

INFORMES Y DICTAMENES

351.79(46)

Doctrina del Consejo de Estado sobre aprovechamientos de aguas: adquisición y extinción por prescripción; procedimiento para su concesión y facultades del titular de una autorización de alumbramiento de aguas.

I. Adquisición y extinción por prescripción

El objeto de las actas de notoriedad estriba en acreditar las circunstancias que tienden a documentar la adquisición, mediante prescripción, del derecho al aprovechamiento de las aguas, sin que el destino ulterior o vertido de tales aguas sea algo inherente o que afecte al modo de ejercerse tal aprovechamiento.

ANTECEDENTES

Se deducen del dictamen.

CONSULTA

Ahora bien—y con esto entra este Alto Cuerpo Consultivo en la consideración directamente planteada en el recurso que se informa—, el objeto único del acta de notoriedad no es otro que el de «justificar su derecho (del peticionario) al uso del agua», según prescribe el artículo 3.º, párrafo 2, del Real Decreto-ley de 7 de ene-

ro de 1927, a cuyo efecto el acta notarial «consignará, en cuanto fuere posible, las circunstancias siguientes: punto donde se verifica la toma de aguas y situación del mismo; cauce de donde derivan éstas; volumen del agua aprovechable; horas, minutos y días en que, en su caso, se utilice el derecho; objeto o destino del aprovechamiento; altura del salto, si lo hubiere, y tiempo que el interesado llevare en posesión en concepto de dueño, determinando el día de su comienzo a ser posible» (art. 70, regla 3.ª, del Reglamento Hipotecario); y, tras de los trámites establecidos, «el Notario, practicadas... las pruebas que estime convenientes para la comprobación de los hechos..., dará por terminada el acta, haciendo constar si, a su juicio, están o no suficientemente acreditados» (regla sexta del mismo artículo y disposición). Las disposiciones transcritas revelan, por tanto, el verdadero alcance de las actas notariales, en cuya virtud debe procederse a la inscripción administrativa de los aprovechamientos de aguas públicas; alcance que se circunscribe, por expreso mandato de esos preceptos, a aquellas circunstancias—además, como se ha visto, específicamente enumeradas—que tienden directa e inmediatamente a acreditar el derecho, adquirido mediante prescripción, al uso del agua por el solicitante. Ocurre, sin embargo, que el destino ulterior o vertido de las aguas de un aprovechamiento no es algo inherente ni que afecte por sí mismo al modo de ejercerse o acreditarse el de-

recho al aprovechamiento de dichas aguas; de ahí que ninguna de las disposiciones citadas se refiera a esta circunstancia como constitutiva del título civil para la inscripción de un aprovechamiento de aguas adquirido mediante prescripción.

Debe, pues, tenerse muy presente que lo que el acta de notoriedad acredita son aquellas circunstancias que justifican, por sí y de un modo directo, el derecho al aprovechamiento del agua; circunstancias que, enunciadas en principio en el citado artículo 3.º del Real Decreto-ley de 7 de enero de 1927, se recogen y enumeran con detalle en la regla tercera del artículo 70 del Reglamento Hipotecario, en la que no se hace mención al destino o lugar concreto de vertido de las aguas objeto de aprovechamiento. Pero aún hay más: el acta de notoriedad en cuya virtud se solicita la presente inscripción, si bien hace constar, a lo largo de su tramitación, diversas y aun contrarias manifestaciones de cuantos intervinieron en la misma acerca del lugar donde debían verter las aguas objeto de este aprovechamiento, no acredita en su final este extremo, sino que, ateniéndose a lo ordenado en el mencionado artículo 70 del Reglamento Hipotecario, «estima suficientemente acreditados por notoriedad los hechos siguientes», entre los que se refiere al tiempo de uso de las aguas, al concepto en que se efectuó tal uso, al punto de toma de las aguas y a su situación, al volumen o caudal aprovechable y al objeto del aprovechamiento,

pero sin mencionar en esta declaración de notoriedad el lugar o forma de vertido de tales aguas.

(Dict. 21 de marzo de 1968. Expediente núm. 35.868) (1).

II. Procedimiento para su concesión

El trámite de concurso de proyectos en competencia, regulado por el Real Decreto-ley de 7 de enero de 1927, no contempla excepción cuando el peticionario de un aprovechamiento de aguas públicas sea un Consorcio de Municipios, siendo además necesario y conveniente dicho trámite, aun cuando el aprovechamiento se solicite para el abastecimiento de agua a poblaciones, que tiene carácter preferente.

ANTECEDENTES

Se deducen del dictamen.

CONSULTA

La única cuestión, planteada incidentalmente, consiste en determinar si en el expediente promovido por la petición que formula el Consorcio para abastecimiento de aguas de la zona central de Asturias debe o no cumplimentarse el trámite de concurso de proyectos en competencia, que previene el artículo 11 del Real Decreto-ley de 7 de enero de 1927.

(1) Este expediente fue resuelto por Orden ministerial de Obras Públicas de 22 de abril de 1968, de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado.

El abastecimiento de aguas potables a las poblaciones es una de las obligaciones mínimas de las Corporaciones municipales, conforme al artículo 102 de la Ley de Régimen Local. A efectos de instalar y gestionar ese servicio, u otros de interés local, las citadas Corporaciones, al amparo del artículo 37 del Reglamento de Servicios, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, pueden constituir Consorcios dotados de personalidad para el cumplimiento de sus fines. Tales Consorcios, según previene el artículo 40 del citado Reglamento, pueden utilizar cualquiera de las formas de gestión de servicios, sustituyendo a los entes consorciados. De lo expuesto se deduce, pues, con claridad que el Consorcio constituido queda situado en la posición jurídica, con su haz de derechos y obligaciones que, para la organización y prestación del servicio de abastecimiento de agua tienen en principio las Corporaciones consorciadas.

Pero el carácter mínimo y obligatorio del servicio de abastecimiento no resuelve por sí solo, sino en conexión con otras instituciones jurídicas, el problema de la disponibilidad de las aguas precisas para el mismo. Si las aguas son propias de la Corporación, no se suscita cuestión alguna; pero si las aguas son públicas o son privadas de terceros, la ordenación jurídica y material del servicio requiere, entre otras cosas, la adquisición por la Corporación (por el Consorcio en este caso) de la titularidad precisa que le habilite para la disposición de esas aguas.

El ordenamiento jurídico configura la concesión administrativa como título idóneo para adquirir el aprovechamiento especial de las aguas públicas y pone en juego el instituto de la expropiación forzosa, tanto para facilitar la adquisición de las aguas privadas, conforme al artículo 167 de la Ley de Aguas, cuando no haya aguas públicas que puedan ser racionalmente aplicadas al mismo objeto, como para facilitar la adquisición del aprovechamiento de aguas públicas objeto de concesión anterior, pues, según el artículo 161 de la Ley de Aguas, todo aprovechamiento especial de aguas públicas está sujeto a la expropiación forzosa por causa de utilidad, previa la indemnización correspondiente, en favor de otro aprovechamiento que le preceda (y el de abastecimiento de poblaciones precede a todos), según el orden prelativo que fija el artículo 160 de la misma Ley.

En el presente caso se proyecta aplicar aguas públicas al abastecimiento de poblaciones, y el Consorcio, congruentemente, ha promovido el expediente administrativo de concesión de dichas aguas. Es claro que, en principio, las exigencias substantivas y de procedimiento de dicha concesión en nada resultan interferidas por la normativa propia de Régimen Local. Así lo ha entendido y lo ha razonado el Consorcio, y así resulta del ordenamiento en su conjunto, como resultaba, en términos expresos, aunque no por ello más claros, de la precedente legislación municipal, pues, conforme al artículo 40 del Reglamento

de 14 de julio de 1924, cuando en un proyecto de abastecimiento de aguas se solicite la concesión de aguas públicas o terrenos de dominio público, serán aplicables a dichas concesiones las disposiciones del Real Decreto de 5 de septiembre de 1918 (a la sazón vigente), deduciéndose del párrafo quinto del propio artículo que la concesión solicitada se había de tramitar «simultánea y separadamente».

Al haberse producido, por tanto, una solicitud de concesión de aprovechamiento de aguas públicas, es procedente que la misma sea tramitada con sujeción al específico procedimiento que para el otorgamiento de tales concesiones establece el Real Decreto-ley de 7 de enero de 1927. Desde el punto de vista de la estricta literalidad legal, ninguna excepción de trámite se previene para el supuesto de que la concesión solicitada se refiera a un aprovechamiento para abastecimiento de poblaciones, pues solamente las concesiones para servicios del Estado son, a estos efectos, objeto de una norma especial en el artículo 21 del propio Real Decreto-ley de 1927. Es, sin embargo, procedente abordar la cuestión desde la perspectiva que adopta la Asesoría Jurídica, pues cabe pensar que la interpretación sistemática del ordenamiento, unida a la específica valoración del trámite de competencia de proyectos, pueda amparar la conclusión, avalada quizá por razones de economía de procedimiento, de que cabe omitir tal trámite por ser necesariamente inoperante, bien con carácter

general en las concesiones para abastecimiento de poblaciones, bien con carácter particular en la que es objeto de la concreta petición que en el presente caso ha formulado el Consorcio.

El artículo 160 de la Ley de Aguas establece un orden de preferencias para la concesión de aprovechamientos especiales de aguas públicas. El primer aprovechamiento anunciado y el preferente, por consiguiente, respecto de todos los demás, es el de abastecimiento de poblaciones. La preferencia entre distintos aprovechamientos de una misma clase se resuelve con el criterio de la «mayor importancia y utilidad»; y, en igualdad de circunstancias, por el de la prioridad en la solicitud.

El concurso de proyectos en competencia, que previene el artículo 11 del Real Decreto-ley de 1927, puede evidentemente valorarse en su motivación y en su sentido como un trámite destinado a hacer operantes las preferencias establecidas, no obstante poder jugar, en todo caso, el mecanismo expropiatorio reconocido a favor de los aprovechamientos precedentes por el artículo 161. Adoptado este punto de vista, el razonamiento de la Asesoría Jurídica, que conduce a la conclusión de que no hay posibilidad legal de que la Administración reconozca la preferencia de otro aprovechamiento sobre el solicitado por el Consorcio, resulta, a juicio de este Consejo de Estado, equívoco en su formulación general e incompleto.

Es equívoco desde la perspectiva misma del procedimiento que, al arbitrar un trámite para asegurar que jueguen las preferencias, hace que tal trámite sea el cauce formal indicado para dilucidar en él las prioridades. Como con justeza razona la Junta de Gobierno del Consorcio (en la nota que se recoge en el informe de la Asesoría Jurídica), no cabe hacer supuesto de la cuestión, pues las convicciones en que han de fundarse las resoluciones administrativas han de formarse necesariamente por la propia naturaleza del procedimiento, a través de los trámites que lo componen.

Pero, de otra parte, el razonamiento hipotético de la Asesoría Jurídica resulta incompleto. Sobre la base de los términos del artículo 11 del Real Decreto-ley de 1927, que prevé la presentación en competencia de proyectos que tengan «el mismo objeto que la petición anunciada o que sean incompatibles con él», la Asesoría Jurídica considera que habría que rechazar los que se presentasen como incompatibles con el abastecimiento solicitado, por ser posteciadadas. Pero, siempre dentro del artículo 160, y habría que reconocer la prioridad del Consorcio, por razones derivadas de su propia competencia privativa para organizar el servicio, respecto de cualesquiera otros que se presentaran con el mismo objeto de abastecimiento a las poblaciones consorciadas. Pero, siempre dentro del terreno hipotético en que el razonamiento se desenvuelve, habría que contemplar también la posibilidad de que se presentara un

proyecto que, teniendo por objeto genérico el abastecimiento de poblaciones, se refiera específicamente a Municipios distintos de los consorciados, siendo ambos incompatibles por no existir dotación de agua suficiente para atender a los dos. Es claro que, en este caso, no cabría resolver en base al carácter abierto del Consorcio, por ser voluntaria la integración en él, ni en base a las competencias municipales, por tener el mismo amparo legal a estos efectos las dos peticiones; sólo podría dirimirse la preferencia por el criterio de la mayor importancia y utilidad que, para el supuesto de incompatibilidad entre aprovechamientos de la misma clase, establece el artículo 160 de la Ley de Aguas. Para formar y aplicar tal criterio sería a todas luces no sólo idóneo, sino necesario el trámite de concurso de proyectos en competencia, pues sólo él suministraría los datos precisos para resolver con pleno conocimiento de causa.

En todo caso, a juicio de este Consejo de Estado y desde la estricta perspectiva rigurosamente formal del expediente, resulta un tanto extraño el planteamiento de la cuestión en base a datos y elementos de juicio que no tienen reflejo alguno documental. Aun en el supuesto de que se considerara que, en los casos en que exista una manifiesta imposibilidad de que se presenten otros proyectos preferentes, puede omitirse el trámite de competencia de proyectos (lo que sería siempre peligroso y de validez dudosa, dada la esencial función de garantía del trá-

mite), ningún dato permitiría a este Consejo de Estado deducir que ésa es la situación en el presente caso.

Lo único cierto, según el expediente, es que se ha formulado una solicitud ajustada al artículo 10 del Real Decreto-ley de 1927; que tal solicitud debe ser objeto de unos trámites que la propia norma prevé, habiendo pedido expresamente el Consorcio solicitante, de conformidad con el artículo 11, la apertura de un concurso de proyectos y que el aprovechamiento al que se refiere la solicitud lo es «para abastecimiento de aguas y producción de energía eléctrica». Quizá haya nacido la preocupación del Ministerio de Obras Públicas de que aquel trámite no se haya observado en otras concesiones de aguas para abastecimiento de poblaciones, pero es lo cierto que, aun en la hipótesis que sienta la Asesoría Jurídica de que el concurso de proyectos no sea necesario en determinados supuestos de aprovechamientos para abastecimiento de poblaciones, la petición que se ha formulado lo es también para aprovechamiento hidroeléctrico, y resulta, al menos, convencional el criterio de separar una y otra petición, cuando la concesión es unitaria desde el punto de vista del objeto concedido (el agua), aunque su calificación pueda ser mixta desde la perspectiva del aprovechamiento. Ninguna base hay para deducir que la petición inicial pueda descomponerse en dos, pues sólo implica hacer una vez más supuesto de una cuestión que

sólo podría dilucidarse a la vista del proyecto y de la forma en que uno y otro aprovechamiento están conectados.

Es más, si se tiene en cuenta el objeto del Consorcio, que acota los fines para los que tiene exclusivamente personalidad, puede deducirse que el aprovechamiento hidroeléctrico sólo tiene un carácter subsidiario, como utilización circunstancial de la propia agua destinada al abastecimiento de las poblaciones, para el mejor y más integral rendimiento económico de las obras a realizar. Ello haría irreal el tratamiento autónomo de la concesión y permitiría incluso presumir el puro artificio en que se convertiría el trámite de concurso de proyectos en competencia que la propia Asesoría Jurídica estima necesario en lo que respecta al aprovechamiento hidroeléctrico.

De todo lo expuesto se deduce que, a juicio de este Consejo de Estado, procede seguir, en todos sus trámites, el procedimiento que para la concesión de aguas públicas establece el Real Decreto-ley de 7 de enero de 1927. No hay más realidad en el expediente que una solicitud amparada en el artículo 10 del mismo, con petición de una concesión de aguas para abastecimiento de poblaciones y aprovechamiento hidroeléctrico. El carácter unitario de la concesión implicaría, aun aceptado el planteamiento de fondo de la Asesoría Jurídica, que se trasladaran al procedimiento que se ha de seguir para el otorgamiento de la concesión las exigencias que pue-

den derivar del carácter de uno de los aprovechamientos, aunque no derivaran del otro.

(Dict. 14 de diciembre de 1967. Exp. núm. 35.804) (1).

III. Facultades del titular

1.º *El titular de una autorización de alumbramiento de aguas dispone de las facultades que le reconocen los textos legales, de modo que no se atribuye al propietario del terreno la totalidad de las aguas que pueda alumbrar en su fundo, sino sólo aquellas que, siendo alumbradas, no destajen ni menoscaben otros manantiales en explotación; sin que ello pueda extenderse a alumbramientos posteriores. En las islas Canarias, estas conclusiones resultan moduladas por la reglamentación especial.*

ANTECEDENTES

Se deducen del dictamen.

CONSULTA

El Consejo de Estado afirma su coincidencia con los criterios expuestos por la Abogacía del Estado de L. y con la propuesta elevada por el Negociado a la Divi-

(1) Este expediente fue resuelto, de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado, por Orden ministerial de Obras Públicas de fecha 10 de enero de 1968.

sión. Reiterando los términos de su dictamen de fecha 18 de diciembre de 1958 (expediente número 24.071), expresamente invocado por los órganos instructores de este expediente, el Alto Cuerpo Consultivo afirma de nuevo que el sistema de previa autorización administrativa previsto, primero por la Orden de 23 de mayo de 1938, y en la actualidad por el Reglamento de 14 de enero de 1965 para la realización de obras de alumbramiento de aguas subterráneas en las islas Canarias en terrenos de propiedad particular, es una peculiaridad establecida en defensa de los intereses particulares para poder verificar preventivamente si, por encima de la distancia mínima de cien metros mencionada en el artículo 24 de la Ley de Aguas, los nuevos pozos o galerías destajan o cortan las venas de los alumbramientos en explotación. Estas autorizaciones, por tanto, no vienen a atribuir a sus titulares nuevos derechos que antes no existiesen en su patrimonio jurídico, sino que (al igual que las demás autorizaciones administrativas) se limitan a hacer posible el ejercicio del derecho que a los propietarios fundiarios otorgan y reconocen los artículos 18 y 23 de la Ley de Aguas y 417 y 418 del Código Civil. El contenido jurídico de estas autorizaciones consiste, en definitiva, en liberar el ejercicio de un derecho—el derecho de alumbrar aguas en terrenos propios—sometido en Canarias a previo control administrativo con la finalidad de comprobar si los alumbramientos

que se proyectan afectan o no a otros anteriores en explotación.

De este modo, al quedar liberado en el ejercicio de su derecho, el titular de una autorización de alumbramiento dispone en plenitud de las facultades que le reconocen los textos legales básicos en la materia. Ahora bien, estos textos legales no atribuyen al propietario todas las aguas que pueda alumbrar en su fundo, sino sólo aquellas que, siendo alumbradas, no destajen ni menoscaben otros manantiales en explotación. El párrafo primero del artículo 23 de la Ley de Aguas establece, en efecto, que «el dueño de cualquier terreno puede alumbrar aguas y apropiarse plenamente, por medio de pozos artesianos y por socavones o galerías, las aguas que existan debajo de la superficie de su finca, con tal que no distraiga o aparte aguas públicas o privadas de su corriente natural». La Ley establece así una preferencia o prioridad, pero no a favor de la mera posibilidad de hacer surgir estos alumbramientos en un futuro, sino a favor de los alumbramientos actuales.

El respeto a los derechos preexistentes, principio cardinal del sistema arbitrado por este artículo 23 de la Ley de Aguas, no juega, pues, en favor de las meras expectativas, sino en favor de las aguas públicas o privadas ya alumbradas. Así lo corrobora el párrafo segundo del mismo artículo 23, al referirse a la distracción o merma de «las aguas públicas o privadas destinadas a un servicio público o a un aprove-

chamiento privado preexistente con derechos legitimamente adquiridos», y el artículo 24 del propio Cuerpo legal, al imponer la prohibición de alumbrar a menos de cien metros «de otro alumbramiento o fuente». En su virtud, la Ley contempla como normal que aguas que discurran o existan bajo un fundo no tengan la calidad de aguas privadas de ese fundo, sino la de aguas privadas propias de otro fundo distinto en donde hubieran sido alumbradas previamente.

De este modo, según expresaba el Consejo de Estado en el dictamen antes referido, «puede entenderse que el titular de una autorización de alumbramiento en las islas Canarias goza de una suerte de legitimación anticipada, en virtud de la cual es preciso reconocerle cierta prioridad respecto a peticionarios posteriores de autorizaciones de alumbramientos eventualmente contradictorios; pero esta prioridad no puede ser indefinida y absoluta, pues trastocaría el sistema sustentativo de la Ley de Aguas en relación con la atribución de aguas subterráneas. La prioridad juega de modo análogo al de las anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad o al de los llamados permisos de investigación en la legislación minera; es, pues, una mera reserva de rango temporal, reserva que caduca, bien cuando las excavaciones realizadas han resultado baldías, o bien cuando las excavaciones no se emprenden efectivamente y se abandonan dentro de un término que quepa conceptual como razonable.

A la luz de esta doctrina quedan revalidados por este Alto Cuerpo Consultivo los fundamentos tenidos en cuenta por los Servicios competentes para acordar la caducidad de la autorización sobre la que versa este expediente. Veinte años de retraso en comenzar las obras autorizadas es una razón bastante y suficiente para invalidar una habilitación administrativa inicialmente concedida, cuando se comprueba, como es el caso, una casi segura afección entre las distintas explotaciones de la cuenca y una afección directa de las obras proyectadas a dos aprovechamientos actuales, según afirma el informe del Ingeniero encargado del Servicio Hidráulico.

Contrastadas con estos fundamentos legales, no cabe estimar las razones contrarias alegadas por el recurrente. Es irrelevante que su autorización no haya sido sometida a plazo de ejecución de las obras, ya que, a diferencia de lo que sucede en el derecho de concesiones de dominio público, aquí no es de esencia el término, sino la afección de los aprovechamientos actuales, protegidos en todo caso por las disposiciones de la Ley de Aguas. Y por lo mismo que la autorización no otorga nuevos derechos, no cabe tampoco pretender una indefinida preferencia jurídica en el derecho a alumbrar que ni la Ley autoriza ni reconoce.

(Dict. 11 de julio de 1968. Expediente núm. 36.018.)

2.º La facultad de alumbrar aguas en predio propio alcanza al propietario de éste o a aquel a quien el mismo autorice a tal efecto.

ANTECEDENTES

Se deducen del dictamen.

CONSULTA

Los derechos que de la Ley de Aguas deriva el titular de un predio respecto a las circulantes en el subsuelo no constituyen derecho de propiedad, sino mera facultad de alumbramiento; y siendo ésta una facultad *ob rem*, es de aplicación el principio general según el cual *potest facere per aliud quod potest facere per se ipsum*, conforme expresaba este Alto Cuerpo Consultivo en su dictamen de 9 de diciembre de 1965 (expediente núm. 34.129). Esta regla de la transmisibilidad del derecho de alumbramiento, implícita en el sistema arbitrado por la Ley de Aguas, se hizo expresa en el Código Civil, cuyo artículo 417 afirma que «sólo el propietario de un predio u otra persona con su licencia puede investigar en él

aguas subterráneas». De este modo, puede decirse que no es requisito esencial que el titular de una autorización de alumbramiento sea propietario de los terrenos que pretende investigar, sino que basta, para poder serlo, con acreditar que se cuenta con el permiso de los propietarios del fundo (en este sentido, el artículo 2,3 del Reglamento de 14 de enero de 1965). Por lo mismo, el titular de una autorización puede transmitirla junto con la propiedad del suelo, ya que no le ha sido otorgada *intuitu personae*, o en contemplación de sus cualidades personales, sino *ob rem*, en razón del derecho que le asiste a alumbrar por virtud de la titularidad del fundo.

De esto se deduce que la pérdida, temporal o definitiva, de la cualidad de dueño no constituye por sí sola causa bastante para declarar extinguidas las autorizaciones de alumbramiento, debiendo estarse en cada caso a otros datos ajenos a la pura titularidad dominical para enjuiciar la eficacia actual de las autorizaciones concedidas.

(Dict. 11 de julio de 1968. Expediente núm. 36.018.)