría concretarse en la posibilidad de uso de los lugares, mejora del paisaje y del entorno, mejor calidad de las aguas, etc.

Por tanto, la recomendación consiste tanto en aceptar que el perjudicado denunciante como el perjudicado no denunciante que solicite personarse en el procedimiento sancionador, y justamente por el hecho de verse perjudicados, sean considerados interesados y puedan intervenir en el procedimiento administrativo sancionador. Y que la existencia de un interés legítimo y la intención de ser parte en el procedimiento sancionador del denunciante, y por tanto el reconocimiento de su condición de interesado en el mismo (artículo 31.1.c) sean, en su caso, apreciadas de oficio por el

órgano instructor del procedimiento sancionador, mediante una simple valoración del contenido de la denuncia, en la que se observe si se desprende que los hechos presuntamente constitutivos de infracción afectan a los intereses del denunciante y son denunciados precisamente por ello.

Frente a los argumentos de esta Defensoría, algún organismo cuenta antes de aceptar nuestra tesis, defendió la contradictoria idea de que si bien el denunciante es interesado legítimo y directo, le es de aplicación la limitación de acceso a los expedientes sancionadores que la LPC prevé en su artículo 37.3. Este criterio tampoco es compartido por esta Defensoría, por las siguientes razones:

1ª Los dos preceptos citados (31 y 37 LPC) se encuentran en títulos distintos de la ley, y se refieren a supuestos de hecho también distintos. El artículo 31 establece cuándo una persona o grupo ha de ser considerado "interesado en un procedimiento", mientras el artículo 37 regula el acceso a archivos y registros en "procedimientos terminados en la fecha de la solicitud". Luego ambos preceptos no pueden ser aplicados simultáneamente, y así lo confirma el artículo 3.3 del reglamento del procedimiento de la potestad sancionadora.

2ª El derecho de acceso a documentos que forman parte de un expediente, derecho atribuible a quien es parte de ("interesado en") un procedimiento, no está regulado en el artículo 37.3 sino en el artículo 35.a LPC, y en realidad en otros más (84.1 principalmente; para los procedimientos sancionadores: artículo. 3.1 del reglamento citado). Véase después un ejemplo.

3ª El apartado 3 del artículo 37 no dice que los terceros, incluso acreditando un interés legítimo y directo, no tengan derecho de acceso a los expedientes sancionadores, sino que establece una excepción a la excepción determinada en el número 2 anterior. O sea: Tales terceros pueden acceder a documentos nominativos de expedientes que no incluyan datos íntimos, correspondientes a procedimientos [terminados] de aplicación del derecho, salvo (nueva excepción) que tales procedimientos sean sancionadores o disciplinarios. Es decir, que un tercero con interés legítimo puede ("tiene derecho a") acceder a documentos no nominativos cualesquiera contenidos en expedientes de cualquier procedimiento terminado, sancionador o no.

Así pues, a juicio de esta Institución el criterio de la administración hidráulica era contrario a la lógica de los preceptos que ella misma invocaba, y estrictamente contrario al tenor literal de la ley. Por ello también recomendamos que los artículos 31, 35, 84, 85 LPC, y 3.1 y 3.3 del reglamento del procedimiento de la potestad sancionadora sean interpretados en el sentido de que quien es parte de ('interesado en') un procedimiento en curso (sancionador o no) tiene derecho en cualquier momento a conocer su estado de tramitación y a acceder y obtener copias de los documentos contenidos en él, y puede formular alegaciones y aportar documentos antes del trámite de audiencia, lo cual habrá de ser tenido en cuenta en la resolución. Y que el artículo 37, apartados 2 y 3 LPC, sea

interpretado en el sentido de que un tercero con interés legítimo tiene derecho acceder a cualesquiera documentos no nominativos contenidos en expedientes de cualquier procedimiento administrativo terminado, sea éste sancionador o no. Insistimos sobre este segundo aspecto en el punto siguiente.

En junio de 2006 la Dirección General del Agua aceptó nuestra recomendación y la trasladó a todas las confederaciones hidrográficas en agosto de ese mismo año. No obstante lo cual, en 2007 esta Defensoría hubo de reiterar sus recomendaciones a alguna presidencia de confederación hidrográfica, que también las aceptó. Por tanto, la Administración hidráulica ha aceptado, al menos formalmente, nuestras sugerencias y recomendaciones sobre el criterio de determinar quién es interesado en el procedimiento sancionador. Sin embargo, siguen llegando quejas por que los servicios de algunas confederaciones no actúan en consecuencia y envían escritos a los denunciados o a asociaciones defensoras del medio ambiente o vecinal denegando su condición de interesados en el procedimiento sancionador y sosteniendo doctrinas contrarias a nuestras resoluciones en la materia (afirmando, por ejemplo, que la condición de interesado en el procedimiento sancionador se limita al inculpado).

La aceptación de una resolución del Defensor del Pueblo por una administración pública consiste en admitir que, en efecto, su contenido se corresponde con una prescripción normativa que será tenida en cuenta y aplicada en lo sucesivo, y no en manifestar simple y formalmente su aceptación. Por tanto, para considerarla aceptada es necesario que esa administración pública la asuma y proceda en consecuencia. Ello implica dar las oportunas instrucciones a las diferentes direcciones y unidades dependientes del organismo de cuenca, para que en el futuro se cumplan en tiempo y forma las obligaciones legales a que hace mención nuestra recomendación.

Por tanto, esta Defensoría ha solicitado a la presidencia de la confederación hidrográfica concernida que informe sobre las razones por las que, pese a haber aceptado nuestras recomendaciones, sus servicios no actúan en consecuencia. La cuestión que planteamos es si sus servicios están al tanto de la aceptación por la presidencia de las resoluciones del Defensor del Pueblo en la materia y si van ajustar sus actos a ellas, así como las medidas que la presidencia va a adoptar a tales efectos. Es decir, cómo se transmiten a dichos servicios nuestras resoluciones y su aceptación por la presidencia de la confederación hidrográfica, y también del control de su cumplimiento.

- *Acceso a expediente sancionador y notificación defectuosa*

Una confederación hidrográfica sanciona a una persona física por depositar escombros en la margen derecha de un río. En un primer momento se traslada al domicilio del interesado el boletín de denuncia, que él mismo se encargó de señalar en reiterados escritos a dicha administración. No obstante, en seis años no vuelve a saber de dicho procedimiento, cuando es publicada por edictos la resolución en el tablón de anuncios

del municipio donde se cometió la infracción, y en el boletín de la comunidad autónoma. Entonces, el sancionado quiere conocer y tener acceso a dicho expediente, bien mediante copia o bien personándose en las dependencias administrativas. Sin embargo, la administración sigue mandándole la documentación a otra dirección, que no es la que reiteradamente es facilitada por el interesado.

Posteriormente, la administración envía a su domicilio únicamente el contenido de la resolución publicada por edictos, en vez de una copia autenticada del expediente completo. Por eso, el ciudadano tiene que volver a dirigirse al organismo de cuenca pidiendo aclarar este hecho (documentación incompleta) y para que se tuviese en cuenta que después del tiempo transcurrido la sanción podría haber prescrito. Sin embargo, no recibe contestación porque otra vez es enviada a una dirección incorrecta. En esa resolución la administración hidráulica afirma que el escrito del interesado era un recurso de reposición contra la resolución del expediente y que, por tanto, no había lugar a la prescripción porque al resolverse el recurso la resolución adquiriría firmeza. Visto lo cual, el sancionado vuelve a solicitar una copia completa del expediente, pero sólo le envían la resolución del supuesto recurso y del edicto publicado. No obstante, gracias a la perseverancia del interesado y tras varios envíos fallidos de la administración a una dirección que no era la señalada a efectos de notificaciones, cinco años después (casi doce desde los hechos sancionados) el ciudadano consigue obtener una copia de su expediente.

El interesado puso en conocimiento del Defensor del Pueblo esta situación, quien abrió una investigación ante la confederación hidrográfica y, una vez revisada la documentación facilitada, se observaron las siguientes irregularidades en la sustanciación del procedimiento:

1ª Se comprobó que el compareciente no tuvo el debido acceso al expediente, con infracción de garantías procedimentales elementales y, por tanto, de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración (artículos 3.5, 35, 37 y 135 LPC y 3 del reglamento del procedimiento de la potestad sancionadora, RD 1398/1993).

2ª Por otro lado, se indicó a la administración que, seis años después de haber dictado la resolución del procedimiento y tras haber permanecido paralizado durante ese tiempo, resultaba llamativo que se hubiese notificado mediante edictos y no se tuviese en cuenta la dirección que a efectos de notificaciones figuraba en el expediente, una falta de diligencia administrativa notable porque esta circunstancia fue advertida numerosas veces por el reclamante.

De ahí que, a juicio de esta Institución, a la vista de las reglas aplicables en materia de procedimiento y de aguas, se considerase que el procedimiento sancionador había caducado, por trascurso del plazo para resolver, por causa no imputable al ciudadano, y además con un error en la notificación (mediante publicación), asimismo imputable a la administración. Atendiendo a lo dispuesto en la disposición adicional sexta LA (antes

disposición adicional octava de la derogada ley de aguas de 1985) y en el artículo 332 RDPH, el plazo máximo de que disponía la Confederación para haber notificado la resolución expresa que pudiese fin al procedimiento sancionador era de un año, año contado desde la fecha del acuerdo de incoación -y sin computar el tiempo en supuestos, que en este caso no se daban, en que el procedimiento se hubiese paralizado por causa imputable al interesado- (artículo 43.4 LPC en la redacción anterior a su modificación por la ley 4/1999, y actuales artículos 44 y 42.5 tras haber sido modificada). Por tanto, transcurrido dicho plazo sin haberse notificado la resolución, la Confederación estaba obligada a declarar la caducidad del procedimiento y a ordenar el archivo de las actuaciones a los efectos previstos en el artículo 92 LPC.

Se consideró que no procedía entrar a valorar si la sanción estaba prescrita o no, simplemente porque fue impuesta irregularmente, es decir era una sanción nula. En síntesis, esta Defensoría recordó a la administración hidráulica que los procedimientos sancionadores deben ser incoados, tramitados y resueltos con la debida diligencia y de acuerdo con el principio de eficacia estipulado en el artículo 103.1 CE y 3.1 LPC, para cuyo cumplimiento es imprescindible el sometimiento a los plazos estipulados con el fin de evitar que los mismos caduquen. Asimismo, se sugirió a la confederación hidrográfica que revocase la sanción impuesta, ya que el procedimiento sancionador estaba caducado (artículo 105.1 LPC) y su resolución había sido notificada, mediante publicación innecesaria, seis años después de dictarse. Las propuestas no fueron aceptadas por la administración.

3.5 DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL SOBRE LOS RECURSOS HÍDRICOS Y EL SUELO

Dedicamos un apartado propio a este derecho por su trascendencia. Normalmente es el primer derecho que un ciudadano puede ejercer en una buena mayoría de los casos, e interesa especialmente revisar los deberes y obligaciones de la administración correspondientes a ese derecho. También evaluaremos las mejoras (pocas) que encontramos en el funcionamiento de la administración, a través de las quejas que son investigadas y en atención a las propuestas que dirigimos a sus órganos, conforme figura en los sucesivos informes anuales a las Cortes Generales. Dejemos sentado que la legislación del suelo establece la acción pública para exigir la observancia de la legislación y el planeamiento urbanísticos; por tanto, para ejercer la acción ha de disponerse de la documentación administrativa precisa. Ya la ley 38/1995 (derogada) se refería a la información ambiental y reconocía a *todos* el derecho a acceder a ella sin necesidad de acreditar un interés determinado.

En el acceso a la información urbanística e hidrológica no son siempre aplicables sólo las reglas generales sobre determinación de quién es interesado, reglas contenidas en la LPC, sino que ha de estarse también a la normativa especial. Con frecuencia las administraciones siguen denegando el acceso, generalmente mediante el silencio y por

supuesto sin causa legal que ampare tal denegación. Sucede también que las resoluciones son incompletas, por otorgar acceso sólo a una parte de su contenido, o son dictadas con mucho retraso sobre el plazo máximo previsto (un mes -o dos meses si su volumen y complejidad son grandes- a partir de la entrada en el registro de la autoridad pública competente). Asimismo sigue sin esforzarse la administración hidráulica, contra su obligación, en facilitar el acceso a la información que sea posible separar de la relacionada con las causas que permiten denegarlo (artículo 3 de la ley 38/1995, derogada; ahora artículos 13 y 14 ley 27/2006).

Este modo de actuar es contrario a la ley. Las actuaciones administrativas que analizamos son también contrarias al artículo 42 LPC, que obliga a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. La denegación de acceso a la información ambiental sin que concurran las causas legales para ello o el silencio ante una solicitud de acceso, levanta sospechas pues parece que la administración tiene algo que ocultar.

En consecuencia, el Defensor del Pueblo sigue formulando sugerencias y recordatorios de deberes legales instando a las administraciones públicas a dar respuesta expresa a cuantas solicitudes de información ambiental le sean presentadas. En cualquier caso, en la mayoría de los casos investigados el contenido es completamente inocuo en términos de su posible difusión a la opinión pública, tanto en su forma como en su fondo. Ello sigue haciéndonos pensar que la resistencia de las administraciones a facilitar acceso a la información responde a reflejos autoritarios, propios de una administración con una todavía escasa tradición de funcionamiento democrático y transparente.

No podemos aquí enumerar las razones, inválidas, aducidas por la administración para denegar la información que obra en su poder. En 2005 dedicábamos un apartado especial del informe anual a la exposición de estas razones, suscitado especialmente por motivo de información relacionada con obras hidráulicas. Su lugar sistemático en esta monografía es éste, y lo presentamos casi sin cambios desde entonces, una circunstancia por la cual no puede esta Defensoría sentirse satisfecha ni complacida.

El derecho de acceso a la información ambiental tiene o puede tener una estrecha conexión con la cualidad de interesado en un procedimiento, con la personación en los expedientes, con la acción pública que algunas leyes reconocen y con la prohibición general de indefensión. Varios casos tratados por esta Institución así lo muestran aunque las administraciones no siempre captan esta conexión.

Cuando un ciudadano o colectivo tienen intención de recurrir una resolución administrativa, por ejemplo de autorización de obras hidráulicas con un eventual impacto ambiental, es lógico que antes soliciten información sobre el estado de tramitación administrativa del asunto. En el mismo momento, o en otro distinto, cabe que el solicitante inste también que se le tenga por personado en el expediente del proyecto de obras. Cuando la administración no atiende las solicitudes, sin siquiera dar

respuesta al escrito o escritos que ha recibido, es lógico que el reclamante se dirija al Defensor del Pueblo, quien no puede sino admitir a trámite la queja.

Las administraciones muestran enseguida una, a nuestro juicio, incorrecta comprensión del problema que se les plantea, que no se refiere propiamente a la ordenación urbanística, a la protección de espacios naturales o al respeto a las prescripciones del condicionado estipulado en una declaración de impacto ambiental. En efecto, las quejas a que nos referimos pretenden no tanto o directamente la adecuación ambiental del proyecto de obras cuanto mera información al respecto y la personación en el expediente, para poder ser notificado de la resolución definitiva del procedimiento y eventualmente impugnarla. El objeto de nuestra investigación es entonces conocer el motivo para denegar la información ambiental (ley 27/2006) y la personación solicitada (artículo 31.1.c LPC).

La administración aduce a veces que aceptar personaciones cualesquiera supondría “un precedente al que se acogerían en lo sucesivo multitud de personas y asociaciones, de manera que podrían ejercer una significativa influencia negativa en el desarrollo de las actuaciones administrativas, por su aplicación a cada uno de los proyectos constructivos que llevara a cabo”.

Estas razones son manifiestamente no válidas. Existe una regla, ya rancia en nuestro Derecho administrativo y hoy contenida en el citado artículo 31.1.c LPC, cuya aplicación no es facultativa sino que es de cumplimiento obligatorio por las administraciones públicas: Quien se persona en un procedimiento será normalmente parte del expediente y tiene por ello derecho a que se le dé cuenta de las actuaciones que tengan lugar. Entre otras finalidades, esta regla busca garantizar la posibilidad de impugnar las resoluciones en vía administrativa o judicial. Es una regla imperativa, no una opción a disposición de los entes públicos.

La participación ciudadana en la elaboración de las decisiones públicas tiene una de sus facetas en la impugnación de las resoluciones administrativas, impugnación imposible si los interesados y afectados desconocen su existencia y las circunstancias en que fueron dictadas. Esta Defensoría, al contrario, no considera que la aplicación del artículo 31.1.c LPC pueda tener nunca influencia negativa. Más bien ocurre que la administración no parece preparada para manejar una participación ciudadana masiva en los procedimientos más importantes y complejos. En todo caso, la administración no puede esperar que su actividad no tenga influencia en la ciudadanía, de modo que muchos procedimientos serán siempre “masivos” y la administración no puede -a su libre elección- escoger con qué interesados prefiere tratar.

La participación de los ciudadanos en los procedimientos que les afecten o interesen es uno de los fundamentos de nuestro orden jurídico y político, singularmente la participación de las asociaciones, colectivos y plataformas cívicas que asumen como propios intereses colectivos dignos de toda consideración (artículos 9.2 de la CE en su

alusión a los “grupos”, 31.2 LPC, 18.II y 19.1.b LJCA). Esto no es negativo para los proyectos de la administración; es positivo, un avance de la sociedad actual aunque evidentemente la administración ha de estar preparada.

Los problemas procedimentales rara vez pueden calificarse de insuperables, son esperables en procedimientos referidos a proyectos de obras de cierta envergadura o con previsible incidencia ciudadana o vecinal. Su tratamiento por los servicios administrativos de un organismo oficial exige que el funcionamiento de la oficina pública no quede afectado gravemente; y de darse alguna dificultad, el órgano o instancia administrativa debe manifestarla a los interesados, pronta y abiertamente. Los reclamantes solicitan información y personarse en los procedimientos, nada más simple y habitual; ello ha de ser siempre atendible, con razonable proximidad, rapidez y eficacia mediante los modernos sistemas telemáticos.

En fin, no podemos aceptar argumentos de la administración tales como que atender a los ciudadanos que solicitan información es muy costoso porque distrae a los funcionarios de su función. El hecho es que, a nuestro entender, dar acceso a los ciudadanos a la información que solicitan no puede distraer a los funcionarios de su función ya que *es* una de sus funciones, y de las más relevantes. Este tipo de argumentos da idea de lo lejos que se encuentran algunas administraciones de aprehender correctamente cuál es el objeto y la regulación del derecho de acceso. Por otro lado, es cierto que las administraciones no son centros de estudios ni puede por tanto acogerse a la ley 27/2006 una solicitud de información que implique un estudio y análisis de datos.

- *El derecho a acceder a la información en la ley de aguas*

El artículo 15 LA alude asimismo al derecho a la información en materia de aguas y se remite a la (derogada) ley 38/1995 del derecho a la información en materia de medio ambiente, sustituida por la ley 27/2006, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia ambiental (incorpora las directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE, las cuales fueron aprobadas para incorporar a los ordenamientos internos de la Unión Europea el Convenio de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998, *Convenio de Aarhus*).

El plazo máximo de que disponen las administraciones públicas para resolver las solicitudes de información sobre el medio ambiente es de un mes a partir de la entrada en cualquiera de los registros del órgano administrativo *competente*. La información sobre el medio ambiente comprende toda información que obre en poder de las administraciones públicas -bajo cualquier forma de expresión y en todo tipo de soporte material- relativa al *estado de las aguas* (y el aire, *el suelo* y las tierras, la fauna, la flora

y los espacios naturales, incluidas sus interacciones recíprocas), así como a las actividades y medidas que hayan afectado o puedan afectar al estado de estos elementos.

Hay que añadir que, para cumplir el artículo 25.4 LA (y en realidad para el cumplimiento íntegro de toda la ley de aguas) las administraciones urbanísticas tienen derecho a obtener información del organismo de cuenca en materia de recursos hídricos.

- *Deber de facilitar la documentación incluso antes de la licitación de obras*

Una entidad de servicio de agua no está actuando con irregularidad, y la administración y la propia entidad propician la participación ciudadana, si por ejemplo aceptan propuestas tan sustanciales como reducir la capacidad de un depósito de 200.000 a 75.000 m³ o pasar de un proyecto en superficie a otro enterrado. Pero han de mostrarse suficientemente explícitos cuando denieguen información, no basta con referirse a un presunto e inexistente ‘derecho de no facilitar la documentación hasta la licitación’. Ya a primera vista lo anterior no está amparado por la ley 27/2006, cuyo artículo 3.1.f establece que comprende el derecho a conocer los motivos por los cuales no se facilita la información, total o parcialmente, y también aquellos por los cuales no se facilita dicha información en la forma o formato solicitados. La anterior y ahora derogada ley 38/1995 no era muy distinta en este aspecto de la cuestión.

- *Información sobre caudales ecológicos*

Prescindimos ahora de los problemas generales por los cuales un organismo de cuenca no resuelve expresamente las solicitudes de información presentadas por los ciudadanos. La información sobre el medio ambiente comprende toda información que obre en poder de las administraciones públicas -bajo cualquier forma de expresión y en todo tipo de soporte material- relativa al *estado de las aguas* (y el aire, *el suelo* y las tierras, la fauna, la flora y los espacios naturales, incluidas sus interacciones recíprocas), así como a las actividades y medidas que hayan afectado o puedan afectar al estado de estos elementos.

Por supuesto, todo lo anterior es aplicable al hecho de que un plan hidrológico de cuenca comprenda obligatoriamente, entre otros contenidos, la asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros, así como para la conservación o recuperación del medio natural (artículo 42.d LA); que los caudales ecológicos se fijen en los planes hidrológicos de cuenca, y que para su establecimiento los organismos de cuenca realizan estudios específicos en cada tramo de río (artículo 59.7). A juicio de esta Institución, del tenor literal de ambos artículos se concluye que tiene carácter ambiental la información contenida en esos estudios. Esta información ha de ponerse a disposición de quien la solicite si ha sido sufragada con fondos públicos y por motivo de actuaciones administrativas, no es información “propiedad” de la administración.

- *Un ejemplo de información que tiene carácter ambiental: Las condiciones financieras y de ejecución de las obras de modernización y consolidación de regadíos son información ambiental del artículo 2.3 ley 27/2006*

Como ejemplo de hasta dónde puede llegar la ley 27/2006, veamos el siguiente. Ya hemos informado en ocasiones anteriores, y es preciso volver a hacerlo dada la persistencia del error, que esta Institución no comparte el parecer de la administración estatal del agua -siguiendo el criterio de la abogacía del Estado- respecto de los convenios firmados por las comunidades de regantes y las SEIASAS (sociedades mercantiles estatales creadas por el artículo 99 de la ley 50/1998). Según la abogacía del Estado, los convenios no contienen información ambiental en los términos del artículo 2.3 de la ley 27/2006 porque regulan las condiciones financieras y de ejecución de las obras de modernización y consolidación de regadíos que va a realizar la SEIASA correspondiente para su entrega a los usuarios.

A juicio del Defensor del Pueblo, precisamente por ese motivo dichos convenios se someten a la ley 27/2006. Ello es así porque, como hace notar la abogacía del Estado, regulan las condiciones financieras y de ejecución de las obras de modernización de regadíos. Es decir, por un lado, describen las obras a ejecutar, la superficie afectada por la actuación, el número de regantes a los que beneficia y, por otro, recogen el esquema financiero de la obra, con las tarifas de amortización y explotación que deben satisfacer las comunidades de regantes, las condiciones de pago y garantía, las obligaciones de las partes y la explotación de las obras. A juicio de esta Defensoría y por las razones que se exponen a continuación, tal información tiene, según la normativa aplicable, naturaleza ambiental.

En 1998 el TJCE interpretó, a propósito del ámbito de aplicación de la directiva 90/313/CEE²⁴, que el legislador europeo había querido evitar -con la definición contenida en la directiva- que se pudiera excluir del concepto de “información sobre el medio ambiente” algunas de las actividades desarrolladas por la autoridad pública; el término “medidas” sirve justamente para precisar que entre los actos a los que se debe aplicar la directiva se deben incluir *todas las formas de ejercicio de la actividad administrativa* (salvo que concurra causa de denegación de las recogidas en el artículo 3). En su sentencia, el TJCE en primer lugar recuerda que el concepto de “información sobre medio ambiente” de la letra a) del artículo 2 de la directiva 90/313/CEE incluye cualquier información relativa al estado de los distintos elementos del medio ambiente que allí se mencionan, así como las actividades o medidas que puedan afectar o proteger el estado de dichos elementos, “incluidas las medidas administrativas y los programas de gestión del medio ambiente”. A juicio del tribunal, del tenor literal de esta disposición se deriva que la voluntad del legislador comunitario no es otra que dar a

²⁴ Sentencia de 17 de junio de 1998, caso *Mecklenburg/Kreis Pinnenberg-Der Landrat*.

dicho concepto un sentido amplio que abarca tanto los datos como las actividades referentes al estado de dichos elementos. En segundo lugar, de la utilización que se hace en la letra a) del artículo 2 de la directiva del término “incluidas” resulta, en opinión del tribunal, que el concepto de “medidas administrativas” no es más que un ejemplo de las “actividades” o de las “medidas” a las que se refiere la directiva. De esta suerte, el tribunal concluye que para ser una información sobre medio ambiente a efectos de la directiva basta que constituya un acto que pueda afectar o proteger el estado de alguno de los sectores del medio ambiente a los que se refiere ésta, lo que es el caso si, en lo que atañe a los intereses de la protección del medio, puede influir en la decisión de aprobación de unas obras.

Así pues, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, entre “las medidas que hayan afectado a puedan afectar a los elementos del medio ambiente” se incluyen los análisis de la relación coste-beneficio y otros análisis de carácter económico o técnico, así como la información relativa a la contratación administrativa y a las licencias que sean utilizadas en la toma de decisiones relacionadas y que pueden influir en la adopción final de la decisión que va a afectar al medio ambiente. Algo que, por lo demás, ha sido expresamente recogido por la directiva 2003/4/CE (que deroga la anterior, ampliando el ámbito de aplicación de derecho de acceso y aclarando algunas zonas oscuras de la anterior directiva) y su transposición al derecho interno español mediante ley 27/2006, en su artículo 2.e.

De ahí que, a juicio de esta Defensoría, la directiva 2003/4/CE (y antes la 90/313/CEE) sea de aplicación a un convenio firmado entre una SEIASA y una comunidad de regantes (aunque éste venga referido a las condiciones financieras de unas infraestructuras a ejecutar) que obre en poder de la administración en el marco de un procedimiento de aprobación y ejecución de un plan de modernización de regadíos, siempre que el convenio afecte a los intereses de la protección del medio ambiente. A esos efectos, no hay regadío sin agua, y ésta es indiscutiblemente un elemento del medio ambiente. Por otra parte, en puros términos lógicos es muy difícil no reconocer la relación *directa* de la contratación de una obra de modernización de un regadío con la modernización del regadío propiamente dicha. A su vez parece imposible -siempre en sentido lógico- no reconocer la relación *indirecta* entre el regadío, la obra de modernización y el contrato de obra. Es decir, no cabe en pura lógica sostener que la modernización del regadío no depende, siquiera indirectamente, de la financiación de la obra y sus condiciones.

Por ello, es directa y manifiesta la relación entre el regadío y la financiación de la obra de modernización. Simplemente, sin regadío no hay obras de modernización y sin éstas (sin un proyecto de modernización) no hay necesidad de contratar. En formulación alternativa, sin regadío no hay convenio, éste existe por y para aquél, y por tanto la descripción de la obra y las condiciones financieras y de ejecución de unas obras de relevancia ambiental tienen relevancia ambiental.

Parece claro entonces que se debe facilitar el acceso a los convenios solicitados por lo que la limitación del acceso en relación con lo pedido no se considera por esta Defensoría ajustada a derecho. La interpretación contraria no se corresponde con la letra y el espíritu de la ley 27/2006 (ni tampoco de la anterior ley 38/1995 ni de las directivas de las que ambas leyes traen causa, 2003/4/CE y 90/313/CEE) que claramente pretende otorgar a los ciudadanos un derecho de acceso a la información en poder de las administraciones públicas lo más amplio posible -de ahí las referencias de su artículo 2.3.a “*toda la información en forma escrita, visual, sonora, electrónica o en cualquier otra forma.*”, y de ahí también que las causas de restricción del derecho se encuentren estrictamente tasadas. Dicho de otro modo, carece de respaldo normativo excluir del concepto de información ambiental la de carácter técnico, económico o financiero, o la relativa a la contratación administrativa o a las licencias necesarias u otorgadas, de forma que estamos, a nuestro juicio, ante una motivación no apta y, en consecuencia, ante una decisión arbitraria. No se olvide que la información de que dispone la administración no es de su propiedad ni tiene libre disposición sobre ella.

Además, la interpretación que defiende esta Institución se encuentra avalada por que la participación de los ciudadanos en los procedimientos que les afecten o interesen es uno de los fundamentos de nuestro orden jurídico y político, singularmente la participación de las asociaciones, colectivos y plataformas cívicas que asumen como propios intereses colectivos dignos de toda consideración (artículos 9.2 CE en su alusión a los “grupos”, 31.2 LPC, 18.II y 19.1.b LJCA). La participación ciudadana en la elaboración de las decisiones públicas tiene una de sus facetas en el derecho que analizamos, además de en la impugnación de las resoluciones administrativas, impugnación imposible si los interesados y afectados desconocen las circunstancias en que fueron dictadas. Esto no es negativo para los proyectos de la administración, sino positivo, un avance de la sociedad actual y de nuestro sistema jurídico. Por todo ello, esta Institución cree que cualquier posible limitación del ámbito de aplicación de la ley 27/2006 debe ser interpretada restrictivamente.

En consecuencia, esta Institución sugirió a la Secretaría de Estado de Medio Rural y Agua que, en cumplimiento de los artículos 1, 2.3.a, 13 y 14 ley 27/2006, facilitara a la asociación ecologista solicitante el acceso a los convenios de modernización de regadíos firmados entre las SEIASAs y las comunidades de regantes que había solicitado.

Al informar dicha sugerencia, el abogado del Estado del actual Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino considera que el concepto de información ambiental no deja de ser un concepto jurídico indeterminado, de cuya interpretación en relación con cada caso concreto resulta difícil excluir absolutamente un cierto halo de discrecionalidad o, si se quiere, de subjetivismo. Por esta razón, a su juicio, habiéndose ofrecido una negativa razonada a facilitar cierta información contenida en los convenios entre las SEIASAs y las comunidades de regantes en relación con el denominado Plan de Choque de Modernización de Regadíos, no puede calificarse la decisión administrativa de arbitraria. Por otra parte, el abogado del Estado dice no comprender

qué incidencia en las aguas puede tener la determinación del concreto porcentaje que vaya a satisfacer la comunidad de regantes sobre el importe total de cada una de las certificaciones mensuales que se van expidiendo a lo largo de la ejecución del contrato de obras, o la regulación de las tarifas que tienen que pagar los regantes y los avales bancarios que han de constituir en garantía del cumplimiento de sus obligaciones contractuales o convencionales. Concluye que los convenios entre las SEIASAs y las comunidades de regantes, atendiendo a su contenido, no inciden en el estado de las aguas. Por ello, en su opinión subsumir dentro de los conceptos jurídicos indeterminados de "información ambiental" y "medidas" del artículo 2.3 de la ley 27/2006 datos como son los relativos al esquema financiero de las relaciones entre la SEIASA correspondiente y las comunidades de regantes beneficiarias de las obras constituye, una interpretación más desmesurada que extensiva de ley.

Pero para esta Defensoría resulta preocupante que la abogacía del Estado identifique discrecionalidad con subjetivismo. Por otra parte esta Defensoría calificó la decisión administrativa de arbitraria porque no era razonable ni razonada conforme a la ley y a su finalidad. Era una decisión abusiva e injustificada, contraria a la justicia y dictada por la sola voluntad, a eso se llama arbitrariedad; no es exacto que la negativa dada por la administración hubiera sido razonada, vale decir que no estaba razonada en consonancia con la ley ni con su finalidad, sólo exteriormente se ofrecía una razón. Por otra parte, el Defensor del Pueblo no propugna una interpretación desmesurada de las leyes sino que la denegación de la información no se fundamente en razones *contra cives* y contra el Derecho.

Es una visión muy estrecha entender que datos relativos a un esquema financiero de las relaciones entre la SEIASA y las comunidades de regantes beneficiarias de las obras no tienen incidencia en las aguas, pues hay esquemas mejores y peores, no hay administración sin recursos financieros, los pagos a la comunidad de regantes sobre importes totales de cada certificación mensual son indicativos del desempeño, la regulación de las tarifas que tienen que pagar los regantes son expresivos de valores de cambio y los avales bancarios en garantía del cumplimiento de sus obligaciones contractuales son eso, garantías, y todo ello es esencial a la buena administración del agua. Finalmente, no se trata de que la asociación ecologista solicitante tenga un interés atendible por la administración, pues no hace falta ostentar ni invocar interés especial alguno.

Afortunadamente la subdirección general de regadíos y economía del agua no hizo suya la opinión de la abogacía del Estado y estimó que la solicitud quedaría satisfechas con el acceso a las siguientes fuentes:

- 1) El proyecto en cuestión, con todos sus aspectos ambientales contenidos en los estudios realizados o, en su caso, en la declaración de impacto ambiental DIA preceptiva para su puesta en marcha. Al parecer, esta posibilidad se puso a disposición

de la entidad ecologista solicitantes, incluida eventualmente la información del seguimiento ambiental que se realizaba en cumplimiento de la DIA, caso de existir ésta.

2) El importe total del proyecto y las partes de éste asignadas a la SEIASA y a los regantes.

3) El modelo o modelos, si hubiera más de uno, de convenios que se firmaron entre la SEIASA y las comunidades de regantes.

Esta Defensoría considera suficiente lo propuesto por subdirección general de regadíos y economía del agua, toda vez que la clave del asunto reside en el acceso a los proyectos en sí, con sus características técnicas y de ejecución y sus objetivos, los cuales, entendíamos estaban en los convenios. Pero si el proyecto puede separarse, si se facilita a la solicitante, y si de él se deduce cuál será la reducción del volumen total de agua consumido en cada comunidad de regantes tras la modernización del regadío, entonces puede estimarse atendida la solicitud de información ambiental. Téngase en cuenta que la reducción del volumen total de agua consumido en cada comunidad de regantes, medido en términos absolutos (hm^3) y relativos (m^3/ha) y descontando el agua reutilizada de nuevo en la explotación, así como el dato de número de concesiones revisadas en regadíos modernizados y el volumen de agua que se recuperará para la unidad de cuenca medido, son todos ellos elementos esenciales para evaluar los resultados del Plan de Choque.

Ahora bien, en el caso de que la asociación ecologista insista en examinar convenios concretos ya firmados por una SEIASA y una comunidad de regantes, la subdirección general de regadíos y economía del agua recomienda a las SEIASAs, para evitar posteriores reclamaciones de los particulares que se consideren afectados por la información suministrada, que pidan autorización previa a la comunidad de regantes firmante y, en cualquier caso, consulten a sus respectivos asesores jurídicos.

Por tanto, en lo que se refiere a la cuestión teórica, relativa a si un convenio de financiación de unas obras de regadío entra una SEIASA y una comunidad de regantes es información ambiental a los efectos de la ley 26/2007, el Defensor del Pueblo considera infundadamente rechazada la sugerencia, toda vez que pedir autorización previa a la comunidad de regantes firmante, además de ser innecesario si se tachan o desagregan los datos personales protegidos, puede obstaculizar en forma desproporcionada la garantía del derecho de acceso, sobre todo en lo que se refiere a la cumplimentación de los plazos para dar la información.

- *Separación de datos personales*

Respecto de los datos personales de los titulares de órganos y entidades concernidas (por ejemplo, del representante de una comunidad de regantes), los cuales a juicio de la

abogacía del Estado están protegidos por la ley orgánica 15/1999, de protección de datos de carácter personal, es cierto que, de conformidad con el artículo 13.2.f ley 27/2006, las administraciones públicas pueden denegar una solicitud de acceso a la información sobre medio ambiente si ésta puede afectar negativamente al carácter confidencial de los datos personales, tal y como se regulan en la ley orgánica 15/1999, siempre y cuando la persona interesada a quien conciernen no haya consentido en su tratamiento o revelación. Así se pronuncia también su artículo 10, que obliga a los responsables de un fichero de datos personales, y a quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos de tal naturaleza, a su guarda y al secreto profesional al respecto, obligaciones que subsisten aun después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con su responsable. Por ello, tal y como estipula el artículo 11.1 de la misma ley orgánica, la comunicación a un tercero de datos de carácter personal sólo está permitida para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado.

Ahora bien, la ley orgánica (artículo 1) tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente su honor e intimidad personal y familiar. Por lo tanto, debe interpretarse que las obligaciones referidas, de guarda y secreto en el tratamiento de datos personales, vinculan a las administraciones públicas cuando éstos consisten en información relativa a personas físicas identificadas o identificables (artículo 3) que afecte o pueda afectar a sus derechos fundamentales y, en especial, a su intimidad y/o honor. Algo que tratándose de documentación urbanística o hidrológica resulta dudoso que concorra, ya que no se imagina fácilmente cuáles puedan ser los datos personales en ellos contenidos que afectan a derechos fundamentales de sus titulares y que presuntamente impiden su acceso a terceros. Resulta dudoso que el nombre y apellidos, y la condición de presidente de una promotora urbanística o de una comunidad de regantes sean datos de carácter confidencial.

Sea como fuere, si se estima que tales datos son confidenciales, de conformidad con el artículo 14 de la ley 27/2006 serán separados, cuando ello sea posible, de la información ambiental solicitada poniendo ésta parcialmente a disposición del solicitante. Por tanto, las administraciones públicas deben facilitar aquella información ambiental que sea posible separar de la que quede afectada por una causa de denegación tasada por la ley. En consecuencia, si los documentos contienen datos personales cuya confidencialidad deba ser garantizada, basta con facilitar únicamente una copia de la que se hayan desagregado los datos personales, mediante una simple tachadura.

- *Denegación de información ambiental por las comunidades de regantes. Denegación de información contenida en expedientes sancionadores*

Ya tratamos estos problemas antes, el primero en §1.2.3.5.C.2, los traemos aquí de nuevo porque es su lugar propio.

Nos llegan reclamaciones porque las comunidades de regantes deniegan el acceso a información ambiental solicitada por comuneros o terceros aduciendo que la ley 27/2006 no les es aplicación, por las mismas razones por las que niegan ser equiparables a las administraciones públicas. Sin embargo, ya hemos fundamentado, al analizar su naturaleza jurídica, que las comunidades de regantes cuando ejercen potestades administrativas se equiparan a las administraciones públicas. De manera que si obra en su poner información ambiental según la ley 27/2006 en relación con esas potestades (es decir con todas las que le otorga la ley para el buen orden del aprovechamiento del agua), entonces la comunidad de regantes está obligada a dar acceso a esa información, en los términos establecidos en dicha ley.

Así lo recuerda y sugiere frecuentemente esta Defensoría a las comunidades de regantes. En cuanto al derecho de acceso a documentación que obra en expedientes sancionadores, ha sido largo el tratamiento dado a la cuestión en §3.4.2 y no parece necesario reiterar aquí lo expuesto allí.

4. ACCIÓN CIUDADANA. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS Y LAS OBLIGACIONES FUNDAMENTALES DE LA ADMINISTRACIÓN

Este último capítulo antes de las conclusiones y propuestas quiere extraer de cuantos problemas han sido tratados hasta aquí una formulación general sobre la situación jurídica en que se encuentran los ciudadanos frente a la actuación de unos entes, las administraciones públicas que, no lo olvidemos, son las organizaciones de que se dotan los ciudadanos mismos -sin confundirse ciudadanos y administraciones- para atender los intereses generales. Pese al rótulo, que no quiere dejar de mencionar el lado activo (acción pública y derechos fundamentales, correspondientes al acreedor de la administración, el ciudadano), nos centraremos sobre todo en el lado pasivo, en el de las sujeciones, deberes y obligaciones de la otra parte, de la administración pública deudora. Con esta formulación general de las obligaciones termina, o debería terminar siempre, la invocación por los ciudadanos de sus facultades, derechos e intereses, directos o legítimos aunque no necesariamente subjetivos. Por su lado, la administración no debería de perder nunca de vista que su posición ante los ciudadanos es tanto o más deudora que acreedora, pues aunque le es dable exigir comportamientos a las personas, su función es inherentemente, sustancialmente (y también teóricamente) servicial y vicarial y sus potestades y créditos están siempre vinculados a los intereses generales, intereses justamente de las persona sujetas a sus potestades y deudoras de comportamiento cívicos.

En éstas urbanística e hidrológica como en cualesquiera otras materias, esta Defensoría señala a las administraciones los derechos, algunos fundamentales, que amparan las pretensiones desatendidas por los poderes públicos y que por ello terminan en quejas. Sin embargo, las investigaciones no se basan en la práctica casi nunca en tales derechos, sino en el polo opuesto, en los deberes y obligaciones (que hemos de considerar asimismo fundamentales cuando el eje está formado en el otro lado por una libertad o un derecho fundamental o constitucional). Esta Defensoría trata de hacer ver a las administraciones que sus actuaciones irregulares, por supuesto incluidas sus omisiones y la pasividad, casi siempre llevan aparejados deberes y obligaciones incumplidas, como deudas impagadas por la administración cuyo pago debe. Antes nos referimos brevemente a las acciones, facultades y derechos.

- *Acción ciudadana*

Las acciones pública y popular (artículo 125 CE) están hoy reconocidas, en lo que ahora nos importa, en la legislación urbanística (artículos 4 y 48 LS) pero no en la de aguas. En el primer caso la acción queda habilitada, respectivamente, para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística, las decisiones resultantes de

los procedimientos de evaluación ambiental de los instrumentos que las contienen y de los proyectos para su ejecución, en los términos dispuestos por la legislación reguladora; y para exigir ante los órganos administrativos y los tribunales contencioso-administrativos la observancia de la legislación e instrumentos de ordenación territorial y urbanística; si dicha acción está motivada por la ejecución de obras que se consideren ilegales, puede ejercitarse durante su ejecución y hasta el transcurso de los plazos establecidos para adoptar las medidas de protección de la legalidad urbanística.

La ausencia en la ley de aguas de una determinación análoga queda paliada por las previsiones en otras leyes de relevancia equivalente, dominio público, contable y otros, y por supuesto las acciones penales en los casos extremos. Sin embargo, los aspectos esenciales de su operatividad ya han quedado señalados en apartados anteriores, se trata sobre todo de la facultad de formular alegaciones, peticiones, reclamaciones y denuncias y poder hacer de ellas un seguimiento, tras previamente, si es necesario, obtener información.

Va dando fruto trabajosamente el esfuerzo diario de esta Institución por hacer ver a las administraciones que tales facultades son de sujeción imperativa para ellas. No es raro encontrar administraciones y organismos que consideran su círculo de intereses, competencias, atribuciones y disponibilidades presupuestas, como un coto cerrado a todos, como si tales elementos fueran de su propiedad; de modo que encuentran inadmisibles que un tercero actúe amparado por la acción pública, poco menos que como un insulto a la 'independencia' y 'buen hacer' de los gestores administrativos, que se consideran a sí mismos incapaces de error y dotados por la naturaleza de las cosas de unas cualidades especiales de que carece el ciudadano medio, a quien no dudan en calificar más o menos cortésmente de ignorante, demagogo o indeseable.

- *Los derechos fundamentales de los ciudadanos y las correlativas obligaciones fundamentales de la administración*

Los derechos involucrados en las cuestiones tratadas en esta monografía son casi siempre fundamentales, o tienen vinculación con éstos directa o indirecta. La administración indebida del suelo y del agua afecta o puede afectar habitualmente a:

- El derecho a la vida
- El derecho a la salud
- El derecho a una vivienda digna
- El derecho a un ambiente adecuado; trasunto parcial de ese derecho es el deber de todos de velar por el uso racional de los recursos naturales (espacios naturales y en buena medida también los espacios agrícolas)
- El derecho a la propiedad privada y a la herencia

- El derecho al desarrollo económico y la libertad de empresa²⁵

Ni siquiera parece necesario entrar aquí en una descripción de cómo articula esta Defensoría entre sí estos derechos. Ya es llamativo que el derecho a la vida forme parte del anterior listado, pero resulta que tratamos de elementos vitales y no es difícil establecer la vinculación entre urbanismo y gestión del agua con el derecho a la vida si recordamos que a nuestros efectos, y parafraseando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la vida consiste en que a la persona no se le impida el acceso al agua en una mínima parcela de suelo donde habitar²⁶.

Pero insistimos en la importancia que, para la investigación y resolución de las quejas, da esta Defensoría a señalar claramente no tanto los derechos e intereses de las personas, como los correlativos deberes y obligaciones que compete a la administración cumplir y satisfacer, obligaciones y deberes sin los cuales no hay derechos e intereses, simplemente no existen. Quiere con ello decirse dos cosas: Primera, los asuntos tratados en esta monografía quedan encuadrados en la vida internacional en cuestiones que ni siquiera hemos mencionado, y a las que ahora sólo podemos aludir sumariamente. Son expresiones alusivas a lo que en otras partes del mundo se tiene permanentemente como telón de fondo de su actividad en materia de ordenación del territorio, urbanismo y agua. Nos referimos sólo a dos: La distribución injusta del agua y el acaparamiento por grandes corporaciones mercantiles del “mercado del agua”. De todo esto nos interesa sobre todo subrayar la importancia -señalada por Naciones Unidas- de que el agua sea gestionada localmente y con participación directa de los usuarios, una realidad que estamos lejos de haber alcanzado. En España el problema de fondo no está en que se reparta mal el agua ni en que haya realmente un mercado privado del agua donde grandes corporaciones abusen de su posición dominante; en España el problema se encuentra en que (1º) el agua se explota y consume en exceso y las soluciones siempre han venido de la mano de la oferta de agua, oferta vinculada a un modelo de desarrollo determinado construyendo infraestructuras y pozos para que todos consuman toda el agua que se quiera; y no se han implantado soluciones basadas en el ahorro, o sea del lado de la demanda; y (2º) en que la acción contra la contaminación se ha emprendido tarde, cuando España era ya un país desarrollado y el grado de contaminación de nuestros ríos era grande, acción que sigue siendo insuficiente.

No es raro encontrar en las quejas calificaciones negativas a la consideración del agua como mercancía, a la privatización de los servicios sobre agua potable y residuales. El colmo de la confusión lo encontramos en cómo las grandes corporaciones acaparadoras de los servicios de suministro y saneamiento rotulan sus sectores de actividad de

²⁵ No podemos entrar en un examen, necesario en el día a día de las investigaciones pero imposible ahora en esta monografía, sobre la Carta de Naciones Unidas (artículo 55) y especialmente sobre su Declaración sobre el derecho al desarrollo de 1986, no vinculante.

²⁶ La sentencia de 19 de noviembre de 1999 (*Villagrán Morales et al.*, caso “Niños de la calle”, serie C, 63, 144) dice exactamente que el derecho a la vida comprende para la persona “el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.

“división medioambiental”, de modo que la obtención de grandes beneficios a partir de una facturación cuantiosa -por ejemplo basada en el embotellamiento de agua común no mineral- pretende ser presentada como modelo de gestión sostenible.

Mucho más importante nos parece determinar cuáles son (en grado creciente de vinculación concreta) las sujeciones, los deberes y las obligaciones de las administraciones urbanística e hidráulica respecto de los ciudadanos. Daremos un listado aproximado. Para ello ha de tenerse presente que los conceptos de “deber público”, “obligación administrativa” y concomitantes son demasiado generales, con los que la administración prefiere no tratar, prefiere con mucho tratar de sus potestades. Es decir, la administración urbanística y la administración hidráulica siguen, en tantos casos conocidos por el Defensor del Pueblo, impulsadas por fórmulas autoritarias y no de servicio público. Tenemos entonces:

Sujeciones de la administración:

- La administración está sujeta a considerar siempre la faz ambiental del asunto, no es una sujeción que atañe sólo a los órganos ambientales sino a todos;
- La administración hidráulica está sujeta a los funciones de protección del suelo y del agua;
- La administración está sujeta a las determinaciones de sostenibilidad y respeto del caudal ecológico.

Deberes de la administración:

- En primer lugar tenemos los deberes triviales, que no debería ser necesario mencionar: De coordinar su esfuerzo con las demás administraciones, que resuelva los procedimientos en tiempo y forma, y propuestas por el estilo, numerosas por lo demás como puede comprobarse en prácticamente todos los capítulos anteriores;
- De impedir el desarrollo de actividades contaminantes y de sancionar las infracciones urbanísticas y de la ley de aguas;
- De tomar en consideración un informe solvente que ponga de manifiesto la falta de agua para determinado proyecto o plan, aunque la eficacia jurídica del informe sea limitada, por ejemplo por no ser formalmente vinculante.

Obligaciones de la administración:

- La solicitud en debida forma por una administración a otra de un informe preceptivo crea para la segunda la obligación de emitirlo, asimismo en debida forma. Toda administración siempre puede dirigirse a otra para informar de

dificultades, de la necesidad de más tiempo para informar, de aproximar una fecha en que el informe ha de estar o puede estar listo y terminado;

- La apertura del procedimiento de formulación de un instrumento urbanístico crea la obligación para su promotor de disponer de una documentación urbanística internamente completa para su finalidad y consistente en sus determinaciones.

Obligaciones fundamentales de la administración:

- Si la preservación ambiental requiere acción física, la administración está obligada a realizarla subsidiariamente, a costa de quien la haya indebidamente alterado;
- La administración está obligada a imponer medidas cautelares que impidan el aprovechamiento urbanístico y/o hidrológico irregular, así como a sellar las instalaciones, aparatos, equipos y pozos o el cese de actividades;
- La administración, tras una solicitud de información, está obligada a dar acceso a la documentación ambiental que obra en expedientes, incluso sancionadores y salvo que concurra causa válida de denegación. El incumplimiento de estas obligaciones está sujeto a responsabilidad;
- Durante los procedimientos concesionales la administración hidráulica está obligada a evaluar todas las posibles afecciones a captaciones anteriores legales que hayan sido alegadas y presenten indicios de razonabilidad y probabilidad suficientes;
- Ante una denuncia razonablemente fundada, la administración queda obligada a la inspección y control y de los hechos. En las construcciones ilegales emplazadas en el término municipal, incluso si estuvieran situadas en dominio público hidráulico, el ente local continúa siendo la administración competente en disciplina urbanística; las situadas en zona de policía son también de interés del organismo de cuenca.

Este esquema es sólo ilustrativo. Evidentemente a cada relación jurídica obligatoria bilateral le corresponden siempre dos polos, uno activo o acreedor y otro pasivo o deudor. Para terminar consideramos tres de estas relaciones fundamentales, tratadas en un capítulo anterior y que aquí presentamos en forma distinta: En primer lugar el deber fundamental de la administración, tanto urbanística como hidráulica, de comprobación de los hechos (1); después el consecuente deber fundamental de valorar los daños, también concerniente a ambas (2); y por fin una relación jurídica distinta, que se expresa mejor con una prohibición, la de obstaculizar y perjudicar sin causa válida los derechos de los ciudadanos (3).

1. Dijimos en el apartado de las infracciones §3.4 que es casi siempre preciso reclamar a las administraciones que indiquen si está comprobada la acción, e incluso acreditada de manera suficiente los hechos denunciados, tanto en los procedimientos de autorización

como en actuaciones preliminares a la apertura de procedimientos sancionadores. Es esencial conocer el resultado de las inspecciones técnicas sobre si la actividad denunciada daña el dominio público hidráulico o infringe la ordenación del suelo. El Defensor del Pueblo no puede realizar tales comprobaciones por sí mismo, ni frecuentemente tampoco los ciudadanos.

Tres puntos relevantes hemos de recordar. En primer lugar la Orden MAM /85/2008 de 16 de enero, de criterios técnicos para valorar los daños al dominio público hidráulico y las normas sobre toma de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales; insistiremos en este aspecto porque es decisivo. En segundo lugar, la necesidad de actuar de oficio. La administración no ha de esperar a la recepción de denuncias para abrir expedientes sancionadores o de restauración de la legalidad, sino que le basta con la constatación mediante sus propios agentes, personal y autoridades, de los hechos constitutivos de posible infracción. Cuando esta Institución recibe como respuesta de la administración que los denunciantes no han acreditado los hechos incurso en infracción, la reacción es poco menos que fulminante porque este criterio sobre la carga de la prueba es erróneo. Esto es invertir los términos de las potestades que las leyes otorgan a la administración, cuya misión no es presumir la bondad de la actividad denunciada sino comprobar primero y si es preciso corregir y sancionar después las posibles infracciones. Esto forma parte de la instrucción de un expediente, que toca a la administración impulsar y no a los ciudadanos, salvo denuncias manifiestamente carentes de fundamento, lo que en las quejas recibidas resulta muy raro. Reiteramos que ésta es también la *ratio decidendi* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante el problema de la carga de la prueba (sentencia de 16 de noviembre de 2004). En tercer lugar, insistimos en que sólo cabe desechar las denuncias infundadas o incompletas, y conviene echar una ojeada al trámite de información pública sobre la actividad proyectada; pues de nada sirven las quejas una vez se consuman los hechos si antes no ha habido una mínima actividad. Antes que cualquier otra administración o institución, quien más interesado está en un asunto como la contaminación del agua o una ilegalidad urbanística es quien la padece directamente.

Para terminar este apartado, recordemos que hay importantes diferencias entre la figura del denunciante y la del interesado, y entre éstos y el *afectado*. Unos y otros pueden coincidir en la misma persona, pero no tiene por qué ser así siempre. En general, la administración está mucho más vinculada a la situación del afectado, sea o no denunciante, sea o no interesado en los procedimientos, que a la del presunto infractor, quien tiene sus garantías aseguradas firmemente en el ordenamiento.

2. Insistimos en el deber fundamental de valorar los daños. La dificultad mayor está en la valoración de los daños al dominio público hidráulico, la realiza el órgano sancionador; disponemos para ello de la tan citada y a nuestro juicio valiosa y determinante Orden MAM /85/2008, de 16 de enero, de criterios técnicos para la valoración de los daños al dominio público hidráulico y las normas sobre toma de muestras y análisis de vertidos de aguas residuales. Los daños en la calidad del agua se

valoran atendiendo al coste del tratamiento del vertido, a su peligrosidad y a la sensibilidad del medio receptor. El importe de los daños al dominio público hidráulico incluye el coste adicional de la restauración necesaria para garantizar la reposición al estado anterior, en función del estado, régimen hidrológico e hidráulico existentes y el tiempo de reversibilidad del daño, según el método determinado en la Orden. Con esta guía no cabe ya aceptar resoluciones, no necesariamente sancionadoras, que no ordenen la reposición o restitución, y la indemnización de daños y perjuicios, a quien infrinja la ley de aguas.

3. La administración tiene prohibido obstaculizar y perjudicar sin causa lícita los derechos e intereses de los ciudadanos. Es uno de los supuestos más graves de ilegalidad. El tratamiento debido que la administración urbanística e hidráulica ha de dar a una solicitud de autorización administrativa excluye de raíz someter el otorgamiento o denegación a aspectos ajenos al marco competencial. Esto significa que no forman parte de la actividad de supervisión las cuestiones que tienen importancia secundaria o directamente no conciernen a la administración (conflictos sobre titularidad civil, perjuicio de derechos civiles de terceros, condicionar la autorización a informes favorables de otros órganos (de patrimonio histórico o análogos) si no los requiere la ley aplicable, de aguas o del suelo. Tampoco cabe utilizar la técnica de solicitar documentos innecesarios para retrasar la tramitación del expediente o justificar su archivo. Ésta es precisamente la descripción de la causa de anulabilidad de la actuación u omisión administrativa incurrida en desviación de poder (63.1 LPC), es decir utilizar una potestad administrativa para un fin distinto del que sirvió para configurarla.

Esta Defensoría no puede en modo alguno tener por regular un trámite de expedientes siguiendo las normas y formalidades “escrupulosamente”, como tantas veces pretenden las administraciones refiriéndose a utilizar trámites innecesarios que sólo sirven para perjudicar derechos sin añadir garantía alguna, pensamos que a veces deliberadamente (desviación de poder o irregularidades peores).

5. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

5.1 CONCLUSIONES

El objeto de este informe es la actividad de las administraciones urbanística e hidrológica y los casos encontrados de pasividad o renuencia cuando les toca hacer o decidir. Es cierto que los problemas que han de atender son formidables y de tratamiento complejo, costoso y difícil. El agua sigue sometida a las amenazas y presiones de la actividad humana, la actividad y negligencia de todos en general; la calidad del agua sigue lejos de ser satisfactoria en varias regiones de nuestro país, empeorada por inundaciones y sequías. Entre los tipos de contaminación que puede afectar a las aguas continentales, el más frecuente proviene de vertidos cuyo origen es una fuente concreta, pero la contaminación de origen difuso sigue siendo también importante. La conciencia y cultura ciudadanas no siempre son sólidas y prueba de ello es la frecuencia de infracciones graves y muy graves. Éste es el panorama sobre el que se ha elaborado la presente monografía, el panorama al que se enfrenta la administración hidrológica, que no es una máquina todopoderosa sino una organización ciudadana compuesta por ciudadanos y susceptible de error. En este informe el examen de la administración urbanística se ha hecho sólo desde el punto de vista de su relación con la hidráulica; ésta ha sido objeto de un examen más intenso.

Presentamos a continuación no una relación completa ni exhaustiva de conclusiones y propuestas sino sólo una selección; la razón es doble: Pretendemos que este capítulo sea breve porque si bien la presente monografía tiene carácter eminentemente práctico y trata de las investigaciones acometidas por la Institución, hemos procurado siempre en cada epígrafe y punto ser concluyentes y prospectivos, es decir no limitarnos a fiscalizar, por ello cada capítulo contiene por sí solo un número creemos que apreciable de conclusiones y propuestas; resultaría largo y tedioso repetirlas de nuevo todas²⁷. Además, nos parece carente de utilidad traer a este capítulo recordatorios de deberes legales, recomendaciones y sugerencias que deberían ser obvias para la administración, pero que lamentablemente aún sigue siendo necesario dirigir a las administraciones, tales como que coordinen sus esfuerzos, que resuelvan los procedimientos con celeridad y propuestas análogas; parece preferible por tanto seleccionar las conclusiones más específicamente relacionadas con la materia, siempre que retengamos que numerosas disfunciones en la administración provienen de carencias y defectos generales, es decir que los podemos encontrar en otros ámbitos distintos de los del agua y la ordenación del territorio.

²⁷ Por ejemplo, no incluimos aquí por su índole muy concreta las conclusiones alcanzadas acerca de las reglas procedimentales para dirimir las controversias sobre el reparto y la distribución del agua y el sistema financiero de las comunidades regantes (v. §1.2.3.5.C.3 y C.4).

Cada una de las conclusiones y propuestas indica al final el epígrafe donde puede encontrarse el tratamiento pormenorizado y los razonamientos que conducen a ellas, salvo las seis primeras por su carácter general y contenido referido a la totalidad del informe.

Cabe aclarar al respecto que esas seis conclusiones generales se deducen del sentir de fondo que late en las quejas; ya hemos manifestado a las Cortes Generales en ocasiones anteriores que los usos del suelo y del agua y sus relaciones recíprocas son expresados por los ciudadanos cuando se dirigen al Defensor del Pueblo en términos cada vez más comprensivos con las varias dimensiones de los problemas, la personal o privada y particular de cada reclamante pero también la común o colectiva, la perspectiva de los demás, que es igualmente aprehendida por el reclamante, quien dice reconocer que su problema no es todo el problema, y se da cuenta de las implicaciones de otros intereses, generales y no directos suyos. En otras palabras, las quejas expresan cada vez más un sentir de fondo comprensivo de todas las implicaciones del problema y no sólo de las implicaciones particulares. Indudablemente estas quejas son de investigación inicialmente más sencilla. Hay que añadir que no todas las entidades vecinales, ciudadanas, ecologistas, pero tampoco las científicas y técnicas que se dirigen a nosotros, suscriben todas y cada una de las conclusiones tal y como quedan formuladas; hemos de admitir que no hay unanimidad en los objetivos de las políticas urbanística e hidrológica, de lo que se deduce el carácter inherentemente polémico de los arbitrios sobre qué hacer o no hacer con el suelo y el agua. Pues bien, las seis primeras conclusiones se deducen, confiamos que en una interpretación directa y cabal, del sentir de fondo de las quejas.

1ª Territorio, titularidad del agua y disponibilidad

El agua no pertenece al territorio por el que pasa ni a sus habitantes, es dominio público.

El organismo de cuenca puede otorgar a un ayuntamiento el aprovechamiento de las aguas que discurren por otro municipio si considera que es más racional ese aprovechamiento que el de las aguas existentes en su término municipal. Lo mismo ocurre entre cuencas (ahora demarcaciones).

Ahora bien, llevar a cabo obras de conducción siempre acarrea más impacto ambiental y es más caro que no hacerlo, por lo que habrá que justificarlo. En general, es más racional el aprovechamiento de los recursos hídricos cercanos al usuario, aunque puede haber motivos que justifiquen otra solución.

Por otra parte, hay que distinguir entre sequía y déficit estructural en determinadas cuencas. No es lo mismo adoptar medidas urgentes y excepcionales para garantizar el

abastecimiento de poblaciones afectadas por la sequía (aunque algunas obras realizadas a esos efectos y su impacto puedan ser no tan provisionales), como el hecho de que algunas cuencas tengan poca agua para el montante preexistente de derechos reconocidos.

En este último caso es dudoso que esas cuencas y sus regiones estén facultadas para garantizar los derechos (dado que a veces el déficit lo origina el exceso de usos, unos legales y otros ilegales pero tolerados por la administración) y cómo pueden garantizarlos (trasvases, desaladoras, ahorro de agua con tecnología tipo riego gota a gota o con aguas depuradas, etc).

El Defensor del Pueblo no puede pronunciarse a priori y concluyentemente sobre si es preferible un trasvase a una desaladora; depende de cada caso concreto.

Esta Institución no se decanta por una solución u otra, simplemente sugiere que se examinen y comparen todas las soluciones existentes para resolver un problema estratégico y se elija la mejor desde el punto de vista ambiental.

Pero resulta claro que no deben concederse nuevos derechos para los que no haya recursos hídricos suficientes. Hemos de desaconsejar resueltamente la práctica de construir urbanizaciones, campos de golf, invernaderos y poner en marcha industrias sin que exista suficiente agua de antemano en la confianza de que después se obtendrá de alguna parte. En el caso de viviendas tenemos un problema adicional, pues el uso de abastecimiento a poblaciones es el prioritario en todas las cuencas.

Por otra parte, para solucionar un problema coyuntural de sequía puede no ser útil un proyecto de infraestructura de transporte de agua, incluso tramitado por la vía de urgencia, pues pese a su tramitación excepcional la ejecución se demora y llega tarde. Puede tener sentido si la sequía es coyuntural pero también periódica, siempre que su impacto sea asumible; pero no siendo así, los organismos de cuenca deberían valorar otras soluciones para los problemas de abastecimiento, más rápidas, baratas, con menos impacto, de aplicación casi inmediata y fácilmente reversibles, como el transporte por camiones cisterna. A esos efectos, los organismos de cuenca no deben olvidar que la ley les habilita para reordenar derechos en casos de sequía extraordinaria.

Tampoco aquí esta Institución considera mejor una solución u otra, por eso sólo sugiere que se evalúen estratégicamente todas las soluciones existentes.

2ª La preservación ambiental requiere acción física

Una realidad física indebidamente alterada no puede cambiar sólo con la apertura de procedimientos ni por la firma de documentos, condiciones éstas casi siempre necesarias pero casi nunca suficientes. La realidad física cambia sólo con actuaciones

materiales. Por ejemplo, si no se ejecutan las órdenes de restitución entonces el agua contaminada seguirá contaminada, por muchos requerimientos que se cursen al agente contaminador o multas que se le impongan. El sistema jurídico ambiental, el urbanístico y el del agua, puede pervertirse creándose una apariencia de control mediante un expediente voluminoso sobre una situación de hecho indeseable que persiste durante años; esa apariencia formal es inefectiva y blinda contra la auténtica rectificación de la situación material.

3ª La materialización de la obligación de restitución

Consecuencia de la conclusión anterior es que el organismo de cuenca (confederación hidrográfica o agencia autonómica del agua) y la administración urbanística (ayuntamiento sobre todo, pero también la comunidad autónoma) están obligados a ejecutar el acto que hayan dictado sobre la obligación de restitución del agua o del suelo a su estado anterior, con diligencia y eficacia. La cumplimentación de expedientes y procedimientos puede llevar a la autosatisfacción de los órganos administrativos, mientras la realidad a que se refieren los documentos siga indebidamente alterada y sin cambios.

4ª Obras de nueva planta y de restauración

Es generalmente más fácil y hasta rentable la obra de nueva planta que la de restauración o restitución al estado anterior. Pero esta facilidad no constituye criterio válido para decidir entre una y otra.

La preferencia por las obras de nueva planta en los planes de obras, sean urbanísticos, hidráulicos o mixtos, no puede perjudicar un orden y programación racionales de las obras de restitución o restauración pendientes. Unas y otras obras tienen siempre efectos colectivos, luego ha de buscarse para ellas el máximo asentimiento, entre los propios ciudadanos y entre sus representantes; la discordancia entre la opinión e intereses de los representantes (concejales, parlamentarios) y de los vecinos y ciudadanos en general acaba en desorden y en programación no racional de planes y proyectos de obras.

5ª La administración a menudo tolera y hasta ampara las actividades contaminantes y las infracciones urbanísticas

La administración con frecuencia actúa de ente nodriza del agente contaminante y no -como debería- de guardián de quienes padecen la contaminación.

La fórmula habitual es “abrir un expediente” pero pueden contarse por docenas: escritos meramente retóricos, razonamientos anormalmente complejos y erróneos, justificaciones alejadas del asunto y centradas en razonar por qué no se está haciendo

nada a favor del interés público y se hace todo, o más de lo debido, por proteger al infractor.

En contraste, y resulta igualmente grave, la administración se dedica en ocasiones a entorpecer innecesariamente el quehacer de los ciudadanos, a obstaculizar y perseguir a quienes -mejor o peor- cumplimentan de grado sus obligaciones, tantas veces con mucho esfuerzo, y hacen lo imposible por no quedar fuera de una legalidad estricta y compleja. Mientras tanto, esa misma administración “tan molesta, recalcitrante e injusta” parece no ver ni oír ni sentir que los episodios que por la misma zona se producen con grave infracción de la ley del suelo o del agua, y hasta del gusto y de la paz civil, resulta que se inician, prosiguen e incluso culminan a ojos vista. Es la discriminación archinegativa, o tratar peor al de mejor condición.

6ª La falsa oposición desarrollo económico/preservación ambiental

El deterioro ambiental no es una consecuencia del proceso productivo sino parte de él, forma parte del mismo proceso. La recuperación de los recursos dañados debe incluirse en los costes de producción. Los costes por el impacto ambiental no son “costes externos” a la actividad contaminante, la actividad productiva es o puede ser también y al mismo tiempo actividad destructiva.

Esta Defensoría considera necesario reunir de nuevo la concepción de la economía centrada en el interés pecuniario con la economía de la naturaleza, o sea considerar como económico lo ecológico, aunque éste no refleje intercambios de mercado. La destrucción de bienes, la producción y vertido de residuos y la aparición de insatisfacción son efectos aparejados al proceso productivo, son efectos observables, son otros *outputs* de la actividad productiva además de los bienes embalados y listos para la venta. El producto total obtenido no es sólo la mercadería que sale de la factoría para el intercambio, sino también los vertidos tóxicos, la sobreexplotación de acuíferos y cualesquiera otros daños, que deben ser considerados asunto interno de quien los genera, no de quien los padece.

La administración ambiental, singularmente la de aguas, está instituida para atender un lado de la producción, la de residuos, que es una actividad tan económica como la del agente que vierte, aunque el agente se tenga a sí mismo sólo como productor de mercancías. Ambos *outputs* provienen de la misma producción, es un único fenómeno.

Aumenta la sensibilidad ciudadana por muchos bienes que rara vez son valorados económicamente, o no lo son en absoluto, pues no se encontrarán en ningún “mercado” donde intercambiarlos ni tienen asignado un precio en dinero, salvo quizá cuando esos bienes van a ser o son destruidos. La sensibilidad por estos bienes es hoy distinta, los ciudadanos aprecian el valor (no pecuniario) de ríos, lagunas y acuíferos, y saben defender ese valor ante la destrucción generada por la actividad productiva, de

producción de los bienes que sí se intercambian en el mercado. E insisten, con razón, en que tan bienes son unos como otros.

Es preciso que la administración pública rectifique sus parámetros de actuación; pues si bien están sujetas al imperio de la ley, no dejan por ello de disponer de un margen de valoración de las actividades, sean ‘productivas’, sean ‘de ocio’, cuando llega el momento de autorizarlas, prohibirlas, comprobarlas o sancionarlas. La administración pública sigue separando la economía productiva (competencia de los departamentos de agricultura, obras públicas, energía, industria) de la economía de los recursos naturales (competencia de los departamentos de medio ambiente), como si aquélla fuera un mundo autónomo y principal y éstos fueran dados, gratuitos y secundarios. Se confunde así una división departamental del trabajo, que puede tener sentido en los inicios de una nueva mentalidad ambiental, con el deber constitucional que corresponde a todos de velar por la conservación del medio.

7ª Coordinación del planeamiento hidrológico y urbanístico

La coordinación de los instrumentos jurídicos que inciden en un mismo espacio es un objetivo imperativo.

Ordenar el territorio requiere que las infraestructuras cuenten a su alrededor con zonas (cuya extensión depende de la concreta actividad y de sus específicas afecciones) en las que no se pueda utilizar el suelo para usos distintos. Por ejemplo, el objetivo de la depuración de aguas residuales es la mejora de la calidad ambiental y por ello de la calidad de la vida de los ciudadanos, luego una estación depuradora de aguas residuales no puede emplazarse en cualquier lugar idóneo para su función, sino donde sea compatible con otros usos, previstos y sobre todo preexistentes.- §§1.1.8 y 1.2.4

8ª La administración puede dictar declaraciones de insostenibilidad

La administración puede y debe dictar declaraciones de insostenibilidad; es decir, decisiones que impiden actividades consideradas inviables o ambientalmente insostenibles.

Ejemplos de declaraciones de insostenibilidad son: Una declaración de impacto ambiental negativa, un análisis negativo de sostenibilidad, la denegación de una licencia municipal de actividad molesta o de una autorización ambiental integrada. En el procedimiento puede darse que la evaluación conduzca a la alternativa cero, según la cual convenga no realizar el proyecto.

Las administraciones son conscientes del alcance de esta potestad, por eso se resisten a dictar declaraciones de insostenibilidad y prefieren juzgar favorablemente con condiciones, antes que desfavorablemente.

Es desaconsejable la práctica de autorizar con condiciones, sólo aceptable si éstas son de menor entidad; nunca cuando el juicio debe ser de insostenibilidad y el modo de evitarla es añadir condiciones sustanciales.

Por el contrario, encontramos prácticas abusivas de la Administración que desnaturalizan la potestad, por ejemplo si se sirve de ella para obstaculizar un proyecto o actividad sin justificación. Se trata por tanto de una potestad formidable de la Administración pública, que ha de usar con sumo cuidado, y siempre motivadamente, pero también resueltamente cuando un proyecto tal y como se presenta no puede ser calificado de sostenible.- §3.3.3

9ª No es viable la documentación urbanística internamente incompleta o inconsistente

La necesidad de recursos hídricos en los desarrollos urbanísticos no es una “cuestión sectorial” ni sólo hidrológica sino una exigencia interna del propio plan urbanístico, es una cuestión urbanística.

La documentación urbanística es válida sólo si contiene un informe solvente sobre suficientes recursos hídricos que expresamente se pronuncie sobre la suficiencia (o insuficiencia) de esos recursos. Esta exigencia no deriva de la Ley de aguas sino de la legislación urbanística, desde los mismos inicios, o sea desde la Ley del suelo de 1956.- §1.1.2.E

10ª Cómo ha de hacerse y concebirse la acreditación de suficiencia de recursos hídricos

La ley dice claramente que el derecho sobre el agua no garantiza la existencia de agua. Es imposible ejercer el derecho sobre agua inexistente pero sí es posible usar agua existente sin derecho.

Por tanto, el informe del organismo de cuenca sobre futuros desarrollos urbanísticos parece vinculante al menos sobre la legalidad de los usos existentes. Sobre la viabilidad de futuras concesiones, aun sin ser vinculante, no deja de ser un informe y ha de ser tenido en consideración.

Un organismo de cuenca no debe otorgar derechos si previamente ha informado sobre la falta de agua; pero no es legítimo que deniegue concesiones sobre agua existente, siempre que se respete el caudal ecológico, las reservas previstas en el plan hidrológico, la prelación de usos y el resto de disposiciones previstas en la ley y en la planificación sobre otorgamiento de concesiones de aguas.

El derecho a urbanizar no debe ejercitarse sin antes disponer de una concesión de agua.

La acreditación de suficiencia de recursos hídricos normalmente debe producirse con un informe recabado en la fase previa de consultas sobre planes urbanísticos. En todo caso, debe obtenerse antes de la aprobación provisional del plan urbanístico.

Aunque el informe del artículo 25.4 de la Ley de aguas no es formalmente vinculante, si es expreso y razona la inviabilidad del plan urbanístico debe ser considerado materialmente vinculante, en el sentido de que además de determinante según la ley estatal del suelo, es un informe cuya presencia en el expediente urbanístico hace de éste un elemento gravemente discordante. El Defensor del Pueblo recomienda a la administración urbanística que lo tenga por vinculante en el sentido de buscar el consenso con la administración hidráulica, dado el carácter vital del elemento en discusión, la suficiencia de recursos hídricos.

La administración urbanística ha de obtener un informe favorable, de otro modo -sea o no un informe vinculante- en el expediente urbanístico figurará un reparo de primer orden y no habrá modo de justificar que la administración urbanística está impulsando, o simplemente tramitando, un proyecto carente de agua, o sea un proyecto insostenible.-
§1.1.2.E

11^a Urbanizaciones ilegales y suministro de agua

Es viable la autorización para conectar edificaciones ilegales con el servicio público de abastecimiento de agua, con arreglo a condiciones estrictas.

La autorización para conectar con el servicio público de abastecimiento de agua en edificaciones ilegales (construidas en suelo no urbanizable y/o sin licencia) debe atenderse a:

- Que haya prescrito la infracción urbanística (más de cuatro años desde que las obras se entienden terminadas); la infracción no prescribe si afecta al patrimonio natural y al medio ambiente, a sistemas generales, zonas verdes, espacios libres, viales, equipamientos y espacios naturales especialmente protegidos;
- Que el ayuntamiento declare fuera de ordenación la edificación: La vida del inmueble queda limitada al no permitirse obras de consolidación ni de rehabilitación; y el uso del inmueble sufre limitaciones y la rentabilidad puede verse afectada.
- Que se valore autorizar las obras necesarias para el enganche de las viviendas a las redes generales municipales.

Desde un punto de vista de protección del recurso no debería permitirse la implantación del servicio; pero el Defensor del Pueblo no puede sostener de forma tajante que la protección del recurso (agua) lleve a la denegación sistemática de la autorización de las obras para implantarlo. Ante este dilema, debe estudiarse y valorarse cada caso y, si es

posible, suministrar el agua. En dicho análisis habrá que tenerse en cuenta tanto el derecho a una vivienda digna y adecuada como el derecho de los demás al agua suficiente y a la preservación del recurso (agua y demás recursos).- §1.1.5

12ª Urbanizaciones ilegales y licencia de primera ocupación

La licencia de primera ocupación no necesariamente es requisito del suministro de agua a las viviendas.

Cuestión distinta a la conclusión anterior es la de si puede otorgarse licencia de primera ocupación a viviendas ilegales, como exigencia del otorgamiento del servicio de abastecimiento de agua. La licencia de primera ocupación tiene como presupuesto la de obras, no hay licencia de primera ocupación sin la de obras previa. La licencia de primera ocupación legaliza.

De lo anterior se sigue que:

- El Defensor del Pueblo no puede tener por bueno que se otorgue la licencia de primera ocupación a viviendas ilegales;
- La licencia de primera ocupación es aquí sólo un requisito para el contrato de suministro que, salvo si es impuesto legalmente, puede ser dispensado por el ayuntamiento cuando la infracción urbanística ha prescrito y el uso está permitido por el plan.- §1.1.5

13ª Dotación de agua en concesiones para abastecimiento

Al otorgar concesiones de agua para abastecimiento a localidades que tienen previsto legalmente un crecimiento urbanístico, debe reservarse la dotación máxima de agua necesaria para el caso en que se desarrolle completamente la ordenación urbanística; pero debe asignarse únicamente un volumen de agua que cubra las necesidades reales *en el momento de otorgarse la concesión*. Es decir, la dotación de agua ha de calcularse tomando en consideración la población real, permanente y estacional, y su crecimiento vegetativo a corto plazo, pero no las expectativas de incremento derivado del desarrollo urbanístico. Es el procedimiento de revisión de las concesiones el que sirve para ir aumentando progresivamente los caudales concedidos según vaya aumentando *de facto* la población.

Este criterio ha de plasmarse en la nueva planificación de cada demarcación hidrológica.

Cuando el organismo de cuenca fija la dotación de agua de una concesión pone válidamente límites al desarrollo territorial y urbanístico, ésa es su función. El desarrollo territorial tiene que ver con el uso racional de agua. Si se asigna únicamente un volumen de agua que cubra las necesidades de la población real del momento de

otorgarse la concesión (con el crecimiento vegetativo a corto plazo) y se reserva la diferencia hasta la dotación máxima de agua necesaria en caso de que se desarrolle completamente la ordenación urbanística, no se está limitando ilegalmente el desarrollo territorial sino que se gestiona el agua, un bien escaso y valioso, de acuerdo con criterios de ahorro, racionalidad y sostenibilidad.- §1.2.2

14ª Sostenibilidad y respeto del caudal ecológico

El legislador debe revisar el régimen de los caudales ecológicos para aclararlo y facilitar su aplicación uniforme por la administración hidráulica.

La sostenibilidad es función de la existencia de recursos hídricos suficientes en la cuenca para satisfacer la demanda. Sostenibilidad no es exactamente lo mismo que respeto del caudal ecológico, aunque son conceptos relacionados. Las concesiones de agua se otorgan en función de la explotación racional *conjunta* de los recursos hídricos superficiales y subterráneos.

El régimen legal de los caudales ecológicos es confuso, virtualmente contradictorio, porque no distingue entre usos consolidados y futuros, ni entre condiciones de sequía y condiciones hidrológicas normales propias del clima habitual del territorio; y porque estima que los caudales ecológicos operan con carácter general, lo cual parece imposible, e incluso poco deseable.

Esta confusión ha dificultado su fijación en los planes hidrológicos vigentes, que son regulados con notables diferencias entre ellos. En opinión de esta Defensoría, la manera de resolver la confusión, suscitada tanto por las normas como por la práctica administrativa, pasa por interpretar que la figura del caudal ecológico es una restricción de los recursos hídricos disponibles, es decir un límite a los usos y demandas atendibles, que tiene excepciones (puede quedar sin operatividad para ciertas situaciones y usos) y funciona de manera distinta según se enfrente a usos consolidados o futuros, concurren condiciones de sequía o no. No tiene sentido que opere de manera general. Constituye un error del legislador otorgar a los caudales operatividad general. Para que la figura cumpla su función y sea justa, es imprescindible distinguir entre usos consolidados y usos futuros, también en lo que respecta a abastecimiento de población, así como regular excepciones y una aplicación atenuada del régimen en determinadas circunstancias.

Los caudales ecológicos deben funcionar de manera diferente en la evaluación de disponibilidades hídricas y otorgamiento de nuevas concesiones, por un lado, y en la explotación de los sistemas hidráulicos y los usos consolidados, por otro.

Cuando se trata de evaluar las disponibilidades hídricas para demandas futuras, y para fijar el balance entre recursos y demandas, el caudal ecológico debe operar como una restricción, antepuesta a cualquier uso futuro incluido el abastecimiento a población,

para evitar aprovechamientos urbanos irracionales y el crecimiento urbanístico abusivo, que es la finalidad de la exigencia de acreditar la suficiencia de recursos hídricos. El respeto a los caudales ecológicos ha de ser un elemento esencial en la determinación de la suficiencia de recursos hídricos.

En consecuencia, sólo deben preverse y otorgarse aquellas concesiones que permitan mantener el caudal ecológico y todas las concesiones que se vayan otorgando deberían incluir la condición del respeto del caudal ecológico fijado en la planificación, la cual podría exceptuarse en caso de sequía prolongada para las concesiones de abastecimiento a población y también para aquellos otros usos necesarios para la supervivencia de las personas o que en términos ambientales se estimen prioritarios sobre el caudal ecológico, así como atemperarse para otros usos que se estimen esenciales.

Sin embargo, la prioridad por atender los usos consolidados de abastecimiento a la población ya existente sobre el mantenimiento del caudal ecológico (lo que se plantea sobre todo en caso de sequía, pero puede darse también en algunas demarcaciones de nuestro país donde hay déficit estructural entre recursos y demandas consolidadas, al menos en algunas estaciones del año) no ofrece demasiada discusión salvo porque quizás utilizando el volumen de agua concedido de manera más eficaz podría ahorrarse agua. El legislador debe considerar la prioridad de atender en tales circunstancias -de sequía prolongada- otros usos distintos del abastecimiento a población, también esenciales para la supervivencia y el medio ambiente; esto sin embargo con las leyes actuales no parece posible, pues el único uso que contemplan como posible excepción al caudal ecológico es el uso de abastecimiento a población, ningún otro.

Para el resto de usos consolidados no está claro el sentido de su subordinación al caudal ecológico en cualquier circunstancia. En los sistemas de explotación donde la subordinación de los usos consolidados al caudal ecológico sea posible sin revisión de las concesiones no se plantearán tantos problemas, pero carecerá de relevancia práctica. Ahora bien, en los casos de sistemas de explotación con déficit estructural o con déficit estacional, si se aplicaran los caudales ecológicos a los usos consolidados distintos de los de abastecimiento a población (que tienen clara prioridad) habría que revisar las concesiones que fueron otorgadas antes de que la ley regulara los caudales ecológicos, y en las que en consecuencia no pudieron éstos quedar fijados como condición de uso, como parte del clausulado. Muchas concesiones podrían ser revisadas a la baja y otras directamente no podrían ser satisfechas con ningún caudal, ya que el caudal natural y el ecológico coinciden, lo que obligaría a indemnizar al concesionario perjudicado. En estos casos tiene sentido que los caudales ecológicos sean un objetivo a alcanzar en cada sistema de explotación, y esperar así ver reducidas las dotaciones de las concesiones mediante el ahorro y la técnica.

En suma, el legislador debe revisar el régimen de los caudales ecológicos, de acuerdo con los criterios expuestos, al objeto de aclararlo y que sea aplicado uniformemente por la administración hidráulica.-§1.2.2

15ª Potestades de control sobre los aprovechamientos de aguas privadas

Los aprovechamientos de aguas privadas no son libérrimos ni sobre ellos carece el organismo de cuenca de potestades de control. Es verdad que la administración hidráulica se limita a tomar conocimiento de la existencia de los derechos preexistentes, es decir a conocer qué aguas son privadas y cuál es el modo, características y destino de su aprovechamiento, a través de la obligación de su titular de declararlos ante el organismo de cuenca; pero ello es así tanto a los efectos de evitar que la acción administrativa perjudique los derechos de particulares (el derecho de propiedad) sin valorarlos e indemnizarlos, como para adoptar las disposiciones pertinentes previstas en la ley en casos de sobreexplotación de acuíferos, sequía, urgente necesidad, afecciones y contaminación.- §1.2.3.1.A

16ª Dificultades que implica la coexistencia de aguas subterráneas públicas y privadas

La coexistencia de aguas subterráneas públicas y privadas junto con el régimen de los aprovechamientos de aguas subterráneas que aunque públicas pueden ser aprovechadas de forma privativa por disposición legal, dificulta mucho a los organismos de cuenca el control eficiente de los aprovechamientos concedidos y su ajuste al uso otorgado, sobre todo en las concesiones para riego, pues al usarse varios pozos de diferente naturaleza se complica el control de la correspondencia entre superficie regada y agua concedida en cada pozo, así como la correspondencia que debe haber entre las superficies de riego declaradas y las que efectivamente se riegan. Téngase en cuenta que la superficie regable es una condición general de las concesiones otorgadas para riego. El agua concedida queda adscrita a los usos indicados en el título concesional, y no puede ser aplicada a otros distintos ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos (excepción: artículo 67 LA).-§1.2.3.1.A

17ª Caudalímetros

Al objeto de evitar el incumplimiento de las condiciones de la concesiones y agilizar la prueba en los procedimientos sancionadores, los organismos de cuenca deben exigir a todos los concesionarios de aguas públicas, y a todos los titulares de aprovechamientos por cualquier título habilitante, que instalen y mantengan caudalímetros, pero sobre todo a aquellos que aprovechan mayores caudales; y sin duda deben exigirlos a las entidades locales, pues su aprovechamiento es para un uso, el de abastecimiento de población, que es preferente sobre el resto.

Que no hubiera sido aprobada la norma de técnica de regulación de estos sistemas no era justificación suficiente para no ejercer una potestad expresamente atribuida por la ley desde 1999. A esos efectos, cualquier norma técnica reglamentaria que con posterioridad regulara los sistemas de medida habría de tener en cuenta la existencia de

sistemas anteriores, instalados a instancia de los organismos de cuenca, que debían poder ser homologados siempre que midieran de forma precisa el caudal o vertido. La reglamentación actual (Orden ARM/1312/2009, de 20 de mayo, disposición transitoria única) faculta al organismo de cuenca para adecuar sus prescripciones en aquellos aprovechamientos y vertidos para los que previamente el organismo haya instalado directamente un sistema de control efectivo y registro de los caudales, o exigido su instalación.- §1.2.3.1.B

18ª Retraso en la resolución de los procedimientos concesionales

Es crónico el retraso en la resolución de los procedimientos concesionales, se supera el plazo de 18 meses, que es lo máximo, y parece afectar a todos los organismos de cuenca. Estos se escudan en la falta de medios técnicos y humanos; en algún caso han aprobado y contratado servicios de asesoría externa. Es cierto que la tarea es ingente, sobre todo en aprovechamientos de aguas subterráneas y en algunas cuencas, pero también lo es que la administración debe resolver en plazo y si hay problemas por carencia de medios debe pedir y lograr medios extraordinarios para ello. La gestión de archivo en las confederaciones no ha sido nunca eficiente, como consecuencia del desinterés por esta decisiva función de archivar y registrar, en suma de gestionar y administrar.- §1.2.3.1.C

19ª Aprovechamientos ilegales por entidades locales

Los aprovechamientos municipales sin concesión son muy frecuentes. Tampoco son raros los ayuntamientos y juntas vecinales que no cuentan con concesión de aguas para abastecimiento de población, aunque alegan derechos sobre las aguas por estar aprovechándolos sus habitantes “desde siempre”. Sin embargo, el aprovechamiento de aguas por los vecinos durante años sin concesión no confiere derecho alguno a los usuarios, ya que el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico no se adquiere por prescripción.

La legalización del abastecimiento municipal de agua es siempre urgente por imperativo legal, y en consecuencia debe ser de la máxima prioridad. La carencia de medios únicamente puede servir para atenuar la calificación de la infracción y determinar su cuantía, dado que, según la Ley de aguas, las circunstancias del responsable de la infracción han de ser tenidas en cuenta al calificarla. El organismo de cuenca ha de incoar y resolver los procedimientos sancionadores, incluso si las infractoras son las entidades locales.

Al estar afectadas las necesidades de consumo de una población, los organismos de cuenca no suelen ordenar -mucho menos ejecutar- la paralización de las extracciones de aguas subterráneas o derivaciones de aguas superficiales irregulares, ni el precinto de pozos o instalaciones de derivación, porque encuentran poco razonable dejar a las personas sin agua, lo que sin duda provocaría problemas de salud pública. Es verdad

que ello convierte en menos disuasorias las potestades disciplinarias de los organismos de cuenca y permite en ocasiones que la situación ilegal persista. No están claras cuáles pueden ser las soluciones a tal estado de cosas, salvo la mayor responsabilidad de las entidades locales ante sus obligaciones legales.- §1.2.3.2.A

20ª Concesión para abastecimiento de población que se usa en parte para riego

No es aceptable que una concesión para abastecimiento de población sirva de sostén a un riego, y menos aún si no está concedido ni se mide. Las consecuencias son desastrosas porque no sólo se daña el dominio público sino que supone admitir que hay que vulnerar la ley para disponer de agua para regar. Esta necesidad, aquí vinculada al dominio hidráulico, no puede ser atendida en forma tan desordenada y contradictoria con los postulados legales.- §1.2.3.2.A

21ª Aprovechamientos ilegales por particulares

Muchos aprovechamientos ilegales no son siquiera detectados por los organismos de cuenca, ni por tanto sancionados. No es raro que sea la admisión a trámite de una queja, en que se denuncia la pasividad del organismo ante un aprovechamiento ilegal, lo que active las inspecciones a que la administración hidráulica está obligada. La falta de medios que alegan en su justificación los organismos de cuenca debe de ser cierta, pero también lo es que los medios existentes podrían organizarse de manera más eficaz y ágil.

La administración hidráulica no ha demostrado suficiente capacidad para acabar con los numerosos aprovechamientos ilegales realizados por particulares y ejecutar sus resoluciones al respecto. No obstante hay que reconocer que en los últimos tiempos asistimos a una leve mejoría. Los procedimientos se incoan y las sanciones resultan más disuasorias, aunque lejos de una cultura menos infractora y de una administración más efectiva.- §1.2.3.2.B

22ª Afecciones a captaciones preexistentes de aguas subterráneas

El régimen de la afección, que condiciona y limita el otorgamiento de nuevas concesiones, se aplica tanto a las aguas públicas como a las privadas. Esto exige evaluar -tanto durante el procedimiento concesional como una vez concedido el aprovechamiento- todas las posibles afecciones a captaciones anteriores legales (públicas y privadas) que hayan sido alegadas y presenten indicios suficientes de verosimilitud o de probabilidad para, en su caso, condicionar o denegar el nuevo aprovechamiento pretendido o expropiar las captaciones afectadas si el nuevo uso fuera preferente.

Si la afección es alegada una vez otorgada la concesión, el organismo de cuenca debe verificar la afección denunciada, si está suficientemente fundada o presenta indicios racionales de probabilidad.

Si la falta de datos para determinar con certeza la afección proviene de una vigilancia ineficaz sobre las extracciones, que corresponde al organismo de cuenca, los servicios de la confederación o el Instituto Geológico y Minero han de llevar a cabo un estudio hidrogeológico de la zona que incluya todas las captaciones de agua implicadas.

Los nuevos planes de demarcación deben exigir a cualquier solicitante de una concesión que pueda afectar a usuarios con derechos inscritos que presente un análisis de las posibles afecciones a captaciones válidas anteriores.

Al solicitante le corresponde probar la no afección; pero es a la administración a quien toca estudiar y revisar en los procedimientos concesionales de aguas subterráneas las posibles afecciones, alegadas por unos y otros interesados.- §1.2.3.3

23ª Sobreexplotación de acuíferos

Si los recursos hidráulicos subterráneos de una zona están siendo sobreexplotados o hay riesgo de que lo estén, el organismo de cuenca, oído el Consejo del Agua, debe declararlo así; y debe aprobar antes de dos años desde la declaración un plan para la recuperación del acuífero o unidad hidrogeológica, plan que ordene las extracciones para una explotación racional; puede establecer la sustitución de las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias, con transformación de los títulos individuales, transformación forzosa si es preciso, en un título colectivo que debe ajustarse al plan de ordenación. Hasta ese momento el organismo de cuenca debe haber impedido las extracciones de agua ilegales y fijado las limitaciones de extracción necesarias, como medida preventiva y cautelar.

La determinación de la sobreexplotación de acuíferos choca con la escasez de medios técnicos y humanos de los organismos de cuenca y con problemas de falta de información histórica suficiente, que es de obtención costosa o incluso imposible, para verificar la realidad de la sobreexplotación y del agotamiento de los sondeos y manantiales. Por ello, de la misma manera que en el régimen de afección y por las mismas razones, debe ser suficiente para activar la reacción del organismo de cuenca que haya una probabilidad justificada y razonada.

Si un organismo de cuenca no resuelve expresamente y a tiempo la revisión de concesiones dimanante de una declaración de acuífero sobreexplotado, entonces incumple dos deberes: el de resolver en tiempo y forma las solicitudes presentadas por los ciudadanos, y el de tutelar el dominio público hidráulico, lo cual habría exigido que se impidieran las extracciones de agua no legalizadas y que se limitaran las autorizadas

provisional o definitivamente, y paliar así la sobreexplotación del acuífero. Lo mismo acerca de que se apruebe un plan de recuperación del acuífero.- §1.2.3.4

24ª Ahorro de agua y plan de choque de modernización de regadíos

Para que la modernización de los regadíos suponga un verdadero ahorro de agua que sirva como garantía de abastecimiento a poblaciones y de mejora del estado ambiental de ríos, acuíferos y humedales, tal y como pretende el Plan de choque de modernización de regadíos, deben revisarse a la baja las concesiones en las zonas modernizadas devolviendo el volumen de agua ahorrado a la unidad de cuenca. Hay mucha superficie regable, amparada por concesión, que no se riega por no ser suficiente el volumen de agua concedido. Al modernizarse las infraestructuras y aumentar el agua concedida disponible, la comunidad de regantes titular de la concesión cuenta con agua para la puesta en riego de esas hectáreas, que hasta entonces se encontraban en secano. En otras ocasiones los agricultores introducen cultivos más rentables con que sufragar los costes de la modernización, aunque más intensivos en uso del agua. No es ello irregular, pero no se produce ahorro alguno de agua. Puede que se utilice mejor la que se tiene, con más eficiencia, pero no se utiliza menos. Por ello, el ahorro anual de agua que se busca con el Plan de choque de modernización de regadíos exige una revisión a la baja de las concesiones tras la modernización de la infraestructura de riego.- §1.2.3.5.B

25ª Las comunidades de regantes son administración pública

Una comunidad de regantes es una entidad con personalidad única de Derecho público, de base asociativa. Cuando ejerce potestades administrativas (administración y distribución del agua concedida para riego, mediante entre otras cosas la ejecución de obras y la imposición de derramas exigibles por vía de apremio), tiene consideración de administración pública, se somete al Derecho administrativo y su actividad puede ser supervisada por el Defensor del Pueblo. Las comunidades de regantes se equiparan a esos efectos a las administraciones públicas.- §1.2.3.5.C.1

26ª Derecho de separación de los regantes

Está reconocido el derecho de separación de un regante de la comunidad a que pertenecía cuando no usa el agua y renuncia expresamente a ella.

La falta de pago de las deudas contraídas con la comunidad de regantes no debe impedir la separación del comunero, si bien tales deudas no se extinguen. La supeditación del derecho de separarse de una comunidad de regantes al cumplimiento de las obligaciones que se hubiesen contraído con ésta vulnera el derecho de asociación en su vertiente negativa, pues el deber de satisfacer las cuotas o derramas que la comunidad determina deriva precisamente de la pertenencia a la comunidad, y si se admite que tiene carácter voluntario no puede quedar vinculada al cumplimiento de anteriores obligaciones contraídas, aunque deben ser exigidas por los cauces

correspondientes. Precisamente la negación del derecho a separarse traería consigo el nacimiento de nuevos deberes de contenido económico que a su vez se opondrían al ejercicio de derecho y lo harían inviable.

Hasta que solicita la baja de la comunidad de regantes el comunero debe contribuir a los costes y mantenimiento de la comunidad, pero no así desde el momento en que solicita dicha baja, siempre y cuando haya renunciado expresamente al uso del agua y *de facto* ésta no sea usada.

Tras la separación del comunero, la comunidad debe pedir al organismo de cuenca la revisión a la baja de la concesión. La oposición que muestran las comunidades de regantes ante la separación no es aceptable porque además de estar amparada en la ley supone, si se revisa la concesión, un ahorro de agua con el que deberían comprometerse los regantes.- §1.2.3.5.C.1

27ª Mal funcionamiento (o falta total de funcionamiento) de la comunidad de regantes

El organismo de cuenca ha de obligar a la comunidad de regantes a ejercer sus funciones, incluso a través de un expediente sancionador y de multas coercitivas.

Pero la falta de funcionamiento de una comunidad de regantes no es únicamente asunto de sus órganos de gobierno, sino también de los propios comuneros reunidos en asamblea o junta general que, de acuerdo con lo que establezcan las ordenanzas o estatutos de la comunidad, y las previsiones legales y reglamentarias, pueden promover iniciativas para renovar los órganos de gobierno cuando no actúen correctamente.

La falta de funcionamiento puede deberse a la interrupción de la explotación del agua, y entonces es también necesario determinar si procede declarar la caducidad de la concesión de que es titular la comunidad de regantes.- §1.2.3.5.C.2

28ª Padrón actualizado de comuneros

Un comunero no necesita acreditar la propiedad de la tierra para obtener información sobre sus estatutos o sobre los actos aprobados por sus órganos de gobierno. Si es comunero entonces es propietario de la tierra vinculada al aprovechamiento.

No se concibe una comunidad de regantes que no tenga un registro actualizado de sus comuneros y de las tierras regables, ya que sin esos datos no podría llevar a cabo sus funciones ni servir a los fines para los que se constituyó. Sólo en el supuesto de que hubiera dudas sobre la condición de comunero, por ejemplo porque no apareciera como tal en los archivos de la comunidad (lo que podría ocurrir si se hubiera transmitido la parcela recientemente y no se hubiera comunicado a la comunidad de regantes el hecho ni los datos del nuevo propietario) podría condicionarse la entrega de la documentación

a que se demuestre la titularidad, a efectos de modificar los archivos con los datos del nuevo titular, pero en todo caso habría que motivarse así.- §1.2.3.5.C.2

29ª Órganos de gobierno de la comunidad de regantes

Tanto la secretaría de la junta de gobierno como su presidencia son órganos dependientes de la junta y, por ejemplo, la expedición de certificaciones de las actas de esa junta por el secretario requiere del visto bueno del presidente, por lo que su omisión puede ser imputada al órgano colegiado, y por tanto la omisión es impugnabile en alzada ante el organismo de cuenca.- §1.2.3.5.C.2

30ª Los principios democráticos de representatividad y estructura democrática. Entrega de copia del censo electoral a un comunero

Los principios democráticos de representatividad y estructura democrática inspiran el funcionamiento de las comunidades de regantes como corporaciones de derecho público, y deben ponerse en práctica sobre todo cuando se elige a los órganos rectores. Ha de aplicarse por analogía la legislación del régimen electoral general, que establece que los representantes de cada candidatura puedan obtener una copia del censo a partir del día siguiente a la proclamación de candidaturas. No es de aplicación la legislación de protección de datos de carácter personal, pues los ficheros regulados por la legislación de régimen electoral tienen sus disposiciones específicas.

La comunidad de regantes debe entregar copia del censo electoral a un comunero que se presenta como candidato a las elecciones a la presidencia de la junta de gobierno de su comunidad, en condiciones adecuadas para la efectividad del derecho a participar en el gobierno.- §1.2.3.5.C.2

31ª Denegación de información ambiental por las comunidades de regantes

Las comunidades de regantes cuando ejercen potestades administrativas se equiparan a las administraciones públicas (conclusión 25ª), de manera que si obra en su poder información ambiental en relación con esas potestades (es decir con todas las que le otorga la ley para el buen orden del aprovechamiento del agua), entonces la comunidad está obligada a dar acceso a esa información, en los términos establecidos en la ley.- §1.2.3.5.C.2

32ª Protección del dominio público frente a la contaminación

Las deficiencias en la protección del dominio público hidráulico frente a la contaminación más que resultado de carencias de la normativa vigente aparecen por su aplicación incorrecta, aunque también hay insuficiencias legales, sobre todo en los efectos disuasorios de las sanciones; y por la falta de ejercicio por las administraciones de sus potestades.

Gracias a las reformas legislativas hemos no obstante avanzado mucho. Quien realiza un vertido de aguas o productos residuales (por tanto el vertido puede ser de líquidos o sólidos, pero de naturaleza residual), directo o indirecto y susceptible de contaminar el dominio público hidráulico debe someterlo siempre a la autorización del organismo de cuenca, que fija las condiciones del efluente, las cuales obligan a su previa depuración antes de llegar al medio receptor (aguas superficiales, subterráneas, cauces, lechos de lagos y lagunas). Además, todos los municipios deben contar con sistemas colectivos para depurar las aguas residuales urbanas, de distinta envergadura y capacidad en función del número de habitantes. Finalmente, una actividad que cause vertidos susceptibles de contaminar el dominio público hidráulico no puede obtener autorización para funcionar si no cuenta con autorización de vertido.

La contaminación difusa de las aguas es más difícil de controlar pues su fuente tiene una distribución dispersa y extensa y son lentos los procesos por los cuales los contaminantes llegan a los acuíferos y a las aguas superficiales o al resto del dominio público hidráulico. Está estrechamente vinculada con la del suelo, que es el resultado de la deposición atmosférica, de determinadas prácticas agrícolas (uso de fertilizantes y plaguicidas), e industriales. La contaminación del suelo pasa a las aguas subterráneas, y después a las aguas superficiales.

Las contaminación puntual y la difusa exigen un tratamiento diferente. En nuestro ordenamiento interno, aunque la ley no excluya en principio del concepto de vertido la contaminación procedente de fuentes difusas, la dificultad de su control aconseja que se haga mediante otras técnicas: la aplicación rigurosa del principio de prevención en la autorización de fertilizantes, plaguicidas y sustancias peligrosas; el control eficaz de su uso; las buenas prácticas; así como programas de medidas más ambiciosos de reducción o descontaminación en algunos casos. Tanto los organismos de cuenca como la administración autonómica han de intentar identificar y localizar las fuentes contaminantes; y aplicar en lo posible programas de limpieza, descontaminación y recuperación, dotados de medios humanos y financieros. Esta tarea presenta grandes dificultades. El suelo no siempre es recuperable y resulta muy costosa la eliminación de los compuestos orgánicos, plaguicidas, nutrientes y metales pesados presentes en el agua.

Es momento de adoptar un enfoque global de la protección de las funciones ambientales del suelo que vaya más allá del régimen jurídico de los suelos contaminados previsto en el título V de la Ley de residuos, sea mediante una ley de protección o la aprobación de un plan nacional. En la lucha contra la contaminación difusa de las aguas, es también precisa una mayor voluntad de las administraciones de no autorizar nada más que los pesticidas y herbicidas imprescindibles, a condicionar y controlar eficazmente su uso, y a fomentar y lograr alternativas a éstos.- §2

33ª Vertidos de aguas residuales urbanas y depuración

Las aguas residuales urbanas sin tratar son uno de los problemas ambientales más graves en España. El servicio público de saneamiento y depuración es municipal, aquí la administración autonómica tiene una misión de auxilio técnico y económico a los ayuntamientos para la ejecución de las obras. En realidad la comunidad autónoma ejerce dos funciones: definir cómo se deben reunir y depurar las aguas residuales y los sistemas individuales o colectivos de tratamiento, y prestar auxilio técnico y económico al ayuntamiento para la infraestructura necesaria.

La depuración y el saneamiento han quedado muy rezagados respecto del abastecimiento, por eso siguen siendo objeto de costosas y complejas inversiones. Las administraciones han realizado un notable esfuerzo pero quedan aún pendientes muchos aspectos, en especial la construcción de infraestructuras adecuadas para los núcleos de población obligados; los plazos estipulados se han sobrepasado en muchos casos. La gestión urbanística suele quedar desbordada ante dificultades que los ayuntamientos tratan como “cuestiones sectoriales” o como asuntos que no les conciernen, o no les preocupan más que cuanto preocupe a los organismos de cuenca o a la administración autonómica o estatal, que son frecuentemente quienes diseñan, financian y ejecutan las obras de saneamiento en beneficio de los municipios. Deben dedicarse más inversiones a construir y mejorar las infraestructuras para el tratamiento de aguas residuales en aglomeraciones menores de 15.000 habitantes.

El cumplimiento de la normativa de depuración y de las resoluciones del organismo de cuenca debe ser de la máxima prioridad para el municipio, que debe lograr una gestión de las aguas residuales respetuosa con las normas y los derechos de los ciudadanos. No es aceptable que transcurran los años y un asunto de esta naturaleza siga sin verse puesto al día contrastándolo con la ley. Si existen dificultades para construir y/o mantener la depuradora que exige la ley, por carencia de medios económicos o técnicos, la obligación del ayuntamiento es pedir asistencia de esa naturaleza (financiera y técnica) a la diputación provincial y/o al gobierno de la comunidad autónoma.

Por otra parte, no contar con un sistema de depuración apropiado constituye una infracción sancionable por los organismos de cuenca que, no obstante, incurrir frecuentemente en permisividad cuando es el propio ayuntamiento el infractor, si bien en los últimos años hay una mayor actividad sancionadora de la administración hidráulica. Es verdad que en estas situaciones (al igual que sucede cuando es la entidad local la que aprovecha agua ilegalmente, es decir sin concesión o incumpliendo sus condiciones) los organismos de cuenca se enfrentan al problema de que la salud pública podría verse afectada (al estar implicadas las necesidades de abastecimiento y saneamiento de una población), si dictaran -y ejecutaran- medidas cautelares dirigidas a garantizar la eficacia de la resolución final y evitar la continuación de la actividad infractora, tales como órdenes de paralización y precintado de las instalaciones de vertido de aguas, o si revocaran la autorización de vertido, o declararan la caducidad de las concesiones de aguas otorgadas.

Esta Defensoría puede concluir que las administraciones competentes si bien han actuado -o lo están haciendo- ante los problemas que generan los vertidos irregulares y las deficiencias en el sistema de depuración, lo han hecho tarde en muchos municipios, con graves retrasos de años.- §2.1

34ª Ubicación instalaciones de depuración y saneamiento

La ubicación de una estación depuradora, o de una estación de bombeo, en un medio residencial y a escasos metros de viviendas supone una decisión desafortunada y una irregularidad urbanística y ambiental, por usos incompatibles. Es preciso acompañar los proyectos de infraestructuras de saneamiento y depuración con los de urbanización.- §2.1

35ª Vertidos irregulares que provienen de urbanizaciones ilegales

La solución a los vertidos irregulares que provienen de urbanizaciones sin infraestructuras de saneamiento apropiadas, por haber sido construidas sin sujeción al planeamiento y consentidas por el ayuntamiento, o no haber sido terminadas, suele pasar por una revisión del PGOU en la que se clasifiquen los terrenos como suelo urbano no consolidado a desarrollar por planes especiales. Pero este es un proceso largo y complejo. Mientras tanto, los vertidos irregulares continúan. Por ello, ha de buscarse en paralelo soluciones prácticas, materiales y jurídicas: el ayuntamiento debe estudiar otras iniciativas que permitan subsanar de forma provisional la carencia de infraestructuras adecuadas de vertido.- §2.2

36ª Vertidos irregulares y licencia de actividad

La autorización de vertido forma parte -con la licencia municipal de actividad- del título conjunto que habilita para desarrollarla. Ni la autorización de vertido ni la licencia municipal bastan por sí solas, ambos títulos conjuntamente forman un todo y amparan el proceso entero de la actividad contaminante. Sin embargo, los ayuntamientos otorgan licencia de funcionamiento sin que exista autorización de vertido; y, enterados de un vertido no autorizado por el organismo de cuenca, no revocan o suspenden la licencia, ni ordenan siquiera la paralización cautelar de la actividad.

Tampoco es admisible que la administración autonómica se ampare en la incompleta afirmación de que es competencia del organismo de cuenca ejercer las potestades de control del cumplimiento de la Ley de aguas en materia de vertidos, pues tal justificación queda desprovista de valor por la misma Ley de aguas, que vincula sin duda alguna a las administraciones competentes en materia de autorización industrial. La pasividad o conducta municipal contraria al ordenamiento incumbe a los órganos autonómicos, quienes por lo demás en general están facultados por la ley autonómica

para dictar la suspensión y paralización de la actividad en caso de riesgo grave e inminente para el medio.

La ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación no ha mejorado aún la situación; el nuevo dispositivo se utiliza a menudo por los ayuntamientos para negar su responsabilidad en autorizaciones de funcionamiento y en la paralización de las industrias o actividades que vierten irregularmente al dominio público hidráulico. Además, casi siempre hay falta de acompañamiento y de información entre el procedimiento de autorización ambiental integrada de la industria y aquellos procedimientos que está tramitando el organismo de cuenca en relación con los vertidos.

A fin de paralizar la actividad si no se regulariza el vertido, es cierto que lo más eficaz es que las administraciones municipal y autonómica ejerzan sus potestades sobre la autorización industrial, pero cuando se inhiben el organismo de cuenca es quien debe proteger el dominio público hidráulico.

Los organismos de cuenca no pueden limitarse a informar a las administraciones local y autonómica de vertidos no autorizados. Haga lo que haga la administración competente en materia de autorización industrial, el organismo de cuenca no puede renunciar a ejercer apropiadamente sus potestades adoptando medidas cautelares para evitar la continuación de la actividad infractora y ordenando la ejecución forzosa de sus resoluciones para garantizar materialmente la protección del dominio público.

La administración hidráulica debe de investigar las posibles infracciones denunciadas, incoar y tramitar con la debida diligencia los procedimientos sancionadores, y ello incluye adoptar medidas cautelares -precintado y sellado de instalaciones, cese material provisional de los vertidos-, la imposición de sanciones proporcionadas y disuasorias, la ejecución forzosa de adecuación real del vertido a sus condiciones o de su cese material definitivo, y en su caso la exigencia de restitución de las cosas a su estado anterior y de reparación de los daños y perjuicios. Los organismos de cuenca deben ejercer si es necesario las potestades de revisión y revocación de las autorizaciones de vertido otorgadas, e incluso la declaración de caducidad de las concesiones existentes en casos de incumplimiento cualificado que cause daños muy graves al dominio público hidráulico. No se olvide tampoco que el organismo de cuenca puede hacerse cargo de la explotación temporal de las depuradoras de aguas residuales cuando del incumplimiento de las condiciones autorizadas se deriven graves inconvenientes (posibilidad que no puede rechazarse por los organismos de cuenca por razones presupuestarias) y que incluso el Gobierno puede decidir la suspensión de la actividad que origina los vertidos no autorizados.

La posibilidad de elevar al Gobierno la propuesta de suspensión de las actividades que originan los vertidos no autorizados constituye una medida temporal que, si bien parece un último recurso (cuando no estime procedente adoptar más medidas para la corrección del vertido), se adopta a favor de la protección del dominio público hidráulico, es decir

es una potestad de política hidráulica, que en caso de ser la cuenca intercomunitaria corresponde a las confederaciones, al Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino y al Gobierno, y que en consecuencia ni colisiona ni debe confundirse con las potestades que en materia industrial y de autorización de actividades corresponden a las comunidades autónomas.

En nuestra opinión si concurren (a) la pasividad de las administraciones municipal y autonómica respecto a sus potestades en materia de autorización industrial y también ambiental, (b) un incumplimiento reiterado durante años resistente a las numerosas medidas disciplinarias y de regularización impuestas y (c) una grave contaminación del dominio público, la suspensión de las actividades es procedente cuando las circunstancias denotan falta de voluntad del infractor de regularizar la situación y la inutilidad de las medidas administrativas de corrección adoptadas.- §2.3

37ª Uso de purines como fertilizantes

La acumulación de purines en balsas es “almacenamiento de sustancias susceptibles de contaminar los acuíferos o las aguas subterráneas” y debe considerarse vertido; y por tanto debe someterse a autorización del organismo de cuenca y demostrarse mediante estudio hidrogeológico previo su inocuidad para las aguas subterráneas.

En relación con el uso de purines como fertilizantes, sigue sin promulgarse la reglamentación de la utilización como fertilizante de los residuos agrícolas que exigía la Ley de residuos de 1998. La posibilidad de que se modificara la directiva comunitaria sobre residuos y unas últimas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas podrían aconsejar no adelantar decisiones en el orden jurídico interno, pero dado el tiempo transcurrido (cerca de diez años) y las circunstancias actuales, se considera recomendable acabar con el vacío legal aprobando unas normas provisionales o, al menos, algunas directrices de actuación; en suma, cubrir la falta de un marco jurídico específico para el uso de los residuos ganaderos como fertilizantes.- §2.2

38ª Solicitudes de limpieza y acondicionamiento de cauces

La realización de obras de limpieza y de mejora de los cauces es una potestad discrecional de los organismos de cuenca, supeditada a la habilitación de dotación presupuestaria. O sea, los organismos de cuenca no están obligados a limpiar ni a acondicionar cauces, pero pueden hacerlo y tienen la potestad de autorizar esas tareas caso de que lo promuevan otras administraciones o particulares. Por lo tanto, no constituye en sí misma irregularidad alguna la denegación de una solicitud al organismo de cuenca de que realice él mismo la limpieza o el acondicionamiento de un cauce.

La existencia de vegetación y sedimentación en los cauces públicos y sus márgenes es natural y forma parte de la dinámica fluvial. Por otro lado, la inundación periódica de los terrenos adyacentes se corresponde también con la dinámica fluvial, cumple una

función de laminación de las avenidas y pérdida de velocidad de las aguas, así como de fertilización de los suelos de vega y recarga de acuífero; no debe pues ser corregido salvo peligro para las personas o la inundación de zonas urbanas. Además, es frecuente que se construya en zonas inundables sin que las autoridades urbanísticas lo impidan y sin tener en consideración el riesgo natural de inundación

Las obras de protección contra inundaciones que hayan de realizarse en los cauces públicos situados en zonas urbanas corresponden a las administraciones competentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, es decir a la municipal y autonómica, pero habrán de ser autorizadas por el organismo de cuenca.- § 2.8.2

39ª Competencia y responsabilidad de los ayuntamientos en las zonas de afección de cauces

La ordenación del suelo en las zonas fluviales y aledaños es asunto tanto de los organismos de cuenca como de los ayuntamientos, pero lo es principalmente de éstos. Lo mismo vale para los problemas de agua por causa urbanística, incluida la edificación y su uso.- §1.1.1

40ª La falsa oposición entre organismo sustantivo/organismo ambiental

Entre administraciones y órganos se da esta oposición cuando una administración, titular de un foco contaminante (por ejemplo una urbanización ilegal sin alcantarillado, una carretera que precisa para su construcción desviar o actuar sobre un río), traslada la carga de la reparación a la “administración ambiental”, que resulta ser otra distinta; o cuando el órgano sustantivo lo hace con el órgano de medio ambiente, dentro de la misma administración.

El Defensor del Pueblo hace frente a esta errónea concepción de las responsabilidades, no sustentada en el derecho. Es la administración o el órgano sustantivo quien ha de atender a la totalidad de la reparación, desde su evaluación hasta la implantación de las correcciones. La función del órgano o administración ambiental no es ocuparse de los vertidos generados por mor de una administración sustantiva defectuosa, sino instar a ésta a que se ocupe de ello cuando no lo hace por propia iniciativa, incluso evaluar por sí misma los impactos y las medidas correctoras si la evaluación sustantiva es insuficiente, y pasarle los resultados, exigirle ajustar a ellos la realidad.

En este caso la descoordinación interadministrativa e interorgánica es aún más grave. Los defectos más comunes y llamativos, no generalizados pero tampoco raros, son el desinterés, la falta de pericia al activar controles y remedios, así como la persistencia en la errónea idea de que una licencia o autorización son “permisos para contaminar”. Es normal que ante determinadas circunstancias esté implicado en un asunto más de un órgano o más de una administración. En materia urbanística y de aguas esto es prácticamente la regla. La acción ambiental de las administraciones públicas se presenta descoordinada demasiadas veces, en la era de Internet y de la telefonía móvil.

Las causas de la descoordinación son muy variadas pero residen sobre todo en la concepción estanca de la propia competencia.- §3.3.2

41^a Defectos en la evaluación ambiental de proyectos

En la evaluación del impacto ambiental de proyectos encontramos que las prácticas administrativas vienen a alterar con frecuencia la función que la ley le asigna, que es una función esencialmente preventiva. En resumen:

- Cualquier obra de envergadura precisa de un proyecto técnico previo que debe contener, además de la descripción de las obras y su finalidad, la ponderación de los efectos que aquéllas tendrán. Un proyecto que no contiene una evaluación de sus efectos es un proyecto defectuoso, haya o no de ser sometido a una evaluación *reglada*.
- Una declaración favorable condicionada al cumplimiento de condiciones sustanciales es equivalente a una declaración de impacto ambiental desfavorable, con la diferencia de ofrecer una apariencia de viabilidad del proyecto que defrauda la finalidad.
- El carácter preventivo de la evaluación es condición esencial, luego ha de ser previa a la autorización del proyecto. La declaración de impacto ambiental ha de formularse sobre un proyecto y no sobre obras o instalaciones ya construidas. La evaluación ambiental debe sustanciarse en las fases iniciales del procedimiento de autorización, ha de permitir prevenir realmente -y no sólo formalmente- los impactos, e incluso permitir sopesar no autorizarlo, todo lo cual parece difícil, si no imposible, cuando el proyecto se encuentra ya ejecutado. Realizar o autorizar un proyecto sin haberlo evaluado previamente subsanando posteriormente la omisión, pervierte el fin de la evaluación ambiental.
- De lo anterior se deduce que la evaluación debería ser un trámite no subsanable, una vez realizada la obra con omisión del procedimiento no cabría una evaluación *a posteriori*. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado reiteradamente en el sentido de que la omisión de la evaluación de impacto ambiental es subsanable.
- Una deficiente valoración de impactos lesiona el derecho al medio ambiente de los afectados por la obra hidráulica porque el juicio sobre la viabilidad del proyecto que supone resulta ficticio. Todas las decisiones valorativas y sus razones, que sean esenciales para justificar la inviabilidad o viabilidad de un proyecto, deben aparecer de forma expresa en la DIA (aunque sea de forma sintética). La administración (no el promotor) es la titular de la potestad de evaluación ambiental del proyecto; a través de su órgano ambiental debe decir, de forma detallada, expresa y motivada, si le parecen bien descritos los impactos por el promotor y adecuadas las medidas correctoras, así como añadir en su caso aquellos impactos que no aparezcan en el EstIA y corregirlos. De lo contrario, se inhibe de sus funciones. Las contestaciones del promotor a las alegaciones

deben ser estudiadas y valoradas por la administración, y dicha valoración debe estar recogida en la DIA.

- El procedimiento de evaluación que termina con la DIA no es un trámite más del procedimiento sustantivo, es un trámite *cualificado y esencial*, con sustantividad propia, que condiciona la viabilidad del proyecto, por lo que no puede considerarse un acto anejo a la resolución sustantiva. Es un acto administrativo de juicio materialmente autorizatorio que resulta deformado y desvirtuado si no contiene al menos un resumen del resultado del examen de las alegaciones ambientales presentadas y su fundamento.- §3.3.2

42ª Evaluación ambiental de los proyectos de obras hidráulicas

En general no es bastante con justificar el impacto ambiental de obras hidráulicas en el “interés general” del proyecto, es una justificación demasiado genérica. Es en realidad una deducción, y sólo puede obtenerse tras el contraste con las opciones y alternativas técnicas desechadas, incluida la de no realizar la obra (alternativa cero).

La viabilidad técnica, económica y ambiental de las infraestructuras hidráulicas es estratégica. Es decir, se plantean cuestiones vinculadas a las razones que justifican la elección de la alternativa elegida, para solucionar un déficit hídrico de un acuífero, por ejemplo.

Los proyectos de obras públicas responder a un problema determinado que se decide solventar. Ahí reside la insuficiencia de las evaluaciones ambientales que exige la ley a las obras públicas, ya que lo que se evalúa es la posible degradación ambiental y las consecuencias socioeconómicas que causará un concreto proyecto de obra pública, elegida como solución a un específico problema o como materialización de una decisión política determinada, pero no suelen compararse las consecuencias de las otras soluciones, incluida la de no realizar obra alguna.- §3.3.2

43ª Lentitud administrativa y falta de medios

Las investigaciones del Defensor del Pueblo sirven con frecuencia para que las administraciones se decidan a ejercer sus potestades con el debido impulso y diligencia. Es urgente dotar a las administraciones urbanística y ambiental de personal gestor y administrativo, de medios materiales con que hacer frente a la primordial labor de dar acceso a los ciudadanos a la información ambiental que obre en poder de las administraciones.- §3.1

44ª Errores en la instrucción de los procedimientos sancionadores

Los errores en la instrucción de los procedimientos sancionadores provocan que aprovechamientos y vertidos ilegales y nocivos para las aguas queden impunes y persistan; lo mismo acaece con las irregularidades urbanísticas. Una instrucción

respetuosa con las garantías es imprescindible para proteger los bienes e intereses públicos encomendados a los poderes públicos; pero es injusto 'sobregarantizar' los procedimientos, amparar en exceso y sin necesidad legal a los infractores.

Que un Organismo de cuenca condicione su reacción debida a que los denunciantes acrediten los hechos denunciados es invertir los términos, no cabe presumir la bondad de la actividad denunciada sino comprobar primero y si es preciso corregir y sancionar después las posibles infracciones. Esto forma parte de la instrucción de un expediente, que toca a la administración impulsar y no a los ciudadanos, salvo denuncias manifiestamente carentes de fundamento.- §3.2

45ª La condición de interesado en el procedimiento sancionador en materia de aguas

La cuestión de quién es interesado en un procedimiento sancionador ha de resolverse de acuerdo con las leyes y la jurisprudencia constitucional y no a partir de interpretaciones restrictivas del reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, como pretende con frecuencia la administración hidráulica.

La regla general es que las posibilidades de actuación del particular se agotan en la denuncia de los hechos. Pero se exceptúa quien, sin haber iniciado el procedimiento, tenga derechos que puedan resultar afectados por la decisión que se adopte; y aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

En suma, los interesados en un procedimiento sancionador no necesariamente son sólo los imputados: tanto el perjudicado por la conducta presuntamente infractora que denuncia, como el perjudicado que, sin ser denunciante pero habiendo tenido conocimiento del procedimiento sancionador, solicita personarse, son ambos interesados en el procedimiento sancionador ya que tienen en juego bien un derecho, bien un interés legítimo, que va más lejos que la observancia de la legalidad, tal y como exige la ley; entre otras razones porque, más allá de la comprobación de que ha habido infracción y de la sanción, es en el procedimiento sancionador donde normalmente se determina la responsabilidad para la restitución del estado de cosas y las indemnizaciones procedentes.

La existencia de un interés legítimo y la intención de ser parte en un procedimiento sancionador, y por tanto el reconocimiento de la condición de interesado, deben ser apreciadas de oficio por el instructor, mediante la simple valoración de la denuncia observando si de ésta se desprende que los hechos afectan a los intereses del denunciante y son denunciados precisamente por ello.

Si durante la instrucción de un procedimiento que no haya tenido publicidad se advierte la existencia de personas con derechos o intereses, cuya identificación resulte del expediente y que pueden resultar afectados por la resolución, debe comunicárseles la tramitación del procedimiento. Lo mismo vale para las asociaciones legalmente constituidas para actuar en defensa de intereses colectivos.- §3.4.2

46ª Evaluación del funcionamiento de las confederaciones hidrográficas

El Defensor del Pueblo tiene conocimiento de que la Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y Calidad de los Servicios incluye en su programa para 2009 la evaluación la gestión y funcionamiento de las confederaciones hidrográficas (Confederaciones Hidrográficas del Segura y Guadiana). La fecha prevista de presentación de la evaluación es el primer trimestre de 2010 y servirá a esta Defensoría para contrastar el resultado con los obtenidos en el presente informe.- §3

5.2 RECORDATORIO DE DEBERES LEGALES

Únicamente plasmamos aquí los más relevantes, pues de casi todas las conclusiones anteriores se pueden deducir deberes incumplidos y, por tanto, recordatorios que hemos de dirigir a la administración.

1º La administración hidráulica debe utilizar con eficacia todos los medios que le otorga la ley para garantizar la resolución final de los procedimientos de inspección y sanción, evitar la continuación de la actividad infractora y materializar efectivamente las órdenes de paralización del aprovechamiento, tales como el sellado de equipos, instalaciones, pozos y el cese de actividades, la ejecución forzosa de sus órdenes y resoluciones, la imposición de indemnizaciones por daños al dominio público hidráulico si procede y la caducidad de las concesiones.

2º Esta Institución recuerda a los organismos de cuenca en general, y a las confederaciones hidrográficas en especial, el deber que les incumbe de inspeccionar y controlar las aguas, para verificar los hechos denunciados constitutivos de posible infracción administrativa y, en su caso, de incoar y tramitar con diligencia los procedimientos sancionadores, y evitar que caduquen y que prescriban los hechos y la acción para sancionarlos.

3º Las comunidades de regantes se equiparan a las administraciones públicas, luego si obra en su poder información ambiental en relación con esas potestades, entonces la comunidad tiene el deber de dar acceso a esa información.

4º A las comunidades de regantes: La reparación de la red secundaria para riego no es responsabilidad del organismo de cuenca, sino que corresponde a los propietarios de las

parcelas que las usan o se ven afectados por su deterioro, o a la propia comunidad de regantes, según se establezca en sus ordenanzas; el mantenimiento de determinadas acequias corresponde al comunero y no a la comunidad.

5.3 RECOMENDACIONES Y SUGERENCIAS

Lo mismo que para los recordatorios de deberes legales, únicamente plasmamos aquí las propuestas de actuación y de criterios de aplicación de las normas que nos parecen más relevantes, la mayor parte de las conclusiones generales del §5.1 contienen recomendaciones y sugerencias que hemos de dirigir a la Administración, muchas de hecho ya cursadas en los años anteriores.

1ª Recomendamos a las administraciones urbanística e hidráulica no desinteresarse por los problemas en que carezcan de potestad para decidir, pues no por ello el problema deja de afectar al interés que tienen encomendado, aunque no tengan la última palabra bajo criterios competenciales. Por ejemplo, ante unas construcciones ilegales emplazadas en dominio público hidráulico, el ayuntamiento continua siendo la administración competente en disciplina urbanística, no es asunto que concierna sólo al organismo de cuenca. Si las construcciones ilegales no están en el río ni en su cauce, sino cerca de él, el asunto compete *también* al organismo de cuenca -no sólo al ayuntamiento- siquiera sea para interesarse por su posible influencia en el dominio hidráulico.

2ª Los ayuntamientos no deben aprobar instrumentos urbanísticos que lleven consigo un incremento del consumo de agua si no cuentan con el previo informe favorable del organismo de cuenca. Aunque el carácter favorable del informe no se deduzca de las normas vigentes, que no lo hacen vinculante, esta Defensoría considera que hay razones suficientes para recomendar que la administración urbanística atienda estrictamente su pronunciamiento, sobre todo si se trata de un informe expreso.

3ª La administración urbanística, de acuerdo con el organismo de cuenca, puede valorar la posibilidad de autorizar la realización de las obras necesarias para efectuar el enganche de las viviendas ilegales a las redes generales municipales, obras que, en principio y salvo que los ayuntamientos acrediten lo contrario, serán de escasa entidad constructiva, urbanística y económica, ya que responderían a la necesidad de asegurar que la vivienda reúna las condiciones mínimas de seguridad, higiene y ornato, lo que implica necesariamente que cuente con servicios para poder ser considerada como tal vivienda. Por el contrario, no se recomienda otorgar licencias de primera ocupación a tales viviendas ilegales, sino únicamente autorizar las obras de enganche al suministro o a la evacuación.

4ª El Defensor del Pueblo recomienda a las confederaciones hidrográficas que: *a)* el régimen de afección se aplique con independencia del carácter público o privado de las aguas afectadas; *b)* que durante los procedimientos concesionales se evalúen por sus servicios todas las posibles afecciones a captaciones anteriores legales que hayan sido alegadas y presenten indicios razonables y de probabilidad suficiente para, en su caso, condicionar o denegar el nuevo aprovechamiento pretendido o expropiar las captaciones afectadas si el nuevo uso fuera preferente; *c)* si la afección se alega después de otorgada una concesión, el organismo de cuenca ha de verificar el hecho denunciado que presente claros indicios de razonabilidad o bien esté apoyada por algún informe o datos técnicos, no ha de exigir al alegante un hecho demostrado; *d)* si la falta de datos para determinar con certeza la afección proviene de una vigilancia ineficaz sobre las extracciones, que corresponde al organismo de cuenca, entonces los servicios competentes de la confederación o el Instituto Geológico y Minero han de llevar a cabo un estudio hidrogeológico de la zona que incluya todas las captaciones de agua implicadas.

5ª El Defensor del Pueblo recomienda a los organismos de cuenca: *a)* que a través de los servicios apropiados a cada caso ejerzan con diligencia sus potestades de investigación y control sobre los aprovechamientos de aguas que puedan estar incumpliendo la legalidad por no disponer de concesión o por utilizar más caudal del concedido, así como sobre los vertidos que no cuenten con autorización o incumplan sus condiciones; *b)* incoen con prontitud, si se detectan infracciones, los correspondientes procedimientos sancionadores; y *c)* utilicen eficazmente todos los medios que les otorga la ley para garantizar la resolución final, evitar la continuación de la actividad infractora y materializar efectivamente las órdenes de paralización del aprovechamiento, tales como el sellado de equipos, instalaciones, pozos y el cese de actividades, la ejecución forzosa de sus órdenes y resoluciones, la imposición de indemnizaciones por daños al dominio público hidráulico, si procede, y la caducidad de las concesiones.

6ª Si los antecedentes de incumplimiento reiterado inhabilitaran durante un tiempo al infractor para obtener autorizaciones, singularmente de vertido, e incluso concesiones de aguas, el régimen sancionador sería más eficaz y disuasorio y obtendríamos una mejor protección de la calidad de las aguas. Es recomendable ponderar en estos casos la necesidad de incluir como sanción de infracciones más graves la inhabilitación para obtener autorizaciones o concesiones de agua. La publicación de las sanciones impuestas por infracciones graves, una vez firmes, sería de utilidad a este respecto, tal y como prevé la legislación de responsabilidad medioambiental.

7ª Sugerimos a las confederaciones hidrográficas que las prioridades de su actuación se establezcan según criterios que tengan en cuenta la gravedad de los problemas, infracciones e irregularidades que detecten. Las inspecciones, además de perseguir las más graves derivaciones de aguas superficiales, o en los vertidos y demás actuaciones que afectan directamente al dominio público hidráulico, deben centrarse también en la ejecución de obras en zona de policía, o en el control de los desarrollos urbanísticos,

que pueden resultar mucho más graves para el dominio público. Para que el trabajo de los servicios de vigilancia y el régimen sancionador sean correctos y homologables con los baremos, no los “usuales” sino con los plasmados en la ley, o sea para no constatar falta de diligencia, es preciso ponderar la gravedad de la posible infracción, no si ésta se produce en el cauce del río o sólo próxima a él.

8ª Se recomienda a las comunidades de regantes tener en consideración que la reparación de la red secundaria para riego no es responsabilidad del organismo de cuenca, sino que corresponde a los propietarios de las parcelas que las usan o se ven afectados por su deterioro, o a la propia comunidad de regantes, según se establezca en sus ordenanzas. El mantenimiento de determinadas acequias corresponde al comunero y no a la comunidad.

9ª Las comunidades de regantes se equiparan a las administraciones públicas, luego si obra en su poder información ambiental en relación con esas potestades, entonces la comunidad está obligada a dar acceso a esa información. En general, el Defensor del Pueblo recomienda a las comunidades de regantes una actuación general conforme a las exigencias propias de las administraciones públicas.

ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

AAI	Autorización ambiental integrada
AGE	Administración general del Estado
BOE	Boletín oficial del Estado
BOP	Boletín oficial de la provincia
CC	Código civil, 1889
CE	Constitución española, 1978
DG	Dirección general
DIA	Declaración de impacto ambiental
DMA	Directiva 2000/60/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, marco comunitario de actuación en política de aguas (<i>Directiva marco de aguas</i>).
EBAR	Estación de bombeo de aguas residuales
EDAR	Estación depuradora de aguas residuales
EIA	Evaluación de impacto ambiental
EstIA	Estudio de impacto ambiental
ETAP	Estación de tratamiento de agua potable
fj	Fundamento jurídico o considerando de una sentencia
ha	hectárea
hm ³	hectómetro cúbico (un millón de metros cúbicos)
LA	Ley de aguas, texto refundido aprobado por real decreto legislativo 1/2001; modificado por ley 11/2005. También citado como <i>TRLA</i> . Cuando la referencia es a otro texto se señala expresamente, por ejemplo la ley de aguas derogada 29/1985 (<i>LA 1985</i>).
LBRL	Ley de las bases del régimen local, 7/1985
LCCOP	Ley del contrato de concesión de obras públicas, 13/2003
LEC	Ley de enjuiciamiento civil, 1/2000
LEF	Ley de expropiación forzosa de 1954
LEIA	Texto refundido de la ley de evaluación de impacto ambiental, aprobado por real decreto legislativo 1/2008. Se indica expresamente las referencias al derogado real decreto legislativo 1302/1986, última redacción por ley 6/2001.
ley 11/2005	Ley de modificación del plan hidrológico nacional. Su disposición final 1.3 modificó el artículo 25 LA.
ley 27/2006	Ley de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.
LGOP	Ley general de obras públicas de 1877
LGT	Ley general tributaria, 58/2003
LIC	Lugar de importancia comunitaria
LJCA	Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, 29/1998
LODP	Ley orgánica del Defensor del Pueblo, 3/1981
LOTG	Ley orgánica del Tribunal constitucional, 2/1979
LOTTP	Ley de la Generalitat Valenciana de ordenación del territorio y protección del paisaje, 4/2004.
LPC	Ley de procedimiento común, 30/1992
LPHN	Ley del plan hidrológico nacional, 10/2001
LRes	Ley de residuos, 10/1998
LRSV	Ley sobre régimen del suelo y valoraciones, 6/1998 (derogada); relevante para este informe es la redacción que dio a su artículo 16.3 el artículo 1.tres ley 10/2003, de medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes.

LS	Ley del suelo. El informe siempre se refiere expresamente a alguna de las leyes estatales promulgadas desde 1956, en otro caso <i>LS</i> es en este informe sólo y exclusivamente el texto refundido aprobado por real decreto legislativo 2/2008.
LUV	Ley de la Generalitat Valenciana, urbanística valenciana, 16/2005
l/hab/día	litros por habitante y día
l/s	litros por segundo
mg/l	miligramos por litro
µg/l	microgramos por litro
NNSS	Normas subsidiarias de planeamiento urbanístico (normalmente municipales)
OM	Orden ministerial
PAI	Programa de actuación integrada
PGOU	Plan general de ordenación urbana
PHN	Plan hidrológico nacional
PORN	Plan de ordenación de recursos naturales
RD	Real decreto
RDLg	Real decreto legislativo
RDley	Real decreto ley
RDPH	Reglamento del dominio público hidráulico aprobado por RD 849/1986
RJA	Repertorio de jurisprudencia Aranzadi
RPH	Reglamento de la planificación hidrológica aprobado por RD 907/2007
RPU	Reglamento de planeamiento urbanístico aprobado por RD 2159/1978
RRDD	Reales decretos
RSCL	Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955
SEIASA	Sociedad anónima estatal de infraestructuras agrarias
SS	Sentencias
STC	Sentencia del Tribunal constitucional
STS	Sentencia del Tribunal supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal superior de justicia
TC	Tribunal constitucional
TEAR	Tribunal económico administrativo regional
TJCE	Tribunal de justicia de las comunidades europeas
TRLA	v. LA
TS	Tribunal supremo
TSJ	Tribunal superior de justicia
UE	Unión europea
UH	Unidad hidrogeológica
ZEC	Zona especial de conservación
ZEPA	Zona especial de protección de las aves