



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 0 / 1 9 8 7

La Laguna, a 29 de julio de 1987.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, en relación con un *expediente de caducidad de concesión administrativa (EXP. 15/1987 CA)**.

F U N D A M E N T O S

I

El objeto del presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, suspendido temporalmente en su tramitación y evacuación por acuerdo del Pleno de este Organismo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 17 de la Ley autonómica 4/1984, consiste en determinar si la incoación del expediente de caducidad de la concesión administrativa 238 CP, de alumbramiento de aguas del terreno de dominio público, otorgada el 2 de octubre de 1946 a C.M.V. e Hijos, es conforme al Ordenamiento Jurídico, que a los efectos a que se contrae el presente dictamen está constituido, fundamentalmente, por la Ley de Aguas, de 13 de julio de 1879 (LA) y su legislación reglamentaria (particularmente la Instrucción aprobada por Real Orden de 5 de junio de 1983, cuya vigencia fue confirmada por Real Orden de 11 de octubre de 1927, a cuya luz, precisamente, se tramitó el expediente concernido).

II

Para que el Consejo pueda pronunciarse respecto de la adecuación al Ordenamiento Jurídico de la propuesta de resolución que culmina el expediente que le ha sido remitido, es preciso analizar las condiciones que integraron desde un

* PONENTE: Sr. Hormiga Domínguez.

principio el título concesional, aceptado en su día íntegramente por el concesionario originario, y que han debido permanecer inalterables desde entonces pues no obra en el expediente resolución modificativa en contrario. La declaración de caducidad, pues, debe valorar las circunstancias y condiciones de otorgamiento de la concesión y, en su caso, el grado de incumplimiento que de las mismas se ha efectuado, determinante, en suma, de la legalidad de la extinción del vínculo concesional.

1. Como resulta de la documentación obrante en el expediente, el procedimiento concesional fue iniciado el 11 de octubre de 1938, a instancia de J.B.G., mediante escrito en el que se solicitaba autorización administrativa para llevar a cabo obras de alumbramiento de aguas en terrenos de dominio público pertenecientes al cauce del Barranco del Polvo y del Cementerio, en los términos municipales de Agüimes y Santa Lucía de Tirajana, en la Isla de Gran Canaria, siéndole otorgada una concesión administrativa, por resolución de fecha 16 de noviembre de 1943, que, por fallecimiento del interesado, fue transferida, **previa autorización administrativa**, a su viuda, C.M.V. e Hijos, por resolución de 2 de octubre de 1946, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas de 6 de diciembre de 1946, sin alteración de ninguna de las condiciones que integraban inicialmente su clausulado. Básicamente, tales condiciones son: La ejecución de las obras se realizará de conformidad con el proyecto en tres etapas, la primera de las cuales estaría constituida por un pozo de galería de 200 metros de longitud y 385° de rumbo. La autorización de las otras dos etapas (130° y 270°, respectivamente) quedaría supeditada a que el caudal obtenido con las obras de la 1ª etapa sea suficiente para el riego de los terrenos de propiedad del concesionario para que ha sido solicitada la concesión; las aguas alumbradas serán dedicadas exclusivamente al riego de terrenos de la propiedad del concesionario; las obras de la primera etapa comenzarán en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la concesión y terminarán en el de dos años a partir de la misma fecha; al fin de cada etapa, se dará cuenta al Ingeniero Jefe de Obras Públicas (OOPP) a efectos del reconocimiento de las obras y si las encontrara bien ejecutadas y con arreglo a las condiciones de otorgamiento lo hará constar en acta, en la que anotará el caudal alumbrado; la concesión caducará por incumplimiento de una cualquiera de las condiciones en cuanto sea imputable al concesionario, procediéndose en tal caso, a lo preceptuado en la Ley de Obras Públicas (LOP).

2. La primera cuestión que hay que dilucidar, es la relativa a la titularidad de la concesión controvertida, respecto de la que ya este Consejo se pronunció con ocasión de su dictamen nº 21, de 12 de noviembre de 1986 -que tuvo por objeto precisamente una propuesta de resolución que culminaba el expediente que ahora se dictamina-, en el sentido de que la documentación obrante en el expediente, resultaba que, a pesar del negocio jurídico traslativo efectuado a favor de la Comunidad Agrícola el Cruce, la titular de la concesión 238 CP, afecta al pozo El Cardón, de septiembre de 1983-, en contra del carácter **intuitu personae** de toda concesión. Ha de recordarse en este punto lo que el Consejo expresó en su Dictamen nº 21, en el sentido de que la referida Comunidad Agrícola nunca fue reconocida por la Administración como legítimo titular de la concesión 238 CP, lo que se constata por el hecho de que el expediente sancionador que se le incoó de oficio, resolución de 11 de febrero de 1983, resolvió, entre otros extremos, requerir a tal Comunidad "para que solicite la transferencia del expediente 238 CP a su favor".

Finalmente, conviene señalar que en dictamen de 7 de diciembre de 1977 el Consejo de Estado concluía que "una vez otorgados los plazos necesarios para legalizar una transferencia no notificada en debida forma a la Administración y efectuados los requisitos oportunos al efecto, la transferencia no consentida por la Administración (...) provoca la caducidad de la misma".

3. Tal y como se expresó anteriormente, la concesión fue otorgada para que el titular utilizara las aguas extraídas a su amparo en el riego de las **tierras de su propiedad**, condicionándose la ampliación de las obras de explotación a que las aguas extraídas inicialmente fueran suficientes para conseguir los fines propuestos. Si la concesión de referencia no fue efectivamente transmitida, sí consta sin embargo en el expediente (escritura pública nº 2666, de 7 de septiembre de 1983) que las aguas venían siendo disfrutadas por la Comunidad Agrícola El Cruce, que según se reconoce también las dedicaban al riego de terrenos de su propiedad desde el 22 de septiembre de 1952, incumpléndose en consecuencia la cláusula concesional que limitaba la utilización de las aguas en los terrenos del concesionario. Interesa destacar en este punto, que la titular de la concesión conocía que su inicial solicitud de transferencia había sido desestimada, pues obra en el expediente el recibí,

firmado por la concesionaria, de la Resolución desestimatoria, de fecha 4 de febrero de 1960, a partir de la cual las aguas explotadas al amparo de la citada concesión debían, por así exigirlo el clausulado de condiciones, ser destinadas a su original finalidad, esto es, al riesgo de las tierras del concesionario, lo que no se llevó a cabo. Por lo demás, el reconocimiento en la referida escritura de que la Comunidad Agrícola El Cruce era el titular real de la concesión no deja de ser contradictorio con la solicitud por parte de la concesionaria, en 1962, de una prórroga para concluir las obras a que obligaba la autorización concedida, lo que prueba que todos los afectados conocían la no transferencia de la concesión y, en consecuencia, el irregular uso que se estaba haciendo de la misma y de las aguas a su amparo derivadas.

4. Otra cuestión que es preciso analizar es el cumplimiento por parte de la concesionaria de los plazos otorgados por el Pliego concesional para llevar a cabo las obras que aquella autorizaba. Se recuerda que la concesión fue otorgada el 2 de octubre de 1946, prescribiendo al efecto su cláusula 6ª que las obras de la 1ª etapa comenzarían en un plazo de 6 meses a partir de la fecha de la concesión y terminarían en dos años a partir de la misma. En consecuencia, las mismas debían concluir el 2 de diciembre de 1948. No obstante, en marzo de 1962 la interesada presenta instancia, que no obra en el expediente, solicitando prórroga para la ultimación de las obras a que se refiere la concesión 238 CP, que se le concede mediante resolución de 2 de junio de 1962, por 18 meses, por lo que el plazo precluiría el 2 de diciembre de 1963, fecha en la que debía darse cuenta a la Administración hidráulica a los efectos de lo prevenido en las cláusulas 1ª, 3ª, 4ª y 8ª del pliego concesional (reconocimiento del fin de las obras, comprobación de la adecuación de las ejecutadas al pliego concesional y anotación del caudal seguía siendo C.M.V. Interesa insistir siquiera someramente en este punto toda vez que, evacuado el dictamen antes citado, el representante legal de la mencionada Comunidad Agrícola presentó instancia de fecha 26 de diciembre de 1986, en la que solicitaba "la transferencia de la titularidad del mencionado pozo". Ahora bien, la cuestión no está en determinar a quién pertenece el pozo "el Cardón", que fue transmitido a título privado mediante escritura pública nº 3054, otorgada el 22 de septiembre de 1952, sino en identificar quién es el titular de la concesión que faculta a su explotación, a cuya transmisión no ha accedido la Administración, según se

razonó en el dictamen nº 21 de este Consejo y respecto del que procede efectuar algunas consideraciones complementarias.

En efecto, parece ser que el cesionario a título privado del Pozo El Cardón, la Comunidad Agrícola El Cruce, confunde la transmisión del pozo con la de la concesión administrativa que recae sobre él, lo que le lleva a sostener, en la referida instancia de 26 de diciembre de 1986, que el pago del impuesto -cuya omisión ha impedido que la Administración autorizará la transferencia de la concesión- está justificado en la escritura de la constitución de la Comunidad Agrícola El Cruce (nº 3054, de 22 de septiembre de 1952), en cuya ocasión hubo de abonar dicho impuesto "por toda la propiedad". El patrimonio de la referida Comunidad Agrícola se constituyó, entre otros bienes, por una finca sita donde llaman "Las Carboneras", que se perforó, parece ser, al amparo de la concesión administrativa 238 CP, la cual, sin embargo, **no se menciona en la citada escritura** -lo que motivó que el Abogado del Estado Jefe de la Provincia de Las Palmas informara negativamente el 21 de enero de 1960 la solicitud de la transmisión de la mencionada concesión, que efectivamente fue liquidada, respecto de todos los bienes y derechos objeto de la compraventa efectuada por parte de la Comunidad Agrícola "El Cruce". No obstante, además de indicar que de la documentación obrante en el expediente -particularmente la mencionada escritura- no parece que el pozo de referencia sea el concernido por la concesión 238 CP, pues el mismo aparece ubicado en finca privada y no en cauce público-, es obvio que la concesión 238 CP no podía ser liquidada por la sencilla razón que no figuraba en la relación de bienes y derechos transmitidos a favor de la Comunidad Agrícola El Cruce. Por ello, no es de recibo que la citada Comunidad Agrícola considere que la concesión le fue transmitida entonces o que fue liquidada con ocasión de abonar el impuesto por toda la propiedad. Que esto es así, lo asume contradictoriamente el propio interesado al otorgar la escritura nº 2666, de 7 de septiembre de 1983, debido a que en la anterior por "un olvido involuntario" **dejó de mencionarse, aportarse o transmitirse** en la escritura nº 3054, de 22 de septiembre de 1952, reconociéndose asimismo que desde esta fecha "la titularidad real de la autorización o concesión administrativa tantas veces citada corresponde a la Comunidad Agrícola El Cruce".

Hay que señalar, por lo demás, que los efectos en el orden administrativo de la aportación al expediente del citado documento, quedan condicionados a que se liquide el Impuesto General sobre Transmisiones Patrimoniales por los actos jurídicos contenidos en ella (ITPAJD), como observó la Abogacía del Estado en Informe de 28 de agosto de 1984 y reiteró este Consejo en su dictamen nº 21, circunstancia que no consta acreditada en el expediente. En consecuencia, el titular de la concesión sigue siendo C.M.V., aunque está siendo **irregularmente disfrutada por persona distinta desde al menos el 22 de 1952** -como se reconoce en la escritura nº 2666, de -----
---(alumbrado), según puso de manifiesto el Informe de fecha 18 de agosto de 1983, justificativo de la omisión de la obligación señalada, tendente a asegurar que la explotación del aprovechamiento se ajustará al objeto y condiciones de la concesión, comprobar su adecuación al proyecto base de la concesión y, por ende, su congruencia con el volumen de agua a derivar y su destino, **sin que se pueda iniciar la explotación antes de que haya sido aprobada el acta de reconocimiento** (dictamen del Consejo de Estado de 19 de noviembre de 1970). Sin embargo, del expediente resulta que el concesionario empezó a explotar las aguas sin terminar las obras, ni esperar el reconocimiento final de las mismas por parte de la Administración, desconociéndose por otra parte el volumen de agua derivada y el destino real que ha tenido.

III

1. El art. 159, LA, dispone que las concesiones de aprovechamiento de aguas caducarán, por no haberse cumplido las condiciones y plazos con arreglo a las cuales hubiesen sido otorgadas. Asimismo, la cláusula 11ª del pliego concesional, señala que la que concesión concedida caducará por "incumplimiento de cualquiera de las condiciones anteriores en cuanto sea imputable al concesionario", lo que resulta acreditado en el expediente y se ha puesto de manifiesto en los Fundamentos anteriores, lo que motivó que la Administración competente haya instado el correspondiente expediente de caducidad, teniendo bien presente que la Administración concedente dispone en esta materia de un amplio margen de apreciación discrecional, que le permitiría continuar el negocio por razones de simple oportunidad o, si lo estima procedente, declarar la extinción del vínculo concesional, según convenga a una mejor satisfacción de los intereses públicos. En base a esta

facultad ciertamente se interesó la rehabilitación del título concesional, debiendo señalarse en este punto la doctrina sentada por el Consejo de Estado en su dictamen de 28 de enero de 1971, en el sentido de que "la declaración de caducidad no constituye, desde el punto de vista administrativo, una sanción de aplicación irremediable, sino más bien una facultad de que la Administración dispone en alternativa con la rehabilitación de la concesión, cuya subsistencia total o parcial puede ser más conveniente al interés general que su eliminación definitiva (...).

No se trata, pues, de legalizar a posteriori obras abusivas ejecutadas sin título bastante, sino de excluir parcialmente de la sanción de caducidad a una parte de las obras autorizadas, que seguirán sujetas, en su caso, a las condiciones establecidas por la Orden ministerial de concesión. En ese eventual expediente rehabilitador, la decisión final corresponderá a la **libre apreciación administrativa** y, caso de que ésta sea favorable a mantener las obras ya ejecutadas, a ellas se referirá el acta de reconocimiento final (...) y el título de propiedad de las aguas a que se refiere el artículo 7º de la Real Orden de 5 de junio de 1883, con arreglo a la cual fue otorgada".

La anterior doctrina (que no es excepcional, pues el Consejo de Estado ofrece en situaciones análogas soluciones alternativas a la declaración lisa y llana de caducidad; entre otros, dictámenes 3, 1, 10 de noviembre de 1977 y 13 de julio de 1978) debe, sin embargo matizarse en el sentido de que si en este ámbito la Administración tiene facultades discrecionales, debe sin embargo necesariamente valorar la incidencia que su declaración tenga en los intereses generales así como la conducta que hasta el momento ha venido sosteniendo el titular de la concesión que se pretende caducar, sin que en ningún caso pueda sostenerse que el mismo tiene derecho subjetivo a que se rehabilite la concesión incurra en causa de caducidad, siendo por lo demás evidente que la valoración administrativa de tales circunstancias se encuentra insita en la propuesta de resolución que culmina el expediente.

2. En lo que respecta a los efectos de la declaración de caducidad, hemos de recordar que, de conformidad con la cláusula 11ª del pliego concesional, ha de procederse con arreglo a lo preceptuado en la Ley de Obras Públicas y su Reglamento, que determinan el procedimiento que ha de seguirse una vez producida

tal declaración, cuyos efectos más inmediatos son la recogida e inutilización del título concesional (art. 105, LOP), procediéndose a continuación de conformidad con lo establecido en el Capítulo VI de la referida Ley, y la pérdida por el concesionario de la fianza depositada (art. 69, LOP).

C O N C L U S I Ó N

El Consejo estima que la propuesta de Resolución que declara la caducidad de la concesión administrativa 238 CP, cuyo titular es C.M.V., se adecua a las previsiones, requisitos y condiciones que se prevén en el Pliego concesional y en la legislación específica que resulta de aplicación, sin perjuicio de lo que se manifiesta, respecto a la facultad discrecional de decisión de la Administración en esta materia, en el Fundamento III del dictamen.