



Roj: **STSJ AND 662/2023 - ECLI:ES:TSJAND:2023:662**

Id Cendoj: **41091330032023100147**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **3**

Fecha: **23/02/2023**

Nº de Recurso: **841/2021**

Nº de Resolución: **246/2023**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **VICTORIANO VALPUESTA BERMUDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SEVILLA.

SECCION TERCERA.

RECURSO Núm. 841/2021

Registro General Núm. 3395/2021

S E N T E N C I A N º 246/2023

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Victoriano Valpuesta Bermúdez. Presidente.

Don Guillermo del Pino Romero.

Doña María José Pereira Maestre.

En la ciudad de Sevilla, a veintitrés de febrero del año dos mil veintitrés.

Vistos por la Sala en Sevilla de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, los autos correspondientes al recurso seguido en esta Sección Tercera con el **núm. 841/2021**, interpuesto por doña Melisa, representada por el Procurador don Jaime Blasco Rodríguez, y defendida por Letrado, contra la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es indeterminada. Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Victoriano Valpuesta Bermúdez, que expresa el parecer de la Sala.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO.- El recurso se interpuso contra la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir desestimatoria del recurso de reposición deducido frente a la resolución de 2 de marzo de 2021 por la que, en expediente de comunicación de uso privativo de aguas públicas por disposición legal a efectos de su inscripción en la Sección B del Registro de Aguas, se acuerda denegar la inscripción del aprovechamiento solicitado, prohibiendo al mismo tiempo la captación de aguas e imponiendo la obligación de retirar todo elemento que haga suponer la detracción de aguas subterráneas.

SEGUNDO.- En el escrito de demanda la parte recurrente solicitó que se dictara sentencia por la que se anulase la resolución recurrida, por considerarla contraria a Derecho, en los términos interesados en el *suplico*.

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 desestimase íntegramente los pedimentos de la demanda.



Recibido el recurso a prueba para dar por reproducida la documental acopiada, se dio ocasión a las partes para que formularan sus escritos de conclusiones, quedando a continuación las actuaciones concluidas para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado todas las prescripciones legales, salvo determinados plazos procesales, por acumulación de asuntos ante la Sala, procediéndose a la deliberación, votación y fallo en el día de ayer, en el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Constituye el objeto del recurso la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir desestimatoria del recurso de reposición deducido frente a la resolución de 2 de marzo de 2021 por la que, en expediente de comunicación de uso privativo de aguas públicas por disposición legal a efectos de su inscripción en la Sección B del Registro de Aguas, se acuerda denegar la inscripción del aprovechamiento solicitado, prohibiendo al mismo tiempo la captación de aguas e imponiendo la obligación de retirar todo elemento que haga suponer la detracción de aguas subterráneas.

La recurrente había solicitado el 12 de septiembre de 2019 la inscripción en la Sección B del Registro de Aguas de un pozo ubicado en la FINCA000, parcela NUM000, polígono NUM001, del término de Hinojos (Huelva), destinado a riego de 4,65 hectáreas de olivar por goteo, siendo la resolución de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de 2 de marzo de 2021 de disconformidad con el aprovechamiento pretendido, al haberse comprobado que la captación solicitada se encuentra en la masa de agua ES050MSBT00055101 Almonte declarada por la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir el 16 de julio de 2020 como en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo (BOE nº 227 de 24 de agosto de 2020). Se citaba el artículo 54.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas que permite, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, aprovechar las aguas subterráneas en un predio cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 m³, pero añade que "en los acuíferos que hayan sido declarados sobreexplotados o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este apartado sin la correspondiente autorización". Cuando se refiere a "acuíferos declarados sobreexplotados o en riesgo de estarlo" debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta del TRLA, introducida por la Ley 11/2012: "Las referencias en el articulado de esta Ley a los acuíferos sobreexplotados se entenderán hechas a las masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico". También se citaba el artículo 171.5 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, que expresa que la declaración de sobreexplotación delimitará el perímetro de la zona afectada y llevará aparejado la "b) Suspensión del derecho establecido en el artículo 54.2 del texto refundido de la Ley para la apertura de nuevas captaciones. Este tipo de uso queda sometido, durante la vigencia de la situación de sobreexplotación, al régimen de autorización que se haya establecido expresamente para ésta en la declaración, sin que ello dé lugar a indemnización".

Alega la recurrente en su demanda, primeramente, que si bien para solicitudes de aprovechamiento de volúmenes inferiores a 7000 m³ la Administración Hidráulica no dispone de un plazo específico de resolución, en el caso presente se habría superado el plazo establecido en la disposición adicional sexta del texto refundido de la Ley de Aguas que regula la resolución de expedientes sobre otras actuaciones de dominio público dominio distintas de las concesiones de seis meses y un año desde la solicitud a la resolución denegatoria de la misma; que se da la vulneración del principio de irretroactividad, no siendo equiparable el tratamiento jurídico que debe darse al uso privativo del agua por disposición legal, con el derecho a la obtención de una concesión de aguas; que invoca la sentencia de la Sala de Málaga de este T.S.J. (Sección Primera, recurso 711/2017) de 8 de julio de 2019 pues en un supuesto similar al presente, en el que se comprobó que trasladadas las coordenadas UTM de la captación objeto "se encontraban dentro de uno de los perímetros de protección de cantidad de la masa de agua sin clasificar establecidos en el Plan Hidrológico de la Demarcación de 2016 concretamente su artículo 22", consideró que "la solicitud del recurrente ha de regirse por el Plan Hidrológico vigente a la fecha de su solicitud es decir el del 2013 y no por el contrario por el de 2016 aplicado por la Confederación y que establecía las limitaciones que le impidieron la inscripción; y ello en base a que entre la fecha de la comunicación o solicitud (30 de junio de 2015) y la de la resolución (14 de junio de 2017) transcurrieron en exceso los 18 meses a los que nos hemos referido anteriormente", unido al hecho de la inmotivada aplicación retroactiva de las normas consideradas por la Administración.

Pues bien, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado, en efecto, cuando la disconformidad de un aprovechamiento previsto en el art. 54.2 TRLA se ha fundado en las determinaciones establecidas en el Plan Hidrológico del Guadalquivir de 2016, en relación con el Plan Especial de Ordenación de las zonas de regadío ubicadas al norte de la Corona Forestal de Doñana de 2014, siendo la comunicación del particular de fecha anterior, ajustándose al régimen transitorio previsto *ad hoc*. Así, en su sentencia 1741/2022 de 22



de diciembre (recurso 1733/2022), después de recordar que, en efecto, no nos encontramos aquí ante el ejercicio de una potestad discrecional, como es el otorgamiento de una concesión para el uso privativo de aguas públicas (art. 59.4 TRLA) que, de conformidad con tal naturaleza, se rige por la legislación vigente cuando la Administración la materializa mediante el otorgamiento de la concesión, sino ante una potestad reglada, pues es el legislador (art. 54.2 TRLA) el que ha reconocido a favor del dueño de un predio, "en las condiciones que reglamentariamente se establezcan", un derecho al uso privativo de las aguas subterráneas y de manantiales que en él se encuentran hasta un determinado límite volumétrico y con las salvedades que indica en relación con los acuíferos sobreexplotados, expone que "la discusión acerca de cuál sea la normativa aplicable a las solicitudes de carácter reglado que los interesados formulan a la Administración cuando se produce un cambio normativo durante el curso de su tramitación (...) deja de cobrar sentido cuando nos encontramos ante la previsión de un régimen transitorio, pues en ese caso será ese régimen transitorio el que resulte de aplicación, siempre que se respeten, lógicamente, los márgenes que en relación con la retroactividad establece el art. 9.3 CE (...) y eso es lo que ocurre en este caso en el que son las propias normas vigentes al tiempo de resolver, y muy especialmente, la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1/2016, de 8 de enero, por el que se aprueba la revisión, entre otros, del Plan Hidrológico de la demarcación del Guadalquivir, las que establecen este régimen transitorio", la cual establece: " *En la tramitación de expedientes que todavía se encuentren pendientes de resolución final, la Oficina de Planificación de la correspondiente Confederación Hidrográfica o la unidad que desempeñe esas funciones en la Comunidad Autónoma del País Vasco dentro de su ámbito competencial, deberá ratificar aquellos informes de compatibilidad con el plan hidrológico que hubiera realizado con anterioridad a la entrada en vigor de este real decreto. En caso de no ratificación, deberá emitirse un nuevo informe de compatibilidad, procediéndose según el caso de conformidad con el artículo 108.3 y 4 del RDPH*". Es decir, es la propia norma la que configura el régimen que haya de aplicarse a los expedientes que se encuentran pendientes al tiempo de su entrada en vigor, exigiendo su conformidad con el nuevo planeamiento hidrográfico, cualquiera que haya sido su fecha de iniciación, debiendo, por tanto, en los términos del art. 108.3 y 4 del RDPH, denegarse aquellos aprovechamientos pendientes de resolución, cualquiera que sea su naturaleza discrecional o reglada, que sean incompatibles con este nuevo plan aprobado en 2016, cuyas previsiones, en este caso, se complementan con las del Plan Especial de Ordenación aprobado por Decreto 178/2014".

Pero en el caso que nos ocupa no estamos en ese supuesto en que entra en vigor un nuevo Plan Hidrológico de la cuenca que, según el régimen transitorio que prevé, impidiera otorgar la conformidad a la comunicación que ya se hubiese interesado, sino ante la declaración por la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca de hallarse la masa de agua ES050MSBT00055101 Almonte, donde se encuentra el aprovechamiento solicitado, en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo, verificada el 16 de julio de 2020 mientras se tramitaba la solicitud del recurrente. Se decía que con la publicación del anuncio de esta declaración en el Boletín Oficial del Estado, lo que tuvo lugar el 24 de agosto de 2020, "son plenamente vigentes las limitaciones y plazos al respecto contemplados tanto en el Real Decreto Ley 1/2001 de 20 de Julio, Texto Refundido de la Ley de Aguas como en el Real Decreto 849/1986 de 2 de Agosto, Reglamento del Dominio Público Hidráulico".

No puede predicarse que tal declaración tuviera efectos desfavorables cuando responde, como ocurre con la planificación hidrológica, a la protección del dominio público y del interés general. Tampoco puede sostenerse que le resultara de toda inoperancia para su solicitud pues dicho acto no consta recurrido por el interesado, cuyo derecho al aprovechamiento aún no se había consolidado ni integrado en su patrimonio. Y tal acto produjo los efectos previstos en la normativa de aplicación: la suspensión del derecho establecido en el artículo 54.2 TRLA para la apertura de nuevas captaciones. El citado artículo 171.5 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico establece, en efecto, que la declaración de la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca de acuífero sobreexplotado o en riesgo de estarlo, "delimitará el perímetro de la zona afectada y llevará aparejados los siguientes efectos: (...) b) Suspensión del derecho establecido en el artículo 54.2 del texto refundido de la Ley de Aguas para la apertura de nuevas captaciones. Este tipo de uso queda sometido, durante la vigencia de la situación de sobreexplotación, al régimen de autorización que se haya establecido expresamente para ésta en la declaración, sin que ello dé lugar a indemnización.(...) d) Establecimiento de las limitaciones de extracción o criterios de explotación que sean necesarios como medida preventiva y cautelar hasta la aprobación del plan de ordenación".

Alega la recurrente que los efectos de esa declaración no son los que la Administración pretende darle en su resolución, la cual no cita el artículo 56 TRLA, advirtiendo que el Organismo de cuenca ni ha constituido a fecha de la demanda la Comunidad de Usuarios de Almonte, ni ha aprobado pese a haber transcurrido ya el año previsto en el texto legal el programa de actuación que establece el régimen de extracciones, ni ha determinado perímetros de protección dentro de la referida masa de agua subterránea en los que sería necesaria la autorización para realizar determinadas obras de infraestructura.

Dicho precepto establece:



"Artículo 56. Masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico.

1. La Junta de Gobierno, sin necesidad de consulta al Consejo del Agua, podrá declarar que una masa de agua subterránea está en riesgo de no alcanzar un buen estado cuantitativo o químico, en este caso, se llevarán a cabo las siguientes medidas:

a) En el plazo de seis meses, el Organismo de cuenca constituirá una comunidad de usuarios si no la hubiere, o encomendará sus funciones con carácter temporal a una entidad representativa de los intereses concurrentes.

b) Previa consulta con la comunidad de usuarios, la Junta de Gobierno aprobará en el plazo máximo de un año, desde que haya tenido lugar la declaración, un programa de actuación para la recuperación del buen estado de la masa de agua, que se incluirá en el programa de medidas a que hace referencia el artículo 92 quáter. Hasta la aprobación del programa de actuación, se podrá adoptar las limitaciones de extracción así como las medidas de protección de la calidad del agua subterránea que sean necesarias como medida cautelar.

2. El programa de actuación ordenará el régimen de extracciones para lograr una explotación racional de los recursos con el fin de alcanzar un buen estado de las masas de agua subterránea, y proteger y mejorar los ecosistemas asociados, para lo cual podrá, entre otras medidas:

a) Establecer la sustitución de las captaciones individuales preexistentes por captaciones comunitarias, transformándose, en su caso, los títulos individuales con sus derechos inherentes, en uno colectivo que deberá ajustarse a lo dispuesto en el programa de actuación.

b) Prever la aportación de recursos externos a la masa de agua subterránea, en ese caso incluirá los criterios para la explotación conjunta de los recursos existentes en la masa y de los externos.

c) Incluir un perímetro en el cual no será posible el otorgamiento de nuevas concesiones de aguas subterráneas a menos que los titulares de las preexistentes estén constituidos en comunidades de usuarios, de acuerdo con lo dispuesto en el capítulo IV del Título IV y teniendo en cuenta lo previsto en la disposición adicional séptima.

d) Determinar perímetros de protección de las masas de agua subterránea en los que será necesaria su autorización para realizar obras de infraestructura, extracción de áridos u otras actividades e instalaciones que puedan afectarla, sin perjuicio de aquellas otras autorizaciones que sean necesarias de acuerdo con la legislación sectorial de que se trate. Tal delimitación y condiciones vincularán en la elaboración de los instrumentos de planificación así como en el otorgamiento de las licencias, por las Administraciones públicas competentes en la ordenación del territorio y **urbanismo**.

3. El programa de actuación contemplará las condiciones en las que temporalmente se puedan superar las limitaciones establecidas, permitiendo extracciones superiores a los recursos disponibles de una masa de agua subterránea cuando esté garantizado el cumplimiento de los objetivos medioambientales.

4. Cuando como consecuencia de la aplicación del programa de actuación se mejore el estado de la masa de agua subterránea, el organismo de cuenca, de oficio o a instancia de parte, podrá reducir progresivamente las limitaciones del programa y aumentar, de forma proporcional y equitativa, el volumen que se puede utilizar, teniendo en cuenta, en todo caso, que no se ponga en riesgo la permanencia de los objetivos generales ambientales previstos en el artículo 92 y siguientes".

Entiende la recurrente que es de aplicación este precepto y no el artículo 171 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico que no fue reformado tras la redacción dada al artículo 56 del texto refundido de la Ley de Aguas por el apartado cuatro del artículo primero de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, y con el que entra "en contradicción", y que a la fecha de resolución del expediente ya tenía el Organismo de cuenca que haber dado cumplimiento a las obligaciones derivadas del artículo 56 TRLA, antes referidas, así como haber recogido en su declaración de masa en riesgo unas específicas limitaciones cautelares hasta la aprobación del programa de actuación, y haber definido qué limitaciones adoptaba y en qué términos hasta la aprobación del programa de actuación.

Opone el Abogado del Estado que ello no puede enervar la "suspensión" prevista en el art. 171 RDPH, que debe entenderse derogado en lo que se oponga al art. 56 (v.gr. necesidad de audiencia del Consejo del Agua en el procedimiento de declaración de la masa de agua en riesgo), pero no en lo restante, como es el caso de los criterios para determinar que una masa de agua esté en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico, y los efectos de la declaración, entre los que se encuentra la "suspensión del derecho establecido en el art. 54.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas para la apertura de nuevas captaciones", efecto este que, ciertamente, no entra en contradicción alguna con el precepto legal, el cual establece la posibilidad, mera posibilidad, de que el programa de actuación pueda arbitrar medidas de ordenación del régimen de extracciones, así como cautelarmente las medidas allí previstas hasta su aprobación.



Añade la recurrente que discrepa de "los efectos supuestamente aparejados a la declaración" efectuada por la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, porque no respeta el principio de retroactividad que sí han establecido otros Organismos de Cuenca en sus declaraciones de las masas de agua en riesgo de no alcanzar su buen estado cuantitativo, como es el caso del "Anuncio de la Confederación Hidrográfica del Guadiana sobre declaración de la masa de agua subterránea Campo de Calatrava en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo", en el que, si bien conforme a lo establecido en el apartado b) del punto 5 del artículo 171 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, "se suspende el derecho establecido en el artículo 54.2 del texto refundido de la Ley de Aguas para la apertura de nuevas captaciones, y no se otorgarán autorizaciones sobre los mismos establecidas en dichos artículos", se hace expresa indicación que "las solicitudes presentadas con anterioridad a la fecha de la presente declaración se tramitarán de conformidad con las disposiciones vigentes a la fecha de su presentación".

Sin embargo, esta expresa indicación no viene exigida por el referido precepto reglamentario, ni por la naturaleza del derecho previsto en el artículo 54.2 TRLA, ajustado a las "condiciones que reglamentariamente se establezcan", pudiendo ser distintas las circunstancias concretas de cada masa de agua de las diferentes demarcaciones al momento de declararlas en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo. Y lo cierto fue que tal cláusula de retroactividad no se contuvo en la declaración efectuada por la Junta de Gobierno de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir celebrada el 16 de julio de 2020, que decidió proceder a la declaración de las masas de agua subterránea ES050MSBT00055105 La Rocina, ES050MSBT00055101 Almonte y ES050MSBT00055102 Marismas como en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo y también la de la masa de agua subterránea ES050MSBT00055105 La Rocina como en riesgo de no alcanzar el buen estado químico. Se decía expresamente, de conformidad con la previsión general contenida en el artículo 39 de la Ley 39/2015 relativo a la eficacia de los actos administrativos, que "desde la publicación en el Boletín Oficial del Estado del presente anuncio son plenamente vigentes las limitaciones y plazos al respecto contemplados tanto en el Real Decreto Ley 1/2001 de 20 de Julio, Texto Refundido de la Ley de Aguas como en el Real Decreto 849/1986 de 2 de Agosto, Reglamento del Dominio Público Hidráulico", publicación efectuada el 24 de agosto de 2020 del referido anuncio que terminaba así: "Lo que se comunica para general conocimiento, significándose que contra el presente acuerdo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo (...) en el plazo de dos meses, contados a partir de la fecha de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado", todo ello de conformidad con los artículos 14, 45 y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".

Alega igualmente la recurrente que aun cuando se considere de aplicación el artículo 171 del RDPH, regula exclusivamente una suspensión cautelar del derecho establecido en el artículo 54.2 del RDPH y no utiliza la expresión "denegación" del referido derecho, por lo que en su caso se debió suspender cautelarmente el mismo hasta lo que dispusiese el correspondiente programa de actuación. Pero tampoco este alegato puede estimarse pues la "suspensión" del derecho al aprovechamiento de aguas subterráneas establecido en el expresado artículo 54.2 del texto refundido de la Ley de Aguas cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos, para nuevas captaciones, implica denegar la conformidad a la solicitud de la recurrente. Al momento de resolver la Administración demandada se atuvo, pues, a la exigencia legal y reglamentaria expresada, una vez se había procedido a la referida declaración de 16 de julio de 2020 por la Junta de Gobierno del Organismo de cuenca, cuyo anuncio determinaba la "suspensión" del derecho pretendido desde su publicación en el Boletín Oficial del Estado, sin que tal declaración se hubiese recurrido interesando a su vez la suspensión de sus efectos. La inactividad del Organismo de cuenca que se denuncia por la demandante no afecta a la validez del acto que se impugna.

El recurso, pues, se ha de desestimar.

SEGUNDO.- En cuanto a las costas del proceso, y por aplicación del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no procede su imposición dadas las serias dudas jurídicas del presente caso.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones expresadas en el antecedente de hecho primero, las cuales confirmamos por considerarlas conformes al Ordenamiento jurídico. 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.



Y a su tiempo, con certificación de esta sentencia para su cumplimiento, devuélvase el expediente administrativo al lugar de su procedencia.

Así por esta nuestra sentencia que se notificará en legal forma a las partes, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ