

ESTUDIOS · ESPAÑA

¿Pueden los organismos de cuenca exigir a los concesionarios la información de la que dispongan en relación con sus obligaciones de mantenimiento de los caudales ecológicos?

Roberto O. Bustillo Bolado

Abogado

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidade de Vigo (Campus de Ourense)

Sumario

1.INTRODUCCIÓN. 2. EL MANTENIMIENTO DE LOS CAUDALES ECOLÓGICOS PREVISTOS EN LOS PLANES HIDROLÓGICOS DE CUENCA COMO UNA DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL TÍTULO CONCESIONAL. 3. LA POLICÍA DE AGUAS Y EL ACCESO A INFORMACIÓN RELEVANTE DE LA QUE DISPONGAN LOS TITULARES DE CONCESIONES SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES.

Resumen

Este estudio analiza los caudales ecológicos, el deber de los concesionarios de facilitar información sobre los mismos a los organismos de cuenca y las consecuencias sancionadoras que pueden derivarse del incumplimiento de dicho deber.

Palabras Clave

Dominio público hidráulico, Caudales hidrológicos, información hidrométrica, policía de aguas.

Abstract

These research analyse environmental flows, the duty of public concessionaires to provide information on them to the organizations at basin, and the punitive consequences that could result from failure of that duty.

Keywords

Public hydraulic domain, environmental flow, hydrometric information, water police.

1. INTRODUCCIÓN

Que ningún lector no avisado piense lo mismo que yo la primera vez que me plantearon esa pregunta, pues en absoluto resulta ociosa.

Recientemente tuve la ocasión de elaborar un informe para una empresa vinculada a una Confederación Hidrográfica en el que se abordaban varias cuestiones en relación con los caudales ecológicos. El grueso del encargo se dedicaba a abordar sendos problemas al día de hoy no regulados con toda la claridad deseable por el Derecho positivo, no cerrados por la jurisprudencia, discutidos por la doctrina administrativista y objeto de cautelas en el Consejo de Estado: el procedimiento a seguir para implantar en concesiones hidráulicas preexistentes los caudales ecológicos o ambientales previstos en nuevos planes hidrológicos, y si tal operación despliega o no efectos indemnizatorios a favor de los concesionarios¹.

Con la misma cautela que el Consejo de Estado muestra cuando se pronuncia sobre estos temas², entiendo que buena parte de la falta de certidumbre existente al respecto puede derivar de tomar como punto de partida lo que no debe ser sino el final del razonamiento jurídico: si debe haber o no indemnización, pues, insisto, eso debe ser el final, no el principio. El primer paso a dar para buscar estas respuestas es determinar si sustantivamente la implantación de nuevos caudales ecológicos supone o no una revisión de la concesión, es decir, lo primero que hay que hacer es determinar de forma razonada si

se está o no en presencia del supuesto de hecho del art. 65.1.c TRLA/2001; sólo una vez que se haya obtenido respuesta a esta pregunta debe reflexionarse sobre las consecuencias jurídicas, o, lo que es lo mismo, sobre cual debe ser el procedimiento para implantar los nuevos caudales y sobre si ello genera o no el derecho a percibir una indemnización. Primero el supuesto de hecho, luego la consecuencia jurídica. El foco del debate no debe centrarse, por tanto, en si existe o no derecho a indemnización, sino en si la implantación de nuevos caudales supone o no una revisión de la concesión hidráulica, todo lo demás deriva de la respuesta que se dé a esta pregunta. Esto, al menos, es lo que creo correcto en términos de razonamiento y sistemática jurídica, y ese fue el eje sobre el que pivotó el grueso de mi informe.

En todo caso, por relevante y trascendente (muy trascendente en términos económicos) que resulte todo lo anterior, lo que suscita el presente artículo fue la última pregunta a la que se me pedía respuesta en aquel informe, una pregunta idéntica en contenido y muy similar en cuanto a su formulación a la que da título a estas páginas. "...pero, ¿de verdad ese problema existe, necesitan que aborde este tema en el informe?" –pregunté cuando me la plantearon-, "sí" –me dijeron- sucede con cierta frecuencia y no sólo en nuestra demarcación, en casi todos sitios las grandes empresas hidráulicas suelen ser reticentes a facilitar estos datos", "¿y en qué se basan, qué alegan para negarse?", "que esa obligación no figura ni en el título concesional ni en

¹ Sobre esta cuestión (con distintos planteamientos), véanse, entre otros, MARTÍN RETORTILLO, Sebastián: Derecho de aguas, Civitas, Madrid, 1997, pg. 301; LOPERENA ROTA, Demetrio: "Los caudales ecológicos y la planificación hidrológica" en EMBID IRUJO, A. (Dir.): Planificación hidrológica y política hidráulica: (El libro blanco del agua), Civitas, Madrid, 1999 pgs. 203 ss.; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M.: "Los caudales ecológicos como manifestación de la gestión ecológica del agua en la normativa comunitaria española: procedimiento de determinación e implantación", en Revista de Derecho Urbanístico y del Medio Ambiente núm. 261, 2010, pgs. 79 ss.; CARO-PATÓN CARMONA, I.: "Caudal ecológico" en EMBID IRUJO, A. (Dir.): Diccionario de Derecho de Aguas, Iustel, Madrid, 2007, pgs. 307 ss.; CARO-PATÓN CARMONA, I./MENÉNDEZ MARTÍNEZ, C.: "Concepto, determinación e implantación de los caudales ecológicos. El problema de su afección a derechos concesionales preexistentes", en Revista Española de Derecho Administrativo (REDA) núm. 124, pgs. 573 ss.

² Véase, por ejemplo, el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de abril de 2013, emitido con ocasión del proyecto de Real Decreto que contenía el nuevo Plan Hidrológico para la parte española de la Demarcación Hidrográfica del Miño-Sil; en concreto, el apartado V.1.4.- El régimen de los caudales ecológicos, pgs. 29-30.

la normativa aplicable”, “pues vamos a ver...”.

La concisa respuesta que en aquel informe se ofreció para dicha cuestión fue el punto de partida del trabajo que sustenta el presente artículo.

2. EL MANTENIMIENTO DE LOS CAUDALES ECOLÓGICOS PREVISTOS EN LOS PLANES HIDROLÓGICOS DE CUENCA COMO UNA DE LAS OBLIGACIONES DE LOS TITULARES DE CONCESIONES HIDRÁULICAS

El caudal ecológico actualmente se define de la siguiente forma (art. 3.J del R.D. 907/2007, por el que se aprueba el *Reglamento de la Planificación Hidrológica*):

“j) caudal ecológico: caudal que contribuye a alcanzar el buen estado o buen potencial ecológico en los ríos o en las aguas de transición y mantiene, como mínimo, la vida piscícola que de manera natural habitaría o podría habitar en el río, así como su vegetación de ribera”.

Aunque tanto el término “caudal ecológico” como la actual configuración jurídica de su contenido fue llegando posteriormente por vía reglamentaria, hay consenso doctrinal y jurisprudencial en que el origen del actual concepto de caudal ecológico se encuentra en el viejo art. 40 de la redacción original de la LA/1985³:

“Artículo cuarenta Los Planes Hidrológicos de Cuenca comprenderán obligatoriamente: (...) d) La asignación y reserva de recursos para (...) la conservación o recuperación el medio natural”.

A partir de la entrada en vigor de la LA/1985, los posteriores Planes Hidrológicos de cuenca y las nuevas concesiones hidráulicas otorgadas con-

forme a los mismos fueron incorporando las previsiones del art. 40.d, concretándose en lo que más tarde se acabarían denominando “caudales ecológicos”. El RDPH/1986 (siguiendo el modelo de la vieja Ley de 20 de febrero de 1942, por la que se regula el fomento y la conservación de la pesca fluvial) concibió los caudales “como una cláusula accesoria a incluir expresamente en el título concesional y no como una cláusula legal o cláusula iuris que obligue directamente a los concesionarios”. Posteriormente, el R.D. 1664/1998 superó el modelo de la “cláusula accesoria” introduciendo la idea de restricción general que luego se incorporaría al texto legal con la reforma introducida por la Ley 46/1999⁴, que es el concepto en vigor en la actualidad plasmado en el art. 59.7 TRLA/2001 y en el art. 26 LPHN/2001⁵.

Y, a la vista de los dos últimos preceptos legales (y sin necesidad de entrar ahora en el debate de si la imposición de nuevos caudales ecológicos a concesiones preexistentes debe o no implicar consecuencias indemnizatorias para el titular) hay un hecho incuestionable: las previsiones de desagüe derivadas de los caudales ecológicos establecidos en un plan hidrológico de cuenca afectan absolutamente a todas las concesiones, tanto a las que puedan nacer durante la vigencia del plan como a las preexistentes, y su normal y correcta materialización forma parte de los contenidos obligacionales a los que debe hacer frente el concesionario.

3. LA POLICÍA DE AGUAS Y EL ACCESO A INFORMACIÓN RELEVANTE DE LA QUE DISPONGAN LOS TITULARES DE CONCESIONES SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES

El art. 94.1 TRLA/2001 atribuye la policía de aguas a la Administración hidráulica competente. En el caso de las demarcaciones hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, será el Organismo de cuenca, a quien, entre otras funciones, le corresponda:

Art. 94.2. b) La inspección y vigilancia del cumplimiento de las condiciones de concesiones y autorizaciones relativas al dominio público hidráulico.

Y dispone el art. 94.3 que, en el ejercicio de su función, los agentes medioambientales destinados en las comisarías de aguas de los Organismos de cuenca están facultados para:

“b) Proceder a practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que consideren necesaria para comprobar que las disposiciones legales se observan correctamente”.

Por diligencias de investigación (en este o en otros contextos administrativos sectoriales) hay que entender una actividad material “preprocedimental” (no un procedimiento administrativo) que constituye “el medio ordinario, habitual y ortodoxo de que dispone la Administración, desde el punto de vista legal, para esclarecer hechos que pudieran tener trascendencia sancionadora”⁶; por examen, la actividad de investigación o estudio sobre aspectos concretos que tiene

lugar durante el desarrollo de una inspección o al hilo de esta; y por prueba, la actividad procedimental encaminada a verificar la realidad de unos hechos discutidos y relevantes para la decisión de un procedimiento administrativo (art. 77 Ley 39/2015).

Pues bien, dado que la imposición de los desagües necesarios para el mantenimiento de los caudales ecológicos son concreciones de una obligación legal del concesionario (arts. 59.7 TRLA/2001 y art. 26 LPHN/2001)⁷; dado que al organismo de cuenca le corresponde “la inspección y vigilancia del cumplimiento de las condiciones de concesiones” (art. 94.2.b TRLA/2001), y dado que la comisaría de agua del organismo de cuenca está facultada para “practicar cualquier diligencia de investigación, examen o prueba que consideren necesaria para comprobar que las disposiciones legales se observan correctamente” (art. 94.3.b); dado todo eso, digo, los concesionarios, desde el momento en que les resulten exigibles estas obligaciones de desagüe, están obligados a facilitar a la comisaría de aguas la información de la que en su caso dispongan⁸ y que resulte relevante a los efectos de determinar si respetan debidamente o no las exigencias derivadas de la imposición de los caudales ecológicos.

¿Y si el concesionario, teniéndola, se niega a facilitar esa información? En tal caso podríamos estar en presencia de la comisión del tipo infractor definido en el art.315.h RDPH/1986:

⁶ Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo) de 21 de noviembre de 2008, 20 de noviembre de 2008 y 10 de junio de 2008.

⁷ Los citados preceptos establecen lo siguiente:

- Párrafo séptimo del art. 59 (Concesiones administrativas) TRLA/2001: “los caudales ecológicos o demandas ambientales no tendrán el carácter de uso a efectos de lo previsto en este artículo y siguientes, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación (...)”

- Artículo 26 (Caudales ambientales) LPHN/2001:

“1. A los efectos de la evaluación de disponibilidades hídricas, los caudales ambientales que se fijen en los Planes Hidrológicos de cuenca, de acuerdo con la Ley de Aguas, tendrán la consideración de una limitación previa a los flujos del sistema de explotación, que operará con carácter preferente a los usos contemplados en el sistema (...)”

3. La inexistencia de obligación expresa en relación con el mantenimiento de caudales ambientales en las autorizaciones y concesiones otorgadas por la Administración hidráulica, no exonerará al concesionario del cumplimiento de las obligaciones generales que, respecto a tales caudales, serán recogidas por la planificación hidrológica (...)”.

³ Al respecto véanse, por ejemplo, RUBIO POLO, J. M^º/QUINTANA MARTÍNEZ, I., op. cit., pg. III.1.2; CARO-PATÓN CARMONA, I., op. cit., pg. 310. Esa previsión de la LA/1985 fue una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, aunque contaba con precedentes claros en la histórica legislación de pesca fluvial (tanto la Ley de 27 de diciembre de 1907 como la de 20 de febrero de 1942) que desde principios del siglo XX contemplaba la posibilidad de que en las concesiones hidráulicas se previeran desagües para preservar la fauna piscícola.

⁴ “Sin duda, esta novedad, obedecía a razones prácticas (tratar de evitar indemnizaciones a concesionarios perjudicados, al entender que si el caudal ecológico es una restricción general se está implícitamente excluyendo la idea de sacrificio singular)”, CARO-PATÓN CARMONA, I.: op. cit., pg. 311.

⁵ En general, sobre los antecedentes y evolución del concepto de “caudal ecológico”, cfr. RUBIO POLO, J. M^º/QUINTANA MARTÍNEZ, I., op. cit., pgs. II.1.2 ss.; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., op. cit. pgs. 85 ss.; CARO-PATÓN CARMONA, I., op. cit., pgs. 307 ss.; CARO-PATÓN CARMONA, I./MENÉNDEZ MARTÍNEZ, C., op. cit., pg. 595.

"h) La desobediencia a las órdenes o requerimiento de los funcionarios de los servicios del organismo de cuenca en el ejercicio de las funciones que tiene conferidas por la legislación vigente".

Y por tal hecho correspondería imponer al infractor una sanción de hasta 10.000 euros (arts. 117.1 TRLA/2001 y 318.1 RDPH/1986).

⁸ Toda, es decir, tanto aquella información que pueda resultar relevante a estos efectos y que deban tener los concesionarios de acuerdo con las previsiones del art. 55.4 TRLA/2001 y de la Orden ARM/1312/2009, de 20 de mayo, por la que se regulan los sistemas para realizar el control efectivo de los volúmenes de agua utilizados por los aprovechamientos de agua del dominio público hidráulico, de los retornos al citado dominio público hidráulico y de los vertidos al mismo, como aquella otra que, sin ser obligatoria, pueda haber sido voluntariamente obtenida por los interesados; de lo que aquí se trata no es de si existe o no el deber del concesionario de obtener determinados datos, sino de si, una vez que los tiene, debe o no facilitárselos a la policía de aguas cuando se los reclama de forma procedente.