

ANDRÉS DEL CAMPO GARCÍA, Presidente de la Federación Nacional de Comunidades de Regantes de España, con domicilio en el Paseo de la Habana, nº 26, 28036 Madrid, en cumplimiento del acuerdo de la Comisión Permanente de esta Federación Nacional, en las sesiones celebradas en Madrid los días 25 de junio, 29 de septiembre y 26 de octubre de 2020, comparece y respetuosamente EXPONE:

Que por medio del presente escrito y atendiendo a la gran importancia que los Planes Hidrológicos tienen para las Comunidades de Regantes, y dentro del espíritu de colaboración en el análisis y propuesta de soluciones a los problemas del agua que siempre ha caracterizado a esta Federación Nacional, como Órgano Consultivo del Ministerio, COMPARECE dentro de plazo de información pública y formula a los EpTIS de las distintas Demarcaciones Hidrográficas la Alegación nº 6:

ALEGACIÓN Nº 6: IMPLANTACIÓN DE CAUDALES ECOLÓGICOS

I. ES ACONSEJABLE ACTUAR CON PRUDENCIA Y PONDERACIÓN EN EL ESTABLECIMIENTO DE CAUDALES ECOLÓGICOS PORQUE NO PUEDEN CRECER EN TODOS LOS PLANES

En cada nuevo ciclo de planificación, el tema de los caudales ecológicos se complica más para los usuarios. Cada nuevo plan extiende el régimen de caudales ecológicos a cada vez más masas de agua de la cuenca y aumenta el caudal y los volúmenes de agua destinada a estos fines en un proceso que parece no tener fin. Se van aumentando, plan tras plan, afectando, cada vez más, a las disponibilidades y garantías de los usuarios e incrementando los perjuicios.

En los Planes Hidrológicos del 2º ciclo ya hay 2.964 masas de río con el caudal mínimo establecido de un total de 3.871. Es decir, el 76, 9% de las masas de río ya tienen un caudal mínimo fijado. Una vez más, viendo los EpTIS de este tercer ciclo de planificación, se quieren ampliar los puntos y los caudales.

Los efectos del cambio climático que prevén una reducción de recursos, mayor escasez y menor disponibilidad de agua en el futuro, no han llevado a la administración hidráulica a una actitud prudente con la implantación de caudales ecológicos ante las incertidumbres sobre el futuro del agua. Los Organismos de Cuenca acogen con una gran receptividad las peticiones de las organizaciones ecologistas. Parece que queremos

ponernos la medalla en Bruselas de ser el Estado miembro que más aumenta los caudales ecológicos, olvidando que España es uno de los países con más escasez de agua y con mayor calidad ambiental de la Unión Europea. Precisamente, la Directiva Marco del Agua no dice absolutamente nada sobre caudales ecológicos. Lo que dice en su considerando 26 es que los Estados miembros deben tratar de lograr el objetivo mínimo del buen estado de las aguas mediante la definición y aplicación de las medidas necesarias dentro de los programas integrados de medidas, teniendo en cuenta los requisitos comunitarios existentes.

Por tanto, aunque la DMA establece objetivos medioambientales, no incorpora explícitamente el concepto de caudal medioambiental, que es un requerimiento adicional a la Directiva, establecido por la legislación española y desarrollado en el RPH y la IPH.

Si el objetivo ambiental clave de la DMA y su trasposición es alcanzar el Buen Estado o Buen Potencial Ecológico, todo tramo de río que se encuentre en dicho estado, debería quedar exento de toda modificación del actual régimen de caudales circulantes.

Los regantes españoles, aunque advertimos de los peligros y pedimos prudencia, colaboramos de manera ejemplar en la implantación de los caudales ecológicos en los ciclos de planificación anteriores. Pero comprobamos todos los días la reducción de disponibilidades de agua y de garantías que conlleva. Por ello no podemos subirnos a un caballo desbocado que nos lleva a un destino incontrolado y que va a tener muchas deseconomías, mucha pérdida de PIB y de puestos de trabajo.

En ocasiones, los caudales ambientales objetivo necesarios para alcanzar un régimen natural de los ríos serán difíciles de alcanzar. Llegar a los objetivos puede ser cuestionable. Antes hay que valorar los costes y los beneficios de llegar a esos objetivos. Cuando los costes sean desproporcionados habrá que reducir los caudales. Los costes económicos para conseguir 1 m³/segundo en un río pueden ser desproporcionados si se pierden 10.000 empleos o 10.000 hectáreas de cultivo o se quedan zonas despobladas en el interior de España.

Hay objetivos “deseables” desde el punto de vista ambiental. **Hay objetivos “alcanzables”** considerando el conjunto de intereses generales de la sociedad.

La sostenibilidad ambiental debe ir acompañada de la sostenibilidad económica y social.

Los ciudadanos tienen que conocer las consecuencias económicas y sociales de cada propuesta. Hay que hacer un análisis riguroso de las consecuencias de cada caudal

ecológico e informar a la sociedad de todos estos costes y de todas las deseconomías que pueden producir estas medidas.

Habría que hacer una valoración ambiental mediante encuestas. Es subjetivo cuánto está dispuesto a pagar la sociedad por los bienes públicos. La valoración ambiental es muy alta, pero puede tener unos límites y la sociedad debe poder valorar y ponderar con los usos económicos y sociales del agua que se ven afectados.

II. LA FINALIDAD Y EL NECESARIO CUMPLIMIENTO DE LOS RÉGIMENES DE CAUDALES ECOLÓGICOS

El caudal ecológico persigue mantener una corriente mínima en los ríos. La finalidad de los caudales ecológicos es contribuir a la conservación o recuperación del medio natural y mantener como mínimo la vida piscícola que de manera natural, habitaría o pudiera habitar en el río, así como su vegetación de ribera.

El régimen de caudales ecológicos debe establecerse de modo que permita mantener de forma sostenible la funcionalidad y estructura de los ecosistemas acuáticos y de los ecosistemas terrestres asociados, contribuyendo a alcanzar el buen estado o el potencial ecológico en ríos o aguas de transición (art. 3. 4 de la Instrucción de Planificación Hidrológica).

Sin embargo, hay que considerar que, en régimen natural, el caudal circulante en el período de estiaje en muchas de las masas de agua es prácticamente nulo, por lo que el mantenimiento de caudales ecológicos ha de hacerse a costa de desembalses que afectan a las garantías de otros usos como el regadío. Pero parece que no se tiene en cuenta la naturaleza de nuestros ríos, muchos mediterráneos, con grandes estiajes, que se secan en verano y que, por tanto, no se deben exigir caudales cuando los ríos no los llevan en régimen natural.

El establecimiento de los regímenes de caudales ecológicos en ríos y en aguas de transición constituye uno de los contenidos obligatorios de los planes hidrológicos. Asimismo, el análisis del grado de cumplimiento de los regímenes de caudales ecológicos establecidos en los planes es uno de los contenidos que han de ser objeto de seguimiento específico por parte de los organismos de cuenca y las administraciones hidráulicas competentes, de acuerdo con el Artículo 88 del Reglamento de la Planificación Hidrológica.

Los planes hidrológicos contienen las medidas necesarias para poder garantizar el cumplimiento de los caudales ecológicos que se deben implantar. Los servicios de

explotación de los Organismos de Cuenca velan con extraordinario celo para el control y cumplimiento.

En este proceso de incremento de las demandas ambientales se quieren ampliar otros componentes de los caudales ecológicos:

Los caudales máximos son aquellos que no deben ser superados en la gestión ordinaria de las infraestructuras, con el fin de limitar los caudales circulantes y proteger así a las especies autóctonas más vulnerables a estos caudales, especialmente en tramos fuertemente regulados. En los Planes Hidrológicos de 2º ciclo, hay establecidos en las 3.871 masas de río un total de 347 (9, 74 %) masas con Caudal Máximo.

Los caudales generadores se han establecido en aquellos tramos aguas abajo de importantes infraestructuras de regulación estableciendo una crecida asociada al caudal generador, que permite controlar la presencia y abundancia de las diferentes especies y mantener la dimensión del canal principal del río y su buen funcionamiento morfodinámico. En los Planes Hidrológicos de 2º ciclo, hay establecidos en las 3.871 masas de río un total de 337 (8,7 %) masas con caudal generador.

Las tasas de cambio se establecen con objeto de evitar los efectos negativos de una variación brusca de los caudales, como pueden ser el arrastre de organismos acuáticos durante la curva de ascenso y su aislamiento en la fase de descenso de los caudales. Su establecimiento contribuye a mantener unas condiciones favorables a la regeneración de especies vegetales acuáticas y ribereñas. En los Planes Hidrológicos de 2º ciclo, hay establecidos en las 3.871 masas de río un total de 443 (11, 4 %) masas con tasas de cambio.

III. REPERCUSIÓN DE LOS CAUDALES ECOLÓGICOS SOBRE LOS USOS DEL AGUA. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS PERJUICIOS A LOS CONCESIONARIOS AFECTADOS

Existen necesidades sociales y usos económicos del agua de gran importancia como el abastecimiento de poblaciones, el riego para la producción de alimentos, la producción de energías limpias, etc., que requieren usar el agua. Estos usos tienen unos derechos concesionales al uso del agua que no se pueden desconocer.

Los caudales ecológicos pueden reducir considerablemente la disponibilidad de agua para estas demandas. Cuando esas demandas resulten incompatibles con el caudal ecológico se deben revisar por el procedimiento legalmente previsto.

La administración para armonizar los usos productivos con el medio ambiente, dispone de mecanismos legales para establecer las indemnizaciones adecuadas o articular las compensaciones que procedan mediante acuerdos con los concesionarios.

La implantación de Caudales Ecológicos debe hacerse respetando el sistema concesional y, por tanto, acudiendo al procedimiento de revisión de concesiones que está legalmente previsto donde han de valorarse los daños económicos indemnizables que el recorte de la concesión pueda comportar.

El sistema concesional se establece en la legislación de aguas española como el principal modo de adquirir el derecho de aprovechamiento de las aguas públicas.

La concesión otorga el derecho a un uso privativo del agua, un verdadero derecho subjetivo de carácter administrativo que reconoce a su titular el derecho al uso del agua para el destino indicado en la concesión, con exclusión de otros posibles usuarios.

En los casos que se demostrara una afección por la implantación de caudales ecológicos a los aprovechamientos legalizados preexistentes, y tras ser ésta verificada y comprobada por el personal técnico del Organismo de Cuenca, y si los Titulares de dichos aprovechamientos lo solicitasen de forma expresa, se debe tramitar el correspondiente expediente para indemnizar los perjuicios.

Se entiende por “afección” la disminución del caudal aprovechado debido a la restricción que supone el caudal ecológico. Es decir, se deberían indemnizar los perjuicios en las cosechas por la reducción de las mismas, la disminución de calibres, las pérdidas de producción eléctrica o agrarias, el incremento de costes de producción, etc. Además, la totalidad de los gastos por construcción de pozos o por la obtención de otros recursos alternativos y todos los costes de su mantenimiento también deben, con arreglo a la Ley, ser sufragados por la Administración competente.

Vemos como el problema jurídico de los caudales ecológicos es el de su afección a derechos de aprovechamientos preexistentes. La concesión es un derecho subjetivo de contenido patrimonial, protegido por el principio proclamado en el artículo 33.3 de nuestra Constitución, que establece: *“Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes.”*

La Ley de Expropiación Forzosa indica en su artículo 1 que el presupuesto para la existencia del derecho a percibir un justiprecio es *“cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos”*.

El mismo criterio que con las concesiones debe seguirse en el caso de las grandes zonas regables desarrolladas por el Estado. Los planes coordinados de estas obras, hechos por

la Administración y amparados en una disposición, no tienen en la mayoría de los casos concesión. Estos aprovechamientos, a estos efectos, deben quedar amparados por la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Aguas.

Cuando los nuevos caudales ecológicos, fijados en los planes hidrológicos, son incompatibles con demandas anteriores en el tiempo, debe procederse a una revisión de las concesiones preexistentes. El concesionario perjudicado tiene derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa y es el artículo 65.3 de la Ley de Aguas. Existe un beneficiario concreto de estas medidas ambientales, que es la sociedad, y por tanto, la Administración debe compensar a los particulares por los perjuicios sufridos para satisfacer los intereses generales. Estamos ante una expropiación de acuerdo con el principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas. No puede admitirse que su implantación perjudique singularmente a determinados concesionarios sin que éstos reciban la correspondiente indemnización.

Así lo establece el artículo 26.3 de la Ley de 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional:

*3. La inexistencia de obligación expresa en relación con el mantenimiento de caudales ambientales en las autorizaciones y concesiones otorgadas por la Administración hidráulica, no exonerará al concesionario del cumplimiento de las obligaciones generales que, respecto a tales caudales, serán recogidas por la planificación hidrológica, **sin perjuicio del posible derecho de indemnización establecido en el artículo 63.3 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.***

El actual artículo 65 de la TRLA establece:

1. Las concesiones podrán ser revisadas:

- a) Cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento.*
- b) En casos de fuerza mayor, a petición del concesionario.*
- c) Cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos.*

*3. Sólo en el caso señalado en el párrafo c) del apartado 1, **“el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa”.***

Por ello, el establecimiento de un caudal ecológico conlleva una compensación a los afectados en el caso de que exista un daño económico. La compensación podrá ser económica o mediante la adopción de otras medidas como ayudas para la modernización de las infraestructuras hidráulicas o la prolongación del plazo concesional. Lo contrario va en contra de la legislación y la jurisprudencia, crea una

enorme inseguridad jurídica en los concesionarios y atenta contra el principio de igualdad en la distribución de las cargas públicas.

Debe tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo recogida en numerosas Sentencias:

- STS de 29 de Marzo de 2019 (Recurso 441/2016): Con el marco normativo existente se trata de alcanzar un equilibrio entre, de un lado, la satisfacción de las demandas de agua y los regímenes concesionales y, de otro, la necesidad de velar por el mantenimiento del caudal ecológico.
- STS de 14 de Mayo de 2020 (Recurso 4805/2018) Los casos en los que ha de indemnizarse por la modificación de los caudales ecológicos en función de la fecha de la concesión deben suscitarse y resolverse cuando se impugne la revisión de cada concesión administrativa.
- STS de 11 de Julio de 2014 (Recurso 345/2013) La indemnización prevista en el artículo 65.3 procede cuando la revisión de las concesiones preexistentes se exija para adecuarlas a las Planes Hidrológicos.
- STS de 14 de Junio de 2014 (Recurso 343/2013) El resarcimiento es exigible ex lege, al margen de una hipotética falta de previsión expresa en el Plan.
- SSTs de 23 de septiembre de 2014 y 12 de diciembre de 2014: las pretensiones de indemnización deben ser acogidas en aquellos casos en que la aprobación de un nuevo Plan altere tan sustancialmente los caudales disponibles o los usos a que éstos puedan destinarse, que en la práctica implique la desaparición del aprovechamiento o su inviabilidad.
- STS de 21 de enero de 2015 admite el derecho a una indemnización, que debe resolverse en la revisión de cada concesión administrativa.

El establecimiento e implantación de caudales ecológicos no es por sí solo equiparable a una revisión de concesión que por aplicación del artículo 65 del TRLA dé lugar al reconocimiento de una indemnización. Pero de acuerdo con la jurisprudencia indicada, si con motivo de la implantación de estos caudales se procede a la revisión de una concesión anterior para adecuarse al Plan, dará derecho a la correspondiente indemnización.

IV. EL PROCEDIMIENTO PARA LA IMPLANTACIÓN DE LOS CAUDALES ECOLÓGICOS

En las negociaciones del año 2008 de FENACORE con el Ministerio de Medio Ambiente para aprobar la Instrucción de Planificación Hidrológica se alcanzó el acuerdo de incluir el epígrafe 3.4.5, que establece que *“el Plan Hidrológico incluirá un análisis de repercusión del establecimiento del régimen de caudales ecológicos en los usos del agua existentes. Este análisis incluirá, en particular, la siguiente información: a) Marco legal de los usos existentes incluyendo las características técnico-administrativas de los mismos y un análisis jurídico de lo que supondría la aplicación de los caudales ecológicos para las concesiones vigentes; b) Repercusión, tanto positiva como negativa, en los niveles de garantía de las demanda afectadas y análisis de la disponibilidad de los caudales y de la compatibilidad con las concesiones existentes, c) Repercusión económica y social, tanto positiva como negativa, de la implantación del régimen de caudales ecológicos”*.

Por tanto, cada Plan Hidrológico debe realizar un análisis completo y riguroso de los efectos de los caudales ecológicos:

a) Es necesario realizar un análisis jurídico de lo que supondría la aplicación de los caudales ecológicos para las concesiones vigentes, porque el proceso de implementación de los caudales ecológicos debe hacerse con pleno cumplimiento de la Ley. En este análisis es necesario que se incluyan y se tengan en cuenta los derechos concesionales y todos los criterios de explotación y de uso de las aguas establecidos en la normativa legal y administrativa. **Si las concesiones vigentes salen claramente perjudicadas, la implantación del régimen de caudales debe ir precedida de un procedimiento para la revisión de concesiones.**

El procedimiento para proceder a la implantación de caudales se podrá iniciar de oficio o a instancia de parte o mediante denuncia, pero, en todo caso, se tratará del procedimiento para la revisión de concesiones para su adecuación a la planificación (arts.65 TRLA y 26.3 PHN).

La letrada Isabel Caro-Patón ha señalado con acierto que tan abusivo es que un concesionario pueda dejar el río seco amparándose en su título concesional, como que la Administración no acuda al procedimiento de revisión de concesiones que está legalmente previsto donde han de valorarse los daños económicos indemnizables que el recorte de la concesión pueda comportar y jurídicamente este abuso de la Administración determina que se incurra en nulidad radical.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo establece en SSTS de 26 de mayo de 2008 y 5 de septiembre de 2005 que: *“No cabe revisar las concesiones ni declarar su caducidad sin seguir*

al efecto los procedimientos legalmente establecidos para tales fines, en los que deberá ser oído el interesado”.

Hay muchas concesiones que no incluyen en sus condiciones la obligación de respetar los caudales ecológicos y su implantación en el nuevo plan supone una obligación que afectará al caudal máximo a derivar, que es una de las características esenciales de las concesiones hidráulicas (art. 144.2 RDPH).

La STS de 24 de julio de 2008 señala con acierto que existe una revisión de la concesión cuando *“se impone una condición nueva hasta el momento inexistente”*.

En las otras concesiones en las que sí se establece en el condicionado la obligación de respetar los caudales ecológicos, si el incremento del caudal ecológico es de tal entidad que pudiera poner en riesgo el equilibrio económico-financiero de la concesión comprometiendo su viabilidad, se rompería el equilibrio económico-financiero de la concesión y también se debería exigir una revisión de dicho título administrativo con la indemnización que proceda.

b) La implantación de los caudales ecológicos requiere la realización de un Análisis Hidrológico:

Deberá estudiarse la hidrología del tramo del cauce y estudiar la existencia de caudales disponibles, **la compatibilidad o incompatibilidad con las concesiones existentes**, el régimen estacional de caudales más adecuado para el medio ambiente, **la pérdida de garantía y de disponibilidad de las demandas...**

Hay que elaborar los estudios técnicos destinados a determinar los elementos del régimen de caudales ecológicos en todas las masas de agua. Los estudios a desarrollar deberán identificar y caracterizar aquellas masas muy alteradas hidrológicamente, sean masas de agua muy modificadas o no, donde puedan existir conflictos significativos con los usos del agua. Se debe definir un régimen de caudales mínimos menos exigente para sequías prolongadas.

c) La implantación de caudales ecológicos exige realizar un Análisis Económico:

La implantación de caudales no es gratuita porque puede exigir la indemnización de derechos concesionales preexistentes que resulten limitados y por tanto ha de obrarse con extrema ponderación. Por tanto, el proceso de implementación de caudales ecológicos debe contener una evaluación basada en el cálculo de la relación coste/beneficio de lo que puede suponer su aplicación para el regadío y los diferentes sectores productivos. Debería estudiarse lo que representa el lucro cesante para el

sector agroalimentario como consecuencia de las restricciones de caudales, así como las consecuencias sociales, económicas y medioambientales.

Ante cualquiera de las medidas propuestas que suponga una reducción de asignaciones de agua habrá que hacer previamente un estudio económico muy detallado sobre:

- Todos los perjuicios directos que se producirán tanto para el regadío como para otros usos productivos del agua y su evaluación económica. Se deben analizar las deseconomías producidas.
- Todos los perjuicios Indirectos para el conjunto de la sociedad como consecuencia de la disminución de las externalidades positivas que genera el regadío y los otros usos. Hay unos beneficios intangibles del regadío y otros usos del agua que no retribuye el mercado.

A continuación, como el beneficiario directo e indirecto de medidas ambientales es el conjunto de la sociedad, las Administraciones públicas deberán comprometerse a hacer frente a las indemnizaciones correspondientes a los perjudicados.

Cualquier análisis objetivo no debe establecer exclusivamente los perjuicios que se causan real o teóricamente a las demandas existentes sino que debe evaluar y analizar los costes de la no existencia de esas demandas que dejarían de verse atendidas, los beneficios que las mismas generan y los efectos perjudiciales que se producirían si hubiera que atender esas demandas con recursos alternativos o producir esos bienes (productos agrarios, energía, etc.) con otros recursos.

V. EL CAUDAL ECOLÓGICO DEBE ASUMIR PARTE DE LOS CÁNONES DE REGULACIÓN

El beneficio de la regulación para la implantación y mantenimiento de los caudales ecológicos no debe ser soportado por los usuarios del agua, sino por la sociedad.

El caudal ecológico debe tener el mismo tratamiento que el coeficiente reductor que se aplica por laminación de avenidas. Los recursos asignados a necesidades medioambientales no deben ser repercutidos sobre los usuarios del embalse. Debe existir la oportuna dotación presupuestaria que permita reducir el canon de regulación de cada obra en la medida que se haya atendido el medio natural. La Ley de Aguas, art. 114. 1 y 2, deja claro que debe pagar el canon de regulación quien se beneficie de la regulación. Por tanto, entendemos que el caudal ecológico debe tener un porcentaje en el canon de regulación y que es el Estado a quien corresponde este coste. Tal como está ahora el

canon de regulación del caudal ecológico lo pagan los usuarios y no quien realmente se beneficia de él, que es el conjunto de la sociedad.

Por tanto, para facilitar que se implementen mayores caudales ecológicos más fácilmente y sin perjudicar a nadie, se debería aplicar también un coeficiente reductor como en la laminación de avenidas.

Hay que recordar en cualquier análisis económico los costes ambientales que ya soportan los usuarios de las obras hidráulicas en los cánones de regulación.

VI. CONCLUSIÓN

En todas las concesiones debe respetarse el caudal ecológico, aunque no figure establecida esa condición en la concesión. Pero debe mantenerse el derecho a indemnización cuando se generen perjuicios.

Los regantes y el conjunto de los usuarios colaboramos todos los días en el establecimiento de caudales ecológicos, pero no podemos renunciar a las garantías que un Estado de Derecho moderno nos otorga.

Madrid, 23 de octubre de 2020