

Roj: **STS 724/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:724**Id Cendoj: **28079130052010100069**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **5**Fecha: **26/01/2010**Nº de Recurso: **6777/2005**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**Ponente: **JESUS ERNESTO PECES MORATE**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ MU 2689/2005,**
STS 724/2010

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Enero de dos mil diez.

Visto por la Sala Tercera (Sección Quinta) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el presente recurso de casación, que, con el número 6777 de 2005, pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora Doña Encarnación Alonso León, en nombre y representación de la Comunidad General de Regantes **Riegos Meridionales**, contra la sentencia pronunciada, con fecha 27 de junio de 2005, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el recurso contencioso-administrativo número 1440 de 2002, sostenido por la Comunidad General de Regantes **Riegos Meridionales** contra la resolución del Presidente de la Conferencia Hidrográfica del Segura, de fecha 15 de julio de 2002, por la que se denegó la concesión de aguas subterráneas solicitada por dicha Comunidad, quien presentó como puntos de captación cuatro sondeos ubicados en los parajes de El Cortijo de las Hoyas y La Casa del Moro.

En este recurso de casación ha comparecido, en calidad de recurrido, el Abogado del Estado, en la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia dictó, con fecha 27 de junio de 2005, sentencia en el recurso contencioso-administrativo número 1440 de 2002, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: Desestimar el recurso interpuesto por la procuradora D.^a Graciela Gómez Gras, en nombre y representación de la Comunidad general de regantes de **riegos meridionales**, contra la resolución del Presidente de la CHS de 15 de julio de 2002, sin imposición de costas procesales».

SEGUNDO .- Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico segundo: «La parte demandante apoya la infracción del principio de confianza legítima en los siguientes hechos. Las comunidades de regantes de Pulpí y Águilas, de una parte, y la de Mazarrón, de otra, disponían de ciertos aprovechamientos de agua autorizados por la CHS y, en el año 1996, el entonces presidente de la citada Confederación comunicó verbalmente a los presidentes de las comunidades la conveniencia de formar una sola entidad de **riegos** y solicitar una concesión que se otorgaría sin mayores dificultades; provisionalmente, el presidente de la CHS acordaría la continuidad del aprovechamiento. Confiando en esas conversaciones han transcurrido seis años desde la solicitud de la concesión y once desde el efectivo uso de las aguas por las comunidades integradas en la demandante hasta la resolución que denegó la concesión. Hasta aquí la exposición de la parte demandante. En primer lugar encontramos que estos hechos no han quedado acreditados, puesto que no se ha practicado la prueba testifical del anterior presidente de la CHS. En segundo lugar, aunque hubiesen



quedado acreditados estos hechos, el principio de confianza legítima no es un instrumento idóneo para adquirir facultades sobre el dominio público, "respecto del cual las facultades de la Administración no son disponibles, precisamente por razón de su inalienabilidad e imprescriptibilidad, cualesquiera que sean las decisiones que haya tomado previamente", como dice la sentencia T.S., S 3ª, sec. 3ª, de 7 de octubre de 2002, rec. 6932/1996, EDJ 2002/42772 . Por tanto, este primer motivo de impugnación ha de ser desestimado».

TERCERO .- También basa su decisión la Sala de instancia en el siguiente fundamento jurídico tercero: «Para examinar el segundo motivo de impugnación hemos de partir de la motivación recogida en la resolución impugnada, que asume las conclusiones del informe incorporado a los folios 7 y siguientes del expediente administrativo, realizado por un geólogo de la CHS y titulado "Informe hidrogeológico de los sondeos ubicados en el Sistema Acuífero el Molar, propiedad de la C. de R. de Mazarrón y Águilas nº 4, denominados Moratalla Nº 1 Y Nº 2, Calasparra Nº 3 y Calasparra Nº 4". A) Las conclusiones de dicho informe son las siguientes. "1. - Que cualquier explotación de recursos subterráneos del sistema en el sector a través de los pozos Moratalla 1, Moratalla 2, Calasparra 3 y Calasparra 4, provocarán un incremento de recarga al sistema a través de recursos superficiales del río, motivado por un mayor gradiente, y en consecuencia, una disminución del régimen hídrico y de aporte del río Segura. 2.- La explotación de aguas subterráneas modificará el flujo subterráneo del sistema hacia el oeste y zona **meridional**, provocándose una sobreexplotación local del sistema, aspecto ya detectado en el área de la Dehesilla (al este y aguas arriba del río Segura). 3.- Que concretamente el sondeo denominado Calasparra 4 por su proximidad al río Segura detraerá fundamentalmente recursos superficiales del río Segura, produciéndose una relación directa: sondeo-río-recarga acuífero. 4.- Que debido a la indefinición en cuanto a la cuantificación de la infiltración de las aguas superficiales del río Segura, es conveniente la ejecución de un estudio más profundo para una futura gestión de los recursos subterráneos y superficiales en la zona, así como una valoración de las reservas útiles del sistema molar. 5.- Al igual que ya se menciona en estudios del sistema del Molar; en los cuales no recomienda el incremento de las extracciones en la zona de la Dehesilla y prudencia en el área de la Hoya, si además le adicionamos una disminución en las precipitaciones en la zona y así como una tendencia negativa de las curvas de los piezómetros del Sistema, parece lógicamente inadecuado un incremento en la explotación del sistema a través de la extracción de aguas subterráneas o superficiales. Por otra parte, sería conveniente realizar estudios globales en la zona para detectar una posible sobreexplotación del sistema y tomar las medidas administrativas y legislativas precisas." B) Como hemos visto, la parte demandante sostiene que la motivación en la que se basa la resolución impugnada es falsa, pero tan radical afirmación no viene fundamentada en ningún informe técnico que contradiga el tenido en cuenta por la Administración, sino en la ausencia de quejas y reclamaciones por parte de otros usuarios y en la interpretación de los caudales computados en un determinado punto del río Segura (medidor de Almadenes). Ninguno de estos dos argumentos es suficiente para rebatir las conclusiones del informe técnico que ha asumido la CHS. De un lado, porque la ausencia de quejas o reclamaciones es un hecho negativo que, por sí solo, nada prueba; de otro lado, porque los volúmenes de agua medidos son un dato para cuya correcta interpretación no basta una mera afirmación de parte, sino que habría sido preciso el auxilio de un técnico, especialmente, si tenemos en cuenta que el informe elaborado por el técnico de la Administración establece una relación directa entre el sondeo, el río y la recarga del acuífero. También critica la parte actora el hecho de que se hayan tardado cinco años en asumir el informe técnico, pero esto no significa que el citado informe carezca de validez, sino que únicamente pone de manifiesto que, por el motivo que sea, (volumen de trabajo, carencia de medios, complejidad del asunto, etcétera), la CHS no pudo dictar antes la resolución definitiva. De otro lado, el hecho de que el informe aluda a la conveniencia de realizar otros estudios más completos de la zona donde se encuentran los pozos tampoco invalida el informe ni la resolución que sobre la base del mismo adoptó la CHS. La conveniencia de otros estudios no ofrece base suficiente para el otorgamiento de la concesión que solicita la demandante sino que, sentadas en el informe técnico las conclusiones que ya hemos visto (disminución del régimen hídrico y de aporte del río Segura, sobreexplotación local del sistema, detracción de recursos superficiales del río Segura, etcétera), la solución tendrá que consistir en denegar la concesión, sin perjuicio de que esos estudios adicionales puedan justificar en el futuro otros aprovechamientos».

CUARTO .- Notificada la referida sentencia a las partes, la representación procesal de la Comunidad General de Regantes **Riegos Meridionales** presentó ante la Sala de instancia escrito solicitando que se tuviese por preparado contra aquélla recurso de casación y que se remitiesen las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo, a lo que dicha Sala accedió por providencia de 19 de julio de 2005 , en la que se ordenó emplazar a las partes para que, en el plazo de treinta días, pudiesen comparecer ante este Tribunal de Casación.

QUINTO .- Dentro del plazo, al efecto concedido, comparecieron ante esta Sala del Tribunal Supremo, como recurrido, el Abogado del Estado, en la representación que por su cargo ostenta, y, como recurrente, la Comunidad General de Regantes **Riegos Meridionales**, representada por la Procuradora Doña Encarnación Alonso León, al mismo tiempo que ésta presentó escrito de interposición de recurso de casación, basándose en dos motivos, el primero al amparo del artículo 88.1 d) y el segundo al del apartado c) del mismo precepto



de la Ley de esta Jurisdicción; el primero por haber infringido la Sala de instancia lo dispuesto en los artículos 103 y 106 de la Constitución y 59.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas por cuanto funda su decisión en el informe emitido por la Confederación Hidrográfica del Segura y declara la imposibilidad de otorgamiento de la concesión, a pesar de que en el referido informe se expresa la existencia de reservas útiles del acuífero del Molar, lo que determina la existencia de caudales otorgables y hace que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, así como por haber infringido lo establecido en los artículos 24 de la Constitución y 1218 del Código civil por haber asumido la sentencia el informe hidrogeológico realizado por la Confederación Hidrográfica del Segura, que es provisional, como definitivo sin tener en cuenta que el propio informe expresa la existencia de reservas útiles de agua en el acuífero, siendo los partes diarios de volúmenes de agua una prueba documental pública, objetiva y notoria, que no necesita un informe técnico para su valoración, suponiendo una valoración errónea de la prueba contraria a derecho; y el segundo por haber violado la Sala de instancia lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución, al no haberse practicado las pruebas admitidas por la Sala, y haberse quebrantado los actos y garantías procesales con vulneración de los artículos 60.4, 61 y 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como los artículos 60.4 y 61 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 435 de la Ley de Enjuiciamiento civil, dado que no se practicó la prueba testifical admitida, consistente en la declaración del entonces Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura para que manifestase el acuerdo al que llegó con los representantes de la Comunidad General de Regantes demandante, consistente en que el otorgamiento de la concesión sería el fin de una serie de actuaciones conducentes a ello, defecto de práctica no imputable a la Comunidad de Regantes que la pidió y que le ha causado indefensión, habiendo, en su día, solicitado que se practicase como diligencia final en atención a lo previsto en el artículo 61 de la Ley Jurisdiccional, a pesar de lo cual no se llevó a cabo, ni se notificó la razón de no hacerlo, terminando con la súplica de que se anule la sentencia recurrida y se dicte otra a tenor de lo solicitado en el escrito de demanda.

SEXTO .- Admitido a trámite el recurso de casación interpuesto, se dio traslado por copia a la representación procesal de la Administración del Estado comparecida como recurrida para que, en el plazo de treinta días, formalizase por escrito su oposición al expresado recurso de casación, lo que el Abogado del Estado llevó a cabo con fecha 11 de abril de 2007, aduciendo que el primer motivo de casación se basa en afirmaciones de hecho que no se han acreditado, sin que sea posible en casación una nueva valoración o análisis del informe pericial del geólogo, sino que debe partirse de lo que el Tribunal "a quo" declara probado, mientras que el defecto de práctica de la prueba testifical pedida y admitida no resulta trascendental porque no hubiera sido determinante de la estimación del recurso cualquiera que hubiese sido su resultado, pues el principio de confianza legítima no puede convertirse en un instrumento determinante de la adquisición de facultades sobre el dominio público, terminando con la súplica de que se declare no haber lugar al recurso de casación por ser conforme a derecho la sentencia impugnada.

SEPTIMO .- Formalizada la oposición al recurso de casación, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento cuando por turno correspondiese, a cuyo fin se fijó para votación y fallo el día 12 de enero de 2010, en que tuvo lugar con observancia en su tramitación de las reglas establecidas por la Ley.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se alega por la representación procesal de la Comunidad de Regantes recurrente que el Tribunal *a quo* ha infringido los artículos 103 y 106 de la Constitución, 59.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, por haber decidido con base en un informe emitido por la Confederación Hidrográfica del Segura, en el que se declara que hay reservas útiles del acuífero del Molar, lo que supone la existencia de caudales otorgables, a pesar de lo que dicha Sala de instancia declara la imposibilidad del otorgamiento de la concesión, declarando ajustada a derecho la resolución administrativa impugnada aunque la discrecionalidad administrativa se convirtió en desviación de poder, con vulneración también del artículo 24 de la Constitución y del artículo 1218 del Código civil porque la sentencia asume el informe hidrogeológico realizado por la Confederación como definitivo, cuando lo cierto es que era provisional, sin tener en cuenta tampoco que en el propio informe se reconoce la existencia de reservas útiles en el acuífero, con independencia de que los partes diarios de volúmenes de agua son documentos públicos y objetivos que no precisan de un informe técnico para su valoración.

SEGUNDO .- El primer motivo de casación, que hemos resumido en el precedente fundamento jurídico, no puede prosperar porque, en definitiva, se basa en que los hechos no son como los recoge la Sala de instancia en la sentencia recurrida sino como lo entiende la propia Comunidad de Regantes.



En el fundamento jurídico tercero de la sentencia recurrida se transcriben las conclusiones del informe hidrogeológico, las que han sido transcritas en el antecedente tercero de esta nuestra, cuyas conclusiones la Sala sentenciadora acepta por las razones que expone en el apartado B) del mismo fundamento jurídico, las que resultan lógicas y sólo pueden llevar al resultado desestimatorio de la acción ejercitada, que, a través del primer motivo de casación esgrimido, se cuestiona por entender que el informe hidrogeológico es provisional y, además, admite la existencia de reservas hídricas en el acuífero.

Como, con todo acierto, apunta el Tribunal sentenciador «el hecho de que el informe aluda a la conveniencia de realizar otros estudios más completos de la zona donde se encuentran los pozos tampoco invalida el informe ni la resolución que sobre la base del mismo adoptó la Confederación Hidrográfica del Segura. La conveniencia de otros estudios no ofrece base suficiente para el otorgamiento de la concesión que solicita la demandante sino que, sentadas en el informe técnico las conclusiones que ya hemos visto (disminución del régimen hídrico y de aporte del río Segura, sobreexplotación local del sistema, detracción de recursos superficiales del río Segura, etcétera), la solución tendrá que consistir en denegar la concesión, sin perjuicio de que esos estudios adicionales puedan justificar en el futuro otros aprovechamientos».

En contra del parecer de la representación procesal de la Comunidad de Regantes recurrente, la situación descrita en el mentado informe, que la Sala de instancia considera suficientemente explícito, sólo puede conducir a la denegación de la concesión, que la Sala de instancia declaró ajustada a derecho, de manera que, al así decidirlo, no ha vulnerado los preceptos invocados al articular este primer motivo de casación, que, como dijimos, debe ser desestimado.

TERCERO .- El segundo motivo de casación se esgrime al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de esta Jurisdicción por considerar que se han quebrantado las garantías procesales al no haberse practicado la prueba testifical admitida, consistente en la declaración del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura que convino con los representantes de la Comunidad de Regantes determinadas actuaciones que habrían de culminar en el otorgamiento de la concesión de las aguas subterráneas, omisión que ha causado indefensión, se asegura, a dicha Comunidad de Regantes, por lo que la Sala de instancia ha infringido lo establecido en los artículos 24 de la Constitución, 60.4, 61 y 237 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 60.4 y 61 de la Ley Jurisdiccional, y 435 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Al formular la súplica, en el escrito de interposición del recurso de casación, sólo se pide que anulemos la sentencia recurrida y resolvamos con arreglo a lo solicitado en la demanda, cuando lo cierto es que, de prosperar este segundo motivo, habría que reponer las actuaciones a la instancia a fin de que se practicase la declaración testifical omitida.

CUARTO .- No cabe duda que cuando se solicita una determinada prueba y se admite por resultar pertinente, tal prueba debe practicarse en cualquier momento anterior a la decisión, como así lo reclamó la representación procesal de la Comunidad de Regantes demandante para mejor proveer o como diligencia final, pero la mera falta de práctica de esa prueba pedida y admitida oportunamente no es determinante de la anulación de la decisión pronunciada, dado que, según dispone el artículo 88.1 c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la omisión de los actos o garantías procesales sólo es determinante de la anulación de la sentencia cuando ha producido la indefensión de quien invoca tal motivo de casación.

En este caso, la propia Sala de instancia reconoce que las conversaciones y convenios que los representantes de la Comunidad de Regantes hubiesen tenido y celebrado con un Presidente de la Confederación Hidrográfica del Segura no se han acreditado por no haberse practicado la prueba testifical oportunamente pedida y admitida, para seguidamente declarar que, aunque los hechos hubiesen sido tal y como los relata la representación procesal de la Comunidad de Regantes demandante, no sería razón para otorgarles la concesión de los pozos porque las facultades de la Administración no son disponibles en materia de dominio público hidráulico, según ha declarado esta Sala del Tribunal Supremo en las sentencias que se citan, de manera que el principio de confianza legítima no justificaría tal concesión cuando se ha acreditado la carencia o limitación de los recursos hídricos.

Como indica el Abogado del Estado, al oponerse al recurso de casación, cualquiera que hubiese sido el resultado de la prueba testifical la decisión o resolución del pleito nunca podría haber sido favorable a la Comunidad de Regantes actora y, por tanto, la falta de práctica de la prueba testifical no le ha causado indefensión, razón por la que este segundo motivo de casación también debe decaer, al igual que el primero.

QUINTO .- La desestimación de ambos motivos de casación alegados comporta la declaración de no haber lugar al recurso interpuesto con imposición a la recurrente de las costas procesales causadas, según ordena el artículo 139.2 de la Ley de esta Jurisdicción, si bien, como permite el apartado tercero del mismo precepto, procede limitar su cuantía, por el concepto de representación y defensa de la Administración comparecida



como recurrida, a la cifra de tres mil euros, dada la actividad desplegada por el Abogado del Estado al oponerse a referido recurso de casación.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

FALLAMOS

Que, con desestimación de ambos motivos de casación alegados, debemos declarar y declaramos que no ha lugar al recurso interpuesto por la Procuradora Doña Encarnación Alonso León, en nombre y representación de la Comunidad General de Regantes **Riegos Meridionales**, contra la sentencia pronunciada, con fecha 27 de junio de 2005, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia en el recurso contencioso-administrativo número 1440 de 2002, con imposición a la indicada Comunidad General de Regantes **Riegos Meridionales** recurrente de las costas procesales causadas hasta el límite, por los conceptos de representación y defensa de la Administración del Estado, de tres mil euros.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos , debiéndose hacer saber a las partes, al notificársela, que contra ella no cabe recurso ordinario alguno. **PUBLICACION** .- Leída y publicada que fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Jesus Ernesto Peces Morate, Magistrado Ponente en estos autos, de lo que como Secretario certifico.