

Apuntes sobre algunos límites a la caducidad de las concesiones hidrológicas (a propósito del dictamen 206/2023 del Consejo de Estado)

FERNANDO JIMÉNEZ COLORADO
Letrado de Consejo de Estado

- 1. Introducción**
- 2. Resumen del expediente**
- 3. Consideraciones jurídicas de interés**
 - 3.1. El guadianesco embalse
 - 3.2. La interpretación estricta de las condiciones esenciales de la concesión
 - 3.3. La superficie regada y el principio de proporcionalidad

1 Introducción

Como es sabido, el rasgo más definitorio del derecho administrativo consiste en que las relaciones jurídicas entre los poderes públicos y los ciudadanos están marcadas por un plano de desigualdad (Villar Palasí la denominaba “verticalidad”) merced a una serie de prerrogativas exorbitantes inexistentes e inimaginables en el derecho civil. En este punto, el gran administrativista francés Jean Rivero distinguió dos planos en la posición de supremacía de la Administración. De un lado, las potestades exorbitantes o “privilegios en más” para imponer autoritariamente su voluntad, autotutela justificada en la defensa del interés público que la Administración representa. De otro lado, las garantías o “privilegios en menos”, contrapesos en beneficio del administrado (procedimiento administrativo, recurso administrativo, control jurisdiccional de la actuación administrativa).

La caducidad de las concesiones demaniales constituye una forma de extinción de las mismas por transcurso del plazo para el que fueron otorgadas o por incumplimiento de sus condiciones imputable al concesionario. Esta se-

gunda especie de caducidad es la llamada caducidad-sanción¹, fundamentada en la insatisfacción del interés público que justificó el otorgamiento y mantenimiento de un derecho de aprovechamiento sobre un bien de dominio público. En palabras del dictamen 952/2004, de 29 de abril, del Consejo de Estado: “[...] puesto que el incumplimiento por parte de la concesionaria evidencia que el interés público que justificó el otorgamiento y su propia razón de ser no se está viendo satisfecho, por lo cual es procedente declarar su caducidad”.

La posibilidad de declarar la caducidad concesional es, en sí misma, una potestad administrativa que permite modificar unilateralmente el estatuto jurídico del concesionario. Más específicamente, es una potestad de intervención o de gravamen, cuyo ejercicio produce actos desfavorables que limitan o restringen la esfera jurídica del interesado, privándole de un derecho subjetivo de contenido patrimonial que hasta entonces había disfrutado. Como tal, está sujeta a determinados límites previstos por la normativa especial de aguas, que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de perfilar en sus dictámenes².

Pues bien, en este punto resulta especialmente interesante el dictamen 206/2023, de 20 de abril³, en el que se abordaron dos interesantes límites a la caducidad demanial: la interpretación estricta de las causas previstas en la norma aplicable y el principio de proporcionalidad, siendo este segundo aspecto más novedoso.

Lo dictaminado en el expediente referido puede ser de interés para los entes locales, que, como sucedió precisamente en ese caso, pueden ser concesionarios de aguas públicas y verse inmersos en procedimientos similares que les perjudiquen.

2 Resumen del expediente

Se trataba de una concesión de aguas otorgada en 1976 en favor del Ayuntamiento de Majadas de Tiétar (provincia de Cáceres) para riego agrícola

1. Rodríguez-Arana Muñoz, J. (1994). La caducidad de las concesiones y autorizaciones de aguas (I). *Actualidad Administrativa*, 1, 1-10.

2. En este sentido, cabe recordar que es preceptiva la consulta al Consejo en lo relativo a “Nulidad, interpretación, modificación y extinción de concesiones administrativas, cualquiera que sea su objeto, cuando se formule oposición por parte del concesionario y, en todo caso, cuando así lo dispongan las normas aplicables”, conforme al artículo 22.12 de su ley orgánica. A estos efectos, son irrelevantes los motivos de la oposición, así como su grado de fundamentación, de modo que la expresión por el concesionario del mero deseo de conservarla es suficiente como para desencadenar la intervención del Alto Cuerpo Consultivo. Extremo este que, tal vez, convendría revisar algún día.

3. Publicado en la base de datos del BOE, al igual que los otros que se citan en la presente crónica consultiva.

de una finca titularidad del mismo consistorio. Del condicionado del título, interesa aquí destacar una superficie regada de 250 hectáreas y una potencia instalada de tres grupos de 200 CV cada uno.

En 2021 se inició el expediente de extinción por caducidad por incumplimiento de condiciones esenciales (no se habían construido las instalaciones proyectadas, pero sí un embalse no proyectado ni autorizado) con la extraña peculiaridad de que esos incumplimientos se habían apreciado en una visita de reconocimiento que había tenido lugar nada menos que en 2002. Constaba asimismo que en 2003 el interesado había solicitado iniciar un expediente de modificación de las condiciones que se archivó en 2007, sin que figurasen claramente las razones. El asunto se dejó estar durante 14 años, hasta que se reanudó en 2021.

Los informes de los órganos de la Confederación Hidrográfica que trámító el expediente de caducidad no eran del todo homogéneos entre sí, apuntando diversas causas de caducidad. La presente crónica se centrará en el incumplimiento de tres supuestas condiciones esenciales: construcción de un embalse no proyectado, modificación de la potencia instalada y alteración de la superficie regada. Todo ello habría sido llevado a cabo por el concesionario sin la preceptiva autorización del organismo de cuenca. La Abogacía del Estado informó favorablemente a la extinción, y el instructor propuso declarar la caducidad.

Por su parte, el concesionario se oponía a la extinción esgrimiendo la "gran importancia socioeconómica al proporcionar empleo y contribuir a la fijación de la población en el territorio, habiendo sido por ello objeto de importantes inversiones por parte de la Junta de Extremadura y del Ayuntamiento de Majadas de Tiétar". Precisamente, la Junta de Extremadura se personó en el procedimiento y alegó en favor de mantener el aprovechamiento.

3 Consideraciones jurídicas de interés

El dictamen concluyó oponiéndose a la declaración de caducidad y recomendando incoar, en su lugar, un expediente de modificación de las condiciones de la concesión. Para ello, se apoyó en tres argumentos que a continuación se glosan y que consistieron en objeciones al planteamiento de la Administración activa, de muy escasos esfuerzos argumentativos y probatorios.

3.1

El guadianesco embalse

Ya en el primer expediente iniciado en 2001, la Administración hidrológica denunció que el concesionario había modificado el sistema de riego construyendo un embalse no previsto en el proyecto técnico, y que tampoco fue autorizado después. A pesar de su aparente gravedad, dicho expediente se archivó, y no llegó a iniciarse un procedimiento de extinción por incumplimiento. Después, ya en sede del expediente de caducidad que dio lugar al dictamen glosado, la existencia de ese embalse figuraba en los informes de la Confederación, pero a título de mera circunstancia de hecho, sin reflejo en la fundamentación jurídica. No llegaba a invocarse como causa de caducidad ni en los informes ni en la propuesta de resolución del instructor. Como los ojos del Guadiana, aparecía y desaparecía a lo largo del expediente.

Esta dislocación entre los antecedentes de hecho manejados por el organismo de cuenca y la relevancia jurídica que les concedió inducía a cierta confusión en cuanto al sentido exacto de la propuesta de resolución. Llamaba la atención que la Administración recogiese la existencia de un embalse no autorizado, lo que podría constituir una causa de caducidad por incumplimiento, para después no esgrimirlo como tal, lo que seguramente habría fortalecido su argumentario.

Así las cosas, el dictamen aclaró: “Este Consejo de Estado considera que, en este caso, no es posible tener tal circunstancia como causa de caducidad, puesto que el expediente se ha tramitado en tal sentido y, en consecuencia, no contiene suficientes elementos de juicio para realizar tal calificación”. En efecto, correspondía a la Administración hidrológica alegar y probar las causas de caducidad que fundamentasen la extinción del derecho, al ser un expediente iniciado de oficio y, más especialmente, porque del mismo se podían derivar consecuencias desfavorables para el interesado.

De este modo, se salvó esta incongruencia entre lo que parecía que se iba a decir y lo que finalmente se dijo, optando por valorar lo que sí se dijo, y no tener en cuenta esta circunstancia como posible causa de caducidad.

3.2

La interpretación estricta de las condiciones esenciales de la concesión

El segundo incumplimiento imputado por la Confederación al concesionario consistía en dos cuestiones que no probó: (i) que había modificado al

alza, y sin autorización, la potencia instalada de los equipos de bombeo del agua que alimentaban el regadío; y (ii) que esto repercutía, a su vez, en un incremento del volumen máximo anual y del caudal máximo instantáneo a derivar.

En este punto, el dictamen formuló dos observaciones.

Primero, la potencia máxima instalada no es una condición esencial cuyo incumplimiento habilite a declarar la caducidad. Si bien “condición esencial” o “característica esencial” (términos usados indistintamente por la Ley de aguas y el Reglamento del dominio público hidráulico) son en sí mismas conceptos jurídicos indeterminados, la definición de su contenido no queda a la interpretación del aplicador de la norma. El artículo 144.2 del citado reglamento recoge una enumeración de dichas condiciones o características esenciales con carácter exhaustivo o cerrado, pues no emplea cláusulas de apertura que permitan incluir otras cuestiones distintas de las indicadas (del estilo “u otras similares” o “entre otras”).

Se impuso en este caso la interpretación estricta de los preceptos relativos a las condiciones esenciales, tanto por la interpretación literal del citado artículo 144.2 del Reglamento como por la naturaleza de la potestad administrativa que regula, de carácter ablatorio.

Asimismo, en el expediente la Confederación no había acreditado el aumento de esa potencia instalada. Lo único que constataba era la modificación de los equipos de bombeo y de su ubicación en la finca irrigada, pero ni siquiera se llegaba a recoger la potencia de esos nuevos equipos. A partir de ese cambio, la Administración hidrológica deducía, sin más, que la potencia se había incrementado. El dictamen recordó un precedente muy similar:

“En este sentido, ya se apuntó en el dictamen número 398/2020, de 24 de septiembre, de este Consejo de Estado (también relativo a un expediente de caducidad de un aprovechamiento de aguas por incumplimiento de condiciones esenciales):

‘ii. Mas tienen razón los concesionarios al señalar que la potencia de las instalaciones construidas para derivar las aguas del río a las fincas cuyo riego se había concedido no constituye una característica esencial de la concesión, ex artículo 144.2 del Reglamento de Dominio Público Hidráulico, ni puede, por ende, su mera alteración dar lugar a un procedimiento de modificación del título concesional en aquellos supuestos en los que no haya quedado suficientemente acreditado que tal alteración ha incidido en el volumen máximo aprovechable, el caudal máximo instantáneo a derivar o cualquier otra característica esencial de la concesión, como ha ocurrido en el presente expediente’.

Segundo, era inválida la presunción recogida en el expediente, pero sin fundamento jurídico alguno, de que el aumento no probado de la potencia instalada suponía necesariamente un incremento de dos factores que sí eran condiciones esenciales del título concesional, por preverlo así expresamente el artículo 144.2 del Reglamento: el volumen máximo anual y el caudal máximo instantáneo a derivar. Tras recordar el contenido de uno de los informes del expediente, el dictamen razonaba:

“De este informe-propuesta se desprende que se ha constatado una variación de la superficie de riego, de lo que la Administración actuante deduce, a su vez y sin ninguna otra prueba, una modificación del caudal máximo instantáneo concedido y del volumen máximo anual. Lo cierto es que en el expediente solamente se ha acreditado la modificación de la superficie regada, que, según la inscripción del Registro de Aguas Públicas de la CHT (antecedente primero) es de 250 hectáreas, mientras que en el acta de reconocimiento el concesionario reconoce que su infraestructura de riego solo alcanza para irrigar 131 hectáreas (este es el único medio de prueba que obra en el expediente sobre la reducción de dicha superficie). En ningún documento del expediente se aportan datos o documentos que acrediten la modificación del volumen ni del caudal a derivar. Por ejemplo, podrían haberse comprobado, con ocasión de la visita de reconocimiento, los contadores que el concesionario está obligado a instalar en los equipos de bombeo y que permiten medir el volumen extraído. Simplemente se da por supuesto a partir de la constatación de la reducción de la superficie regable y del aumento (ni cuantificado ni probado) de la potencia instalada. Si bien en teoría sería plausible tal deducción, lo cierto es que la Administración actuante no ha desplegado una diligencia indagatoria suficiente como para acreditar dicho impacto en el volumen o en el caudal. Este razonamiento deductivo ya fue censurado por el dictamen número 399/2020, de 17 de septiembre, de este Consejo de Estado, en el que se concluyó que el mero aumento de la potencia instalada (que en aquel expediente sí se había probado) no permitía deducir automáticamente un incremento del caudal derivado ni del volumen máximo anual, indicándose que estas circunstancias debían probarse por separado. Al igual que en esa consulta, en la ahora despachada debe precisarse que la modificación de la potencia instalada (potencia instalada que, como se ha indicado ya, no es una condición esencial) no constituye, en sí misma, una causa de caducidad del aprovechamiento, pero sí podría serlo cuando se acredita suficientemente que dicha modificación ha supuesto una alteración efectiva de una circunstancia calificada como condición esen-

cial por el artículo 144.2 del RDPH, como son el volumen máximo anual o el caudal instantáneo a derivar.

En el expediente consultado, no se aportan datos o documentos de ningún tipo que acrediten que se está extrayendo efectivamente el mismo volumen de agua para una superficie regada menor (este parece ser el razonamiento implícito de la Administración actuante), lo que podría permitir afirmar un despido o mal uso de los recursos hidrológicos y, por tanto, un incumplimiento de condiciones esenciales. No se sabe si estas dos características son actualmente superiores, iguales o inferiores a las permitidas. Desde luego, la carga de la prueba sobre la concurrencia de las causas de caducidad recae sobre la CHT, que inició de oficio el procedimiento de extinción, deber de acreditación que es incluso más intenso en un expediente como este, en el que se ejercitan potestades de intervención de las que pueden resultar consecuencias desfavorables o de gravamen para los administrados, como es jurisprudencia constante del Tribunal Supremo y doctrina consolidada de este Consejo de Estado respecto de los expedientes de caducidad de las concesiones”.

Por todo ello, se refutaba también este argumento.

3.3

La superficie regada y el principio de proporcionalidad

El tercer y posiblemente más interesante (por novedoso) argumento del dictamen fue una interpretación correctora, en sentido restrictivo, de la condición esencial “superficie regable en las concesiones para riego” del artículo 144.2 del Reglamento. En efecto, del expediente se desprendía que se había modificado la superficie regable, que en el título concesional de 1979 era de 250 hectáreas, mientras que al momento de girarse la visita de reconocimiento de 2022 se había reducido a 131 hectáreas. Ciertamente, el mentado artículo 144.2 se limita a indicar que la superficie regable es una característica esencial de la concesión, pero no precisa si la modificación de la misma que constituye causa de caducidad es su aumento, su disminución o ambos. A este respecto, el dictamen reflexionaba:

“En este caso, la Administración actuante solamente ha probado la reducción de la superficie regada. Si bien por ministerio del artículo 144.2 del RDPH (antes citado) dicha superficie regada es una condición esencial de la concesión, en este caso no cabe apreciar que dicho incumplimiento revista la entidad suficiente como para ameritar

una declaración de caducidad. En este sentido, la concepción más extendida y clásica de la caducidad de las concesiones entiende que se trata de un supuesto de extinción del título por incumplimiento grave de las obligaciones o cargas esenciales o cualificadas que incumben al concesionario por determinación del título o de la ley. Esta nota de gravedad del incumplimiento no viene específicamente exigida por el TRLA pero sí por otras normas: así lo exige, con carácter general para todas las concesiones demaniales, el artículo 100.f) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En relación con la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, que también exige ese incumplimiento grave en su artículo 86.3, cabe recordar que la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 2005 (recurso de casación número 3153/2002) invocó el principio de proporcionalidad, estimando que la desproporción entre lo proyectado en el título y lo ejecutado por el concesionario permitía determinar la gravedad del incumplimiento. Precisamente, el principio de proporcionalidad, entendido como adecuación cualitativa y cuantitativa entre los fines perseguidos y los medios desplegados para alcanzarlos, está consagrado en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que dispone:

'Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos'.

Pues bien, en el expediente sometido a consulta, este Alto Cuerpo Consultivo estima que no se han satisfecho las exigencias de este principio de proporcionalidad. La Administración actuante no ha motivado por qué la mera reducción de la superficie regada es causa de caducidad en tanto que perjuicio relevante para el interés público (aquí, la gestión racional de un recurso escaso como el agua), pues la concurrencia de una causa de caducidad implica una cierta insatisfacción relevante de los intereses públicos cuya salvaguardia justificó el otorgamiento de la concesión, como ha dicho en otras ocasiones este Consejo de Estado (por ejemplo en el dictamen número 952/2004, de 29 de abril). En este sentido, no es lo mismo que la superficie regada fuese mayor a la per-

mitida (lo que, a priori, sí exigiría un mayor volumen de agua para su riego) que, como en este caso, sea menor (algo más de la mitad), por lo que escasa parece ser la lesión al interés público (si es que la hay). No hay aquí proporcionalidad entre el incumplimiento menor de una condición esencial y la consecuencia más gravosa que puede acordar la Administración (la declaración de caducidad). Tampoco se ha escogido el medio menos lesivo (o la medida menos restrictiva) para los derechos o intereses de los particulares (como le impone el principio *pro libertatis o favor libertatis*) que permita salvaguardar el interés público tutelado por la Administración, que en este caso sería el expediente de modificación de las características de la concesión”.

Como se aprecia de estas consideraciones, el Consejo fundamentó una interpretación correctora, en sentido restrictivo, del artículo 144.2 del Reglamento para oponerse a la interpretación absurdamente literal que pretendía la Administración activa, y que conducía derechamente a una solución manifiestamente injusta. Recurriendo a los criterios interpretativos finalista y sistemático del artículo 3.1 del Código Civil, así como al principio de proporcionalidad, concluyó que en este caso no se habían incumplido condiciones esenciales de la concesión.

La invocación del principio de proporcionalidad en este campo fue novedosa, pues aunque el Alto Cuerpo Consultivo lo emplea como límite al ejercicio de la revisión de oficio (incardinándolo en la cláusula abierta “o por otras circunstancias” del artículo 110 de la LPAC) no lo había hecho, hasta el momento, en el terreno de la caducidad demanial.

Este razonamiento puso de manifiesto, una vez más, la gran importancia que revisten los principios generales del derecho en el ámbito administrativo. Su textura abierta y necesariamente inacabada (en expresión de H.L.A. Hart) los dota de una interesante plasticidad, permitiendo moldearlos (como si de una arcilla se tratase) para adaptarlos a las específicas circunstancias del caso, superando las inherentes limitaciones de la norma jurídica escrita (que nunca puede prever todas las soluciones a todos los posibles conflictos de intereses que se puedan plantear), y a la realidad social del momento. En efecto, son un potente canon hermenéutico de las normas escritas que permite averiguar su alcance y sentido totales, así como resolver los “casos difíciles” (en expresión de Ronald Dworkin) para los que el derecho positivo no siempre ofrece soluciones satisfactorias.