



Roj: STSJ AR 58/2013
Id Cendoj: 50297330032013100004
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Zaragoza
Sección: 3
Nº de Recurso: 238/2009
Nº de Resolución: 31/2013
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: IGNACIO MARTINEZ LASIERRA
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.ARAGON CON/AD SEC.2

ZARAGOZA

SENTENCIA: 00031/2013

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- SECCIÓN TERCERA DE REFUERZO -

RECURSO Nº 238/09 C

S E N T E N C I A Nº 31 DE 2013

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES

PRESIDENTE

D. LUIS IGNACIO PASTOR EIXARCH

MAGISTRADOS:

D. EMILIO MOLINS GARCIA ATANCE

Dª CARMEN SAMANES ARA

D. IGNACIO MARTINEZ LASIERRA

=====

En Zaragoza, a cuatro de febrero de dos mil trece.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sección Tercera, funcional de refuerzo, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, integrada por los Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal citados al margen, HA VISTO el presente recurso número **238/09 C** seguido entre la parte demandante **AYUNTAMIENTO DE MEDIANA DE ARAGON y COMUNIDAD DE REGANTES DE DIRECCION000** representados por la Procuradora Dª Elsa Bodín Langarica y defendidos por el Letrado D. Joaquín D'Ocón Ripio, la parte demandada la **CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL EBRO** representada y defendida por el Abogado del Estado y la parte codemandada **COMUNIDAD DE REGANTES DE DIRECCION001** representada por el Procurador D. Carlos Berdejo Gracián y defendida por el Letrado D. José Manuel de la Riva Fernández. Se ha seguido el procedimiento conforme a los trámites legalmente previstos para el procedimiento ordinario en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y tiene por objeto la impugnación de la Resolución de fecha 25 de marzo de 2009 recaída en expediente NUM000 , acordando autorizar a la Comunidad de Regantes de DIRECCION001 la modificación de determinadas características de la concesión otorgada el 31 de enero de 2008 por el Organismo de cuenca.

La cuantía del procedimiento ha quedado fijada en indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora formuló recurso contencioso administrativo en escrito que tuvo entrada en la Secretaría del Tribunal el día 8 de junio de 2009.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el recurso, y tras la recepción del expediente administrativo, se dedujo demanda basada en los hechos y fundamentos de derecho que constan en las actuaciones y que contenía su solicitud en el suplico recogido en los siguientes términos: "Que por recibido este escrito y los documentos que lo acompañan, se sirva admitir todo ello; por devuelto el expediente, por formalizada la **demanda** , y, en su día dicte sentencia por la que, estimando el recurso, anule la resolución impugnada y, consiguientemente declarar la improcedencia del otorgamiento de la concesión."

TERCERO.- De la demanda presentada se dio el traslado legalmente previsto a la Administración demandada, en cuya representación el Letrado actuante presentó contestación a la demanda mediante escrito cuyo suplico es del tenor literal siguiente: "que, admitiendo este escrito con sus copias, se sirva tener por contestada la demanda y, previos los trámites legales de rigor, dictar en su día Sentencia desestimatoria del recurso interpuesto."

Posteriormente se dio traslado a la representación de la parte codemandada, que presentó escrito de contestación cuyo suplico es el siguiente: "que de por recibido este escrito con sus preceptivas copias, se sirva tener por devuelto el expediente y contestada la demanda y, previos los trámites legales, dictar en su día Sentencia desestimando el recurso interpuesto."

CUARTO.- Por Providencia de fecha 11 de junio de 2009 fue designado Ponente del presente procedimiento el Ilmo. Sr. D. Jaime Servera Garcías, se recibió el pleito a prueba, una vez terminado el periodo legalmente establecido y en virtud de la adscripción de Magistrados de la Sala Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de Aragón a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal, por Providencia de fecha 15 de enero de 2013 fue designado nuevo Ponente el Magistrado de la Sala Civil y Penal el Ilmo. Sr. D. IGNACIO MARTINEZ LASIERRA fijándose para votación y fallo el día 22 de enero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso, interpuesto por el Ayuntamiento de Mediana de Aragón y por la Comunidad de Regantes de DIRECCION000 , la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Ebro de 25 de marzo de 2.009, que autorizó a la Comunidad de Regantes de DIRECCION001 la modificación de condiciones de la concesión otorgada el 31 de enero de 2.008, consistente en el aumento de la superficie regable y la incorporación de nuevos puntos de captación del río Aguas Vivas en el término municipal de Almonacid de la Cuba (Zaragoza).

SEGUNDO.- Los hechos relevantes para la resolución del recurso, según resultan del expediente administrativo y de las demás actuaciones, son los siguientes:

1.- Mediante escrito de 29 de julio de 1.999 (folios 3 y 4 del expediente) la Comunidad de Regantes de DIRECCION001 solicitó que se dejara sin efecto el archivo del expediente para la concesión administrativa del aprovechamiento de aguas subterráneas de los pozos o sondeos Z-11 y Z-12 del término municipal de Belchite y que se publicara la solicitud de concesión.

2.- Publicada la solicitud anterior en el BOP nº 269, de 23 de noviembre de 1.999 (folio 9 del expediente), presentó escrito de 24 de diciembre de 1.999 el Ayuntamiento de Mediana de Aragón (folio 12) solicitando la retirada del proyecto de extracción de 200 litros por segundo de los sondeos Z-11 y Z-12, por incompatibilidad con el acuífero del manantial de la Magdalena.

3.- Tras la tramitación pertinente, el Presidente de la Confederación Hidrográfica del Ebro dictó resolución de 25 de marzo de 2.009 (folios 402 a 421) autorizando la modificación de las características esenciales de la concesión otorgada con fecha 31 de enero de 2.008, consistente en el aumento de la superficie regable y la incorporación de nuevos puntos de captación, con las veintidós condiciones especificadas en la misma.

TERCERO.- La demanda del Ayuntamiento y de la Comunidad de Regantes de DIRECCION000 solicita que, por la estimación de su recurso, se anule la resolución impugnada y se declare la improcedencia del otorgamiento de la concesión. Fundamenta su petición, sustancialmente, en la afección que, en los términos del artículo 184.6 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico , se produciría en el manantial de la Magdalena de Mediana de Aragón. Considera que la concesión habrá de valorarse jurídicamente con un fundamento exclusivamente técnico, debiendo conocerse si los sondeos de la Comunidad de Regantes

de DIRECCION001 afectan al manantial de Mediana. Para ello anuncia que ha encargado un informe al Ingeniero Agrónomo D. Pedro Francisco que, por no haber sido finalizado en el momento de la presentación de la demanda, presentará cuando disponga del mismo.

Contesta el Abogado del Estado que, tras los requerimientos efectuados por el Jefe de la Sección de Aguas Subterráneas de la CHE a la Comunidad de Regantes de DIRECCION001, ésta modificó su solicitud reduciendo el caudal solicitado a 280 litros/segundo y el volumen máximo anual a 1.826.600 m³. Que hubo un informe de la Oficina de Planificación Hidrológica considerando elevado el volumen solicitado y, tras una visita de reconocimiento sobre el terreno el 25 de febrero de 2.005, el Área de Gestión del Dominio Público de la CHE propuso que se modificara la concesión con el complemento de los tres pozos o sondeos solicitados. Y que, en contestación al informe de la Abogacía del Estado, el Área de Gestión emitió informe técnico complementario de 26 de enero de 2.009, dando respuesta a las cuestiones suscitadas y manteniendo las conclusiones de su anterior informe con la variante de incluir una nueva condición en la concesión, por lo que el Presidente de la CHE resolvió con fecha 25 de marzo de 2.009 autorizar la modificación de las características esenciales de la concesión. Del informe del Área de Gestión extrae los datos siguientes:

*"El caudal **medio** del Manantial de Mediana de Aragón, tras los aforos realizados durante 35 años, es de 150 l/s, lo que supone una aportación de unos 5 hm³/año. Entendemos que incluso en el caso de que pasados todos los años el agua bombeada desde los pozos dejara de salir por el manantial, estaríamos ante una reducción de 1,3 hm³/año, quedando un remanente de 3,7 hm³/año para atender a los 2 hm³/año actualmente concedidos (1,8 para riego y 0,2 para abastecimiento)", de donde se infiere que "...no existe una afección, ya que la disminución del caudal prevista no implica una disminución del caudal realmente aprovechado por los usuarios del manantial de Mediana de Aragón".*

De lo anterior concluye el Abogado del Estado que debe comprobarse si, con arreglo a la definición técnica de "afección" del artículo 184.6 del RDPH, las mermas que pueda experimentar el manantial de Mediana como consecuencia de la explotación de los pozos de Belchite entrañan que el "remanente disponible" sea igual o superior al de 2hm³/año "anteriormente aprovechado", como sustentan los informes de los Servicios Técnicos Especializados de la CHE, o inferior al mismo, como sustenta la parte recurrente, lo que podría no ser desvirtuado por el informe que ésta anuncia, a salvo de la práctica de una auténtica prueba pericial, que debería versar, precisamente, sobre lo expuesto.

Fue efectivamente aportado con posterioridad por la parte recurrente el informe del Ingeniero Agrónomo D. Pedro Francisco junto con informes complementarios (Estudio hidrogeológico del entorno del Manantial "Virgen de la Magdalena", y Estudio agronómico para la determinación de las necesidades actuales de agua de riego en los cultivos de regadío existentes en el término municipal de Mediana de Aragón).

La codemandada Comunidad de Regantes de DIRECCION001 presentó con posterioridad su escrito de contestación a la demanda en la que afirma que en agosto de 2.000 (documento 9 del expediente) redujo sus iniciales peticiones (2,45 hm³/año, o 77,7 l/segundo), a 1,82 hm³/año (57,92 l/segundo); y en 27 de noviembre de 2.001 redujo su petición a 1,74 hm³/año (folio 164); y, finalmente, en 28 de julio de 2.004 la redujo a 1,3 hm³/año, con un máximo de 1,6 hm³/año /folios 305 y 306). También se remitía al informe de la Sección de Aguas Subterráneas de la CHE de 26 de enero de 2.009 (folios 374 a 378) conforme al cual el manantial de Mediana proporciona un caudal de 5 hm³/año por lo que, si se detraen 1,3 hm³/año, quedan 3,7 hm³/año, superiores a los 2 hm³/año necesarios para Mediana, 1,8 hm³ para riego y 0,2 hm³ para abastecimiento.

CUARTO.- Como acertadamente exponen todas las partes, la cuestión a resolver es de carácter eminentemente técnico pues se trata de comprobar si, como consecuencia de los sondeos autorizados a la Comunidad de Regantes de DIRECCION001, podría producirse afección al manantial de Mediana de Aragón, en los términos que esta afección viene descrita en el artículo 184 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, que en sus apartados 4 y 6 establece lo siguiente:

4. A falta de Plan Hidrológico de cuenca, o de definición suficiente en el mismo, la Administración concedente considerará, para el otorgamiento de concesiones de aguas subterráneas, su posible afección a captaciones anteriores legalizadas, debiendo, en todo caso, el titular de la nueva concesión indemnizar los perjuicios que pudieran causarse a los aprovechamientos preexistentes, como consecuencia del acondicionamiento de las obras e instalaciones que sea necesario efectuar para asegurar la disponibilidad de los caudales anteriormente explotados (art. 76 del texto refundido de la Ley de Aguas).

5. (...)

6. Se entiende por afección, a efectos del presente Reglamento, una disminución del caudal realmente aprovechado o un deterioro de su calidad que lo haga inutilizable para el fin a que se dedicaba, y que sea consecuencia directa y demostrada del nuevo aprovechamiento, pero no la simple variación del nivel del agua en un pozo, o la merma de caudal en una galería o manantial, si el remanente disponible es igual o superior al anteriormente aprovechado.

Resulta necesario, por lo tanto, determinar si el remanente disponible, tras la detracción autorizada, es igual o superior, o no, al anteriormente aprovechado, lo cual constituye una cuestión técnica.

El informe aportado por la parte recurrente no coincide en este punto con los que en el expediente fueron emitidos por la CHE, fundamentalmente porque tienen en cuenta distintos puntos de partida. Así, frente a la constatación en el informe de 26 de enero de 2.009 del Área de Gestión de que " el caudal **medio** del Manantial de Mediana de Aragón, tras los aforos realizados durante 35 años, es de 150 l/s, lo que supone una aportación de unos 5 hm³/año...", en el informe del Sr. Pedro Francisco se afirma que dicho caudal oscila entre 100 y 120 l/segundo, utilizando cifras similares contenidas en un requerimiento al solicitante de 23 de enero de 2.001 que señalaba una aportación en aquella época del manantial entre 100 y 125 l/s. Sin embargo, ese dato se refería a aquellas concretas fechas y, por el contrario, del certificado del Jefe de Servicio de Aguas Subterráneas de 2 de octubre de 2.009 aportado por la actora como prueba documental, con mediciones desde el año 1.971 hasta el año 2.009, se desprende que el caudal **medio** entre 1.999 y 2.009 puede ser incluso superior al que resulta entre 1.991 y 1.999, en cualquier caso superiores a 150 l/s, o 5 hm³/año.

También son discrepantes los datos sobre las necesidades de caudal que deben ser respetadas, pues en el informe pericial del Sr. Pedro Francisco (pág. 27 del mismo) se afirma que las necesidades de agua de riego para los cultivos de regadío de Mediana de Aragón son de 3,9 hm³/año, y de 0.235 hm³/año los de abastecimiento (total 4,1354 hm³/año), en tanto que en la resolución recurrida (página 6, hecho XII), y en los informes técnicos tenidos en cuenta por la misma se hace constar que el caudal para riego del que es titular Mediana de Aragón es 1,8 hm³/año para 320 Ha., y el caudal para abastecimiento es de 0,23 hm³/año.

Con estos datos la resolución recurrida, en base al informe del Área de Gestión de 26 de enero de 2.009, llega a la conclusión de que, con un caudal del manantial de 5 hm³/año y valorando las necesidades de la actora (1,3 hm³/año), queda un remanente de 3,7 hm³/año, suficiente para respetar los caudales concedidos a Mediana de Aragón.

Como decimos, todos estos datos no son adecuadamente combatidos en el informe aportado por la parte actora, y no se ha practicado prueba pericial en sede judicial que avalara las conclusiones del informe de la parte. Este informe no reúne los requisitos de objetividad suficientes para desvirtuar los realizados por los Servicios técnicos de la Administración, partiendo del objeto que proclama (página 4), que resulta apriorístico y maximalista al decir: "El OBJETIVO del presente estudio es acreditar técnicamente que la detracción de entre 1,3 hm³/año y un máximo de 1,6 hm³/año de aguas subterráneas de la Unidad Hidrogeológica nº 604 Campo de Belchite (Zaragoza), representa, ante la realidad hidrogeológica actual: UNA EVIDENTE AFECCIÓN, YA QUE EL REMANENTE ES INEXISTENTE, MÁS AÚN, A CONSECUENCIA DIRECTA Y DEMOSTRADA DEL NUEVO APROVECHAMIENTO DE LA C. DE REGANTES DE DIRECCION001 (detracción de 1,3 hm³/año, hasta 1,6 hm³/año) EL MANANTIAL PODRÍA SECARSE YA QUE EL BALANCE ARROJA UN DEFICIT DE 1,14 hm³/año hasta un 1,44 hm³/año."

Respecto a la valoración de los informes de parte, la Jurisprudencia viene otorgando una eminente prevalencia a los dictámenes de los órganos técnicos. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 2.011, en relación con los informes médicos, en doctrina trasladable a los demás informes técnicos de la Administración, dice: "... Como punto de partida ha de reseñarse que con relación específica a los informes médicos en el seno de procedimientos administrativos, la doctrina del Tribunal Supremo (contenida en Sentencias de 7 de abril, 11 de mayo, 6 de junio de 1.990, 29 de enero de 1.991 y 30 de noviembre de 1.992, entre otras) les atribuye presunción de legalidad y acierto, dada su fuerza de convicción en razón a las garantías que ofrecen los conocimientos técnicos -médicos- de sus miembros, y la imparcialidad y objetividad que deriva de su nombramiento y de su específica función; precisando, si bien, el carácter "eventual" de dicha verdad que lo es en cuanto vaya avalada por los datos obrantes en el expediente y, en todo caso, destruible, por prueba en contrario. Por tanto, debe ser el recurrente quien acredite, ante el Órgano Jurisdiccional, que la decisión administrativa es contraria a derecho, y para ello deberá justificar suficientemente que los dictámenes médicos en los que se apoyó la resolución recurrida eran erróneos. A tal objeto, la prueba pericial judicial practicada en el seno del procedimiento jurisdiccional con todas las garantías establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene las mismas notas de imparcialidad y objetividad que los dictámenes de los Tribunales Médicos, sin que, por el contrario, participen de la calificación de auténtica prueba pericial los informes

*facultativos aportados por las partes; informes médicos, que, por otra parte, deben obrar en el expediente administrativo, y han debido ser oportunamente valorados por la Administración al resolver en contra de las tesis de la parte actora. Sin duda, un dictamen médico forense practicado en autos constituye prueba idónea, a los fines pretendidos por el actor, de desvirtuar la presunción de legalidad de la actuación administrativa, bien entendido que como toda prueba pericial, debería ser apreciada libremente por el Tribunal, conforme a las reglas de la sana crítica, y a lo que resulte del restante material probatorio, no viniendo vinculado por el informe del perito (SSTS 12 de noviembre de 1.988 , 20 de junio y 9 de diciembre de 1.989 , 10 de marzo , 11 de octubre y 7 de noviembre de 1.994 , 17 de mayo de 1.995 , 18 de julio y 29 de septiembre de 1.997 , y 21 de febrero de 2.001). En definitiva, las certificaciones médicas aportadas unilateralmente por la parte interesada carecen de las garantías procesales exigidas para ser decisivas en un proceso contradictorio y menos para desvirtuar la fuerza de convicción del dictamen facultativo emitido por los tribunales médicos administrativos. El único **medio** a tal fin lo constituye la prueba pericial médica practicada en las actuaciones con las debidas garantías procesales, siempre que de forma patente y clara contradigan los informes emitidos por los peritos oficiales, destruyendo así la presunción de veracidad y acierto de la que gozan en base a su carácter oficial. La calificación contenida en un dictamen médico administrativo constituye una manifestación de la llamada "discrecionalidad técnica" de los órganos de la Administración, cuya legitimidad ha amparado el Tribunal Constitucional (como fiel exponente su Sentencia 34/1.995 de 6 de febrero) en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo, y cuya presunción "iuris tantum" solo puede desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del poder razonable que se presume en el órgano calificador....".*

La anterior doctrina resulta plenamente aplicable al caso presente pues, valorada la prueba pericial aportada por la parte actora en los términos que han quedado antes reflejados, resulta insuficiente para contradecir y desvirtuar los informes técnicos de la Administración, por lo que debe ser desestimada la demanda y confirmada la resolución recurrida.

QUINTO.- No puede ser acogida tampoco la pretensión formal de anulabilidad al amparo del artículo 63.1 de la Ley 30/1992 , esgrimida por primera vez por la parte actora en su escrito de conclusiones, por falta de informe de la Comunidad Autónoma sobre afección a los planes de actuación existentes (artículo 79.4 TRLA), desde el punto de vista formal porque no es posible introducir en trámite de conclusiones cuestiones no suscitadas en la demanda (artículo 65.1 LJCA), sin que se haya producido indefensión alguna a la actora, que ha rebatido sobradamente desde su perspectiva cuantos datos e informes se han presentado. Además, porque obra a los folios 298 a 300 informe del Director General del **Medio Natural**, del Departamento de **Medio Ambiente** del Gobierno de Aragón de 28 de octubre de 2.003, sobre la previsión de riego por goteo en Belchite de 1.229 Has., ya ejecutada sobre 778 Has., que no aprecia afecciones negativas de importancia, por lo que informa favorablemente.

SEXTO.- En materia de costas, no se aprecia mala fe o temeridad por lo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional , no se hace expresa imposición de las mismas.

VISTAS las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO .- Desestimamos el presente recurso contencioso- administrativo, número **238/09 C** , interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE MEDIANA DE ARAGON y COMUNIDAD DE BIENES DE REGANTES DE DIRECCION000 .

SEGUNDO .- No hacemos expresa imposición de costas.

Así por esta sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando Audiencia Pública, en el mismo día de su pronunciamiento, doy fe.

PUBLICACIÓN : En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA : Seguidamente se procede a cumplimentar la **no** tificación de la anterior resolución. Doy fe.