



Roj: **STSJ AND 17110/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:17110**

Id Cendoj: **41091330032019102344**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Sevilla**

Sección: **3**

Fecha: **20/11/2019**

Nº de Recurso: **648/2016**

Nº de Resolución: **2129/2019**

Procedimiento: **Recurso contencioso-administrativo**

Ponente: **MARIA JOSE PEREIRA MAESTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SEVILLA.

SECCION TERCERA.

RECURSO Núm.648/2016

S E N T E N C I A

Illmos. Sres. Magistrados

Don Victoriano Valpuesta Bermúdez. Presidente.

Don Guillermo del Pino Romero.

Dña . María José Pereira Maestre.

En la ciudad de Sevilla, a 20 de noviembre de 2019.

Vistos por la Sala en Sevilla de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sección Tercera, los autos correspondientes al recurso núm. 648/2016 interpuesto por la entidad SUREXPORT CIA AGRARIA S.SL, representada por el Procurador D. Iñigo Ramos Sainz, contra la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es indeterminada. Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña . María José Pereira Maestre, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El recurso se interpone contra la Resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 1 de junio de 2016, por la que se deniega la solicitud de Autorización de aprovechamiento de aguas pluviales mediante balsa en la parcela 5 polígono 58, en la Finca El Álamo, en el T.M. de Almonte (Huelva).

SEGUNDO.- En el escrito de demanda la parte recurrente solicitó que se dictara sentencia por la que se anule la Resolución impugnada, se reconozca el derecho de la actora a que se le autorice el aprovechamiento de las aguas pluviales de acuerdo con su solicitud de fecha 20/11/2014, y se ordene la inscripción del aprovechamiento de aguas pluviales en la Sección "B" del Registro de Aguas de la CHG.

TERCERO.- En el escrito de contestación a la demanda, la Administración demandada se opuso a las pretensiones de la recurrente, y pidió se dictara sentencia por la que se desestimasen íntegramente los pedimentos de la demanda. Una vez evacuado el trámite de conclusiones, quedaron las actuaciones concluidas para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado todas las prescripciones legales, salvo determinados plazos por la acumulación de asuntos que penden en esta Sección; habiéndose señalado para votación y fallo en el día de hoy.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso la Resolución de la Presidencia de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 1 de junio de 2016, por la que se deniega la solicitud de Autorización de aprovechamiento de aguas pluviales mediante balsa en la parcela 5 polígono 58, en la Finca El Álamo, en el T.M. de Almonte (Huelva).

La Resolución deniega la autorización de aprovechamiento solicitado por resultar incompatible con la Planificación cualquier actuación que suponga la detracción de aguas pluviales sobre el acuífero 05.51 Almonte-Marismas y su posterior aprovechamiento, por afectar al régimen de recarga necesario de dicho acuífero conforme al informe emitido por la Oficina de Planificación Hidrológica donde se indica que, en conformidad con el Plan Hidrológico de la Cuenca del Guadalquivir (PHDH) aprobado por RD 355/2013, establece en su art.4.3 que la masa de agua subterránea 05.51 Almonte-Marisma es considerada masa de carácter estratégico y, para prevenir el deterioro del recurso subterráneo y de los ecosistemas acuáticos dependientes, no es admisible otorgar nuevas autorizaciones de aprovechamiento destinada al riego (art.42.5 del PHDG). Además, por su carácter estratégico, de forma precautoria, la demanda ambiental prevista en esta masa es elevada y supone el 50% de la recarga o aportación anual por lluvia (Anejo 8, Objetivos medioambientales y exenciones, del PHDG). Y así se recoge:

-Que el aprovechamiento solicitado se localiza dentro de los límites de la M.A.S. 05. 51 Almonte - Marisma, la cual tiene un carácter estratégico en el Plan Hidrológico de la Demarcación del Guadalquivir, según lo establecido en su artículo 4.3, independientemente de sus subdivisiones.

-Que aunque el derecho al uso privativo de las aguas constituye una excepción a la regla general establecida en el artículo 57 de la ley de aguas, como viene manteniendo de manera unánime la jurisprudencia, ese derecho al uso privativo de aguas no puede materializarse sin intervención de la administración hidrológica, pues aunque en este caso la Administración no ejercita competencias discrecionales, como en el caso de la concesión, no por ello los usos privativos por disposición legal están exentos en su ejercicio de control administrativo. El artículo 54 de la ley de agua remite a las normas reglamentarias en cuanto a las condiciones para el ejercicio de tal derecho, indicado en el artículo 86 del reglamento; debiendo añadir que en esta función de control es lícito que la administración establezca condiciones para el ejercicio del derecho siempre que las mismas no lo desnaturalicen o sean de tal entidad que suponga un grave menoscabo para su ejercicio.

-Que como se recoge en el informe OPH se justifica la denegación del aprovechamiento solicitado de aguas pluviales, dada la importancia de la infiltración directa de precipitaciones para la recarga del acuífero. Que la detracción de aguas pluviales citada sería contraria al objetivo del organismo de Cuenca de hacer compatible el aprovechamiento del agua con el respeto al medio ambiente, garantizando las demandas ambientales según lo estipulado en el artículo 98 de la ley de aguas.

-Que la ley de agua impone como objetivo de la protección de las aguas y del dominio público hidráulico prevenir el deterioro de los ecosistemas acuáticos así como en humedales que de un modo directo dependen de estos ecosistemas en relación con sus necesidades de agua (art.92.a). Asimismo obliga al organismo de Cuenca a adoptar las medidas necesarias para hacer compatible el aprovechamiento del agua con el respeto al medio ambiente....(art.98).

Por la representación actora sustenta la impugnación alegando:

-Que el aprovechamiento de aguas pluviales no afecta a la masa de agua subterránea 05.51 Almonte-Marismas. En la zona donde se encuentra la finca EL ALAMO la recarga del acuífero es superior a la de otras zonas de dicho acuífero. El volumen de agua de lluvia superficial que se va almacenar no ocasiona ningún perjuicio directo en la masa de agua 05.51.

- Que la finca ha sido reconocida como suelo agrícola regable por el Plan de Ordenación de la Corona Forestal de Doñana. Que la zona sobre la que se actuará está considerada como suelo agrícola (Zona B), por el Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana.

- Que durante la tramitación del expediente la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir ha dividido en cinco subzonas la Masa de Aguas 05. 51: 05. 51 -01 Almonte/05. 51 -02 Marismas/05. 51 -03 Marismas de Doñana/05. 51 -04 Manto Eólico Litoral Doñana/05. 51 -05 La Rocina. Que la finca El Alamo se encuentra entre la masa 05.51 -4 Manto Eólico Litoral Doñana, y la masa 05. 51 -05 La Rocina. Que no se tiene en cuenta por la administración que la masa de agua subterránea 05.51 se comporta de una forma muy distinta al norte y al sur del arroyo de la Rocina, siendo las tierras del norte, áreas de recarga escasa o moderada, mientras que en el sur, donde se encuentra la finca El Alamo, se trata de áreas de recarga intensa. Que la única justificación por la que se entiende se subdivide dicha masa, es debido a que considera que cada una de ellas tiene un porcentaje de necesidades ambientales diferente, de ahí que se divida en función de las necesidades ambientales. Es por



ello que en la zona donde se encuentra la finca El Alamo la recarga del acuífero es superior que la del norte. Añadiendo que por el volumen de agua de lluvia superficial que se va almacenar para el riego de 65,03 has, no existe ningún perjuicio directo en el estado de la masa de agua 05. 51, sobre todo en la subzona en que se encuentra la finca.

- Que de conformidad con el artículo 54 TRLA todo propietario tiene derecho "ex lege" al uso de aguas pluviales que discurran por su finca; este derecho no requiere concesión ni autorización del organismo de Cuenca y sólo exige la comunicación a la confederación, únicamente a efectos meramente informativo, de control, estadísticos y de inscripción en el Registro de Aguas, según lo artículo 85 y 190 RDPH. Que el Plan Hidrológico del Guadalquivir únicamente prohíbe el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas subterráneas para regadío en las masas estratégicas (art.42.5). No existe ninguna prohibición para el aprovechamiento de aguas superficiales, como las pluviales. Existe una falta de justificación adecuada de la denegación del derecho a utilizar las aguas pluviales dentro de la finca. El artículo 42 no se puede extender a las masas de agua superficiales como las pluviales. En la gestión medioambiental del agua rige el principio de proporcionalidad y de menor onerosidad en las medidas de intervención, sin más limitaciones que las establecidas en la ley, las que deriven del respeto a terceros y prohibición del abuso del derecho; circunstancias que no se dan. No se puede imponer una prohibición genérica del uso de aguas pluviales en toda la extensión de la masa de agua del acuífero Almonte -marismas.

Por la Administración se opone, que el aprovechamiento cuyo reconocimiento se pretende supondría un abuso de derecho. Que en cuanto al carácter estratégico, es declaración que se hace por su importancia para el abastecimiento humano o por su contribución al mantenimiento de las aportaciones a grandes embalses de regulación, o por su relevancia ambiental. Esta declaración comporta que estas masas de agua se reserven fundamentalmente para abastecimiento urbano. Que no se ha solicitado un aprovechamiento subterráneo, sino superficial de aguas pluviales. Y sucede que como se informa, la demanda ambiental prevista en esta masa es elevada y supone el 50% de la recarga o aportación anual por lluvia (Anejo 8, Objetivos medioambientales y exenciones, del PHDG.), lo que no sería posible alcanzar si se admitiese esta detracción de aguas pluviales.

SEGUNDO.- El art. 54.1 de la Ley 1/2001 dispone: "1. El propietario de una finca puede aprovechar las aguas pluviales que discurran por ella y las estancadas, dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso del derecho." En consonancia con ello, el artículo 84 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, prevé "El propietario de una finca puede aprovechar las aguas pluviales que discurran por ella y las estancadas dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley de Aguas y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y la prohibición del abuso del derecho (art. 54.1 del TR de la LA)."

Este aprovechamiento privativo no está sometido a autorización. El RDPH señala en su artículo 85.1: "A efectos administrativos de control, estadísticos y de inscripción en el Registro de Aguas, el propietario de la finca o, en su nombre, el que ejercite el derecho reconocido en el artículo anterior, viene obligado a comunicar al Organismo de cuenca las características de la utilización que se pretende, acompañando documentación acreditativa de la propiedad de la finca."

De lo expuesto se concluye que en estos casos el uso nace ex lege, no estando sujeto a previa autorización ni concesión, no obstante lo cual el Organismo de cuenca, con reconocimiento sobre el terreno si lo considera preciso, comprobará la suficiencia de la documentación aportada y la adecuación técnica de las obras y caudales que se pretenden derivar para la finalidad perseguida, como dispone el artículo 88 de ese Reglamento. En este precepto también se señala que en caso de conformidad, lo comunicará al dueño de la finca, procediendo a inscribir la derivación a su favor, con indicación de sus características. Y el número 3 de ese artículo 88 se señala que "en caso de disconformidad lo comunicará, asimismo, al dueño del predio, señalándose las omisiones de la documentación, la causa de inadecuación de las obras o caudales, las modificaciones que en su caso sea preciso introducir o la causa de ilegalidad de la derivación, prohibiendo al mismo tiempo la misma, sin perjuicio de que el usuario pueda reiterar su petición una vez corregidas aquéllas".

Centrándonos en el caso de autos, el acto expreso impugnado establece que el aprovechamiento impide la recarga natural del acuífero y, por tanto, no garantizaría las demandas ambientales previstas en el Plan, uno de los objetivos medioambientales señalado en el art. 92 bis TRLA "garantizar el equilibrio entre la extracción y recarga a fin de conseguir el buen estado de las aguas subterráneas". El aprovechamiento comunicado constituye una perturbación del régimen natural de recarga de la masa de agua subterránea sobre la que se asienta el aprovechamiento, que tiene la consideración de estratégica según el Plan Hidrológico.

El Informe de la Oficina de Planificación Hidrológica es del siguiente contenido:

"En la masa de aguas subterráneas 05. 51 Almonte - Marismas, la mayor parte de la recarga se produce por infiltración directa de las precipitaciones en los sectores en que el acuífero se comporta como libre (límos y arenas basales que afloran al norte del acuífero), siendo además necesario garantizar un flujo base que permita asegurar la demanda ambiental (descarga natural del acuífero en ríos y arroyos que convergen en la marisma de Doñana). Por ello, en los territorios que comprenden la denominada zona de acuífero libre, situada al noroeste de Doñana, la extracción de aguas pluviales debe considerarse una perturbación que afecta a los recursos del acuífero, a su régimen natural y a todos los ecosistemas acuáticos asociados.

Conforme al Plan Hidrológico de la demarcación del Guadalquivir, establece en su artículo 4.3 RD 355/2013, la masa de agua subterránea 05.51 Almonte -Marismas es considerada una masa de carácter estratégico y para prevenir el deterioro del recurso subterráneo y los ecosistemas acuáticos dependientes no es admisible dar nuevas autorizaciones de aprovechamiento de aguas destinadas al riego (artículo 42.5 del PHCG). Además, por su carácter estratégico de forma precautoria, la demanda ambiental prevista en esta masa es elevada y supone el 50% de la recarga o aportación anual por lluvia (Anejo 8, objetivos medioambientales y exenciones del PHCG). Con estos condicionantes, sería contrario a los objetivos de la planificación, admitir la posible detracción de aguas pluviales, sin afectar al régimen de recarga necesaria de este acuífero.

Por tanto, debido a la interrelación existente entre las aguas superficiales y subterráneas, con la finalidad de impedir un mayor deterioro de los ecosistemas acuáticos y poder alcanzar los objetivos previstos por la planificación hidrológica, para la zona de recarga o acuífero libre de la masa de agua subterránea 05.51 al monte -marismas, se considera necesario extremar la protección en las aportaciones naturales, siendo incompatible con la planificación cualquier actuación que suponga la depuración de aguas pluviales su posterior aprovechamiento."

Por la parte actora se aporta informe pericial, ratificado en sede judicial. Se viene a indicar lo siguiente:

*Que del análisis de la información recogida en los Planes de Cuenca 2009-2015 y 2015-2016, la masa de agua subterránea Almonte-Marismas no se encuentra en un mal estado cualitativo. La masa de agua la Rocina, donde se encuentra el 70% de la superficie de la captación del proyecto de aguas pluviales del Alamo, en los informes del PH 2015/2021 se declara en mal estado por las extracciones. La masa de agua manto eólico litoral, donde se encuentra el 30% de la superficie de la captación del proyecto de aguas pluviales del Alamo, se declara en buen estado con respecto a las extracciones.

*Que en el funcionamiento de la masa de agua subterránea, el flujo base hacia los arroyos y la masa de agua superficiales en general desde la zona de El ALAMO, al sur del arroyo de la Rocina, es diferente del que ocurre en el norte del citado arroyo, donde se concentran las mayores presiones a la masa de agua subterránea. Que los arroyos de la Rocina, Madre de las Marismas y Caño de Guadiamar, presentan un buen estado cualitativo, lo cual es conforme al funcionamiento de la masa de agua subterránea al sur de la Rocina. Que según los estudios e informes aportados justifican que la sobreexplotación se concentra al Norte del arroyo de la Rocina. Que las masas de aguas superficiales que reciben el flujo base de la zona de actuación se encuentra en buen estado cuantitativo. Por lo que considera compatible la actuación del aprovechamiento de pluviales del ALAMO con la protección de las aguas agrarias y de los ecosistemas vinculados a ellas.

En la ratificación en sede judicial manifiesta que lo solicitado no afecta a los acuíferos. Considera que no hay afección del acuífero ya que la capacidad de recarga que tiene es muy importante. Que al norte del arroyo de la Rocina la tasa de recarga es pobre y la explotación es más grave, pero hacia el sur la tasa de recarga es superior y la repercusión de las explotaciones son menores. En el norte de la recarga está la problemática. Que la zona sur y el norte no están conectadas hidrológicamente. El problema de la sobreexplotación en la zona norte del arroyo, no se da en la zona sur, por lo que la detracción de agua es plenamente compatible con el estado hidrológico de dicha zona sur.

TERCERO.- En relación con este mismo acuífero ya nos pronunciamos en Sentencia de 5 de septiembre de 2018 dictada en recurso nº 864/16, en la que se consideró ajustada a Derecho la resolución de disconformidad emitida por la CHG con un aprovechamiento de aguas pluviales teniendo en cuenta el estado de dicho acuífero 05.51 Almonte-Marismas y que las disposiciones que le son aplicables (artículo 42.5 del RD 355/2013,)resultan incompatibles con autorizar un aprovechamiento como los que se pretenden por el recurrente (aguas pluviales). Como ya se recogiera, el art.4.3 del Plan Hidrológico de 2013 establece que el acuífero 05.51 tiene carácter estratégico por su importancia para el abastecimiento humano o por su contribución al mantenimiento de las aportaciones a grandes embalses de regulación o por su relevancia medioambiental. El propio precepto se encarga de precisar en su último párrafo que "estas masas se reservarán fundamentalmente para abastecimiento urbano". De ahí que existen limitaciones impuestas por la propia ley de aguas y por el respeto a derechos de terceros, pues como hemos visto, esta masa de agua se reserva fundamentalmente al abastecimiento urbano, sin obviar su relevancia medioambiental, de ahí la



intervención de la Administración, no obstante el carácter privado de las aguas pluviales en los términos del artículo 54.1 TRLA, en orden a proteger los derechos de terceros y a impedir el abuso de derecho si contemplamos la cuestión desde la perspectiva medioambiental.

El derecho al aprovechamiento de aguas públicas para uso privado puede ser limitado o restringido por causas distintas a las expresamente indicadas en la legislación de Aguas. En este sentido esta Sala y Sección ya se ha pronunciado en sentencia de 21 de junio del 2012, dictada en el recurso 131/2011, en el que se impugnaba una resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de disconformidad con la comunicación del aprovechamiento solicitado, también inferior a los 7.000 metros cúbicos anuales, al no estar amparado por las normas y planeamientos urbanísticos municipales, que como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007 (recurso núm. 5184/2003) la Administración estatal -no obstante carecer de competencias en materia de urbanismo- actuó con plena corrección ya que la circunstancia de no ser titular de la competencia urbanística no significa que no se encuentre vinculado por las normas urbanísticas". En igual sentido se pronuncia esta misma Sección Tercera en su sentencia de 8 de abril de 2010 (recurso núm. 452/2008). De manera que el motivo de la disconformidad expresado por la CHG obedece a la necesidad de coordinación así como al principio de compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, recogidos como principios rectores de la gestión en materia de aguas por el art. 14 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.

Expuesto lo anterior, no podemos obviar, como así informa el perito de parte, que existe un problema de sobreexplotación, si bien en la zona norte del arroyo, y no en la zona sur donde se encuentra la Finca El Alamo. No obstante, no queda constatado que el aprovechamiento solicitado no deje de afectar a la necesaria recarga del acuífero, y dado el estado del acuífero 05.51 Almonte-Marisma, y de conformidad con las disposiciones que le son aplicables (artículo 42.5 del RD 355/2013) resulta la incompatibilidad con autorizar un aprovechamiento como el que se pretende por el recurrente.

En atención a lo expuesto el recurso no puede ser estimado.

CUARTO.- A pesar de que el recurso contencioso-administrativo debe ser desestimado, no existen razones para hacer expresa condena al pago de las costas procesales causadas a cualquiera de las partes, como dispone el 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al apreciarse dudas fácticas y jurídicas.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimar el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir expresada en el antecedente de hecho primero, por resultar ajustada a Derecho. Sin costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe preparar recurso de casación por escrito ante esta Sala en el plazo de treinta días a contar desde el siguiente a la notificación de esta resolución, en los términos y con las exigencias contenidas en los arts. 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.