

TRIBUNAL SUPREMO

*Sentencia 1807/2024, de 12 de noviembre de 2024
Sala de lo Contencioso*

Rec. n.º 5975/2022

SUMARIO:**Demanio público hidráulico. Concesiones. Demolición de obras. Reversión de obras.**

Resultará de aplicación la nueva redacción del artículo 89.4 del RDPH, en relación con el artículo 101 de la Ley 33/2003, de Patrimonio del Estado, en el momento de la extinción de las concesiones demaniales de aguas otorgadas previamente a la entrada en vigor de los citados preceptos, aunque el régimen jurídico concesional no incluyera entre su clausulado la posibilidad de demolición de las instalaciones y construcciones realizadas bajo el título concesional. Esto no implica retroactividad, sino la aplicación de la legislación vigente en el momento de incoación del procedimiento de extinción de la concesión. Aunque el título concesional establecía que las instalaciones revertirían al Estado al finalizar la concesión y no preveía la demolición por parte del concesionario, la obligación de retirar las instalaciones se fundamenta en la legislación vigente al momento de incoar y resolver el procedimiento de extinción de la concesión, promulgada con la finalidad de proteger el dominio público hidráulico. La Administración no ha modificado los términos de la concesión, sino que han cambiado los efectos legales derivados de la extinción por el vencimiento del plazo. Esta obligación de demolición al término de la concesión y a costa del concesionario se justifica, tal y como motivó la modificación normativa del año 2012, por la necesaria protección del dominio público, de conformidad con lo establecido en los artículos 45 y 132 de la Constitución Española y el artículo 92 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. En cualquier caso, debe ser en el momento de la extinción de la concesión, a través del procedimiento correspondiente, cuando la Administración debe decidir si se produce la reversión de las infraestructuras e instalaciones construidas en el dominio público hidráulico para su explotación, ordenando, en su caso, las obras necesarias de reparación, o la demolición de lo construido si se considera inviable o contrario al interés público el mantenimiento de las infraestructuras e instalaciones.

La demolición de las infraestructuras e instalaciones vinculadas al aprovechamiento en el momento de la extinción de la concesión hidráulica compete exclusivamente a la Administración hidráulica en el ejercicio de una potestad de carácter discrecional que debe ejercer en el momento de extinción de la concesión y de conformidad con el procedimiento establecido y los informes obrantes en el expediente. Ejercicio de potestad discrecional que debe estar suficientemente motivada y justificada y en la que, en su caso, deberá acreditarse la concurrencia de los conceptos jurídicos indeterminados de "inviabilidad" e "interés público". Los arts. 89.4 del RD 849/1986, de 11 de abril y 101.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, resultan de aplicación para regular los efectos derivados de la extinción de las concesiones otorgadas con relación al derecho al uso privativo de aguas, con independencia de la fecha del título concesionario.

PONENTE:

Don Jose Maria Del Riego Valledor

Síguenos en...



Magistrados:

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, presidente
D. Eduardo Calvo Rojas
D. José María del Riego Valledor
D. Diego Córdoba Castroverde
D. Isaac Merino Jara

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el 12 de mayo de 2022, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

«1.- *DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo 83/21, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales María del Rosario Victoria Bolívar en nombre y representación de ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., contra la Resolución de 24-11-20 de la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL TAJO (expediente E-0141/17), que acuerda declarar la extinción del derecho de aprovechamiento de aguas a derivar del río Hoz Seca, con destino a usos hidroeléctricos (Central "Hoz Seca") en el T.M. de Checa (Guadalajara), con los demás extremos reseñados, actuación administrativa que en consecuencia se confirma por resultar ajustada a Derecho.*
2.- *Condenar a la parte actora en las costas del presente recurso, en los términos del Fº Jº 9º de esta sentencia.*»

SEGUNDO.-Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de Enel Green Power España S.L., manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala de instancia, por auto de 12 de julio de 2022 tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.-Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección 1ª de esta Sala acordó, por auto de 22 de febrero de 2023, lo siguiente entre otros pronunciamientos:

«1.º) *Admitir el recurso de casación n.º 5975/2022, preparado por la representación procesal de Enel Green Power España S.L. contra la sentencia dictada el 12 de mayo de 2022 por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Sexta) en el recurso contencioso-administrativo nº 83/2021 .*
2.º) *Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar:*

a) *Si la previsión contemplada en el artículo 89.4 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, en la redacción dada por el Real Decreto 1290/2012, relativa a la posible exigencia por parte de la Administración hidráulica al extinguirse la concesión, de la demolición de lo construido en dominio público, resulta de aplicación a aquellos títulos concesionales otorgados con anterioridad a su entrada en vigor.*

b) *Y, en todo caso y con independencia del régimen jurídico que resultara de aplicación, si la obligación de demolición de lo construido en dominio público puede ser impuesta por la Administración hidráulica, como condición, en la resolución que acuerda la*

Síguenos en...



extinción de un título concesional que no contempla aquélla, a fin de evitar perjuicios a terceros y/o al interés público.»

CUARTO.-La parte recurrente presentó, con fecha 11 de abril de 2023, escrito de interposición del recurso de casación, en el que alegó la vulneración de: i) el artículo 2.3 del Código Civil, ii) la disposición transitoria 1ª de la Ley 33/2003, iii) el artículo 89.4 DPH, tanto en su redacción inicial como en la introducida por el RD 1290/2012, iv) el artículo 101.3 de la Ley 33/2003, v) el artículo 162.2 RPH y vi) la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo.

En desarrollo de los motivos de impugnación desarrolló las alegaciones que seguidamente se resumen:

1.- La normativa vigente en el momento del otorgamiento de la concesión no contemplaba la posibilidad de obligar al concesionario a la demolición de las obras a la extinción de la concesión.

2.- No cabe aplicar retroactivamente a la concesión la normativa actualmente vigente.

3.- Incluso bajo la normativa actualmente aplicable, no cabría obligar a la demolición de las obras, pues el título concesional prevé lo contrario.

Como consecuencia de lo expuesto, la parte recurrente interesó de la Sala que fije como doctrina jurisprudencial que:

i.- El régimen normativo aplicable a una concesión demanial ha de ser el vigente en el momento de su otorgamiento.

ii.- Bajo la redacción actual del artículo 89.4 del RPH, introducida por medio del Real Decreto 1290/2012, no es posible que la Administración exija, en el momento de la extinción, la demolición de las instalaciones de una concesión demanial otorgada con anterioridad a su entrada en vigor, pues el derecho transitorio de la Ley 33/2003 y del Real Decreto 1290/2012 no lo prevén.

iii.- Bajo la redacción actual del artículo 89.4 del RPH en relación con el artículo 101 de la Ley 33/2003, no es posible que la Administración opte por exigir la demolición de las instalaciones tras la extinción de la concesión cuando el título concesional prevé expresamente que el destino de las mismas ha de ser su reversión a la Administración.

iv.- El artículo 162.2 RPH no habilita a la Administración a exigir la demolición de las instalaciones tras la extinción de la concesión concurriendo la excepción prevista en el artículo 101 de la Ley 33/2003, consistente en que su mantenimiento hubiera sido previsto expresamente en el título concesional.

Finalizó la parte recurrente su escrito de interposición solicitando a la Sala que dicte sentencia que, casando la sentencia impugnada: i) la anule y deje sin efecto, ii) fije como doctrina jurisprudencial la recogida en su escrito que antes hemos transcrito, iii) declare, en aplicación de la citada doctrina, que ENEL no está obligada a la demolición y restitución del cauce a su estado anterior a la inscripción del aprovechamiento, a su costa, y (iv) condene a la Administración recurrida al pago de las costas, si se opusiere al presente recurso.

QUINTO.-Se dio traslado a las partes recurridas, para que manifestaran su oposición. En este trámite, el Abogado del Estado presentó escrito el 29 de mayo de 2023, en el que se opuso a los motivos expuestos de contrario y, como conclusión de sus alegaciones, señaló que la respuesta a la primera cuestión de interés casacional ha de ser afirmativa, ya por entender que las consecuencias de la extinción del título concesional forman parte del régimen jurídico del DPH al que está sujeta toda ocupación del DPH, y se rigen por la norma vigente en el momento de su extinción, aplicándose los artículos 89.4 y 162.2 RDPU, o bien por entender, subsidiariamente,

que tal obligación está amparada en todo caso en el artículo 162.2 RDPH en la redacción vigente en el momento del otorgamiento de la concesión.

Añade el abogado del Estado que igualmente ha de ser respondida la segunda cuestión de interés casacional, en tanto que la presión del artículo 89.4 RDPH no es incompatible con la reversión, sino que la presupone y, en todo caso, si el título concesional se limita a reflejar la previsión general sobre el destino de los bienes prevista en la normativa en el momento de su redacción, no hay en el mismo una verdadera voluntad de dar a las instalaciones y obras un destino particular y singularizado, que excluya la aplicación del artículo 89.4, además de que, en todo caso, el artículo 162.2 RDPH no contempla excepciones a la posibilidad de imponer condiciones, por razón de que el título concesional preverá la reversión al Estado de las instalaciones sobre DPH.

En consecuencia -sostiene el abogado del Estado- se debería fijar como doctrina, conforme a lo expuesto, que la previsión contemplada en el artículo 89.4 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, en la redacción dada por el Real Decreto 1290/2012, relativa a la posible exigencia por parte de la Administración hidráulica, al extinguirse la concesión, de la demolición de lo construido en dominio público, resulta de aplicación a aquellos títulos concesionales otorgados con anterioridad a su entrada en vigor.

El abogado del Estado finalizó su escrito de oposición solicitando a la Sala que desestime el recurso de casación, fijando la doctrina propuesta a la que acabamos de hacer referencia.

La representación de la Asociación para el Estudio y Mejora de los Salmónidos "AEMS ríos con vida" y de Asociación para la Defensa de la Naturaleza "WWF España", presentó escrito de 5 de junio de 2023, en el que se opuso a las alegaciones formuladas por la parte recurrente y solicitó a la Sala que desestime el recurso, con confirmación de la sentencia impugnada, y con condena en costas a la recurrente.

SEXTO.-Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 29 de octubre de 2024, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada.

1.- Se interpone por la representación de Enel Green Power España S.L. recurso de casación contra la sentencia nº 436/2022, de 12 de mayo, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso interpuesto por la indicada sociedad contra la resolución de 24 de noviembre de 2020 de la Confederación Hidrográfica del Tajo (expediente E-0141/17), que acordó declarar la extinción del derecho de aprovechamiento de aguas a derivar del río Hoz Seca, con destino a usos hidroeléctricos (Central "Hoz Seca"), en el término municipal de Checa (Guadalajara), con imposición de costas en los términos expresados en el FD 9º.

2.- La sentencia impugnada contiene, en su FD 2º, la siguiente narración de los hechos que consideró relevantes para la resolución de la controversia:

«1.- Con fecha 30.01.1908 se otorga a terceros una concesión de 3.500 litros de agua por segundo (l/sg), derivados del río Hoz Seca, así como todo el caudal cuando no se llegue a dicha cantidad, derivados del sitio conocido como "Los Navarejos", en los términos municipales de Peralejos y Checa (Guadalajara), para crear un salto de agua, cuya energía, transformada en eléctrica, se destinaría a usos industriales, siendo inscrita tal concesión con el nº 13.538 en el registro general correspondiente.

2.- En fecha 4.02.88 se levanta acta por CHT y Unión Eléctrica Fenosa S.A, haciendo constar que las instalaciones electromecánicas del aprovechamiento hidroeléctrico referido se encontraban fuera de uso, aprobándose por CHT en fecha 9.03.89 la

Síguenos en...



transferencia del citado aprovechamiento de aguas a favor de dicha mercantil del sector eléctrico con el mismo caudal citado.

3.- Previas las actuaciones pertinentes, que recoge el acto impugnado, por Resolución de 26.10.90, previa aceptación de dicha mercantil en fecha 16.10.90, se otorgó por CHT una nueva concesión de rehabilitación y ampliación de la precedente, con un caudal concesional de 5.000 litros de agua por segundo, un salto de 20,50 metros y una potencia nominal de 782KW, en el término municipal de Checa, para igualmente usos industriales.

4.- En esta nueva concesión se establece un plazo de duración de 25 años, contados a partir de la fecha de aprobación del acta de reconocimiento final de las instalaciones, siendo así que en fecha 10.04.91 se aprobó por CHT el proyecto constructivo correspondiente, autorizándose el inicio de las obras y levantándose en fecha 24.06.93 acta de reconocimiento final, que resultó aprobada por CHT en fecha 18.02.94, con autorización para la explotación del aprovechamiento y que establece como fecha final (caducidad) de la concesión la de 18.02.19, a tenor de lo expuesto, inscribiéndose la concesión, con lo anterior, en el Registro de Aguas con el nº 268, anulándose la anterior inscripción nº 13.538.

5.- En fecha 11.03.13 CHT aprueba por Resolución la transferencia del aprovechamiento en favor de la mercantil actora ENEL GREEN POWER ESPAÑA S.L., recogiendo la subrogación de la nueva concesionaria en todos los derechos y obligaciones de la concesión en vigor y como condición específica la citada fecha de caducidad de la misma (18.02.19).

6.- En fecha 31.07.17 se inicia de oficio expediente de extinción del referido aprovechamiento, realizando trámites al efecto, si bien mediante acuerdo de 6.02.18 se decreta la suspensión dicho procedimiento hasta la resolución de dicho recurso 1293/17, seguido ante esta Sala y Sección.

7.- Mediante acuerdo de 14.11.19, una vez recibida la sentencia dictada en dicho PO 1293/17, se levanta la suspensión decretada respecto de dicho procedimiento de extinción, con traslado a los interesados.

8.- En fecha 4.02.20 se practica el reconocimiento sobre el terreno de las instalaciones de dicha Central "Hoz Seca", con levantamiento de acta, recogándose las comprobaciones pertinentes, siendo así que todas las partes se ratifican en las alegaciones presentadas durante la tramitación del procedimiento.

9.- Con fecha 13.02.20 el Servicio Técnico de CHT emite el informe preceptivo pertinente (artº 165.3 RDPH), en el que se recogen los datos comprobados en el reconocimiento de 4.02.20, indicados en el acta allí levantada, añadiendo que el conjunto de la Central se encuentra en buen estado de conservación y que, según manifiesta el representante de la sociedad titular, hace meses que no se turbinan en la misma.

10.- En fecha 13.02.20 se abre trámite de audiencia a la titular del aprovechamiento y demás interesados y comparecientes en el procedimiento, que formulan las alegaciones correspondientes, emitiendo finalmente informe en fecha 21.10.20 el Servicio Jurídico del Estado».

SEGUNDO.- La cuestión de interés casacional.

Como hemos expresado en los antecedentes de hecho de esta sentencia, la Sección 1ª de esta Sala consideró, en el auto de admisión a trámite, que el presente recurso presentaba dos cuestiones de interés casacional objetiva para la formación de jurisprudencia.

La primera cuestión consiste en resolver si la previsión contemplada en el artículo 89.4 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, en la redacción dada por el Real Decreto 1290/2012,

Síguenos en...



relativa a la posible exigencia por parte de la Administración hidráulica al extinguirse la concesión, de la demolición de lo construido en dominio público, resulta de aplicación a aquellos títulos concesionales otorgados con anterioridad a su entrada en vigor.

La segunda cuestión requiere determinar, en todo caso y con independencia del régimen jurídico que resultara de aplicación, si la obligación de demolición de lo construido en dominio público puede ser impuesta por la Administración hidráulica, como condición, en la resolución que acuerda la extinción de un título concesional que no contempla aquélla, a fin de evitar perjuicios a terceros y/o al interés público.

TERCERO.- Los precedentes de la Sala.

Esta Sala se ha pronunciado con anterioridad en tres ocasiones respecto de cuestiones de interés casacional enunciadas en idénticos términos a las formuladas en el presente recurso.

Se trata de las sentencias números 1101/2024, de 20 de junio (recurso 6936/2022), 1223/2024, de 8 de julio (recurso 2737/2023) y 1225/2024, también de 8 de julio (recurso 4804/2023, dictadas por la Sección 5ª de esta Sala.

En todas estas sentencias examinó y se pronunció la Sala sobre la misma cuestión que se plantea en este recurso, respecto de si es conforme a derecho exigir la demolición a cargo del concesionario de las instalaciones e infraestructuras construidas en el dominio público hidráulico, , en los casos de extinción de títulos concesionales otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la redacción dada por el RD 1290/2012 al artículo 89.4 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, que no contemplan la posibilidad de exigir dicha demolición.

A la vista de la similitud de las cuestiones planteadas en este y en los indicados recursos, seguimos ahora los razonamientos de nuestras sentencias precedentes, por razones de unidad de doctrina e igualdad en la aplicación de la ley.

CUARTO.- La posición de la Sala.

La cuestión por dilucidar, de conformidad con el auto de admisión, consiste en determinar si la posible exigencia por parte de la Administración hidráulica al extinguirse la concesión, de la demolición de lo construido en dominio público, por cuenta del concesionario, resulta de aplicación a aquellos títulos concesionales otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 89.4 del RDPH dada por el RD 1290/2012, que no contemplaban la posibilidad de exigencia de demolición al extinguirse la concesión.

El Preámbulo del RD 1290/2012, de 7 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por el RD 849/1986, de 11 de abril, da adecuada cuenta de los motivos que justifican el cambio normativo que introduce. Esos cambios se fundamentan en el intento de propiciar una mayor protección, conservación y mejora del estado de las masas de agua y, en general del dominio público hidráulico mediante su adecuada utilización y protección, en consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, Directiva Marco del Agua. En este sentido señala expresamente:

"La transposición al derecho español de la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000 , por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, ha dado lugar a la incorporación de nuevos contenidos en los planes hidrológicos de cuenca, relacionados, en su mayor parte, con la protección, conservación y mejora del estado de las masas de agua y, en general, del dominio público hidráulico y, por tanto, con la utilización y protección de este.

La incorporación de estos contenidos en los planes hidrológicos, actualmente en diversas fases de tramitación en las distintas demarcaciones hidrográficas, pero en estado muy avanzado en todas ellas, ha puesto de manifiesto la carencia de diversas disposiciones normativas, en el desarrollo reglamentario del texto refundido de la Ley

Síguenos en...



de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 julio, que permitan una actuación homogénea en los distintos Organismos de cuenca y otras administraciones competentes a la hora de la gestión de la utilización y protección del dominio público hidráulico en asuntos relacionados con los contenidos antes citados de los planes hidrológicos.

A su vez, la experiencia en la gestión de la utilización y de la protección del dominio público hidráulico, por parte de los Organismos de cuenca y otras Administraciones competentes, ha ido poniendo en evidencia diversas insuficiencias de regulación normativa, así como algunas ambigüedades que conviene resolver, por cuanto dificultan una gestión racional de dicho dominio.

Consecuentemente, el nuevo desarrollo normativo de la gestión de la utilización y protección del dominio público hidráulico, demandado tanto por la normativa comunitaria como por la experiencia de la Administración hidráulica, debe ser objeto de una regulación común para todas las demarcaciones hidrográficas, y no debe ser independiente en cada plan hidrológico de cuenca, aconsejando una modificación del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los títulos Preliminar, I, IV, V, VI y VII del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 julio, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril."

El art. 89 del RD 849/1986, de 11 de abril, regula la extinción del derecho al uso privativo de las aguas cualquiera que sea el título de su adquisición, siendo la causa más general la extinción por finalización del plazo de la concesión.

En su redacción originaria el apartado 4º del art. 89 disponía:

"4. Al extinguirse el derecho concesional revertirán al Estado gratuitamente y libres de cargas cuantas obras hubieran sido construidas dentro del dominio público hidráulico para la explotación del aprovechamiento, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones estipuladas en el documento concesional."

El apartado 4º del art. 89, precepto de carácter básico de conformidad con lo dispuesto en la disposición final primera, tras la modificación operada por el RD 1290/2012 tiene la siguiente redacción:

"4. Al extinguirse el derecho concesional revertirán al Estado gratuitamente y libres de cargas cuantas obras hubieran sido construidas dentro del dominio público hidráulico para la explotación del aprovechamiento, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones estipuladas en el documento concesional y, en su caso, las relativas a la reversión de otros elementos situados fuera del demanio."

Si en dicho momento, la Administración hidráulica considerase posible y conveniente la continuidad del aprovechamiento, podrá exigir del concesionario la entrega de los bienes objeto de reversión en condiciones de explotación tal como prevén los artículos 164.3, 165.3 y 167.3 y 4. Si por el contrario lo considerase inviable, o su mantenimiento resultase contrario al interés público, podrá exigir la demolición de lo construido en dominio público de conformidad con el artículo 101 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas."

El RD 1290/2012, de 7 de septiembre que modificó en ese sentido el RDPH, fue objeto de recurso directo, resuelto por sentencia de la Sección Cuarta de esta Sala de 25 de octubre de 2013 (recurso 559/2012). La citada sentencia declara la legalidad del art. 89.4 al disponer de cobertura legal suficiente en el art. 101.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas:

"Otro de los preceptos impugnados es el artículo 89.4 del reglamento de tanta cita, que establece, respecto de la extinción de la concesión, que al concluir ese derecho concesional revertirán al Estado gratuitamente y libres de cargas las obras construidas, y añade, en el párrafo segundo, inciso segundo, la posibilidad, si considera inviable la continuidad de la concesión, relativa a que "podrá exigir la demolición de lo construido en dominio público de conformidad con el artículo 101 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas ".

Esta referencia a la posibilidad de exigir la "demolición" resulta, a juicio de la recurrente, ayuna de cobertura en el TR de la Ley de Aguas, pues el artículo 53 de dicho texto refundido no contiene referencia alguna a tal posibilidad.

Es cierto que el artículo 53, apartado 4, del TR de la Ley de Aguas, que regula la extinción del derecho al uso privativo de las aguas, contiene una norma que se identifica, en lo que ahora importa, con el párrafo primero del artículo 89.4 del reglamento. La novedad que introduce el párrafo segundo, inciso segundo, respecto de la demolición, tiene la correspondiente cobertura legal en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Nos referimos al artículo 101.1 de la citada Ley 33/2003 que, al regular el destino de las obras en el momento de la extinción del título, establece que cuando se extinga la concesión, las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre el bien demanial deberán ser demolidas por el titular de la concesión o, por ejecución subsidiaria, por la Administración.

Repárese que la Ley 33/2003 es posterior al TR de la Ley de Aguas de 2001 y que el régimen de los bienes demaniales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la expresada Ley 33/2003, se regirá, como antes señalamos y ahora insistimos, por las "leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación", lo que nos remite al TR de la Ley de Aguas y al Reglamento de Dominio Público Hidráulico, cuya modificación se impugna, primero, y a la Ley 33/2003, después. Esta relevancia significa que la disposición o norma reglamentaria puede tener su correspondiente cobertura tanto en la norma legal especial, como en la norma legal que establece con carácter general el régimen común, que es la citada Ley 33/2003. Teniendo en cuenta, además, que el artículo 101.1 de dicha Ley tiene el carácter de norma básica, según la disposición final 2ª de la Ley 33/2003 de tanta cita, en aplicación del artículo 148.1.18ª de la CE.

La función pública de los bienes demaniales y su imprescriptibilidad implican que antes o después las concesiones caduquen, siendo el vencimiento del plazo, como hemos indicado, la principal causa de extinción.

De conformidad con el art. 162 del RD 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, las concesiones se extinguirán por transcurso del plazo, por caducidad, expropiación forzosa o por renuncia del concesionario. En todo caso, en aras de la debida protección del dominio público hidráulico, la extinción del derecho concesional se producirá siempre sin perjuicio de tercero ni del interés público. Igualmente indica que el Organismo que dicte la resolución en el expediente de extinción podrá imponer las condiciones que considere convenientes para evitar dichos perjuicios, y el cumplimiento de estas condiciones será obligatorio para el titular del derecho extinguido y podrá exigirse por los procedimientos que la Ley de Procedimiento Administrativo señala.

De este precepto se deduce que la Administración hidráulica debe incoar, en todo caso, un expediente de extinción de la concesión, lo que viene corroborado por lo dispuesto en el apartado 6º del art. 89 al disponer que el expediente que se incoe a los efectos de declarar la extinción del derecho al uso privativo de las aguas seguirá la tramitación establecida en los artículos 163 al 169, preceptos que contemplan la tramitación de expedientes de extinción, la extinción del derecho por transcurso del plazo, la extinción por incumplimiento de condiciones esenciales de la concesión, las particularidades para los aprovechamientos hidroeléctricos, extinción por expropiación forzosa, por renuncia del titular del aprovechamiento, por caducidad y extinción por disposición legal.

Concretamente, por lo que respecta al supuesto de extinción por transcurso del plazo de la concesión, el expediente de extinción se podrá iniciar tres años antes de expirar su vigencia, bien de oficio o a instancia de parte. Tras la incoación del expediente de extinción se suceden una serie de trámites de obligado cumplimiento, con preceptiva

Síguenos en...



audiencia del titular del aprovechamiento, entre los que se encuentra la emisión del informe del servicio encargado del organismo de cuenca, al que se refiere el art. 164.3 del RDPH con la finalidad esencial de identificar las reparaciones que deban realizarse en las obras sujetas a reversión proponiendo la fecha de reversión de las infraestructuras e instalaciones.

El citado informe también tiene la finalidad, especialmente para los aprovechamientos hidroeléctricos, como el presente, de establecer las recomendaciones sobre la continuidad de la explotación, la adscripción de la titularidad de las infraestructuras e instalaciones y sobre la gestión o en su caso demolición de las infraestructuras e instalaciones que deben revertir al Estado, y todo ello en concordancia con lo dispuesto en los artículos 89.4 RDPH, 101.1 de la Ley 33/2003, y 126.4 bis del RDPH que prevé en consonancia con los artículos citados, y en aras a garantizar la continuidad fluvial, que el organismo de cuenca promoverá la eliminación de infraestructuras que, dentro del dominio público hidráulico, se encuentren abandonadas sin cumplir función alguna ligada al aprovechamiento de las aguas, teniendo en consideración la seguridad de las personas y los bienes y valorando el efecto ambiental y económico de cada actuación. Procedimiento de extinción de la concesión que finalizará con la correspondiente resolución administrativa, en la que entre otras cuestiones la Administración decidirá las reparaciones necesarias para que las infraestructuras o instalaciones deban revertir al Estado o la demolición de estas a costa del concesionario de concurrir los supuestos de inviabilidad de la explotación o que resultare contrario al interés público su mantenimiento, cobrando, en este supuesto, especial relevancia la adecuada protección del demanio hidráulico.

La resolución final del expediente de extinción, en definitiva, decidirá sobre la reversión de las instalaciones e infraestructuras vinculadas al aprovechamiento concedido y que es un efecto vinculado a la extinción del título concesional, mediante el que la Administración concedente recupera la disponibilidad sobre el aprovechamiento previamente concedido y lo consolida con la propiedad de los bienes demaniales que nunca perdió. Pero también, la Administración hidráulica podrá optar por la demolición de las instalaciones e infraestructuras bien por inviabilidad o por causa de interés público. Procedimiento de extinción de la concesión que tiene un plazo de resolución de 18 meses y que, si es incoado a instancia del interesado efecto negativo del silencio, de conformidad con la disposición adicional sexta del Real Decreto Legislativo 1/2021.

Como hemos señalado, la sociedad recurrente sostiene que del título concesional se desprende que no existe la obligación del concesionario de demoler las instalaciones, las cuales deben revertir a la Administración una vez extinguida la concesión.

Ahora bien, y tal y como hemos indicado, la extinción de la concesión requiere la incoación de un expediente administrativo específico que declare tal extinción y los efectos derivados de la misma, incoación que se producirá, bien de oficio por la propia Administración concedente, o, a instancia del titular del aprovechamiento. Y al procedimiento administrativo de extinción de la concesión le será de aplicación la normativa en vigor en el momento de su incoación de conformidad con la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y disposición transitoria tercera de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

En este sentido en la sentencia de la Sección Tercera de esta Sala n.º 703/2019, de 27 de mayo (recurso de casación n.º 2825/2018) señalamos que:

"De modo que, como regla general, cuando se produce un cambio normativo, éste resulta aplicable a las solicitudes presentadas tras su entrada en vigor. Ello no impide que, en determinados supuestos, la propia norma pueda establecer disposiciones de derecho transitorio en las que se prevea su aplicación a situaciones surgidas antes de su entrada en vigor pero cuyos efectos aún no se han producido o no se han consumado (retroactividad de grado mínimo o medio). Este sería el caso de una norma transitoria que dispusiese la aplicación del nuevo régimen jurídico a las solicitudes

presentadas antes de su entrada en vigor, pero aún no resueltas. Previsión que implicaría una cierta retroactividad que habría que valorar. Ahora bien, en el caso que nos ocupa no existe previsión de derecho transitorio alguna respecto a las solicitudes presentadas y pendientes de resolución, por lo que no existe base legal alguna para aplicar ese cambio normativo a solicitudes ya presentadas".

En consecuencia, resultará de aplicación la nueva redacción del artículo 89.4 del RDPH, en relación con el artículo 101 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, en el momento de la extinción de las concesiones demaniales de aguas otorgadas previamente a la entrada en vigor de los citados preceptos, aunque el régimen jurídico concesional no incluyera entre su clausulado la posibilidad de demolición de las instalaciones y construcciones realizadas bajo el título concesional.

Esto no implica retroactividad, sino la aplicación de la legislación vigente en el momento de incoación del procedimiento de extinción de la concesión. Aunque el título concesional establecía que las instalaciones revertirían al Estado al finalizar la concesión y no preveía la demolición por parte del concesionario, la obligación de retirar las instalaciones se fundamenta en la legislación vigente al momento de incoar y resolver el procedimiento de extinción de la concesión, promulgada con la finalidad de proteger el dominio público hidráulico. La Administración no ha modificado los términos de la concesión, sino que han cambiado los efectos legales derivados de la extinción por el vencimiento del plazo.

Esta obligación de demolición al término de la concesión y a costa del concesionario se justifica, tal y como motivó la modificación normativa del año 2012, por la necesaria protección del dominio público, de conformidad con lo establecido en los artículos 45 y 132 de la Constitución Española y el artículo 92 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. En cualquier caso, debe ser en el momento de la extinción de la concesión, a través del procedimiento correspondiente, cuando la Administración debe decidir si se produce la reversión de las infraestructuras e instalaciones construidas en el dominio público hidráulico para su explotación, ordenando, en su caso, las obras necesarias de reparación, o la demolición de lo construido si se considera inviable o contrario al interés público el mantenimiento de las infraestructuras e instalaciones.

En el presente caso la resolución impugnada considera más acorde con el interés general el proceder a desmontar el desmantelamiento de las infraestructuras e instalaciones, con la siguiente motivación:

«Este aprovechamiento hidroeléctrico se localiza el parque natural del alto Tajo declarado por la ley 1/2000 de 06-04-2000 de las Cortes de Castilla-La Mancha, en una Zona de Conservación prioritaria y Zona de protección estricta del Parque Natural del Alto Tajo.

En el Plan de Gestión, Diagnóstico del Espacio RN 2000, se especifica que "La creación de nuevas infraestructuras hidráulicas, así como la continuación de las existentes (presas, embalses, canalizaciones etc) sin garantizar un régimen de caudal mínimo ecológico en los ríos, produce grandes alteraciones sobre los ecosistemas fluviales. Esto es observable en el río Tajo donde existen varias presas y embalses asociados al aprovechamiento hidroeléctrico (Checa, Peralejos de las Truchas, Poveda de la Sierra, Zaorejas, Carrascosa del Tajo, Azañón y Trillo) que modifican el régimen natural del sistema fluvial. Además de la alteración del sistema hidrológico natural de los ríos, suponen verdaderos obstáculos para las migraciones de la fauna ictícola. Los encauzamientos, captaciones de agua y dragados de cauces temporales suponen importantes alteraciones morfológicas, la pérdida de vegetación de ribera y la desaparición de zonas encharcables adyacentes y de comunidades vegetales higrófilas (turberas, molinietas, etc)."

En relación al parque Natural del Alto Tajo cabe destacar que entre los fines del parque están (art. 2, Ley 1/2000) el que "se restauren las áreas y recursos naturales que se encuentren degradados por actividades humanas" La ley del Parque prohíbe toda nueva central de energía hidroeléctrica (Anejo 2.4).

Síguenos en...



] El Decreto 204/1999, de 21 de septiembre, que aprueba el Plan de Ordenación de recursos Naturales del PN del Alto Tajo (PORN) incluye el efecto barrera de la presa del término municipal de Checa asociada al aprovechamiento hidroeléctrico "La Hoz Seca" objeto de este expediente extinción, y la explotación hidroeléctrica como una de las más preocupantes afecciones a su conservación; y el art 3 del PORN del Parque Natural califica como "factor de riesgo" las centrales hidroeléctricas "que supone la modificación del flujo de los ríos...etc". El punto 3.4 del PORN afirma que "las escalas de peces existentes no parecen ser eficaces para facilitar los movimientos de los mismos por su inadecuado diseño"

[...]

[...] Y en lo relativo a la supuesta falta de ponderación de los distintos intereses generales en juego, este organismo considera que atendiendo precisamente a esa ponderación de intereses, a la seguridad de las personas y valorando el efecto ambiental y económico de cada actuación, es por lo que esta Confederación otorga al titular un plazo para la presentación del proyecto para la puesta fuera de servicio de las instalaciones e infraestructuras asociadas a la concesión: y porque, de conformidad con la legislación medioambiental vigente, expuesta a los puntos precedentes, no es posible dejar en el dominio público hidráulico unas instalaciones que ya no cumplen función alguna ligada al aprovechamiento de aguas que se extingue, por transcurso del plazo concesional y en una zona de especial protección como es el Parque Natural del Alto Tajo».

De este modo, no se puede acoger la pretensión de la recurrente en casación de que declaremos la procedencia de que todas las obras, máquinas y demás elementos que constituyen el aprovechamiento reviertan a la Administración en los términos previstos en el título concesional y reconozcamos que la titular de la concesión no podrá ser obligada a la demolición de las infraestructuras e instalaciones vinculadas al aprovechamiento en el momento de la extinción de la concesión, debido a que tal decisión compete exclusivamente a la Administración hidráulica en el ejercicio de una potestad de carácter discrecional que debe ejercer en el momento de extinción de la concesión y de conformidad con el procedimiento establecido y los informes obrantes en el expediente.

Ejercicio de potestad discrecional que debe estar suficientemente motivada y justificada y en la que, en su caso, deberá acreditarse la concurrencia de los conceptos jurídicos indeterminados de "inviabilidad" e "interés público" que justifiquen la demolición si efectivamente es la opción que elija la Administración. Como hemos indicado, la resolución administrativa motiva suficientemente las causas justificativas de la demolición de las infraestructuras, motivación que no ha sido objeto de contradicción por la sociedad recurrente.

En el presente supuesto, la Administración hidráulica, al amparo de lo dispuesto en el art. 89.4 RDPH consideró el mantenimiento de las instalaciones e infraestructuras, en definitiva del aprovechamiento, contrario al interés público y además inviable, por lo que acordó la exigencia de la demolición de lo construido en dominio público de conformidad con el artículo 101 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que contempla que aquellas serán demolidas por el titular de la concesión o, por ejecución subsidiaria por la Administración a costa del concesionario, y ello con independencia de que el título concesional prevea su mantenimiento, de conformidad con lo expuesto anteriormente, y con base en el art. 162.2 RDPH. Eso sí, corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el control judicial de la decisión adoptada y de la adecuada observancia de la legalidad en el ejercicio de la citada potestad discrecional.

Restaría, en su caso, únicamente resolver sobre los efectos de la extinción de la concesión en orden de la demolición de las obras e instalaciones a costa de la concesionaria, si el pliego concesional aprobado a partir del día 21 de septiembre de 2012, fecha de entrada en vigor del RD 1290/2012, de 7 de septiembre, que dio una nueva redacción al art. 89.4 RDPH, contemplara expresamente el mantenimiento de las obras, construcciones e instalaciones existentes sobre el bien demanial, y su incidencia

respecto de la remisión que efectúa el citado precepto reglamentario al art. 101.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Ahora bien, conviene recordar que en reiteradas ocasiones -por todas, baste citar la STS n.º 4/2023, de 9 de enero (RC 1509/2022)- hemos establecido que para dar respuesta precisa a las cuestiones planteadas debemos tener presente que la labor hermenéutica que nos requiere el auto de admisión (ex artículo 93.1) no puede hacerse "*en abstracto*", prescindiendo del objeto del litigio en los términos que derivan de la actuación administrativa recurrida y de las pretensiones ejercitadas por las partes. Y en este sentido, teniendo en cuenta que, según los hechos declarados probados por la sentencia impugnada, recogidos en el FD 1º, apartado 3º, de esa sentencia, la Confederación Hidrográfica del Tajo, previa aceptación de la recurrente, otorgó por resolución de 26 de octubre de 1990 una nueva concesión de rehabilitación y ampliación de la precedente, no procede efectuar un pronunciamiento al respecto, dado que ninguna trascendencia conllevaría en la resolución del presente recurso.

SEXO- La respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión.

A la vista de cuanto llevamos dicho, la respuesta a las cuestiones planteadas por el auto de admisión es que los arts. 89.4 del RD 849/1986, de 11 de abril y 101.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, resultan de aplicación para regular los efectos derivados de la extinción de las concesiones otorgadas con relación al derecho al uso privativo de aguas, con independencia de la fecha del título concesional y de su clausulado, pudiendo exigir, de modo motivado, la Administración hidráulica a la extinción de la concesión, y a costa del concesionario, la obligación de demolición de las infraestructuras e instalaciones

SÉPTIMO.- Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, en relación con el artículo 93 LJCA, en el recurso de casación cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia impugnada respecto de las costas de la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º.- Declarar no haber lugar y, por tanto, desestimar el presente recurso de casación número 5975/2022 interpuesto por Enel Green Power España S.L., contra la sentencia número 436/2022, de 12 de mayo, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento ordinario 83/2021.

2º.- No hacer imposición de las costas del recurso de casación a ninguna de las partes. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.