

**TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia núm. 117/2025, de 4 de febrero de 2025*

*Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta*

*Rec. núm. 6378/2022*

**SUMARIO:**

**Resolución de extinción, por transcurso del plazo, de concesión sobre aguas y orden de demolición y adecuación paisajística de las infraestructuras del aprovechamiento a costa del concesionario.**

La cuestión en la que aprecia **interés casacional objetivo** para la formación de jurisprudencia consiste en 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**; 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 que no contempla aquella, a fin de evitar perjuicios a terceros y/o al interés público.

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 y Disposición Transitoria tercera de la Ley 33/2003.

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

Esta obligación de demolición al término de la concesión 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, será en el momento de la extinción de la concesión, a través del procedimiento correspondiente, cuando la Administración deba 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 **respuesta a la cuestión planteada** por el auto de admisión, debidamente ajustada a las circunstancias del caso, 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.

**PONENTE:** Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ángeles Huet De Sande

## **SENTENCIA**

### **Magistrados/as**

ANGELES HUET DE SANDE

CARLOS LESMES SERRANO

WENCESLAO FRANCISCO OLEA GODOY

JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

FERNANDO ROMAN GARCIA

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Quinta**

#### **Sentencia núm. 117/2025**

Fecha de sentencia: 04/02/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6378/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/01/2025

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ángeles Huet De Sande

Procedencia: AUD. NACIONAL SALA C/A. SECCIÓN 1

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

R. CASACION núm.: 6378/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Ángeles Huet De Sande

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Quinta**

#### **Sentencia núm. 117/2025**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Carlos Lesmes Serrano, presidente

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

D. José Luis Requero Ibáñez

D. Fernando Román García

D.ª Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 4 de febrero de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, registrado bajo el número RCA/6378/2022, interpuesto por la mercantil ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., contra la sentencia de fecha 1 de marzo de 2022 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la Resolución del Ministerio para la Transición Ecológica de 17 de junio de 2019.

Ha comparecido como parte recurrida la Administración General del Estado representada por el Abogado del Estado y también el Ayuntamiento de Trabada representado por su Letrado.

Ha sido ponente la Excma. Sra. D.ª Ángeles Huet De Sande.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**-La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia en fecha 1 de marzo de 2022 cuyo fallo dice literalmente:

«DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., frente a la Resolución del Ministerio para la Transición Ecológica de 17 de junio de 2019, Resolución que se confirma, dada su conformidad a Derecho, con imposición de las costas causadas a la entidad actora.»

**SEGUNDO.**-Contra la referida sentencia preparó la representación de la mercantil ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., recurso de casación, que la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante auto de 19 de julio 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 2023 acordó que la cuestión planteada en el recurso, presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los siguientes términos:

«1.º) Admitir el recurso de casación n.º 6378/2022 preparado por la representación procesal de ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., contra la sentencia de 1 de marzo de 2022 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Primera), que desestima el P.O. n.º 1733/2019.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en 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 los construido en dominio público, resulta de aplicación a aquellos títulos concesionales otorgados con anterioridad a su entrada en vigor; 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 que no contempla aquella, a fin de evitar perjuicios a terceros y/o al interés público.

3.º) Identificar como normas que, en principio, serán objeto de interpretación, las siguientes: artículos 89.4 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, en la redacción dada por el Real Decreto 1920/2012,

160.2 del referido reglamento, 101 y Disposición Transitoria Primera y Tercera de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de la Administraciones Públicas.

[...]»

**CUARTO.-**Admitido el recurso, por diligencia de ordenación de 19 de mayo 2023, se concedió a la parte recurrente un plazo de treinta días para presentar el escrito de interposición, lo que efectuó la representación procesal de ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., por escrito de fecha 24 de febrero de 2023, en el que ejercitó las siguientes pretensiones:

«[...] procede que esta honorable Sala 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 sin que la transmisión de su titularidad sea susceptible de modificar el régimen normativo aplicable a la misma;

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 prevé;

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 o que la autoridad competente para otorgar la concesión así lo decida.»

Y termina suplicando a la Sala que:

«[...] dicte sentencia por la que, casando la referida sentencia: i) anule y deje sin efecto; ii) fije la doctrina jurisprudencial recogida en la alegación cuarta de este escrito; iii) declare, en aplicación de la citada doctrina, que ENEL no está obligada a la demolición y adecuación paisajística, a su costa, de todas las infraestructuras actuales del aprovechamiento, y iv) condene a la Administración recurrida al pago de las costas, si se opusiere al presente recurso.»

**QUINTO.-**Por providencia de 16 de junio de 2023 se acordó dar traslado del escrito de interposición a las partes recurridas para que pudieran oponerse, habiendo presentado el Abogado del Estado en fecha 13 de abril de 2023, escrito de oposición al recurso, en el que tras hacer las alegaciones que estimó oportunas terminó suplicando a la Sala que:

«admitiendo estas alegaciones tenga a esta representación del Estado por opuesta al recurso de casación interpuesto de contrario y en su momento declare no haber lugar al recurso de casación formulado.»

**SEXTO.-**La representación del Ayuntamiento de Trabada presentó escrito en el que terminada suplicando:

«[...] que previos los trámites oportunos, se dicte Sentencia absolviendo al Ayuntamiento de Trabada (Lugo) de cualquier tipo de responsabilidad respecto de la cuestión litigiosa, por entender que concurre una clara falta de legitimación pasiva de mi representado.»

**SÉPTIMO.-**No habiendo solicitado ninguna de las partes la celebración de vista pública y, al considerarla innecesaria atendiendo a la índole del asunto, quedó concluso el recurso y por providencia de fecha 12 de noviembre de 2024, se señaló para deliberación, votación y fallo el 21 de enero de 2025, fecha en la que tuvo lugar el acto.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- La sentencia recurrida.**

La representación procesal de la mercantil ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., ha impugnado la sentencia de fecha 1 de marzo de 2022 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-

Administrativo de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente a la resolución del Ministerio para la Transición Ecológica de 17 de junio de 2019 por la que se declaraba extinguido, por transcurso del plazo, el derecho a la concesión de un caudal de 6 m<sup>3</sup>/seg. de agua del río Eo, con destino a la producción de energía eléctrica en los términos municipales de Trabada (Lugo) y San Tirso de Abres (Asturias).

Asimismo, la resolución administrativa acordaba, con sustento 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 adelante, RDPH) la demolición y adecuación paisajística de las infraestructuras del aprovechamiento a costa de la recurrente y en los términos siguientes:

«(...) el concesionario ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., deberá proceder a la demolición y adecuación paisajística a su costa de todas las infraestructuras actuales del aprovechamiento que forman una única unidad orgánica de explotación, según lo reflejado en el acta levantada en la visita de inspección efectuada el 17 de enero de 2017 y firmada por todos los asistentes. Las infraestructuras son el azud de derivación con escala de peces, la toma, el canal de derivación, el canal de restitución, la cámara de carga y edificio de la central con todo su contenido y maquinaria, a excepción de los equipos de distribución, que deberán ser retirados por la empresa distribuidora. Para esta actuación se establece un plazo de seis meses desde la recepción de la notificación de la extinción concesional, para que presente en la CH del Cantábrico un proyecto de demolición y adecuación paisajística de todo el aprovechamiento, que tras su posterior validación por el Organismo de cuenca y su tramitación correspondiente según lo dispuesto en el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, se procederá a aprobación de la Administración hidráulica, estableciendo los plazos y condiciones concretos de ejecución».

Cuestionada esta obligación por la recurrente por entender inaplicable *ratione temporis* el citado precepto reglamentario, la sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional razona:

«...esta Sala considera aplicable al litigio dicha nueva redacción del artículo 89.4 del RDPH, en relación con el artículo 101 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, entendiéndose que ello no constituye retroactividad alguna sino la aplicación de la legislación vigente en el momento de los hechos. Así, y si bien es cierto que tanto el título concesional como la mayoría de las posteriores órdenes de transmisión preveían que las instalaciones revertirían al Estado una vez finalizada la concesión, y no contemplaban tales actuaciones de demolición y adecuación paisajística a expensas del concesionario, tal obligación de retirada de las instalaciones tiene su amparo en la legislación que se encontraba en vigor en el momento de extinción de la concesión, sin que la Administración haya variado los términos de la concesión, sino que lo que ha cambiado son los efectos legales derivados de tal finalización por el transcurso del plazo de la concesión».

Esto sentado, analiza a continuación la Sala si concurren razones de interés público que justifiquen la decisión de acordar la demolición de lo construido, invocando para ello el artículo 162.2 del RDPH, y tras efectuar un detenido análisis de la prueba obrante en autos, concluye la existencia en este caso de razones de protección medioambiental bastantes para entender justificada tal decisión desde la perspectiva del interés público.

#### **SEGUNDO.- El auto de admisión del recurso.**

Precisa que la cuestión en la que aprecia interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en 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 los construido en dominio público, resulta de aplicación a aquellos títulos concesionales otorgados con anterioridad a su entrada en vigor; 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 que no contempla aquella, a fin de evitar perjuicios a terceros y/o al interés público.

E identifica como normas jurídicas que, en principio, debemos interpretar, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso, las siguientes: artículos 89.4 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el

Reglamento de Dominio Público Hidráulico, en la redacción dada por el Real Decreto 1920/2012, 162.2 del referido reglamento, 101 y Disposición Transitoria Primera y Tercera de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de la Administraciones Públicas.

### **TERCERO.- El escrito de interposición.**

La recurrente explica que es titular de una concesión que proviene de una original del año 1907 que se reconoció a perpetuidad y con destino a la producción de energía eléctrica a D. Higinio y a D. Valentín, pasando por varias transmisiones.

Destaca que el aprovechamiento hidráulico se encontraba en desuso hasta que en fecha 28 de octubre de 1991 la Confederación Hidrográfica del Norte aprobó el «Proyecto de rehabilitación del aprovechamiento hidroeléctrico de Pe de Viña» que constituye el título concesional y en el que constaba que una vez extinguido el derecho concesional «revertirán al Estado o a la Administración hidráulica competente, de modo gratuito y libres de cargas, cuantas obras hubieran sido construidas dentro del dominio público hidráulico para la explotación del aprovechamiento».

Se produjeron varias transmisiones de este título, entre las que destaca:

- El 26 de noviembre de 2007, la Confederación Hidrográfica del Norte aprobó la transmisión de la concesión a ENEL, que entonces se denominaba ENDESA COGENERACIÓN Y RENOVABLES, S.A.

- El 11 de abril de 2011, la Confederación Hidrográfica del Cantábrico aprobó el cambio de la denominación actual de ENEL.

Tras un primer expediente de extinción de la concesión que caducó, se inició un segundo procedimiento en el que la Confederación Hidrográfica cursó inspección en la que apuntó a la reversión como el destino propio de los elementos que conformaban el aprovechamiento y con fecha 11 de junio de 2019, el Director General del Agua dictó resolución de extinción de la concesión donde acordó la demolición y adecuación paisajística de las infraestructuras del aprovechamiento con fundamento en los artículos 89.4 del RDPH y 101 de la Ley 33/2003.

Tras la exposición de los hechos, la entidad recurrente critica que la decisión de la Sala de instancia es contraria al artículo 2.3 del Código Civil. Asegura que si la actual versión del artículo 89.4 del RDPH tiene su origen en la Ley 33/2003 - tal como asegura la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de octubre de 2013, recurso 559/2012- está claro que no puede acordarse la demolición de lo construido en virtud de una concesión otorgada con anterioridad a la entrada en vigor de tal ley. Señala que no cabe aplicar retroactivamente la norma actualmente vigente a la concesión ya constituida.

Además, añade que, aun cuando fuese aplicable la legislación vigente, ha de tenerse en cuenta que el propio título concesional prevé un destino distinto a las instalaciones por lo que procede la reversión y no la demolición. Considera que el propio artículo 101 de la Ley 33/2003 prevé una excepción a la demolición si así lo contempla el propio título concesional.

Contradice la interpretación que del artículo 162 del RDPH efectúa la sentencia de instancia y señala que la relevancia de la protección de los terceros o del interés público sólo sirve a los efectos de terminación o extinción anormal del título concesional y que la cláusula de «sin perjuicio de terceros o del interés público» que se maneja en tal precepto no puede ser empleada por la Administración para establecer obligaciones adicionales y no previstas en el título concesional.

### **CUARTO.- Los escritos de oposición.**

**A.-**El Abogado del Estado considera que la concesión ha de regirse por las normas vigentes en cada momento. Añade que «no hay retroactividad de nuevas normas a la concesión pactada porque esa ya no existe y las normas de referencia atienden al destino y sanación, en sintonía con el interés público, en este caso medioambiental, de las consecuencias residuales de una concesión caducada y extinta».

Destaca que la sentencia de instancia hace una depurada consideración de los informes periciales de acuerdo con la sana crítica.

Entiende aplicables las nuevas reglas del artículo 89 del RDPH puesto que sirven al orden público medioambiental.

Alega que la transmisión de la concesión a ENDESA COGENERACIÓN de 2011, el cambio de denominación social operado a ENEL y la autorización de puesta en marcha de 4 de marzo de 2015 se realizaron de acuerdo con la normativa vigente en dicho momento y no de acuerdo con la concesión de 1907.

Además, la previsión del artículo 89.4 del RDPH también se encuentra en el artículo 30 del Real Decreto 1/2016 que aprueba la revisión de los planes hidrológicos de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Occidental, Guadalquivir, Ceuta, Melilla, Segura y Júcar, y de la parte española de las demarcaciones hidrográficas del Cantábrico Oriental, Miño-Sil, Duero, Tajo, Guadiana y Ebro.

**B.-**Por su parte, el Ayuntamiento de Trabada (Lugo) señala que carece de legitimación pasiva dado el objeto del recurso. Indica que la cuestión litigiosa afecta exclusivamente a los intereses de la recurrente y de la Administración del Estado, pero que no afecta a los intereses legítimos del Ayuntamiento.

Suplica que se dicte sentencia absolviendo al Ayuntamiento de cualquier tipo de responsabilidad respecto de la cuestión litigiosa.

#### **QUINTO.- La cuestión que presenta interés casacional objetivo.**

**A.-**La primera parte de la cuestión de interés casacional que nos plantea el auto de admisión, relativa a la aplicabilidad de las previsiones contenidas 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 la redacción dada por el Real Decreto 1290/2012 -relativas a la posible exigencia por parte de la Administración hidráulica, al extinguirse la concesión, de la demolición de lo construido en dominio público- a títulos concesionales otorgados con anterioridad a su entrada en vigor, ha sido ya resuelta por la Sala en las sentencias n.º 1101/2024, de 20 de junio de 2024, recurso 6936/2022, y n.º 1223/2024, de 8 de julio, recurso 2737/2023, cuyos razonamientos deben reproducirse.

Como se dijo en la primera de dichas sentencias:

«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, 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 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 4.º 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 4.º 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 4.ª 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 2.ª de la Ley 33/2003 de tanta cita, en aplicación del artículo 148.1. 18.ª 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 6.º 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, máxime en emplazamientos especialmente sensibles desde el punto de vista medioambiental [...] 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 en casación argumenta que ni el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (ni el Real Decreto 1290/2012 que lo modifica) ni la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, contemplan efectos retroactivos. Por tanto, siguiendo la interpretación del artículo 2.3 del Código Civil, ninguna de estas normas es aplicable a la concesión en cuestión. Además, la aplicación retroactiva del artículo 89.4 del RDPH y del artículo 101.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, está prohibida por el principio de seguridad jurídica ( artículo 9.3 CE). La sociedad 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 y, además en este supuesto también al momento de la transferencia de la concesión a ENDESA GENERACIÓN, S.A., 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 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, será en el momento de la extinción de la concesión, a través del procedimiento correspondiente, cuando la Administración deba 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.

[...]

De este modo, no se puede acoger la pretensión de la recurrente en casación de que 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 competirá exclusivamente a la Administración hidráulica en el ejercicio de una potestad de carácter discrecional que deberá 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 deberá 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. Eso sí, corresponderá 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».

**B.-**Nos plantea también el auto de admisión una segunda cuestión relativa a si, en todo caso, y con independencia del régimen jurídico que resulte de aplicación, 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, y ello, con sustento en el artículo 162.2 RDPH.

Ahora bien, tal cuestión, así formulada, se aleja de la razón de decidir de la sentencia recurrida en la que la posibilidad de acordar la obligación de demolición a costa de la concesionaria no se ha sustentado en el art. 162.2 RDPH, sino en la aplicabilidad *ratione temporis* del art. 89.4 RDPH en su redacción de 2012, así como del art. 101.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Como hemos explicado en el primer fundamento, la invocación que se contiene en la sentencia de instancia del art. 162.2 RDPH no se hace para sustentar en dicho precepto la obligación de demolición, sino, una vez sentada tal posibilidad ex art. 89.4 RDPH, para abordar si concurrían efectivamente en el caso razones de interés público que avalaran la decisión de demolición adoptada por la Administración al amparo del art. 89.4 RDPH, concluyendo, tras valorar la prueba obrante en autos, que así era por concurrir razones de protección medioambiental.

Este alejamiento de la razón de decidir de la sentencia recurrida impide que podamos ahora pronunciarnos al respecto. Como esta Sala recuerda con frecuencia (por todas, la sentencia de 3 de febrero de 2021, rec. 4749/2019), la dimensión objetiva que subyace en la nueva regulación del recurso de casación no lo convierte en cauce para efectuar meras consideraciones doctrinales al margen de la realidad a la que responde y ha quedado reflejada en la instancia. Que el nuevo recurso de casación se construya en torno a la concurrencia del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia no lo convierte en un recurso desligado del caso concreto resuelto en la instancia y de las pretensiones que en ella se ejercitaron, cuidándose la ley jurisdiccional de exigir que el interés casacional se fundamente «con especial referencia al caso» ( art. 89.2 f) LJCA).

**SEXTO.- La interpretación que fija esta sentencia.**

A la vista de las anteriores consideraciones, la respuesta a la cuestión planteada por el auto de admisión, debidamente ajustada a las circunstancias del caso, 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.

**SÉPTIMO.- Aplicación de los anteriores razonamientos a la sentencia recurrida.**

La sentencia de fecha 1 de marzo de 2022 de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ajusta a la doctrina establecida por lo que debe ser confirmada.

**OCTAVO.- Pronunciamiento sobre costas.**

No ha lugar a la imposición de costas de este recurso al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, de manera que, como determina el art. 93.4 LJCA, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

**F A L L O**

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

**Primero.** Fijar como criterio interpretativo aplicable a la cuestión que precisó el auto de admisión el reflejado en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia.

**Segundo.** No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de ENEL GREEN POWER ESPAÑA, S.L., contra la sentencia de fecha 1 de marzo de 2022, dictada en el procedimiento ordinario 1733/2019, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

**Tercero.-** Sin imposición de las costas causadas en este recurso de casación.

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).*