

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ067562

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1225/2024, de 8 de julio de 2024

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 4804/2023

SUMARIO:**Dominio público hidráulico. Uso privativo de aguas. Aprovechamiento de aguas superficiales. Concesión administrativa. Extinción de plazo. Demolición de las infraestructuras e instalaciones.**

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 Publicas 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. La reversión de las infraestructuras al Estado en el caso de extinción del plazo de la concesión de uso de aguas superficiales, solo se produce en caso de que las mismas sean viables y en caso contrario podra exigirse la demolición de lo construido en dominio público.

La sentencia determina si si la previsión contemplada en el artículo 89.4 del Real Decreto 849/1986, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, 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 y también 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, a fin de evitar perjuicios a terceros y/o al interés público, teniendo en cuenta que dicho título concesional no contempla esa obligación de demolición, sino la de la reversión de las obras e instalaciones a la Administración.

La sala señala que 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 y a costa del concesionario.

PRECEPTOS:

Constitución española, arts. 45, 132 y 148.1.18º.

RDLeg. 1/2001, (TR Ley de Aguas), art. 92.

RD 849/1986 (Reglamento del Dominio Público Hidráulico) arts. 89.4 y 162.2.

Ley 33/2003 (LPA), art. 101.1 y disposición transitoria primera y tercera.

Código civil, arts. 1.281 y 1.282.

Ley 39/2015 (LPAC), disposición transitoria tercera.

PONENTE:*Don Carlos Lesmes Serrano.*

Magistrados:

Don CARLOS LESMES SERRANO
Don WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY
Don JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO
Don ANGELES HUET DE SANDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.225/2024

Fecha de sentencia: 08/07/2024

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4804/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de : 02/07/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4804/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Sinforiano Rodriguez Herrero

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1225/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D.^a Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 8 de julio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA/4804/2023, interpuesto por la procuradora doña Nuria Munar Serrano en nombre y representación de IBERDROLA GENERACIÓN S.A. bajo la dirección letrada de don José Giménez Cervantes y don Gonzalo Sanz Bravo, contra la sentencia de fecha 29 de

marzo de 2023 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso contencioso-administrativo n.º 830/2021 interpuesto contra la resolución de la Secretaría General Técnica dictada por delegación de la Secretaria de Estado de Medio Ambiente del Ministerio para la Transición Ecológica de 18 de mayo de 2021 que desestima el recurso de alzada contra la resolución de 8 de octubre de 2020 de la Dirección General del Agua que declaró extinguida por transcurso del plazo de la concesión, el derecho de aprovechamiento de aguas superficiales a derivar del río Cabriel en la central hidroeléctrica de Contreras-Mirasol (Cuenca).

Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Carlos Lesmes Serrano.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En el recurso contencioso-administrativo número 830/2021, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el 29 de marzo de 2023, cuyo fallo dice literalmente:

"Que desestimando íntegramente el recurso interpuesto, por ser ajustada a Derecho la actuación administrativa impugnada, debemos confirmar y confirmamos la resolución de 18 de mayo de 2021, del Secretario General Técnico, por delegación del Secretario de Estado de Medio Ambiente, por la que se desestima el recurso de alzada formulado, por la actora, contra la resolución de 8 de octubre de 2020, del Director General del Agua, del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, que se confirma íntegramente, desestimando todos los pedimentos del suplico de la demanda.

Se imponen a la recurrente las costas procesales, hasta un máximo de 1.500 euros, por todos los conceptos."

Segundo.

Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de IBERDROLA GENERACIÓN S.A. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado mediante auto de 22 de junio de 2022 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

Tercero.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de enero de 2024 acordó que la cuestión planteada en el recurso, presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los siguientes términos:

"[...]

a) Determinar 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 extinción de un título concesional, a fin de evitar perjuicios a terceros y/o al interés público, teniendo en cuenta que dicho título concesional no contempla esa obligación de demolición, sino la de la reversión de las obras e instalaciones a la Administración.

[...]"

Cuarto.

Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 22 de enero 2024, se concedió a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la representación procesal de IBERDROLA GENERACIÓN S.A. por escrito de fecha 29 de febrero de 2024, en el que, tras alegar cuanto tuvo por conveniente, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"... se dicte Sentencia por la que, de conformidad con el art. 93.1 de la LJCA, se case y anule dicha Sentencia de Instancia y, en consecuencia, dentro de los términos en que aparece planteado el debate, estime el recurso contencioso-administrativo de instancia, anulando parcialmente la Resolución de la SEMA y la Resolución de la DGA en los términos solicitados."

Quinto.

Por providencia de 4 de marzo de 2024 se acordó dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que pudiera oponerse, habiendo presentado el Abogado del Estado en fecha 12 de marzo de 2024, escrito de oposición al recurso, en el que tras hacer las alegaciones que estimó oportunas terminó suplicando que se desestime el recurso de casación.

Sexto.

Mediante providencia de 14 de junio de 2024, de conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, al considerar innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, se declararon concluidas las actuaciones y pendientes de señalamiento para votación y fallo.

Séptimo.

Por providencia de la misma fecha se señaló para votación y fallo de este recurso el día 2 de julio de 2024, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Los términos del litigio y la sentencia impugnada.*

La representación procesal de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A. ha impugnado la sentencia de fecha 29 de marzo de 2023 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso contencioso-administrativo n.º 830/2021 interpuesto contra la resolución de la Secretaría General Técnica dictada por delegación de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente del Ministerio para la Transición Ecológica de 18 de mayo de 2021 que desestima el recurso de alzada contra la resolución de 8 de octubre de 2020 de la Dirección General del Agua que declaró extinguida por transcurso del plazo de la concesión, el derecho de aprovechamiento de aguas superficiales a derivar del río Cabriel en la central hidroeléctrica de Contreras-Mirasol (Cuenca)

La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Madrid desestimó el recurso, invocando la doctrina expuesta en su sentencia n.º 32/2023, de 26 de enero de 2023, al resolver un supuesto similar, en la que consideró que por parte de la Administración hidráulica no se ha modificado aspecto alguno de la concesión y que, en el momento de extinción de la concesión, con base en los informes obrantes en el expediente queda acreditada la falta de viabilidad por lo que procede la demolición de las infraestructuras e instalaciones de conformidad con lo dispuesto en el art. 89.4 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico en su nueva redacción dada por el Real Decreto 1290/2012 de 7 de septiembre, y el art. 101.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas:

"No se infringe el título concesional, sino que se mantiene la concesión hasta su extinción, con las consecuencias derivadas. La normativa de la concesión se respeta y se interpreta con las normas vigentes. Y de este modo, la reversión al Estado sólo cabe cuando el aprovechamiento es viable y va a continuar que no es el caso. Situación que asume la actora.

Por tanto, la consecuencia de la demolición está perfectamente justificada, dadas las circunstancias concurrentes puesto que se considera inviable la continuidad de la concesión y este concreto aspecto no se cuestiona.

Todo ello conduce a la desestimación del recurso".

Igualmente considera que el título concesional únicamente previó una de las dos eventualidades actualmente contempladas en el art. 89.4 del RDPH, cual es que el aprovechamiento hidráulico subsistiera, después del vencimiento del plazo concesional, sin que contemplara la posibilidad de que la Administración optara por la demolición de las infraestructuras e instalaciones al no ser viable la continuación del aprovechamiento o fuera contraria al interés público, tal y como recoge el art. 162.2 RDPH. De este modo, la reversión sólo es factible cuando la Administración acuerde la continuación de la explotación que no es el supuesto.

Y todo ello, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1281 y 1282 CC :

"El artículo 128º del CC, dispone que sólo vincularán los términos en que está redactado el título concesional, si los mismos son claros y no dejan dudas; pero en el caso de autos, no se está en ese caso, sino que la mención de revertir las obras es una disposición que ofrece cierta vaguedad o generalidad; que ha de integrarse con el artículo 1282 CC, que determina que para analizar la intención de las partes, ha de estarse, principalmente, a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato; y, en el caso enjuiciado, resulta que, en el año 1941 únicamente se previó la posibilidad de continuar con el aprovechamiento (regulando las consecuencias de ello), ya que el estado de los cauces y el caudal del agua no preveían aventurar que las consecuencias medioambientales y de calidad del agua, recomendaran su supresión; circunstancia que ha cambiado, en los últimos años, motivando la nueva regulación legal del año 2003."

Segundo. *La cuestión en que el auto de admisión aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.*

Tal como hemos reflejado en los antecedentes, el auto de la Sección Primera de esta Sala que ha admitido a trámite este recurso ha apreciado interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en resolver las siguientes cuestiones:

"a) Determinar 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, determinar 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, a fin de evitar perjuicios a terceros y/o al interés público, teniendo en cuenta que dicho título concesional no contempla esa obligación de demolición, sino la de la reversión de las obras e instalaciones a la Administración."

Identifica, asimismo, como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia pudiera extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes: artículos 89.4 y 162.2 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, 162.2 del referido reglamento, 101 y disposición transitoria primera y tercera de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Tercero. *El escrito de interposición de la representación procesal de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.*

El escrito de interposición, en primer lugar, da cuenta de los antecedentes del pleito, entre los que destaca que:

- Por medio de Orden Ministerial de 13 de febrero de 1936 se otorgó a (hoy) Iberdrola la concesión de aprovechamiento de un salto de agua en el río Gabriel, término municipal de Minglanilla, provincia de Cuenca;
- El aprovechamiento hidráulico al que se refería la Concesión estaba comprendido por tres grandes infraestructuras, que ejecutó el concesionario: (i) un sistema de captación con azud de derivación de aguas (con 33,2 metros de longitud) , (ii) el canal de casi 500 metros de longitud que discurre desde el azud hasta la central ;y (iii) la central hidroeléctrica de Contreras-Mirasol;
- Con fecha 8 de octubre de 2020 la Dirección General del Agua dictó resolución por la que declaró extinguida la concesión por transcurso del plazo imponiendo a Iberdrola la obligación de demoler a su costa todas las infraestructuras asociadas a la concesión y elaborar el correspondiente proyecto de demolición; en el plazo de 6 meses, resolución confirmada vía alzada por la resolución de la Secretaria de Estado de Medio Ambiente del Ministerio para la Transición Ecológica de 18 de mayo de 2021.

La recurrente expresamente indica que no se opone a la extinción de la concesión y que no cuestiona que, por razones medioambientales, la Administración Hidráulica pueda, en su caso, optar por la demolición de lo construido, lo que no considera ajustado a Derecho es que se le imponga la obligación de ejecutar y costear la demolición, dado que no puede ordenarse al concesionario que lleve a cabo la demolición a su costa si el título concesional prevé la reversión de las obras e instalaciones.

Estima que la sentencia recurrida vulnera el art. 53.4 101.3, y la disposición transitoria primera de la Ley 33/2003; el artículo 89.4, 147.2 y 162.2 RDPH. Considera que no se puede exigir la demolición ya que la normativa vigente en el momento del otorgamiento de la concesión y el pliego concesional no contemplaban la posibilidad de obligar al concesionario la demolición de las obras a la extinción de la concesión, ya que esa posibilidad se introdujo vía modificación del art. 89.4 RDPH operada por el RD 1290/2012 que tiene su origen en el art. 101.1 de la Ley 33/2003.

Considera que el art. 101 de la Ley 33/2003 no faculta a la Administración para exigir al concesionario el derribo de lo construido si el mantenimiento de las obras e instalaciones se prevé expresamente en el título concesional.

Estima que de ser procedente la demolición en ningún caso la obligación recaería sobre IBERDROLA:

"...toda vez que la única obligación de Iberdrola, según la Concesión (a cuyo contenido se remiten expresamente el artículo 101 de la LPAP, el artículo 53.4 y la DT 1ª del TRLA) es revertir las obras, máquinas y demás elementos que constituyen el aprovechamiento.

Otra cuestión diferente es que, conforme al resultado de los estudios técnicos y medioambientales del aprovechamiento, las circunstancias actuales determinen que "proceda la demolición". En este caso, es la Administración quien deberá ejecutarla como titular de la CH Contreras-Mirasol después de que se haya producido su reversión."

Señala que se deber fijar la siguiente doctrina jurisprudencial:

(i) El artículo 101 de la LPAP establece la demolición de las obras e instalaciones a la terminación de la concesión, con dos excepciones: (a) que el título habilitante prevea la reversión o (b) que la autoridad competente acuerde la reversión, aunque el título no lo prevea.

(ii) De acuerdo con el artículo 89.4 del RDPH, interpretado conjuntamente con el artículo 101 de la LPAP que le da cobertura legal, y con el artículo 53.4 y DT 1ª del TRLA, que establecen el principio general de prevalencia del título concesional, si el título establece la obligación de revertir a la Administración todas las obras, construcciones e instalaciones fijas existentes sobre un bien demanial, la autoridad competente no puede exigir al concesionario que proceda a su costa a su demolición en el momento de extinción de la concesión.

(iii) El artículo 162.2 del RDPH es una regla general de rango reglamentario aplicable en el momento de acordarse la extinción de una concesión cuya aplicación queda desplazada (en lo que se refiere a la reversión o, si es el caso, a la demolición de las obras e instalaciones) por las normas especiales (la mayoría, de superior rango) que regulan específicamente esa cuestión (artículos 101 de la LPAP, 53.4 del TRLA y 89.4 del RDPH).

Por lo tanto, ese precepto no ampara la imposición de una obligación de demolición al concesionario, o la de hacerlo a su costa, si el título concesional prevé la reversión.

Estableciendo como pretensión la anulación de la sentencia recurrida, la fijación de la doctrina expuesta y en aplicación de esta se anulen las obligaciones impuestas a la concesionaria de demoler a su costa todas las obras e instalaciones construidas al amparo del título concesional extinguido junto a la obligación de presentar un proyecto de demolición, debiendo revertir todas las obras, máquinas y demás elementos que constituyen el aprovechamiento a la Administración de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 3ª del título concesional que IBERDROLA GENERACIÓN, S.A. no puede ser obligada a la demolición de las infraestructuras e instalaciones existentes en el momento de la extinción de la concesión.

Cuarto. *El escrito de oposición del Abogado del Estado.*

El Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta considera artificial la contraposición que el recurrente efectúa entre reversión y demolición, pues el art. 89.4 RDPH prevé la obligación de demolición como una obligación que se puede imponer precisamente en el momento de revertir los bienes a la Administración, es decir, como adicional a la propia reversión. De este modo indica que: "Por tanto, las obras que hubieran sido construidas dentro del dominio público hidráulico para la explotación del aprovechamiento son objeto de reversión, sí- como incorporadas o accesorias a la posesión del suelo, pero la Administración puede decidir si quiere que el DPH se le entregue ocupado por ellas, o se le devuelva sin ellas".

Considera que una interpretación integradora y coherente de nuestro ordenamiento jurídico refuerza la conclusión de que, a la extinción de la concesión (con independencia de que el título concesional fuera anterior a 2013), puede imponerse al ocupante del DPH la demolición a su costa de lo construido pues, siendo innecesarias tales obras, no dejan de ser un elemento extraño y distorsionador del dominio público y de sus características naturales, por lo que es lógica la aplicación del principio "quien contamina paga", principio que tiene su reflejo expreso en la recuperación de costes ambientales del art. 111 bis TRLA, y sobre todo en la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental. Alega que, una vez extinguida la concesión, cuando las instalaciones son perjudiciales para el dominio público hidráulico pesa sobre el concesionario y su costa su derribo ya que él es ha sido el beneficiario de la explotación de los recursos naturales. Por este motivo, no puede sustraerse a la Administración la posibilidad de ordenar a un ocupante del DPH, concesionario de este, de reparar los daños causados a aquél como consecuencia de la actividad económica desarrollada que, en definitiva, es lo que viene a consagrar los arts. 89.4 y 162.2 del RDPH.

Entiende que el art. 89.4 RDH no resulta contradictorio con el hecho de que la concesión a su extinción prevea la reversión, pues en puridad tiene como presupuesto la reversión sólo que, precisamente en ese momento, la Administración debe valorar si procede que reciba las instalaciones tal y como se encuentran o si prefiere que sean demolidos por el concesionario por razones de interés general. De este modo, a su juicio, los arts. 89.4, 162 y 165 RDPH contemplan obligaciones del ocupante del DPH, en el momento de la extinción de la concesión, al margen y por adición a las obligaciones y derechos derivados del título concesional.

En segundo lugar, considera de aplicación el art. 162.2 RDPH en vigor desde 1990, por lo que ninguna aplicación retroactiva concurre. El citado artículo contempla que la Administración en el momento de la extinción podrá imponer las condiciones que considera oportunas para evitar perjuicios a terceros o al interés público, condiciones que serán obligatorias para el titular del derecho extinguido, que deberán estar suficientemente motivadas al tratarse del ejercicio de una potestad discrecional. Y precisamente la sentencia de instancia controló adecuadamente los presupuestos del ejercicio de esta potestad. De este modo:

"...Por tanto, e insistimos, la orden de retirada de las instalaciones resulta plenamente conforme a Derecho en todo caso por aplicación del 162.2 RDPH.

Y en este punto -insistimos- no puede aducirse que el título concesional previera la reversión, pues el art. 162.2 no contempla excepciones a la posibilidad de imponer condiciones para evitar perjuicios por razón de esta circunstancia. En todo caso y a mayor abundamiento, damos por reproducido a estos efectos lo razonado en nuestro epígrafe 1º sobre la alegada previsión en contrario del título concesional."

Concluye solicitando la desestimación del recurso y que se fije como doctrina que:

"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, aunque dicho título concesional no contemple esa obligación de demolición.

Y, en todo caso y con independencia del régimen jurídico que resulte de aplicación, que 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."

Quinto. El juicio de la Sala. La desestimación del recurso de casación.

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 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 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 la 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 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 supuesto, tanto la resolución de 8 de octubre de 2020 de la Dirección General del Agua que declaró extinguida por transcurso del plazo de la concesión, como la resolución de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente del Ministerio para la Transición Ecológica de 18 de mayo de 2021 que desestima el recurso de alzada interpuesto frente aquella consideran más acorde con el interés general el proceder al desmantelamiento de parte de las infraestructuras e instalaciones precisamente por afectar a masas de agua en riesgo de no alcanzar un buen estado, teniendo presente que el informe de la oficina de planificación hidrológica de 26 de julio de 2019 concluye que:

"Todas las masas de agua que están en riesgo de no alcanzar los objetivos ambientales de la Directiva Marco del Agua en el año 2021 han de contar con las medidas necesarias en el próximo plan de cuenca para eliminar o mitigar en lo posible, la presión que genera dicho riesgo, considerándose necesario, actuar sobre el aprovechamiento hidroeléctrico de "Contreras-Mirasol" ya que afecta directamente a la conectividad del cauce.

Como conclusión, se considera que desde el punto de vista de la planificación hidrológica y en cumplimiento de lo establecido por la Directiva Marco del Agua, el aprovechamiento hidroeléctrico de "Contreras-Mirasol" supone una presión significativa y por tanto sería necesario mitigar en la medida de lo posible dicha presión siendo la eliminación de esta infraestructura, la medida más eficaz desde el punto de vista de la restauración ecológica del río, dado que supondría una mejora significativa en el índice de conectividad del tramo, con objeto de ir en la línea de conseguir la conectividad longitudinal del río."

Junto a ello la resolución administrativa extintiva de la concesión indica que conforme al informe aportado por la Confederación Hidrográfica del Júcar, no se considera viable ni rentable la continuidad de la explotación, habiéndose constatado que la potencia de la central es reducida debido a la pequeña altura del salto, y además se encuentra desinstalado uno de los grupos originales de la concesión y la generación hidroeléctrica se encuentra limitada temporalmente a los meses en los que se producen los desembalses para atender a las demandas de riego aguas abajo del embalse de Contreras II.

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 la cláusula 3ª del título concesional 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, las resoluciones administrativas motivan 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 la concesión se otorgó en el año 1936 no procede efectuar un pronunciamiento al respecto dado que ninguna trascendencia conllevaría en la resolución del presente recurso.

Sexto. *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.

FALLO

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

Primero.

Fijar como doctrina casacional la reseñada en el fundamento de Derecho Sexto.

Segundo.

No ha lugar al presente recurso de casación n.º 4804/2023 interpuesto por IBERDROLA GENERACIÓN S.A., contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2023 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso contencioso-administrativo n.º 830/2021.

Tercero.

En cuanto a las costas estar a los términos señalados en el último fundamento de Derecho.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.