

LA COMPATIBILIDAD DE LAS CONCESIONES PARA CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES CON LOS DERECHOS DE TERCEROS

JESÚS CONDE ANTEQUERA¹
Universidad de Granada

Cómo citar/Citation

Conde Antequera, J. (2023).
La compatibilidad de las concesiones para centrales hidroeléctricas reversibles con los derechos de terceros.
Revista de Administración Pública, 222, 209-240.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.222.07>

Resumen

La descarbonización de la economía es clave para lograr el objetivo de neutralidad climática, como planteamiento básico en la lucha contra el cambio climático. La Ley de Cambio Climático y Transición Energética apuesta por las centrales hidroeléctricas reversibles como fórmula para lograr la integración de las energías renovables en el sistema eléctrico y facilitar así la transición energética hacia esa descarbonización. Pero los derechos preexistentes derivados de otras concesiones para el uso del do-

¹ Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-459 «Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Energía». Este trabajo es resultado del Proyecto de investigación PID2021.128816OB-I00, «El binomio agua y energía: régimen jurídico de las concesiones hidroeléctricas y su necesaria revisión en un contexto de crisis energética y cambio climático», del Programa Estatal para impulso de la investigación, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, convocatoria «Proyectos de generación del conocimiento» Científico-Técnica y su Transferencia. También se enmarca en el Proyecto TED2021-132418B-I00, «El binomio Agua-energía: claves jurídicas para la transición a un sistema energético», del Ministerio de Ciencia e Innovación, convocatoria 2021 de proyectos estratégicos orientados a la transición ecológica y transición digital.

minio público hidráulico pueden resultar incompatibles con las nuevas concesiones otorgadas al efecto. Analizamos y valoramos esas posibles incompatibilidades y las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico vigente para evitarlas o eliminarlas.

Palabras clave

Centrales hidroeléctricas reversibles; concesiones demaniales; sistema eléctrico; energías renovables; transición energética.

Abstract

The decarbonisation of the economy is key to achieving the objective of climate neutrality, as a basic approach in the fight against climate change. The Law on Climate Change and Energy Transition is committed to reversible pumping hydroelectric plants as a formula to achieve the integration of renewable energies into the electricity system and thus facilitate the energy transition towards this decarbonisation.

However, pre-existing rights derived from other concessions for the use of the public hydraulic domain may be incompatible with the new concessions granted for that purpose. We analyse and assess these possible incompatibilities and the tools offered by the current legal system to avoid or eliminate them.

Keywords

Reversible pumping hydroelectric plant; public concessions; electricity system; renewable energies; energy transition.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES (CHR) COMO INSTRUMENTO PARA EL LOGRO DE LOS OBJETIVOS CLIMÁTICOS DE LA LEY 7/2021, DE CAMBIO CLIMÁTICO Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA (LCCTE): 1. Objetivos de la LCCTE: la integración de las energías renovables en el sistema eléctrico como instrumento para la descarbonización de la economía en la lucha contra el cambio climático y sus dificultades. 2. La energía hidroeléctrica como herramienta de especial interés para la superación de la problemática de la integración de las energías renovables en el sistema eléctrico. Especial referencia a las centrales hidroeléctricas reversibles (CHR) y a sus condicionantes establecidos en la LCCTE. III. LA CONDICIÓN DE COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS PREEXISTENTES PARA LA VIABILIDAD DE LA IMPLANTACIÓN DE CHR. DELIMITACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE AFECCIÓN: 1. La compatibilidad con los derechos otorgados a terceros y la cláusula «sin perjuicio de tercero» del art. 61.1 TRLA. 2. Valoración de las cuestiones determinantes de la afección a derechos preexistentes en los casos de otorgamiento de nuevas concesiones para la implantación de CHR. 3. Delimitación previa de los supuestos de afección. IV. FÓRMULAS DE COMPATIBILIZACIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LOS NUEVOS TÍTULOS OTORGADOS PARA LA IMPLANTACIÓN DE CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES CON LOS DERECHOS CONCESIONALES PREEXISTENTES AFECTADOS: 1. Los requisitos para la compatibilidad del derecho del titular de las concesiones que requieren una modificación para la implantación de aprovechamientos reversibles con los intereses generales y los derechos de terceros. 2. La compatibilidad de derechos en los supuestos de nuevas concesiones demaniales para aprovechamientos reversibles que no requieran el uso de nuevas infraestructuras o que se proyecten sobre nuevas infraestructuras o infraestructuras estatales no concedidas. 3. Los efectos respecto a terceros de las nuevas concesiones demaniales que implican la utilización de embalses o infraestructuras de titularidad o gestión privada. Compatibilización entre las nuevas concesiones y los derechos preexistentes. V. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Para alcanzar la neutralidad climática en 2050, como objetivo último de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética (LCCTE, en adelante), se ha considerado imprescindible la descarbonización de la economía, que implica, necesariamente, la sustitución de las fuentes de energía que provocan emisiones de gases de efecto invernadero por otras fuentes de energía renovable. No obstante, esta transición hacia una economía descarbonizada basada en fuentes renovables no está exenta de problemática. Uno de los problemas que se plantean es el de la necesidad de integración de las energías renovables en el sistema eléctrico; dificultad que se produce por tratarse de energías no gestionables, lo que obliga a buscar energías renovables gestionables que permitan dicha integración.

Entre las fórmulas que esta ley ha considerado fundamentales para el logro de dicho objetivo de integración de las energías renovables en el mercado de la electricidad resalta la de la promoción de las centrales hidroeléctricas reversibles, capaces de aportar al sistema la seguridad que este requiere para dicha integración, por la posibilidad de almacenamiento energético que ofrecen. Sin embargo, también surgen problemas jurídicos para la implantación de estas centrales, que tratamos de analizar en este trabajo, como el de las posibles incompatibilidades entre los nuevos derechos derivados de las concesiones demaniales o títulos habilitantes necesarios para la puesta en funcionamiento de estas centrales con derechos preexistentes consolidados derivados de otras concesiones. La LCCTE es consciente de esta situación y, en atención a la misma, ha condicionado la promoción de estas centrales hidroeléctricas reversibles a su compatibilidad con esos derechos otorgados a terceros, entre otras cuestiones.

El objetivo de este trabajo es, por un lado, interpretar el alcance de esta condición de compatibilidad en relación con la cláusula general «*salvo derechos de terceros*», vigente en nuestro ordenamiento jurídico con un específico sentido en relación con las concesiones demaniales, para determinar si esta previsión de la LCCTE implica o no un deber de actuación para la Administración hidráulica respecto a esas posibles incompatibilidades que pudieran originarse entre ambos derechos o si, simplemente, alude a una condición para la mera promoción de dichas centrales, desde un punto de vista político o de oportunidad, pero no implica una limitación para la Administración en cuanto al otorgamiento y contenido de las nuevas concesiones demaniales, que resultarían así neutrales respecto a tales derechos sin perjuicio de las relaciones jurídicas *inter privados*. Interpretado esto en el sentido de entender y considerar a la Administración como garante de la compatibilidad entre ambos derechos, también trataremos de delimitar y analizar el carácter y alcance de esas posibles incompatibilidades, así como de detectar y valorar las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico vigente para reducir o evitarlas.

II. LAS CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES (CHR) COMO INSTRUMENTO PARA EL LOGRO DE LOS OBJETIVOS ENERGÉTICOS DE LA LEY 7/2021, DE CAMBIO CLIMÁTICO Y TRANSICIÓN ENERGÉTICA (LCCTE)

1. OBJETIVOS DE LA LCCTE: LA INTEGRACIÓN DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN EL SISTEMA ELÉCTRICO COMO INSTRUMENTO PARA LA DESCARBONIZACIÓN DE LA ECONOMÍA EN LA LUCHA CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO Y SUS DIFICULTADES

La Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, ha supuesto la constatación de un cambio de paradigma en las relaciones entre el derecho de la energía y el derecho ambiental², que lleva un tiempo gestándose tanto a nivel nacional como europeo. Este nuevo paradigma supone la incorporación al modelo energético actual de la preocupación por el cambio climático y, como consecuencia, la necesidad de priorizar la generación de energía a partir de fuentes renovables para conseguir lo que se ha denominado la *descarbonización de la economía*. Es decir, en un proceso de transición energética hacia fuentes de energía no carbónicas, implica reducir la obtención de energía procedente de tales fuentes carbónicas (esencialmente combustibles fósiles), hasta su eventual eliminación, sustituyéndolas así por otras fuentes de carácter renovable, más sostenibles desde la perspectiva ambiental.

Este objetivo de la descarbonización de la economía hasta lograr lo que se ha llamado la «neutralidad climática», que plantea la referida ley, se muestra esencial en la lucha contra el cambio climático y, para lograrlo, se apuesta por diferentes líneas de acción y se diseñan una serie de estrategias desarrolladas a través de diferentes instrumentos de planificación y programáticos, tales como el *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030* (PNIEC) o la *Estrategia de Descarbonización a 2050*, fecha para la que se expresa, tanto en la ley

² La relación de integración entre la política energética y la climática, en concreto, ha sido puesta de manifiesto muy acertadamente por J. F. Alenza García e I. Sanz Rubiales (2017), «Las energías renovables y la eficiencia energética como instrumentos claves en la lucha contra el cambio climático», en R. Galán Vioque e I. González Ríos (dirs.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte*, Thomson-Reuters-Aranzadi, págs. 455 y ss y 472 y ss., donde manifiestan la importancia que están llamadas a tener las energías renovables como instrumento clave para la reducción de gases de efecto invernadero y para la seguridad energética, por lo que consideran que la lucha contra el cambio climático pasa, necesariamente, por la potenciación de las energías renovables. También J. F. Alenza García (2022), «Objetivos y principios rectores de la Ley de Cambio Climático y Transición Energética», *Estudios sobre cambio climático y transición energética*, Madrid: Marcial Pons, págs. 100-103.

como en los referidos instrumentos, que el «Sistema Eléctrico» (SE) deberá estar exclusivamente basado en fuentes de energía renovables³.

Desde dicho planteamiento, la LCCTE prevé instrumentalmente dos objetivos intermedios concretos, que resultan trascendentales para alcanzar ese objetivo principal final. Por un lado, en su art. 3, el objetivo de que, para el año 2030, se alcance un consumo de energía final procedente de fuentes renovables de, al menos, un 42%; por otro, en su art. 7.1, un nuevo objetivo de enorme importancia en relación con la implantación y tramitación de los aprovechamientos reversibles, a los que vamos a referirnos: la integración de las tecnologías renovables en el SE⁴, garantizándose así un incremento de la presencia de estas energías en el consumo energético nacional⁵.

A tal efecto, el art. 7.1 de la LCCTE dispone específicamente que las nuevas concesiones sobre el dominio público hidráulico que se otorguen para la generación de energía eléctrica han de tener como prioridad el apoyo a este objetivo de integración.

Sin embargo, la integración de las energías renovables en el SE no es solo el resultado de una simple decisión política ni resulta fácil. En el caso de las energías renovables, y en especial de aquellas que por sus características no son gestionables⁶ (especialmente la eólica y la solar), se presentan importantes desa-

³ La LCCTE se refiere al PNIEC en su art. 4, configurándolo como la herramienta de planificación estratégica nacional en materia de política energética y clima, de forma integrada, y, en el art. 5, constituye la Estrategia de Descarbonización, que se ha denominado posteriormente *Estrategia de Descarbonización a Largo Plazo 2050 (Estrategia a largo plazo para una economía española moderna, competitiva y climáticamente neutra en 2050)*, su principal instrumento para el logro de los objetivos de la ley. El PNIEC es accesible en: <https://tinyurl.com/3xhrrbbvh>. y la Estrategia de Descarbonización a Largo Plazo 2050 en: <https://tinyurl.com/5cj5ekj9>, (consulta de ambos: 01/08/2023).

⁴ Sobre la política europea de liberalización del sector eléctrico y la integración de las energías renovables en el mercado energético, con carácter general, véase R. Galán Vioque (2017), «La integración de las energías renovables en el mercado energético», en R. Galán Vioque e I. González Ríos (dirs.), *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte*, op. cit., especialmente las págs. 75 y ss., donde valora el apoyo a la producción de energía renovable desde la perspectiva de las ayudas de Estado y la necesidad de su limitación desde la perspectiva de la liberalización del sector eléctrico.

⁵ Estos objetivos están en consonancia con los objetivos fijados por el PNIEC respecto a la nueva generación de energía hidroeléctrica en dicho ámbito temporal, que pretende que un 74% del total de la producción eléctrica sea renovable en 2030. De hecho, prevé para el año 2030 una potencia total instalada en el sector eléctrico de 161 GW, de los que 16 GW serán hidráulica y 9,5 GW bombeo, y señala que se promoverán, en particular, las centrales hidroeléctricas reversibles que permitan gestionar la producción renovable, apdo. 2.1, «dimensión de la descarbonización», en los objetivos generales y específicos (pág. 37 del PNIEC).

⁶ Explicado de un modo no técnico y sencillo, la gestionabilidad de la energía significa o se traduce en que se puede disponer de esta cuando sea precisa, en función de los niveles de consumo que se requieran en cada momento.

fios para su integración en este sistema por su dificultad de predicción. De hecho, a pesar de que existen sistemas de predicción que han evolucionado significativamente⁷, es complejo predecir cuál será su producción en un instante concreto para, conforme a la producción prevista, poder realizar ofertas de venta de esta energía.

Por tanto, este tipo de energías (en mayor medida en el caso de la eólica al ser menos previsible que la solar) no aportan la fiabilidad que el sistema requiere para su adecuado funcionamiento y, por lo tanto, no pueden integrarse en el mismo, por lo que se hace imprescindible su respaldo por otras fuentes para los momentos en los que no hay capacidad de producción. Y las energías que pueden dar ese respaldo requerido son las energías regulables (en la actualidad, principalmente el gas) que, además de las procedentes de los combustibles fósiles, son, entre otras, las que se pueden generar en las centrales hidroeléctricas de embalse y reversibles.

Luego, si descartamos las fuentes fósiles, por su carácter contaminante y sus aportaciones negativas para el cambio climático, y también otras tipologías de energías venideras, aunque sea temporalmente por estar aún en desarrollo⁸, la energía hidráulica adquiere en la actualidad un protagonismo esencial para el logro de este objetivo de la integración de las renovables en el SE y, más allá de ello, el de la descarbonización de la economía.

2. LA ENERGÍA HIDROELÉCTRICA COMO HERRAMIENTA DE ESPECIAL INTERÉS PARA LA SUPERACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA INTEGRACIÓN DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN EL SISTEMA ELÉCTRICO Y SU PROBLEMÁTICA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES (CHR) Y A SUS CONDICIONANTES ESTABLECIDOS EN LA LCCTE

La energía hidroeléctrica se genera al transformar en electricidad la fuerza del agua. Esta transformación se hace a través de una central hidroeléctrica, que puede ser, esencialmente, de tres tipos: las centrales de agua fluyente, las centrales de embalse o centrales a pie de presa y las centrales de bombeo (o centrales hidroeléctricas reversibles). En los tres casos la energía eléctrica se produce a partir de la rotación de las turbinas de la central por efecto del paso del agua. Sin

⁷ Por ejemplo, puede verse un estudio sobre Sipleólico, como herramienta de predicción en el caso de la energía eólica, en González, G., *et al.*, «Sipleólico – Wind power prediction Tool for the Spanish peninsular power system», en: <https://tinyurl.com/53dx4dxz>.

⁸ Véase, por ejemplo, el estudio de L. Mellado Ruiz (2023), «Marco jurídico actual y futuro en la industria del hidrógeno en la Unión Europea: transición energética e hidrógeno verde», *Revista Vasca de Administración Pública*, 125, págs. 17-62.

embargo, los métodos utilizados para ello difieren de unas a otras⁹. Las centrales de bombeo o reversibles se caracterizan por la existencia de un depósito superior y otro inferior, que pueden ser embalses naturales o artificiales, situados a diferente cota. Este tipo de depósitos funcionarían a modo de una especie de batería, puesto que permiten el almacenamiento del agua en el depósito superior de tal modo que, en los momentos de mayor demanda de electricidad, se puede liberar generando electricidad al mover las turbinas en su descenso, mientras que, en los momentos de menor demanda eléctrica, el agua situada en el embalse o depósito inferior se bombearía hacia el superior para su almacenamiento hasta que sea necesario liberarla de nuevo para volver a generar electricidad. De este modo, aunque en esta operación de bombeo se consume a su vez electricidad, incluso podría ser más de la que generan, su virtud radica en la seguridad que pueden aportar al sistema generando la electricidad en el momento en que se requiere o en los momentos de mayor demanda.

Según el informe de la Agencia Internacional de las Energías Renovables (IRENA)¹⁰ de 2019, las centrales hidroeléctricas constituyen el 50% del total de las fuentes de energía renovable en todo el mundo. No obstante, a pesar de la mejora en la eficiencia de las centrales, por los avances tecnológicos, y de la apuesta general por las energías renovables, la producción de energía eléctrica procedente de estas centrales tiene un margen de crecimiento significativamente inferior al proveniente de otras tipologías de fuentes, por diversas razones. Así, uno de los principales problemas a que se enfrenta esta fuente renovable de energía para el logro de ese objetivo de la neutralidad climática y de la independencia energética respecto de países menos fiables desde el punto de vista geopolítico es, precisamente, el derivado de los efectos del cambio climático, que augura una importante disminución de la dispo-

⁹ En el caso de las centrales de agua fluyente se capta una parte del caudal del río que se utiliza para mover las turbinas, aprovechándose de su velocidad natural, y se devuelve nuevamente el agua al río una vez ha pasado por dichas turbinas y ha generado la electricidad, sin que se produzca almacenamiento del agua. Las centrales de embalse, o a pie de presa, se caracterizan por la existencia de un embalse que puede ser de origen natural (por ejemplo, un lago) o artificial (una presa). En este caso, el agua almacenada se transporta hasta las turbinas a través de unas tuberías para posteriormente devolverla al cauce normal del río, aunque previamente es habitual que pasen por otro embalse para que esas aguas se calmen antes de volver al cauce fluvial. En estos aprovechamientos, que constituyen la tipología común de la mayoría de las centrales hidroeléctricas de gran tamaño de nuestro país, resulta posible controlar la producción de energía eléctrica en tanto que el embalse contenga agua, dado que la electricidad así producida puede ser incorporada al sistema con relativa sencillez y velocidad.

¹⁰ <https://tinyurl.com/yxcvu26a>, (consulta: 04/11/2022). Sobre la relevancia de la energía hidroeléctrica y su contribución a la integración de las renovables en el sistema eléctrico, véase J. Rodríguez-Arana Muñoz. y L. C. Fernández-Espinar López (2022), «Energía hidroeléctrica y cambio climático», en J. F. Alenza García y L. Mellado Ruiz, *Estudios sobre cambio climático y transición energética*, Madrid: Marcial Pons, pág. 135-141 y 145-148.

nibilidad de agua a medio o largo plazo, debida al aumento de las temperaturas y a la alteración de los patrones de lluvia¹¹. Tal es así que, incluso, el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030 (PNIEC), en vez de realizar una previsión al alza del porcentaje del 17% de representatividad actual de la producción hidroeléctrica en el total de la producción de energía renovable en España, que sería lo lógico en atención a los objetivos planteados de descarbonización y neutralidad climática, lo rebaja a un 15% para 2030. Además, no nos cabe duda de que esta situación de decrecimiento puede agravarse aún más, y quedarse incluso corta, puesto que el porcentaje barajado por el PNIEC solo tiene en cuenta esa previsible disminución de recursos hídricos, pero no las consecuencias sobre el descenso de producción respecto a la actual que podría tener una eventual reducción del número de instalaciones de producción que pueda deberse a la extinción de las concesiones para aprovechamientos energéticos del dominio público hidráulico vigentes, de aquí a 2030¹². Por tanto, las cifras reales a las que nos podríamos enfrentar podrían ser aún más negativas que estas previsiones.

Desde esta perspectiva de descenso de producción y desde la necesidad de fiabilidad y gestionabilidad del sistema, la LCCTE presenta a las CHR como posible solución, teniendo en cuenta sus posibilidades de almacenamiento energético, y considera su implantación como fundamental, tanto para el mantenimiento, o incluso incremento, de la producción de energía como para la pretendida integración de las renovables en el sistema. Así se indica expresamente en su exposición de motivos¹³ y en su art. 7.1.

¹¹ En este sentido, el PERTE de Digitalización del ciclo del Agua aprobado en el Consejo de Ministros del 22 de marzo de 2022 como un proyecto estratégico para la recuperación y transformación económica (<https://tinyurl.com/vxv33fae>), ha puesto de manifiesto y advertido sobre una cada vez más frecuente ocurrencia de fenómenos climáticos extremos relacionados con los recursos hídricos, en la que se alternarán periodos de sequías intensas con grandes episodios de lluvias torrenciales e inundaciones, acompañados de un aumento de las temperaturas que agravarán la incertidumbre en la disponibilidad del recurso y su calidad. Igualmente, el Grupo Internacional de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) y el Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (CEDEX), en 2017, ya han advertido de que, a partir del año 2040, tendremos de media alrededor de un 12% menos de aportaciones de agua y, para el periodo 2070-2100, los recursos hídricos pueden experimentar una reducción de hasta el 24%. Véase CEDEX (2017), *Evaluación del impacto del cambio climático en los recursos hídricos y sequías en España*, Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente.

¹² Sobre la situación derivada del actual panorama de extinciones concesionales, véase J. L. Bermejo Latre (2022), «La extinción y reversión de aprovechamientos hidroeléctricos: «El día después», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 24, págs. 335-357.

¹³ En la que se dice que «En concreto, la tecnología hidráulica no fluyente está llamada a desempeñar un papel fundamental en la integración de energías renovables en el sistema eléctrico, debido a que su rápida respuesta y gestionabilidad permiten maximizar la penetración de las tecnologías, garantizando el suministro en todo momento. Además, en el

La promoción de las centrales hidroeléctricas reversibles y el almacenamiento hidráulico que estas proporcionan se perfilan así como instrumento prioritario para el logro de esos objetivos de la LCCTE, al ser la forma más adecuada de lograr la fiabilidad y garantía del suministro que permita dicha integración¹⁴.

En conclusión, lograr ese objetivo de la neutralidad climática con el incremento del consumo energético procedente de fuentes renovables depende actualmente de la integración de estas energías renovables en el sistema eléctrico, y la integración de las energías renovables en el sistema depende, a su vez, de que exista al menos una fuente de energía renovable que ofrezca la fiabilidad y continuidad en la producción que requiere la seguridad del sistema, fiabilidad y seguridad que solo puede alcanzarse actualmente mediante una fuente de energía renovable que sea gestionable, como podría ser el caso y la virtud de la producida en las centrales hidroeléctricas reversibles, debido a que estas permiten el almacenamiento energético, valorándose incluso posibilidades de hibridación con energía solar-fotovoltaica o eólica para la generación en la central de la energía necesaria para el bombeo, en un sistema así perfecto desde la perspectiva de la eficiencia energética, y sin necesidad, por lo tanto, de recurrir al consumo de energía proveniente de suministradores o de las reservas de energía que se establecían en los correspondientes pliegos concesionales y en las órdenes por las que se dispusieron estas concesiones en las primeras décadas del siglo XX¹⁵.

Sin embargo, las CHR, por su naturaleza, por requerir para su funcionamiento una concesión de uso privativo de las aguas, y por sus especiales características técnicas, no se encuentran exentas de problemática jurídica y una serie de factores condicionan la viabilidad de esta apuesta, a los que se refiere la propia LCCTE y a cuya solución previa condiciona la promoción del bombeo hidráulico; principalmente, se refiere así, en el art. 7.1, a «[...] que cumplan con los objetivos ambientales de las masas de agua y los regímenes de caudales ecológicos

caso de las centrales reversibles, el beneficio es doble, pues los excedentes que se pueden producir en la generación renovable no gestionable pueden ser absorbidos por estas centrales, minimizando el riesgo de vertido y optimizando el uso de la capacidad de generación disponible».

¹⁴ Para dotar de seguridad jurídica a esta promoción, la propia LCCTE, en su art. 7.2, remite a un futuro reglamento en el que se han de establecer las condiciones técnicas para llevar a cabo el bombeo, el almacenamiento y turbinado para maximizar esa integración. A la fecha de elaboración de este estudio, aún no se ha producido este desarrollo reglamentario.

¹⁵ Las reservas de energía para el uso de la Administración se constituían como condiciones de las concesiones otorgadas para usos hidroeléctricos del agua conforme a las previsiones de los arts. 4 y 5 del Real Decreto de 14 de junio de 1921. Sin embargo, tras la liberalización energética, la nueva normativa de electricidad, en virtud de la liberalización del mercado que ha operado y del establecimiento de la imposibilidad de que concurra en el productor de la energía la condición de distribuidor o comercializador, impide esta fórmula de suministro directo de energía por parte de los productores a la Administración, por lo que estas reservas no pueden hacerse ya efectivas en especie.

fijados en los planes hidrológicos de cuenca y sean compatibles con los derechos otorgados a terceros, con la gestión eficiente del recurso y su protección ambiental», aunque a estos podríamos añadir otros condicionantes, deducibles del texto normativo pero no directamente recogidos en este precepto, como podrían ser los derivados de la implementación del principio de transición justa y, específicamente, el otorgamiento de los nuevos derechos en compensación a las situaciones desfavorables desde un punto de vista socioeconómico que conlleve la transición energética y el cierre de centrales térmicas, nucleares, o incluso hidráulicas con motivo de la extinción de concesiones, en determinados puntos geográficos o territorios, como aspiraciones de reto demográfico.

Seguidamente trataremos de analizar específicamente el alcance de esa condición para la viabilidad de dichas CHR prevista en este art. 7.1, relativa a la compatibilidad con los derechos preexistentes, y de valorar, en consecuencia, como esta condición puede afectar al logro del objetivo de la integración de las energías renovables en el mercado de la electricidad y, en consecuencia, al objetivo de la lucha contra el cambio climático.

III. LA CONDICIÓN DE COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS PREEXISTENTES PARA LA VIABILIDAD DE LA IMPLANTACIÓN DE CHR. DELIMITACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE AFECCIÓN

1. LA COMPATIBILIDAD CON LOS DERECHOS OTORGADOS A TERCEROS Y LA CLÁUSULA «SIN PERJUICIO DE TERCERO» DEL ART. 61.1 TRLA

Debemos partir de la realidad jurídica que determina la instalación de un aprovechamiento reversible, cual es la preexistencia de multitud de derechos otorgados o reconocidos por la Administración hidráulica a particulares para la utilización del agua con diversos fines y a través de diferentes títulos (principalmente concesiones demaniales). Resulta evidente, por las limitaciones naturales de este recurso, que cualquier nuevo derecho que se otorgue en relación con su utilización puede entrar en conflicto con esos derechos preexistentes. Consecuentemente, en un país en el que el agua ha sido la razón de la existencia de numerosísimos conflictos de intereses, desde siempre, y en el que los derechos de utilización del agua han adquirido formalidad a través de la actuación administrativa y de su inscripción en los correspondientes registros, no puede obviarse la necesidad de que cualquier actuación que implique una nueva utilización de dichas aguas o cualquier nuevo derecho al uso del agua que se otorgue por la Administración resulten compatibles con esos otros derechos preexistentes; compatibilidad que, en ocasiones, puede resultar difícil de lograr, requiriéndose entonces el sacrificio, total o parcial, de alguno de ellos.

En la articulación de esta condición de compatibilidad entre derechos nuevos y preexistentes resulta de obligada valoración inicial la disposición expresa que

contiene el art. 61.1 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas (TRLA), en la que se expresa que *toda concesión se entenderá hecha sin perjuicio de tercero*, así como el análisis de la posible relación o vinculación entre la específica mención que el art. 7.1 LCCTE hace a la necesidad de compatibilidad de la promoción de CHR con los derechos otorgados a terceros y esta cláusula general.

A juicio de buena parte de nuestra doctrina en este ámbito, la cláusula del art. 61.1 TRLA, que reproduce lo establecido en el art. 410 del Código Civil¹⁶, es una *conditio iuris* para la concesión de nuevos derechos por parte de la Administración a particulares, e implica una liberación de responsabilidad para la Administración, por lo tanto, respecto a los conflictos que puedan surgir entre el titular de nuevo derecho y los de los derechos preexistentes que se vean afectados¹⁷. Para otras teorías, sin embargo, incluso se ha llegado a concluir más incisivamente que la referida cláusula significa que la Administración está obligada a evitar la vulneración de derechos preexistentes a la hora de otorgar una nueva concesión que pueda afectarlos y, en consecuencia, que la eficacia de dicha concesión queda limitada por la condición del mantenimiento intacto de esos derechos¹⁸.

Desde la perspectiva del objeto de nuestro estudio, al efecto de valorar el alcance de la relación que pudiera existir entre esta cláusula y la condición que el art. 7.1 de la LCCTE establece para la promoción de las CHR a que «sean compatibles con los derechos otorgados a terceros», interesa ahora interpretar en qué sentido ha de operar esta limitación; específicamente si, interpretada esta condición en el contexto de la cláusula «sin perjuicio de tercero», implica que la Administración no puede otorgar nuevas concesiones demaniales para la implan-

¹⁶ El art. 411 del Código Civil establece que: «Toda concesión de aprovechamiento de aguas se entiende sin perjuicio de tercero».

¹⁷ Sobre esta cláusula, véase, en este sentido, J. L. Villar Palasí (1951), «La eficacia de la concesión y la cláusula “sin perjuicio de terceros”», en *Revista de Administración Pública*, 5, págs. 147-234. También otros autores la han tratado posteriormente, entre los que destacamos las obras de F. López Menudo (2007), «Problemática jurídica del régimen de concesión de aguas», en A. Embid Irujo (dir.), *Conflictos jurídicos en la gestión y uso del agua*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, pág. 104 y (2013), «La vieja cláusula “sin perjuicio de tercero” y la Administración del porvenir», *Revista de Administración Pública*, 191, págs. 463-480, quien concluye la consideración de esta cláusula por la doctrina y la jurisprudencia como la manifestación de la neutralidad de la Administración entre los conflictos *inter privatos* que pudieran haberse generado como consecuencia de la concesión, además de entender que significa que la Administración no se hace responsable de los daños que produjeran a terceros los concesionarios o sujetos autorizados y que lo que se concede por la Administración lo es sin perjuicio de las situaciones con mejor derecho a lo concedido, normalmente por razón de su precedencia en el tiempo.

¹⁸ En este sentido, véase, por ejemplo, el trabajo de M. V. Carpi Abad (2002), *Aprovechamientos hidroeléctricos: su régimen jurídico-administrativo*, Valladolid: Lex Nova, págs. 119 y 147.

tación de CHR cuando existan derechos previos que puedan verse afectados por la nueva concesión (o si, al menos, a ella le corresponde adoptar las medidas precisas para que los derechos en conflicto sean compatibles), o bien si, para la LCCTE, simplemente la Administración no debería promover estas centrales en casos de incompatibilidades, pero, si otorga una nueva concesión demanial para la implantación de CHR, quedaría exenta de responsabilidad en virtud de esta cláusula general, que actuaría como salvaguarda o garantía de quienes tuvieran derechos previamente reconocidos, debiendo los titulares de los derechos implicados dirimir sus conflictos de forma privada.

En el primer sentido, y principalmente a efectos de posibles responsabilidades, la LCCTE habría impuesto a la Administración un deber de actuación o vigilancia para velar por esa compatibilidad, pudiendo incluso resultar responsable, conforme a la teoría general de la responsabilidad administrativa, en los casos en que la nueva concesión afectara a derechos preexistentes de terceros por una mala actuación si no ha sido capaz de asegurar la inexistencia de incompatibilidades, por lo que la Administración estaría obligada a examinar y valorar la situación de los posibles derechos preexistentes que puedan resultar lesionados previamente al otorgamiento de las nuevas concesiones para la implantación de centrales reversibles. Desde la segunda perspectiva, la cláusula genérica del Código Civil y el TRLA liberaría a la Administración del referido deber, sin perjuicio de las relaciones *inter privatos* que pudieran surgir entre los titulares de los derechos en conflicto.

Teniendo en cuenta estas previsiones normativas y sus diversas interpretaciones, y sin perjuicio de esa neutralidad administrativa respecto a los derechos de propiedad preexistentes, en el caso de las concesiones demaniales, por las que la Administración otorga un nuevo derecho para el uso del agua a un particular, que ha de ajustarse a lo establecido en los Planes Hidrológicos de Cuenca y, en consecuencia, al resto de derechos que, para la utilización de las aguas, se reflejan en dichos planes, entiendo que la cláusula «sin perjuicio de tercero» no puede interpretarse como una simple licencia a la Administración para evitar entrar a conocer de esos derechos preexistentes sobre las aguas que esta debe gestionar ni resultar aséptica respecto a otros derechos previamente otorgados también por ella en el marco de una planificación hidrológica y del control que le corresponde como garante del recurso. En consecuencia, por lo tanto, tampoco el condicionamiento de la LCCTE a la compatibilidad con los derechos otorgados a terceros puede entenderse simplemente como un incentivo, por razones de oportunidad, a la promoción o no de CHR en un ámbito determinado, sino que ha de implicar necesariamente para la Administración la carga de comprobar la situación jurídico-administrativa preexistente a la implantación de nuevos aprovechamientos reversibles que requieran del otorgamiento de nuevos derechos del uso de las aguas y desplegar su actuación, conforme al ordenamiento jurídico vigente, para lograr compatibilizar los derechos en liza por ella otorgados e impedir que se produzcan perjuicios a tales derechos de terceros, cuando ello sea posible. La razón de esta

interpretación resulta evidenciada por el deber de garantizar la racionalidad del uso del agua y de plasmar dicha racionalidad en la planificación de dichos usos. Y, además, con ella cobran así sentido los preceptos del TRLA y del Reglamento del Dominio Público Hidráulico (RDPH) referidos al deber de la Administración de determinar la posible indemnización de daños y perjuicios por el nuevo concesionario a los titulares de derechos anteriores que resulten perjudicados por la nueva concesión, que posteriormente analizaremos.

El efecto será, por lo tanto, que la Administración deberá utilizar los instrumentos de los que la normativa sobre aguas la ha dotado para lograr esa necesaria compatibilización de derechos, en los casos en que ello sea posible, o no podrá otorgar nuevas concesiones en caso contrario, suspendiendo la tramitación del procedimiento iniciado, si estas fueran incompatibles y no pudiera lograrse tal compatibilidad, debiendo asumir responsabilidades si su actuación hubiera sido negligente o insuficiente al respecto.

En todo caso, esta interpretación no implica que la existencia de derechos preexistentes, que puedan verse afectados por las nuevas concesiones o resultar inicialmente incompatibles con los nuevos, deba traducirse necesariamente en un impedimento absoluto al desarrollo de estos proyectos, dado que, como veremos, existen herramientas jurídicas en la normativa sobre aguas que permiten a la Administración actuar para lograr esa necesaria compatibilidad de derechos y, como resultado, alcanzar el objetivo de una utilización racional y eficiente del recurso.

Por otro lado, el hecho de que la Administración deba asumir ese papel interventor para garantizar la compatibilidad de derechos no implica tampoco que deba asimismo asumir las responsabilidades por la lesión o menoscabo de los derechos que cualquiera de las partes haya de soportar para tal compatibilización. Fuera de lo que sean supuestos de responsabilidad patrimonial, por las lesiones que pudieran derivarse de la propia actuación administrativa, la compatibilización de derechos puede traducirse simplemente en el deber de indemnización de unos titulares a otros, tal como ha previsto la normativa sobre aguas.

En conclusión, sin perjuicio de la vigencia actual, con carácter general y respecto a situaciones jurídico-privadas, de la cláusula «sin perjuicio de terceros» respecto a las concesiones, en el sentido del neutralismo de la Administración concedente y la irresponsabilidad de esta frente al concesionario y a los terceros perjudicados, en el caso de las concesiones de derechos de utilización privativa de las aguas (y más específicamente en el supuesto de las concesiones para aprovechamientos hidroeléctricos reversibles) la imposición normativa a la Administración del deber de planificar los usos del agua en cada cuenca hidrográfica y de lograr la compatibilidad de los aprovechamientos de la forma más racional posible implica la necesidad de entender la vinculación entre la condición de compatibilidad del art. 7.1 LCCTE y la cláusula del art. 61.1 TRLA en el sentido de considerar que no será posible otorgar una nueva concesión para la implantación de estos aprovechamientos si resulta incom-

patible, por las afecciones que provoca, con derechos otorgados previamente, resultando obligada la Administración a actuar para solventar los problemas de incompatibilidad que pudieran existir antes de otorgar las nuevas concesiones. En este sentido, las posibles afecciones respecto a los derechos anteriormente otorgados que puedan tener los nuevos usos del agua requeridos para la implantación de los aprovechamientos reversibles a que se refiere la LCCTE pueden constituir limitaciones que impidan la implantación de estos nuevos aprovechamientos, si no existe la posibilidad de su compatibilización conforme a la normativa existente.

2. VALORACIÓN DE LAS CUESTIONES DETERMINANTES DE LA AFECCIÓN A DERECHOS PREEXISTENTES EN LOS CASOS DE OTORGAMIENTO DE NUEVAS CONCESIONES PARA LA IMPLANTACIÓN DE CHR

Teniendo en cuenta lo anterior, trataremos de delimitar la problemática de la afección a derechos preexistentes por las nuevas concesiones para entender el verdadero alcance y ámbito material de esta condición. Para ello, entendemos que han de tenerse en cuenta diversas cuestiones determinantes de dicha problemática, como la naturaleza o titularidad de los bienes sobre los que se pretenden establecer las CHR y, en relación con ello, la tipología de los títulos habilitantes de la actividad, o, fundamentalmente, las características de las concesiones previas afectadas por los nuevos derechos.

En primer lugar, una cuestión de fundamental interés, tanto para la determinación del título habilitante para la implantación de las CHR y su tramitación como para la delimitación de los derechos preexistentes que puedan verse afectados o resulten incompatibles con los nuevos derechos que se pretenden otorgar a tal fin, sería la de la naturaleza jurídica de los bienes sobre los que se ha de constituir dicho aprovechamiento energético y, en relación a esto, la de la titularidad de los mismos. Desde esta perspectiva, tendríamos que partir de distinguir previamente si dichas centrales van a captar las aguas directamente del dominio público hidráulico (cauces y lechos de lagos y embalses naturales), o lo van a hacer desde una infraestructura hidráulica ya existente o desde una nueva infraestructura que haya de construirse sobre el dominio público hidráulico. Y, en el caso de que la captación del agua para el bombeo y funcionamiento de la central haya de realizarse desde infraestructuras, sería necesario distinguir, en función de la titularidad de dichas infraestructuras, si se trata de obras de titularidad estatal o de infraestructuras de titularidad privada¹⁹ o respecto de las

¹⁹ De gran interés para la delimitación de infraestructuras que hacemos de este trabajo ha sido el artículo de A. Ezquerro Huerva (2007), «El concepto de obra hidráulica en el Derecho español vigente», *Revista de Administración Pública*, 173, pág. 48. Aquí aclara el concepto de la obra pública de titularidad privada, tan necesario para entender el régimen de estas

que ya existe una previa concesión vigente para su uso industrial de producción hidroeléctrica o para su construcción y/o explotación.

Específicamente en cuanto al caso de las infraestructuras estatales sobre las que se pretende implantar el aprovechamiento reversible, tanto si se trata de obras financiadas por la Administración estatal como si se trata de obras que, habiendo sido financiadas por particulares concesionarios, han revertido a la Administración tras la extinción concesional, hemos de tener en cuenta su naturaleza como bienes patrimoniales, aunque estuvieran ubicados sobre el dominio público, ya que tal naturaleza implica que quedarán sujetos a un régimen de explotación específicamente previsto en la normativa sobre aguas y, con carácter general para los bienes patrimoniales, en la normativa sobre gestión patrimonial de las Administraciones públicas, diferenciándose las posibilidades de conflicto de derechos en atención a la fórmula utilizada por la Administración para la explotación de estos bienes revertidos (fundamentalmente, su adjudicación mediante el concurso del art. 132.2 RDPH o un contrato administrativo de servicios, conforme a lo señalado en el art. 165.bis RDPH).

La consecuencia principal de esta distinción resulta de la posibilidad de que la CHR se pretenda implantar sobre embalses respecto de los que hayan sido otorgadas previamente concesiones del uso del dominio público hidráulico o bien se haya concedido o contratado previamente la explotación de la infraestructura, ya que, en estos casos, habrá que partir de la existencia de unos derechos previos que no existirán en los casos en que no existen tales concesiones o contratos sobre el uso de la infraestructura.

Por otro lado, la diferente naturaleza de dichos bienes supone la necesidad de distinguir también el procedimiento para la habilitación de las nuevas CHR en atención a dicha naturaleza y, como consecuencia, el título que permita su implantación. De este modo, los nuevos derechos podrán surgir del otorgamiento de nuevas concesiones demaniales para la captación de aguas²⁰, a través del procedimiento ordinario de tramitación de las concesiones de los arts. 104 y siguientes del RDPH, o bien se tratará de derechos de explotación de las infraestructuras públicas y/o revertidas concedidos por concurso conforme a lo referido en el art. 132.2 del RDPH o surgidos de la relación contractual generada por el correspondiente contrato de servicios.

En el concreto supuesto de otorgamiento de nuevas concesiones de usos privativos del agua para producción de electricidad, puede ocurrir que, además de

obras y el alcance de los derechos otorgados sobre las mismas y respecto a otros derechos en los que estas inciden.

²⁰ El objeto de esta concesión es el uso privativo del dominio público hidráulico denominado «uso industrial de producción de energía eléctrica», al que se refiere el art. 49 bis del RDPH, en la categoría c) 1º [arts. 2.1.a), 59 y 77.1 del TRLA]. Las concesiones del uso privativo del agua tienen su fundamento jurídico en lo dispuesto en los arts. 52 del TRLA y 59.1 del RDPH, según los cuales todo uso privativo de las aguas (aparte de los incluidos en el art. 54 RDPH) requiere concesión administrativa.

dicho uso privativo y con fundamento en el derecho otorgado, la Administración permita la construcción y explotación de las infraestructuras necesarias para ello, implicando la concesión demanial asimismo el derecho al uso privativo o a la explotación de la infraestructura construida, por un plazo determinado²¹. En este caso, la construcción o instalación de esas infraestructuras constituye así un medio para hacer efectiva dicha concesión del aprovechamiento de las aguas, que es el derecho principal otorgado.

Sin embargo, en los supuestos del otorgamiento del derecho al uso o explotación de infraestructuras hidráulicas estatales con fines hidroeléctricos, cuyo procedimiento está regulado en los arts. 132 a 135 del RDPH y cuya finalidad es la selección de la mejor opción para la explotación hidroeléctrica de dichas infraestructuras entre los concursantes que concurran, el objeto del procedimiento será precisamente habilitar la utilización y explotación de esas obras o infraestructuras hidráulicas estatales²², lo que puede conllevar, como consecuencia aparejada, la concesión al adjudicatario del concurso también del uso de los caudales necesarios para el funcionamiento de esas infraestructuras. En este caso, sin embargo, si el objeto del concurso a que se refiere este procedimiento era la concesión de la explotación del bien patrimonial (obra hidráulica), dicha explotación sería el derecho principal que se ha otorgado, siendo el uso hidroeléctrico del dominio público hidráulico la finalidad última de la explotación de la infraestructura cuando la concesión demanial se otorga al mismo concursante adjudicatario de la explotación de la infraestructura. Pero la cuestión fundamental es que cabría también la posibilidad de que un tercero o terceros obtuvieran otras concesiones demaniales, para aprovechamientos hidroeléctricos o de otra tipología, a implantar sobre la misma infraestructura cuya explotación ha sido previamente concedida, concurriendo en este caso diferentes derechos a la captación de aguas desde un mismo embalse cuya gestión ha sido concedida a un único concursante.

Al concurrir diferentes derechos en tales casos y al tratarse de procedimientos diferenciados en los que se harían valer dichos derechos, entendemos procedente

²¹ Para dicho aprovechamiento hidroeléctrico puede ser necesaria la construcción o instalación de infraestructuras, lo que se prevé en los correspondientes proyectos y, posteriormente, en los títulos concesionales que se otorgan.

²² En estos casos, por lo tanto, el objeto del concurso sería la concesión del aprovechamiento de la infraestructura estatal (no concesionada o revertida) que, lógicamente, implicará necesaria y consecuentemente (también consecutivamente), si la producción de electricidad la va a realizar el propio concesionario de la infraestructura, la concesión de caudales para el funcionamiento de las instalaciones que deban construirse sobre dichas infraestructuras a tal fin. Por ello, el RDPH remite a los trámites procedimentales establecidos en los arts. 109 y siguientes tras la celebración del concurso a que se refiere el art. 132, de tal modo que la concesión de la explotación del embalse conlleva asimismo la concesión del uso del agua a tal fin, lo que justifica la exclusión que se hace en el procedimiento del concurso del trámite de competencia de proyectos requerido en el procedimiento ordinario para la tramitación de las concesiones demaniales (arts. 104 y ss. RDPH).

analizar respecto a cada supuesto en qué modo podrían resolverse los problemas de compatibilidad a que se refiere la LCCTE.

Conforme a esta distinción, pues, hemos de entender que, respecto a los supuestos de solicitudes de concesiones de uso privativo de agua para la alimentación de las centrales reversibles destinadas a la producción de energía eléctrica, la compatibilidad o no con concesiones anteriores dependerá específicamente de las características o elementos esenciales de las concesiones para uso hidroeléctrico del agua, teniendo en cuenta que el art. 121.2 RDPH establece la suspensión definitiva de la tramitación de nuevas peticiones de concesiones y la denegación de dichas peticiones cuando se compruebe que la concesión cuyo otorgamiento se solicita resulte incompatible con otra previamente otorgada, salvo que la incompatibilidad pueda ser eliminada por aplicación de lo establecido en el art. 96.3 del RDPH²³. Sin embargo, cuando la implantación de la nueva CHR requiere el uso de presas de embalse o de canales construidos total o parcialmente con fondos del Estado o propios del organismo de cuenca (presas, embalses o canales), sujeto al concurso del art. 132 RDPH, será preciso analizar dichas posibles incompatibilidades desde la óptica de los derechos derivados del título administrativo de adjudicación del concurso que permite la explotación de la infraestructura, por un lado, y los derivados de la o las concesiones demaniales para el uso de las aguas captadas desde esa infraestructura, por otro.

Sea cual fuere el supuesto, lo imprescindible respecto a la compatibilidad de los nuevos derechos con los derechos preexistentes a que se refiere la LCCTE es que se cumplan esos requisitos para la compatibilidad a que supedita el art. 121.2 RDPH la tramitación del nuevo procedimiento, teniendo en cuenta también que, en el caso de la concesión de la explotación de la infraestructura, se requerirá una compatibilidad también con los derechos correspondientes al concesionario de la infraestructura.

Por otro lado, hemos de hacer también una referencia específica a los casos en que el solicitante del título necesario para la implantación del aprovechamiento reversible sea el mismo titular del derecho preexistente otorgado mediante concesión demanial (es decir, el titular de una concesión vigente para uso de producción de electricidad que pretende ampliar su actividad o modificar las características de su concesión para amparar la actividad de bombeo). En este caso, el título que permitiría la puesta en funcionamiento del aprovechamiento reversible podría ser una mera autorización para la modificación de las características esenciales

²³ Que dispone la posibilidad de imposición de modificaciones concesionales por parte del organismo de cuenca si fuera necesario modificar la toma o captación de las preexistentes para la realización de obras de una nueva concesión, siendo los gastos y perjuicios a cargo del concesionario. También con el resto de salvedades a que se refiere este precepto, de menor interés a nuestros efectos: que la nueva petición sea preferente conforme a lo dispuesto en el art. 98 del RDPH y pueda ser declarada de utilidad pública a los efectos de expropiación forzosa.

de una derivación de agua o de las condiciones de una concesión, regulada en los arts. 143 y siguientes del RDPH²⁴, y no una nueva concesión demanial. La autorización de la modificación de esas características del aprovechamiento o de las condiciones establecidas para el mismo en una concesión vigente para el uso privativo de las aguas podría afectar también a derechos de terceros, al modificarse la actividad²⁵.

En conclusión, son diversas las posibilidades de conflicto entre los nuevos derechos y los derechos preexistentes y asimismo serán diversas las posibilidades de compatibilización de dichos derechos en función de cuál sea el título del que surgen o han surgido dichos derechos (concesiones o autorizaciones) y la tipología o titularidad del derecho concedido (concesión demanial, concesión de la explotación de la infraestructura o, incluso, un derecho contractual). Será preciso tener en cuenta esta circunstancia en cada caso, por lo tanto, a la hora de determinar la necesaria compatibilidad de tales derechos o de aplicar las correspondientes herramientas jurídicas que permitan lograr tal compatibilidad cuando inicialmente no se produzca.

Teniendo esto en cuenta, indicábamos anteriormente que, específicamente en los supuestos de concesiones demaniales, sobre todo, los efectos que conllevarán las nuevas concesiones, o las modificaciones de las actualmente otorgadas, para dar cobertura a las nuevas instalaciones reversibles, respecto a los derechos de los anteriores concesionarios preexistentes, habrá que valorarlos, pues, en atención a dichas características, que serán determinantes para la necesaria compatibilidad, con la consecuente necesidad de articular garantías respecto a dichos derechos preexistentes o bien adoptar medidas de intervención que permitan compatibilizar tales derechos, conforme a lo establecido en el art. 96 RDPH, o ajustar las nuevas concesiones a la legalidad. Por ello, nos restaría hacer una referencia específica a ciertas características de las concesiones para estos usos, como son las características de «tramo de río afectado» y de «punto de toma o captación», a las que expresamente se refieren los arts. 102 y 144 del RDPH como elementos de la concesión de aguas públicas²⁶.

En cuanto al *tramo de río afectado*, resulta de interés el alcance de este concepto, recogido en el art. 102.3 del RDPH, por cuanto es determinante de la posibilidad de compatibilidad o no de las nuevas concesiones con las concesiones anteriores y supone un límite al otorgamiento de nuevos títulos. De hecho, fun-

²⁴ El procedimiento para la tramitación de estas autorizaciones está previsto y regulado en el art. 151.2 del RDPH. También le resultan de aplicación ciertas disposiciones de los arts. 143 y 144 de este Reglamento.

²⁵ Asimismo, la modificación de estas características o condiciones requiere la comprobación de su compatibilidad con el Plan Hidrológico de Cuenca, conforme a los trámites del art. 108 RDPH, con el efecto de que, de no resultar compatible, no podría resolverse positivamente la solicitud de modificación.

²⁶ Respecto al art. 102, concretamente en relación con las concesiones de agua para usos hidroeléctricos, específicamente en el apdo. 3.

damentándose en esa definición de «tramo de río afectado», con carácter general, en la tramitación de los expedientes para nuevas concesiones las Confederaciones Hidrográficas vienen entendiendo que, en los casos en que ya exista una concesión demanial sobre un tramo de río definido por un embalse, ya no puede otorgarse otra sobre el mismo, al constituir este tramo una característica esencial de la concesión inicialmente concedida y que solo puede existir una concesión por tramo de río definido por un embalse²⁷.

Partiendo de este precedente administrativo, y con objeto de plantear otras posibilidades de respuesta de la Administración hidráulica a las diferentes solicitudes de habilitación para la implantación de nuevos aprovechamientos reversibles sobre dominio público hidráulico o sobre infraestructuras estatales, resulta obligado analizar así no solo el concepto de *tramo de río* y su consideración como característica esencial de la concesión, sino también distinguirlo respecto a otros elementos o características concesionales como el *punto de toma o captación*. En cualquier caso, si resultaran coincidentes espacialmente, en definitiva, también conviene valorar las posibilidades de compatibilidad de diversas concesiones sobre el mismo tramo de río y las fórmulas de implementación de dicha compatibilización.

Efectivamente, el art. 102.3 del RDPH, al definir los elementos de la concesión de aguas públicas, considera el *tramo de río afectado* como un elemento de la concesión²⁸. Es decir, en toda concesión de aguas públicas, el tramo de río afectado, entendido como el espacio existente sobre el dominio público hidráulico comprendido entre el punto donde se produce la toma o captación de las aguas y el punto de restitución, se configura como un elemento del derecho concedido, que resulta así territorialmente delimitado²⁹.

Por otro lado, tras considerar dominio público hidráulico a los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos (art. 2.c) del TRLA y también el mismo art. en el RDPH), el art. 9.2 del TRLA delimita el concepto de «lecho o fondo de un embalse superficial» como el «terreno cubierto

²⁷ Como mayor aportación justificadora de la denegación de concesiones solicitadas respecto al mismo embalse, las confederaciones arguyen la referencia que se hace al requisito de que se trate de un tramo de río libre (no ocupado previamente por un aprovechamiento hidroeléctrico preexistente), por el art. 2.2 del RD 916/1985, de 25 de mayo, por el que se establece un procedimiento abreviado de tramitación de concesiones y autorizaciones administrativas para la instalación, ampliación o adaptación de aprovechamientos hidroeléctricos con potencia nominal no superior a 5.000 kVA, para poder otorgar nuevas concesiones.

²⁸ Este precepto dispone que «en las concesiones de agua para usos hidroeléctricos se fijarán, además, las características técnicas de los grupos instalados y el tramo de río afectado, entendiendo por tal el comprendido entre las cotas de máximo embalse normal en el punto de toma y de restitución al cauce público».

²⁹ Igualmente, el art. 144 del RDPH incluye el «tramo afectado» entre las características esenciales de la derivación de aguas concedida cuya variación estaría sujeta a autorización en los casos de solicitudes de modificación concesional.

por las aguas cuando éstas alcanzan su mayor nivel a consecuencia de las máximas crecidas ordinarias de los ríos que los alimentan».

De estos preceptos, inicialmente podemos deducir, por lo tanto, dos ideas fundamentales:

1. Que el tramo de río afectado, determinado por el punto de toma o captación y el de la restitución de las aguas al DPH, es un elemento de la concesión del uso privativo de las aguas y, además, una característica esencial de la misma que determina el derecho del titular de la concesión a utilizar dicho tramo de río en concreto con exclusión de otros usuarios que pretendieran captar el agua de dicho tramo.
2. Que el espacio de dominio público denominado «tramo de río afectado», por lo tanto, puede formar parte pero no tiene por qué coincidir exactamente con la total extensión de un embalse o del lecho del lago o laguna sobre la que se ha construido o se proyecta instalar un aprovechamiento reversible.

Sobre esta situación descrita, y dado el interés que tiene su aclaración para la valoración de las posibilidades de viabilidad de nuevas instalaciones reversibles sobre embalses o lagos sobre los que ya se hayan otorgado concesiones previas, entendemos necesario realizar algunas puntualizaciones relativas a la delimitación del espacio sobre el que se ejercerá el derecho concedido y al objeto de la concesión preexistente. Así, a la vista de lo expuesto en el apdo. anterior y de lo establecido en el art. 101 del RDPH, los aprovechamientos hidroeléctricos actualmente existentes tienen su fundamento en una concesión del uso privativo de los caudales de agua que se determinen necesarios para el funcionamiento de las instalaciones, y dicha concesión implica necesariamente la del espacio del dominio público «necesario para ello», que coincidirá con el tramo de río afectado, que es el ocupado desde la toma del agua hasta el posterior retorno de esta al DPH. Ello supone que dicho espacio concedido no tiene por qué coincidir con el terreno ocupado por todo el embalse sobre el que se produce la toma o derivación del agua necesaria para el funcionamiento de la central reversible, en el entendimiento de que, si sobre un embalse existe más espacio del requerido o necesario para la toma y retorno del agua por una central hidroeléctrica que no haya sido ocupado por esta, sería posible otorgar una nueva concesión sobre el resto de espacio sin afectar o incidir sobre esa característica esencial de la concesión inicial que es el «tramo de río afectado» por la concesión para el aprovechamiento hidroeléctrico, resultando ambas directamente compatibles en este sentido.

Por otro lado, en los supuestos en los que la concesión del uso privativo del agua para su aprovechamiento energético haya implicado correlativamente la autorización de la construcción de la obra hidráulica (del embalse o canal) requerida a tal efecto, hemos de recordar que el hecho de la autorización de la

construcción de la obra (que permite calificar dichas obras hidráulicas así como de titularidad privada, conforme a lo dispuesto en el art. 123.1 del TRLA) no implica que dicha infraestructura pertenezca en propiedad al concesionario ni que su derecho sobre las mismas impida nuevas concesiones por la existencia de un derecho prioritario determinado por la característica esencial «tramo de río afectado», si no coincide el espacio requerido para la captación con la total superficie del embalse, y sin perjuicio de las posibles afecciones que pudieran producirse respecto a los derechos del actual concesionario, que pudieran o debieran ser debidamente compensadas de resultar acreditadas y en atención a las concretas circunstancias del embalse (financiación de las obras, disposiciones específicas en los correspondientes pliegos concesionales, plazo restante de concesión, etc.).

3. DELIMITACIÓN PREVIA DE LOS SUPUESTOS DE AFECCIÓN

Teniendo en cuenta esta valoración de las principales cuestiones delimitadoras de la afección a los derechos de terceros, creemos conveniente distinguir, siquiera de partida, diferentes situaciones de afección que han de marcar la actuación administrativa para la compatibilización de los nuevos derechos y los preexistentes.

Por un lado, hemos de distinguir los supuestos de implantación de nuevos aprovechamientos reversibles en atención al solicitante del título y al título requerido para ello. Nos referiremos así a los casos en que la solicitud del título habilitante provenga del propio titular de una concesión preexistente para uso hidroeléctrico del agua, otorgada a dicho solicitante sobre el mismo «tramo de río», o sobre el mismo embalse cuya construcción se le ha autorizado o cuya explotación se le ha concedido, sobre el que pretende instalar ahora el aprovechamiento reversible. En tal caso, el objeto de dicha solicitud sería ampliar su actividad de producción de energía eléctrica, ya habilitada, mediante la incorporación a su actividad de unas instalaciones de bombeo y/o la construcción de un segundo embalse para el almacenamiento del agua requerido para el funcionamiento de esta central, instando al efecto así la correspondiente autorización para la modificación de las características de la concesión preexistente. En estos supuestos, la problemática de compatibilidad viene más bien referida al interés general y a quienes puedan verse afectados por esa modificación concesional, y a la Administración corresponderá lograr la compatibilización mediante la vinculación de la autorización para la modificación a la inclusión de las oportunas cláusulas en el título concesional modificado.

Por otro lado, delimitaremos y analizaremos los supuestos de nuevas solicitudes formuladas por terceros particulares que, no ostentando aún título habilitante para ello, pretenden la utilización del dominio público para un nuevo uso de producción hidroeléctrica mediante la implantación de una central reversible. En este supuesto, habremos de distinguir asimismo diversos

casos o situaciones en atención a las diferentes cuestiones problemáticas que hemos expuesto anteriormente, como determinantes del diferente alcance de las afecciones sobre derechos preexistentes, por lo que, desde esta perspectiva, debemos distinguir entre los supuestos en que los derechos que pueden verse afectados por la concesión demanial surgirán simultáneamente al otorgamiento del título habilitante de la implantación de la CHR (casos de nuevas concesiones para la captación de aguas desde el dominio público hidráulico que impliquen la construcción de nuevas infraestructuras o que requieran el uso de infraestructuras estatales cuya explotación también ha de concederse, incluidas instalaciones revertidas) y los casos en que esos derechos ya se han otorgado previamente y corresponden a un titular distinto del que ostentará el nuevo derecho (supuestos de concesiones que requieran la captación desde una infraestructura de titularidad privada).

La principal consecuencia de esta distinción es que, en el primer caso, la Administración podrá actuar con carácter previo al otorgamiento de los correspondientes títulos habilitantes que se expedirán simultáneamente tanto del uso del agua como de la infraestructura y lograr la compatibilización de tales derechos mediante el condicionado o clausulado de ambos, mientras que, en el caso de las centrales que requieran el uso de infraestructuras ya concedidas, la actuación administrativa para lograr tal compatibilidad se centrará en la imposición de condiciones en el nuevo título o podría requerir, incluso, la modificación o revisión de los ya existentes y, en el caso más extremo, la expropiación de derechos previamente otorgados.

Conforme a las diferentes tipologías de títulos habilitantes para la implantación de estas CHR y a la titularidad de los embalses o infraestructuras sobre las que se deben instalar, resulta pertinente distinguir, en consecuencia, la casuística que puede darse en estos casos, diferenciando así los supuestos de nuevas concesiones del uso del dominio público consistentes en una captación de aguas directamente sobre este (ríos o lagos naturales), en cuyo caso puede requerirse, o no, la creación de nuevas infraestructuras hidráulicas, y los supuestos de utilización con fines hidroeléctricos de infraestructuras hidráulicas preexistentes, bien del Estado o de titularidad privada (concesionadas), casos en los que habrán de tenerse en cuenta no solo los derechos derivados de la concesión del uso del agua, sino también los derechos de explotación de la infraestructura.

En atención a esta sistematización de supuestos analizaremos seguidamente las posibilidades y fórmulas de compatibilización que encontramos en nuestro ordenamiento jurídico, si bien entendemos que el principal supuesto objetivo de la alusión que la LCCTE hace a la necesidad de compatibilidad va referido a los supuestos de derechos de terceros adquiridos en virtud de concesiones previas que puedan verse afectados por nuevas concesiones demaniales, como situación más generalizada que puede darse en la práctica. En concreto, con esas nuevas concesiones pueden producirse afecciones para otros derechos

preexistentes, principalmente en el caso de que existieran concesiones previas vigentes para la captación de aguas para el mismo uso (por ejemplo, podría haber otras centrales a pie de presa o fluyentes que pudieran ver afectada su producción por una eventual disminución de niveles o del caudal concedido) o para otros fines (riego, abastecimiento, etc.), o bien concesiones del aprovechamiento de las infraestructuras sobre las que se va a implantar una nueva CHR.

IV. FÓRMULAS DE COMPATIBILIZACIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE LOS NUEVOS TÍTULOS OTORGADOS PARA LA IMPLANTACIÓN DE CENTRALES HIDROELÉCTRICAS REVERSIBLES CON LOS DERECHOS CONCESIONALES PREEXISTENTES AFECTADOS

1. LOS REQUISITOS PARA LA COMPATIBILIDAD DEL DERECHO DEL TITULAR DE LAS CONCESIONES QUE REQUIEREN UNA MODIFICACIÓN PARA LA IMPLANTACIÓN DE APROVECHAMIENTOS REVERSIBLES CON LOS INTERESES GENERALES Y LOS DERECHOS DE TERCEROS

En el caso de solicitudes provenientes de los propios titulares de concesiones preexistentes para producción de electricidad, no será habitual encontrarnos ante una situación de afección de derechos preexistentes de otros concesionarios del mismo uso hidroeléctrico, ya que es el propio titular de los derechos preexistentes para producción hidroeléctrica el adquirente de los nuevos derechos otorgados para la ampliación de la actividad; ampliación que se producirá, normalmente, a través de una modificación de las características de la concesión inicial al efecto de que ahora resulte incorporada la nueva actividad del aprovechamiento reversible. En todo caso, las afecciones normalmente se producirían respecto de concesionarios de derechos para otros usos diferentes y, dado el carácter no consuntivo del uso ahora pretendido y la escasa incidencia sobre esos otros derechos, las afecciones que podrían ocasionarse a sus actividades se limitarían al hecho de la derivación puntual y temporal de las aguas para el llenado de los depósitos superiores de la central reversible. En este caso, la compatibilización de derechos únicamente implicaría la necesidad de compensación o indemnización por parte del nuevo concesionario de los perjuicios temporales que, en su caso, hubieran podido producirse, conforme a lo establecido en el art. 90.2 del RDPH, si bien, en cualquier caso, convendría que, entre las nuevas condiciones del título concesional, incorporadas con objeto de la modificación, se establecieran las oportunas previsiones respecto a estas posibles indemnizaciones o compensaciones a cargo del concesionario hacia los titulares de esos otros usos afectados.

Pero, desde otra perspectiva, convendría también hacer una referencia a las consecuencias que esta modificación postrera de la concesión pudiera tener respecto a los intereses o expectativas de derechos de quienes concurrieron al trámite de competencia de proyectos requerido para el otorgamiento de la concesión que ahora se pretende modificar y que hubieran realizado una oferta diferente de haberse dado entonces las condiciones resultantes ahora de la modificación. En este sentido, por incidir sobre el principio de competencia, podría verse afectado también el propio interés general.

Aunque no hay una previsión expresa en este sentido en la normativa sobre aguas, y partiendo del hecho de que la reconversión de la actividad ha de tener como consecuencia una mayor producción de energía eléctrica y, en consecuencia, un superior beneficio respecto al que determinó las condiciones del otorgamiento de la concesión inicial, entendemos que, en el procedimiento tramitado para la autorización de la modificación de la concesión, debe existir una valoración técnica del alcance de la modificación en relación con el equilibrio económico de la misma y, conforme a dicha valoración, procedería o no adoptar medidas específicas respecto al restablecimiento de dicho equilibrio económico de la concesión previo a la modificación. Sin perjuicio de una deseable futura previsión normativa al respecto, de este modo, en consonancia con los principios generales del derecho, podría la Administración aplicar supletoriamente los criterios actualmente establecidos en el propio RDPH para la exclusión de la competencia de proyectos en los casos de concesiones demaniales para usos hidroeléctricos especialmente referidos en el art. 128, respecto al límite de 5.000 kVA, para la aplicación del procedimiento simplificado del Real Decreto 916/1985, o los porcentajes previstos en el art. 151.3 (variaciones que no superen en más de un 10%), en tanto que cualquier modificación que implicara un incremento menor a tal producción de 5.000 kVA o implicara un porcentaje inferior al 10% no tuviera consecuencias sobre las condiciones concesionales. Superados estos límites y, en tal caso, acreditada la alteración del equilibrio inicial en beneficio del concesionario, entendemos que las condiciones del título concesional han de modificarse también en el sentido de asegurar un reequilibrio tal que las condiciones económicas iniciales no se vean alteradas de forma tal que pueda entenderse producida una vulneración del principio de concurrencia garantizado en el procedimiento desarrollado al efecto del otorgamiento de dicha concesión inicial. En este sentido, correspondería a la Administración restaurar dicho equilibrio inicial a través de la incorporación de las nuevas cláusulas concesionales que fueran necesarias para derivar el exceso de beneficio generado por la nueva actividad hacia la satisfacción del interés general, una vez deducidos de dicho beneficio adicional los gastos o costes precisos para la reconversión de la central.

2. LA COMPATIBILIDAD DE DERECHOS EN LOS SUPUESTOS DE NUEVAS CONCESIONES DEMANIALES PARA APROVECHAMIENTOS REVERSIBLES QUE NO REQUIERAN EL USO DE INFRAESTRUCTURAS O QUE SE PROYECTEN SOBRE NUEVAS INFRAESTRUCTURAS O INFRAESTRUCTURAS ESTATALES NO CONCEDIDAS

En los casos de nuevas concesiones, tanto cuando se trate del otorgamiento exclusivo de la concesión del uso del agua como cuando dicha concesión implique asimismo la construcción de la infraestructura de base, la problemática de la compatibilidad entre los nuevos derechos otorgados y los preexistentes deberá ser abordada por la Administración previamente al otorgamiento de los correspondientes títulos y quedará delimitada por el tipo y entidad de la posible incompatibilidad entre los derechos. En estos casos la solución para la compatibilidad vendrá marcada, principal y esencialmente, por la previsión en los pliegos de la nueva concesión demanial de una posible indemnización, a cargo de quien resulte titular, de los perjuicios que conlleve para los usos preexistentes la derivación temporal de aguas necesaria para el llenado de las balsas o depósitos superiores o la construcción de las nuevas infraestructuras, dada la consideración de estos usos como usos no consuntivos.

En los casos en que la nueva concesión demanial requiera asimismo la construcción de nuevas infraestructuras, las posibles afecciones dependerán también de la fórmula utilizada por la Administración para la construcción y gestión de esas nuevas infraestructuras, ya que cabe la posibilidad de que estas se realicen por los propios concesionarios de los nuevos derechos de utilización del agua³⁰ (solución adoptada habitualmente por la Administración hasta ahora) o bien por contratistas adjudicatarios del correspondiente concurso para la explotación de la infraestructura estatal ya existente (solución no empleada hasta el momento en la práctica). En el primer caso, no habría un conflicto de derechos diferente al comentado respecto al caso de las nuevas concesiones sobre dominio público hidráulico, al recaer en el mismo titular el derecho al aprovechamiento del agua y la explotación de la infraestructura,

³⁰ En este sentido, se consideran obras de titularidad privada conforme a lo que señala el apdo. 1 del art. 123 del TRLA, y tendrán dicho carácter hasta que, transcurrido el plazo de duración de la concesión sobre las mismas, reviertan a la Administración pasando a ser propiedad de esta, conforme al régimen previsto en la normativa sobre dominio público hidráulico, que reitera el espíritu y letra de los arts. 55 y 75 de la Ley de Obras Públicas, de 15 de abril de 1877. Este carácter de titularidad privada que concede la normativa sobre aguas a estas obras no implica, sin embargo, el ejercicio de un derecho de propiedad absoluto sobre las mismas por parte del concesionario, dado el hecho de que se trata de obras construidas sobre el dominio público y, además, de su afección a un fin de interés general o utilidad pública, lo que se ha de traducir, en cualquier caso, en la reserva de unas facultades de intervención y disposición a favor de la Administración tutelar del dominio público hidráulico.

pero en caso de ser diferente, sí podría ser necesario compatibilizar los derechos del titular de la concesión para el uso privativo del agua y del titular del derecho a la explotación de la infraestructura, dependiendo la solución de la fórmula utilizada para dicha explotación.

Asimismo, en los supuestos de CHR a implantar sobre embalses o infraestructuras estatales preexistentes (obras hidráulicas), la Administración podría optar entre esa posibilidad de conceder también su explotación al concesionario del uso de las aguas, como característica de la concesión demanial para la utilización del agua, o realizar la explotación de la obra por sí misma, manteniendo la titularidad de la infraestructura, y compatibilizar los derechos de los diferentes usuarios de la infraestructura. Esta distinción específica de opciones tendría también efectos en relación con las posibilidades de la Administración de solventar los problemas de incompatibilidades y en relación a quién habría de asumir la carga de hacerlo, pues, en los casos en que la Administración mantenga la gestión de dichas obras hidráulicas, también ha de entenderse que correspondería a esta asumir directamente las necesarias actuaciones para solventar las posibles incompatibilidades por el uso o explotación de la obra hidráulica, sin perjuicio de las responsabilidades que deriven para el titular de la nueva concesión demanial por el uso del agua.

En el caso de la concesión de la explotación de la infraestructura estatal sobre la que se pretende implantar la central hidroeléctrica por el concesionario del uso del agua, a través del concurso del art. 132.1 RDPH, la Administración, en el respectivo pliego del concurso, habría de adoptar las medidas necesarias para garantizar la compatibilización de tales derechos y articular los principios de las relaciones entre el gestor adjudicatario de las infraestructuras y los usuarios de las mismas. Cuanto menos, orientar el procedimiento del concurso a garantizar que los titulares de derechos en liza han llegado a los acuerdos oportunos que permitirían la puesta en marcha del proyecto.

En el caso más específico de instalaciones revertidas al Estado tras la extinción de una concesión, conforme a lo dispuesto en el art. 165 bis RDPH, la Administración podría pretender la concesión a un particular de la explotación de dicha central revertida adaptada como central reversible o bien contratar la explotación, mediante contrato de servicios (caso poco probable a pesar de estar así previsto en el RDPH), manteniendo su titularidad, pero sin tener que otorgar entonces una nueva concesión demanial al adjudicatario del concurso para la explotación de la instalación, que lo haría entonces como contratista de la Administración, adquiriendo entonces esta la condición de productora de electricidad.

En cualquiera de los casos indicados, y con ajuste a la normativa vigente, las fórmulas de compatibilización de los nuevos derechos y de los derechos preexistentes deberán de preverse y valorarse en los correspondientes títulos y contradecirse en la tramitación del procedimiento requerido en cada caso para su otorgamiento. En función del título y de la fórmula de implantación, por lo tanto,

las posibles soluciones respecto a dichas afecciones, todas ellas viables de forma individual o conjunta, que evitaran la denegación de la concesión por incompatibilidades, podrían ser:

- a) El condicionamiento del nuevo título a la justificación por parte del solicitante de un previo acuerdo *inter privados* con el titular o titulares de derechos preexistentes, que garantizase a la Administración la compatibilidad de los derechos o previese las correspondientes compensaciones en caso contrario. La Administración competente para el otorgamiento de la concesión podrá considerar resueltas las posibles afecciones entre el futuro concesionario y el anterior con la presentación de dicho acuerdo suscrito por ambas partes, en el que estas le acreditan que ambas consideran satisfechos sus respectivos derechos conforme a sus particulares negociaciones y cesiones.
- b) La directa imposición, como condición resolutoria de la concesión, de un deber de indemnización al afectado por parte del nuevo concesionario, conforme a lo establecido en el art. 90.2 del RDPH. Si la Administración prevé en el pliego concesional que el nuevo concesionario ha de asumir la correspondiente indemnización al titular o titulares de derechos que puedan verse perjudicados por la nueva concesión, la participación en el trámite de competencia o en el correspondiente concurso para la explotación de la instalación y la aceptación de las bases de los correspondientes pliegos implicaría la asunción por el nuevo concesionario del deber de garantizar la solución de las posibles afecciones a esos derechos preexistentes mediante la oportuna indemnización, en las condiciones que se determinaran posteriormente.
- c) Igualmente, en los casos de la gestión pública de las infraestructuras, se solventaría la compatibilidad conforme a lo establecido en la correspondiente cláusula contractual en los supuestos de adjudicación de la explotación mediante contrato de concesión de obras o mediante concurso para la explotación de la obra. Para el caso de no haber previsto la Administración en los pliegos una cláusula de indemnización a titulares de derechos afectados por la explotación, cabría en última instancia la posibilidad de la tramitación de un expediente de responsabilidad patrimonial y la indemnización de los perjuicios originados por la nueva concesión por parte de la Administración.
- d) En los casos de interés general o utilidad pública de los nuevos aprovechamientos, la expropiación, cuando proceda, de los derechos concesionales previamente otorgados y la determinación del pago del justiprecio por el beneficiario de dicha expropiación, que sería el nuevo concesionario.

3. LOS EFECTOS RESPECTO A TERCEROS DE LAS NUEVAS CONCESIONES DEMANIALES QUE IMPLICAN LA UTILIZACIÓN DE EMBALSES O INFRAESTRUCTURAS DE TITULARIDAD O GESTIÓN PRIVADA. COMPATIBILIZACIÓN ENTRE LAS NUEVAS CONCESIONES Y LOS DERECHOS PREEXISTENTES

Concretamente, nos referimos ahora, en último lugar, al supuesto de que un particular solicite una concesión demanial para la implantación de una central hidroeléctrica reversible utilizando como depósito inferior un embalse sobre el que ya existe alguna concesión otorgada a tercero que implica la explotación de dicho embalse (para producción de energía eléctrica o de otra tipología de uso —riego, abastecimiento, etc.—), o bien cuya explotación haya sido objeto de un contrato de concesión de obra hidráulica del art. 133 del TRLA. En estos supuestos, lógicamente, la intervención administrativa para la compatibilidad de los derechos únicamente cabe *a priori* en el caso de las nuevas concesiones, pudiéndose requerir además una actuación *a posteriori* respecto a los títulos que otorgaron el uso o explotación de la infraestructura.

Por otro lado, nos referiremos también al caso de la preexistencia de otras concesiones demaniales que implican el uso del embalse como una característica esencial de la concesión; es decir, concesiones en las que pudiera haberse considerado todo el lecho del embalse como «tramo de río afectado» por el aprovechamiento hidroeléctrico (por ejemplo, en el caso de centrales a pie de presa). En estos casos, analizaremos las posibilidades de compatibilización mediante la alteración de esta característica en la concesión inicial a través de una modificación o revisión concesional.

En estos casos, dado que existen unos títulos de derecho preexistentes a la captación de aguas sobre el embalse respecto del que se pretende la nueva captación, es preciso delimitar el alcance o contenido de esos otros derechos previos y, especialmente, valorar lo previsto en los respectivos títulos concesionales previos respecto a la característica del ámbito espacial afectado por la concesión («tramo de río afectado» en el que se encuentra la captación y retorno de las aguas), al efecto de determinar las limitaciones o afecciones a derechos previos que dichas concesiones puedan conllevar.

De este modo, si la concesión previa delimita exclusivamente un punto de captación del agua y un tramo de río sobre el embalse para una explotación hidroeléctrica, cabría entender que no resultaría incompatible con otra que no pretenda implantarse sobre dicho punto de toma o sobre dicho tramo de río ya concedido. Sin embargo, en los casos en que la solicitud de la concesión pretendiera la captación del agua sobre un espacio que coincidiera con el mismo «tramo de río afectado» que ha sido considerado como característica esencial de la concesión preexistente, el procedimiento administrativo iría encaminado a la determinación, en su caso, de la improcedencia de la nueva solicitud por incompatibilidad con derechos preexistentes, en aplicación de lo dispuesto en el art. 121.2 RDPH,

o bien a la determinación de las garantías requeridas por el derecho preexistente para alcanzar la compatibilidad, si así resultara más acorde con la gestión racional del embalse y con el interés general, lo que permitiría entonces otorgar la concesión solicitada.

En todo caso, hemos de partir de la base de que, conforme a lo dispuesto en el art. 96.1 del RDPH, las concesiones han de otorgarse teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos, por lo que el órgano competente para el otorgamiento de la concesión ha de valorar la racionalidad de la explotación conjunta de dichos recursos a la hora de decidir discrecionalmente sobre el otorgamiento o denegación de la concesión solicitada³¹. En estos supuestos, además, es posible que la compatibilización de los derechos preexistentes con los nuevos derechos solicitados y la satisfacción del interés general requiera de una modificación o, incluso, de una revisión de la concesión preexistente, en atención a las causas concurrentes y a las previsiones del correspondiente plan hidrológico, lo que habrá de valorarse por la Administración en cada caso.

Sin embargo, por otro lado, hemos de considerar también la posibilidad de que concesiones inicialmente incompatibles por coincidencia del punto de captación pudieran devenir compatibles mediante la realización de obras de modificación de la toma o captación de la concesión preexistente, lo que implicaría la viabilidad jurídica de la nueva concesión solicitada, con los condicionantes derivados de la aplicación de lo dispuesto en los arts. 59.3 TRLA y 96.3 del RDPH, que establecen que, «si para la realización de las obras de una nueva concesión fuese necesario modificar la toma o captación de otra u otras preexistentes, el Organismo de cuenca podrá imponer, o proponer en su caso, la modificación, siendo los gastos y perjuicios que se ocasionen a cargo del peticionario». En estos casos en que, siendo incompatibles, la racionalidad de la explotación conjunta aconsejara una actuación administrativa para alcanzar una compatibilidad de las mismas, mediante la realización de obras de modificación de las tomas o captación, por ejemplo, dichas obras y la justificación de sus costes o de las compensaciones oportunas deberán preverse en los nuevos pliegos, a cargo del nuevo concesionario.

³¹ Sobre el carácter discrecional o reglado de las concesiones demaniales, sin perjuicio de la directa alusión que el art. 59.4 del TRLA hace a la discrecionalidad en su otorgamiento, resulta de interés también la postura de los partidarios de entender que se trata de un acto reglado (véase S. Del Saz (1990), *Aguas subterráneas, aguas públicas. El nuevo derecho de aguas*, Madrid: Marcial Pons, págs. 223 y ss.) o de quienes entienden limitada esa discrecionalidad (M. V. Carpi Abad, 2002, págs. 100-108). Especialmente, véase también el análisis jurisprudencial que hace F. López Menudo (2007, págs. 89 y ss.), sobre el carácter reglado de las concesiones de agua cuando no existía plan hidrológico, frente al discrecional de estas concesiones a partir de la existencia de planeamiento.

Asimismo, también cabe en última instancia la posibilidad de que, cuando así lo exija el interés general, como puede ser en el caso de las necesidades de obtención de energía renovable conforme a la planificación energética e hidrológica, el organismo de cuenca imponga la constitución de una comunidad de usuarios o una junta central de usuarios en los supuestos en que resultara oportuna la concesión de más de un uso industrial de aprovechamiento energético respecto de una misma toma o captación sobre el dominio público hidráulico, conforme a lo establecido en los apdos. 4 y 1 del art. 81 del TRLA. En defecto de acuerdo entre los diferentes usuarios, el art. 55.1 del TRLA y el 90 del RDPH permiten asimismo al organismo de cuenca fijar el régimen de explotación de los embalses establecidos en los ríos, al que se habría de adaptar la utilización coordinada de los aprovechamientos existentes.

V. CONCLUSIÓN

En atención a lo expuesto, debemos concluir, pues, que no podemos interpretar la cláusula «sin perjuicio de terceros» en un sentido estricto tal que deje sin contenido la previsión del art. 7.1 de la LCCTE. Esta ley, por lo tanto, impone a la Administración hidráulica una labor de revisión del alcance de los derechos preexistentes a los nuevos títulos que pretenda otorgar para la implantación de las CHR que permitan o colaboren en el logro de los objetivos energéticos y de lucha contra el cambio climático y ajustar dichos derechos y las nuevas concesiones al principio de explotación racional de los recursos hídricos, de conformidad con el planeamiento hidrológico, mediante su compatibilización con la aplicación de las herramientas de que la ha dotado la normativa sobre aguas y dominio público hidráulico.

Dados los instrumentos normativos existentes a disposición de la Administración, que hemos revisado, y las posibilidades de compensación o indemnización por parte de los nuevos titulares concesionales de los perjuicios que dicha implantación conlleve para los derechos preexistentes, creemos que la Administración, en la mayoría de los casos, tendrá posibilidad de lograr e imponer tal compatibilidad, actuando normalmente *a priori* mediante el condicionamiento de los nuevos títulos en este sentido o, si es preciso, *a posteriori*, mediante la revisión o modificación de oficio de concesiones previas, conforme a lo dispuesto en el art. 96.3 RDPH o, incluso, mediante la expropiación forzosa de las concesiones cuando el interés general lo aconseje.

A este efecto, resulta de indudable trascendencia la necesidad de una aclaración normativa del concepto «tramo de río afectado», en relación con los conceptos de toma o captación y punto de retorno y de superficie o lecho del embalse, como característica o elemento esencial de las concesiones determinante de su compatibilidad o incompatibilidad en los casos de embalses o infraestructuras sobre los que ha de producirse la captación de aguas para el funcionamiento de

la CHR. Aunque creemos lógica la interpretación que hemos realizado en este trabajo en la distinción de estos conceptos, como la más favorable a la necesaria compatibilidad, una futura modificación normativa aclaratoria de dichos conceptos podría ofrecer una mayor seguridad jurídica al respecto.