

INFORME SOBRE LA INFORMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, SOBRE LA DESESTIMACIÓN DE DIVERSAS SOLICITUDES DE OTORGAMIENTO DE CONCESIONES DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS PERTENECIENTES AL DOMINIO PÚBLICO

(UM/020/23)

CONSEJO. PLENO

Presidenta

D.^a Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D.^a María Ortiz Aguilar

D.^a María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D.^a Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D.^a María Jesús Martín Martínez

Secretaria del Consejo

D.^a María Ángeles Rodríguez Paraja

En Madrid, a 25 de abril de 2023

I. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL INFORME

El 29 de marzo de 2023 tiene entrada en el Registro general del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital la información presentada, al amparo de lo dispuesto en el art. 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM, en adelante), por Magtel Energía Sostenible, SL en relación con la denegación por el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico y por diversos organismos de cuenca de las solicitudes de concesión de aprovechamiento de agua presentadas en distintas fechas por una variedad de empresas.

A juicio de la entidad informante, en todos los casos *“la respuesta de la Administración es común: o bien se deniegan las solicitudes de nuevas concesiones aduciendo una presunta incompatibilidad entre el pretendido aprovechamiento y otros ya existentes de los que son titulares operadores acomodados del sector; o bien se aduce la improcedencia del procedimiento seguido; o bien, simplemente, no se tramitan las solicitudes por pasividad (intencionada o no) de la Administración.”*

Estas actuaciones de la Administración, sostiene Magtel Energía Sostenible, SL generan una barrera significativa a la libertad de establecimiento en el mercado y, por ello, afectan gravemente a los principios de necesidad y proporcionalidad consagrados en el art. 5 LGUM en relación con la libre iniciativa económica.

Conforme a lo establecido en el art. 28.4 LGUM, la Secretaría para la Unidad de Mercado (SUM, en lo sucesivo) ha dado traslado a este organismo de la información presentada para la emisión por éste de un informe que puede incluir propuestas de actuación.

II. INCLUSIÓN DE LA ACTIVIDAD EN EL ÁMBITO DE LA LGUM

El art. 2 LGUM, afectado por la reforma operada por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas (en vigor desde el 19 de octubre de 2022), delimita su ámbito de aplicación en los términos que siguen:

- “1. Esta ley será de aplicación al acceso a actividades económicas que se prestan en condiciones de mercado y su ejercicio por parte de operadores legalmente establecidos en cualquier lugar del territorio nacional.*
- 2. Quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley las materias del ámbito tributario.”*

El concepto de “actividad económica” es definido en el apartado b) del anexo de la LGUM como *“cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios”*. Se añade a continuación, fruto de la modificación introducida por la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, que *“no se incluyen dentro de este concepto las actividades relativas a la reserva o al ejercicio de potestades públicas, jurisdiccionales o administrativas ni la regulación de las relaciones laborales por cuenta ajena o asalariadas.”*

En el caso aquí sometido a informe, la actuación administrativa frente a la que se alza el informante afecta a la producción de energía eléctrica, lo cual constituye una actividad de carácter empresarial o profesional que supone la ordenación de medios por cuenta propia con la finalidad de intervenir en la producción de bienes, por lo que resulta de aplicación la LGUM.

III. ANÁLISIS DEL CASO OBJETO DE INFORME

Con carácter previo, interesa poner de manifiesto, en línea con la doctrina sentada por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en materia de unidad de mercado, que el análisis que compete efectuar a esta Comisión se ha de llevar a cabo necesariamente con arreglo a los parámetros recogidos en la LGUM, sin que competa examinar a este organismo la conformidad de la actuación administrativa objeto de informe con la normativa aplicable al aprovechamiento de las aguas perteneciente al dominio público.

Hecha la anterior precisión, interesa partir de lo dispuesto en el art. 17.1 c) LGUM, en cuya virtud:

“Se podrá establecer la exigencia de una autorización siempre que concurran los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen. Asimismo, los requisitos para la obtención de dicha autorización deberán ser coherentes con las razones que justifican su exigencia. Cuando el régimen de autorización se exija por norma comunitaria o tratado internacional, las autorizaciones podrán estar previstas en una norma de rango inferior a la Ley. Se considerará que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de una autorización:

(...)

c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado.”

En nuestro ordenamiento jurídico, la utilización privativa de las aguas que forman parte del dominio público hidráulico no es libre, sino que está subordinada a la obtención del correspondiente título habilitante, que, en este caso, es una concesión administrativa. En este sentido, dispone el art. 59 del texto refundido de la Ley de aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio:

“1. Todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 requiere concesión administrativa.

2. Las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos. (...)”

Como apunta el informante en su escrito, la razón por la cual tanto el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico como diversos organismos de cuenca deniegan las solicitudes de otorgamiento de concesiones consiste en la incompatibilidad entre el aprovechamiento de las aguas que se pretende llevar a cabo y otros ya existentes.

Por tanto, la razón invocada se halla vinculada a la razón imperiosa de interés general de protección del medio ambiente contemplada en el art. 3.11 de Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Además, la causa de denegación de las solicitudes formuladas se fundamenta tanto en el citado apartado 2 del art. 59 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, como en el apartado 2 del art. 121 del Reglamento del dominio público hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, según el cual:

“Si la incompatibilidad de la nueva petición se comprobase en relación con una concesión ya otorgada, se suspenderá de forma definitiva la tramitación en el punto en que se halle y previa audiencia del peticionario, se denegará la concesión solicitada, a no ser que ésta goce de los derechos de preferencia señalados en el artículo 98 de este Reglamento y pueda ser declarada de utilidad pública a los efectos de expropiación forzosa, o que la incompatibilidad pueda ser eliminada por aplicación del artículo 96 del mismo.”

En definitiva, la actuación administrativa denunciada por el informante no constituye un obstáculo o barrera a la aplicación de la LGUM porque el límite que impone a la actividad de producción de energía eléctrica se encuentra justificado en la concurrencia de la razón imperiosa de interés general de protección del ambiente, por disposición expresa de los arts. 59.2 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y 121.2 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

IV. CONCLUSIONES

En virtud de todo lo hasta ahora expuesto, se formulan las siguientes conclusiones:

- 1ª. La utilización privativa de las aguas que forman parte del dominio público hidráulico no es libre, sino que está subordinada a la obtención del correspondiente título habilitante, que, en este caso, es una concesión administrativa, lo cual es conforme con lo previsto en el art. 17.1 c) LGUM.
- 2ª. En este ámbito, el otorgamiento de las concesiones administrativas debe atender, por disposición expresa del art. 59.2 del texto refundido de la Ley de aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, a la salvaguarda de la razón imperiosa de interés general de protección del medio ambiente, contemplada en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
- 3ª. Por lo expuesto, la denegación de las solicitudes de otorgamiento de concesiones con motivo de la incompatibilidad del aprovechamiento de

las aguas que se pretende llevar a cabo con otros ya existentes no constituye un obstáculo a la aplicación de la LGUM porque el límite que impone a la actividad de producción de energía eléctrica se encuentra justificado en la concurrencia de la razón imperiosa de interés general de protección del ambiente por preverlo así de forma expresa tanto el art. 59.2 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, previamente citado, como el art. 121.2 del Reglamento del dominio público hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.