



Pº de la Habana, 137-28036 Madrid
CIF.- A-786090088
Tel. 91 564 06 82- Fax 91 561 7239

CHD	OFICINA DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA
	R/ENTRADA N.º 184
	R/SALIDA N.º FECHA 16/6/2011



CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL DUERO,
OFICINA DE PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA

C/ MURO, 5
47004 VALLADOLID
CONFEDERACIÓN
HIDROGRÁFICA DEL DUERO
ENTRADA 001 N.º. 201100019527
16/06/2011 11:01:07

Madrid, 14 de junio de 2011

Asunto: Alegaciones al Plan Hidrológico del Duero.

Muy Sres. Nuestros:

Por las presente, les adjuntamos las Alegaciones al Plan Hidrológico del Duero.

Sin otro particular, les saludamos,

Muy atentamente,

Fdo. José Lozano Muñoz

**AL ILMO. SR. PRESIDENTE DE LA CONFEDERACION
HIDROGRAFICA DEL DUERO .**

D JOSE LOZANO MUÑOZ, mayor de edad, DNI.- 5.263.329-D, con domicilio a estos efectos en Madrid, C/Paseo de la Habana, 137, bajo, local, en su calidad de Administrador de la mercantil MINICENTRALES DOS, CIF.- A78609088, titular de los aprovechamientos hidroeléctricos conocidos como Camporredondo y La Requejada cuyas circunstancias son ya conocidas de esa Confederación, comparezco y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que paso a efectuar alegaciones al borrador del Plan Hidrológico de la Cuenca del Duero conforme a las siguientes

CONSIDERACIONES

1.-

**CONTRADICCIÓN ENTRE EL PLAN HIDROLÓGICO Y EL TEXTO
REFUNDIDO DE LA LEY DE AGUAS (TRLA): FALTA DE RESPETO A
LOS “DERECHOS ADQUIRIDOS” DE AGUAS PRIVADAS ANTERIORES
AL 1-1-1986.**

Como es de sobra conocido, cualquier plan debe respetar los derechos privados preexistentes (como los que tiene mi representada sobre los aprovechamiento hidroelectricos), por aplicación del principio general del art.2.3 del Código Civil, sobre entrada en vigor de las leyes que en ningún caso tendrán efecto retroactivo, siendo necesario recordar que el Código Civil contiene el derecho común general (art.4.3), así como por lo dispuesto en el art.349 del propio Código Civil y en el art.33 de la Constitución y en definitiva en el art.1 de la Ley de Expropiación Forzosa que exige indemnizar por cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos.

Pues bien, el borrador de Plan Hidrológico establece una serie de limitaciones y restricciones, que se pretenden aplicar con carácter retroactivo a concesiones que incluso son anteriores a la vigente ley de Aguas, que limitan y perjudican la explotación y no respetan los títulos concesionales de mi representada

Estas limitaciones no pueden ser aplicadas aquellos titulares de concesiones de aprovechamiento hidroeléctricos como es MINICENTRALES DOS ya que tienen “derechos adquiridos” con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 2 de Agosto de 1985 (es decir, antes del 1-1-1986).

El plan goza formalmente de rango de “norma reglamentaria”, quedando vinculado a toda norma de rango superior. Por todo ello, el plan queda sometido jerárquicamente al Real Decreto Legislativo 1/2001, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (en adelante, TRLA). Ello tiene importantes efectos jurídicos, ya que cualquier contradicción del Plan con la Ley de Aguas supone una vulneración del principio de jerarquía normativa (Art.9.3 de la Constitución Española) y del principio de legalidad (art.9.3 de la CE y art. 23.2 de la Ley 50/1997, del Gobierno que establecen “*Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango*”). Por consiguiente, las vulneraciones del Plan a la Ley de Aguas incurre en vicio de nulidad de pleno derecho (arts. 9.3 CE y 62.2 de la LRJ-PAC). De tal manera, que en un Estado de Derecho corresponde a los Tribunales “*controlar la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican*” (art.106.1 de la CE).

Se necesitan, por tanto, de apoderamientos legales para actuaciones limitadoras de derechos, ya que el artículo 53.1 de la CE establece que <<*sólo por Ley, que en todo caso deberán respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*>>. Ello supone que ese Organismo de Cuenca no puede dictar reglamentos ni adoptar decisiones que restrinjan “*derechos adquiridos*” por una norma con rango legal (TRLA), como es el derecho al aprovechamiento del agua en función de las concesiones obtenidas.

La Ley de Aguas 29/1985 introdujo una modificación sustancial en el régimen jurídico de las aguas continentales vigente hasta la fecha, demanializando las aguas superficiales y subterráneas. No obstante el espíritu de la norma plasmado en las disposiciones transitorias, es de respetar el disfrute de los derechos consolidados, con independencia del procedimiento utilizado para conseguirlo. Sus Disposiciones Transitorias, expresan la directa intencionalidad del legislador de respetar los derechos adquiridos sobre el agua anteriores al 1-1-1986. Y en concreto, los que pudieran haber sido reconocidos al amparo de la legislación que se deroga. El significado de esas Disposiciones es, claramente, el de tutelar los derechos adquiridos, el de no perturbar titularidades jurídicas consolidadas.

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 227/1988, precisamente se ha apoyado en las citadas Disposiciones Transitorias para justificar la correcta demanialización, sin indemnización, de los recursos hidráulicos operada por la Ley. Así, manifiesta el TC literalmente en su fundamento jurídico sexto que:

“No obstante, esta declaración general de demanialidad, LA LEY NO HA DESCONOCIDO LOS DERECHOS DE NATURALEZA PRIVADA PREEXISTENTES A LA MISMA. Por el contrario, las disposiciones transitorias segunda y tercera permiten a sus titulares elegir entre la conversión de aquellos derechos en otros que la ley denomina “de aprovechamiento temporal de aguas privadas” que serán respetados por un plazo máximo de cincuenta años -a lo que se añade un derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa a favor de quienes, al término de dicho plazo, se encontrarán utilizando los caudales, en virtud de título legítimo- o el mantenimiento de la titularidad de los derechos anteriores”.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional intentó salvar la constitucionalidad de esta medida -la transformación de propiedad privada en dominio público- recurriendo a la distinción entre la expropiación, que exigiría indemnización, y la limitación de derechos o facultades, que puede realizar el legislador al definir el contenido del derecho de propiedad. El Tribunal Constitucional ha venido a sostener que la Ley de Aguas no ha expropiado sino que, simplemente, ha delimitado las facultades que comprende la propiedad sobre las aguas, y nada puede reprochársele en cuanto que *respete íntegramente el mismo grado de utilidad y aprovechamiento material con que hasta la fecha se habían venido disfrutando los derechos y facultades anejas a la propiedad fundiaria, aunque limitando su alcance temporal.* En concreto, el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 227/1988 manifiesta que:

“LA LEY RESPETA LOS DERECHOS PREEXISTENTES EN FUNCIÓN DEL CONTENIDO EFECTIVO O UTILIDAD REAL DE LOS MISMOS O, COMO ADUCEN LOS RECURRENTES, “CONGELÁNDOLOS” EN SU ALCANCE MATERIAL ACTUAL, es decir, limitándolos a los caudales totales utilizados, de suerte que cualquier incremento de los mismos requerirá la oportuna concesión. Pero esta congelación del sustrato material de los derechos consolidados con anterioridad no implica en modo alguno una expropiación parcial de los mismos, pues con ello sólo quedan eliminadas las simples expectativas de aprovechamientos caudales superiores que eventualmente podían obtenerse en razón, por un lado, de la titularidad del derecho de propiedad inmobiliaria, pero también, y en necesaria concurrencia con ello, del carácter de res nullius que las aguas no afloradas o alumbradas tenían según la legislación anterior y de la inexistencia o preferencia de derechos de terceros. En definitiva, lo que se excluye en adelante es la posibilidad de apropiación patrimonial de

incrementos eventuales de los caudales utilizados sin que medie un título concesional. Ahora bien, desde el momento en que todas las aguas superficiales y subterráneas renovables se transforman ex lege en aguas de dominio público, es lícito que, aún partiendo del estricto respeto a los derechos ya existentes, los incrementos sobre los caudales apropiados sólo puedan obtenerse mediante concesión administrativa”.

De lo expuesto, se deduce con toda claridad, que la Confederación Hidrográfica no puede a través de una simple norma reglamentaria restringir los derechos adquiridos por los titulares de concesiones para el aprovechamiento Hidroeléctrico, tal como se ha reconocido legal y jurisprudencialmente como vamos a ver a continuación, o no puedo hacerlo sin indemnizar o compensar a los titulares de dichas concesiones.

2.-

CONTRADICCIÓN CON LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

El Plan Hidrológico de la Cuenca del Duero no solamente debe ajustarse a la Ley de Aguas de 1985 (hoy TRLA de 2001), sino asimismo, a las Sentencias que han interpretado tales normas como la citada sentencia del Tribunal Constitucional nº 227/1988, de 22 de octubre, en cuanto al respeto de los derechos preexistentes anteriores a la entrada en vigor de dicha Ley.

Han sido numerosas las sentencias del Tribunal Supremo que han venido a reconocer el respeto a los derechos preexistentes al otorgar una concesión, lo que también es aplicable al caso de la aportación de una norma de planeamiento. A modo de muestra se puede citar las siguientes:

- En la sentencia **del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2002 [RJ/2002/6894]** se otorga una concesión de aprovechamiento hidroeléctrico condicionado al respeto de derechos preexistentes y recursos ecológicos. Así se manifiesta:

*“Ahora bien, la resolución recurrida no concedió una autorización en blanco a la empresa concesionaria. Por el contrario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 916/1985, ha sometido la concesión al cumplimiento de numerosas condiciones. Constan en los veintidós puntos consignados en el acto por el que se resuelve otorgarla, algunos de los cuales se descomponen, a su vez, en varias exigencias. Condiciones que contemplan la salvaguardia de los niveles ecológicos del río y **EL RESPETO DE LOS USOS DEL AGUA PREEXISTENTES con el objetivo de hacer compatible la***

producción de electricidad a la que se dedica el aprovechamiento con esos derechos e intereses, con la preservación del medio ambiente y con la conservación de la fauna piscícola.”

- Y en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2000 [RJ/2000/6162] se recoge igualmente la -doctrina del respeto de los derechos adquiridos- en materia de aguas en los siguientes términos:

*«(...) La paralización del expediente de concesión de aguas subterráneas es una medida que puede adoptar el Organismo de cuenca competente siempre y cuando se cumpla una condición previa: que el citado Organismo, oído el Consejo del Agua, declare que los recursos hidráulicos de una zona estén sobreexplotados o en riesgo de estarlo, procediendo a su vez a imponer una ordenación de todas las extracciones para lograr su explotación más racional y proceder a la correspondiente revisión del Plan Hidrológico (art. 171 del expresado Reglamento [RCL 1986, 1338 y 2149]). En el presente caso no consta que la Confederación demandada haya efectuado tal declaración respecto del acuífero en el que se encuentra situado el aprovechamiento cuya concesión se solicita. Por lo que en este sentido no es de aplicación el art. 171.4 a) del citado Reglamento. Como tampoco lo es el Real Decreto-ley 3/1986, de 30 de diciembre (RCL 1987, 96 y 367) , sobre medidas urgentes para la ordenación de los aprovechamientos hidráulicos en la cuenca del Segura, que si bien dispone en su art. 1 que “hasta que se apruebe por el Gobierno el Plan Hidrológico de la Cuenca, se declaran reservados a favor del Estado los potenciales recursos de aguas subterráneas y superficiales de la misma Cuenca”; y en su art. 2 señala que “hasta tanto no tenga lugar dicha aprobación sólo podrán otorgarse concesiones de aguas subterráneas para sustitución de caudales en usos ya establecidos legalmente o, tratándose de nuevos usos, cuando el agua proceda de acuíferos aislados, vaya a ser utilizada en las inmediaciones del acuífero **Y SE APRECIE CLARAMENTE QUE SU APROVECHAMIENTO NO SUPONE MENOSCABO PARA OTRAS EXPLOTACIONES YA CONSTITUIDAS**”; sin embargo, en su única disposición transitoria establece que “la declaración de reserva a favor del Estado hecha en el presente Real Decreto-ley no limita los derechos adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor del mismo por los titulares de permisos de investigación de aguas subterráneas o solicitantes de concesiones de las mismas”, disposición que la propia resolución recurrida, de 17 de noviembre de 1989, entiende que es aplicable al presente caso. “*

En la sentencia del **Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1999 [RJ/1999/8783]** se pronuncia sobre el respeto de otras explotaciones constituidas al otorgar nuevas concesiones:

Esta Sala tiene declarado en sus Sentencias de 9 de marzo, 30 de junio y 14 de julio de 1998 (RJ 1998\2296, RJ 1998\5903 y RJ 1998\5941) que la falta de

*aprobación del Plan Hidrológico de Cuenca no es obstáculo para el otorgamiento de nuevas concesiones, como con claridad se infiere del artículo 68 de la Ley de Aguas 29/1985 (RCL 1985\1981, 2429 y ApNDL 412) y del artículo 2 del Real Decreto-ley 3/1986, de 30 de diciembre (RCL 1987\96 y 367), por el que se dictan medidas urgentes para la ordenación de aprovechamientos hidráulicos en la cuenca del Segura. Lo que ocurre es que, conforme a dichos preceptos, esas nuevas concesiones únicamente se otorgarán cuando tengan por objeto sustitución de caudales en usos ya establecidos legalmente, o cuando el agua proceda de acuíferos aislados, vaya a ser utilizada en las inmediaciones del acuífero y se aprecie **CLARAMENTE QUE SU APROVECHAMIENTO NO SUPONE MENOSCABO PARA OTRAS EXPLOTACIONES YA CONSTITUIDAS.***

Toda esta doctrina es perfectamente aplicable al Plan Hidrológico de la Cuenca del Duero, de tal manera que no se pueden otorgar nuevas concesiones, ni establecer un nuevo régimen de los aprovechamientos, con menoscabo de la dotación reconocida o del régimen de explotación a los que hasta entonces se sujetaban los títulos jurídicos preexistentes, perjudicando y limitando su rentabilidad económica.

3)

FALTA DE MOTIVACION Y DE JUSTIFICACION TECNICA.

PRIMERO.-

Para el control del Plan Hidrológico de la Cuenca del Duero se puede acudir al principio general del derecho, hoy positivizado de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), que se opondría a actuaciones administrativas caprichosas y sin justificación, debiendo la aprobación del Plan responder a razones explicitadas en términos técnicos y jurídicos (y respetando la legalidad de base o cobertura legal), como es lo propio en el ejercicio de toda potestad discrecional; lo que conecta con el principio de proporcionalidad y con la buena administración, principio general del Derecho consagrado por la jurisprudencia del TJCE (entre otras, Sentencias de 31 de marzo de 1992, asunto C-255/90), cuyo contenido se determina actualmente conforme a dicha jurisprudencia, en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el "derecho a una buena administración" y que comprende la obligación de la Administración de motivar sus decisiones, de manera similar a lo establecido en el artículo 54 de la Ley 30/1992 , respecto de los actos administrativos discrecionales.

Este aspecto de la motivación, hace que la actuación administrativa de planificación se aproxima más al acto administrativo, sometido a un régimen de motivación más estricto, sobre todo en caso de ser discrecionales (artículo 54 de la Ley 30/1992) que a la actividad normativa. En aras de la adecuada motivación de la planificación de los espacios protegidos y sin perder de vista el principio de buena administración consagrado la jurisprudencia del TJCE que exige motivar cualquier decisión de la Administración, debemos referirnos necesariamente a la consolidada jurisprudencia del **Tribunal Supremo** en un ámbito tan cercano al que nos ocupa como la planificación urbanística. Entre las numerosas Sentencias en esta materia podemos citar las **de 16-6-77, 13-2-92 ó 21-9-9** . En esta última decisión establece el citado Tribunal respecto de la memoria del plan que "(...) resulta evidente la trascendental importancia de tal documento que va reflejando la progresiva autolimitación de la discrecionalidad: la Memoria resulta ser así un contexto dominante para el resto del plan. Su importancia es manifiesta:

A) Desde el punto de vista del interés público, porque viene a asegurar que verdaderamente se va a hacer efectivo en la realidad el modelo territorial justificadamente elegido.

B) En el terreno de la garantía del ciudadano, porque con la Memoria podrá conocer la motivación de las determinaciones del plan y por tanto ejercitar con el adecuado fundamento el derecho a la tutela judicial efectiva -art. 24.1 de la Constitución- con lo que, además pondrá en marcha el control judicial de la Administración -art. 106.1 de la Constitución- que demanda también el interés público.

Así lo declara la jurisprudencia destacando que la Memoria es ante todo la motivación del plan, es decir, la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento.

Y esta Memoria no es un documento accidental que pueda existir o no sino una exigencia insoslayable de la LEY. Las normas en nuestro sistema jurídico pueden tener o no un preámbulo o exposición de motivos. Sin embargo el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa -SSTS. 7-2-1987-10-1988, 9-5-1989), 6-11-1990, 22-5-1991 etc.- exige como elemento integrante esencial la Memoria: la profunda discrecionalidad del planeamiento, producto normativo emanado de la Administración y que pese a ello está habilitado para regular el contenido del derecho de propiedad -art. 33.2 de la Constitución y SSTS. 2-2-1987, 17-6-1989, 28-11-1990, 12 febrero, 11 marzo y 22 mayo 1991 , etc.- explica la necesidad esencial de la Memoria como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad. De su contenido ha de fluir la motivación de las determinaciones del planeamiento -SSTS. 9 julio y 20 diciembre 1991, 15-12-1992 , etc.-.

Va de suyo que las modificaciones que la redacción inicial puede sufrir a lo largo de su tramitación han de estar también motivadas -SS. 25 abril y 9 julio 1991 y, 13-2-1992 , etc.- lo que incluye naturalmente las que se introducen por la Comunidad Autónoma en el momento de la aprobación definitiva -SS. 18 mayo y 15 diciembre 1992 ".

Lo que derivado al ámbito urbanístico ha estado expresado, entre otras, por la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana núm. 1757/2004** (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), de 22 diciembre que dice que:

"la misma doctrina del TS afirma que en la elaboración o modificación de los Planes puede distinguirse dos tipos de actividad:

-una actividad jurídica o reglada que viene sometida a normas formales y materiales de obligada observancia,

-y una actividad de oportunidad técnica o discrecional en la que se elige entre varias alternativas, una determinada solución de ordenación del territorio, que se concreta en relación con el uso del suelo, en la asignación de determinados destinos a los terrenos según el criterio técnico -discrecional- de los redactores del Plan».

Ha de señalarse, por último, por lo que se refiere a la actividad discrecional, que el control jurisdiccional de la Administración, tan precisamente explicitado en el artículo 106.1 de nuestra Constitución se extiende a estos aspectos discrecionales, a través de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad, pues los hechos son tal como la realidad los exterioriza y no le es dado a la Administración desfigurarlos o incluso inventarlos, aunque tenga facultades discrecionales para su valoración y también puede ejercerse tal control a través de los principios generales del derecho, que - artículo 1.4 del Código Civil - informa todo el ordenamiento jurídico y por tanto la norma habilitante que atribuye la potestad discrecional, de donde deriva que la actuación de esta potestad ha de ajustarse a las exigencias de aquéllos, al estar sometida la Administración -artículo 103.1 de la Constitución- no sólo a la Ley sino también al Derecho.

Por ello, la revisión jurisdiccional de la actuación administrativa se extenderá, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos, valorando si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquellos de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad, o una desviación injustificada de los criterios generales del Plan, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -artículo 9.3 de la Constitución-, que en definitiva aspira a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y se convierta ésta, en fuente de decisiones que no resulten justificadas.

... Toda revisión o modificación de un planeamiento determinado requiere su correspondiente motivación, que puede llegar a ser especialmente intensa y relevante cuando así lo requieran las concretas circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado..."

Y es que, en la toma de decisiones en la elaboración de un Plan Hidrológico de la Cuenca del Duero y en las revisiones al mismo hay, como en el urbanismo, aspectos jurídicos o reglados de obligada observancia (reglas de procedimiento, entre otras, y en lo que nos afecta) pero también una serie de aspectos técnicos y discrecionales sobre los que se debe adoptar una decisión de entre varias posibles, sobre todo en cuanto a la concreción de la protección de los valores ambientales en dicho espacio. Y todo ello se debe articular a través del oportuno procedimiento, y debe de constar en el expediente tramitado al efecto, con el respeto a todas las garantías exigidas por la norma reguladora.

Pero como medio de control se sitúa, como se dice en la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Comunidad Valenciana de 4 de abril de 2008,**

"las de motivación de las decisiones administrativas, incluidas, por supuesto, las planificadoras y las modificaciones a las decisiones adoptadas previamente en el ejercicio de esta potestad -incluida la planificación ambiental- que son cada vez son más exigentes e intensas como lo demuestran normas recientes como por ejemplo, la Ley 9/2006, de 28 de abril , sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas sobre el medio ambiente, que exige a la Administración determinar, y también publicar, "las razones de la elección del plan o programa aprobados, en relación con las alternativas consideradas" (art. 14); o la Ley 42/2007, del patrimonio natural y de la biodiversidad, cuyo artículo 18.3 admite que, por razones imperiosas de primer orden, las actuaciones, planes o programas sectoriales contradigan o se aparten de las previsiones de los PORN , pero exige motivar la decisión y publicarla; o, la Ley 8/2007 , de suelo, cuando establece que "el ejercicio de la potestad de ordenación territorial y urbanística deberá ser motivado, con expresión de los intereses a que sirva" (art. 3). Y todo ello sin olvidar que detrás de todo se protegen, como hace la Ley 27/2006, de 18 de julio , los derechos de participación pública, que se deriva a la elaboración de los planes, programas y disposiciones de carácter general relacionados con el medio ambiente, así como en sus modificaciones o revisiones.

Y si bien es cierto que toda ella es normativa no vigente en el momento en que ocurren los hechos, el deber de respeto a los aspectos reglados del procedimiento, y el de la motivación era y sigue siendo exigible e ineludible, habida cuenta de la vigencia legal y elaboración jurisprudencial del mismo, que conecta con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos a que se refiere el art. 9.3 CE , lo que alcanza hasta al legislador, y no es distinto en el

caso de las Administraciones públicas. Efectivamente, ni siquiera al legislador le es permitida la arbitrariedad, como señala, entre otras, la STC 47/2005, de 3 de marzo de 2005, que en la aplicación de nuestra jurisprudencia relativa al principio de interdicción de la arbitrariedad del legislador -art. 9.3 CE - dirá que:

es necesario reafirmar, una vez más, la doctrina de este Tribunal, según la cual, la calificación de 'arbitraria' dada a una Ley a los efectos del art. 9.3 de la Constitución exige una cierta prudencia. La Ley es la 'expresión de la voluntad popular', como dice el preámbulo de la Constitución, y es principio básico del sistema democrático. Ahora bien, en un régimen constitucional, también el Poder Legislativo está sujeto a la Constitución, y es misión de este Tribunal velar por que se mantenga esa sujeción, que no es más que otra forma de sumisión a la voluntad popular, expresada esta vez como poder constituyente. Ese control de la constitucionalidad de las leyes debe ejercerse, sin embargo, de forma que no imponga constricciones indebidas al Poder Legislativo y respete sus opciones políticas." (STC 104/2000, de 13 de abril, FJ 8). Y en la misma línea, hemos subrayado que "el cuidado que este Tribunal ha de tener para mantenerse dentro de los límites de ese control ha de extremarse cuando se trata de aplicar preceptos generales e indeterminados, como es el de la interdicción de la arbitrariedad, según han advertido ya algunas de nuestras Sentencias. Así, al examinar un precepto legal impugnado desde ese punto de vista el análisis se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (SSTC 116/1999, de 17 de junio, FJ 14; y 104/2000, de 13 de abril, FJ 8 y las citadas por ambas)." (SSTC 96/2002, de 25 de abril, FJ 6, y 242/2004, de 16 de diciembre, FJ 7

SEGUNDO.-

Solo nos queda añadir aquí, que los principios de proporcionalidad en la gestión medioambiental, principio de menor onerosidad en las medidas de intervención pública que supongan restricción a la libertad de empresa e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la C.E) exigen limitar a lo estrictamente imprescindible las medidas de intervención y restrictivas de los derechos individuales.

Hemos de insistir en que, aunque se persiga un fin legítimo (protección del hábitat de especies protegidas) existe desviación de poder si los medios son inadecuados o desproporcionados.

Al respecto hay que recordar que el principio de proporcionalidad que debe regir la actuación administrativa supone una adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer. El artículo 96.2 del LRJPAC, al regular los medios de ejecución establece que “**si fueren varios los medios de ejecución admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual**”. La Administración debe emplear medios “*suficientemente proporcionados*”, en relación con la finalidad perseguida y a los obstáculos que se opongan a su realización (STS de 29 de marzo de 1965, 10 de junio de 1977 y 15 de junio de 1981, Ar.2924).

Por otro lado, no resulta razonable ni equitativo limitar o restringir y además sin indemnización o medida compensatoria alguna, el régimen de los aprovechamientos hidroeléctrico pre-existentes. Sería totalmente irrazonable tal proceder, entendiendo que se actúa racionalmente cuando la decisión administrativa «esté precedida de la argumentación que la fundamente», de forma que «se puede comprobar que la solución dada es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad», esto es, de la mera voluntad o el simple capricho de su autor, cuando «responde a una determinada interpretación del Derecho» y, en consecuencia, es capaz de «permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los derechos», en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de octubre de 1991.

Igualmente, a través de la vía del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art.9.3 de la CE) la jurisprudencia ha llegado a poner en cuestión y negado en ocasiones, incluso, la racionalidad de la actuación administrativa (La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1986 y de 22 de septiembre de 1986).

Desde esta perspectiva, debemos concluir que no es razonable ni proporcionado, y desde Lugo nos testa justificado en el borrador de Plan que informamos, el que se impongan limitaciones o restricciones a las concesiones que son incluso anteriores a ley de aguas vigente, impidiendo el adecuado aprovechamiento de la mismas y la amortización de las inversiones realizadas, incumpliendo unilateralmente la Administración las condiciones a las que se sujetaba la concesión otorgada, rompiendo el equilibrio económico de la concesión y causando con ello daños y perjuicios irreparables a mi mandante.

4.-

INEXISTENCIA DE MEMORIA ECONOMICA

Parece claro que la Memoria Económica del Plan Hidrológico de la Cuenca del Duero, por insuficiente, no cumple el fin a que está llamada.

Decíamos anteriormente que la Memoria no es un documento accidental que pueda existir o no sino una exigencia insoslayable de la LEY. Las normas en nuestro sistema jurídico pueden tener o no un preámbulo o exposición de motivos. Sin embargo el Plan, que tiene una clara naturaleza normativa -**SSTS. 7-2-1987-10-1988, 9-5-1989), 6-11-1990, 22-5-1991 etc.**- exige como elemento integrante esencial la Memoria: la profunda discrecionalidad del planeamiento, producto normativo emanado de la Administración y que pese a ello está habilitado para regular el contenido del derecho de propiedad -art. 33.2 de la Constitución y **SSTS. 2-2-1987, 17-6-1989, 28-11-1990, 12 febrero, 11 marzo y 22 mayo 1991** , etc.- explica la necesidad esencial de la Memoria como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad. De su contenido ha de fluir la motivación de las determinaciones del planeamiento -**SSTS. 9 julio y 20 diciembre 1991, 15-12-1992** , etc.-.

En efecto, uno de los documentos fundamentales que deben preceder a toda ordenación territorial es el estudio económico financiero o estudio de viabilidad, que justifique la ponderación entre el criterio o determinaciones previstas en el Planeamiento, y las posibilidades económicas y financieras de la Administración Autónoma proponente del Plan para llevar a cabo tales determinaciones, evaluándose en dicho estudio los costes de ejecución de las previsiones del Plan, y analizando los recursos económicos financieros disponibles para afrontarlos.

Como tiene declarado con reiteración la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, con dicho estudio lo que se pretende es evitar que se establezcan *“Planificaciones ilusorias que determinan frecuentemente, bien la congelación de terrenos con fines meramente especulativos, sin causa alguna, bien la ejecución incompleta o deficiente del Plan con grave perjuicio de los intereses generales y privados que resultan afectados por el mismo”* (STS de 23 y 28 de febrero de 2000).

Desde esta perspectiva, la memoria que acompaña al Plan adolece de una parte económica , en cuanto que el Plan carece del soporte económico que justifique y explique como que disponibilidades presupuestaria se cuenta para ejecutar la determinaciones que se recogen en el Plan. No se olvide, en esta línea argumental, que para que las Administraciones Públicas puedan asumir nuevas obligaciones económicas es necesario que exista un crédito presupuestario que cubra el importe íntegro de la obligación. Y en el presente caso se ignora o no se recoja que exista tal crédito presupuestario, ni siquiera para indemnizar o compensar los perjuicios que del la aplicación del Plan se van a derivar para loa particulares.

5.-

OBLIGACION DE INDEMNIZAR

Resulta patente que la Administración debe; a) apoyarse en la ley, esto es, respetar los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art.9.3 CE); b) garantizar que las medidas ambientales no sólo sean racionales sino que se apoyen en al indispensable solidaridad colectiva (art.45 CE); y c) no privar a nadie de sus bienes y derechos salvo por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes (art.3.3 de la CE).

Por consiguiente, los efectos negativos ocasionados en los aprovechamientos Hidroeléctricos de mi mandante por las limitaciones impuestas por el Plan han de ser valorados e indemnizados.

La necesidad de indemnizar las vinculaciones singulares establecidas en el Plan encuentra su apoyo en el artículo 33 de la Constitución Española y en los artículos 349 del Código Civil y 1º de la Ley de Expropiación Forzosa.

La sentencia del **Tribunal Supremo de 30 de abril de 2009, Rj 2009/2992.** es ciertamente reveladora , al afirmar lo que sigue

OCTAVO

La necesidad de que los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales prevean las indemnizaciones correspondientes por las limitaciones que impongan al derecho de los propietarios afectados está reconocida en el artículo 18.2 de la Ley 4/89, de 27 de Marzo (RCL 1989, 660) , de Conservación de los Espacios Naturales y la Flora y Fauna Silvestres.

Así lo hemos recordado en nuestra sentencia de 21 de Octubre de 2003 (RJ 2004, 54) (casación 10867/98), donde decíamos que:

"Aunque lo expresado en el precedente fundamento jurídico constituye cumplida justificación para desestimar el segundo motivo de casación alegado, no se puede olvidar que la sentencia recurrida, si bien no anula las determinaciones del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, como habían pedido los demandantes, declara que algunas de esas determinaciones impusieron limitaciones singulares a los derechos de aquéllos sin fijar una condigna

compensación, defecto que, aun sin comportar su anulación, conlleva el deber de indemnizarles o repararles adecuadamente en la medida resultante de aplicar el régimen de prohibiciones establecido en los artículos 35, 59, 60 y 62.1 del Decreto 45/1995, de 26 de mayo (LRM 1995, 199) , de manera que, aunque no se anulen estos preceptos, que privan o limitan derechos a los demandantes sin fijar una adecuada contraprestación, el pronunciamiento condenatorio de la sentencia viene, en cierta manera, a suplir tal deficiencia con el deber impuesto a la Administración que los dictó de indemnizar a los propietarios despojados de los aprovechamientos cinegético y forestal, de modo que la decisión de la Sala de instancia se inscribe dentro de la más tradicional doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 42 de la Ley de esta Jurisdicción de 1956 (RCL 1956, 1890) (artículo 31.2 de la vigente), regulador de la acción de plena jurisdicción como subsidiaria o derivada de la encaminada a que se declare que el acto o la disposición son contrarios a derecho, lo que abunda en la corrección jurídica de las razones expresadas por la Sala sentenciadora para rechazar primero la causa de inadmisión del recurso contencioso-administrativo, planteada por la Administración de la Comunidad Autónoma demandada, y acceder después a la pretensión indemnizatoria formulada.

Eludimos cualquier consideración acerca del deber de la Administración de reparar la privación de aprovechamientos a los demandados y el consiguiente derecho de éstos a ser resarcidos por tal concepto en cuanto que la propia Administración autonómica recurrente no niega ese derecho a una adecuada compensación por las limitaciones que les impone el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales aprobado, sino que se limita a cuestionar la forma en que se ha declarado, a lo que anteriormente hemos dado respuesta, pero, en cualquier caso, para demostrar que la tesis del Tribunal "a quo" es correcta, basta recordar que el artículo 18.2 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo (RCL 1989, 660) , sobre Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, prevé las adecuadas compensaciones, según el tipo de limitaciones impuestas, dentro de las Areas de Influencia Socioeconómica, que comprende el conjunto de los términos municipales donde se encuentre ubicado el espacio natural de que se trate y sus zonas periféricas de protección.

Dicho precepto recoge el principio general de que nadie puede ser privado de sus derechos o intereses legítimos sino por causa justificada de utilidad pública y previa la correspondiente indemnización (artículo 349 del Código civil (LEG 1889, 27)), que en la actualidad sanciona el artículo 33.3 de la vigente Constitución (RCL 1978, 2836) , ya que la privación de los aprovechamientos cinegéticos o forestales no constituye una mera limitación de su uso, que vendría a definir el contenido normal de la propiedad y a configurar su peculiar estatuto jurídico, sino que supone una restricción singular de esos aprovechamientos por razones de utilidad pública, que no deben soportar los desposeídos sin una congruente remuneración, como así lo ha entendido y declarado la Sala de instancia en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida, transcrito en el antecedente tercero de esta nuestra".

Esta idea de restricción singular de aprovechamientos por razones de utilidad pública que exige la necesaria indemnización es plenamente aplicable al caso que nos ocupa.

En efecto, en el punto 4.4 del Anexo del Decreto impugnado 88/2002 (LG 2002, 87) se dispone:

1º.- La caza como actividad recreativa es incompatible con la finalidad del espacio.

2º.- Las explotaciones agrícolas son incompatibles con la finalidad del espacio.

3º.- Se considera incompatible a la ganadería con la finalidad del espacio.

Y en el punto 6.2, vuelven a citarse como usos prohibidos el pastoreo, en cualquiera de sus manifestaciones posibles; las actividades agrícolas en cualquiera de sus posibles manifestaciones, y la caza.

Pues bien, la privación de los aprovechamientos cinegéticos agrícolas o ganaderos no constituyen una mera limitación de su uso, que vendría a definir el contenido normal de la propiedad y a configurar su peculiar estatuto jurídico, sino que supone una restricción singular de esos aprovechamientos por razones de utilidad pública, que no deben ser soportados por la persona desposeída sin la indemnización correspondiente, pues en otro caso se vulnerarían el artículo 33 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y los artículos 349 del Código Civil (LEG 1889, 27) y 1º de la Ley de Expropiación Forzosa (RCL 1954, 1848) , que son los infringidos por la Sala de instancia al haber desestimado el recurso contencioso administrativo.

NOVENO

Procede, por lo tanto, declarar haber lugar al recurso de casación y revocar la sentencia impugnada.

Ahora bien, habida cuenta de que la ilegalidad del Plan no deriva del hecho de imponer tales limitaciones al derecho de propiedad, sino de hacerlo sin las correspondientes indemnizaciones, al igual que hizo este Tribunal en su citada sentencia de 21 de Octubre de 2003 (RJ 2004, 54) , no anularemos el Plan impugnado, sino que restableceremos su legalidad con el reconocimiento del derecho del propietario a las correspondientes indemnizaciones, la cuales, llegado el caso, habrán de ser fijadas en ejecución de sentencia, (si bien, como antes hemos dicho, este derecho que ahora reconocemos puede quedar subsumido en el justiprecio final que se fije en la vía expropiatoria).

En definitiva, los artículos 33 y 53.1 de la Constitución, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional, exigen el respeto del derecho de propiedad privada, así como el respeto del principio de reserva de ley que rige dicha materia. Todo lo cual,

conlleve que las limitaciones a la propiedad privada impuestas y las concesiones pre-existentes vaya acompañada de su correspondiente indemnización.

Pero no sólo serían objeto de indemnización las limitaciones a los usos que se estuvieran realizando a la fecha de aprobación del Plan, sino todas aquellas que supongan una restricción al derecho concesional.

Como decía el Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente transcrita, en nuestro caso, habida cuenta de que la ilegalidad del Plan no deriva del hecho de imponer tales limitaciones al derecho de propiedad y a las concesiones y aprovechamiento pre-existentes, sino de hacerlo sin las correspondientes indemnizaciones, al igual que hizo ese Tribunal en su citada [sentencia de 21 de Octubre de 2003 \(RJ 2004, 54\)](#), no procede anular el Plan impugnado, sino restablecer su legalidad con el reconocimiento del derecho del propietario a las correspondientes indemnizaciones, la cuales, llegado el caso, habrán de ser fijadas en ejecución de sentencia.

6.-

ALEGACIONES PARTICULARES

Descendiendo a las alegaciones concretas, demos oponer lo que sigue:

Primera.- Artículo 27.4

Creemos que es un acierto, por lo que de protección de la seguridad jurídica tiene -y nos congratulamos por ello-, que el artículo 27.4 de las normas prevea que la imposición de los caudales ecológicos establecidos en el Plan se hará “sin perjuicio del posible derecho de indemnización a que se hace referencia en el artículo 65 del TRLA” en relación con los aprovechamientos preexistentes que no los tuvieran fijados.

Segunda.- Artículo 30.5

Considerando igualmente acertada la reiteración de la indemnización aludida en el párrafo anterior, queremos alertar de la, a nuestro juicio, excesiva cercanía de la fecha del 1.1.2016 como la de inicio de la imposición de los caudales ecológicos definidos en el Plan a los aprovechamientos preexistentes que no los tuvieran fijados, máxime

cuando no hemos sabido ver en la propuesta del Plan la dotación económica necesaria para hacer frente a las indemnizaciones que habrán de satisfacerse.

Tercera.- Artículo 31

Queremos simplemente alertar de la notabilísima importancia que las presas de uso hidroeléctrico tienen en la regulación del sistema eléctrico español a los efectos de señalar que la imposición de determinadas tasas de cambio podrían llegar a frustrar ese servicio imprescindible para la seguridad y fiabilidad del suministro eléctrico peninsular.

Cuarta.- Artículo 36

Lamentamos que el uso energético, situado por delante de los demás usos industriales en la preferencia de usos del art. 60,3 del T.R.L.A., sea considerado por el Plan de la misma importancia o preferencia que la generalidad de dichos usos, de forma que solicitamos se vuelva al esquema general del texto refundido de la ley de aguas.

Quinta.- Artículo 51

Consideramos inadecuada la equiparación que, a efectos de plazo concesional, se realiza entre el uso energético y el resto de usos industriales, pues es notorio que las inversiones necesarias para levantar un aprovechamiento energético son siempre y en cualquier caso verdaderamente cuantiosas, lo cual justifica que solicitemos se reforme el presente precepto en el sentido que las concesiones para usos energéticos tendrán un plazo mínimo de cuarenta años.

Sexta.- Artículo 60,3

Por idénticas razones a las aludidas en el número anterior, estimamos inadecuada la limitación a un máximo de 40 años del plazo concesional de las concesiones para uso energético, limitación que, por lo demás, no queda justificada en el Plan. De ahí que solicitamos que, cuando menos, el plazo de 40 años sea considerado colmo mínimo en las concesiones de uso hidroeléctrico y energético.

Séptima.- Artículo 61

De la misma manera que en los artículos 27,4 y 30,5 se sometía la imposición de los caudales ecológicos previstos en el Plan a los aprovechamientos preexistentes que no los tuvieran fijados a la indemnización del artículo 65 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, también en este precepto que permite el rescate de las concesiones que no

cumplan los caudales ecológicos previstos en el Plan se debería incluir la subsistencia del derecho a la indemnización en el caso de rescate anticipado de concesiones.

Octava.-

De todo lo anteriormente expuesto, concluimos que cualquier variación de las condiciones de explotación de las centrales hidroeléctricas actuales o establecidas en la concesión, como por ejemplo el aumento del caudal ecológico o establecimiento de uno en un lugar en el que ahora no existe, o la implantación de tasas de variación de potencia donde ahora no existe o con menos gradiente, lo que implica una menor capacidad en la variación de la potencia por unidad de tiempo, implicaría un perjuicio económico que es necesario considerar así como la indemnización compensatoria de los mismos.

En su virtud,

SOLICITA A VI: tenga por presentado este escrito, lo admita, tenga por hechas las manifestaciones en el contenidas y, admitiéndolas, reforme la normativa del Plan Hidrológico de conformidad con lo solicitado en el cuerpo de este escrito.

En Madrid a 9 de junio de 2011.



Ilmo Sr PRESIDENTE DE LA CONFEDERACION HIDROGRAFICA DEL DUERO.
c/ Muro 5, 47004 VALLADOLID