

D. DERECHO ADMINISTRATIVO	AGUAS. IMPUGNACIÓN DE CONCESIÓN	Núm. 60/2002
--------------------------------------	--	-------------------------

Javier FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA
Letrado del Tribunal Supremo

• **ENUNCIADO:**

En el mes de abril de 2000 el señor XXX presenta solicitud de concesión administrativa de aguas para regar dos hectáreas y cuatro áreas en la finca RRR, del término municipal de LLL, necesitando un caudal de 1,7 l/seg., procediendo la extracción del Arroyo SSS. La copia de la escritura aportada es anterior a la concentración parcelaria de la que procede el plano operada en dicha zona, por lo que no aparece una finca de tal extensión. Ahora bien, la suma de la extensión de las parcelas que aparecen en la copia presentada no es superior a aquella para la que se pide la concesión administrativa.

Como quiera que la solicitud inicial tuviera determinados defectos formales, en julio de ese mismo año procede a su subsanación, insistiendo en que el terreno a regar eran dos hectáreas y cuatro áreas y que la instalación para tal riego sería móvil.

El día 26 de enero de 2001 emite informe la Oficina de Planificación Hidrológica en el sentido de que la demanda real de agua para regar la finca en cuestión, plantada de chopos, es de 4.080 metros cúbicos, equivalente a un caudal medio continuo de 0,13 l/seg. y un caudal punta de 0,40 l/seg. A continuación, se afirma no existir inconveniente para el otorgamiento de la concesión en las cuantías señaladas, aunque la Administración no puede garantizar el suministro constante del caudal.

El día 24 de mayo de 2001 se abre período de información pública a cuyo efecto se libran dos edictos, uno, para publicarlo en el Diario Oficial de la Provincia y, el otro, para publicarlo durante cierto tiempo en el Tablón de Anuncios del Ayuntamiento de LLL. El mismo día se libra oficio dirigido al solicitante para que afirme, a la vista del informe antes reseñado, si pese a las limitaciones que en el mismo consta, interesa que siga la tramitación del procedimiento.

El día 21 de agosto de 2001 la Administración cita al solicitante en el Ayuntamiento de LLL al objeto de comprobar sobre el terreno la memoria, viabilidad de la solicitud ..., etc. Llegando el día, se levanta acta, de fecha 4 de septiembre de 2001, de «reconocimiento del terreno en el expediente de referencia sobre concesión de aguas del Arroyo SSS, con destino a riego de 2,04 Ha de chopos en término municipal de LLL». El señor XXX acepta, en dicho acto, los datos contenidos en el informe emitido por la Oficina de Planificación Hidrológica.

El día 28 de septiembre de 2001 se eleva propuesta de resolución que es acogida íntegramente por la Resolución de 14 de noviembre de 2001 del Presidente de la Confederación Hidrográfica correspondiente que accede a la concesión solicitada con ciertas condiciones.

En concreto, la condición octava de la concesión es del siguiente tenor: «se otorga esta concesión ... con la advertencia de que dicho caudal tiene carácter provisional y a precario en época de estiaje, si no hay caudal disponible, con obligación de respetar los caudales de los aprovechamientos situados aguas abajo del que se pretende, otorgados con anterioridad».

El señor BBB, que tiene una concesión de aguas en una finca de su propiedad en virtud de la cual puede sacar del río un caudal máximo de seis millones de metros cúbicos, interpone contra la Resolución de 14 de noviembre el oportuno recurso basado en los motivos que se exponen a continuación.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

Motivos del recurso del señor BBB:

1. No fue citado personalmente al expediente puesto en marcha como consecuencia de la solicitud de concesión administrativa del señor XXX.

2. No se concretan los bienes que son objeto de la concesión administrativa toda vez que la copia de la escritura de herencia cuya copia aportó el interesado con su solicitud inicial, no incluye la finca a la que se refiere la solicitud.

3. En el trámite de información pública, el Ayuntamiento devolvió el edicto a la Confederación sin acompañar las reclamaciones ni manifestar que éstas no existieron.

4. El acta de reconocimiento del terreno no contiene los requisitos mínimos que puedan tener la consideración de tal.

5. La Administración debió exigir al solicitante expresamente la condición de que no se niegue a la instalación de un módulo para el control del agua.

6. No existió la comprobación final, lo cual acarrea la nulidad absoluta de la resolución impugnada.

7. El acto de la concesión es nulo de pleno derecho dado que es de contenido imposible pues la Administración no puede otorgar una concesión de aguas cuando el caudal de la misma es insuficiente hasta tal punto que la Administración no puede garantizar el disfrute de la concesión. Además existe desviación de poder pues, a su juicio, es evidente que bajo la fórmula sibilina de conceder a precario y sin perjuicio de los aprovechamientos preexistentes, en la práctica se está concediendo un derecho que otorga al concesionario inmunidad frente a posibles denuncias del Servicio de Guardería Fluvial y sin que existan unas comprobaciones objetivas para determinar el caudal en los meses de verano.

8. El acto de la concesión es anulable por vulnerar el ordenamiento jurídico, pues es evidente que la concesión otorgada lo es con distracción o merma de agua del aprovechamiento del que es titular el recurrente ya que en las épocas de estiaje, los caudales del río en el punto de la toma de la concesión son inferiores a los que él tiene concedido, por lo que cualquier concesión de agua arriba lo es en detrimento y perjuicio de la concesión.

• **SOLUCIÓN:**

1. Respecto a la falta de citación personal en el expediente incoado por la solicitud del señor XXX, es preciso señalar que no constituye ninguna infracción del ordenamiento jurídico.

El recurrente ostenta la condición de interesado del apartado c) del artículo 31 de la Ley 30/1992. Esto es, es titular de un interés legítimo susceptible de protección y para ser parte en el procedimiento

es preciso que se hubiere personado antes de su finalización, entendiéndolo con carácter de firmeza. Por eso, se debe admitir su recurso y darle la oportuna tramitación, a fin de no causarle indefensión.

Por otro lado, existió, como era preceptivo, a tenor del artículo 109 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, el trámite de información pública donde pudo comparecer y alegar lo que a su derecho hubiese convenido.

2. Respecto a que no se concretan los bienes que son objeto de concesión administrativa, hay que señalar que carece el recurrente de razón en esta argumentación.

Al respecto conviene señalar que el concesionario desde un primer momento afirma que la concesión tiene por objeto el riego de una finca de su propiedad y que ésta tiene una extensión de dos hectáreas y cuatro áreas. Es cierto que en la copia de la escritura aportada en unión de su solicitud inicial no aparece una finca de tal extensión. Sin embargo, ello se debe a que la escritura aportada es anterior a la concentración parcelaria, como se especifica en el relato de hechos, de la que procede el plano correspondiente. Debe llamarse la atención acerca de que la suma de la extensión de las parcelas que aparecen en la copia no es superior a aquella para la que se pide la concesión administrativa.

En cualquier caso, la extensión de la finca para la que se concede el riego sí fue comprobada por la Administración como se desprende, fácilmente, del informe de fecha 26 de enero del 2001 y del acta levantada el día 4 de septiembre. Comprobación que en el presente caso resultaba muy sencilla dada la plantación de chopos existente en la misma que facilita, en gran medida, su identificación.

En conclusión, si para la Administración no existió problema para la identificación del terreno a que se refería la solicitud, como lo pone de manifiesto la tramitación y resolución del expediente sin que en ningún momento se plantee problema al respecto, que de haber sido así debió requerirse al interesado para su oportuna subsanación, quiere decirse que aquél estaba plenamente identificado.

3. En relación a que en el trámite de información pública el Ayuntamiento de LLL devolvió el edicto a la Confederación sin acompañar las reclamaciones ni manifestar que éstas no existieron, no constituye defecto invalidante alguno.

La posibilidad de actuación del Ayuntamiento era doble. O bien emitía certificación negativa respecto a la existencia de reclamaciones, o bien remitía aquél con las oportunas reclamaciones. En este caso, al remitir el edicto sin reclamaciones, debe entenderse que ello se debió a la inexistencia de las mismas. Además, el recurrente no afirma que existiera reclamación alguna, por lo que, en todo caso, está defendiendo a unos posibles y, desde luego, desconocidos interesados.

4. En relación con el acta de reconocimiento del terreno, denuncia que la misma no contiene los requisitos mínimos para que pueda tener la condición de tal.

La alegación carece de fundamento, dado que en el acta consta que la misma se ha levantado en el paraje en cuestión, que la finca está plantada de chopos y que tiene una extensión de 2,4 Ha. Asimismo, consta que «se ha procedido al reconocimiento del terreno» y que el solicitante ha aceptado los datos contenidos en el informe emitido por la Oficina de Planificación Hidrológica, es decir, que el caudal medio continuo para regar la finca es de 0,13 l/Seg. En tanto que el caudal punta es de 0,40 l/Seg.

Por todo ello, parece haberse cumplido con los requisitos exigidos en el artículo 111 del Reglamento del Dominio Hidráulico.

5. Respecto a que la Administración debió exigirle la aceptación expresa de la condición de que no se niegue a la instalación de un módulo para control de toma de aguas, es de señalar, en primer lugar que quien puede exigir esto al concesionario es la Administración y no el recurrente, y, en segundo lugar, que parece algo tan obvio que debe soportar aquél, dada la naturaleza y circunstancias de la concesión supeditada a unos usos máximos que se recogen en el título concesional, que parece del todo innecesario obligarle a aceptar, expresamente, una condición de esta naturaleza. Todo ello, sin perjuicio de las potestades administrativas de que goza la Administración concedente para salvaguardar el interés general en este caso que le habilita no ya para modificar la concesión otorgada sino, incluso, para extinguirla. Amén de la policía de aguas que, a tenor del artículo 94 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, le compete ejercer.

6. El recurrente mantiene la nulidad de la resolución basado en la falta de comprobación final.

Sin embargo, tampoco puede prosperar esta alegación, pues, aunque es cierto que la comprobación final no consta en el expediente, y que dicha comprobación parece necesaria según dispone el artículo 115.4 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, también lo es que al tratarse de una instalación móvil el requisito no puede ser exigido con la misma intensidad que si se tratara de obras fijas que pudieran afectar de manera continuada al dominio público hidráulico, pues la instalación que nos ocupa sólo puede conllevar esa afectación durante los breves períodos de tiempo en que se produce el riego de la finca.

Además, es de tener en cuenta que el requisito de la comprobación final, por su propia naturaleza y finalidad, se lleva a cabo después del otorgamiento de la concesión, esto es, cuando la misma ya se está ejecutando por lo que, el denunciado defecto, no se puede alegar cuando se pretende anular el otorgamiento de la concesión que es anterior a la comprobación final y, en consecuencia, la inexistencia de esta última en nada afectaría a la concesión.

Aparte de todo lo dicho, la existencia de defectos sólo puede conllevar la anulación del acto cuando además de ser ciertos y existentes, produzcan indefensión al interesado, cosa que ni se ha alegado ni parece deducirse en el presente caso.

7. Se alega, a continuación, que el acto es nulo de pleno derecho por ser de contenido imposible, basándose en que la Administración no puede otorgar una concesión de aguas cuando el caudal de las mismas es insuficiente hasta tal punto que la Administración no puede garantizar el disfrute de la concesión.

Basta el informe de fecha 26 de enero de 2001 para rechazar este argumento. En él se manifiesta que la demanda real de la explotación se puede cuantificar en 4.080 metros cúbicos al año, equivalente a un caudal continuo de 0,13 l/seg. y un caudal punta de 0,40 l/seg. Igualmente se informa que no hay inconveniente para el otorgamiento de la concesión en las cuantías señaladas aunque la Administración no puede garantizar el suministro constante del caudal.

Eso no constituye un acto de contenido imposible, pues nada impide que en años de pluviosidad normal se pueda disfrutar la concesión en la totalidad del aprovechamiento reconocido. Se trata de poner, más bien, en conocimiento del interesado que quizás el arroyo no tenga caudal suficiente para poder coger el suministro de agua autorizado.

Respecto a la posible desviación de poder consistente en la utilización de potestades administrativas para fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico, ha de desprenderse su exis-

tencia de actos comprobados de los que pueda deducirse la intencionalidad desviada por parte del autor de la resolución administrativa, debiéndose tener en cuenta la presunción *iuris tantum* de que la Administración actúa siempre de buena fe y con arreglo a derecho.

Contra tal presunción no pueden oponerse meras conjeturas o sospechas, ya que hay que acreditar que la Administración ha utilizado la facultad de obrar orientándola hacia la consecución de objetivos no previstos concretamente por la motivación legal que inspira la norma que se aplica aun cuando al hacerlo se observen las formalidades exigidas para su legitimación, incumbiendo la prueba a quien la alega, al gozar el acto administrativo de la presunción de existencia y licitud de su causa.

De lo apuntado se deduce, fácilmente, que no existe en el relato de hechos el menor indicio de que la Administración haya dictado el acto impugnado desviándose del fin previsto en la normativa reguladora de las concesiones de aguas. Las alegaciones, en este sentido, del recurrente son meras conjeturas o sospechas sin el menor indicio de prueba en ese sentido.

8. Finalmente, alega la invalidez de la resolución administrativa por vulneración del ordenamiento jurídico, pues evidente que la concesión otorgada lo es con distracción o merma de aguas del aprovechamiento del que él es titular ya que en las épocas de estiaje los caudales del río en el punto de toma de concesión son inferiores a los que tiene concedido, por lo que cualquier concesión agua arriba lo es en detrimento y perjuicio de su concesión.

Carece de razón, también en esta alegación. Basta la lectura de la condición octava de la concesión que se detalla en el relato de hechos para desvirtuar la afirmación del recurrente. «Se otorga la concesión con la advertencia de que ...».

Así pues, la concesión otorgada no puede perjudicarlo, dado que si los caudales son escasos durante el verano, el concesionario no podrá hacer uso de la concesión y, en consecuencia, no podrá regar sus terrenos.

Si en la actualidad no puede hacer uso de la totalidad del caudal reconocido en su propia concesión, no es ello motivo que justifique su pretensión de que no se conceda al señor XXX el aprovechamiento pretendido, pues en nada le puede afectar esta segunda concesión si no se puede hacer uso de ella hasta tanto el recurrente pueda disfrutar por completo de su propio aprovechamiento hidráulico.

En el futuro podrá exigir que la Administración respete y haga respetar las condiciones de la concesión otorgada al señor XXX. Lo que no cabe afirmar es que el mero otorgamiento de la concesión vulnera el ordenamiento jurídico por violar un derecho que se le había reconocido con anterioridad cuando aquel otorgamiento se encarga de dejar claro que el mismo no puede afectar a los aprovechamientos hidráulicos ya reconocidos.

• SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- **RDLeg. 1/2001 (Ley de Aguas), arts. 59 y ss. y 94.**
- **RD 849/1986 (Reglamento del Dominio Público Hidráulico), arts.11 y 115.**
- **Ley 30/1992 (LRJAP y PAC), arts. 62 y 63.**
- **STSJ de Madrid de 2 de octubre de 2000.**