

TRIBUNAL SUPREMO Y RÉGIMEN DE CAUDALES ECOLÓGICOS DEL TAJO

Supreme Court and regime of ecological flows of the Tagus River

ANTONIO FANLO LORAS

Catedrático de Derecho Administrativo

Revista Aranzadi de Derecho Ambiental 54

Enero – Abril 2023

Págs. 21-50

Resumen: Cinco sentencias del Tribunal Supremo, de 2019, han anulado algunos artículos del Plan Hidrológico del Tajo, 2016-2022, por no fijar objetivos ambientales y caudales ecológicos en todas las masas de agua. Dichas sentencias no declaran que hayan de incrementarse los caudales ambientales fijados y rechaza las propuestas de los recurrentes para incrementarlos, por corresponder esa tarea a la Administración, que debe tener en cuenta las afecciones que producirían en los usos existentes. El aprovechamiento del Tránsito Tajo-Segura es una "presión" que, el Plan del Tajo debe incorporar, en tanto no se modifique por el legislador. En este sentido, el "caudal circulante no inferior a 6 m³/s, del Tajo, en Aranjuez" es una condición hidrológica establecida por las leyes especiales del Tránsito Tajo Segura, que debe ser respetada por la planificación hidrológica del Tajo.

Abstract: Five Supreme Court rulings in 2019 have annulled some articles of the Tagus Hydrological Plan, 2016-2022, for not setting environmental objectives and ecological flows in all bodies of water. These rulings do not declare that the established environmental flows must be increased and reject the appellants' proposals to increase them, as this task corresponds to the Administration, which must take into account the effects that they would have on existing uses. The use of the Tagus-Segura Water Transfer constitutes a "pressure" which the Tagus Plan must assume, as long as it is not modified by the legislator. In this sense, the "river flow of not less than 6 m³/s of the Tagus at Aranjuez" is a hydrological condition established by the special laws of the Tagus-Segura interbasin water transfer, which must be respected by the Tagus hydrological planning.

Palabras clave: Plan hidrológico Tajo – Caudal circulante mínimo – Caudal ecológico – Condiciones hidrológicas trasvases – Jerarquía normativa.

Keywords: Tagus Hydrological Plan – Minimum river flow – Ecological flow – Hydrological conditions water transfers – National Hydrological Plan – Legislation hierarchy.

Fecha de recepción: 16-1-2023

Fecha de aceptación: 3-2-2023

SUMARIO: I. LA NULIDAD PARCIAL DEL PLAN HIDROLÓGICO DEL TAJO 2016-2021. 1. *En relación con la falta de objetivos ambientales.* 2. *En relación con la falta de un régimen de caudales ecológicos completo.* II. ALGUNAS CUESTIONES NO PLANTEADAS NI RESUELTAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO. 1. *Ámbito hidrológico (espacial) de aplicación del denominado régimen de caudales ecológicos y sus componentes.* 2. *El volumen de aguas excedentarias en el sistema de cabecera de la cuenca del Tajo y el régimen de caudales mínimos circulantes en Aranjuez está regulado por las leyes especiales del Trasvase Tajo-Segura, aprovechamiento que constituye una presión que debe asumir la planificación hidrológica del Tajo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* 2.1. *La determinación del volumen de aguas excedentarias en el sistema de cabecera de la cuenca del Tajo está establecida en las leyes especiales TTS.* 2.2. *El caudal no inferior a 6 m³/s. en Aranjuez es una “condición” hidrológica establecida por las leyes especiales del trasvase Tajo-Segura que la planificación de la demarcación hidrológica del Tajo debe respetar, mientras no la modifique el legislador.* III. CONSIDERACIONES FINALES.

I. LA NULIDAD PARCIAL DEL PLAN HIDROLÓGICO DEL TAJO 2016-2021

El TS, en cinco sentencias, de 2019 (ROJ 854/2019, de 14 de marzo), recurrente Ayuntamiento de Talavera de la Reina; 855/2019, de 14 de marzo, recurrente Ayuntamiento de Aranjuez; 856/2019, de 11 de marzo, recurrente la Plataforma de Defensa de los Ríos Tajo y Alberche y otras asociaciones; 937/2019, de 23 de marzo, recurrente Ayuntamiento de Toledo; y 1159/2019, de 2 de abril, recurrente la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha), ha anulado parcialmente algunos artículos de la parte Normativa del vigente Plan Hidrológico del Tajo 2015-2021 [en concreto, los arts. 9.1, en relación con el Apéndice 4.1 y 4.2; 9.3, en relación con el Apéndice 4.3; 9.5; 9.6; y 9.7; el art. 10.2, en el inciso “no serán exigibles en el horizonte temporal del presente Plan” y el artículo 19.1, en relación con el Apéndice 8.1 y 8.2), artículos referidos al régimen de caudales ecológicos –arts. 9 y 10– y a objetivos ambientales –art. 19.1–]¹.

1. Sobre estas sentencias pueden verse los trabajos de María Soledad GALLEGO BERNAD, “Las sentencias del Tribunal Supremo sobre el incumplimiento por el Plan Hidrológico del Tajo de 2016 de la regulación sobre caudales ecológicos y objetivos medioambientales”, *Gabilex*, núm. 18(2019), disponible en <http://gabilex.castillalamancha.es>; I. GALLEGO CORCOLES - N. GARRIDO CUENCA - E. GONZÁLEZ VI-

Los motivos de la declaración de nulidad son:

1.º El PH Tajo no establece una regulación de los *objetivos ambientales* en todas las masas de agua, conforme a la normativa vigente.

2.º El PH Tajo ha incumplido la obligación de fijar un *régimen de caudales ecológicos completo* con carácter vinculante para el horizonte temporal del Plan (2016-2021), en las condiciones legalmente establecidas (por el Texto Refundido de la Ley de Aguas, el Reglamento de Planificación Hidrológica y la Instrucción de Planificación Hidrológica).

1. EN RELACIÓN CON LA FALTA DE OBJETIVOS AMBIENTALES

No analizaré el motivo relativo a la *falta de objetivos ambientales* del PH Tajo para todas² las masas de agua, si bien ambos motivos están conectados –como señalan las sentencias 854, 855 y 937/2019, las tres del mismo ponente, Don Cesar Tolosa Tribiño, el que fuera Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo y, en la actualidad, magistrado del Tribunal Constitucional–, en cuanto que “una de las medidas fundamentales para prevenir el deterioro de las masas de agua superficiales y conseguir el buen estado ecológico de las mismas, es el establecimiento de un régimen de caudales ecológicos”.

El vínculo entre *buen estado* de las masas de agua y *caudal ecológico* constituye un tópico en la normativa, en la doctrina y en la praxis española de las dos últimas décadas, considerándose éste como determinante³ de

CENTE - E DELGADO PIQUERAS, “Caudales ecológicos y otros conflictos ambientales en la reciente jurisprudencia derivada de la planificación hidrológica en España”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 117 (2020), pp. 341-386. Resulta obvio que no comparto algunas de las valoraciones de estos autores. Con una perspectiva valorativa distinta, MOLINA GIMÉNEZ, A. (2019). “Los caudales ecológicos en la planificación hidrológica. Reflexiones a la luz de la Sentencia del Tribunal Supremo 309/2019 de 11 de marzo, relativa al plan hidrológico del Tajo y sus posibles impactos en el Trasvase Tajo-Segura”. *Sostenibilidad: económica, social y ambiental*, 1, 13-30. <https://doi.org/10.14198/Sostenibilidad2019.1.02>.

2. En realidad, no se habían fijado objetivos ambientales en seis masas de agua y solo una pertenece a una zona protegida y nada se decía de la relación entre la masa y las necesidades de protección del lugar.
3. En la parte expositiva del Real Decreto 638/2016, de 9 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, se afirma que “el régimen de caudales ecológicos es un requisito ‘sine qua non’ para la consecución de los objetivos de protección previstos en el artículo 92 del TRLA, al ser un instrumento que contribuye a prevenir el deterioro, proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos, así como de los ecosistemas terrestres y humedales asociados, de manera que se garantice un uso sostenible del agua a la vez de satisfacer tanto en cantidad como en calidad su demanda”.

aquél, de manera que –se argumenta– la Directiva Marco del Agua *obliga* a fijar caudales ecológicos, obligación que no figura en dicha norma europea. En efecto, su concepto y configuración normativa en el Derecho nacional (a partir de 1999) ha pretendido anclarse equívocamente en la DMA (cuyo objetivo es alcanzar el *buen estado* de las aguas), cuando la categoría de “caudal ecológico” carece de reconocimiento en el articulado de la citada DMA, como revela que no figure entre las definiciones de su art. 2. En sus Anexo II y V, se hable simplemente de “caudal”, como elemento *descriptivo* (que no, *prescriptivo*, adviértase la notable diferencia jurídica) para caracterizar las masas de agua tipo río y su estado⁴.

Cierto es que no basta que tengan un buen estado *físico químico* (calidad del agua), sino, además, un buen estado *ecológico*, que depende de los indicadores hidromorfológicos que afectan a los indicadores biológicos (caso de la fauna ictiológica)⁵. La *calidad* del agua tiene que ver con la *contaminación*, con independencia del caudal, cuyo mayor o menor volumen no puede justificar prácticas de *dilución* por las nulas o deficientes condiciones de los vertidos. La dilución está expresamente prohibida por la normativa europea y nacional⁶. El régimen hidrológico (caudales), en España, condicionado por la irregularidad espacio temporal del régimen de precipitaciones, está muy “artificializado”, consecuencia de la regulación de nuestros ríos. Por esta razón, la determinación de un régimen de caudales ecológicos solo puede ser garantizado en aquellos ríos que tienen infraestructuras de regulación para el almacenamiento de agua.

Es oportuno reiterar, una vez más, que el concepto de “caudal ecológico” con todos sus componentes al que se refieren las cinco sentencias del TS sobre el PH Tajo, es una creación –una “autoimposición”– del *Derecho español*, cuyo estatuto *legal* es muy escaso (reducido a su concepto, naturaleza jurídica y la reserva de determinación por el plan hidrológico), y

4. Véase FANLO LORAS, A., “Los caudales ecológicos como herramienta para armonizar los objetivos ambientales y socio-económicos de la planificación hidrológica”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 49 (2021), pp. 11-24.
5. La relación entre los caudales (sin más adjetivación) y los objetivos ambientales de la DMA se encuentra en los indicadores hidromorfológicos, que afectan a los indicadores biológicos (flora, fauna bentónica y fauna ictiológica) que incluyen: i) el régimen hidrológico (“los caudales e hidrodinámica del flujo de las aguas y conexión con masas de agua subterránea”); la continuidad del río; y las condiciones morfológicas (variación, profundidad y anchura del río; estructura y sustrato del lecho del río; estructura de la zona ribereña), Véase el Anexo V, de la DMA, § 1, Estado Aguas superficiales, § 1.1.1. Ríos. Pero –insisto– como elemento de caracterización (*descriptivo*) de las masas de agua y de su estado.
6. El art. 251.1.b) 3.ª RDPH establece “los valores límite de emisión no podrán alcanzarse mediante técnicas de dilución”.

tiene el grave inconveniente de que está muy deficientemente articulado con nuestro modelo de gestión del agua “artificializado” –un régimen de aguas “reguladas”, no de aguas “corrientes”, en régimen natural–, consecuencia del almacenamiento y regulación del caudal de nuestros ríos, como técnica para garantizar las disponibilidades de agua y corregir los efectos de la irregularidad espacio-temporal de nuestro régimen de precipitaciones⁷.

El grueso de su desarrollo normativo es *reglamentario* (Reglamento de Planificación Hidrológica, de 2007, así como los importantes, aunque inaplicados, artículos 49 *ter*, *quater* y *quinquies*⁸ del Reglamento del

7. Véase FANLO LORAS, A., “La singularidad hidrológica de España: un sistema de aguas artificializado”, en G. CREPALDI (Coord.), *Perfiles de la ordenación jurídica del agua en Italia, España y América Latina*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 21-43. Los orígenes de la configuración jurídica del concepto de “caudal ecológico” en el Derecho español podemos situarlos en el trabajo de A. EMBID, “Usos del agua e impacto ambiental. Evaluación de impacto ambiental y caudal ecológico”, en A. EMBID (Director), *La calidad de las Aguas*, Civitas, 1994, pp. 115-169, en especial, pp. 166-167, que el autor califica de “presupuesto de gestión del dominio público hidráulico”, idea que reitera en trabajos posteriores. En esa misma publicación hay una comunicación de G. ERAS MORENO, “Planificación hidrológica y caudales ecológicos”, pp. 225-232, que plantea la necesidad de establecer una adecuada metodología para establecerlos y la cuestión básica de si los caudales mínimos por motivos ambientales deben ser *naturales* o *regulados*, interrogante clave –en mi opinión–, por la importancia de la “artificialización” de nuestro modelo de gestión del agua (embalses). El Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio por el que se aprueban los primeros PPHH, consideró los caudales ecológicos como “una restricción general de los sistemas de explotación”, art. 2.c), naturaleza jurídica que asume el *Libro Blanco del Agua* (1998) y se incorpora a la ley de Aguas, en la reforma de 1999, y más tarde, a la Ley del Plan Hidrológico Nacional y al TRLAg, de 2001 y su modificación de 2003, que incorpora la Directiva Marco del Agua. El concepto y determinación del régimen de caudales ecológicos lo desarrolla el RPH (2007) y, sobre todo, la IPH, de 2008.
8. La STS de 3 de octubre de 2018, ponente W. F. Olea Godoy, ROJ 3353/2018, ha anulado el nuevo art. 49 *quinquies*, apartado 2, al entender que el “margen de tolerancia” establecido por dicho apartado, carece de cobertura legal. Para el Tribunal la previsión reglamentaria general que establece los casos en los que no existe incumplimiento del régimen de caudales cuando se produzcan dentro de los márgenes de tolerancia que regula no está autorizada por el legislador y es manifiestamente contraria a las exigencias legales que impone el art. 42 TRLAg, en concreto que los planes hidrológicos determinen dichos caudales y su mantenimiento. Sorprende este rigor legalista, cuando la exigencia de fijar caudales en *todas* las masas y con *todos* los componentes no es una previsión *legal*, sino estrictamente *reglamentaria* (RPH, IPH y ahora el RDPH, modificado). Y la reforma de 2016, por la que se modifica el RDPH, norma reglamentaria, distingue el régimen de los ríos regulados de los no regulados y, como tantas normas administrativas, establece márgenes de tolerancia para valorar el cumplimiento o no del régimen de caudales establecido. La anulación de la norma ha forzado a los nuevos planes del tercer ciclo a regular esos supuestos sin que exista la homogeneidad y rigor requeridos y sin una cobertura normativa general y homogénea.

Dominio Público Hidráulico, introducidos en la reforma de 2016), con especial protagonismo del de menor rango normativo, aprobado por simple *Orden* ministerial (Instrucción de Planificación Hidrológica, de 2008). No ha de extrañar que el pormenorizado y voluntarioso régimen de caudales ecológicos de la IPH, con ámbitos de “creatividad” muy notables y alejados de la escueta regulación legal, suscite fundadas críticas (confuso procedimiento de establecimiento; ámbito espacial indiferenciado, cuando sus componentes solo son operativos en ríos que cuentan con infraestructuras de regulación; metodología de caracterización anticuada; horquillas decisorias que permiten márgenes de discrecionalidad muy amplios; falta de homogeneidad en su aplicación a las distintas cuencas, etc.) y numerosas voces han solicitado su modificación. La cuestión más polémica es que la IPH configura un régimen de caudales ecológicos completo que pretende simular el régimen “natural” del río, pretensión absolutamente absurda y disfuncional, pues no existe, en la actualidad, ese régimen natural y, mal aplicado, compromete los recursos hídricos almacenados como garantía de la satisfacción de las demandas.

2. EN RELACIÓN CON LA FALTA DE UN RÉGIMEN DE CAUDALES ECOLÓGICOS COMPLETO

El objeto del presente trabajo queda, pues, limitado al estudio de la anulación parcial de aquellos artículos del PH Tajo que han incumplido la obligación de establecer un régimen de *caudales ecológicos completo* de carácter *vinculante* para el horizonte temporal del Plan (2016-2021), en las condiciones *legalmente* establecidas. Subrayo, de nuevo, ante el uso –poco riguroso– por las sentencias del adverbio “*legalmente*”, el casi exclusivo protagonismo de las normas reglamentarias, especialmente de la IPH, aprobada por simple *Orden* ministerial, para la configuración del régimen de caudales.

Interesa identificar correctamente los *motivos* de la *anulación* parcial del vigente PH Tajo, para evitar fundar en estos fallos interesadas, cuando no, erróneas interpretaciones de su alcance. Estos fallos quedan enmarcados por las *pretensiones* concretas ejercidas por los recurrentes, respecto al PH Tajo 2016-2021. No ha de sorprender que existan cuestiones que no se han planteado expresamente o no han sido valoradas sino indirectamente en estos concretos recursos, al no alegarse por las partes o por la defensa de la Administración. Por esa razón, estos fallos no prejuzgan lo que el Tribunal Supremo pueda resolver en el futuro, ante pretensiones y argumentos diferentes que pueda suscitar el nuevo Plan Hidrológico 2022-2027.

En efecto, desde el mismo momento de la publicación de los referidos fallos, los recurrentes, las organizaciones y entidades ambientales⁹, así como los máximos responsables del MITERD han venido reiterando que el *incremento* de los *caudales ecológicos* del eje del Tajo, desde el embalse de Bolarque hasta el embalse de Azután, ahora extendido hasta el embalse de Valdecañas, plasmado en el Proyecto de PH Tajo para el tercer ciclo de planificación (2022-2027), sometido a información pública en junio de 2021 y a Informe del Consejo Nacional del Agua, en la reciente y confusa sesión celebrada el pasado 30 de noviembre de 2022, se ha efectuado en *cumplimiento* de las citadas sentencias del Tribunal Supremo. El incremento de los caudales –según estos agentes sociales y responsables políticos– es una *exigencia* de estas sentencias.

Sin embargo, nada dicen esas sentencias de que los caudales ecológicos a establecer por el PH Tajo se deban incrementar o rebajar, respecto de los fijados para las masas “estratégicas”. Se limitan a declarar que no se han fijado caudales ecológicos *completos* en *todas* las masas de agua tipo río de la cuenca del Tajo, en las condiciones legales establecidas. En particular, el Tribunal constata, atendida la concreta pretensión ejercida en esos procedimientos, que el “*caudal circulante mínimo*” fijado para cuatro masas del eje del Tajo (Almoguera, Aranjuez, Toledo y Talavera de la Reina, que son las que realmente interesan a los recurrentes), no es un “caudal ecológico”, como se reitera en diversos documentos del PHT que recogen como “prueba” las cinco sentencias.

Esta afirmación puede estar en el origen de la interpretación interesada según la cual resulta obligado fijar en esas masas “caudales ecológicos” con todos sus componentes, que los recurrentes presumen deben ser superiores al “caudal mínimo circulante” actual, pese a que el Tribunal no mencione caudal alguno y rechace expresamente incrementarlos, por corresponder a la Administración establecerlos, teniendo en cuenta el conjunto de los intereses afectados de la cuenca.

Lo que sí hacen las cinco sentencias –como queda señalado– es *rechazar* la *pretensión* de los recurrentes de que se reconozcan o declaren en el

9. Véase, en el sentido de equiparar buen estado con caudal ecológico y la necesidad de incrementar los caudales del eje del Tajo para garantizar un buen estado de sus masas de agua, el “Informe de valoración de las modificaciones al Plan Hidrológico de la Demarcación del Tajo sometido a información del Consejo Nacional del Agua”, noviembre de 2022, elaborado por la Catedra del Tajo, de la Universidad de Castilla-La Mancha, disponible en <https://catedradeltajo.es/informe-de-valoracion-de-las-modificaciones-al-plan-hidrologico-de-lademarcacion-del-tajosometido-a-informacion-del-consejo-nacional-del-agua-de-2022/>. No comparto en modo alguno las conclusiones de esta entidad.

Apéndice 4.3, para esas cuatro masas de agua del tramo medio del Tajo unos caudales muy superiores a los “caudales circulantes mínimos” fijados por el PH Tajo (que los recurrentes justifican en un estudio realizado por un profesor de la Universidad de Castilla-La Mancha –SSTS 854, 855 y 937/2019, Fundamento de Derecho Vigésimoprimer, de las tres sentencias respectivamente– o los propuestos, en su día, en el *Esquema Provisional de Temas Importantes*, de noviembre de 2010 –STS 856/2019, Fundamento de Derecho Segundo, penúltimo párrafo, doctrina que reitera la STS 1159/2019, Fundamento de Derecho Tercero), por no corresponder esa función a los Tribunales.

Las citadas sentencias no se pronuncian –insisto en ello– sobre ese incremento del caudal “ecológico”, pues la *pretensión* de los recurrentes de que

“se establezcan *concretos caudales ecológicos* o se sustituyan por otros también específicos, excede del ámbito del control jurisdiccional de dicha actividad normativa de la Administración, como resulta del art. 71.2 LJCA”, STS 856/2019, FD 2, penúltimo párrafo, que reitera la STS 1159/2019, FD 3 (las cursivas no están en el original).

Las SSTS 854, 855 y 937/2019, Fundamento de Derecho Vigésimoprimer, rechazan igualmente esa pretensión, recordando los límites que impone el art. 71.2 LCA al control judicial de las potestades discrecionales de la Administración.

En efecto, la declaración del incumplimiento de la obligación de establecer caudales ecológicos y la nulidad parcial declarada del PH Tajo, lleva implícito “que ha de estarse a dichas determinaciones legales en su elaboración y aprobación, incluidas, en su caso, las previsiones de revisión de la planificación en los sucesivos ciclos”, tarea que corresponde a la Administración.

Esta reserva de determinación del régimen de caudales “ecológicos” a favor de la Administración no libre. En efecto, en las cinco sentencias se deja constancia de un importante *criterio interpretativo* aplicable tanto a las normas relativas a objetivos ambientales como a las de caudales ecológicos: “Del marco normativo que acaba de sintetizarse se deduce, por tanto, que debe existir un *equilibrio* entre la satisfacción de las *demandas* de agua y la consideración de los regímenes concesionales, de una parte, y la necesidad de velar por el mantenimiento del *caudal ecológico*”, (último párrafo del Fundamento de Derecho Decimotercero de aquellas tres sentencias, criterio interpretativo que reiteran, asimismo, la STS 856/2019, FD Segundo, ponente Don Octavio Juan Herrero Pina y la STS 1159/2019, FD Tercero, ponente Don Juan Carlos Trillo Alonso).

En este sentido, es innecesario recordar que el incremento de caudales circulantes en el eje del Tajo, caso de aplicarse, conlleva una afección al volumen de aguas excedentarias trasvasable por el Acueducto Tajo-Segura. Téngase en cuenta –como más adelante se dirá– que las “condiciones” hidrológicas de dicho aprovechamiento (entre ellas, el “caudal circulante no inferior a 6 m³/seg. en el Tajo, antes de su confluencia con el Jarama, en Aranjuez”, fijado por la Disposición Adicional Primera, párrafo tercero, de la Ley 52/1980, de 16 de octubre) han sido establecidas por las leyes especiales del Trasvase Tajo-Segura, marco legal que vincula –en tanto no se modifique por el legislador– al planificador del Tajo y al Consejo de Ministros, como en relación con la determinación de las aguas excedentarias ha admitido la STS 856/2019, FD Tercero, doctrina que reitera la STS 1159/2019, FD Tercero).

Pero volvamos al motivo determinante de la nulidad del PH Tajo: el incumplimiento de la obligación de la Administración de establecer un régimen de caudales ecológicos completo con carácter vinculante para el horizonte temporal del Plan (2015-2021). Estamos ante un incumplimiento general, pues el PH Tajo solo ha fijado “caudales ecológicos mínimos” trimestrales en las denominadas “masas estratégicas”. Ahora bien, “atendiendo al contenido de la concreta pretensión, ejercitada en este procedimiento” (alusión que se reproduce en las cinco sentencias), el TS valora el caso específico de las cuatro masas del eje del Tajo (Almoguera, Aranjuez, Toledo y Talavera de la Reina), para las que solo se han fijado “caudales mínimos circulantes”, que no son “caudales ecológicos”¹⁰.

10. Adviértase que el concepto de caudal “ecológico” es un constructo jurídico (en el caso, del Derecho español), pues, por esencia y definición todo “caudal” (de agua), lo es. Los caudales circulantes mínimos es un concepto conocido por la legislación histórica de aguas y la de pesca fluvial. El legislador español (en sentido amplio, ley y reglamento), ante la concepción sistémica de la Directiva Marco del agua, ha dado un paso más allá de lo exigido por la DMA (buen estado de las masas de agua), configurando un régimen de caudales “ecológicos” (con todos sus componentes) que pretende simular o reproducir el régimen “natural” de nuestros ríos, régimen hoy inexistente debido a la acción humana, que ha corregido esa realidad natural, “artificializándola”, como la vía técnica más fiable y razonable para garantizar las demandas de agua. Sobre ello, véanse los dos anteriores trabajos ya citados de FANLO LORAS, “La singularidad...” y “Los caudales...”. Sobre los aspectos técnicos del concepto y su crítica, véanse los trabajos de A. PALAU IBARS, “Visió sectorial. Els cabals de manteniment”, en J. DOLZ y J. ARMENGOL (Editores), *Els recursos hídrics a Catalunya: dades i conceptes bàsics*, Cambra de Comerç de Barcelona. Barcelona, 2012, pp. 35-44 y “Caudales ecológicos y objetivos de calidad. Aspectos técnicos y jurídicos”, comunicación oral, presentada a *Jornadas sobre Problemas actuales del Derecho y la Gestión del Agua en España: Unidad de Cuenca y Planificación*, Universidad de la Rioja. Logroño, 2013. Recientemente F. CABEZA/F. GOMARIZ/A. GARCÍA, “Caudales ecológicos. Una revisión y contraste de

Alegan los distintos recurrentes, en síntesis, que de las 309 masas tipo río delimitadas en la cuenca del Tajo, el PH solo contempla 20 masas de agua calificadas de “estratégicas” (“concepto huérfano de todo respaldo normativo y cuya incorporación al PHT resulta injustificada e injustificable”, alegan los recurrentes), para 16 de las cuales establece solo “caudales ecológicos mínimos” trimestrales (uno de los componentes del caudal ecológico, con ausencia de los demás componentes) y para tres de ellas (cuyos puntos de control están en Aranjuez, Toledo y Talavera de la Reina), solo fija “caudales mínimos” (concepto sustancialmente diferente del de “caudal ecológico”), y ninguno para la masa de agua, considerada también “estratégica”, que se extiende desde el embalse de Almoguera hasta el embalse de Estremera.

La exposición y valoración de los argumentos de los recurrentes puede seguirse en las SSTS 854, 855, 937/2019, Fundamentos de Derecho Decimosexto a Decimoctavo, respectivamente y en la STS 856/2019, cuyo Fundamento de Derecho Segundo reproduce los fundamentos Decimoséptimo y Decimoctavo citados, y reitera la STS 1159/2019, FD Tercero, con transcripción literal de la anterior.

Las sentencias sintetizan el marco normativo del régimen de caudales ecológicos: i) reproducen parte del extenso apartado 3.4 *Caudales ecológicos* de la IPH (SSTS 854, 855 y 937/2019, Fundamento de Derecho Tercero); ii) dan cuenta de los preceptos legales y reglamentarios aplicables al caso [art. 4 DMA, relativa a objetivos ambientales; art. 42.1.b).c') TRLAg, concepto de caudal ecológico; art. 40 TRLAg, objetivos de la planificación hidrológica; art. 18 RPH, concepto de caudal ecológico ampliado, en situaciones de normalidad y de sequía], (Fundamento de Derecho Decimotercero de las sentencias]; y iii) reproducen los preceptos impugnados de la parte normativa del PH Tajo (arts. 9, 10, 19 y Apéndices 4 y 8, recogidos en los Fundamentos de Derecho Decimocuarto y Decimoquinto de las tres primeras sentencias y en la STS 856/2019 Fundamento de Derecho Segundo que reproduce la 1159/2019, Fundamento de Derecho Tercero).

Las sentencias constatan, en efecto, que de *todos* los componentes del régimen de caudales ecológicos para las 309 masas de agua superficiales tipo río, el PH Tajo solo ha fijado caudales mínimos ecológicos para 16 masas que denomina “estratégicas”, (art. 9.1). Que para otras 3 masas estratégicas (Aranjuez. Toledo y Talavera) solo ha fijado “caudales mínimos circulantes, no ecológicos, sin variabilidad estacional” (art. 9.3 y Tabla 3

las propuestas de la planificación hidrológica” en España, Instituto Euromediterráneo del Agua, diciembre 2021.

del Apéndice 4). Que los resultados de los estudios sobre caudales ecológicos completos que figuran en el Anejo 5 de la Memoria del Plan “no serán exigibles en el horizonte temporal del presente Plan”, (art. 10.2). Que la propuesta de extensión del régimen de caudales a determinadas masas según su estado, incluidas las que estén en la Red Natura 2000, puede retrasarse hasta el 1 de enero de 2019, propuesta que se aprobará en la siguiente revisión del Plan (art. 9.5). Las sentencias concluyen su análisis haciéndose eco del informe del Consejo de Estado, de 26 de noviembre de 2015, que ya había advertido de la situación “preocupante” y “alarmanante” de los planes del Tajo y del Ebro que, a diferencia de todos los demás, no han fijado caudales ecológicos en *todas* las masas de agua, (SSTS 854, 855 y 937/2019, Fundamentos de Derecho Decimoséptimo y SSTS 856 y 1159/2019, Segundo y Tercero, respectivamente).

Si los anteriores razonamientos evidencian –para el Tribunal– el incumplimiento del PH Tajo de la obligación de fijar caudales ecológicos, “atendiendo al contenido de la concreta pretensión ejercida en este procedimiento, debemos hacer una referencia específica a los supuestos contemplados en el Apéndice 4.1”. Las sentencias constatan que, en efecto,

“En las 4 masas ‘estratégicas’ del río Tajo, el apartado 3 del artículo 9 de la Normativa del Plan, sustituye el ‘régimen de caudales ecológicos mínimos’ por los ‘caudales mínimos circulantes’ en Aranjuez, Toledo y Talavera de la Reina, fijados en la Tabla 3 del Apéndice 4, a diferencia de las otras 16 masas estratégicas para las que, el Apéndice 4.2 sí establece un régimen de ‘caudales ecológicos mínimos’.

La prueba de que no estamos ante la fijación de caudales ecológicos se desprende de los siguientes elementos...”, (STS 854, 855, 937/2019, FD Decimooctavo y 856/219 FD Segundo, que reitera la 1159/2019, FD Tercero).

Y como elementos de “*prueba*” se relacionan diversos documentos del anterior Plan de 2014 y del vigente de 2016 [apartado a)]; del *Informe sobre la consulta pública* del vigente Plan [apartados b) y c)]; del *Documento de discusión de caudales ecológicos del Plan de 2014* [apartado d)]; de la *Memoria de análisis de impacto normativo del Proyecto de Real Decreto del Plan de 2016* [apartado e)], documentos en los que se reitera que el régimen establecido para esas 4 masas “*no es de caudales ecológicos*”; o “en este ciclo de planificación *no se han fijado caudales ecológicos* en el río Tajo...En su lugar, se mantienen los *mínimos* de 6 m³/s en Aranjuez (fijado por la Ley 52/1980), 10 m³/s en Toledo (coincidente con el establecido en el Plan de 1998) y 10 m³/s en Talavera de la Reina, ya establecido en el vigente PHT 2014”.

Particularmente relevante respecto de la “naturaleza” de estos caudales del eje del Tajo es –cuestión que, en mi opinión ni es examinada ni debidamente

valorada, como se verá más adelante – lo recogido en el apartado e) de la *Memoria de Análisis*:

“El caudal mínimo de 6 m³/s que ha de circular por el Tajo en la sección de Aranjuez *no es un caudal ecológico en el sentido general* de los que fijan los planes hidrológicos, sino una *condición* fijada en la Ley 52/1980, de 16 de octubre, de Regulación del Régimen Económico de la Explotación del Acueducto Tajo-Segura”, (las cursivas no están en el original).

En conclusión, para las cinco sentencias es patente el incumplimiento del vigente PH Tajo (2016-2021) de la obligación de fijar caudales ecológicos en *todas* las masas de agua y con *todos* sus componentes, como exigen las normas legales y reglamentarias aplicables. La declaración de incumplimiento se confirma, en particular, en las cuatro masas del eje superior del Tajo, dado que solo se ha establecido un “*caudal mínimo*” circulante, no inferior a 6 m³/s antes de la confluencia del río Jarama, en Aranjuez. Incumplimiento general y específico que conduce a la declaración de nulidad de los preceptos correspondientes (art. 9.1, 3, 5, 6, y 7, así como el inciso aludido del art. 10.2, además del 19.1, en relación a la falta de objetivos ambientales), con la consecuencia de que el PH Tajo debe fijar caudales ecológicos en todas las masas y con todos los elementos, incluidas –se da por sobreentendido– las cuatro masas del eje del Tajo.

Nada se dice en las cinco sentencias –como he señalado con anterioridad– de si los caudales ecológicos que deben fijarse en el nuevo ciclo de planificación, en especial, los del eje del Tajo, deben incrementarse. Las sentencias han rechazado con rotundidad la pretensión de los recurrentes de reconocer o declarar unos caudales ecológicos mínimos muy superiores a los anulados, por exceder de su función de control y porque

“la revisión del régimen de caudales mínimos fijados en el PHT por una vía ajena al procedimiento establecido de revisión de los planes hidrológicos no puede llevarse a cabo sin tomar en consideración el resto de elementos del plan hidrológico y las afecciones que produciría en los usos existentes y sin someterse al procedimiento establecido en nuestro ordenamiento para su revisión”, (SSTS 854, 855, 937/2019, FD Vigésimoprimeros y 856/ 2019, FD Segundo, reiterada en la 1159/2019, DF Tercero.

Criterio de extraordinaria relevancia el sentado por las sentencias en relación con el control de los caudales ecológicos que puedan establecer los planes hidrológicos.

Los recurrentes, organizaciones y entidades ambientales han interpretado el fallo conforme a sus pretensiones. Planteamiento asumido por los responsables máximos del MITERD. Presuponen un incremento del caudal al asociarlo, sin más fundamento, a la obligación declarada, en el caso concreto, de que la Administración ha de establecer en el PHT caudales ecológicos con *todos* sus

componentes, en *todas* las masas de agua superficiales, también en las cuatro masas del eje del Tajo, que solo tienen fijados caudales mínimos.

Esta es la interpretación de las sentencias que parece sobreentenderse en la Memoria de la Propuesta de PH Tajo, Revisión tercer ciclo (2022-2027), cuando se afirma, tras la cita de las cinco sentencias del TS que “es ineludible la obligación en este tercer ciclo de extender el régimen de caudales ecológicos a todas las masas de agua superficial de la cuenca” (*Memoria*, abril de 2022, p. 131). Pero esa extensión territorial de los caudales ecológicos a todas las masas de agua no significa, por si mismo, que deban incrementarse los volúmenes circulantes.

En el caso de los caudales del eje del Tajo (objetivo primordial de los recurrentes), las sentencias resuelven el caso concreto de acuerdo con las pretensiones planteadas por las partes y teniendo en cuenta las normas existentes alegadas y la interpretación concreta hecha por el TS en función de esas concretas circunstancias. Pero, como he señalado con anterioridad, ello no cierra la puerta a que puedan plantearse otras pretensiones y se alegue una distinta interpretación y valoración de la naturaleza de los caudales circulantes en las masas de ese eje del Tajo, entendida como “condición hidrológica” relevante del aprovechamiento conjunto del Trasvase Tajo-Segura, que el planificador del Tajo no puede obviar, salvo que el legislador modifique esas condiciones establecidas por normas con rango de ley, como luego se razona.

II. ALGUNAS CUESTIONES NO PLANTEADAS NI RESUELTAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

1. ÁMBITO HIDROLÓGICO (ESPACIAL) DE APLICACIÓN DEL DENOMINADO RÉGIMEN DE CAUDALES ECOLÓGICOS Y SUS COMPONENTES

Las cinco sentencias del TS comentadas reiteran que el PH Tajo no ha fijado un régimen de caudales ecológicos mínimo con *todos* sus componentes y en *todas* las masas de agua, de acuerdo con las exigencias de la IPH. Sorprende que estos adjetivos de cantidad que califican los sustantivos “componentes” y “masas de agua” no hayan sido debidamente delimitados por la IPH. Este es un déficit sobre el que incomprensiblemente el Tribunal Supremo (y el Consejo de Estado) no ha reparado debidamente, porque –cierto es– no se lo han planteado los recurrentes, ni la Abogacía del Estado lo ha alegado.

De acuerdo con el apartado 3.4.1.3 *Componentes del régimen de caudales ecológicos* de la IPH, en el caso de los ríos, estos *componentes* son: caudales mínimos, caudales máximos, caudales de crecida, tasa de cambio, así como el factor de distribución temporal de estos mínimos y máximos para establecer una variabilidad temporal.

A nada que se lea con atención este apartado, puede fácilmente constatarse que estos componentes, resultado de su concepción teórica, están vinculados a la existencia de infraestructuras de regulación (embalses) que permitan modular los flujos naturales de agua. Sin esas infraestructuras de almacenamiento, simplemente son inútiles e inaplicables, por no darse los presupuestos fácticos. No puede corregirse el régimen natural de escorrentías e imponer reglas a la Naturaleza, salvo que existan los dispositivos técnicos adecuados (embalses de regulación, balsas o canales, azudes y acequias de distribución). Por esa razón, el régimen de caudales ecológicos no puede ignorar esta realidad fáctica y resulta paradójico fijar caudales ecológicos en ríos cuyo régimen natural no permite cumplirlos, sin perjuicio de que en estos ríos no regulados los posibles caudales mínimos fijados operen como límite a los posibles aprovechamientos existentes. Parece evidente.

Sorprende que esta importante característica del régimen de nuestros ríos no haya sido tenida en cuenta, a la hora de establecer el “ámbito espacial” para la caracterización del régimen de caudales de “todas las masas de agua superficial calificadas en la categoría de ríos o aguas de transición” (§ 3.4.1.2 IPH) o en el “proceso de implantación concertado de todos los componentes del régimen de caudales ecológicos” [§ 3.4.c) IPH], extensión cuantitativa (*todas las masas y todos sus componentes*) que el Tribunal Supremo ha ratificado a la vista de las pretensiones de los recursos planteados, sin cuestionar la realidad fáctica descrita.

Esta injustificable laguna, incomprensible en una norma técnica cuya finalidad es establecer criterios homogéneos para los distintos PPHH, ha originado, por sí misma, una monumental carga administrativa (véanse los voluminosos e “inútiles” en su mayor parte Anejos/Apéndices de caudales ecológicos de los proyectos de PPHH del tercer ciclo), ha generado un considerable y desproporcionado gasto y ha suscitado encendidas polémicas políticas y sociales que podrían haberse evitado generalizando el concepto de “masas estratégicas” vinculadas a infraestructuras de regulación, utilizado por el PH Tajo, cuya ubicación y puntos de control permiten gestionar un eficaz sistema de caudales circulantes por nuestros ríos, con la excepción de aquellos que por razones naturales obvias están sujetos a estiajes más o menos intensos y duraderos y para los que las previsiones de los PPHH (salvo para limitar aprovechamientos) son absolutamente “inútiles”, cuando no “perversas”, caso de que se denuncie a los responsables técnicos del organismo de cuenca por no garantizar los caudales establecidos en el Plan sobre el “papel”, que la propia Naturaleza no garantiza.

Como señalo, en las cinco sentencias comentadas, ningún recurrente ni la Abogacía del Estado han reparado en esta deficiente regulación de la IPH y tampoco el TS ha entrado a aclarar esta circunstancia que tanto ha tensado el

procedimiento de elaboración de la planificación hidrológica, desde los aprobados en 1998 y en los tres ciclos de la Directiva Marco del Agua.

La supuesta “obligación” de fijar caudales “ecológicos” en “todas” las masas de agua y con “todos” sus componentes, además de requerir un trabajo absolutamente desproporcionado (relación costes-resultados), conduce a un absurdo incomprensible (tablas inútiles, fruto de un voluntarismo estéril que, en vez de ordenar y facilitar la gestión del agua, puede perturbarla¹¹.

Es cierto que la IPH no ignora el régimen natural y la diversidad de nuestros ríos (distingue entre ríos permanentes, ríos temporales, intermitentes y efímeros). Pero, por razones de técnica normativa y de eficacia administrativa, donde tiene pleno sentido la aplicación de un estricto régimen de caudales circulantes es en aquellos ríos con (importantes) infraestructuras de regulación (embalses). Y en ese caso, el concepto de “sistemas de explotación” (el art. 19 RPH los define), resulta mucho más funcional y operativo que el concepto de “masas de agua”, que conduce a un troceamiento disfuncional y artificial de los cursos de los ríos. Ciertamente el concepto de “masas de agua” está en la DMA, pero, la Directiva exige resultados, dejando a los Estados miembros la elección de aquellos instrumentos más adecuados a su realidad hidrológica. En España, los “sistemas de explotación” son las principales unidades de organización y de atención de las demandas y de protección ambiental. La planificación y gestión del agua debiera asentarse sobre este concepto de “sistemas de explotación”, fundamental en nuestro modelo “artificializado” de gestión del agua, que reduciría de manera notable el número de masas de agua.

Lo paradójico es que el MITERD no haya modificado la IPH (simple Orden Ministerial) tras la reforma del RDPH (Reglamento aprobado por Decreto del Consejo de Ministros), en 2016, que introdujo los nuevos arts. 49 *ter*, *quater* y *quinquies*, relativos al régimen, mantenimiento y control y seguimiento de caudales ecológicos, modificación aprobada por el RD 638/2016, de 9 de diciembre. El art. 49 *quater* distingue los “cauces de ríos no regulados” en los que

11. Hay un número importante de masas de agua que son de tipo embalse. Salvo contadas excepciones (PH del Guadiana), la mayor parte de los planes hidrológicos han fijado caudales “mínimos” en los embalses, cuando el estado ecológico de los embalses no está condicionado, en modo alguno, por el caudal circulante (que se traduce en velocidades inapreciables por la gran sección transversal que presentan). Esta determinación carece de base científica ni lógica y resulta paradójica. Más sorprendentemente aún, no se han planteado condiciones de gestión encaminadas a mejorar el estado ecológico de los embalses, cuando muchos de ellos están muy degradados por eutrofización y otros procesos. Como mínimo, deberían haber fijado “volúmenes” mínimos almacenados, para evitar que los peces se mueran al quedarse sin agua. Afortunadamente, esas condiciones suelen aplicarse en la práctica, aunque no se impongan desde el Plan Hidrológico.

la exigencia de caudales ecológicos quedará limitada a aquellos períodos en que la disponibilidad natural lo permita (apartado 3), de los “ríos que cuenten o puedan contar con reservas artificiales de agua embalsada”, en los que “se exigirá el mantenimiento del régimen de caudales ecológicos aguas abajo de las presas conforme a lo previsto en la Disposición Transitoria quinta –se refiere a la adecuación de los órganos de desagüe– y cuando *la disponibilidad natural lo permita*. A tal efecto, el régimen de caudales ecológicos *no será exigible* si el embalse no recibe *aportaciones naturales iguales o superiores al caudal ecológico* fijado en el correspondiente plan hidrológico, quedando limitado en estos casos al *régimen de entradas naturales al embalse*”, (las cursivas no están en el original).

Estas importantísimas reglas de gestión, aprobadas en 2016, han sido simplemente ignoradas por la Administración en la aplicación de la vigente planificación y en las del tercer ciclo, que en los próximos días será aprobada por el Consejo de Ministros, salvo algunas excepciones que recogen algunos planes hidrológicos.

2. EL VOLUMEN DE AGUAS EXCEDENTARIAS EN EL SISTEMA DE CABECERA DE LA CUENCA DEL TAJO Y EL RÉGIMEN DE CAUDALES MÍNIMOS CIRCULANTES EN ARANJUEZ ESTÁ REGULADO POR LAS LEYES ESPECIALES DEL TRASVASE TAJO-SEGURA, APROVECHAMIENTO QUE CONSTITUYE UNA PRESIÓN QUE DEBE ASUMIR LA PLANIFICACIÓN HIDROLÓGICA DEL TAJO, DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

2.1. *La determinación del volumen de aguas excedentarias en el sistema de cabecera de la cuenca del Tajo está establecida en las leyes especiales TTS*

La Ley de Aguas de 1985 adoptó dos decisiones fundamentales, la declaración de dominio público de *todas* las aguas y la sujeción de la gestión del agua a la *planificación hidrológica*. Cinco años antes, la Disposición Adicional Novena de la Ley 52/1980, de 16 de octubre, de Régimen Económico de la Explotación del Acueducto Tajo-Segura (cuya infraestructura y asignaciones había autorizado la Ley 21/1971, de 19 de junio, de aprovechamiento conjunto de los ríos Tajo y Segura), estableció que el “carácter de (aguas) excedentarias”, de la cuenca del Tajo, susceptibles de ser trasvasadas debía determinarlo su Plan Hidrológico. Se desconocía, en ese momento, cuál sería la configuración y naturaleza de estos planes y la existencia y relación con un hipotético plan hidrológico nacional, entonces inexistente.

Esta Disposición Adicional no ha sido derogada formalmente hasta la fecha, pero ha quedado desplazada materialmente por la denominada Ley

del Memorandum, la vigente Ley 21/2015, de 20 de julio. Así lo han afirmado dos de las citadas sentencias del TS comentadas, la 856/2019, F.D. Tercero, pp. 17 a 21 de CENDOJ, reproducido literalmente en la 1159/2019, F.D Tercero, pp. 25 a 28, de CENDOJ, cuyos pronunciamientos sobre la cuestión han sido sorprendentemente silenciados de manera interesada por quienes han esgrimido esas cinco sentencias como título jurídico para incrementar los caudales circulantes del eje del Tajo.

En definitiva, la cuestión a resolver es si el PHT puede adoptar las medidas de gestión del agua que considere oportunas, en el ejercicio de la potestad normativa de planificación o existen límites que debe asumir de acuerdo con la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional y las leyes especiales del aprovechamiento del Tajo-Segura.

Esta cuestión ya se ha planteado en relación con el vigente PH Tajo (2016-2021), aprobado por el R.D. 1/2016, al entender diversos recurrentes que dicho plan incumplía el mandato legal de determinar el carácter de *aguas excedentarias* en aplicación de la referida Disposición Adicional Novena de la Ley 52/1980. En efecto, las dos citadas sentencias del TS, han reconocido la relevancia de la reforma legal de 2013 y 2015 (y su desarrollo reglamentario por el RD 773/2014, de 12 de septiembre), de manera que los nuevos contenidos *legales* desplazan o vacían la remisión que la D.A. 9.^a hizo al PH del Tajo, haciendo suya el Tribunal la justificación recogida el apartado 5 de la *Memoria* del vigente PH Tajo (2016-2021), impugnado, que dice lo siguiente:

“5.4 Conclusiones. Las disposiciones sobre el Trasvase Tajo-Segura introducidas en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (LEA) y en la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, suponen un *cambio del escenario* de la cuenca del Tajo respecto a anteriores procesos de planificación. Así, aun estando vigente la disposición adicional novena de la Ley 52/1980, en la práctica la disposición adicional quinta de la Ley 21/2015 *limita la capacidad del Plan de cuenca del Tajo para fijar el carácter excedentario* de las aguas a trasvasar.

En consecuencia, el Plan hidrológico de la cuenca del Tajo debe asumir este *condicionante* y no puede sino limitarse a considerar el Trasvase Tajo-Segura como una *presión* de extracción de agua caracterizada *por lo establecido en las normas reguladoras* del mismo, en particular el Real Decreto 773/2014” (las cursivas no están en el original).

Y tras reproducir el contenido de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 21/2013 (reproducida por la ley 21/2015), señala la primera de las sentencias (856/2019, en su Fundamento Jurídico Tercero, que reproduce la 1159/2019):

“La *vigencia* de tales disposiciones, en cuanto modifican la normativa anterior invocada por la recurrente justifican el criterio adoptado en la Memoria que se

acaba de transcribir cuya fundamentación, por su claridad, no es preciso abundar y viene a desvirtuar la argumentación de la parte, incluida la determinación del nivel mínimo trasvasable, que la norma establece claramente en razón de los criterios que contempla y que, en su caso, han de *valorarse por el propio legislador para su modificación*; y lo mismo sucede con la curva de excepcionalidad hidrológica y determinación de los valores correspondientes al nivel 3, cuando la misma Disposición Adicional Quinta remite a la determinación por Real Decreto tanto del trasvase máximo mensual autorizable como de los valores mensuales definitorios del nivel 3 antes indicados, por lo que las omisiones que se imputan por la parte al PHT carecen de la entidad precisa para impedir al mismo alcanzar sus fines y objetivos y, en consecuencia, no constituyen vicios que afecten a la validez del mismo”, (las cursivas no están en el original).

Dichas sentencias asumen la interpretación recogida en la Memoria del vigente PHT de 2016, en el sentido de que la D.A. 9.^a de la Ley 52/1980, aunque no derogada formalmente, ha sido vaciada de contenido por las nuevas normas legales y reglamentarias posteriores, razón por la que no considera que el plan sea contrario a la legalidad establecida por no determinar el volumen de las aguas excedentarias, determinación que corresponde a las leyes especiales del TTS, en tanto no se modifiquen.

En consecuencia, es esta nueva normativa la aplicable, de manera que el PH Tajo y sus posteriores revisiones han de asumir el “*condicionante*” del trasvase Tajo-Segura (“la *presión* de extracción de agua caracterizada por lo establecido en las normas reguladoras del mismo, en particular el Real Decreto 773/2014”), salvo que el “*propio legislador*” modifique las vigentes disposiciones del citado aprovechamiento.

En conclusión, el Tribunal Supremo asume como propio el razonamiento de la Memoria del vigente PH que respeta –como no podía ser de otra manera– la configuración *legal* del Trasvase Tajo-Segura, reformada en 2013 y 2015. La existencia de este aprovechamiento supone un “*condicionante*” que limita la discrecionalidad del planificador del Tajo y al mismo Consejo de Ministros, en tanto no sea modificado por el *legislador*.

El PH del Tajo, puede hacer las estimaciones de demandas actuales o futuras y contemplar las asignaciones y reservas oportunas, pero la decisión final corresponde, como queda señalado, al *legislador* o, cuando tenga la habilitación oportuna, al Consejo de Ministros, de manera que quede garantizado que el trasvase Tajo-Segura no afecta a las garantías de todos los usos y aprovechamientos de la cuenca cedente, incluidas las restricciones medioambientales, ni limita el desarrollo de la cuenca cedente, de acuerdo con el art. 12.2 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. Pero al mismo tiempo, se garantiza el aprovechamiento del TTS, cuyas condiciones hidrológicas (entre otras, el volumen de aguas excedentarias, el volumen máximo trasvasable, el umbral de no

trasvase, la asignación para los distintos usos y el caudal circulante mínimo en Aranjuez) están establecidas por sus leyes especiales, en tanto no sean modificadas.

A la vista de lo expuesto, sorprende que la *Memoria* del Proyecto de PH del Tajo (abril, 2022), tras el proceso de consulta pública, de junio a diciembre de 2021, ignore este criterio tan rotundamente afirmado por la jurisprudencia del TS. En efecto, tanto el apartado 4.2.1 *Demandas de agua*, como en el apartado 5.4.2 *Análisis de resultados de la asignación de recursos y restricciones al uso del agua*, señalan, con idéntico texto:

“En las tablas anteriores no se incluye ninguna de las demandas servidas a través del acueducto Tajo-Segura, que corresponden a otros ámbitos de planificación hidrológica. Tampoco se incluyen ni los 50 hm³/año para el Parque Nacional de las Tablas de Daimiel y el abastecimiento de la cuenca alta del Guadiana, ni los 3 hm³/año de reserva para abastecimiento de los núcleos de población inmediatos al trazado del acueducto Tajo-Segura, contemplados por el Real Decreto-Ley 8/1995, 4 de agosto. Estas demandas externas excluidas de la tabla sí que han sido simuladas en los modelos de Aquatool+, para poder tener en cuenta sus efectos sobre los sistemas de explotación”, (las cursivas no están en el original), (p. 145).

No se incluyen estas demandas externas, aunque –como se señala en el texto transcrito– se han simulado en los modelos de gestión. Simulaciones que “contemplan tanto las obligaciones impuestas por el Convenio de Albufeira, como los envíos de agua que resultan de la aplicación de las normas del Acueducto Tajo-Segura (ATS) actualmente vigentes, según el R.D. 838/2021, de 27 de julio”, *Memoria*, p. 143).

Llama la atención la terminología utilizada por la *Memoria* del Proyecto, al referirse a las “obligaciones impuestas por el Convenio de Albufeira” (Convenio internacional que, a efectos del Derecho español, tiene valor de ley), en cuanto compromiso de suelta de 2.700 hm³/año desde la parte española, convenio que –no se olvide– salva y no compromete la disponibilidad española de hasta 1.000 hm³/año, ya reservados en anteriores convenios suscritos con Portugal, al trasvase Tajo-Segura, mientras que se refiera a éste como “envíos” de agua, como si fuera una simple *actividad material* de la Administración sin amparo jurídico alguno, en contradicción palmaria con las normas jurídicas con rango de ley del ATS. Bien al contrario, como cualquier actuación administrativa tiene cobertura jurídica máxima, pues, en el presente caso, tiene fundamento en una *obligación legal*, reconocida en las leyes especiales del trasvase Tajo-Segura, cuando existan aguas excedentarias trasvasables, por encima del umbral de 400 hm³ y se cumplan las condiciones de la Regla de explotación¹².

12. Cuando las existencias del sistema de Entrepeñas y Buendía se sitúan en los Niveles 1 y 2, el trasvase es reglado y automático (otorgados o reconocidos por la ley), acordado

Es patente que el Proyecto de PH Tajo del tercer ciclo ignora, en este caso concreto, la jurisprudencia del TS, así como la Disposición Adicional Primera, apartado 2 de la Ley 10/2001, de 5 de julio del Plan Hidrológico Nacional, que remite en cuanto al régimen jurídico de los trasvases amparados en *títulos legales* aprobados con anterioridad al 1 de enero de 1986, a lo dispuesto en el *título legal actual vigente*.

Las “condiciones” hidrológicas de la transferencia del trasvase Tajo-Segura, incluidas sus *Reglas de Explotación* (aprobadas antes por simple Acuerdo de la Comisión Central de Explotación del ATS, de carácter interno y no vinculantes) tienen en la actualidad *rango de ley* (Ley de 21/1971; Ley 52/1980 y la ley 21/2013 de 9 de diciembre, sustituida por la Ley 21/2015, de 20 de julio), de manera que, en tanto el legislador no las modifique (sin perjuicio de aquellas concretas previsiones deslegalizadas y desarrolladas por el RD 773/2014), la planificación de la cuenca del Tajo, en aplicación del principio de *jerarquía normativa*¹³, debe respetar las referidas “condiciones” del aprovechamiento conjunto Tajo-Segura.

En concreto, la condición referida a un “caudal no inferior a 6 m³/s , antes de su confluencia con el Jarama (en Aranjuez)” no ha sido deslegalizada y es una *pieza esencial* del aprovechamiento cuyas “condiciones” están reguladas por normas con rango de ley, de manera que, como se razonará en el apartado siguiente, no puede utilizarse la vía del incremento de caudales ecológicos completos en el Eje del Tajo, garantizados desde el sistema de cabecera del Tajo, para reducir el volumen de aguas excedentarias susceptibles de ser trasvasadas, en tanto no se modifique por el legislador ese caudal circulante mínimo en Aranjuez, condición esencial del referido aprovechamiento. El incremento de caudales establecido por el Proyecto de

por la Comisión Central de Explotación. Solo en el Nivel 3, puede discrecionalmente autorizarse hasta 20 Hm³, debidamente motivada la decisión.

13. Refiriéndose a los trasvases, en general, la *Memoria del Análisis del Impacto Normativo* del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba los planes hidrológicos, de 18 de noviembre de 2022, señala: “Estos trasvases se establecen con base en normas *específicas* que vienen actuando como elementos *limitantes* a lo que los correspondientes *planes hidrológicos* de cuenca pueden disponer, evitando así que los planes de cuenca puedan afectar a los recursos de otras cuencas vecinas, aunque se trate aquí de recursos trasvasados. Se apoya esta argumentación en la *jerarquía normativa*. Tanto el Plan Hidrológico Nacional como las reglas que a alto nivel regulan los trasvases se aprueban mediante *leyes*, mientras que los planes hidrológicos de cuenca se aprueban mediante *real decreto*.”

De este modo, las asignaciones establecidas en los planes hidrológicos de cuenca asumen las reglas de los trasvases como *condiciones* de oferta de recursos estables, en tanto y cuanto sus normas reguladoras no sean modificadas específicamente o no se lleve a cabo la revisión del Plan Hidrológico Nacional”, MAIN, p. 30.

PH Tajo, 3er. ciclo, encubre, en estas circunstancias y teniendo en cuenta muy numerosos indicios (desigualdad de trato en la aplicación de los percentiles, respecto de otras masas, que permitirían el mantenimiento de los usos y demandas del TTS; carga exclusiva del régimen de caudales ecológicos hasta Valdecañas, aguas abajo de Aranjuez, al sistema de cabecera, etc.) una desviación de poder, constitutiva de una infracción del ordenamiento jurídico (en los términos establecidos en el art. 70.2 LJCA) y del principio constitucional de jerarquía normativa.

2.2. El caudal no inferior a 6 m³/s. en Aranjuez es una "condición" hidrológica establecida por las leyes especiales del trasvase Tajo-Segura que la planificación de la demarcación hidrológica del Tajo debe respetar, mientras no la modifique el legislador

La interpretación del nuevo marco normativo aplicable a la determinación de las "aguas excedentarias" de la cuenca del Tajo asumida por las sentencias 856 y 1159/2019 del Tribunal Supremo, que acaba de exponerse, puede ser extrapolable a la determinación de los caudales ecológicos, dada su estrecha dependencia (a mayor caudal ecológico, menor volumen de aguas excedentarias), de modo que el PH Tajo debiera respetar los caudales circulantes en el eje del Tajo, establecido por las leyes especiales del TTS. Pueden alegarse, sin embargo, algunas objeciones que requieren un mayor esfuerzo interpretativo y argumental, a la vista de la categórica y genérica "reserva de plan" que establece el art. 42.1.b).c' TRLAg para su determinación y de la naturaleza jurídica atribuida a los caudales ecológicos (una vez establecidos y aprobado el plan por el Gobierno), como *restricción* general de los sistemas de explotación, con la salvaguardia de la supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones.

Las cinco sentencias del TS comentadas pueden interpretarse como un respaldo al cumplimiento de esa obligación general de establecer caudales ecológicos en todas las masas y con todos sus componentes, incluidas las masas de agua del eje del Tajo. El TS no ha dicho que esos nuevos caudales ecológicos a fijar por el PH Tajo deban incrementarse, aunque sí ha recordado que la Administración, al establecerlos, debe guardar el debido "equilibrio entre la satisfacción de las demandas y la consideración de los regímenes concesionales, de una parte, y la necesidad de velar por el mantenimiento del caudal ecológico", de acuerdo con los objetivos de la planificación hidrológica (art. 40 TRLAg).

La cuestión no planteada ni resuelta expresamente por el TS es si el PH Tajo, al establecer los nuevos caudales ecológicos, tiene absoluta libertad

para incrementarlos, modificando, en su caso, el “caudal no inferior a 6 m³/s en Aranjuez” establecido en la ley 52/1980, de manera que pudiera resultar afectado (disminuido) el volumen de aguas excedentarias trasvasables al TTS establecido por sus leyes especiales y con quiebra del referido “equilibrio” entre demandas y caudales, siempre que sean compatibles y esté asegurado el buen estado de las masas de agua.

En dos de las sentencias comentadas (SSTS 856 y 1159/2019), se suscita de manera indirecta la posible colisión de los caudales ecológicos que pueda fijar el PH Tajo con los derechos concesionales de los usuarios del Tajo y de las dotaciones del TTS, pero no se da respuesta clara a la cuestión planteada por la equivocada interpretación que los recurrentes hacen del confuso art. 11.1 de la parte normativa del vigente PH Tajo en relación con el concepto de “desembalses de referencia”, regulado por el art. 4.1 del RD 773/2014, concepto éste último que, ni las partes ni el TS, alcanzan a interpretar correctamente. En este error interpretativo también incurre la *Memoria de Análisis de Impacto Normativo*, pp. 71-72.

Resulta llamativo que, estando operativo el TTS desde 1979, infraestructura y aprovechamiento declarados de “alto interés de la nación”, siendo la mayor infraestructura hidráulica de España, cuyas “condiciones” hidrológicas están reguladas por leyes especiales y tras haber completado cuatro ciclos de planificación hidrológica (el de 1998, más los tres de la DMA), la Administración no haya sabido “descubrir” y entender la *naturaleza* de ese “caudal no inferior a 6 m³/s en Aranjuez”, salvo la afirmación inespecífica de ser una “condición fijada en la Ley 52/1980” a la que se ha aludido más arriba.

Las leyes especiales del TTS (21/1971, 52/1980 y 21/2015, completadas por otras normas con rango o valor de ley que han ampliado el ámbito territorial y el objeto del aprovechamiento) establecen las “condiciones de la transferencia”, en los términos que el vigente art. 45.1.c) TRLAg exige como uno de los contenidos de la Ley del Plan Hidrológico Nacional, reserva de ley que la jurisprudencia contenciosa y constitucional admite que puede ser satisfecha con normas específicas con rango y valor de ley, distintas de la LPHN.

Una de estas “condiciones” hidrológicas establecidas es el “caudal no inferior a 6 m³/s en Aranjuez” que cumple una finalidad –hablando con terminología actual– exclusivamente *ambiental*, en cuanto que contribuye a mantener el “buen estado” de las masas de agua superficiales del eje del Tajo, desde Bolarque hasta Aranjuez, como tienen en la actualidad. Las demandas de los usuarios de la cuenca del Tajo, de carácter preferente, se

garantizan mediante otras “condiciones” hidrológicas: el umbral permanente de 400 hm³, por debajo del cual, además, no es posible trasvase alguno. A los efectos de este comentario, es innecesario analizar el resto de “condiciones” hidrológicas de la transferencia del TTS.

No parece discutible –a la vista de la jurisprudencia contenciosa– que las referidas “condiciones” establecidas en normas con rango y valor de ley, forman parte materialmente de la Ley del Plan Hidrológico Nacional. En consecuencia, en tanto no las modifique el legislador, vinculan a los planes hidrológicos de cuenca, de manera que, de acuerdo con el principio de *jerarquía normativa*, están subordinadas y deben adaptarse a sus previsiones. Es lo que las STS 856 y 1159/2019 han confirmado –como he señalado– en cuanto a la determinación de las *aguas excedentarias* del PH Tajo:

“...la Ley 21/2015 limita la capacidad del Plan de cuenca del Tajo para fijar el carácter excedentario de las aguas a trasvasar.

En consecuencia, el Plan hidrológico de la cuenca del Tajo debe asumir este *condicionante* y no puede sino limitarse a considerar el Trasvase Tajo-Segura como una *presión* de extracción de agua caracterizada por lo establecido en las normas reguladoras del mismo, en particular el Real Decreto 773/2014” (las cursivas no están en el original).

La obligación del PH Tajo de fijar “caudales ecológicos mínimos” en las masas de agua del eje del Tajo debe ser compatible o mejor equipararse con el “caudal no inferior a 6 m³/s en Aranjuez”, en cuanto condición hidrológica del aprovechamiento TTS establecida en una norma con rango de ley. En estrictos términos jurídicos puede decirse que la obligación genérica de fijar caudales ecológicos es *desplazada* en el eje del Tajo, dependiente del Sistema de Explotación de la Cabecera por la de mantener un “caudal no inferior a 6 m³/s en Aranjuez”¹⁴, que es un caudal circulante ambiental.

Con ello no se está incumpliendo –en mi opinión– la obligación fijada exclusivamente por el Derecho español [art. 42.1.b).c’ TRLAg], de

14. La redacción aparentemente “abierta” de esta condición hidrológica (“caudal no inferior a 6 m³/s”) pudiera llevar a pensar que *nada* impide que se fijen caudales *superiores* en Aranjuez. Y el “nada” pudiera referirse al instrumento formal para autorizar ese incremento (una ley, un reglamento, el plan hidrológico de la cuenca o una simple resolución administrativa). Esta interpretación, desde la lógica jurídica, es –en mi opinión– absolutamente incompatible con el sistema de explotación del referido aprovechamiento conjunto del Tajo-Segura. Se trata de una condición esencial del mismo que, en un ponderado equilibrio de intereses, entendido en su dimensión mínima estricta, protege los intereses ambientales de la cuenca cedente y, al mismo tiempo, protege las dotaciones (excedentarias) para los usuarios del TTS, en tanto no sean modificadas por el legislador y persista el fin que en su día justificó la construcción y explotación de este “aprovechamiento conjunto del Tajo-Segura”.

establecer caudales “ecológicos” en todas las masas de agua. Ni se impide alcanzar el buen estado de todas las masas de agua, exigido por la DMA¹⁵. Esta interpretación permite garantizar el equilibrio entre demandas y protección ambiental, doble objetivo de la planificación hidrológica (art. 40 TRLAg), “equilibrio” al que hacen referencia las sentencias del Tribunal Supremo comentadas.

Así se entiende la aplicación del régimen de caudales “ecológicos” en otros tramos del Tajo, como ocurre desde el embalse de Valdecañas a la frontera con Portugal, sin que esta cuestión suscite problema alguno, al concurrir circunstancias especiales establecidas en normas con rango y valor de ley. En efecto, la *Memoria* del Proyecto de PH Tajo, del tercer ciclo 2022-2027, nos muestra un ejemplo análogo de compatibilidad/equiparación o –como queda señalado– de desplazamiento. Se trata del caso de los *caudales mínimos* que España se compromete a entregar a Portugal, en aplicación del Convenio de Albufeira (1998 y su Protocolo Adicional, de 2008). En el *Anejo 5 Caudales ecológicos*, del Proyecto de PHT Revisión de tercer ciclo (2022-2027), versión abril de 2022, se dice lo siguiente:

“Conceptualmente, estos *caudales mínimos* establecidos en el Convenio de Albufeira, son *diferentes del caudal ecológico mínimo*. Están regulados por un Tratado Internacional, por lo que se ha considerado *no procedente establecer el caudal ecológico mínimo en el embalse de Cedillo* (masa ES030MSPF1001020). Con el fin de mantener una coherencia con la continuidad fluvial, se extrapola el mínimo del Convenio de Albufeira a Alcántara (masa ES030MSPF10002020), Torrejón Tajo (ES030MSPF1003020) y Valdecañas (ES030MSPF1004020). En estos casos, al ser embalses que vierten a otros embalses españoles, solo deberán verter un caudal igual o superior a este caudal ecológico cuando la cola del embalse aguas abajo no alcance la presa situada aguas arriba, o cuando se considere conveniente para mantener una calidad del agua adecuada”, *Anejo 5, Caudales Ecológicos*, p. 23 (las cursivas no están en el original).

Y en el *Apéndice 1. Régimen de caudales ecológicos*, del Anejo 5 citado, también de abril de 2022, se advierte que

“La masa de agua ES030MSPF1001020 (*Embalse de Cedillo*) no figura en esta tabla (recoge los caudales mínimos trimestrales en situación de normalidad). Es

15. A la vista de los usos y aprovechamientos existentes en el Tajo hasta Aranjuez, dependientes del Sistema de la cabecera (incluida la “presión” del TTS), el estado de las masas de agua desde Bolarque a Aranjuez ha sido calificado de “bueno”. No existe ningún estudio en la documentación del PH Tajo que acredite que el incremento escalonado de caudales propuestos en el Proyecto (de 6 a 8,6 m³/s) mejore la calidad del agua, que ya es bueno. Cosa distinta es el estado de las masas de agua, aguas abajo de la desembocadura del río Jarama, por la deficiente depuración de las aguas urbanas e industriales vertidas. En estas masas, el incremento de caudal mejorará su calidad, por el efecto dilución, pero esta práctica está prohibida por la normativa aplicable [art. 251.1.b) 3.ª RDPH].

singular en lo relativo al caudal ecológico mínimo, puesto que sus desembalses se encuentran regulados por el Convenio de Albufeira (Protocolo de revisión del Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas y el Protocolo Adicional, suscrito en Albufeira, el 30 de noviembre de 1998, hecho en Madrid y Lisboa, el 4 de abril de 2008)", p. 11, (las cursivas no están en el original).

Si los caudales entregados a Portugal, en virtud de un Tratado Internacional (tratado que, a efectos del Derecho español, tiene rango de ley), tienen la consideración de "caudales mínimos" y no de "caudales ecológicos mínimos" y ese régimen de caudales mínimos se aplica, por "coherencia con la continuidad fluvial" en el tramo del Tajo inferior, desde el embalse de Valdecañas hasta el embalse de Cedillo, no se entiende la razón por la que, en el tramo superior del Tajo, desde Bolarque a Aranjuez (extendido en el Proyecto de PH Tajo hasta Valdecañas¹⁶), existiendo una ley española vigente que establece un caudal no inferior a 6 m³/seg. en Aranjuez, no se aplica el mismo criterio, dado que dicho caudal mínimo es una "condición" hidrológica establecida en las leyes especiales del TTS, que solo el legislador puede modificar, condición que debe respetar el PH Tajo y el Gobierno al aprobar los planes hidrológicos.

Como se afirma en la *Memoria de Análisis de Impacto Normativo* del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los PPHI:

"Estos trasvases se establecen con base en *normas específicas* que vienen actuando como elementos *limitantes* a lo que los correspondientes *planes hidrológicos de cuenca* pueden disponer, evitando así que los planes de cuenca puedan afectar a los recursos de otras cuencas vecinas, aunque se trate aquí de recursos trasvasados. Se apoya esta argumentación en la *jerarquía normativa*. Tanto el Plan Hidrológico Nacional como las reglas que a alto nivel regulan los trasvases se aprueban mediante *leyes*, mientras que los planes hidrológicos de cuenca se aprueban mediante *Real Decreto*.

De este modo, las asignaciones establecidas en los planes hidrológicos de cuenca asumen las reglas de los trasvases como *condiciones* de oferta de recursos estables, en tanto y cuanto sus *normas reguladoras no sean modificadas específicamente* o no se lleve a cabo la revisión del Plan Hidrológico Nacional. Se explica todo ello porque las asignaciones realizadas en la cuenca del Segura asumen que los caudales aportados por el ATS se seguirán moviendo durante el sexenio 2022-2027 en los valores medios registrados en los últimos años. Como se verá más adelante, los nuevos caudales ecológicos establecidos en la cabecera y eje principal del Tajo que condicionan los envíos por el ATS pueden impedir mantener este funcionamiento. Es decir, las propuestas de los planes del Tajo y del Segura no son a priori totalmente

16. Esta prolongación, aguas abajo de Aranjuez, hasta el embalse de Valdecañas, del régimen de caudales ecológicos, con cargo al sistema de cabecera del Tajo constituye una alteración más de las condiciones hidrológicas esenciales del aprovechamiento conjunto Tajo-Segura, que altera y trastoca el complejo equilibrio establecido por las leyes especiales del TTS y que, en consecuencia, no puede alterar el PH Tajo o el Gobierno, sin infringir el principio de jerarquía normativa.

coherentes, porque el primero de ellos, *reduce indirectamente los caudales trasvasables*, haciendo materialmente imposible satisfacer las asignaciones fijadas en el plan hidrológico del Segura.

Se plantea el problema de si el *nuevo plan* del Tajo tiene o no *potestad jurídica* para, mediante la fijación de unos determinados caudales ecológicos y no otros que también pudieran haber sido posibles, *alterar lo previsto en el Real Decreto 773/2014*, de 12 de septiembre, por el que se aprueban diversas normas reguladoras del trasvase por el acueducto Tajo-Segura, dictado en desarrollo de la disposición adicional quinta de la Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, que fija las reglas de explotación del trasvase Tajo-Segura, y con ello, hacer inviables las asignaciones continuistas que se establecen en la cuenca del Segura con su nuevo plan hidrológico”, p. 30 (las cursivas no están en el original).

Consideraciones acertadas y muy ilustrativas de los problemas jurídicos que suscita la relación entre diferentes planes hidrológicos y la subordinación de éstos a las normas jurídicas vinculantes, cuyas posibles contradicciones deben ser resueltas por la ley del Plan Hidrológico Nacional o ajustando los planes divergentes a las “condiciones” o límites impuestos por las leyes especiales de los trasvases existentes, en tanto no se modifique su contenido y estén vigentes. En este sentido, la *Memoria de Análisis de Impacto Normativo* identifica correctamente la contradicción que existe entre el PH Segura al señalar que los “caudales aportados por el ATS se seguirán moviendo durante el sexenio 2022-2027 en los valores medios registrados en los últimos años”, mientras que en el PH Tajo “los *nuevos caudales ecológicos* establecidos en la cabecera y eje principal del Tajo que condicionan los envíos por el ATS pueden impedir mantener este funcionamiento”, de manera que las propuestas de los planes del Tajo y del Segura “no son a priori totalmente coherentes, porque el primero de ellos, reduce indirectamente los caudales trasvasables, haciendo materialmente imposible satisfacer las asignaciones fijadas en el plan hidrológico del Segura” (*Memoria...*, p. 30).

Sin embargo, la citada *Memoria* y el *Proyecto* de Real Decreto por el que se aprueban los PPHH incurren en un doble error interpretativo al admitir tácitamente la posibilidad de que el PH Tajo fije un régimen de caudales ecológicos en la cabecera y eje medio del Tajo (desde el embalse de Bolarque hasta el de Valdecañas), como el previsto en los arts. 10 y 11 de su Proyecto de Normativa, en relación con su Apéndice 5.1, caudales que se escalonan de manera creciente en tres saltos temporales (2023, 2026 y 2027), primero, porque así lo ordenan las sentencias comentadas del Tajo (afirmación que no se ajusta a lo expuesto en los apartados anteriores); segundo, porque el “*caudal no inferior a 6 m³/s, en Aranjuez*” no está regulado ni cubierto –como parece erróneamente presuponerse la *Memoria* – por el RD 773/2014, de 12 de septiembre, sino por la Ley 52/1980, razón por la

que esta esencial regla para la explotación del ATS tiene cobertura y rango legal.

En efecto, este Real Decreto (rango *reglamentario*), al regular, en su art. 4.1, los “desembalses de referencia”¹⁷, “para la adecuada satisfacción de las necesidades *ambientales*¹⁸ y *socioeconómicas* de la cuenca cedente”, en modo alguno ha deslegalizado la “condición” del “caudal no inferior a 6 m³/s”, establecida en la citada Ley 52/1980 (la Disposición Adicional Quinta de la Ley 21/2015, de 20 de julio, no le habilita para ello), razón por la que este caudal y su valor, mientras no se modifique por el legislador, es intangible al planificador del Tajo, que debe asumirlo como un caudal mínimo –por razones ambientales obvias, pero ajenas al concepto de caudales ecológicos con todos sus componentes, de simple cobertura reglamentaria– suministrado desde el sistema de cabecera. de modo que no es una materia deslegalizada, ni amparable en la igualmente errónea interpretación de los “desembalses de referencia”, regulados en el art. 4.1 RD 773/2014, que recoge la *Memoria*.

En efecto, se dice en ella

“La propuesta del nuevo Plan Hidrológico del Tajo, plantea un régimen de caudales ecológicos mínimos escalonados en el tramo de Aranjuez que, en algunos meses (Tabla 12), supera los caudales máximos que deben desembalsarse desde Bolarque de acuerdo con el Real Decreto 773/2014, de 12 de septiembre.

Los volúmenes anuales todavía ofrecen un cierto margen de maniobra para aplicar el caudal ecológico propuesto, por lo que podría recurrirse a la regla del

17. Los “desembalses de referencia” constituyen una sencilla regla predeterminada por el Decreto para que los responsables de explotación de los embalses del Sistema de la Cabecera del Tajo (Entrepeñas, Buendía, Bolarque y otros menores), sin necesidad de hacer en cada momento complejísimos cálculos, suelten los volúmenes (metros cúbicos por segundo) previstos en la Tabla del art. 4.1 RD 773/2014, “para la adecuada satisfacción de las necesidades *ambientales* y *socioeconómicas* de la cuenca cedente”. En consecuencia, ampararse en esta regla y en el margen de tolerancia del 25% de “los valores mensuales indicados en la siguiente tabla, sin que en el cómputo anual se admita desviación alguna que suponga incremento sobre el volumen máximo de desembalse anual”, para dar cabida al incremento de caudales como admitía la Disposición Adicional Novena, apartado 4 constituye una interpretación torticera de la misma. No fue esa la finalidad del establecimiento de la regla sino garantizar el equilibrio de los usos de la cuenca cedente (incluidas las necesidades ambientales), al mismo tiempo que los usos del TTS, siempre que hubiera aguas excedentarias trasvasables.
18. Adviértase que se habla de necesidades “*ambientales*”, no de caudales “ecológicos” con todos sus componentes, pues es evidente que un “caudal circulante mínimo”, satisface esas necesidades “ambientales”, aunque formalmente no constituya un caudal “ecológico”, tal como están configurados en la Instrucción de Planificación Hidrológica y de modo análogo a como se han considerado los caudales mínimos que han de soltarse a favor de Portugal, en virtud del Convenio de Albufeira, pues éstos no son –se afirma en la Memoria del PH Tajo, como he resaltado más arriba– “caudales ecológicos”.

25%, umbral que es posible exceder en determinados meses para compensarlo en otros. Sin embargo, en lo que respecta al segundo y tercer escalón, los valores propuestos son excesivamente grandes, superando incluso ese 25% de margen ajustable” (p. 72).

Estas consideraciones encuentran acogida contradictoria en la Disposición Adicional Novena, *Coordinación de los planes hidrológicos relacionados con el trasvase por el acueducto Tajo-Segura*, del Proyecto de Real Decreto por el que se aprueban los PPHH del tercer ciclo, cuyo apartado 4¹⁹ recuerda que los regímenes de caudales ecológicos en el eje del Tajo se aplicarán *respetando* los desembalses máximos admisibles desde la presa de Bolarque hacia el río Tajo, establecidos en el artículo 4.1 del Real Decreto 773/2014, si bien, el segundo párrafo de este apartado 4, habilita al Gobierno para que, por Decreto, pueda modificar esos caudales máximos de desembalse para “garantizar su coherencia con los caudales ecológicos necesarios para el río Tajo”.

El apartado 4 citado refleja, aunque sea contradictoriamente, la convicción del MITERD relativa a la posibilidad de que el PH Tajo establezca el régimen de caudales ecológicos del sistema de cabecera y eje del Tajo, por más que unas páginas más arriba haya advertido de manera categórica

“Por otra parte, esta disposición recuerda, en su apartado 4, que la aplicación de estos nuevos caudales ecológicos (del Tajo) no puede vulnerar normas *prevalentes* vinculadas a la planificación nacional, asunto sobre el que se volverá a incidir al analizar el encaje de estos planes revisados con respecto al Plan Hidrológico Nacional”, p. 68 (la cursiva no está en el original).

III. CONSIDERACIONES FINALES

De lo expuesto en este apartado resulta patente –en mi opinión– que el régimen de caudales ecológicos establecido en el proyecto de PH Tajo no respeta y vulnera las “normas prevalentes vinculadas a la planificación nacional”. Como he sostenido, el “caudal circulante no inferior a 6 m³/s, en Aranjuez”, constituye una “condición” hidrológica del aprovechamiento del trasvase Tajo-Segura, establecida en la Ley 52/1980, condición que debe ser respetada por la planificación del Tajo y por el Gobierno al aprobar los planes hidrológicos, en tanto no sea modificada por el legislador.

19. Adviértase que los apartados 3 y 4 de la Disposición Adicional Novena del Proyecto de Decreto por el que aprueban los planes hidrológicos, del texto presentado a la sesión del Consejo Nacional del Agua, celebrado el pasado día 29 de noviembre de 2022, fueron suprimidos de la versión enviada al Consejo de Estado para informe.

Adviértase que, la modificación del régimen de caudales ecológicos mínimos circulantes no atañe solo al tramo fluvial afectado, sino que tiene necesariamente efectos, tanto en el propio río Tajo como en el TTS, que es necesario tomar en consideración.

Así, un aumento de estos caudales mínimos significará, a igualdad del resto de circunstancias, una modificación de los desembalses de referencia desde cabecera requeridos para satisfacer las nuevas necesidades globales conjuntas (demandas para los distintos usos y caudales ecológicos), que se habrán visto lógicamente incrementadas como consecuencia del aumento del caudal ecológico. Ese aumento del desembalse de referencia, que es el agregado total necesario para satisfacer las necesidades conjuntas aguas abajo del embalse, implicará que la reserva embalsada para atenderlo debe también incrementarse, puesto que al ser mayor el volumen total atendido también lo es la reserva que debe disponerse para garantizarlo. Así como, prolongar el régimen de caudales ecológicos dependientes del Sistema de la Cabecera, desde Aranjuez hasta el embalse de Valdecañas, rompe el complejo equilibrio establecido, con la consecuencia de incrementar la merma de aguas excedentarias.

En los términos de la regulación establecida por la denominada Ley del Memorandum (actual 21/2015), esto significa que, además de la reducción de los volúmenes disponibles para trasvase, tanto la reserva no trasvasable de 400 como la curva de definición del nivel 3 deben ser incrementadas en unas magnitudes cuya evaluación no es trivial y ha de determinarse técnicamente.

Entenderlo de otra manera, además de una infracción del principio de jerarquía normativa, constituiría una desviación de poder patente (uso de potestades administrativas para fines distintos de los otorgados por el ordenamiento jurídico, art. 70.2 LJCA).

La interpretación propuesta es coherente con el rango de las leyes que material y formalmente se integran en la Ley del Plan Hidrológico Nacional, como instrumento para coordinar los diferentes planes hidrológicos de cuenca [art. 45.1.a) TRLAg], así como con el doble objetivo que tiene la planificación hidrológica establecidos en el art. 40 TRLAg (equilibrio y armonización de los usos y demandas con el mantenimiento del caudal ecológico) y en el art. 19 de la Ley 7/2021, de Cambio Climático (seguridad hídrica para las personas, la biodiversidad y los usos socioeconómicos).