



Roj: **STS 3720/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:3720**

Id Cendoj: **28079130042014100235**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **23/09/2014**

Nº de Recurso: **582/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **RAMON TRILLO TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Septiembre de dos mil catorce.

Visto por la Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el presente recurso contencioso-administrativo núm. 582/2012, interpuesto por la Asociación de Productores de Energías Renovables, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Cecilia Díaz-Caneja Rodríguez, contra Real Decreto 1332/2012, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa.

Han sido partes recurridas el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO y la entidad IBERDROLA, S.A. representada por el Procurador de los Tribunales don José Luis Martín Jaureguibeitia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de la Asociación de Productores de Energías Renovables, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1332/2012, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa. el cual fue admitido por la Sala, motivando la publicación del preceptivo anuncio en el Boletín Oficial del Estado y la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se entregó a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del plazo de veinte días, lo que verificó con el oportuno escrito con fecha de entrada 27 de mayo de 2013 en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos jurídicos que consideró procedentes, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia declarando nulos y sin efectos el Real Decreto 1332/2012 que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Galicia- Costa, los artículos 29 , 32.1 y 36 , penúltimo y antepenúltimo párrafos, de la normativa de dicho Plan.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, se opuso a la demanda con su escrito con fecha de entrada 3 de julio de 2013 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derechos que estimó oportunos, terminó suplicando a la Sala dicte sentencia desestimando el recurso.

TERCERO.- Por Auto de 9 de octubre de 2013, se acordó recibir el proceso a prueba, siendo el plazo para la práctica de la admitida de treinta días.

CUARTO.- Por Providencia de 5 de febrero de 2014 se declaró terminado y concluso el período de prueba y no considerando necesaria la celebración de vista, la Sala acordó continuar la sustanciación del pleito por conclusiones sucintas, concediéndose a las partes el término sucesivo de diez días, evacuando el trámite la parte recurrente y el Abogado del Estado con sus respectivos escritos en los que después de alegar lo que estimaron procedentes al caso, terminaron dando por reproducidas las súplicas de demanda y contestación, no habiendo presentado la representación de Iberdrola escrito alguno al efecto.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia del día 8 de julio de 2014, en cuyo acto tuvo lugar su celebración.



SEXTO.- Por Providencia de 23 de julio de 2014 se acordó la suspensión del término para dictar sentencia con el fin de que se emplazase a la Xunta de Galicia para personarse como demandada en el proceso en calidad de interesada en el Real Decreto aprobatorio del Plan Hidrológico de Galicia-Costa sobre el que versa el recurso.

SÉPTIMO.- Con fecha 14 de agosto de 2014, el Subdirector General de Recursos y Relaciones Jurisdiccionales de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente contestó al oficio de esta Sala relativo al emplazamiento de la Xunta de Galicia y comunicó que dicho emplazamiento solicitado había sido efectuado en fecha 2 de enero de 2013 y recepcionado por la misma según consta en fecha 15 de enero de 2013, cuyo original había sido remitido por oficio a esta Sala en fecha 23 de enero de 2013.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Ramon Trillo Torres,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Asociación de Productores de Energías Renovables (APPA) interpone recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1332/2012, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa.

Como primer motivo de ilegalidad aduce la parte que se ha violado el procedimiento legalmente establecido para la aprobación del Real Decreto, por no haberse sometido a información pública el texto de la normativa del Plan, toda vez que el aprobado definitivamente contiene con respecto de la versión sometida a información la diferencia sustancial de gravísimos efectos para la actividad de generación eléctrica de prohibir con carácter general el otorgamiento de nuevas concesiones hidroeléctricas que supongan la implantación de nuevos obstáculos transversales en el cauce de una masa de agua superficial (art. 32.1), prohibición que no se encontraba en el proyecto sometido a información pública (art. 30.1), ausencia de participación que, a juicio de la parte, supone una vulneración de los artículos 35.1 de la Ley del Plan Hidrológico Nacional y del 45.3 de la Ley de Aguas .

Recientemente, en sentencia de primero de julio de 2014 (recurso de casación 318/2013) hemos afrontado el tema de las modificaciones de los proyectos de planificación hidrológica y el obligado trámite de información pública.

Decíamos en élla que

<<El procedimiento de elaboración de los planes hidrológicos viene establecido, esencialmente, en el TR de la Ley de Aguas de 2001 y en el Reglamento de Planificación Hidrológica aprobado por RD 907/2007, de 6 de julio.

El primero, el TR de la Ley de Aguas hace una llamada, en el artículo 41.2 , al reglamento, cuando señala que "el procedimiento de elaboración y revisión de los planes hidrológicos de cuenca se regularán por vía reglamentaria". Si bien, seguidamente se relacionan aquellos trámites esenciales de los que no puede prescindirse al realizarse la regulación reglamentaria, pues se indica, por lo que ahora importa, que, "en todo caso", debe contemplar "una adecuada información y consulta pública desde el inicio del proceso". Además de contemplarse otros trámites como los previos programas de trabajo, la coordinación respecto de los correspondientes programas y de las planificaciones sectoriales, y la participación de los departamentos ministeriales interesados, entre otros.

La constatación del cumplimiento de la información pública y sus efectos debe, efectivamente, formar parte del contenido del plan, pues ha de incluirse obligatoriamente "un resumen de las medidas de información pública y de consulta tomadas, sus resultados y los cambios consiguientes efectuados en el plan" (artículo 42.1.i/ del TR de la Ley de Aguas).

El segundo, el Reglamento de Planificación Hidrológica, ya advierte, en el artículo 71.2 , que el procedimiento para la elaboración y revisión de los planes hidrológicos de cuenca "se regula en este reglamento". Y en lo que hace al caso, regula la participación pública en los artículos 72 y siguientes, en los que se establece el procedimiento para hacer efectiva la participación en el proceso de planificación. Relaciona al efecto el contenido mínimo que ha de incluir, incorpora los requerimientos que establece la Ley 27/2006, de 18 de julio , para el suministro de información, que deberá ser accesible, e incluirá, para la consulta pública, todos los documentos que refieren los artículos 77 a 80 del reglamento, además de hacer un llamamiento al fomento de la participación activa.

La Instrucción de Planificación Hidrológica, aprobada mediante ORDEN ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, establece, en el apartado 9.2 sobre medidas de información pública y de consulta, que "el plan hidrológico contendrá un resumen de las medidas de información pública y de consulta que se hayan aplicado durante su tramitación, sus resultados y los cambios consiguientes efectuados en el plan, de acuerdo con lo indicado en el Reglamento de Planificación Hidrológica".



Y, en fin, hay una tercera norma que es invocada con reiteración por las partes. Nos referimos a la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Recordemos que a esta Ley se remite el artículo 73.1 del Reglamento de Planificación Hidrológica antes citado, cuando dispone que "el proceso de elaboración de los planes incorporara los requerimientos establecidos en la Ley 27/2006, de 18 de julio, en particular aquellos referentes al suministro activo de información sustantiva para el proceso de planificación y que resulte adicional a la enumerada en el presente reglamento">>.

Ahora bien, una vez aceptado la naturaleza esencial de la información pública en el procedimiento administrativo de elaboración de los Planes hidrológicos, concluíamos que, sin embargo, las normas citadas no establecen la necesidad de un nuevo trámite de información pública cuando tras el primero se hubieran introducido lo que la parte recurrente denomina, a imagen y semejanza de lo que acontecía en el derecho urbanístico en el que, por cierto, había norma expresa al respecto, modificaciones sustanciales. De modo que ninguna norma reguladora del procedimiento de elaboración de estos planes hidrológicos imponen la repetición del trámite de información pública.

Añadíamos a esta apreciación

<<(…) que el trámite de información pública no constituye un adorno dentro del procedimiento, sino que mediante el mismo se trata de valorar y aprovechar las aportaciones de aquellos que formulan alegaciones, e introducir las mejoras correspondientes. Sin que deba repetirse, una y por qué no más veces, este trámite hasta que todos los intervinientes en el procedimiento estén de acuerdo, lo que difícilmente se producirá en estos casos atendido el número y contenido de las alegaciones formuladas en el periodo de información pública>>.

Siendo de destacar que en el caso concreto de los "nuevos obstáculos transversales" hay referencias específicas en los "Documentos Relacionados con la Consulta Pública. Respuesta de Alegaciones", a los que aludiremos al tratar la cuestión desde el punto de vista material.

QUINTO.- En la siguiente alegación, la recurrente combate el mismo artículo 32.1 del Plan, pero ya introduciéndose en el examen de fondo del mismo.

Razona la parte que vulnera el art. 60.3.3º de la Ley de Aguas, que establece y gradúa el uso hidroeléctrico como uno de los permitidos de las aguas continentales, siendo así que no es posible ejercer la actividad hidroeléctrica sin interponer un obstáculo, por pequeño que sea en el lecho del río a modo de azud de derivación de los caudales que vayan a ser turbinados.

Asimismo denuncia la Asociación actora la discriminación a que se sujeta el uso hidroeléctrico con relación al resto de los usos de la Ley de Aguas, ya que solo a aquel se le prohíbe establecer obstáculos transversales en el lecho de los ríos.

Por lo que se refiere al primer punto, no cabe deducir de la posibilidad que acoge el artículo 60 de la Ley de Aguas de que se otorguen concesiones para usos industriales para la producción de energía eléctrica que de ahí derive una obligación de los poderes públicos de conceder esos usos, cualquiera que sea la situación de las aguas sobre las que aquellas hayan de gravitar, siendo así que el artículo 40.1 de la Ley de Aguas ubica como primer objetivo de la planificación el de "conseguir el buen estado y la adecuación protección del dominio público hidráulico y de las aguas", aspecto de evidente y legal relevancia en el que encuentra apoyo una decisión de la Administración que por la misma se justifica en los siguientes términos:

<<(…) y teniendo presente tanto que a día de hoy la contribución energética de Galicia a los objetivos propuestos por la Unión Europea ya ha sido alcanzada, como que la producción minihidráulica dentro de las energías renovables sólo significa un porcentaje muy reducido del total, siendo significativa la enorme diferencia entre la producción de la minieléctrica y la eólica, se recomienda adoptar medidas restrictivas de cara a la implantación de los nuevos obstáculos transversales para el aprovechamiento hidroeléctrico y únicamente se tomarán en consideración propuestas de repotenciación de centrales en explotación, dando prioridad a los objetivos medioambientales contenidos en la Directiva Marco del Agua sobre los objetivos energéticos de las masas de agua en el ámbito de la Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa>>.

Texto del que resulta una razonable contestación a la genérica argumentación de la parte, carente de cualquier apoyo técnico y que asimismo abate la idea de discriminación, puesto que en él se contiene una específica razón del porqué la restricción se acoge exclusivamente para los aprovechamientos hidroeléctricos, siendo además opción legítima de la Administración la de un impedimento pleno de los obstáculos transversales con fines de aprovechamiento hidroeléctrico.

TERCERO.- Se impugna a continuación la validez del artículo 31 de la normativa del Plan, cuyo texto es el siguiente:



<<1. De acuerdo con el artículo 115.4 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico la explotación de toda concesión quedará suspendida a la aprobación del acta de reconocimiento final de las obras correspondientes y, en general, al cumplimiento íntegro de su condicionado en los plazos otorgados al efecto. El incumplimiento de las condiciones esenciales de este condicionado supondrá la inmediata incoación del correspondiente expediente de extinción de caducidad conforme al artículo 66 del TRLA.

2. La declaración ambiental, en el caso de que haya sido formulada, se considerará condición esencial integrante del condicionado concesional a los efectos de lo dispuesto en este artículo>>.

Acude la parte al artículo 66 de la Ley de Aguas, según el cual "las concesiones podrán declararse caducadas por incumplimiento de cualquiera de condiciones esenciales", para entender que la disposición reglamentaria se excede con respecto a lo en ella establecido, primero, porque impone necesariamente la incoación de expediente de sanción cuando la Ley solo ampara la mera posibilidad y, segundo, porque no definiendo la Ley cuales son las condiciones esenciales cuyo incumplimiento puede dar lugar a un expediente de extinción, sí lo hace la norma de rango inferior al establecer que las condiciones esenciales del condicionado son las condiciones esenciales de la concesión.

A esta argumentación cabe hacerle un primer reproche, cual es el de que se considere que la caducidad es una sanción, cuando no es tal, sino una simple y obligada consecuencia del incumplimiento de las condiciones suscritas, como se desprende con meridiana claridad del artículo 116.3.c) de la propia Ley de Aguas, que considera, entre las infracciones administrativas, "el incumplimiento de las condiciones impuestas en las concesiones", susceptible, por tanto de la correspondiente sanción prevista en el artículo 117, pero ello "sin perjuicio de su caducidad", que constituye simplemente una de las formas de extinción de la concesión.

Hecha esta aclaración, no encontramos en el precepto la ilegalidad que se denuncia.

El precepto reglamentario no obliga a declarar la caducidad, sino solamente a incoar el expediente en el que, en su caso, la Administración habrá de decidir, haciendo uso del "podrán" en el que se expresa la Ley, de modo que en absoluto puede concluirse que la norma de inferior rango colisiona con la superior.

Y en cuanto a la afirmación de que las "condiciones esenciales del condicionado" sea una definición ilegal de las "condiciones esenciales de la concesión" a las que se refiere la Ley, estamos de acuerdo con el Abogado del Estado en que constituye una distinción que hace la parte claramente artificiosa y sin incidencia alguna sobre el nítido sentido del concepto legal, nada afectado por la redacción del Plan.

CUARTO.- Finalmente, insta la demandante la nulidad de los párrafos penúltimo y antepenúltimo del artículo 36 de la normativa del Plan, en los que se dice que

<<La revisión así realizada, al no afectar a los derechos reales preexistentes, no dará lugar a indemnización.

De conformidad con el artículo 59 del texto refundido de la Ley de Aguas, los caudales ecológicos constituyen una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de aprovechamiento, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos, por lo que la comunicación al titular de los caudales ecológicos que concretamente haya de respetar su aprovechamiento, no supondrá la revisión de la concesión para su adecuación a los Planes Hidrológicos en los términos del artículo 65.3 del texto refundido de la Ley de Aguas, salvo en aquellos casos en que la aprobación de un nuevo Plan altere tan sustancialmente los caudales disponibles o los usos a que éstos puedan destinarse, que en la práctica implique la desaparición del aprovechamiento o su inviabilidad>>.

Se argumenta en contra de su legalidad que modifican el art. 65.3, según el cual las concesiones podrán ser revisadas cuando lo exija su ordenación a los Planes Hidrológicos, en cuyo caso "el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa".

En este punto, la pretensión de la demanda ha de ser acogida.

El Abogado del Estado monta su contraargumentación sobre la base de lo dispuesto en el artículo 59.7 del TRLA, según el cual los caudales ecológicos "no tendrán el carácter de uso a efectos de lo previsto en ese artículo y siguientes, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación", de donde deduce que constituyen un límite implícito de las concesiones, de modo que su fijación en el Plan no puede considerarse una modificación de las concesiones determinada por el planeamiento, sino como una limitación estructural de los sistemas de explotación, ya que ni siquiera podría hablarse de su adaptación al Plan, el cual únicamente vendría a especificar un límite legal que ya pesaba estructuralmente sobre la concesión, que de ningún modo podía extenderse legalmente a caudales ecológicos mínimos".



La argumentación choca con el contenido del propio texto reglamentario, que se mete explícitamente a aceptar supuestos en los que por causa del respeto al caudal ecológico, sí proceda la indemnización sugerida en el artículo 65.3.

Es por eso que no cabe admitir que por vía reglamentaria y concretamente de planificación, se entre en la delimitación de un precepto legal que contiene los elementos suficientes para su aplicación y desarrollo jurisprudencial y menos en términos de clara contradicción conceptual, como la que hemos dejado indicada.

QUINTO.- No ha lugar a especial declaración sobre las costas (art. 139 de la LJC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Productores de Energías Renovables (APPA) contra el Real Decreto 1332/2012, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica de Galicia-Costa, anulamos los párrafos penúltimo y antepenúltimo del artículo 36 de la normativa del Plan. Sin costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos Segundo Menendez Perez Luis Maria Diez-Picazo Gimenez Maria del Pilar Teso Gamella Jose Luis Requero Ibañez Ramon Trillo Torres **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Ramon Trillo Torres, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.