

LA PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE EN MATERIA DE AGUAS

POR

ALBERTO PALOMAR OLMEDA

SUMARIO: 1. *El concepto de medio ambiente.*—2. *El medio ambiente como un bien jurídico protegido:* A) La constitucionalización del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado. B) Protección jurisdiccional del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado.—3. *Técnicas legales de protección del medio ambiente:* A) Protección penal. B) Protección por disposiciones administrativas.—4. *La protección del medio ambiente en materia de aguas: disposiciones legales.*—5. *El daño ecológico como causa de extinción de los derechos de utilización de las aguas:* A) Doctrina jurisprudencial en materia de protección general de las aguas. B) La protección de las aguas en el marco de la concesión.

1. CONCEPTO DE MEDIO AMBIENTE

Afirma GÁLVEZ (1) que «el medio ambiente es el conjunto de elementos naturales o culturales que determinan las condiciones de vida características de un integrante humano geográfico y temporalmente delimitado».

Por su parte, la Comisión Económica para Europa ha definido el medio ambiente activo como un conjunto de sistemas compuesto de objetos y condiciones físicamente definibles que comprenden particularmente a ecosistemas equilibrados, bajo la forma que los conocemos o que son susceptibles de adoptar en el futuro previsible y con los que el hombre, en cuanto punto focal dominante, ha establecido relaciones directas.

Las definiciones apuntadas dejan ver con toda claridad que lo que modernamente se entiende como medio ambiente es algo más que el puro aire y la forma de preservar a éste de las contaminaciones exteriores (2).

El nuevo concepto de medio ambiente abarca la protección de

(1) Javier GÁLVEZ MONTES, *Comentarios a la Constitución*, F. GARRIDO FALLA y otros, Madrid, 1985, págs. 813 y ss.

(2) En el mismo sentido, J. R. DROMI, *Federalismo y Medio Ambiente*, «Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica», núm. 228 (1985), pág. 728.

otras cuestiones como el suelo, las aguas, el mar, los recursos naturales, el medio ambiente urbano, etc.

Junto a esta ampliación del concepto de medio ambiente se ha apreciado en los últimos tiempos una especial sensibilización respecto de los temas ambientales, precisamente, como consecuencia de un proceso de reacción frente a un larguísimo proceso de industrialización y urbanización que habían constituido la tónica hasta esos momentos.

Este proceso supuso, en la práctica, una concentración en torno a las ciudades, proceso que, tal y como señaló Fernando MOLA (3), se caracteriza por una serie de problemas que pueden agruparse en los tres siguientes:

- a) Falta de crecimiento sincrónico entre la población y los servicios básicos a ella destinados y aparición de problemas específicos de las grandes urbes.
- b) Mayor demanda de servicios y de espacio, como consecuencia del aumento del nivel de vida de la población y de su movilidad.
- c) Una progresiva degradación del medio ambiente.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el tercero de los problemas planteados, desde la perspectiva de los medios e instrumentos jurídicos utilizados por la comunidad para autoprotgerse del deterioro del medio ambiente.

Sin embargo, antes de proceder al análisis de los instrumentos utilizados para la defensa del medio ambiente, parece conveniente examinar en concreto cuáles son las formas de manifestación exterior del deterioro ambiental. Siguiendo el dictamen del Consejo de Europa (Comisión Europea para Europa), pueden señalarse las siguientes disfunciones:

I. Contaminación y mala gestión de los recursos hidráulicos. En este apartado se incluye no sólo la contaminación, sino también el despilfarro y dilapidación de las aguas.

II. Contaminación y mala gestión de los recursos atmosféricos. En este apartado se incluyen la utilización indiscriminada del espacio aéreo o la interrupción de la iluminación.

(3) Fernando MOLA DE ESTEBAN CERRADA, *La defensa del medio humano*, Madrid, 1977.

III. Contaminación, degradación, desfiguración y mala gestión de los campos, de las tierras cultivables y del paisaje. Se incluyen dentro de este apartado la degradación y mala gestión de los mismos, sobreexplotación agrícola y monocultivo, la desfiguración del terreno o la utilización de los campos para fines incompatibles con el carácter del medio ambiente.

IV. Contaminación y deterioro de las superficies sólidas de los organismos y los productos alimenticios.

V. Defectuosa utilización y gestión de los recursos mineros y otros recursos naturales, apartado que incluye las disfunciones que puedan establecerse tanto en el proceso de extracción de los minerales como los que puedan derivarse de la mala utilización y el derroche de los mismos.

VI. Problemas que pudieran suscitarse en torno a los sistemas ecológicos y al equilibrio de los mismos, incluyéndose dentro de él categorías de fenómenos como la destrucción de diversas especies animales, las posibles agresiones al manto vegetal o la utilización del monocultivo como posible causa de ruptura del equilibrio ecológico.

VII. Negligencia y daños culturales relativos a diversos medios fabricados por el hombre, aspecto que incluye los puros elementos arquitectónicos, así como aquellos que tienden a preservar del deterioro de los valores tradicionales.

VIII. Perturbaciones imputables a los desperdicios analizados, tanto en su proceso de evacuación como en su sistema de utilización.

IX. Disfunciones ocasionadas por catástrofes naturales, aspecto que incluye las derivadas de movimientos sísmicos, inundaciones, erupciones sísmicas, etc.

El análisis de los anteriores apartados nos permite abordar con una óptica ampliamente extensiva el concepto de medio ambiente, óptica que resulta a todas luces necesaria, pues ese proceso de expansión conlleva inmediatamente una mayor reglamentación en cada uno de los sectores implicados, algunos absolutamente insospechados no hace mucho tiempo, y, juntamente con ello, o quizá derivado de este mismo proceso, una más amplia intervención administrativa.

2. EL MEDIO AMBIENTE COMO UN BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Hemos analizado en el apartado anterior el proceso de extensión y de redefinición del que está siendo objeto en la actualidad el concepto de medio ambiente. Pues bien, como no podía ser menos, el Derecho no puede permanecer impasible ante este proceso, sino que, muy al contrario, el medio ambiente se constituye en un bien jurídico, patrimonio de la comunidad, y que debe ser protegido de cuantos ataques puedan dirigírsele.

Este proceso de protección se verifica, en un principio, por medio de una larga serie de reglamentaciones que intentan poner coto a las posibles infracciones al medio ambiente. En un segundo momento se produce la constitucionalización del derecho al medio ambiente.

A) *La constitucionalización del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado*

Nuestro Ordenamiento Jurídico ha sido sensible a estos dos procesos, que culminan en el artículo 45.2 de la Constitución de 1931. Dicho artículo aborda la protección del medio ambiente desde una vertiente incidental, en la que el «Estado protegerá también los lugares notables por su belleza natural o por reconocido valor artístico e hinstórico».

De aquí, sin ningún otro precedente, se da el salto hasta que, con la publicación de la Constitución de 1978, se consagra el derecho al medio ambiente, pero no ya de forma incidental, sino de forma plena e incondicionada.

El artículo 45.1 de la Constitución de 1978 establece que «todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo». Dicho precepto se completa con lo dispuesto en el párrafo segundo, que establece «la obligación de los poderes públicos de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva», y, por último, el párrafo 3.º, que establece: «Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se

establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.»

Comentando el citado artículo, GÁLVEZ (4) afirma a este respecto que «la Constitución española... no se limita a consagrar el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, sino que también impone a cada uno el deber de conservarlo. Esta explícita conjunción entre derecho y deber se debe tanto a exigencias técnico-jurídicas de la articulación del precepto, en relación con los números 2 y 3 del artículo 45 de la Constitución, como a postulados que derivan de la propia mecánica del medio ambiente».

Después de la consagración constitucional del derecho al medio ambiente y el deber de conservarlo, se establece una obligación positiva, de hacer, que supone la legitimación de la intervención estatal en materia de medio ambiente. En todo caso, debe llamarse la atención de que la obligación no es exclusiva de la Administración, sino que abarca e incluye a todos los poderes públicos, concepto éste de contenido mucho más amplio que el de Administración Pública.

A este respecto, y tal y como ha puesto de relieve GÁLVEZ (5), «el precepto constitucional... ofrece las más amplias posibilidades de intervención a los poderes públicos. Dada la gran amplitud de su redacción, que sólo repara en objetivos sin tasar los medios o instrumentos necesarios para el logro de los mismos, cabe afirmar que las únicas limitaciones que pueden oponerse a esta modalidad de acción son las derivadas de los mecanismos propios de un Estado de Derecho».

B) *La protección jurisdiccional del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado*

Analizado hasta este momento la regulación que nuestra Constitución establece respecto del medio ambiente, cabe centrar nuestro objetivo en la situación de dicho precepto en el seno de la norma constitucional de dicho texto legal, de lo cual se deriva, a su vez, la protección que nuestro Ordenamiento Jurídico dispensa a ese nuevo derecho: el derecho al medio ambiente adecuado.

En este sentido, comencemos por señalar que el artículo 45, que

(4) Javier GÁLVEZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 810.

(5) Javier GÁLVEZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 816.

como hemos visto es el que consagra el derecho al medio ambiente, está ubicado en el capítulo 3.º del Título I de la Constitución, y dentro de lo que ha dado en llamarse «principios rectores de la política social y económica».

El profesor GARRIDO FALLA (6) ha dicho de estos principios que «se trata fundamentalmente de normas de acción de carácter constitucional dirigidas a los poderes públicos para que actúen en un sentido determinado, el control de cuya pasividad (sobre todo si el mandato va dirigido al legislativo) es de muy difícil instrumentación jurídica, y en relación con las cuales no puede hablarse del nacimiento de correlativos derechos subjetivos de los particulares; a lo sumo, intereses legítimos. Pero también ocurre que el precepto habla a veces del “derecho de todos”, lo que produce, cuando menos, la apariencia de derechos subjetivos cuya fuente directa sea la Constitución...».

Sin embargo, y pese a esta apariencia de auténtico derecho subjetivo, es lo cierto que su ubicación constitucional impide que el derecho al medio ambiente ostente las mismas garantías que el resto de los derechos subjetivos consagrados en la Constitución, estableciéndose por eso «únicamente» en el artículo 53.3 de la misma que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo 3.º informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

Es claro, después de cuanto acaba de decirse, que el derecho al medio ambiente no puede ser considerado como un auténtico derecho subjetivo cuya fuente directa sea la Constitución, sino que su regulación y su exigibilidad sólo podrán realizarse de acuerdo con las leyes que en cada momento lo desarrollen, sin que pueda ser accionado directamente ante los tribunales.

En todo caso, pensamos que la constitucionalización del derecho al medio ambiente, aunque sea en un capítulo que no ofrece grandes posibilidades de defensa en el plano constitucional, es un aspecto positivo que coloca a la Constitución española en la vanguardia de las Constituciones europeas, ya que no debemos olvidar que Constituciones tan avanzadas como la italiana, la francesa o la propia

(6) Fernando GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, página 896.

Ley Fundamental de Bonn no hacen referencia alguna al medio ambiente.

3. TÉCNICAS LEGALES DE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

Acabamos de analizar, en líneas generales, cuál es la evolución del medio ambiente de hecho natural a bien jurídico susceptible de protección. Juntamente con esto, hemos apuntado ya que la propia Constitución, en el párrafo 3.º del artículo 45, verifica una remisión a la ley, que debe regular en la vía penal o administrativa correspondiente las posibles contravenciones.

Pues bien, en esta línea debemos señalar que en nuestro Ordenamiento Jurídico existe una protección que se bifurca en los siguientes aspectos: *a)* la protección penal; *b)* la protección por vía de las leyes que regulan las denominadas propiedades especiales, y *c)* la protección por vía de disposiciones administrativas de diferente rango.

A) *Protección penal*

Por lo que hace referencia a la protección penal, hay que significar que la reforma introducida en el Código Penal en 1983 (LO 25 de junio de 1983), significa para L. RODRÍGUEZ RAMOS (7) la introducción de un precepto novedoso que cuenta con tres tipos penales: uno principal y básico, y dos derivados o agravados. Su consagración se establece en el artículo 347 bis, *a)*, que señala:

«Será castigado con pena de arresto mayor y multa de 50.000 a 1.000.000 de pesetas el que, contraviniendo las leyes o reglamentos protectores del medio ambiente, provocare o realizare, directa o indirectamente, emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, el suelo, las aguas terrestres o marítimas que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles.»

(7) LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, *Comentarios a la legislación penal*, M. COBO DEL ROSAL y otros, tomo V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pág. 831.

Este es el tipo básico definido de nuestra legislación penal, y esa remisión a las leyes y reglamentos administrativos convierte el precepto, según RODRÍGUEZ RAMOS (8) en un tipo penal en blanco, modalidad legislativa que ha sido criticada en cuanto puede ser contraria al principio de legalidad y al de reserva de Ley Orgánica que se establece en el artículo 81 de la Constitución.

El citado artículo 347 bis, a), señala más tarde los dos tipos cualificados, que son los siguientes:

«Se impondrá la pena superior en grado si la industria funcionara clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones o se hubiese desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de la actividad contaminante, o se hubiere aportado información falsa sobre los aspectos ambientales de la misma o se hubiese obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.»

El segundo de los tipos penales es el siguiente:

«También se impondrá la pena superior en grado si los actos anteriormente descritos originaran un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico...»

Como puede apreciarse, el tipo penal es un tipo que remite a la legislación administrativa que establezca las medidas de protección del medio ambiente, y que en general supone una conducta que pueda poner en peligro el medio ambiente, entendido éste en su concepto más amplio.

B) *Protección por disposiciones administrativas*

El segundo mecanismo protector del medio ambiente viene constituido por una serie de disposiciones legales y administrativas que establecen de forma concreta las medidas que tienden a garantizar el equilibrio del medio ambiente.

Las principales disposiciones administrativas que establecen me-

(8) Luís RODRÍGUEZ RAMOS, *ob. cit.*, pág. 833.

didadas protectoras del medio ambiente pueden sintetizarse en las siguientes:

- 1.^a En materia de propiedades especiales:
 - Ley 29/85, de 2 de agosto, de Aguas.
 - Decreto de 14 de noviembre de 1958, Reglamento Policía de Aguas.
 - Ley 10/77, de 4 de enero, del Mar Territorial.
 - Ley 15/78, de 20 de febrero, reguladora de la Zona marítima Económica.
 - Ley 28/69, de 26 de abril, de Costas.
 - Ley 22/73, de 21 de julio, de Minas.
 - Ley 1/70, de 4 de abril, de Caza.
 - Ley de 20 de febrero de 1942, de Pesca.

- 2.^a En materia de medio ambiente en general:
 - Ley del Suelo, TR 9 de abril de 1976.
 - Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, 30 de noviembre de 1961.

- 3.^a En materia de protección atmosférica:
 - Ley 38/72, de 22 de diciembre, de Protección del Medio Ambiente Atmosférico.
 - Decreto 2403/82, de 12 de agosto, regulador de Carburantes y Combustibles.

Las anteriores leyes y disposiciones administrativas, expuestas sin ánimo de agotar la relación cada vez más extensa de normas que van incidiendo en la regulación del medio ambiente, son una muestra más que representativa de las normas generales que contienen preceptos específicos en materia de protección del medio ambiente.

4. LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN MATERIA DE AGUAS. DISPOSICIONES LEGALES

Analizada hasta este momento la protección dispensada por nuestro Ordenamiento Jurídico al medio ambiente y las principales nor-

mas que contienen disposiciones para preservar su depreciación, nos vamos a referir ahora a un sector concreto de nuestro Ordenamiento Jurídico, el de las aguas continentales, para examinar las prescripciones establecidas legalmente y la forma en la que se puede controlar el cumplimiento de las mismas.

A este respecto, y sin ánimo de agotar *in extenso* todas las disposiciones que han establecido medidas de protección de las aguas, referimos algunas de las más importantes y representativas:

1. El día 16 de noviembre de 1900 se dicta un Real Decreto que aprueba el Reglamento sobre enturbiamiento e infección de aguas públicas y sobre aterramiento y ocupación de sus cauces con los líquidos procedentes del lavado de minerales o con los residuos de las fábricas.

Dicho Reglamento estaba dividido en tres capítulos. El primero de los capítulos está referido al enturbiamiento e infección de aguas públicas. El segundo hace referencia al aterramiento y ocupación de los cauces públicos, y el tercero que contiene una serie de disposiciones generales.

Los principios esenciales del citado Reglamento pueden sintetizarse en los siguientes:

a) Se prohíbe a los dueños de minas y fábricas de toda clase que viertan al cauce de arroyos, ríos, rías y bahías las aguas turbias o sucias procedentes del lavado de minerales o de las preparaciones industriales.

Sólo es posible el desagüe en los cauces públicos cuando los líquidos que en ellos se viertan no contengan en suspensión o en disolución materias que enturbien o contaminen el agua, con perjuicio de los usos generales de la misma.

Asimismo, se establece la prohibición general de verter a los cauces públicos las aguas sucias y materias residuales de cualquier género, debiendo obtenerse para ello una autorización del Gobernador Civil, previa la instrucción del correspondiente expediente.

b) De igual modo, queda prohibido arrojar a los márgenes, orillas y álveos los escombros procedentes del laboreo de las minas, así como las escorias, detritos y residuos de toda clase de fábricas industriales.

c) Para resarcir los daños que a los propietarios del suelo y

usuarios de aguas irroguen los dueños de minas, podrán éstos concertarse con los Ayuntamientos perjudicados, construyendo al efecto las fuentes, lavaderos de ropa y abrevaderos de ganado, y con los propietarios ribereños, sobre la cuantía de la indemnización que hayan de abonarle.

2. El 14 de noviembre de 1958 se aprueba el Reglamento de Policía de Aguas, dando cumplimiento así a lo preceptuado en los artículos 226 y 227 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

Dicho Reglamento estaba dividido en cinco capítulos referidos a las disposiciones generales; la policía de los cauces; la policía de las zonas contiguas a los cauces, riberas y servidumbre; las contravenciones y sanciones, y el procedimiento.

Los puntos más importantes, a los efectos de lo que aquí interesa, son los siguientes:

a) En los cauces públicos que queden en seco no podrán establecerse viviendas ni artefactos que puedan entorpecer el paso de las aguas, dañar los álveos y cauces en épocas de avenidas o signifiquen peligro para la seguridad de las personas o bienes (art. 8).

b) Se prohíbe el vertido en un cauce público de aguas residuales cuya composición química o contaminación bacteriológica puedan impurificar las aguas con daño para la salud pública.

El establecimiento de cualquier industria que origine materias residuales que puedan impurificar las aguas de un cauce público debe ser objeto de un informe previo de la autoridad administrativa.

c) No se consentirán las industrias de fabricación de explosivos ni su almacenamiento a una distancia menor de un kilómetro de los tramos navegables, canales para abastecimiento de poblaciones, acequias, etc.

d) En los pantanos de embalse para abastecimiento de poblaciones se prohíbe:

- Arrojar objetos o sustancias que puedan impurificar.
- Lavar ropas o enseres en lugares distintos del autorizado.
- Acercar rebaños, caballerías y ganados.
- Depositar estiércol, basura, desperdicios o amontonar materiales.

El citado Reglamento dedica los capítulos IV y V a la regulación de las faltas y sanciones susceptibles de ser impuestas por el incum-

plimiento de los preceptos del mismo y el procedimiento para hacerlo.

Lo más relevante de los citados capítulos se encuentra en la compatibilidad de sus sanciones con las que pudieran imponerse criminalmente, y, asimismo, el hacer de la multa la principal sanción a imponer, estableciendo la obligación de reparación a su cargo de los daños producidos.

3. La Orden de 4 de septiembre de 1959 reglamenta el vertido de las aguas residuales, en el sentido de prohibir el vertido directo o indirecto en un cauce público o canal de riego de aguas residuales cuya composición química o contaminación bacteriológica puedan impurificar las aguas públicas.

Las prescripciones de dicha Orden fueron desarrolladas, a su vez, por la Orden de 23 de marzo de 1960, que indica que se «entiende por aguas residuales las que, de algún modo, produzcan alteraciones perjudiciales en las características físicas, químicas o bacteriológicas». Se entiende, según el artículo 2.º, por vertido directo el realizado «inmediatamente sobre el curso de aguas, cauce público o canal de riego».

Después de las anteriores, se van sucediendo otra larga serie de normas que, con carácter puntual, contienen las prescripciones necesarias para ir cubriendo, de una forma parcial e inconexa, toda la normativa que intenta proteger nuestras aguas de la contaminación que por cualquier causa pudiera producirse.

4. Así las cosas, se produce una reforma global del Ordenamiento Jurídico en materia de aguas, sustituyendo la ya vieja Ley de 13 de junio de 1879 por una nueva Ley, la de 2 de agosto de 1985, publicada en el «BOE» de 8 de agosto.

El título V de la nueva Ley se dedica a la protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas continentales. Dicho título se divide, a su vez, en cinco capítulos, referidos, respectivamente, a las normas generales, los vertidos, la reutilización de las aguas depuradas, los auxilios del Estado y las zonas húmedas.

Comienza el título estableciendo los objetivos de la protección del dominio público hidráulico, que son los siguientes:

- «a) Conseguir y mantener un adecuado nivel de calidad de las aguas.
- b) Impedir la acumulación de compuestos tóxicos

o peligrosos en el subsuelo, capaces de contaminar las aguas subterráneas.

c) Evitar cualquier otra actuación que pueda ser causa de su degradación...»

El segundo paso, una vez señalados los objetivos, es definir los conceptos desde el punto de vista legal. Para ello, el artículo 85 establece:

«Se entiende por contaminación, a los efectos de esta Ley, la acción y efecto de introducir materias o formas de energía o inducir condiciones en el agua que, de modo directo o indirecto, impliquen una alteración perjudicial de su calidad en relación con los usos posteriores o con su función ecológica. El precepto de degradación... incluye las alteraciones perjudiciales del entorno afecto...»

Como puede apreciarse, en la nueva configuración de la contaminación se ha buscado un concepto mucho más amplio que el existente hasta ese momento y que, sobre todo, hace especial hincapié no en la definición de los posibles agentes contaminadores, sino en el análisis del resultado producido, con independencia de cuál sea el elemento contaminador.

Obviamente, el siguiente hito consiste en desarrollar las técnicas y formas de actuación que permitan la realización y plasmación de los objetivos establecidos. Para conseguir lo anterior se utiliza una variada serie de técnicas que va desde la facultad a la prohibición a otras, entre las que pueden destacarse como más importantes las siguientes:

a) Se faculta al Gobierno para que pueda establecer alrededor de los lechos de lagos, lagunas y embalses un área en la que se condicione el uso del suelo y las posibles actividades a realizar, todo ello sin perjuicio de las zonas de servidumbre y policía que con carácter general se fijan para la corriente de las aguas.

b) Se establece la obligación de que se presenten los correspondientes estudios de evaluación de los efectos que, en la tramitación de concesiones y autorizaciones, afecten al dominio hidráulico y pudieran implicar riesgos para el medio ambiente.

c) Se establecen, por último, una serie de cuatro prohibiciones de carácter general que impiden:

- Efectuar vertidos directos o indirectos que contaminen las aguas.
- Acumular residuos sólidos, escombros o sustancias, cualquiera que sea su naturaleza y lugar en que se depositen, que puedan constituir un peligro de contaminación de las aguas o degradación de su entorno.
- Efectuar acciones sobre el medio físico o biológico afecto al agua que constituyan o puedan constituir una degradación del mismo.
- El ejercicio de actividades dentro de los perímetros de protección fijados en los planes hidrológicos, cuando pudiera constituir un peligro de contaminación o degradación del dominio público hidráulico.

El capítulo II del título se refiere a los vertidos, entendiendo por tal «toda actividad susceptible de provocar la contaminación o degradación del dominio público hidráulico y, en particular, el vertido de aguas y productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales».

La forma de proteger el medio ambiente en materia de vertidos consiste en condicionar cualquier actuación a la concesión de la correspondiente autorización administrativa.

Esta exigencia lleva al artículo 95 de la Ley de Aguas a condicionar el establecimiento, modificación o traslado de industrias que puedan originar vertidos, a la obtención de la autorización de vertidos.

Las autorizaciones de vertido podrán ser revocadas por incumplimiento de las condiciones establecidas en la misma con la finalidad de proteger el dominio público hidráulico. Sin embargo, las consecuencias del incumplimiento van mucho más allá, puesto que «en casos especialmente cualificados de incumplimiento de condiciones, de las que resultasen daños muy graves al dominio público hidráulico, la revocación llevará consigo la caducidad de la correspondiente concesión de aguas sin derecho a indemnización...».

Es claro que el daño al dominio público hidráulico, al medio ambiente, en suma, puede suponer la caducidad, la pérdida de los

derechos concesionales de utilización del agua, con la especialidad de que dicha pérdida se produce sin derecho alguno a indemnización por esta privación de derechos, lo que la convierte, por tanto, en una norma sancionadora.

Los anteriores principios han sido desarrollados, recientemente, por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril («BOE» de 30 de abril), por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/85, de 2 de agosto, de Aguas.

5. EL DAÑO ECOLÓGICO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS DE UTILIZACIÓN DE AGUAS

Hasta este momento se ha analizado el concepto de medio ambiente y la plasmación específica y legislativa en materia de aguas públicas. Nos interesa, ahora, analizar la jurisprudencia dictada en esta materia, y en especial la que hace referencia al incumplimiento de las condiciones impuestas para evitar la contaminación, como causa de caducidad de la concesión en materia de utilización de aguas.

A) *Doctrina jurisprudencial en materia de protección general de las aguas*

Martín MATEO (9) ha señalado, a este respecto, que el enjuiciamiento de la protección de las aguas puede efectuarse desde la triple perspectiva del análisis de la prevención, la reparación y las sanciones.

Respecto del primero de los problemas, el Tribunal Supremo, al enjuiciar la aplicación de estas exigencias, rechaza, en la sentencia de 14 de junio de 1977, los argumentos de que los afectados encuentran muy onerosas las medidas propuestas.

En general, afirma el citado autor que la jurisprudencia en materia de prevención acepta la tesis de la inmisión, o, lo que es igual, de la calidad del cauce y su capacidad de asimilación y regenera-

(9) Ramón MARTÍN MATEO, *Jurisprudencia ambiental del Tribunal Supremo español desde el cambio político*, «Revista Española de Derecho Administrativo».

ción del cauce, como el parámetro determinante a la hora de medir y valorar en concreto la contaminación efectuada (sentencias 14 junio 1977 y 28 mayo 1979).

Por lo que hace referencia a la segunda vertiente, es decir, la reparación de los daños causados, afirma (10) que el principio general en la materia es la carga sobre el contaminador de la obligación de reparar el perjuicio por él causado. La jurisprudencia, en este punto, ha señalado, en la sentencia de 13 de junio de 1979, que es necesaria la concurrencia de tres elementos para que se dé, efectivamente, la obligación de reparar. Estos tres requisitos son: «la realidad del daño, su probanza y su imputabilidad».

Analizados los dos puntos anteriores surge el tercero de los sometidos a examen y que intenta reaccionar frente a la existencia de vertidos y de elementos contaminadores absolutamente inadmisibles, bien desde el punto de vista de su presencia crónica o bien por su importancia como elemento degradante.

Se señala por el citado autor que, frente a un problema como el descrito en el párrafo anterior, sólo caben tres tipos de medidas, a saber: clausura de las instalaciones, compensación por los daños causados y la imposición de sanciones.

Respecto a los dos primeros no han de realizarse grandes esfuerzos para comprender que presenta una notable dificultad en su aplicación práctica, ya que si la primera es contraria a los intereses económicos y sociales del país, la segunda se enfrenta con un grave problema técnico que la hace prácticamente inviable, en cuanto resulta muy difícil la valoración de los daños causados, máxime si se tiene en cuenta que se trata, en general, de ríos grandemente contaminados donde resulta difícil individualizar los daños causados por cada agente contaminador.

Sin embargo, las críticas a los sistemas contaminadores no acaban aquí, ya que el propio Tribunal Supremo, en la sentencia de 25 de octubre de 1979, pone de relieve la ineficacia global de todos los medios reparadores, máxime cuando éstos pueden eludirse mediante el pago de multas, que, por otro lado, no guardan proporción en su cuantía con la gravedad del daño sancionado.

(10) Ramón MARTÍN MATEO, *ob. cit.*, pág. 191.

B) *La protección de las aguas en el seno de la concesión*

Dicho lo anterior con carácter general, nos corresponde ahora analizar la inclusión en el título jurídico que habilita para usar el dominio público hidráulico, de condiciones establecidas precisamente para intentar salvaguardar el medio ambiente en las aguas.

A este respecto, y siguiendo el esquema de GARRIDO FALLA (11), debemos recordar que los bienes de dominio público, entre los cuales se encuentran las aguas, son susceptibles de tres tipos de usos: *a)* un uso común general, que puede ser ejercitado por cualquier administrado sin que se requiera ninguna cualificación especial para ello; *b)* un uso especial, que es el que pueden realizar los administrados cuando concurren circunstancias singulares de intensidad o peligrosidad que colocan al usuario en una situación distinta a la del resto del público, y *c)* un uso privativo, que es el que se realiza mediante la ocupación de una parte del dominio público, de tal forma que queda excluida la utilización por los demás.

Pues bien, el esquema antes descrito se plasma de una forma bastante palpable en el Ordenamiento Jurídico de las aguas, que es precisamente el objeto del presente estudio.

El título IV de la Ley 29/85, de 2 de agosto, de Aguas, se dedica a la regulación del régimen jurídico de utilización del dominio público hidráulico. El esquema básico de configuración puede resumirse en los siguientes puntos:

1.º Se establecen una serie de servidumbres legales, entre las que se encuentra la de los predios inferiores de recibir las aguas que descienden de los predios superiores, o la servidumbre de acueducto, saca de agua, abrevadero, estribo de presa y de parada.

Fácilmente puede observarse que la nueva Ley de Aguas asume, como servidumbres en materia de aguas, las mismas que el Código Civil ya apuntaba, con la diferencia de que se atribuyen competencias para establecerlas a los organismos de cuenca, que son unos órganos administrativos que se constituyen en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, con el carácter de entidades de Derecho público, con persona-

(11) Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 1985, pág. 580.

lidad jurídica propia, distinta de la del Estado y adscritos a efectos administrativos al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.

2.º Se señalan una serie de usos comunes que pueden ser realizados por todos sin necesidad de autorización administrativa, ni de ningún otro control administrativo, con la sola condición de ajustar el uso común a lo que disponen las leyes y reglamentos.

Entre estos usos se encuentran los de beber, bañarse y, en general, los usos domésticos, incluido el de abreviar el ganado.

El artículo 48 de la Ley de Aguas señala unos límites legales a estos usos generales, entre los cuales destacan:

- a) No alterar la calidad y el caudal de las aguas.
- b) En las aguas de cauces artificiales, las derivadas de la protección del acueducto.
- c) La imposibilidad de desviarlas de sus cauces o lechos.

3.º Se establecen una serie de usos que, por ser especiales, requieren el otorgamiento de la correspondiente autorización administrativa. Estos usos especiales son:

- a) La navegación y flotación.
- b) El establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos.
- c) En general, cualquier uso que no sea de los definidos como de uso común y siempre que no excluya la utilización por terceros.

4.º El esquema se completa estableciendo que para cualquier uso privativo de las aguas se necesita el título jurídico, que en general habilita para la utilización privativa del dominio público, esto es, la concesión.

La regulación concreta de este título jurídico se verifica en los artículos 57 y siguientes de la Ley de Aguas, de cuya regulación podemos destacar las siguientes cuestiones:

- a) Toda concesión se otorgará según las previsiones de los planes hidrológicos, con carácter temporal y plazo no superior a setenta y cinco años.
- b) Las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los cauces concedidos.
- c) En el otorgamiento se seguirá el orden de preferencia que

establezca el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente, teniendo en cuenta las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno.

Supletoriamente, y para el caso de que en el correspondiente Plan Hidrológico no se establezca un orden de preferencia, la ley señala uno propio, que comienza por el abastecimiento de las poblaciones, los regadíos, usos industriales, agricultura, recreo, y termina con la navegación y el transporte marítimo.

d) Junto a lo anterior, establece la Ley de Aguas algunas cláusulas que, por lo demás, se repiten en todas las concesiones de dominio público. Entre ellas destaca la de que «toda concesión se entenderá hecha sin perjuicio de tercero». Asimismo, se señala que «el agua queda adscrita a los usos indicados en el título concesional, sin que pueda ser aplicada a otros usos distintos ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos».

e) La regulación general de la concesión se completa estableciendo, por un lado, las causas de revisión de las concesiones y, por otro, las causas de caducidad de las mismas.

En lo que se refiere a las posibilidades de revisión, el artículo 63 de la Ley de Aguas establece tres causas de revisión: *a)* la modificación de los supuestos determinantes de su otorgamiento; *b)* supuestos de fuerza mayor a petición del concesionario, y *c)* cuando lo exija su adecuación a los planes hidrológicos.

Por su parte, la caducidad puede ser declarada en dos supuestos: *a)* incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales o plazos en ella previstos, y *b)* por interrupción permanente de la explotación durante tres años consecutivos, siempre que la interrupción sea imputable al titular.

Llegados a este punto de la exposición, debemos ahora enlazar con los demás que se relacionan con el presente estudio, esto es, la posibilidad de asegurar la protección del medio ambiente en el uso privativo de las aguas.

Obviamente, el problema se suscita en el seno del uso privativo, ya que en el uso general hay que efectuar una remisión global a los medios de policía con los que la Administración ha de impedir el deterioro del entorno natural.

Ahora bien, sin que el uso privativo suponga la negación absoluta de la posibilidad de utilización de las facultades de policía, es lo

cierto que el título concesional supone una ampliación del acervo patrimonial del particular, que puede implicar algunas dificultades a la hora de aplicar las técnicas generales de protección del medio ambiente.

Desde este punto de vista, cabría preguntarse, entonces, si esos usos privativos suponen un menor grado de protección del entorno, o si, por el contrario, en estos usos privativos existe algún mecanismo propio que implique una mayor garantía en la lucha contra la degradación del entorno natural.

Pues bien, en esta línea hay que decir que en las concesiones se establecen dos tipos de cláusulas contractuales, cuyo incumplimiento puede suponer la declaración de caducidad del título legitimador para el uso privativo de las aguas.

En primer lugar, hay que recordar que es aplicable a la concesión la obligación de obtener la autorización administrativa de vertido cuando la actividad desarrollada sea susceptible de provocar contaminación o degradación del dominio público hidráulico.

Es claro, por tanto, que si el titular de la concesión realiza una actividad de las anteriormente descritas, una de las cláusulas de la concesión debe ser, necesariamente, la obligación de obtener la correspondiente autorización de vertidos, cuyo incumplimiento puede generar, al amparo de lo establecido en el actual artículo 64 de la Ley de Aguas, la declaración de caducidad de la concesión.

Debemos significar que el actual artículo 54 no es, ni con mucho, una novedad en nuestro Ordenamiento Jurídico, sino que, por el contrario, ha sido una constante que se ha reiterado en todas las leyes sobre la materia (art. 158 de la Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879).

En segundo lugar, y con independencia de lo anterior, existe la posibilidad de que en el otorgamiento de la concesión se establezcan como condiciones esenciales todas aquellas que tienen por finalidad proteger las aguas de la degradación que pueda suponer la utilización privativa de las mismas.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este tema enjuiciando la aplicación del antiguo artículo 158 de la Ley de Aguas de 1879.

Así, la sentencia de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 1977, en uno de sus considerandos, afirma:

«Que las motivaciones de fondo de la demandada no tienen virtualidad jurídica para desvirtuar los fundamentos de las resoluciones recurridas, que asumimos, y ello por las siguientes razones: a) el artículo 158 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 dispone que “las concesiones de aprovechamiento de aguas caducarán por no haberse cumplido las condiciones y plazos con arreglo a las cuales hubiesen sido otorgadas”; b) que, según la condición segunda de la concesión otorgada inicialmente a la Soc. actora el 26 de febrero de 1944 y la condición novena de la ampliación que se le otorgó el 21 de abril de 1971, el agua derivada deberá ser devuelta al río en las mismas condiciones físicas, químicas y bacteriológicas que han sido tomadas, y concretamente de temperatura, dado el fin a que son destinadas, y, en caso de que el proceso de depuración fuese insuficiente, deberá la Soc. concesionaria establecer, a su costa, el necesario para asegurar aquellas condiciones de vertido...»

La doctrina sentada por el Tribunal Supremo significa que es perfectamente posible articular la defensa y protección de nuestras aguas a través del establecimiento de condiciones que aseguren la no degradación de las aguas utilizadas por los particulares.

La obligación de cumplir las condiciones citadas implica, incluso, la de establecer a costa del concesionario los medios necesarios para adecuar las condiciones de devolución de las aguas.

Junto a lo anterior, la importancia del pronunciamiento judicial se encuentra en que se refrenda el criterio de que el incumplimiento de las condiciones establecidas para proteger el medio ambiente se considera incumplimiento de condiciones especiales, cuestión de notable trascendencia, pues sólo si concurre esa nota de esencialidad es posible utilizar el mecanismo de la caducidad previsto en el antiguo artículo 158, y en el actual artículo 64 de la Ley de Aguas.

Desde este punto de vista, y junto con los medios de policía generales a los que ya nos hemos referido, aparece un medio más de protección del entorno natural, en el sector de las aguas públicas, y que consiste, como queda dicho, no sólo en la obligación de solicitar la correspondiente autorización de vertido de aguas, sino, ade-

nás, y con independencia de lo anterior, el establecimiento entre las condiciones de la concesión de la forma concreta en la que se debe utilizar el agua, e incluso de los medios técnicos a instalar por el concesionario para conseguir la devolución de las aguas en las condiciones previstas y, suponiendo el incumplimiento de todo ello, su configuración como un supuesto de incumplimiento de condiciones esenciales, que permite declarar la caducidad de la concesión.

JURISPRUDENCIA

