

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CAUDALES ECOLÓGICOS EN ESPAÑA¹

PABLO HERRÁEZ VILAS

Agencia Catalana del Agua - Generalidad de Cataluña

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

En nuestro ordenamiento jurídico, hasta el advenimiento de los planes hidrológicos de cuenca aprobados por el Real Decreto N° 1664/1998, de 24 de julio, el tratamiento normativo del concepto de caudal ecológico ha sido ciertamente escaso. En la actualidad, desde los presupuestos constitucionales que imponen a la Administración el deber de velar "por la utilización racional de los recursos naturales, con el fin de (...) defender y restaurar el medio ambiente"², no cabe duda de que en el proceso de atribución de los derechos de aprovechamiento del agua ha de tenerse en cuenta la necesidad de preservar unas determinadas dotaciones destinadas a la conservación o recuperación del medio natural, para que por los cauces fluviales circule el agua en cantidad suficiente para el mantenimiento de los ecosistemas acuáticos.

La preocupación por mantener una parte del recurso natural invariable después de repartido el recurso para su aprovechamiento no aparece en la legislación de 1866 y de 1879, en que la posibilidad de aprovechamiento económico del agua prima frente a cualquier otra consideración³, configurándose el límite del

aprovechamiento del caudal del río como el mismo caudal circulante. Hay que esperar hasta la entrada en vigor de la Ley de 20 de febrero de 1942, por la que se regula el fomento y conservación de la pesca fluvial, para que una disposición de rango legal establezca importantes prescripciones en materia de caudales mínimos no susceptibles de aprovechamiento, si bien, como ha observado Loperena Rota⁴, el objeto de estas limitaciones era un aprovechamiento concreto, la pesca, rentable económicamente o por el uso recreativo que implica, lo que dista mucho de la preocupación actual por la supervivencia del ecosistema.

2. EL "CAUDAL MÍNIMO" DE LA LEY DE PESCA FLUVIAL DE 1942

La Ley de 20 de febrero de 1942 establece un conjunto de medidas que tienen por objeto la conservación, el fomento y el aprovechamiento de los peces y otros seres útiles que ha-

al igual que el Código Civil, contemplaban la posibilidad de adquirir el derecho de aprovechamiento de aguas públicas no solo mediante la obtención de una concesión demanial sino también por prescripción adquisitiva. A la falta de sensibilidad medioambiental de la Administración a la hora de fijar los caudales a utilizar se sumaba la iniciativa de los particulares, que podían adquirir el derecho de aprovechamiento de todo el caudal que utilizaran por el disfrute continuado de las aguas durante veinte años sin oposición de la autoridad o de tercero.

⁴ Loperena Rota, Demetrio, *Los principios del derecho ambiental*, p. 127. Civitas 1998.

¹ El presente texto es una revisión de la ponencia de aspectos legales presentada en el I Congreso sobre Caudales Ecológicos celebrado en Terrassa (Barcelona-España) a finales de septiembre de 1999.

² Artículo 45.2 de la Constitución.

³ Es significativo a este respecto recordar que las Leyes de Aguas de 3 de agosto de 1866 y de 13 de junio de 1879,

bitan las aguas continentales, entre las cuales hay que destacar las normas sobre obstáculos, pasos y escalas (art. 3) y sobre mantenimiento de un caudal mínimo (art. 5). La importancia de esta ley radica en que no ha sido derogada expresamente por la Ley N° 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, por lo que, aunque muchas de sus referencias, sobre todo orgánicas, resultan evidentemente desfasadas, debemos entenderla en general vigente, y particularmente en cuanto a la regulación del caudal mínimo⁵.

El citado artículo 5 establece que los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos en cuyos embalses lleven las presas escalas salmoneras están obligados a dejar correr, en las épocas de paso de los peces, un caudal de agua que no será inferior a un litro por segundo en las escalas de artesa y de treinta litros en las de rampa, quintuplicándose estas cifras en los ríos que sean aptos para la cría del salmón y del sollo o esturión (...).

Aparece, pues, el deber de mantener un caudal mínimo como un complemento o una consecuencia de la existencia de una presa con escala salmonera, sin que se pueda detectar en el articulado de la Ley de 1942 otra justificación que dé a aquel deber sustantividad propia o carácter de obligación legal autónoma. Por tanto, como deber accesorio a la instalación de escalas de peces, se impone identificar cuándo es exigible la instalación de la escala.

El artículo 3, tercer párrafo, de la Ley de 1942, exige la instalación de escalas salmoneras o pasos en las presas y diques para facilitar el acceso a los peces a los distintos tramos de los cursos de agua. La dicción del precepto no deja lugar a dudas: cuando sea necesario para la conservación de las especies, habrá que instalar los dispositivos necesarios para la libre circulación de los peces por las instalaciones de retención o parada de agua. El propio precepto veta además una interpretación restrictiva del concepto de "escala salmonera" que pudiera

entenderlo referido solo a esta especie piscícola, al mencionar el paso de "peces"⁶. Puede afirmarse, por tanto, que la Ley de 1942 establece el deber incondicionado para todos los titulares de aprovechamientos que de algún modo interrumpen con sus instalaciones el paso de los peces, cualquiera que sea su especie, de dejar circular un caudal mínimo a través de los pasos o escalas habilitados al efecto. Ciertamente es que los caudales mínimos que impone la ley son cuantitativamente muy poco significativos, pero constituyen la primera positivización de la prohibición de dejar seco el río, vigente en la actualidad^{7, 8}.

La Ley de 1942 se ocupa también de establecer quién ha de hacerse cargo de las obras para la puesta en práctica de medidas "que favorezcan la conservación y propagación de las especies". Se establece que en el clausulado de toda concesión de aprovechamientos hidráulicos que se otorgue figurarán necesariamente las medidas de protección de la riqueza acuícola, entre las cuales, desde luego, ha de figurar la obligación de respetar un caudal mínimo circulante⁹. Además, en lo que respecta a los

⁵ Para Embid, al no contener la Ley N° 4/1989 ninguna norma sobre caudales ecológicos, siguen vigentes los principios de la Ley de 1942 de pesca fluvial. Embid Irujo, Antonio, *Usos del agua e impacto ambiental*, p. 152 (nota). En la obra colectiva "La calidad de las aguas". Civitas 1994.

⁶ Lectura que también resulta del citado artículo 5, que establece caudales mínimos diferentes según se trate de "peces" o de "salmón, sollo y esturión".

⁷ El segundo párrafo del artículo 5 lo dice expresamente: "no podrá dejarse en seco el lecho de la corriente fluvial".

⁸ No obstante, no se ha de confundir este caudal mínimo con el caudal ecológico, ya que "los aprovechamientos piscícolas tienen un valor económico o deportivo ajeno totalmente a la prescripción del artículo 45 de la Constitución". Loperena, *Los principios...*, op. cit., p. 133.

⁹ Lo cual no obsta para que la obligación exista aunque no se haya consignado en el título concesional, ya que deriva directamente de la ley. En este sentido, la Sentencia 24/1996, de 3 de enero, de la sección 2ª de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recogiendo la doctrina de la misma sección declarada en la Sentencia 646/1990, de 11 de junio, señala que la Ley de pesca fluvial de 1942 y su Reglamento de 6 de abril de 1943 establecen la obligatoriedad de observar los concesionarios de aguas públicas unos caudales mínimos en los ríos, que deberán respetar, sin que tal obligación legal pueda ser exonerada por el organismo de cuenca cuando otorga alguna concesión. (...) De ahí que la resolución invocada por la parte actora (...) nada diga al respecto, limitándose en su apartado A) a mantener el resto de las condiciones que sean de aplicación de las órdenes concesionales y de las demás citadas en relación con el aprovechamiento, sin que frente a ello pueda argumentarse falta de coordinación entre ambas Administraciones, dado que cada una actúa en el ámbito de sus respectivas competencias.

aprovechamientos anteriores a la entrada en vigor de la Ley de pesca fluvial de 27 de diciembre de 1907, las obras de adaptación a los requerimientos de caudal mínimo y pasos de peces serán por cuenta de la administración, siempre que las presas y diques no hayan sido reparados ni modificados después de dicha fecha, en cuyo caso serán de cargo de los titulares de los aprovechamientos. Considerando que en la actualidad perviven numerosos títulos de aprovechamiento más longevos que la Ley de pesca fluvial de 1907, ante la práctica imposibilidad de que las instalaciones de captación no hayan sido "reparadas o modificadas" desde entonces, en el caso de que alguna de ellas no cuente con los dispositivos que permitan circular el caudal mínimo, habrán de instalarse a cargo del titular.

La particularidad de la ley, que viene impuesta por su objeto, es que no se trata de una ley de ni para la Administración hidráulica. Salvo lo referente a la inclusión en las cláusulas concesionales de las prescripciones de protección de las especies piscícolas¹⁰, el cumplimiento de los preceptos legales corresponde a la Administración competente en materia de pesca.

3. LA LEGISLACIÓN HIDRÁULICA POSTCONSTITUCIONAL: EL CAUDAL ECOLÓGICO COMO PRESUPUESTO DE GESTIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

Las exigencias de protección del medio ambiente que impone la Constitución obligaron al legislador de 1985 a pronunciarse sobre la necesidad de establecer caudales ecológicos en los cursos fluviales¹¹. Podemos localizar en la

Ley N° 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, diversas referencias directas e indirectas a los llamados caudales ecológicos. Así por ejemplo, en sede de principios programáticos, el artículo 13, 3°, impone a la compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza. Más específicamente, se establece en el artículo 40, d) como contenido obligatorio de los planes hidrológicos de cuenca:

"La asignación y reserva de recursos para usos y demandas actuales y futuros, así como para la conservación o recuperación del medio natural".

Precepto que se concreta con la nueva redacción del artículo 57.7 dada por la Ley N° 46/1999, de 13 de diciembre, en cuya virtud

"Los caudales ecológicos se fijarán en los planes hidrológicos de cuenca. Para su establecimiento, los organismos de cuenca realizarán estudios específicos para cada tramo de río".

Y por último, sin ánimo de exhaustividad¹², el artículo 58.1 condiciona el otorgamiento de concesiones de aguas a observar

"las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno".

Al constituir un *prius* al otorgamiento de las concesiones, el caudal ecológico aparece como un presupuesto de gestión del dominio público hidráulico, como una condición puesta a la utilización del agua y no como un uso que entra en concurso con los demás usos del agua. A efectos prácticos, esta naturaleza se evidencia en las reglas para el otorgamiento de concesiones contenidas en el Real Decreto N° 649/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Regla-

¹⁰ Que habrán de ser informadas, no obstante, por la Administración competente en materia de pesca

¹¹ "Si los criterios (...) en aras de la mayor productividad de los recursos y de la satisfacción de las demandas de desarrollo económico son criterios a considerar, existen también otros, de no menor significado, que igualmente es necesario tener presente. Exigencias de conservación de las aguas, y de conservación, además, con una determinada calidad. Martín Retortillo, Sebastián, *Derecho de aguas*. Civitas, 1997. No cabe, por tanto, considerar los recursos hidráulicos de modo exclusivo como un factor de producción. Martín Retortillo, Sebastián, *Accionamientos sobre el "nuevo" derecho de aguas*. Revista Española de Derecho Administrativo N° 101, enero-marzo 1999, p. 21.

¹² Véase también, por ejemplo, en la exposición de motivos de la ley en que, al referirse a la necesidad de que el agua esté disponible en la cantidad y la calidad adecuadas, indica que "esta disponibilidad debe lograrse sin degradar el medio ambiente en general, y el recurso en particular". Asimismo, el artículo 38.1 establece que la planificación hidrológica ha de "conseguir la mejor satisfacción de las demandas de agua y equilibrar y armonizar el desarrollo regional (...) racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales".

mento del dominio público hidráulico, en virtud de cuyo artículo 115.2, g) figurará en el condicionado de las concesiones los

“Caudales mínimos que respetar para usos comunes o por motivos sanitarios o ecológicos, si fueran precisos”.

Aunque la cuestión no ha sido pacífica en un principio¹³, a partir del Real Decreto N° 1664/1998, de 24 de julio, por el que se aprueban los planes hidrológicos de cuenca, en lo referido a los planes de carácter intercomunitario, la cuestión queda zanjada, puesto que el artículo 2, c) determina que

“Los caudales ecológicos o demandas ambientales establecidos en los planes no tendrán el carácter de usos a efectos de los artículos 57 y siguientes de la Ley 29/1985, de Aguas, debien-

do considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación de los Planes Hidrológicos”¹⁴.

La reforma operada en la Ley de Aguas por la Ley N° 46/1999, de 13 de diciembre, proclama con carácter general el carácter *a priori* de los caudales ecológicos con relación a la utilización de los recursos hidráulicos, reproduciendo las prescripciones contenidas en el Real Decreto N° 1664/1998 que caracterizan el caudal ecológico como una restricción impuesta a los sistemas de explotación, las cuales alcanzan sin duda la condición de básicas y, por tanto, aplicables también en las cuencas intracomunitarias¹⁵.

4. COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE CAUDALES ECOLÓGICOS

La diversidad de títulos competenciales que convergen sobre el espacio físico de los recursos hidráulicos han dado pie para que tanto la Administración general del Estado y la de alguna de las Comunidades autónomas hayan dictado normas que prevén el establecimiento de caudales medioambientales¹⁶. Singularmente, en uso de las competencias estatutarias exclusivas en materia de pesca fluvial y de normas adicionales de protección del ecosistema,

¹³ Algunos autores habían hablado de “uso ecológico del agua” frente al resto de usos. Así, Sánchez Morón entiende que con el establecimiento de caudales mínimos “lo que se está contemplando es un nuevo uso, de naturaleza ecológica, de los recursos hidráulicos (que) excluye otros, por lo que debe situarse en el orden de preferencia de aprovechamientos que corresponde fijar a los planes de cuenca, según el artículo 58 Lag.” (Sánchez Morón, Miguel, *Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente en el anteproyecto de plan hidrológico nacional*, p. 140, en la obra colectiva, “El plan hidrológico nacional”, Civitas, 1993). Delgado Piqueras señala que “el ambiente natural deberá, así, ser considerado un usuario más del agua al que hay que garantizar unos caudales mínimos. Si no gusta esta hipóstasis, se puede hablar de un <<no uso>>, de un límite a las posibilidades de aprovechamiento productivo por parte de los recursos disponibles y, consiguientemente, de un encarecimiento del agua.” Delgado Piqueras, Francisco: *Derecho de aguas y medio ambiente*, p. 32. Tecnos, 1992. Para Martín Retortillo “una cosa es el uso ecológico de los recursos, que vendría a ser el uso no contaminante, el uso compatible con el ambiente y no degradante del recurso (...) y otra distinta que en el reparto de ese bien escaso que es el agua hayan de preservarse también las dotaciones precisas requeridas para el mantenimiento de los ecosistemas naturales, de modo que permanezca la cantidad suficiente para la supervivencia de la riqueza natural de todo tipo ligada al agua”. En este caso “no estamos desde luego ante una utilización de los recursos, encuadrable entre los aprovechamientos que la ley tipifica como tales”. Martín Retortillo, *Derecho...*, op. cit., p. 300. Por su parte, Embid aboga por configurar el caudal ecológico como un “presupuesto de gestión del dominio público hidráulico y en modo alguno (...) como un obstáculo (...) para esa utilización”. Embid Irujo, Antonio, *Usos del agua e impacto ambiental: evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico*, en la obra colectiva “La calidad...”, op. cit., p. 167.

¹⁴ Nótese, sin embargo, que aunque se excluye al caudal ecológico del concepto de uso, no por ello deja de entrar en concurrencia con los propiamente llamados usos, puesto que a continuación el propio artículo impone que “en todo caso, en el análisis de los citados sistemas será aplicable a los caudales medioambientales la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones recogida en el párrafo final del apartado 3 del artículo 58 de la Ley 29/1985 de Aguas”.

¹⁵ La nueva ordenación legal recoge también del Real Decreto N° 1664/1998 la aplicación de la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones establecida en el párrafo final del artículo 58.3 de la Ley de Aguas.

¹⁶ Entre otras, los Decretos Forales de Navarra 400/1991, de 23 de mayo, y 309/1996, de 2 de septiembre, por los que se especifican los caudales de referencia para determinados tramos de ríos de Navarra; la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha 1/1992, de 7 de mayo, de pesca fluvial; la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 7/1992, de 24 de julio, de pesca fluvial; la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-León 6/1992, de 18 de diciembre, de protección de los ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca de Castilla y León; la Ley de la Comunidad Autónoma de Extremadura 8/1995, de 27 de abril, de pesca.

se han aprobado diversas leyes autonómicas o disposiciones de rango inferior que con mayor o menor alcance establecen caudales ecológicos. La cuestión se presenta especialmente conflictiva cuando el ámbito territorial de dichas normas autonómicas afecta alguna de las cuencas que discurren por más de una comunidad autónoma¹⁷, en cuyo caso corresponde al Estado la ordenación de los recursos hidráulicos¹⁸.

Con anterioridad al planteamiento del conflicto competencial, el Tribunal Constitucional ya había declarado que este entrecruzamiento de competencias impone la colaboración entre ambas Administraciones y obliga a la coordinación entre las Administraciones implicadas¹⁹. En el examen de los recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Presidente del Gobierno respectivamente contra la Ley de pesca fluvial de Castilla-La Mancha y contra la Ley de protección de ecosistemas acuáticos y de regulación de la pesca de Castilla-León, el Tribunal Constitucional parte de la premisa de que la determinación del régimen de caudales es una facultad que materialmente ha de ser considerada como de "ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos", por lo que la fijación del caudal ecológico corresponde a la Administración que ostente la titularidad de esa competencia, es decir, a la comunidad autónoma en las cuencas que discurren íntegramente por su territorio²⁰ y al Estado en las restantes. En este sentido, el Tribunal Constitucional declara que

"el principio de unidad de gestión de la cuenca y el tratamiento homogéneo del recurso (art. 13 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (...) exige que la especificación de los caudales

*mínimos y máximos circulantes corresponda en las cuencas hidrográficas que excedan el ámbito territorial de una Comunidad autónoma, a los organismos de cuenca, entre cuyas funciones se encuentra la de administrar y controlar el dominio público hidráulico. (...) El régimen de caudales ecológicos ha de ser elaborado y aprobado para la cuenca hidrográfica en su conjunto, lo que impide una regulación independiente del mismo por cada una de las Comunidades autónomas implicadas, cuyas competencias en materia de pesca fluvial y de protección de su ecosistema no pueden tener alcance extraterritorial ni interferir la competencia del Estado sobre aprovechamientos hidráulicos, con la que necesariamente concurren"*²¹.

Pero en consonancia con su anterior doctrina, la determinación de los caudales ecológicos en las cuencas intercomunitarias se llevará a cabo por el organismo de cuenca mediante la "mutua colaboración" con las comunidades autónomas, por lo que el legislador autonómico podrá establecer fórmulas que permitan esa colaboración. Lo que vulnera el reparto constitucional de competencias es la determinación unilateral del régimen de caudales con desconocimiento de las facultades atribuidas al organismo de cuenca y de las competencias que corresponden a las otras comunidades autónomas por su ubicación en la cuenca hidrográfica.

Lo que sí puede hacer el legislador autonómico de forma unilateral es adoptar medidas de protección complementarias de las que corresponde establecer a los organismos de cuenca con el objeto de salvaguardar el recurso piscícola²².

La Comunidad autónoma puede, además

*"incidir en los intereses afectados por la administración de las aguas en las cuencas que (...) se extienden más allá de su territorio (...) mediante su participación en los órganos de gobierno de las correspondientes Confederaciones hidrográficas"*²³.

¹⁷ Para Fanlo, "una incorrecta comprensión del artículo 41.2 LAg, (necesaria inclusión en los Planes de las medidas adoptadas en relación con determinadas zonas, cuencas o tramos de agua, acuíferos o masas de agua por las Comunidades autónomas en aplicación de la legislación medioambiental), ha llevado a entender que dicha competencia se extendía tanto a la declaración de la zona protegida como a la fijación de los caudales mínimos que deben circular o existir". Fanlo Loras, Antonio, *La Administración hidráulica en el Plan Hidrológico Nacional*. En la obra colectiva *El Plan...*, op. cit., p. 79.

¹⁸ Artículo 149.1, 22 de la Constitución.

¹⁹ Entre otras, Sentencias Nº 76/1983, de 5 de agosto y Nº 227/1988, de 29 de noviembre.

²⁰ Así desde la Ley Orgánica Nº 9/1992, de 23 de diciembre.

²¹ Sentencia Nº 110/1998, de 21 de mayo, fundamento jurídico 3.

²² El Tribunal Constitucional confirma la constitucionalidad de la previsión de la disposición transitoria 2ª de la Ley de pesca fluvial de Castilla-La Mancha que establece que mientras los organismos de cuenca no determinen el caudal mínimo ecológico, "se entenderá por tal del 10 por 100 del caudal medio anual". Sentencia Nº 15/1998, de 22 de enero, fundamento jurídico 6.

²³ Sentencias Nº 227/1988, Nº 149/1991 y Nº 161/1996.

5. REGULACIÓN DE LOS CAUDALES ECOLÓGICOS

5.1 Recapitulación

Como ya se ha dejado apuntado, las previsiones nucleares sobre el caudal ecológico contenidas en la Ley de Aguas y en la normativa de desarrollo, de un lado, remiten el establecimiento de los caudales ecológicos desde el punto de vista hidráulico a los planes hidrológicos de cuenca (artículo 40, d) de la Ley de Aguas), y de otro, imponen a la Administración hidráulica la consideración de un caudal ecológico en el otorgamiento de concesiones de aguas (artículo 115.2, g) del Reglamento del dominio público hidráulico. Por tanto, la concreta regulación de los caudales ecológicos ha de buscarse en el texto de los planes hidrológicos redactados hasta el momento.

5.2 Antecedentes inmediatos de la actual planificación hidrológica

Con la publicación de la Orden de 24 de septiembre de 1992, por la que se aprueban las instrucciones y recomendaciones técnicas complementarias para la elaboración de los planes hidrológicos de cuencas intercomunitarias, se impone de forma más precisa que en el texto legal a los redactores que en los correspondientes proyectos se fijarán los caudales mínimos por razones ambientales²⁴.

Poco después, recibe difusión mediática el texto del anteproyecto de ley del plan hidrológico nacional²⁵, cuyo artículo 20 remite nuevamente a los planes hidrológicos de cuenca la fijación de

*“los criterios para la determinación de las dotaciones necesarias para el mantenimiento, en condiciones normales, de caudales, volúmenes y descargas naturales mínimos en cauces, masas de agua y acuíferos por razones de protección ambiental”*²⁶.

La fijación de los conceptos anteriores y su posterior gestión administrativa se sujeta, de acuerdo con el artículo 45 del anteproyecto, a los siguientes principios:

1. *Los planes hidrológicos de cuenca fijarán los caudales y volúmenes mínimos del recurso que deban circular por los diferentes cursos o tramos de río o que deban encontrarse en las masas de agua naturales o artificiales; asimismo, fijarán los caudales mínimos de descarga de los acuíferos en los lugares o zonas de interés ambiental que recoja el propio plan.*
2. *En aquellos supuestos en los que previa la necesaria justificación consideren los planes hidrológicos de cuenca que no es posible la fijación concreta o genérica de un caudal o volumen mínimo, su determinación por períodos temporales adecuados corresponderá a la Administración hidráulica competente.*
3. *En todo caso, los planes hidrológicos y la Administración hidráulica competente deberán tener en cuenta específicamente para dicha fijación la incidencia del volumen de agua resultante sobre el volumen y garantía de la demanda para abastecimiento de poblaciones y para el resto de los usos demandados.*

El Anteproyecto incluye también la regulación del procedimiento para la aplicación de la revisión de las concesiones como consecuencia de la aplicación de las medidas previstas en el Plan Hidrológico Nacional y en los planes hidrológicos de cuenca²⁷.

5.3 La planificación hidrológica vigente

El Real Decreto N° 1664/1998, de 24 de julio, tras un proceso de elaboración largo y complejo de los planes hidrológicos de cuenca, que ha durado más de una década, ha aprobado el Plan Hidrológico del Norte I-II-III, el Plan Hidrológico del Duero, el Plan Hidrológico del

²⁴ Artículo 20 de la citada Orden.

²⁵ Utilizo el texto publicado en la obra colectiva *El plan...*, op. cit., pp. 293-366. Se trata, como indica Embid en la presentación de la obra, del texto definitivamente presentado al Consejo Nacional del Agua en abril de 1993. Como se sabe, la pérdida de apoyo parlamentario al Gobierno que promovía su aprobación impidió su tramitación definitiva.

²⁶ Criterios a los que se impone que los caudales y volúmenes para abastecimiento de población no se verán afecta-

dos por los criterios y caudales, volúmenes o descargas mínimas que fijen los planes hidrológicos de cuenca (art. 20.2); y que los planes hidrológicos de cuenca recogerán los caudales y volúmenes mínimos que en aplicación de la legislación ambiental sean necesarios para el mantenimiento y conservación de las zonas declaradas de protección especial, según lo dispuesto en el artículo 41.2 de la Ley de Aguas (art. 20.3).

²⁷ Disposición adicional décima.

Tajo, el Plan Hidrológico del Guadiana I-II, el Plan Hidrológico del Guadalquivir, el Plan Hidrológico del Segura, el Plan Hidrológico del Júcar, el Plan Hidrológico del Ebro, el Plan Hidrológico del Sur y el Plan Hidrológico de las cuencas intracomunitarias de Cataluña. La ausencia de una metodología común en la redacción de los planes correspondientes a cuencas intercomunitarias elaborados por el Estado²⁸ ha impuesto la necesidad de elaborar un texto único en donde se recojan de forma sistemática y homogénea las determinaciones de contenido normativo incluidas en los diferentes planes, y así lo ha establecido la disposición final única del Real Decreto N° 1664/1988, para que se publique oficialmente en el plazo de nueve meses desde la fecha de aprobación del citado Real Decreto.

El Ministerio de Medio Ambiente ha dado cumplimiento a la compleja tarea encomendada mediante un conjunto de Ordenes ministeriales fechadas el 13 de agosto de 1999. Al margen del mandato de la disposición final única del Real Decreto N° 1664/1998, la Generalitat de Cataluña ha publicado en su Diario Oficial²⁹ el Plan Hidrológico de las cuencas internas de Cataluña, coincidente con el aprobado con una denominación levemente divergente ("cuencas intracomunitarias" por "cuencas internas").

5.4.1. *Los caudales ecológicos en los planes hidrológicos*

La regulación de los caudales ecológicos en los diferentes planes hidrológicos aprobados da idea de la diversidad de criterios y sistemática empleados en la redacción de cada uno de ellos.

5.4.2 *El plan hidrológico de las cuencas internas de Cataluña*

El plan hidrológico de las cuencas que discurren íntegramente por el territorio de Cataluña remite el establecimiento de las "necesidades de caudal circulante para garantizar un nivel admisible de desarrollo de la vida acuática"

ca" a un plan sectorial de desarrollo del propio plan hidrológico, sin establecer una regulación supletoria, de modo que mientras no sea aprobado dicho plan sectorial no existe criterio desde la planificación hidrológica para el establecimiento de caudales ecológicos en las cuencas internas de Cataluña.

5.4.3 *El plan hidrológico de la cuenca del Ebro*

Con fijación de plazo (año 2002), el plan hidrológico de la cuenca del Ebro impone la realización de estudios en coordinación con las Comunidades autónomas para determinar los caudales ecológicos mínimos que deban circular por los diferentes cursos y tramos de ríos y los volúmenes mínimos que deban encontrarse en las masas de agua, y los relativos a la descarga de los acuíferos en lugares o zonas de interés ambiental, y con carácter transitorio, mientras no se hayan fijado dichos caudales y volúmenes, se aplicarán los obtenidos de estudios específicos en los tramos de río evaluados y aceptados por el Consejo del agua de la cuenca del Ebro, y, a falta de definición, de forma orientativa el caudal ecológico queda establecido en el diez por ciento de la aportación media interanual al régimen natural, que podrá reducirse al cinco por ciento cuando aquella sea superior a 80 m³/seg, y para la zona de la desembocadura se establece un caudal orientativo de 100 m³/seg.

5.4.4 *El plan hidrológico de la cuenca del Júcar*

El plan hidrológico de la cuenca del Júcar considera caudal ecológico o medioambiental la disponibilidad de caudales que permitan el mantenimiento y la recuperación de los ecosistemas propios de cada tramo de río. Para cauces en régimen permanente, a falta de estudios específicos, el caudal medioambiental mínimo no superará el caudal natural del río con un límite superior de 1 m³/seg.

5.4.5 *El plan hidrológico de la cuenca del Segura*

En una cuenca calificada como deficitaria (460 Hm³ al año), el plan hidrológico de la cuenca del Segura no puede prever otra cosa que la asignación específica de recursos para la conservación y recuperación del medio natural se establezcan definitivamente tras las determinaciones del Plan Hidrológico Nacional re-

²⁸ Que lo son todos los citados, excepto el Plan Hidrológico de las cuencas intracomunitarias de Cataluña.

²⁹ Núm. 2895, de 25.5.1999.

lativas a las transferencias externas. De este modo, si el Plan Hidrológico Nacional lo posibilita, se tenderá a la mejora de los caudales mínimos medioambientales, para posteriormente eliminar la sobreexplotación de acuíferos e ir satisfaciendo equilibradamente el resto de los déficit, pudiéndose compensar los caudales medioambientales con cargo a los recursos propios disponibles o a los trasferidos desde el exterior.

5.4.6 *El plan hidrológico de la cuenca del Sur*

A la espera de la finalización de los estudios necesarios para definir los caudales medioambientales, y mientras no se disponga de estimaciones más precisas, el plan hidrológico de la cuenca del Sur ha optado por asignar unos caudales mínimos provisionales a respetar en los horizontes futuros. Salvo casos especiales como los ríos Vélez y Guadalfeo, en los que hay que prever un caudal de saturación, los caudales medioambientales se han fijado en el diez por ciento de la aportación media anual repartida uniformemente a lo largo del año. No obstante, temporalmente y con carácter excepcional, el organismo de cuenca podrá eludir la exigencia de respetar los caudales medioambientales definidos para un tramo de río, cuando la situación de escasez obligue a destinar los recursos disponibles al abastecimiento urbano.

5.4.6 *El plan hidrológico de la cuenca del Guadalquivir*

En el anexo 5 del plan se establecen los caudales mínimos que han de circular en las secciones señaladas del río Guadalquivir y del Genil, con la única limitación de que la merma en la regulación no sea superior a 50 Hm³/año en la cuenca del Guadalquivir, y a 8 Hm³/año en las cuencas del Guadalete-Barbate, todo ello con carácter orientativo hasta que se realicen estudios de detalle de los caudales ecológicos por tramos de río. Para una situación hidrológica de prolongada sequía invernal, la presencia de dichos caudales mínimos se conseguirá mediante los desembalses que se señalan en el anexo 6 del plan.

Para el resto de cursos fluviales, hasta que se disponga de resultados de estudios específicos, provisionalmente el caudal mínimo medio-

ambiental será el mayor de los siguientes valores: el 35 por ciento del caudal medio diario que ocupe el lugar 19 en la serie clasificada en orden creciente de los caudales diarios, o 50 litros/seg, siempre que no sea superior al caudal natural y no perjudique en ríos no regulados los derechos preestablecidos en el momento de aprobación del plan hidrológico. Los aprovechamientos consuntivos, excluido el abastecimiento de poblaciones, están supeditados al caudal ecológico.

5.4.7 *Los planes hidrológicos de cuenca del Guadiana I y Guadiana II*

Ambos planes establecen la reserva de todos los recursos actuales no comprometidos legal o concesionalmente en sus respectivos territorios, y asimismo de los recursos añadidos por la realización de obras en determinados ámbitos. De estas reservas se destinan en cada uno de los ámbitos territoriales en los embalses en explotación un volumen de agua para fines ecológicos no inferior al uno por ciento de los recursos naturales de los mismos, cuya distribución temporal deberá adaptarse al régimen natural de los ríos, sin que se compute en esta reserva el volumen mínimo necesario por razones medioambientales del propio embalse. Asimismo, se reservan volúmenes para paliar los déficits de determinadas unidades hidrológicas (Las Tablas de Daimiel, Lagunas de Ruidera) y se impone la fijación de un caudal ecológico circulante para los ríos Tinto y Odiel.

5.4.8 *El plan hidrológico de la cuenca del Tajo*

Este plan hidrológico distingue entre: a) la demanda medioambiental para la que no se dispone de regulación, la cual se determinará cuando se trate de tramos de ríos que atraviesan espacios naturales protegidos, áreas de interés piscícola, ríos salmonícolas, ríos con índices biológicos aceptables, zonas especiales de conservación y tramos que proponga la autoridad medioambiental, y b) la demanda medioambiental que pueda ser satisfecha con cargo a caudales regulados, la cual se precisará mediante estudios específicos en los mismos supuestos que en el apartado anterior, quedando establecida con carácter supletorio para condiciones hidrológicas normales en el volumen

mensual equivalente al 50 por ciento de la aportación mensual media de los meses de verano, medida en la serie de aportaciones naturales consideradas en el plan. Se considera que se está en situación normal mientras los embalses cuyo destino principal es el abastecimiento dispongan de agua embalsada para un año de demanda. Para el subsistema de abastecimiento gestionado por el Canal de Isabel II se fijan específicamente unos niveles mínimos mensuales, de modo que se mantiene la situación normal mientras que los embalses que gestiona dicha entidad no descendan de los parámetros que se señalan, y para Toledo se considera demanda ambiental un volumen mensual de 25,90 Hm³ distribuido uniformemente a lo largo del año, equivalente a 10 m³/s.

5.4.9 *El plan hidrológico de la cuenca del Duero*

El plan hidrológico de la cuenca del Duero realiza una asignación y reserva de recursos en las cinco zonas en que se divide la cuenca con cargo a los embalses existentes.

5.4.10 *El plan hidrológico de la cuenca del Norte I, Norte II y Norte III*

El caudal medioambiental no será inferior en cada uno de los ámbitos del plan a un décimo del caudal medio interanual, con un mínimo de 50 l/s en ríos con caudales permanentes todo el año, o la totalidad del caudal fluyente si fuese menor a los mínimos indicados. Podrá no aplicarse la restricción con carácter excepcional por el organismo de cuenca para satisfacer abastecimiento a núcleos con un número de habitantes inferior a 500 o a actividades ganaderas, si se comprueba que no hay alternativas razonables, pudiendo autorizarse dejar fluir el 25 por ciento del caudal circulante, haciendo obras para los movimientos migratorios de los peces.

6. EL PROYECTO DE DIRECTIVA POR LA QUE SE ESTABLECE UN MARCO COMUNITARIO DE ACTUACIÓN EN EL MARCO DE LA POLÍTICA DE AGUAS

Con la adopción de la posición común, aprobada por el Consejo el 22 de octubre de

1999³⁰, modificada por resolución legislativa del Parlamento Europeo³¹, el proyecto de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, se acerca a lo que parece será su redacción definitiva, en que se produce un acortamiento del plazo previsto en versiones anteriores del proyecto para la consecución de un buen estado de las aguas superficiales, el cual queda establecido en un máximo de diez años³².

7. IMPLANTACIÓN DE LOS CAUDALES ECOLÓGICOS

La implantación de los caudales ecológicos está prevista en la Ley de Aguas como una consecuencia de la aplicación de lo que establezcan los planes hidrológicos de cuenca (el citado repetidamente artículo 40, d)). Por tanto, habrá de estarse a las previsiones del correspondiente plan hidrológico para determinar el contenido material del caudal ecológico, es decir, en qué ha de consistir ese caudal ecológico. El caudal ecológico es una exigencia que incide tanto en los aprovechamientos que se constituyan por el otorgamiento de nuevas concesiones³³ como en los títulos anteriores.

En el otorgamiento de nuevas concesiones una vez que la planificación hidrológica está vigente no plantea más problemas que los que puedan surgir de las imprecisiones del correspondiente plan hidrológico o de la no disponibilidad de los instrumentos de desarrollo de aquel que sean necesarios.

³⁰ Posición común (CE) núm. 41/1999. DOCE 1999/C 343/01 de 30.11.99.

³¹ AS-0027/2000.

³² Anteriormente este plazo era de dieciséis años. No obstante, el precepto prevé prórrogas para supuestos específicos. Los indicadores de calidad se establecen en el anexo V del proyecto de directiva.

³³ Con anterioridad a la aprobación de los planes hidrológicos (y puede decirse lo mismo en la actualidad respecto a las cuencas aún no planificadas) se había planteado la insuficiencia de los preceptos del Reglamento del dominio público hidráulico para la implantación de caudales ecológicos en las nuevas concesiones de aguas. Vid. por ejemplo, Embid, *Usos del agua...*, en la obra colectiva "La calidad...", *op. cit.*, p. 153. Loperena apuntaba que, a falta de plan hidrológico, transitoriamente había de admitirse como legítima la discrecionalidad administrativa, realizando caso por caso la oportuna reserva de caudal ecológico. Loperena, *Los principios...*, *op. cit.*, p. 127.

La posibilidad de que el caudal ecológico pueda incidir en títulos anteriores a la vigencia del plan hidrológico, a la Ley de Aguas o a la propia Constitución, en los que no se prevea ninguna reserva para tal finalidad plantea numerosas cuestiones.

Es relativamente fácil localizar en los registros de aguas títulos de aprovechamientos de agua de una cierta antigüedad en teoría vigentes y desde luego en explotación que autorizan al titular a derivar del río, para usos consuntivos o no, un caudal muy superior al mínimo que circula habitualmente por un determinado río, o, incluso, la totalidad del caudal circulante. Sin perjuicio de la posible –y casi segura– aplicabilidad de los preceptos sobre caudal mínimo que impone la Ley de pesca fluvial de 1942, ya examinada, en muchos casos resulta que la exigencia de caudal ecológico que impone el plan hidrológico o subsidiariamente la Administración, supone una adaptación importante del volumen a que el titular del aprovechamiento tiene derecho de acuerdo con el antiguo título³⁴.

Los motivos por los que una antigua concesión haya llegado en la actualidad a permitir a su titular aprovechar el agua circulante sin dejar libre el equivalente a lo que denominamos caudal ecológico pueden ser diversos. En primer lugar, que atendida la longevidad del título, a consecuencia del cambio climático se haya reducido la escorrentía de la cuenca y sean inferiores en actualidad los caudales aportados respecto de los volúmenes que circulaban en el momento de crearse el título. En segundo lugar, que después del otorgamiento del título se hayan producido actuaciones de la Administración o de los particulares que hayan dado lugar a nuevos aprovechamientos y que, unidos al primero, reduzcan el caudal circulante por debajo de los mínimos exigibles. Y por último, que el título, *ab initio*, permitiera una intensidad tal en el aprovechamiento.

Con diversos matices, la problemática que se plantea acaba convergiendo en la misma cuestión. En el primer caso, podría entenderse que se han modificado los supuestos determinantes del otorgamiento de la concesión (habrá de comprobarse que ahora circula menos agua), por lo que el título podría revisarse de conformidad con el artículo 63.1, a) de la Ley de Aguas. Ahora bien, la introducción en el título de un caudal ecológico no podría fundarse en dicho precepto, ya que no se trata de una variación objetiva de las circunstancias, sino de una decisión de los poderes públicos³⁵. En el segundo caso, puesto que las concesiones se otorgan “sin perjuicio de tercero”, la afección de títulos posteriores se resolvería con la reducción de aquellos hasta que desaparezca la afección, pero de nuevo nos encontraríamos con que el caudal ecológico no forma parte de la afección entre títulos anteriores y posteriores. Y en el tercer caso, se plantea el problema desde el principio: el caudal ecológico comporta una reducción del caudal a aprovechar que contiene el título.

Algún autor ha entendido que la implantación del caudal ecológico ha de realizarse mediante normas retroactivas³⁶. Podría plantearse, en los términos del artículo 9.3 de la Constitución, que la aplicación del caudal ecológico a las concesiones que no lo prevén supone una aplicación retroactiva de una norma restrictiva de derechos individuales³⁷. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado que

“no hay retroactividad cuando una ley regula de manera diferente y pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y cuyos efectos no se han consumado (...) Lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de

³⁴ Moreu advierte que “la contradicción entre esos antiguos títulos, con muchos siglos de antigüedad a veces, y las decisiones de las autoridades administrativas actuales o futuras puede llegar a ser extraordinariamente tensa y difícil de resolver. Actuales o futuras decisiones administrativas que fueran perfectamente razonables podrían estrellarse frente a la inflexibilidad de antiquísimas decisiones fosilizadas en esos antiguos títulos históricos”. Moreu Ballonga, José Luis, *Aguas públicas y aguas privadas*, p. 766. Bosch 1996.

³⁵ El artículo 156.2 del Reglamento del dominio público hidráulico puntualiza que “se considerará que se han modificado los supuestos determinantes (del otorgamiento de la concesión) cuando las circunstancias objetivas que sirvieron de base para el otorgamiento de la concesión hayan variado de modo que no sea posible alcanzar la finalidad de la concesión”.

³⁶ Moreu, *Aguas públicas...*, *op. cit.*, p. 782.

³⁷ Como se sabe, la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

*situaciones anteriores, de suerte que la incidencia de los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad*³⁸.

En conclusión, la afectación de concesiones vigentes por una nueva regulación que comporte una restricción con efectos *ex tunc* del régimen jurídico de los derechos individuales es perfectamente admisible, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución.

Una lectura de los preceptos de la Ley de Aguas que regulan la implantación de las medidas contenidas en los planes hidrológicos sugiere afirmar que las alteraciones de las concesiones para atender a las exigencias de la planificación hidrológica generan en todo caso un derecho a indemnización. En efecto, de conformidad con el artículo 63.1, c) de la Ley de Aguas (en la redacción dada por la Ley N° 9/1996, de 15 de enero), las concesiones podrán ser revisadas

“cuando lo exija su adecuación a los planes hidrológicos”

y en ese caso

*“el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa”*³⁹.

Artículo que, por lo demás, ha sido declarado básico por el Tribunal Constitucional

*“ya que contempla y regula en lo esencial otro aspecto indispensable del régimen concesional, cual es el de la revisión de las concesiones otorgadas y los efectos económicos que comporta”*⁴⁰.

Además, el Real Decreto N° 1664/1998, por el que se aprueban los planes hidrológicos de cuenca, determina que la aplicación de los cau-

dales ecológicos o demandas ambientales establecidos en los planes hidrológicos de cuencas intercomunitarias se llevará a cabo

*“sin perjuicio del derecho a indemnización previsto en el artículo 63. c)”*⁴¹ *de la citada disposición legal en relación con las posibles revisiones de las concesiones vigentes cuando lo exija su adecuación a los planes hidrológicos”*.

No obstante, dado que la Administración ha de servir con objetividad a los intereses generales, con eficacia y sin incurrir en arbitrariedad⁴², es necesario precisar si en todos los casos la alteración de los títulos concesionales o de otro tipo por la implantación de un caudal ecológico derivado de la aplicación de las previsiones del plan hidrológico da lugar necesariamente a la correspondiente indemnización.

Partamos de la idea de que dentro del marco constitucional que impone a los poderes públicos velar por la utilización racional de los recursos naturales, lo que no solo impone deberes de control a los poderes públicos, sino que supone una declaración de que “los recursos naturales han de utilizarse racionalmente”, el hecho de que determinados títulos permitan a su dueño aprovechar el agua más allá de lo que puede entenderse como una utilización racional, como desde luego ocurre en los casos en que la derivación de los cauces mediante aprovechamientos hidráulicos de todo el caudal circulante o de un volumen tan significativo que la circulación natural queda reducida a la mínima expresión, ha de considerarse, si no como algo anómalo, al menos como una excepción al régimen normal de explotación de los aprovechamientos hidráulicos. Así las cosas, considerando que las excepciones son objeto de interpretación restrictiva, la Administración, a la hora de revisar un aprovechamiento basado en un título antiguo para imponerle un caudal ecológico, habrá de extremar las medidas de policía, verificando, de entrada, la existencia del título y comprobando su contenido. Puede darse el caso que el aprovechamiento del caudal concedido se aplique a finalidades diferentes de las consignadas en el título, que

³⁸ Sentencias N° 42/1986, de 10 de abril, N° 99/1987, de 11 de junio y N° 227/1988, de 29 de noviembre, entre otras.

³⁹ Apartado 3 del mismo artículo.

⁴⁰ Sentencia N° 227/1988, fundamento jurídico 23, i). Aunque el pronunciamiento se fundamenta en la redacción original del precepto, en cuanto al aspecto que se está examinando los cambios introducidos por la Ley N° 9/1996 solo inciden en la sistemática del artículo.

⁴¹ Ha de decir 63.1, c).

⁴² Argumento de los artículos 103.1 y 9.3 de la Constitución.

las características técnicas de la instalación no se correspondan con las autorizadas, o incluso que la explotación del aprovechamiento se haya interrumpido por voluntad de su titular por un plazo superior al legalmente admitido. En cualquiera de estos casos, la infracción podría llevar incluso a la declaración de caducidad del título⁴³. No obstante, este supuesto ha de ser casi marginal, considerando la diligencia con que habitualmente se dirigen los concesionarios de aprovechamientos hidráulicos.

En segundo lugar, hay que hacer una mención específica a los títulos que autorizan al aprovechamiento de todo el caudal circulante. Puesto que no existen derechos absolutos, repugna a la mentalidad jurídica la mera hipótesis de que sea posible atribuir todo el caudal del río o una cantidad de agua muy superior a la que circula normalmente por ese río cuando ello tiene por consecuencias la mortandad periódica de peces o la degradación del medio ambiente. En este sentido, el Tribunal Supremo, confirmando una sentencia de la Audiencia Nacional, declaró conforme a derecho una resolución administrativa por la que se impuso a un concesionario de un aprovechamiento hidroeléctrico que garantizara un curso suficiente de agua en el río aun cuando su título indicaba que el caudal concedido era "todo el aportado por el Esera y sus afluentes en el tramo". Ambas sentencias coinciden en que la resolución no supone una expropiación de las aguas que integran la concesión de que disfruta la recurrente,

*"sino de la regularización de su aprovechamiento para compatibilizar los intereses de la entidad concesionaria con los de carácter público general"*⁴⁴,

puntualizando que, cuando la concesión habla de "todo el caudal",

"ese todo no puede entenderse en el sentido de la absoluta totalidad de las aguas de la zona".

En síntesis, las dos sentencias afirman que no se resta o suprime caudal, por lo que no puede calificarse como expropiatoria la

medida adoptada por la Administración y, en consecuencia, no procede ninguna indemnización.

Así lo ha entendido también el legislador, cuando al regular el contrato de cesión de derechos al aprovechamiento del agua, habilita al organismo de cuenca para no autorizar la cesión

*"si la misma afecta negativamente (...) a los caudales medioambientales (...) sin que ello dé lugar a derecho a indemnización alguna por parte de los afectados"*⁴⁵.

Ha de entenderse que se trata de una norma de máximos: el organismo de cuenca podrá no autorizar la cesión cuando sea incompatible con el mantenimiento del caudal medioambiental, pero podrá autorizar la cesión cuando imponiendo alguna restricción (fundamentalmente, la obligación de mantener un caudal mínimo circulante) resulte viable el negocio jurídico sin que se perjudique el valor medioambiental protegido⁴⁶. Y no es aventurado mantener que este precepto —incluyendo el resto de motivos que puede invocar el organismo de cuenca para no autorizar una cesión— es aplicable analógicamente a las transmisiones de aprovechamientos de agua previstas en el artículo 61 de la Ley de Aguas⁴⁷.

Por otro lado, la explotación del aprovechamiento hasta el límite de la letra del título puede en determinados casos constituir abuso de

⁴⁵ Párrafo 3 del artículo 61 bis de la Ley de Aguas, introducido por la Ley N° 46/1999.

⁴⁶ Si la Administración está habilitada para *prohibir* la cesión, también lo ha de estar para autorizar imponiendo condiciones restrictivas, para lo que, sin duda, habrá de dar audiencia previa a los interesados.

⁴⁷ El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la sentencia de 12 de mayo de 2000 de la sección cuarta de su sala de lo contencioso-administrativo ha declarado ajustada a derecho una resolución de la antigua Junta de Aguas de Cataluña por la que se aprueba la transferencia de una concesión de aguas superficiales para uso hidroeléctrico en la que se impone como condición adicional la obligación de adaptar el régimen de explotación y hacerlo compatible con la circulación en el río del caudal mínimo de mantenimiento del ecosistema fluvial, argumentando que el título concesional ha de ser compatible con la gestión pública del agua y con la conservación y el mantenimiento del ecosistema fluvial, y que la medida no compromete el equilibrio económico del aprovechamiento otorgado.

⁴³ Por aplicación del artículo 64 de la Ley de Aguas.

⁴⁴ Sentencia de 30 de septiembre de 1983, Aranzadi 3763 de 1984.

derecho o ejercicio antisocial del mismo⁴⁸, dado que, como impone el Código Civil,

*"los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe"*⁴⁹

y la propia Ley de Aguas⁵⁰

"La ley no ampara el abuso del derecho en la utilización de las aguas (...) cualquiera que fue- se el título que se alegare".

Esta prohibición no constituye una novedad en el derecho de aguas, puesto que, como señala Martín Retortillo⁵¹, ya figuraba esta prohibición en la Orden ministerial de 6 de agosto de 1963, cuyo preámbulo recuerda la prohibición absoluta del abuso del derecho, refiriéndola a los casos en que las obras hidráulicas realizadas en los últimos tiempos garantizan aprovechamientos apoyados en títulos de épocas en la que la situación de hecho de tales aprovechamientos era total y radicalmente distinta. No obstante, Moreu señala lo poco proclive que ha estado casi siempre el Tribunal Supremo al aplicar dicho principio jurídico en materia de aguas⁵².

En la línea de lo argumentado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de septiembre de 1983, cabría plantearse la posibilidad de regularizar los aprovechamientos de una forma menos cruenta que la expuesta por el alto tribunal. Podría estudiarse, caso por caso, la modificación del régimen de explotación de los diversos aprovechamientos al objeto de reducir el caudal aprovechable en los períodos de estiaje y aumentarlo en los períodos en que circula un caudal suficiente. Este modo de proceder sería aplicable de forma preferente a los aprovechamientos hidroeléctricos, que no están sujetos a una demanda estacional. En estos casos, el ajuste del caudal, aunque comportara una revisión concesional, no daría lugar a una indemnización de acuerdo con lo prevenido en la legislación general sobre expropiación forzosa, dado que no se produciría lucro cesante ni daño emergente. Este ajuste del caudal resulta más problemático de aplicar en otro tipo de aprovechamientos, como el abastecimiento de población, los usos agrícolas y ganaderos y los usos industriales, en los que la demanda es constante o incluso aumenta en los meses de menor escurrentía. Para estos supuestos la Administración hidráulica podría plantearse acometer una revisión de la concesión fundamentada en el apartado 2 del artículo 63 de la Ley de Aguas en la redacción dada por la Ley N° 9/1996, según el cual

"Las concesiones para el abastecimiento de poblaciones y regadíos podrán revisarse en los supuestos en los que se acredite que el objeto de la concesión pueda cumplirse con una menor dotación o una mejora de la técnica de utilización del recurso, que contribuya a un ahorro del mismo".

La Ley excluye expresamente el derecho a recibir compensaciones económicas a favor del concesionario afectado por la revisión, aunque se deja abierta la puerta a establecer ayudas económicas públicas para la adaptación de las instalaciones a las nuevas condiciones concesionales. El caudal liberado por la revisión de la concesión podría dedicarse total o parcialmente a la finalidad ecológica.

Cabe la posibilidad, incluso, de que la imposición del caudal ecológico haga económicamente inviable la explotación en un determinado aprovechamiento. Para estos casos, cabría

⁴⁸ El Tribunal Supremo, en su conocida sentencia de 14 de febrero de 1944, recoge los requisitos que tipifican un abuso de derecho al examinar una demanda presentada por una sociedad titular de una central hidroeléctrica en la desembocadura de un río y junto a una playa en la que la entidad demandada explotaba una concesión para extraer arena y que, por el gran volumen de la extracción, siempre dentro de su derecho, disminuyó la superficie de la playa y desaparecieron las defensas naturales contra las avenidas del río y la acción del mar, por lo que en 1932 los temporales produjeron graves daños en la central. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de instancia que estimó la demanda fijando los siguientes requisitos del abuso de derecho: 1. Uso de un derecho objetiva o externamente legal; 2. Daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3. Inmoralidad o antisocialidad del daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio o legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho). Vid. Díez Picazo, Luis, y Guillón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. I, p. 461 y ss. 4ª ed. Tecnos 1982.

⁴⁹ Artículo 7.

⁵⁰ Artículo 48.4.

⁵¹ *Derecho...*, op. cit., p. 169, en nota.

⁵² *Aguas públicas...*, op. cit., p. 766. Extrae el dato de Martín Retortillo, Sebastián, *Aguas públicas y obras hidráulicas*, pp. 184-185 y 220.

plantear la posibilidad de reducir el caudal concesional con la contrapartida de incrementar la duración del título⁵³.

En cualquier caso, lo que parece lógico es que la imposición del caudal ecológico ha

de comportar que los aprovechamientos que ven reducido su caudal a la vez sean beneficiados con una reducción proporcional de los cánones y tarifas que están obligados a satisfacer.

⁵³ El artículo 57.6 de la Ley de Aguas permite ampliar el plazo de concesión hasta un máximo de diez años cuando sea imprescindible para la normal utilización de la concesión la realización de determinadas obras, cuyo coste no pueda ser amortizado dentro del tiempo que falta por transcurrir hasta el final del plazo de la concesión. A mi juicio, la aplicación analógica de este precepto legal a la situación de hecho expuesta no fuerza su sentido.