

En la Ciudad de Valencia, siete de octubre de dos mil once.

En el recurso contencioso administrativo núm. 615/2007, y acumulado 193/2008, interpuesto por la Delegación del Gobierno de la Comunidad Valenciana, representada y defendida por la Abogacía del Estado contra el Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de fecha 20 de febrero de 2008 por el que se aprueba la Homologación y Plan Parcial del sector "Nou Mil·leni" de Catarroja.

Habiendo sido parte demandada la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia, representada y defendida por la Abogacía de la Generalidad Valenciana, el Ayuntamiento de Catarroja, representado por la Procuradora D^a Elena Gil Bayo, Ayuntamiento de Paiporta, representado por la Procuradora D^a Rosa M^a Correcher Pardo, e Iniciativas y Promociones de Viviendas Valencianas, S.L., representada por la Procuradora D^a Lidón Jiménez Tirado, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco José Sospedra Navas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en que suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La representación de las Administraciones y codemandadas contestaron a la demanda, mediante escrito en el que solicitaron se dictara sentencia por la que se confirmase la resolución recurrida.

TERCERO.- Recibido el proceso a prueba, se practicó la admitida con el resultado que obra en autos y tras el trámite correspondiente, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO.- Se señaló la votación para el veinte de septiembre de dos mil once.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente proceso, el Abogado del Estado interpone recurso contra el Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de fecha 20 de febrero de 2008 por el que se aprueba la Homologación y Plan Parcial del sector "Nou Mil•leni" de Catatarroja.

En síntesis, el recurso se funda en la infracción del ordenamiento jurídico cometida por la Comisión al aprobar el Acuerdo sin acreditar la disponibilidad de recursos hídricos.

Frente a la demanda interpuesta, el Abogado de la Generalidad Valenciana, el Ayuntamiento y la codemandada oponen que existen recursos hídricos suficientes para llevar a cabo la actuación aprobada.

SEGUNDO.- La demanda rectora del proceso se funda en la emisión de diferentes informes desfavorables de la Confederación Hidrográfica sobre la actuación urbanística aprobada.

En relación a la cuestión relativa a la preceptividad y contenido de los informes del organismo de cuenca, debe partirse de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley de Aguas, que trata de la Colaboración con las Comunidades Autónomas, textualmente dice: 4. 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, 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”.

Por su parte, el artículo 19.2 de la LOTPP, establecía 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 favorable 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.

De las normas antes transcritas, esta Sala viene reiterando en numerosas sentencias, pudiendo citarse la Sentencia de 30 de mayo de 2008, que en los supuestos de planificación que comporten nuevas demandas de recursos hídricos, el informe de la confederación sobre la existencia o inexistencia de recursos, es preceptivo.

En este sentido, y si bien la regla general es que los informes son facultativos y no vinculantes, salvo disposición expresa en contrario, conforme a lo dispuesto en los artículos 82 y 83 de la Ley 30/92, en el caso concreto del informe previo del Organismo de Cuenca exigido por el artículo 25.4 de la Ley de Aguas, del tenor literal del precepto se denota que dicho informe es 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 se deriven nuevas demandas de recursos hídricos, esto es, que implique un incremento del consumo de agua, requiere un informe previo de la correspondiente Confederación Hidrográfica.

Por tanto, este supuesto de hecho es el que delimita el carácter preceptivo del informe, concretado en que la actuación comporte nuevas demandas de recursos hídricos, de tal manera que quedan fuera del ámbito del precepto aquellos supuestos en que no se produce tal incremento de la demanda.

TERCERO.- mayor controversia ha suscitado la cuestión relativa al carácter vinculante o no del informe previo emitido por la Confederación Hidrográfica en el marco del art. 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

La cuestión fue analizada exhaustivamente en el Auto del TSJ Comunidad Valenciana de fecha 15 de enero de 2007 (Recurso 1003/2006), que se decantó por el carácter no vinculante del informe, con el argumento principal de que el carácter vinculante no viene recogido en ningún precepto, descartando a la vez la aplicación de la Ley 13/2003, puesto que la misma está dirigida a regular exclusivamente el contrato de concesión de obras públicas como nuevo contrato administrativo típico, por lo que tal regulación sólo puede referirse al ejercicio de competencias estatales en materia de obras públicas y no al ejercicio de cualquier competencia estatal como es, en el caso que nos ocupa, la competencia en materia de dominio público hidráulico de cuencas intercomunitarias.

Con posterioridad a dicho pronunciamiento, tanto la Ley del Suelo de 2007 como el Texto Refundido de 2008, catalogaron los informes de la Administración Hidráulica como “determinantes” para el contenido de la memoria ambiental, lo cual plantea una hipótesis cercana al valor vinculante de los informes, esto es, su carácter “determinante” o “materialmente vinculante”. En esta línea se ubican los pronunciamientos del Tribunal Supremo en la materia, los cuales, si bien en su mayor parte se han realizado en sede de admisibilidad del recurso o en medidas cautelares, contienen un esbozo lo suficientemente detallado que permite apuntar su postura en este sentido.

En primer lugar, y desde el punto de vista de la proyección procesal del informe previo de la Confederación Hidrográfica, el Tribunal Supremo viene considerando el informe desfavorable del organismo de cuenca como un instrumento que se integra dentro de la apariencia de buen derecho de la pretensión cautelar (por todas, STS de 8 de octubre de 2010 (Rec. 4073/2009)), lo cual le dota de una eficacia singular. En segundo lugar, y según se infiere del conjunto de pronunciamientos que el Tribunal Supremo ha venido realizando en la materia, el informe previo de la Administración Hidráulica se erige como una base informativa decisiva para que el planeamiento urbanístico pueda acreditar la garantía del suministro de agua en los nuevos desarrollos, por lo que 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 de la actuación urbanística.

CUARTO.- Partiendo del anterior marco interpretativo, debe analizarse ahora la prueba practicada en este proceso, partiendo de los diferentes informes de la Confederación Hidrográfica que obran en las actuaciones, de los cuales se deriva que la controversia se concreta en la disponibilidad de recursos hídricos.

En el primer informe de 19 de abril de 2007 se recogen los siguientes datos relevantes en cuanto a las necesidades y disponibilidad de recursos hídricos:

1) El volumen demandado por el Plan es de 1.794.028 metros cúbicos por año para uso y abastecimiento, calculado para un total de 11.459 viviendas a razón de tres habitantes por vivienda y con una previsión de consumo de 200 litros por habitante y día, con un balance de ocupación del 70 por cien. Por otra parte, se calcula un volumen de 181.149 metros cúbicos atendiendo a equipamientos y terciario, con lo cual el volumen por estos conceptos sería de 2.165.163 metros cúbicos anuales. Finalmente, se añade que no se puede determinar el volumen total por cuanto que no se especifican los recursos necesarios para el riego de zonas verdes.

2) En cuanto a la suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos, en el informe se advierte que no se ha acreditado de qué recursos se dispone para el abastecimiento de la población futura que derivaría de la ejecución de la actuación planteada.

Obra en autos un último informe de fecha 7 de enero de 2010, referido a la sostenibilidad ambiental del Plan General de Catarroja, pero que contempla la actuación aquí impugnada, el cual resume la situación actual, recogiendo los siguientes datos relevantes en orden a la suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos:

1) La localidad de Catarroja se abastece con aguas superficiales del canal Júcar-Turía, dentro del área conformada por la ciudad de Valencia y las localidades de su área metropolitana. El plan vigente establece un caudal de 4 metros cúbicos por segundo y una reserva de 3 metros cúbicos por segundo (220,75 Hectómetros cúbicos por año).

2) La demanda futura estimada para el año 2027 es de 175,5 Hectómetros cúbicos por año para Valencia y su área metropolitana, y con el volumen de 220.75 se cubrirían las

necesidades actuales y futuras de la población hasta un horizonte más amplio del 2027, por lo que pueden plantearse crecimientos urbanísticos futuros hasta dicho volumen de 220,75 de aguas superficiales.

3) Si a pesar de esto el municipio de Catarroja prevé un crecimiento urbanístico que implique unas necesidades hídricas por encima del volumen de 220.75 debe provenir de aguas de origen subterráneo. La masa 080.141 (Plana Valencia Norte) presenta un buen estado cuantitativo y mal estado químico por contaminación por nitratos, no siendo apta para uso doméstico sin un tratamiento adecuado o mezcla de aguas.

4) El Ayuntamiento de Catarroja dispone de dos concesiones de aguas de 757.200 metros cúbicos por año y está en tramitación en su fase inicial una concesión conjunta con el Ayuntamiento de Valencia.

QUINTO.- Los informes de la CHJ deben ser puestos en relación con el resto de la prueba practicada de la que se concluyen los siguientes extremos:

1) El Ayuntamiento aportó un informe de la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos de fecha 7 de mayo de 2009, en el cual se complementan los anteriores en el sentido que la EMSHI garantiza una dotación de agua potable de 150 litros por habitante de derecho, incluyendo la actuación urbanística impugnada.

2) La entidad EGEVASA emite informe de fecha 6 de mayo de 2009 donde relata diferentes medidas para reducir el consumo de agua en el marco de la aplicación del plan de gestión de la demanda y ahorro de agua a medio plazo, referido al periodo 2006-2008, cifrando el ahorro en la cantidad de 0.515 hectómetros cúbicos por año, en relación al agua potable suministrada al municipio en el año 2006 que era de 1982.700 metros cúbicos.

En este punto, debemos reproducir los fundamentos realizados en el auto dictado en la pieza de medidas cautelares en el sentido que la EMSHI es una Entidad Metropolitana creada por la Disposición Adicional Primera de la Ley Valenciana 2/2001, a quien le corresponde la competencia del servicio del agua en alta, la producción y suministro hasta el punto de distribución municipal de los municipios que componen el Área Metropolitana de Valencia, entre los que se incluye Catarroja. Por tanto, la disponibilidad de recursos hídricos está del municipio de Catarroja está en función principalmente del suministro de agua por parte de la Entidad Metropolitana, quien garantiza la disponibilidad del suministro de agua potable, la cual se encuentra dentro de la reserva

establecida en el Plan Hidrológico de Cuenca. Consta en el informe de la EMSHI que actualmente se está haciendo uso de 1.77 metros cúbicos por segundo para el conjunto de las poblaciones, por lo que es indudable que el incremento de consumo derivado de la actuación urbanística podría estar en el diferencial disponible de acuerdo a la reserva establecida en el Plan Hidrológico; por otra parte, no hay ningún elemento que permita afirmar que la dotación garantizada para Catarroja afecte o menoscabe la de los demás municipios.

Finalmente, de la prueba practicada se acredita inicialmente que se han llevado a cabo medidas efectivas de reducción del consumo de agua por el Ayuntamiento de Catarroja, cifrando la EMSHI y EGEVASA un ahorro de 515 Dm³/año en el año 2008; asimismo, consta en la pieza la existencia de dicho plan municipal para reducir el consumo, el cual en principio aparece como efectivo.

SEXTO.- Atendidos los datos fácticos anteriores, se pone de manifiesto en principio la suficiencia de los recursos hídricos, pero no así la disponibilidad de los mismos por cuanto no existe título concesional suficiente ni por parte del Ayuntamiento demandado ni por parte de la EMSHI.

En relación a los supuestos de suficiencia de recursos hídricos y falta de título concesional que garantice la disponibilidad, la Sala se había pronunciado inicialmente por entender que el requisito de la suficiencia habilitaba en principio la aprobación del Plan, al margen que quedara supeditada a la disponibilidad mediante la obtención del correspondiente título concesional, lo cual determinó que en este proceso se estimara el recurso contra el auto de suspensión cautelar dictado en la pieza en fecha 21 de abril de 2009.

Sin embargo, dicho criterio interpretativo debe ser corregido a la vista de la interpretación que viene sosteniendo el Tribunal Supremo en esta materia (por todas, STS 25 de febrero de 2009 (Rec. 872/2008); 6 de julio de 2009 (Rec. núm. 658 / 2008) y 17 de noviembre de 2010 (Rec. 5206/2008)).

En efecto, debe distinguirse entre suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos. Se trata de conceptos que se ubican en dos planos distintos: la suficiencia hace referencia a la existencia de recursos hídricos bastantes, en tanto que la disponibilidad se concreta en la posibilidad de aplicar los recursos hídricos existentes a la actuación urbanística en cuestión, lo cual requiere del correspondiente título administrativo concesional. Por tanto, la disponibilidad es un concepto que se ubica en un plano de valoración cronológicamente posterior al de la suficiencia, de tal manera que la existencia de

recursos hídricos es condición necesaria para pueda disponerse sobre dichos recursos, pero no es condición suficiente, en tanto que la disponibilidad requiere de un título concesional para la utilización del recurso. En este punto, el art. 25.4 de la Ley de Aguas establece que “el informe de la Confederación Hidrográfica se pronunciará expresamente sobre la existencia o inexistencia de recursos suficientes para satisfacer demandas”, lo cual plantea si sólo ha de estarse a la suficiencia de recursos hídricos o, por el contrario, también se engloba en el concepto la disponibilidad sobre los mismos.

La cuestión es de gran relevancia práctica, puesto que muchas de las controversias se presentan en momentos donde se están tramitando expedientes de concesión de aguas en ámbitos donde en principio hay recursos hídricos suficientes, pero de los que se carece del correspondiente título concesional. En una primera aproximación, la acotación temporal de los conceptos suficiencia y disponibilidad se refieren al momento de aprobación del acto o plan, de tal manera que tales conceptos no pueden integrarse por recursos hídricos no existentes en dicho momento, aunque estén proyectados o previstos para un futuro más o menos próximo.

Centrado el concepto de la suficiencia en el ámbito de los recursos existentes en el momento de la aprobación de la actuación urbanística, la cuestión que se plantea es si ha de existir disponibilidad del recurso hídrico para llevar a cabo la actuación en cuestión. En este punto, y aunque tanto la Ley de Aguas como la Ley del Suelo de 2008 se refieren al concepto de “suficiencia”, el mismo se utiliza en forma amplia, de forma equivalente al de disponibilidad, puesto que se exige que los recursos sean suficientes “para satisfacer demandas”, lo que implica que ha de existir el recurso y ha de tenerse disponibilidad sobre el mismo, de lo que se deriva que el carácter determinante del informe de la CHJ alcanza tanto a la suficiencia como a la disponibilidad.

En este caso, y si bien puede concluirse que hay recursos hídricos suficientes, lo cierto es que no hay disponibilidad sobre los mismos ni pueden satisfacerse las demandas requeridas por la actuación aprobada, lo cual es especialmente exigible en este caso desde el momento en que tiene que recurrirse a recursos comunes de la ciudad de Valencia y área metropolitana, de todo lo cual se deriva la estimación del recurso, debiendo anularse la actuación impugnada.

SÉPTIMO.- De conformidad con el criterio mantenido por el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no es de apreciar temeridad o mala fe en ninguna de las partes a efectos de imponer las costas procesales.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimar el recurso planteado por la Delegación del Gobierno de la Comunidad Valenciana contra el Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Valencia de fecha 20 de febrero de 2008 por el que se aprueba la Homologación y Plan Parcial del sector "Nou Mil-ieni" de Catarroja, el cual se anula, sin hacer imposición de costas en este proceso.

A su tiempo y con certificación literal de la presente, devuélvase el expediente administrativo al centro de su procedencia.

Contra esta resolución cabe, en su caso, recurso de casación que deberá prepararse ante este tribunal en el plazo de los diez días siguientes al de su notificación, constituyendo, en su caso, el depósito prevenido en la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Mariano Ferrando Marzal.- Edilberto Narbón Laínez.- Carlos Altarriba Cano.- Desamparados Iruela Jiménez.- Francisco José Sospedra Navas.

VOTO PARTICULAR

Voto particular que formula D. Edilberto Narbón Laínez a la sentencia mayoritaria, por discrepar en parte de la misma:

Básicamente muestro mi conformidad a los fundamentos de derecho primero segundo y tercero de la sentencia mayoritaria, discrepo de la misma en los fundamentos de derecho cuarto, quinto; estimo que debe hacerse una matización al tema de la naturaleza del informe "vinculante" según la Administración del Estado, al reiterarse en todas las demandas a pesar de las numerosas resoluciones de esta Sala, por tanto, el voto particular se desarrollará en tres puntos:

1.- La naturaleza vinculante del informe de la Administración del Estado.

2.- Sobre la necesidad de que exista “concesión administrativa” para que el informe sea favorable.

3.- Análisis de la concreta situación fáctica que plantea el presente proceso.

Primero.- Respecto a la naturaleza no vinculante del informe asumo las consideraciones hechas por la Sala. A las mismas se debe añadir que no se comprende la reiteración del planteamiento por parte de la Abogacía del Estado sobre este tema porque la legislación estatal considera el informe preceptivo pero “no vinculante”.

Efectivamente, art. 15.3. (a) del Real Decreto Legislativo 2/2008 afirma: “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...”, el precepto continua “...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...”.

En definitiva se trata de informes no vinculantes sino determinantes de los que se puede separar la Comunidad Autónoma de forma motivada. Máxime cuando en el informe de sostenibilidad que debe hacer la administración autonómica, el agua y los recursos hídricos, deben ser un factor determinante según el art. 9.1 y Anexo I f) en relación con el art. 3 de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. En cuanto a los proyectos se puede hacer la misma reflexión conforme al art. 7.c) y Anexos del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos. Todo ello teniendo en cuenta que más del 90% de los procesos que revisa esta Sala se refieren a “aguas subterráneas” cuya competencia “exclusiva” según el art. 49.1.16 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (en la versión modificada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril) corresponde a la Comunidad Valenciana.

El juego de la normativa estatal y autonómica en materia de agua ha creado un sistema complejo y un tanto absurdo:

a) El informe debería solicitarse por parte del Ayuntamiento en la fase previa al afectar a la viabilidad del plan o proyecto (criterio que ya recoge art. 15.3. (a) del Real Decreto Legislativo 2/2008). El momento lógico sería en la fase de consultas sobre los instrumentos de ordenación de actuaciones de urbanización, es decir, cuando se trató de gestión directa en la fase de estudio del art. 128.1 de la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, de la Generalitat, Urbanística Valenciana; y, de tratarse de gestión indirecta, en el estudio de viabilidad del art. 130 de la LUV. De tal forma que, el consumo máximo de agua permitido estuviese incluido de las bases del concurso. De esta forma, el informe final de la Administración Estatal en la Comisión Territorial sería de supervisión (máxime cuando la Administración Autonómica lo tiene que analizar y aprobar en la Evaluación de Impacto Ambiental o Evaluación Ambiental Estratégica); se evitaría un gran despliegue burocrático, económico y que genera numerosas expectativas para estimarlo inviable a la hora de aprobación de la Comisión Territorial.

b) El informe favorable, debería generar unos derechos similares a la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, es decir, una reserva futura cara a la concesión por un tiempo. De nada vale un informe favorable si a la hora de materializarlo a través de la concesión administrativa, cuya solicitud puede demorarse años (por la tardanza en la elaboración de planes y programas), puede haberse adelantado otra persona en la solicitud de la concesión y verse frustrada una actuación urbanística. La solución será la creación de un registro donde los informes favorables supongan una reserva de derechos al menos durante un tiempo.

c) El art. 25 del TRLA al establecer el informe negativo vía silencio administrativo a mi juicio está vulnerando la Constitución Española, es decir, se está limitando o condicionando una competencia de una Administración (en este caso Administración Autonómica y Local) en base al incumplimiento de la obligación de emitir informe por parte de la Confederación Hidrográfica; máxime, cuando el silencio administrativo negativo no es más que una simple ficción legal como se desprende de las SSTC 220/2003, 188/2003, 14/2006 y 243/2006, entre otras.

Segundo.- En cuanto al punto segundo, es decir, la exigencia de concesión administrativa para que exista "informe favorable" por parte de la Confederación Hidrográfica, base de la desestimación de la sentencia como puede verse en los fundamentos de derecho quinto y sexto. Muestro mi disconformidad al no ajustarse a la naturaleza del "informe" ni al propio criterio de la legislación. Básicamente, se pueden dar dos situaciones:

1. La actuación urbanística está prevista en el instrumento de planeamiento que ha sido informado por la Confederación Hidrográfica.

Este era el supuesto que contemplaba el art. 25 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, hasta la reforma por Ley 11/2005: "...No será necesario el informe previsto en el párrafo anterior en el supuesto de actos dictados en aplicación de instrumentos de planeamiento que hayan sido objeto del correspondiente informe previo por la Confederación Hidrográfica...". Con base a la dicción de este precepto se redactó el art. 19.2 de la Ley Valenciana 4/2004 de Ordenación del Territorio: "...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...". Se podrá afirmar que la desaparición del párrafo citado del Real Decreto Legislativo 1/2001 supone que el informe se debe pedir en todos los casos. Sin embargo, deberíamos distinguir la petición de informe para la mera constancia en la Confederación Hidrográfica de que se va a realizar una determinada actuación urbanística y se mantienen las características iniciales del informe que se diera en su momento al instrumento de planeamiento, del informe donde se demandan nuevos recursos hídricos. Éste último es el que afecta a la viabilidad del instrumento de ordenación y al que se refiere realmente tanto el art. 19 de la Ley 4/2004 autonómica y 25 del TR de 2001.

La interpretación que se acaba de hacer del citado precepto viene corroborada por la propia legislación estatal; así, el art. 15.3. (a) del Real Decreto Legislativo 2/2008 afirma: "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...", el precepto continua "...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...". Es decir, si la actuación urbanística no supone la satisfacción de nuevas demandas de recursos hídricos, podríamos interpretar que más que un informe es una comunicación y, desde luego, salvo que la Confederación Hidrográfica pusiera obstáculos legales de relieve no tendría el carácter determinante a que hace referencia el art. 15.3 del TR de 2008 citado. Lo contrario supondría convertir una competencia hídrica de la Administración del Estado en una competencia de tutela sobre el urbanismo y ordenación del territorio que corresponde a las Comunidades Autónomas.

2. La actuación urbanística no está prevista en el instrumento de planeamiento que ha sido informado por la Confederación Hidrográfica.

En este supuesto cobran plena vigencia las normas que hemos citado en el punto anterior, que no se discuten en el presente voto particular, sino que se pretende matizar los informes negativos que está haciendo el Ministerio de Medio Ambiente en base a que el solicitante “no tiene concesión administrativa” como en el caso examinado.

Exigir concesión administrativa para emitir un informe favorable en una actuación urbanística nueva es una pura contradicción. Efectivamente, si el nuevo instrumento de planeamiento a desarrollar ya tiene concesión administrativa, por formar parte de un instrumento de ordenación superior que ya fue informado favorablemente y en su momento obtuvo la concesión, estamos en el supuesto del punto anterior. Por tanto, no sería de aplicación el art. 15.3 del TR. De 2008, a lo sumo, una comunicación meramente informativa.

De no existir concesión y no haber obtenido informe favorable previo, la Administración Estatal no puede exigir concesión administrativa porque no es posible legalmente que la tenga. Un nuevo instrumento de ordenación que se está tramitando no es más que una expectativa de futuro, su aprobación definitiva y publicación la hace nacer al ordenamiento jurídico, por tanto, la Confederación Hidrográfica no puede otorgar una concesión administrativa de un recurso tan escaso como el agua a una mera expectativa. Esa es la razón de la exigencia legislativa de “informe” y no de “concesión”, con la deficiencia legislativa apuntada de no suponer una reserva por un tiempo determinado como se ha apuntado en el punto primero de este voto. Será la aprobación definitiva y publicación del instrumento de ordenación la que haga nacer una necesidad real del recurso hídrico y necesitará la correspondiente concesión administrativa para su otorgamiento y explotación.

Tanto la Administración Estatal como Autonómica se refieren constantemente al criterio base que se marcó por esta Sala y Sección Primera en el auto de 15.01.2007, sin embargo, en dicho auto nunca se hizo referencia a la necesidad de concesión para hacer un informe favorable. En dicha resolución se pedía un informe o propuesta por parte de la Administración que solicitase el informe a la Confederación Hidrográfica que contuviese:

a.- Titularidad de los Pozos.

b.- Disponibilidad presente o futura del agua de los mismos.

c.- Aforo, para saber la cantidad de agua y la previsión del art. 52.2 del T.R. de la ley de aguas y 84 del Reglamento según se sobrepasen o no los 7000 metros cúbicos de volumen anual.

d.- Calidad de las aguas teniendo en cuenta que en este caso son para consumo humano. La calidad del suministro humano en el fondo determinará la cantidad de agua disponible para este uso esencial, el art. 40.1.a) del Decreto 67/2006 se remite al Real Decreto 140/2003 de 7 de febrero, desarrollado en la Orden SCO/1 591/2005, de 30 de mayo, sobre el Sistema de Información Nacional de Agua de Consumo y el Plan de Autocontrol aprobado por las Autoridades Sanitarias. La normativa sobre la calidad de las aguas en la Comunidad Valenciana ha sido desarrollada por Decreto 58/2006, de 5 de mayo, del Consell, por el que se desarrolla, en el ámbito de la Comunitat Valenciana, el Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano.

e.- Necesidad o no de tratamiento.

f.- Necesidad o no de hacer obras de infraestructura.

Lo que se pretendió estableciendo estos requisitos, es que dicho informe fuese la base de una futura concesión o desistimiento de la actuación, como se ha puesto de relieve en el presente voto particular. La “disponibilidad” en modo alguno hacía referencia a la exigencia de “concesión administrativa” sino dar sentido al art. 25 del TR 2001 o 15 del TR 2008 cuando habla de “existencia”. El precepto no se puede referir a “mera existencia física” sino a existencia jurídica; es decir, los obstáculos que, según la legislación o el Plan Hidrológico de Cuenca, tiene la “disponibilidad” de ese agua. Obstáculos, que pueden ser del más variado tipo: así, que el agua no esté previamente concedida (existiría físicamente pero no jurídicamente), sobreexplotación de acuíferos (art. 56 del T. Refundido de la Ley de Aguas, procedimiento del art. 171 del Reglamento), revisión de concesiones (art. 65.1 del TR 2001), caudales ecológicos (art. 59.7 del TR 2001), previsiones del Plan General o Planes de la Cuenca etc.

En consecuencia con lo expuesto, el fundamento dado por el Ministerio de Medio Ambiente para emitir informe negativo por “falta de concesión administrativa” no es ajustado a derecho. De ahí, mi discrepancia de la estimación de la demanda cuyo núcleo es el fundamento de derecho sexto que concluye que existen recursos hídricos pero que no están disponibles por falta de concesión, sin que la administración ni la sentencia

pongan ningún obstáculo material o jurídico a que la existencia se convierta en disponibilidad.

El fallo de la sentencia debió ser desestimatorio del recurso interpuesto por la delegación del Gobierno de la Comunidad Valenciana, sin costas.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia y su voto particular por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma certifico.