



Roj: **STS 1247/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1247**

Id Cendoj: **28079130042014100093**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **19/03/2014**

Nº de Recurso: **620/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Marzo de dos mil catorce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Cuarta) del Tribunal Supremo el recurso contencioso administrativo nº 620/2012 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Dña. Elisa Zabia de la Mata, en nombre y representación de "Asociación de Productores de Energía Eléctrica URWATT", contra el Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

Se ha personado como parte demandada el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El presente recurso contencioso-administrativo se interpuso, el día 19 de noviembre de 2012, contra el Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1996, de 11 de abril, y el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, de desarrollo del Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas.

SEGUNDO .- Recibido el expediente administrativo, y con entrega del mismo a la parte recurrente, se confirió trámite para la formulación del correspondiente escrito de demanda.

En el citado escrito se solicita, según se expresa en el suplico, que se estime el recurso contencioso administrativo y se declare la nulidad de los artículos 7 , 9 , 13 y 19 del Real Decreto 1290/2012 y, subsidiariamente, que se declare la irretroactividad de los efectos de tales preceptos respecto de las *concesiones otorgadas a la fecha de la entrada en vigor de la disposición recurrida* .

TERCERO .- La Administración General del Estado, por su parte, contesta a la demanda haciendo las alegaciones que considera oportunas, y solicitando que se dicte sentencia que inadmita las pretensiones subsidiarias y desestime la pretensión principal, y subsidiariamente se desestime el recurso contencioso administrativo en su integridad.

CUARTO .- No solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se concedió a las partes plazo, por el orden establecido en la Ley jurisdiccional, para formular conclusiones, que evacuaron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

QUINTO .- Se señaló para la deliberación y fallo del presente recurso el día 11 de marzo de 2014, fecha en que tuvo lugar dicho acto.

Siendo Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria del Pilar Teso Gamella, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- Mediante el presente recurso contencioso-administrativo se impugna el *Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, de desarrollo del Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, que establece las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas* .

Resulta imprescindible hacer una acotación preliminar de los contornos del presente recurso contencioso administrativo, que cuestiona, únicamente, la legalidad, según señala el suplico del escrito de demanda, de los artículos, en realidad son apartados del *artículo primero* del Real Decreto impugnado, 7, 9, 13 y 19.

Lo que significa que se impugnan los artículos 88.4 ; 97 ; 153.1 , y 126 bis.5 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico , tras su modificación mediante el Real Decreto 1290/2012 impugnado, y a los que se da nueva redacción en los apartados citados (siete, nueve, trece y diecinueve).

SEGUNDO .- La presente impugnación, a tenor de lo expuesto en el escrito de demanda, se estructura en torno al examen de los diferentes preceptos cuya nulidad se pretende (artículos 88.4 ; 97 ; 153.1 , y 126 bis.5 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico), y su análisis se realiza de forma separada. Si bien, antes de examinar cada una de dichas modificaciones normativas, en dicho escrito de demanda se hacen unas alegaciones generales, en los hechos de la demanda, sobre la importancia del cambio reglamentario que se recurre para la realización de la actividad energética desarrollada por los asociados de la recurrente, y también se aduce, ahora en los fundamentos sustantivos de la demanda, la limitación de derechos preexistentes que supone la nueva regulación, lo que se traduce en una pretensión subsidiaria de irretroactividad de los efectos de tales preceptos respecto de las *concesiones otorgadas a la fecha de la entrada en vigor de la disposición recurrida* .

Por su parte, el Abogado del Estado alega, respecto de la pretensión subsidiaria, que el recurso es inadmisibile porque excede de los límites de un recurso contencioso administrativo interpuesto contra una disposición de carácter general, pretendiendo que esta Sala determine la vigencia de la modificación reglamentaria realizada por el Real Decreto impugnado. Igualmente se señala que las normas cuya legalidad se cuestiona, que examina de modo separado, no incurrir en las infracciones normativas que se atribuyen a dicha modificación reglamentaria en el escrito de demanda.

TERCERO .- La panorámica que nos proporcionan, en los términos expuestos, los escritos de demanda y contestación, determinan que examinemos cada una de las modificaciones de normas reglamentarias impugnadas, y luego, como es natural, abordemos la pretensión subsidiaria esgrimida.

Analizamos conjuntamente la impugnación de los **artículos 97 y 153.1** del Reglamento del Dominio Público Hidráulico , redactados por el Real Decreto ahora recurrido, al sustentarse la impugnación sobre las mismas razones, pues ambos se refieren al plazo máximo de duración de la concesión administrativa.

El artículo 97 tras declarar el carácter temporal de las concesiones señala que el " *plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, no superior a setenta y cinco años de conformidad con el artículo 93.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* ". Y el artículo 153, por su parte, al regular las prórrogas, declara que " *la prórroga se fijará en atención al necesario periodo de amortización, sin que el plazo total de la concesión pueda superar, en ningún caso, el máximo fijado en el artículo 97* " .

No podemos entender que la fijación de un plazo máximo de 75 años, incluidas las prórrogas, vulnere el principio de jerarquía normativa que se invoca, por oponerse a lo dispuesto en el TR de la Ley de Aguas de 2001, en atención a las razones que seguidamente expresamos.

El plazo máximo fijado para las concesiones demaniales coincide con el fijado, también en 75 años, por el artículo 59.4 del TR de la Ley de Aguas . Y con el plazo previsto en el artículo 93.3 de la Ley 3/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas .

Recordemos que el inciso final del artículo 97 del reglamento que ahora enjuiciamos, sobre la conformidad del plazo máximo de la concesión, ya se remite al " *artículo 93.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas* ", que fija el plazo máximo de duración de la concesión " **incluidas las prórrogas** ", en 75 años.

Este precepto de la Ley 33/2003 tiene carácter básico, ex disposición final segunda, apartado 5, de dicha ley y en aplicación del artículo 148.1.18 de la CE . Y aunque el artículo 5, apartado 4, de la mentada Ley 33/2003 establece que los bienes y derechos de dominio público se regirán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación, y a falta de norma especiales por la Ley del Patrimonio. El argumento relativo a la aplicación de dicha Ley 33/2003 sólo a falta de norma especial, suscita la cuestión relativa a qué sentido tiene que una norma básica fije un plazo máximo de duración de las concesiones demaniales, si luego cada



ley especial puede establecer excepciones a ese periodo máximo de duración. Dicho de otro modo, la norma básica contenida en la Ley 33/2003 no cumpliría la función a que está llamada, si cuando fija un plazo máximo de duración para las concesiones de los bienes de dominio público en general, las normas especiales que regulan los diferentes bienes de dominio público pudieran determinar un plazo superior.

Ello nos conduce a analizar lo que específicamente establece la norma básica cuando regula el mentado plazo de duración de las concesiones demaniales. Y es el artículo 93.3 de la Ley 3/2003, además de la remisión general del mentado artículo 5.4 de la misma Ley, el que nos proporciona la clave interpretativa en el presente caso. Así es, nos encontramos que la norma específica sobre las concesiones demaniales prevé que éstas de otorgarán por tiempo determinado, y su plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, no podrán exceder de 75 años, *"salvo que se establezca otro menor en las normas especiales que sean de aplicación"* (artículo 93.3 inciso final de la indicada Ley 3/2003).

De manera que el expresado precepto establece un plazo máximo improrrogable, si bien permite que las normas sectoriales, en este caso la Ley de Aguas o el Reglamento de desarrollo, puedan establecer otro plazo menor, pero no uno superior. Dicho de otro modo, las normas sectoriales pueden fijar un plazo máximo de duración de la concesión distinto del fijado en la Ley 33/2003, siempre con una condición: que no exceda de 75 años, pues la solución contraria pulverizaría ese denominador común que comporta la norma básica.

CUARTO .- Además, y aunque nos limitáramos a contrastar el TR de la Ley de Aguas y el Reglamento, en la redacción ahora impugnada, la cuestión se trasladaría a determinar si dicho plazo máximo de 75 años puede ser aumentado por obra y gracia de lo dispuesto en el artículo 59.6 del TR expresado, en cuya interpretación la recurrente sostiene que legalmente el plazo máximo de la concesión es de 75 años más 10 años de la prórroga, y, por tanto, reglamentariamente se ha reducido ahora a 75 años, es decir, una reducción de 10 años.

Tampoco podría sostenerse tal conclusión, pues lo cierto es que el artículo 59.6 establece, respecto de los supuestos en que realizadas unas obras, su coste no pueda ser amortizado dentro del tiempo que falta por transcurrir hasta el final del plazo de la concesión, este plazo de la concesión *"podrá prorrogarse por el tiempo preciso para que las obras puedan amortizarse, con un límite máximo de diez años y por una sola vez"*. Pero también lo es que el presupuesto de hecho de esa norma no se refiere a las concesiones de 75 años. De modo que bien podría interpretarse que esa prórroga se refiere a aquellas concesiones administrativas de plazo inferior al máximo legal. Dicho de otro modo, se trataría de aquellas concesiones en las que la suma del plazo concesional fijado y la adición de la prórroga ---que no es de diez años sino que comprende sólo *"el tiempo preciso para que las obras puedan amortizarse"*--- no exceda de los 75 años. Esta, además, en la única interpretación posible, por las razones que ya expusimos en el fundamento anterior.

Igualmente se limita también el plazo concesional máximo a 75 años, sin posibilidad de prórroga, cuando se refiere a las obras hidráulicas, en el artículo 134 del TR de la Ley de Aguas, al declarar que los *"plazos fijados en el pliego podrán ser prorrogados hasta el límite establecido en el apartado anterior"* (apartado b), que señala, a su vez, que el plazo de la concesión no podrá exceder *"en ningún caso de 75 años"* (apartado a/ *"in fine"*).

La conclusión anterior ha de extenderse, forzosamente y por las mismas razones expuestas, al artículo 153.1, pues la impugnación de este artículo se realiza en la medida que el mismo contiene una remisión al *"plazo máximo fijado en el artículo 97"*.

En el sentido expuesto ya nos hemos pronunciado en Sentencias de 25 y 29 de octubre de 2013, dictadas en los recursos contencioso administrativos nº 559/2012 y 622/2012, respectivamente, que también resolvieron sendas impugnaciones interpuestas contra la misma modificación reglamentaria.

QUINTO .- 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 primero *"in fine"* que la reversión tendrá lugar *"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"*. La recurrente discute la legalidad precisamente del inciso final cuando se refiere a los *"elementos situados fuera del demanio"*.

Esta referencia resulta, a juicio de la recurrente, ayuna de cobertura en el TR de la Ley de Aguas, pues el artículo 53.4 de dicho texto refundido no contiene referencia alguna a tal posibilidad respecto de los elementos situados fuera del dominio público.

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 sustancialmente coincidente con el párrafo primero del artículo 89.4 del reglamento, salvo en este inciso final. Ahora bien, esta novedad no introduce ninguna contradicción con la Ley, ni regula aspectos sustanciales ni relevantes de la misma. El inciso en cuestión tiene un contenido propio de una norma reglamentaria de desarrollo o ejecución de la Ley, al especificar un supuesto concreto.



Repárese que la referencia a los elementos situados fuera del dominio tiene por objeto constatar lo que ya figura en ocasiones en el título concesional, respecto de los citados elementos situados extramuros del demanio.

El artículo 89.4 se limita a señalar, en lo ahora cuestionado, que al extinguirse del derecho concesional revertirán al Estado las obras construidas *dentro del dominio público*. Y añade, copiando el artículo 53.4 del TR de la Ley de Aguas, "*sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones estipuladas en el documento concesional*". Hasta aquí la interpretación de la ley, cuando una estipulación señalara la obligación de revertir elementos situados fuera del demanio, no podría ser otra, en términos generales, que la que se introduce ahora en el reglamento.

Por ello, entendemos que la norma reglamentaria se limita a clarificar lo que ya está en la ley, cuando añade, y aquí está lo que se considera una novedad reglamentaria que combate la recurrente, "*y, en su caso, las relativas a la reversión de otros elementos situados fuera del demanio*". Ni que decir tiene que el inciso "*en su caso*" se refiere al supuesto en que la reversión de tales elementos se haya previsto en las correspondientes estipulaciones de la concesión. Su cumplimiento resultaba obligado, a tenor de la propia regulación legal, lo especifique o no, por tanto, la norma reglamentaria.

Por lo demás, la Sentencia de esta Sala de 12 de abril de 2004, que invoca la recurrente, no avala la nulidad de la norma reglamentaria impugnada, que se limita a detallar un supuesto ya comprendido por la Ley mediante su alusión al "*cumplimiento de las condiciones estipuladas*". Esta sentencia, como ya señalamos en las Sentencias de 25 y 29 de octubre de 2013 (recursos contencioso administrativos nº 559/2012 y 622/2012), revela que, según el caso (se trataba entonces de la impugnación de un acto de la Junta de Aguas de Cataluña), la ley podría ser objeto de varias interpretaciones posibles, lo cual no significa que la norma reglamentaria que concreta una determinada interpretación de la Ley, en los términos que ahora se hace, deba ser considerada nula.

SEXTO .- El artículo 126 bis.5, respecto de las condiciones para garantizar la continuidad fluvial, dispone que "*para el otorgamiento de nuevas autorizaciones o concesiones de obras transversales al cauce (...) será exigible una evaluación de impacto de dichas obras sobre el régimen de transportes de sedimentos del cauce (...)*"

El escueto reparo que la recurrente opone al contenido de esta norma reglamentaria es que se están invadiendo competencias reservadas a las Comunidades Autónomas, pues será el legislador autonómico, se sostiene, el que ha de evaluar las obras o actividades sometidas a Evaluación de Impacto Ambiental.

No podemos estimar dicha alegación porque el Estado sí tiene atribuida competencia en materia de medio ambiente. Así es, al Estado corresponde la competencia, ex artículo 149.1.23 de la CE para la "*legislación básica sobre protección del medio ambiente*", reconociendo a las Comunidades Autónomas las "*normas adicionales de protección*", además de la "*gestión en materia de protección del medio ambiente*" (artículo 148.1.9 de la CE). Y el Tribunal Constitucional ha diseccionado el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre el medio ambiente de la siguiente forma. Tras interpretaciones iniciales que estaban más a la literalidad del artículo 149.1.23^a sobre las "*normas adicionales de protección*" que podían establecer las Comunidades Autónomas –es el caso de la STC 149/1991, de 4 de julio–, luego ha seguido, en esta materia, el estándar propio de legislación básica del Estado y normas de desarrollo de las Comunidades Autónomas, incluyendo normas con rango de ley de procedencia autonómica. Así se viene declarando desde las SSTC 102/1995, de 26 de junio y otras posteriores 156/1995 y 166/2002. Incluyendo de modo decidido, por tanto, entre las normas adicionales de protección, el desarrollo legislativo.

Esta referencia de tipo competencial viene a cuento porque no podemos entender vulnerados ni los invocados artículos 148.1.9 y 149.1.23 de la CE, por la previsión reglamentaria del artículo 126.bis.5 del Reglamento citado, máxime si tenemos en cuenta la concordancia de dicha norma con el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos, aprobado por RD Legislativo 1/2008, de 11 de enero, regula en el artículo 1, apartado 3.b), que la evolución de impacto ambiental identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, diversos factores entre los que se menciona el "agua", y en los artículos 3 y 4 de dicha ley ambiental, se regula, en coherencia con la norma ahora impugnada, el ámbito y competencias en relación con los anexos de la ley. Teniendo que cuenta que, según señala la disposición final primera de la mentada Ley, dicho Real Decreto Legislativo tiene el carácter de legislación básica de protección del medio ambiente al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.23^a de la Constitución, con las excepciones que relaciona dicha disposición. Y, además, dicha medida ambiental tiene una evidente función de defensa y salvaguarda del dominio público hidráulico.

SÉPTIMO .- Lo expuesto hasta ahora determina la desestimación de la pretensión principal, por lo que nos corresponde seguidamente abordar la pretensión esgrimida con carácter subsidiario, es decir, para el caso de no estimarse la principal, se solicita que se "*declare la irretroactividad de los efectos previstos en los artículos*



7, 9 13 y 19 del Real Decreto 1290/2012 con el consiguiente mantenimiento de las concesiones otorgadas a fecha de entrada en vigor de la Disposición recurrida ". Esta pretensión subsidiaria, aunque se refiere a todos los apartados que modifican los artículos examinados en los fundamentos anteriores, encuentra fundamento en la impugnación del artículo 97 relativo, recordemos, al plazo máximo de la concesión.

El Abogado del Estado destaca la peculiar pretensión esgrimida, al final de la pretensión principal, que se concreta en que se declare la vigencia de los preceptos en su redacción anterior a la modificación reglamentaria ahora recurrida. Y respecto de la pretensión subsidiaria se indica que lo que se pretende es que la Sala fije por vía judicial un derecho transitorio que no contiene el Real Decreto impugnado.

OCTAVO .- Pasando por alto la referencia a la pretensión principal para que declaremos la vigencia de los artículos en la redacción anterior a la impugnada, pues desestimada esa pretensión principal carece de sentido que nos pronunciáramos sobre su alcance. Respecto de la pretensión subsidiaria no podemos compartir el alegato alegado por la recurrente por las razones que seguidamente expresamos.

Las disposiciones generales ahora impugnadas, los artículos 88.4 ; 97 ; 153.1 , y 126 bis.5 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico , tras su modificación mediante el Real Decreto 1290/2012 impugnado, no tienen alcance retroactivo.

En concreto, la previsión contenida en el artículo 97, sobre el plazo de las concesiones que es la norma que atrae las alegaciones sobre la irretroactividad invocada, no innova el ordenamiento jurídico, según la interpretación que venimos manteniendo, pues dicho plazo máximo ya estaba fijado en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y en el TR de la Ley de Aguas .

Así es, debemos remitirnos a cuánto hemos declarado en los fundamentos tercero, y sobre todo, el cuarto sobre dicho plazo máximo de duración de la concesión. Teniendo en cuenta que el artículo 59.6 del TR de la Ley de Aguas establece, respecto de los supuestos en que realizadas unas obras, su coste no pueda ser amortizado dentro del tiempo que falta por transcurrir hasta el final del plazo de la concesión, este plazo de la concesión *"podrá prorrogarse por el tiempo preciso para que las obras puedan amortizarse, con un límite máximo de diez años y por una sola vez "*. Pero también lo es que el presupuesto de hecho de esa norma no se refiere a las concesiones de 75 años, sino a aquellas concesiones en las que la suma del plazo concesional fijado y la adición de la prórroga no exceda de los 75 años. Esta, además, en la única interpretación posible de conformidad con el artículo 93.3 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas que establece que el *"plazo máximo de duración, incluidas las prórrogas, no podrá exceder de 75 años, salvo que se establezca otro menos en las normas especiales "*

En consecuencia, procede desestimar el recurso contencioso administrativo.

NOVENO.- Al declararse la desestimación procede imponer las costas a la parte recurrente (artículo 139.1 de la citada LRJCA).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la misma Ley el importe de las costas procesales, por todos los conceptos, no podrá exceder de 4.000 euros.

Por todo ello, en nombre de S. M. el Rey y en el ejercicio de la potestad que, emanada del pueblo español, nos concede la Constitución.

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la "Asociación de Productores de Energía Eléctrica URWATT", contra el Real Decreto 1290/2012, de 7 de septiembre, por el que se modifica el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, y el Real Decreto 509/1996, de 15 de marzo, de desarrollo del Real Decreto-Ley 11/1995, de 28 de diciembre, que establece las normas aplicables al tratamiento de las aguas residuales urbanas , y debemos declarar la expresada disposición, por las razones expuestas, conforme con el ordenamiento jurídico. Con imposición de las costas procesales en los términos previstos en el último fundamento.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D^a Maria del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.