



Roj: **STSJ AND 13033/2013 - ECLI: ES:TSJAND:2013:13033**

Id Cendoj: **41091330032013100373**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **3**

Fecha: **12/09/2013**

Nº de Recurso: **361/2011**

Nº de Resolución: **1050/2013**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

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. 361/2011 .

Registro General Núm. 1.461/2011.

S E N T E N C I A

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Victoriano Valpuesta Bermúdez. Presidente.

Don Eloy Méndez Martínez.

Don Guillermo del Pino Romero.

En la ciudad de Sevilla, a doce de septiembre del año dos mil trece.

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. 361/2011** , interpuesto por don Lorenzo , representado por la Procuradora doña Adela María Gutiérrez Rabadán, y defendido 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 de 30 de noviembre de 2010 que desestima el recurso de reposición deducido frente a la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 29 de octubre de 2008 por la que se acuerda denegar la inscripción en el Catálogo de aprovechamiento de aguas privadas del pozo solicitado.

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 desestimases íntegramente los pedimentos de la demanda. Recibido el recurso a prueba, y practicadas las propuestas que fueron admitidas, 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 de la presente causa se han observado todas las prescripciones legales, salvo determinados plazos por la acumulación de asuntos que penden en esta Sección; habiéndose señalado para votación y fallo el día de ayer en el que, efectivamente, se deliberó, votó y falló.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso la resolución de 30 de noviembre de 2010 que desestima el recurso de reposición deducido frente a la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 29 de octubre de 2008 por la que se acuerda denegar la inscripción en el Catálogo de aprovechamiento de aguas privadas del aprovechamiento solicitado.

El procedimiento había sido promovido por don Lorenzo con fecha 28 de junio de 1999 para un pozo sito en el término municipal de Écija (Sevilla), con las siguientes características: Profundidad, 10 metros; nivel estático, 5,2 metros; diámetro, 1,5 metros; tipo de construcción, aros de hormigón; destino, riego agrícola de 13,4717 hectáreas de olivar por el sistema de goteo. Se añadía que el pozo tenía instalado un motor con una potencia de 9 C.V. Diesel, y el caudal continuo utilizado era de 3 l/s. Esta solicitud se hacía al amparo de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 29/85, de 2 de agosto, en relación con el art. 195 del Reglamento "optando por mantener la titularidad del aprovechamiento en la misma forma que hasta ahora".

Acompañaba a la solicitud certificado de la Secretaria Accidental del Ayuntamiento de Écija según el cual consta "informe del Perito Industrial Municipal que dice textualmente lo siguiente: *Que personado en la finca rústica denominada Parcela Cortijo La Reina IARA de este término municipal, propiedad de don Lorenzo (sic), he podido comprobar la existencia de un pozo que data su construcción de época anterior al 1 de enero de 1986 y viene utilizándose para el uso de riego goteo de 12 hectáreas 75 Áreas 53 Centiáreas de la finca*", así como solicitud hecha a la Consejería de Trabajo e Industria de la Junta de Andalucía de autorización para obras de captación de aguas subterráneas de 28 de junio de 1999 y el acta de adjudicación provisional de lote del IARA a su favor de 29 de septiembre de 1986 en cumplimiento de lo prevenido en el "Concurso de Adjudicación de asentamientos en la Zona Regable Genil-Cabra".

Consta un requerimiento efectuado al solicitante el 3 de abril del 2000 por correo (folio 14 del expediente) para que aportara en el plazo de diez días hábiles de determinada documentación relativa a la legalización del pozo en el Registro de Minas o certificado de sus características extendido por la Dirección Provincial de Industria y documentación oficial que acredite que los aprovechamientos se explotaban con anterioridad al 1 de enero de 1986. Se contestó a este requerimiento presentando el mismo certificado de la Secretaria Accidental del Ayuntamiento de Écija y la misma solicitud hecha a la Consejería de Trabajo e Industria de la Junta de Andalucía de autorización para obras de captación de aguas subterráneas de 28 de junio de 1999 con el justificante del abono de la tasa a dicho órgano.

Consta igualmente en el expediente el acta de reconocimiento sobre el terreno, levantada el 18 de octubre de 2006, en las que se hace constar la realidad del pozo con las características expresadas en la solicitud, si bien se indicó que la profundidad era de 9 metros y la superficie de riego era ahora 12,7553 hectáreas, comunicando el solicitante en escrito de 30 de enero de 2007 que había disminuido dicha superficie debido a la expropiación de terreno producida a la hora de construir la autovía que linda con la finca. También se aportó escritura de compraventa de la finca.

El informe de 10 de mayo de 2007 del Jefe del Área de Gestión del Dominio Público Hidráulico es negativo a la solicitud por no tener acreditado los derechos sobre aguas privadas. En estas mismas razones abunda la resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 29 de octubre de 2008 por la que se acuerda denegar la inscripción en el Catálogo de aprovechamiento de aguas privadas.

Al recurrir en reposición el recurrente que se oponía rotundamente pues había presentado toda la documentación requerida y no haber modificado las características del pozo, y que muchos pozos de las mismas características habían sido legalizados con la misma documentación.

La resolución desestimatoria del recurso de reposición expresa que si bien la reducción de la profundidad del pozo no puede justificar la denegación de la anotación solicitada, no ha resultado acreditada la existencia y antigüedad del aprovechamiento con anterioridad al año 1986, que el certificado del Ayuntamiento "no resulta documento válido" a los efectos pretendidos por tratarse de fecha muy posterior al año 1986 y no estar basado en informes de la época, y que debió aportarse el Certificado de Minas, por lo que resultaba ajustada a derecho la denegación de su solicitud sin perjuicio de que se pueda solicitar, bien la inscripción del aprovechamiento en la Sección B del Registro de Aguas para volúmenes no superiores a 7.000 m³ anuales, bien la oportuna concesión de aguas públicas.



SEGUNDO.- En el art. 195 del R.D. 849/86, de 11 de abril, después de hacerse indicación que "los Organismos de cuenca llevarán asimismo, un catálogo de aguas privadas, que estará compuesto por un libro de inscripciones y los índices auxiliares, que se registrarán por lo dispuesto para el Registro de Aguas, en lo que resulte de aplicación"; se determina muy expresamente que "a los efectos de su inscripción en dicho catálogo, los titulares legítimos de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a la vigente Ley de Aguas que optaran por mantenerlas en tal régimen, deberán declarar su existencia al Organismo de cuenca correspondiente, dentro del plazo de tres años a partir de la entrada en vigor de la Ley de Aguas", añadiéndose que esta "declaración se hará por escrito, acompañando el título que acredite su derecho al aprovechamiento, y haciendo constar sus características y destino de las aguas", y únicamente en este supuesto de acreditación a cargo del particular interesado por "el Organismo de cuenca (se) procederá a la inscripción provisional de los derechos acreditados, que elevará a definitiva, previo el reconocimiento de las características del aprovechamiento".

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre del 2005, el ordenamiento jurídico de las aguas calificadas como privadas en la legislación anterior a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985 no permite destinarlas al fin que a su usuario interese sino que sólo pueden ser aprovechadas con las características y destino anteriores a la vigencia de dicha Ley, de suerte que para la inclusión de los aprovechamientos de aguas en el mencionado Catálogo de Aguas privadas, es imprescindible acreditar el aprovechamiento con sus características y el destino de las aguas a aquellas datas, y no ulteriores.

TERCERO.- Por tanto, para que pueda prosperar la pretensión ejercitada se hace necesario que el recurrente acredite la existencia del pozo antes del primero de enero de 1986, su real explotación y las características de ese aprovechamiento a dicha data, porque lo que la Ley garantiza a los titulares de aguas privadas explotadas conforme a la legislación anterior es su derecho a conservar la explotación en la misma forma en que se venía haciendo a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985.

Como recoge la STS de 22 de marzo de 2012 (rec. núm. 3220/2009): "Respecto del contenido concreto de los hechos que el peticionario debe acreditar, debe señalarse que, del contenido de esa disposición transitoria cuarta, resulta que el que pretende la inscripción en el Catálogo de Aguas de aprovechamientos privados procedentes de pozos o galerías de explotación, debe acreditar sus características y aforo, lo que requiere acreditar el destino de las aguas y la superficie regable. Como esta Sala dijo en la STS de 9 de junio de 2004 (rec. núm. 342/2002), "la interpretación que se debe hacer de lo establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas 29/1985, aplicable en este caso, y en el artículo 195.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, a pesar de la mención que en éste se hace «al título que acredite su derecho al aprovechamiento», no es otra que la necesidad de justificar la posesión del aprovechamiento de que se trata, sus características y aforo, lo que requiere acreditar el destino de las aguas y la superficie regable, puesto que se trata de que la Administración conozca la existencia del aprovechamiento en cuestión, sus características y aforo". Es cierto que en el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la Ley de Aguas se alude a los titulares legítimos de aprovechamiento de aguas calificadas como privadas en la legislación anterior a la Ley, pero tal expresión es necesario interpretarla en armonía con lo establecido en las disposiciones transitorias segunda y tercera, apartado 2, de la propia Ley de Aguas, de cuya interpretación se deduce que, mientras para inscribir los aprovechamientos en el Registro es necesario acreditar el derecho al aprovechamiento y la no afección a otros aprovechamientos, para incluir el aprovechamiento en el Catálogo basta justificar su existencia y titularidad de hecho así como sus características y aforo, sin que de esta prueba esté excusado, en contra de lo aducido en el primer motivo de casación, el titular obligado a declarar su aprovechamiento para incluirlo en el Catálogo, no bastando, como parece entenderlo el representante procesal de la recurrente, con la mera declaración de las características y del aforo...". En la más reciente STS de 28 de febrero de 2011 (rec. núm. 721/2007), indicamos que "para que proceda la inscripción en el Catálogo deben acreditarse las características y aforo del aprovechamiento, lo que requiere justificar el destino de las aguas y la superficie regada con ellas...". En cuanto a la carga de la prueba, en la STS de esta Sala de 31 de marzo de 2009 (rec. núm. 11170/2004), recordando lo declarado en la anterior STS de 22 de enero de 2000, expresamos que "compete en todo caso a cada parte la carga de probar sus pretensiones. En efecto, "la carga de la prueba es un concepto no demasiado perfilado en el proceso contencioso, que se limita a ser tributario de la doctrina civilista nacida de los artículos 1214 y siguientes del Código Civil. La importancia del expediente administrativo en nuestra jurisdicción explica la falta de relevancia de este tema. La carga de la prueba, paradójicamente tiene interés sólo cuando hay falta o ausencia de prueba de hechos relevantes. En ese caso, el Tribunal debe hacer la imputación lógica a la parte que quebrantó el "onus probandi". Como hemos señalado con reiteración (por todas SSTS de 15 de marzo, 4 y 16 de abril, y 4 de junio de 2003), el artículo 57 de la LRJPA no invierte la carga procesal de la prueba, sino que impone al demandante la carga de impugnar judicialmente el acto administrativo. Sin embargo, ya en el proceso judicial, cada parte tiene sus obligaciones probatorias, como en



cualquier proceso, y sobre la Administración recae la de acreditar que se dan las circunstancias de hecho que constituyen requisitos para el ejercicio de sus competencias...".

A este respecto recuerda la STS de 22 de junio de 2012 (rec. núm. 3352/2009) que "en el ámbito concreto de inscripciones de aprovechamientos de aguas subterráneas es constante la jurisprudencia de esta Sala que declara que corresponde la carga de la prueba a quien interesa la inscripción, en el Registro o Catálogo".

Pues bien, al caso presente no hay acreditación de tan relevantes extremos. Ni existe el Certificado de Minas, ni la documental presentada, constituida por el certificado del Ayuntamiento de Écija, revela que el pozo sea anterior a la expresada data de un modo palmario. Este certificado no es más que una manifestación del Perito Industrial Municipal que dice haber comprobado "la existencia de un pozo que data su construcción de época anterior al 1 de enero de 1986", pero sin referir que dicha comprobación está fundada en documentos fehacientes de aquellas fechas. Le da importancia el demandante a que en el acta de adjudicación provisional de la finca o lote que se le hizo a su favor por parte del IARA se dice que la finca se ubica en la Zona Regable Genil-Cabra. Sin embargo, esto no significa en modo alguno que la finca estuviera dotada de un pozo. Es más, lo que se dice en el acta y en la escritura de compraventa cuando describe la finca, es que el lote en cuestión es de "tierra calma procedente del Cortijo la Reina". Así lo pone de manifiesto el informe de la perito, Sra. Dulce , que contiene unas ortofotografías de 1984-1985 y de 1977-1978 que evidencian se trataba entonces de una finca de tierra calma sin olivar alguno. Y lo que es más decisivo, de haber pozo según la ortofotografía 1984-1985, lo que no puede afirmar la perito (sólo dice que "se observa un punto oscuro" que quizá pudiera ser) estaría el pozo en que consistiría dicho "punto oscuro" en otra ubicación a la que tiene el pozo actualmente, en concreto, a treinta metros de distancia.

Como expone la STS de 5 de abril de 2011 (rec. núm. 1508/2007): "...lo que el Catálogo debe de contener no es la consecuencia mecánica de la declaración del titular del aprovechamiento, sino la consecuencia de una previa operación comprobación y verificación, por parte de la Administración, en relación con cuál era la realidad en el momento de la declaración --que no en el de la comprobación-- para lo cual ha de tomarse en consideración, sin duda, junto con otros elementos, la comprobación fáctica que por los técnicos de la Administración se realiza haciéndolo constar en el correspondiente Acta. Dicho de otra forma, el Catálogo de Aguas privadas ha de contener realidades contrastadas, por lo que ni --solo-- la declaración del titular, ni --solo-- la constatación extemporánea y posterior de la Administración deben acceder de forma irreversible al citado Catálogo. Solo, pues, tras una adecuada verificación de dichos extremos, con el resto de los datos obrantes en el expediente --cual pudiera ser el sistema de teledetección o cualquier otra prueba-- se podrán establecer las características esenciales del aprovechamiento, y se podrá comprobar que se había producido (o no), con posterioridad al 1 de enero de 1986, alteraciones o modificaciones en los aprovechamiento declarados para su anotación".

Se impone, por tanto, la desestimación del recurso por no haber acreditación de la antigüedad ni explotación del pozo con sus características y aforo en el momento de entrada en vigor de la Ley 29/1985.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción , no procede la condena de ninguna de las partes al pago de las costas al no actuar con temeridad o mala fe en la defensa de sus respectivas pretensiones.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir expresadas en el antecedente de hecho primero, las cuales confirmamos por considerarlas ajustadas al Ordenamiento jurídico; y todo ello, sin hacer pronunciamiento relativo a las costas.

Notifíquese la presente sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de casación fundado en los motivos previstos en el art. 88 de la L.J ., el cual habrá de prepararse en el plazo de diez días a contar desde la notificación de esta resolución.

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.