

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065181

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1515/2020, de 12 de noviembre de 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5.ª)

Rec. n.º 6201/2019

SUMARIO:**Aguas. Uso privativo por disposición legal. Distancia mínima. Inscripción en el Registro de aguas. Consentimiento del titular del aprovechamiento preexistente.**

La cuestión que presenta **interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia** es determinar si en los casos en los que se pretende aprovechar un uso privativo del agua por disposición legal que no guarda la distancia mínima fijada en el Plan Hidrológico de cuenca ---o, en su defecto, en el Reglamento de dominio público hidráulico--- puede procederse a su inscripción en el Registro de aguas con tal de que conste el consentimiento expreso del titular del aprovechamiento preexistente legalizado.

Los **aprovechamientos de agua** del art. 54 TRLA son «usos privativos por disposición legal», y consecuencia de la transformación de la naturaleza de las aguas pluviales y las subterráneas tras la Ley de Aguas de 1985. La Ley de Aguas de 1979 facultaba al dueño de un terreno a apropiarse de las aguas subterráneas que alumbrase mediante pozos artesanos y establecía que tales aguas serán del dueño del terreno a perpetuidad. Desde 1985, dichas aguas no son privadas, sino pertenecientes al Dominio Público Hidráulico, y esa transformación, que algunos quisieron llamar expropiación, condujo al legislador de 1985 a introducir el llamado **uso privativo ex lege**. El artículo 54.2 TRLA, remite este uso privativo al reglamento cuando el volumen total no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. A su vez, el artículo 83.1 RDPH dispone que el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo del dominio público hidráulico, se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa. Aunque el art. 85 RDPH habla de comunicación, es lo cierto que la respuesta a la comunicación de quien pretende el nuevo pozo, no es la automática inscripción en el Registro de Aguas.

El derecho al uso privativo de aguas previsto en el actual artículo 54.2 del TRLA no puede materializarse sin **intervención de la Administración Hidrológica**, pues, aunque en este caso la Administración no ejerce competencias discrecionales, como es el caso de la concesión, no por ello los usos privativos por disposición legal están exentos en su ejercicio de control administrativo. En esta función de control, es lícito que la Administración establezca condiciones para el ejercicio del derecho, siempre que las mismas no lo desnaturalicen o sean de tal entidad que supongan un grave menoscabo para su ejercicio, cualidad que no concurre en la obligación de instalar contadores, que aparece como condición del nacimiento de tal derecho, que sólo cubre los inferiores a 7.000 m³/año/finca, necesitando de concesión los incrementos del mismo, por lo que su instalación aparece como elemento necesario para el correcto ejercicio del derecho.

No es solamente el supuesto de acuífero sobreexplotado o en riesgo de estarlo, el que impone la exigencia de control para la autorización. Es la comprobación que el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos, que no se utilicen las aguas para fincas distintas de aquellas en las que nacen, discurren o están estancadas, en el reconocimiento sobre el terreno si fuera preciso por el organismo de cuenca, en la comprobación de las distancias con otros pozos preexistentes, etcétera. Son muestras de ese **control previo a la pretendida inscripción en el Registro de Aguas**.

En **contestación a la cuestión de interés casacional** planteada, se dice:

En los casos en los que se pretende aprovechar un uso privativo de agua por captación de pozo, que no guarda la distancia mínima fijada en el Plan Hidrológico de cuenca -o, en su defecto, en el Reglamento de dominio público hidráulico-, **puede procederse a su inscripción** en el Registro de Aguas **si no existe ninguna otra limitación legal o reglamentaria y consta el permiso expreso del titular** del aprovechamiento preexistente legalizado.

Si en el transcurso del tiempo el nuevo aprovechamiento **afectara al o a los aprovechamientos preexistentes** legalizados que hubieran dado su permiso expreso para la nueva captación, **se clausurará el nuevo aprovechamiento sin derecho a indemnización**.

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/2001 (TR Ley de Aguas), art. 54.

RD 849/1986 (Rgto. del Dominio Público Hidráulico), arts. 84, 85, 87, 88 y 184.1.

PONENTE:

Don Francisco Javier Borrego Borrego.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.515/2020

Fecha de sentencia: 12/11/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6201/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 6201/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Rafael Fernández Valverde, presidente

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D^a. Inés Huerta Garicano
D. Francisco Javier Borrego Borrego
D^a. Ángeles Huet De Sande

En Madrid, a 12 de noviembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación seguido bajo el número 6201/2019 que ha sido interpuesto la Letrada de la Junta de Andalucía, en nombre y representación de la Junta de Andalucía, contra la sentencia de fecha 12 de junio de 2019, dictada por la Sección 3^a de la Sala Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía. Dicha sentencia estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de D. Faustino contra la resolución desestimatoria de la solicitud de autorización de uso privativo de aguas por disposición legal.

Ha comparecido como parte recurrida el procurador D. Fernando Martínez Nosti, en nombre y representación de D. Faustino, bajo la dirección de la Letrada D.^a Ana Isabel Avila Cabrera.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Borrego Borrego.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La Secc. 3^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía en el recurso nº 713/2017 dictó sentencia de fecha 12 de junio de 2019 cuyo Fallo era del siguiente tenor literal: "Estimar el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don Faustino contra la resolución desestimatoria de la solicitud de autorización de uso privativo de aguas por disposición legal, recaída en expediente NUM000 , y en consecuencia anular dicho acto por no resultar ajustado a Derecho, declarando el derecho del recurrente a la inclusión en la Sección B del Registro de Aguas de los aprovechamientos en su día comunicados en la finca " DIRECCION000" situada en el polígono NUM001, localizada en el término municipal de El Coronil (Sevilla); y todo ello, con imposición de costas a la demandada hasta el límite antes expresado. Contra esta sentencia cabe preparar recurso de casación por escrito ante esta Sala en plazo de 30 días contados desde el siguiente a la notificación de la presente resolución, en los términos y con las exigencias contenidas en el artículo 86 y ss. LJCA".

Segundo.

Notificada a los interesados, la Letrada de la Junta de Andalucía, preparó el recurso de casación contra la sentencia, y la Sala Contencioso-Administrativa del TSJ de Andalucía dictó resolución teniendo por preparado el mismo y emplazando a las partes para ante este Tribunal de Casación.

Recibidas las actuaciones, y personadas las recurridas, la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal dictó Auto de 17 de febrero de 2020, que acuerda: "1º) Admitir a trámite el recurso de casación nº 6210/19 preparado por la Letrada de la Junta de Andalucía contra la sentencia, de 12 de junio de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, nº 713/17, deducido contra la desestimación presunta del recurso de alzada presentado contra Resolución de 18 de marzo de 2016 del Director General de Dominio Público Hidráulico por la que se denegaba la inscripción en la sección B del Registro de Aguas de un aprovechamiento sito en la DIRECCION000" situada en el polígono NUM001, localizada en el término municipal de El Coronil (Sevilla).

2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es determinar: Si en los casos en los que se pretende aprovechar un uso privativo del agua por disposición legal que no guarda la distancia mínima fijada en el Plan Hidrológico de cuenca ---o, en su defecto, en el Reglamento de dominio público hidráulico--- puede procederse a su inscripción en el Registro de aguas con tal de que conste el consentimiento expreso del titular del aprovechamiento preexistente legalizado.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, deben ser objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, son los arts. 87.2 y 184.1. b) del Reglamento de Dominio Público Hidráulico y el art. 54 del Texto Refundido de la Ley de Aguas".

Tercero.

La letrada de la Junta de Andalucía dentro del plazo prevenido en la Ley, presentó escrito en el que alega los hechos y fundamentos que estima oportunos y solicita de esta Sala: "SUPLICA A LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlos y unirlos a los autos de su razón, y tenga por formulado recurso de casación contra la Sentencia de 12 de junio de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede de Sevilla en su Sección Tercera, con base en las consideraciones contenidas en el cuerpo de este escrito y, tras los trámites de rigor, dicte Sentencia por la que estimando nuestro recurso, case y deje sin efecto la Sentencia de de 12 de junio de 2019 de conformidad con lo señalado por esta parte".

Cuarto.

La parte recurrida presenta escrito donde solicita: "SUPLICA A LA SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO, que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlos y unirlos a los autos de su razón, y tenga por formulado escrito de oposición al Recurso de Casación contra la Sentencia de 12 de junio de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía sede de Sevilla en su Sección Tercera, con base en las consideraciones contenidas en el cuerpo de este escrito y, tras los trámites de rigor, dicte Sentencia por la que desestimando el Recurso de Casación interpuesto ratifique la Sentencia de 12 de junio de 2019 con expresa imposición de costas. Por ser de Justicia que pido en Sevilla para Madrid".

Quinto.

Finalmente, se señala para su deliberación, votación y fallo el 3 de noviembre de 2020, celebrándose con las formalidades legalmente establecidas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Las circunstancias del presente caso de interés para su enjuiciamiento son las siguientes:

1.- D. Faustino presentó comunicación el 27 de junio de 2005 de aprovechamiento de aguas públicas con volumen inferior a 7.000 m³ para riego de 0,1h^a de olivar y para uso doméstico en la finca DIRECCION000, parcela NUM001, sita en el término municipal de El Coronil (Sevilla). Denegado este aprovechamiento el 26 de agosto de 2010 por encontrarse a una distancia inferior a 100 metros de otro aprovechamiento, recurrió y fue desestimado su recurso el 14 de agosto de 2014, al comprobarse que estaba a 60 metros del otro aprovechamiento.

2.- El 5 de noviembre de 2014 el Sr. Faustino redujo el aprovechamiento, de 1.500 m³, a 1.470 m³ anuales. Y "para el hipotético caso de que el aprovechamiento que nos ocupa se encuentre en el perímetro de protección que el art. 87.2 del RDPH determina, se aporta, como documento dos, escrito de renuncia de tal protección del propietario del aprovechamiento que consta inscrito [...]".

3.- Tramitado nuevo expediente, consta informe técnico que el aprovechamiento comunicado se encuentra a una distancia de 57 metros respecto al aprovechamiento (definido) inscrito en el Registro de Aguas, y a una distancia de 22 metros respecto del (definido) inscrito en el Registro por lo que, con arreglo a las distancias entre pozos a que se refiere el art. 87.2 del RDPH, y el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica, se informa desfavorablemente el aprovechamiento pretendido. Por resolución de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, de fecha 18 de marzo de 2016 se deniega la inscripción en el Registro de derechos de aguas pretendido.

En fecha 5 de mayo de 2016, el Sr. Faustino recurre en alzada dicha resolución denegatoria, aportando consentimientos expresos por parte de los titulares de los dos aprovechamientos inscritos mencionados en la Resolución denegatoria.

3.- Ante la desestimación presunta por silencio administrativo de su recurso de alzada, el Sr. Faustino interpone recurso contencioso-administrativo el 10 de enero de 2017, que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (JCA) N° 8 de Sevilla, declarado incompetente para conocer del mismo, lo remite al TSJ de Andalucía, donde es tramitado bajo el número 713/2017, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho TSJ de Andalucía con sede en Sevilla.

4.- En fecha 12 de junio de 2019 el TSJ de Andalucía dicta sentencia, estimatoria de la pretensión formulada por el recurrente Sr. Faustino, anula la resolución desestimatoria presunta administrativa por no ser ajustada a derecho y declara el derecho del recurrente a la inclusión del derecho de aprovechamiento comunicado.

La sentencia que aquí se impugna razona así la estimación del recurso: "CUARTO.- El artículo 87.2 RDPH establece las expresadas distancias mínimas a falta de previsión en el Plan Hidrológico. Sin embargo, en el caso contemplado el Plan de Demarcación dispone que cuando la extracción de las aguas sea realizada mediante apertura de pozos, las distancias mínimas entre éstos o entre los pozos y manantial o cauces públicos serán las siguientes:

a) Masas de agua subterráneas en buen estado cuantitativo:

1.- Para volúmenes anuales inferiores a 1500 metros cúbicos anuales, cincuenta metros.

2.- Para volúmenes anuales superiores a 1500 metros cúbicos anuales, cien metros.

b) Resto del territorio (Fuera de masas de agua subterráneas) cien metros 100.

Conforme a tal previsión, teniendo en cuenta que se solicita un volumen anual inferior a 1.500 m³ y que uno de los aprovechamientos pretendidos se encuentra a una distancia aproximada de 57 metros, no existe inconveniente alguno para su inscripción en la Sección B del Registro de Aguas, dado que la distancia mínima permitida sería de 50 metros.

Por lo que se refiere al aprovechamiento que se encuentra a distancia aproximada de 22 metros de la captación inscrita en el Registro de Aguas con referencia 2005SCB000309SE, cuya comunicación al Organismo de Cuenca es anterior, pero del que consta consentimiento expreso de su titular, la Administración demandada opone que esta última circunstancia no resulta óbice pues existe una limitación prevista por el Plan Hidrológico de la Demarcación del Guadalete y Barbate, que resulta de aplicación preferente en este caso. No obstante esta Sala y Sección ya estableció un criterio para casos como el presente, plasmado en la Sentencia citada por el recurrente, seguida de otras posteriores en las que declaramos que: "...Entendemos que para casos como el de autos, en el que el aprovechamiento no guarda la distancia mínima, y dado que se solicita un uso privativo ex lege limitado a un máximo de 7000 m³, no serían aplicables las limitaciones que se alegan por parte de la administración demandada, por cuanto que estas se encuentran previstas solo para el caso de pretender concesiones. Así lo señala claramente el artículo 184.1 del reglamento aplicable.

Ahora bien, pretendiéndose un uso ex lege, el régimen al mismo aplicable no puede efectivamente ser más restrictivo que el que la propia norma señala para las concesiones. Y así lo entienden los Tribunales de Justicia en los casos precedentes, al condicionar que puede solventarse el obstáculo de la distancia cuando se cuente con el permiso del titular del aprovechamiento preexistente. Siendo los derechos de éste los que por otra parte se quieren garantizar con la exigencia de dicha condición, y no como se señala, la protección del acuífero, para lo que en su caso dispone la administración de otro instrumento como sería la declaración de sobreexplotación." Conforme a lo expuesto, procede la estimación del recurso".

Segundo.

Preparado recurso de casación contra dicha sentencia por la Junta de Andalucía, en fecha 17 de febrero de 2020 se dicta auto de Admisión por la Sección Primera de esta Sala, precisando la cuestión de interés casacional del presente recurso, Antecedente de Hecho Segundo.

En su escrito de interposición del recurso, la letrada de la Junta de Andalucía, tras citar los preceptos legales y la jurisprudencia que estima conveniente, centra el tema del recurso en la aplicación, en la sentencia impugnada, del artículo 184.1.b RDPH, que regula las concesiones administrativas cuando el objeto del tema es un aprovechamiento ex lege, artículos 54 TRLA y 87.2 RDPH: "La pretensión deducida con este recurso de casación y el pronunciamiento que al respecto se solicita de este Tribunal Supremo se cohonestan además, con la función nomofiláctica y objetiva que tiene atribuida este Tribunal en la Vía de la casación, y encuentra su sentido, como se desprende de cuanto hemos expuesto en los párrafos precedentes, en la necesidad de obtener un pronunciamiento judicial, sobre la correcta interpretación que debe otorgarse a las normas señaladas, que clarifique o matice los artículos citados, 184.1.b) del Reglamento de Dominio público Hidráulico y artículo 54 de TR de la Ley de Aguas, y la jurisprudencia citada en este escrito, en el sentido de, si se puede o no extender la excepción del cumplimiento de las distancias, en caso de consentimiento del titular del aprovechamiento afectado, a las inscripciones ex lege".

La parte recurrida se opone al recurso alegando: "En contra de lo que defiende la Letrada de la Junta de Andalucía, en ningún caso conllevaría el mantenimiento de la doctrina recogida en la Sentencia que las distancias mínimas para la afección sean una presunción iuris et de iure, sólo nos encontraríamos ante una presunción iuris et de iure sobre la no afección hacia el aprovechamiento del que se ha obtenido el consentimiento, puesto que nada impide que el titular del aprovechamiento preexistente pueda renunciar a la protección administrativa de no afección de su aprovechamiento, no vulnerándose de esta manera derecho de tercero alguno". Cita la sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2011, rec. 5504/2006, y sentencias varias de los TSJ del País Vasco y de Andalucía.

Tercero.

Las normas que han de ser tenidas en cuenta en el enjuiciamiento de este recurso son:

i.- Artículo 54 TRLA aprobado por el RD Legislativo 1/2001, de 20 de julio: 1. "El propietario de una finca puede aprovechar las aguas pluviales que discurran por ella y las estancadas, dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso del derecho". 2. "En las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas, cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. En los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este apartado sin la correspondiente autorización. "

ii.- Artículo 87.2 RDPH, aprobado RD 849/1986, de 11 de abril: "Cuando la extracción de las aguas sea realizada mediante la apertura de pozos, las distancias mínimas entre éstos o entre los pozos y manantial serán las que señale el Plan Hidrológico de cuenca, y en su defecto, para caudales inferiores a 0,15 litros/segundo, la de diez metros de suelo urbano, de veinte metros en suelo no urbanizable, y de cien metros en caso de caudales superiores al mencionado. Iguales distancias deberá guardarse, como mínimo entre los pozo de un predio y y los estanques o acequias no impermeabilizados de los predios vecinos"".

iii.- Artículo 184 RDPH: "1. Todo aprovechamiento de aguas subterráneas distinto a los considerados en el artículo 54.2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas , requiere previa concesión administrativa . La concesión deberá ajustarse a las siguientes condiciones: a) Las que fije, en su caso, el Plan Hidrológico de cuenca para cada acuífero o unidad hidrogeológica. Dichas condiciones se referirán al caudal máximo instantáneo, distancias a otros aprovechamientos y corrientes de agua naturales o artificiales, profundidad de la obra y de la colocación de la bomba y demás características técnicas que se consideren en dicho plan. b) A falta de definición en el Plan Hidrológico, la distancia entre los nuevos pozos y los existentes o manantiales no podrá ser inferior a 100 metros sin el permiso del titular del aprovechamiento preexistente legalizado. Excepcionalmente, se podrán otorgar concesiones a menor distancia si el interesado acredita la no afección a los aprovechamientos anteriores legalizados. Si, una vez otorgada la concesión en las condiciones señaladas en este párrafo, resultaren afectados los aprovechamientos anteriores, se clausurará el nuevo sin derecho a indemnización.

c) Para establecer el volumen máximo a otorgar en cada acuífero o unidad hidrogeológica se tendrán en cuenta las disponibilidades estimadas, en su caso, en el Plan Hidrológico, así como la evolución de los niveles piezométricos y de la calidad del agua. d) Cuando en el Plan Hidrológico se haya aceptado la sobreexplotación temporal de algún acuífero o unidad hidrogeológica se tendrán en cuenta para la fijación del plazo de la concesión las reglas establecidas para la sobreexplotación"".

Cuarto.

Ante el asunto sometido a enjuiciamiento de esta Sala, por el muy trabajado recurso de casación de la lettrada de la Junta de Andalucía, viene oportunamente al recuerdo la clásica definición de Ley de Santo Tomás de Aquino: "ordinario rationis ad bonum commune...", ordenación racional, es decir, utilizando la razón o la facultad de discurrir. Lleva razón la recurrente cuando afirma que la posibilidad de obtener permiso del titular del aprovechamiento preexistente legalizado, está regulada en el art. 184.1.b TRLA, aplicable a las concesiones administrativas, y no a los aprovechamientos de aguas considerados en el art. 54.2 del mismo texto legal. Pero la cuidada sentencia del TSJ de Andalucía impugnada, realiza un ejercicio de discurrir, atendiendo a la ordenación de la razón.

Los aprovechamientos de agua del art. 54 TRLA son "usos privativos por disposición legal", y consecuencia de la transformación de la naturaleza de las aguas pluviales y las subterráneas tras la Ley de Aguas de 1985. La Ley de Aguas de 1879 facultaba al dueño de un terreno a apropiarse de las aguas subterráneas que alumbrase mediante pozos artesanos, artículo 23. Y el artículo 22 de dicha Ley, establecía que las aguas subterráneas serán del dueño del terreno a perpetuidad.

Desde 1985, dichas aguas no son privadas, sino pertenecientes al Dominio Público Hidráulico.

Y esa transformación, que algunos quisieron llamar expropiación, condujo al legislador de 1985 a introducir el llamado uso privativo ex lege. Y el artículo 54.2 TRLA, permite este uso privativo "en las condiciones que reglamentariamente se establezcan [...]" cuando el volumen total no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. A su vez, el artículo 83.1 RDPH dispone que "el derecho al uso privativo, sea o no consuntivo del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa". Y el 84.2 reitera lo dispuesto en el art. 54.2 TRLA. Aunque el art. 85 RDPH habla de comunicación, es lo cierto que la respuesta a la comunicación de quien pretende el nuevo pozo, no es la automática inscripción en el Registro de Aguas.

En la sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 2012, rec. 5871/2009 y frente a la alegación que el derecho al uso privativo previsto en el art. 54.2 TRLA no requiere la previa autorización administrativa, dijimos: "El derecho al uso privativo de aguas previsto en el actual artículo 54.2 del TRLA no puede materializarse sin intervención de la Administración Hidrológica, pues aunque en este caso la Administración no ejercita competencias discrecionales, como es el caso de la concesión (ex artículo 59.4 TRLA), no por ello los usos privativos por disposición legal están exentos en su ejercicio de control administrativo, como se deduce claramente de la propia normativa prevista en la Ley de Aguas.

En efecto, el artículo 54.2 remite a normas reglamentarias las condiciones para el ejercicio de tal derecho, que son las indicadas en los artículos 87 y 88 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril. Con arreglo a estos preceptos, quien quiera ejercitar este derecho debe comunicarlo a la Administración, aportando la documentación que refiere el artículo 87.3 ---plano parcelario del catastro, indicando en ella las obras a realizar y la superficie regable, en su caso, y situación de los manantiales o pozos que se pretendan aprovechar o construir, señalando la distancia entre los mismos y las que les separen de otras tomas de agua, corrientes naturales o artificiales, edificaciones, caminos, minas u otras instalaciones existentes---, configurando el alcance de la instrucción a efectuar por la Confederación en el correspondiente expediente ---que puede incluir el reconocimiento sobre el terreno si lo considera preciso---, en el sentido no sólo de comprobar la suficiencia de la documentación aportada, sino también la de la adecuación técnica de las obras y caudales que se pretendan derivar para la finalidad perseguida, con la consecuencia de que "En caso de conformidad, lo comunicará al dueño de la finca, procediendo a inscribir la derivación a su favor, con indicación de sus características" y "En caso de disconformidad lo comunicará, asimismo, al dueño del predio, señalándose las omisiones de la documentación, la causa de inadecuación de las obras o caudales, las modificaciones que en su caso sea preciso introducir o la causa de ilegalidad de la derivación, prohibiendo al mismo tiempo la misma sin perjuicio de que el usuario pueda reiterar su petición una vez corregidas aquéllas", de cuyo contenido cabe indicar que guarda sensibles analogías con el ejercicio de potestades regladas, a diferencia, se insiste, de la concesión.

En esta función de control, es lícito que la Administración establezca condiciones para el ejercicio del derecho, siempre que las mismas no lo desnaturalicen o sean de tal entidad que supongan un grave menoscabo para su ejercicio, cualidad que no concurre en la obligación de instalar contadores, que aparece como condición del nacimiento de tal derecho, que sólo cubre los inferiores a 7.000 m³/año/finca, necesitando de concesión los incrementos del mismo, por lo que su instalación aparece como elemento necesario para el correcto ejercicio del derecho. En este sentido, es de destacar que esta Sala se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la licitud de la obligación de instalar contadores. Así, en la STS de 10 de marzo de 2010 (RC 1342/2006) y en las más recientes de 15 de febrero de 2012, RC 458 /2009 ---en la que la cuestión controvertida también giraba en torno al derecho previsto en el artículo 54-2 del TRLA---, y en la de 29 de febrero de 2012, RC 2671 /2008, en la que hemos dicho que "la instalación de contadores volumétricos para el control del agua extraída, obligación contenida en la Condición Específica Segunda, responde a las facultades de control de la Administración hidráulica, formando parte del haz de facultades concedidas a los Organismos de Cuenca en el artículo 55 del Texto Refundido de la Ley de Aguas , aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que en su epígrafe 4 los contempla de forma específica "(...) para garantizar el respeto a los derechos existentes, medir el volumen de agua realmente consumido o utilizado, permitir la correcta planificación y administración de los recursos y asegurar la calidad de las aguas. A tal efecto, los titulares de las concesiones administrativas de aguas y todos aquellos que por cualquier título tengan derecho a su uso privativo, estarán obligados a instalar y mantener los correspondientes sistemas de medición que garanticen información precisa sobre los caudales de agua en efecto consumidos o utilizados y, en su caso, retornados", por lo que la obligación de instalar contadores no es más que una expresión de tales funciones de control tendentes a disponer de la información precisa sobre los caudales de agua real y efectivamente utilizados para cumplir los fines previstos en la norma. De modo que corresponde a todos los que por cualquier título tengan derecho a uso privativo de las aguas la obligación de instalar el contador como sistema de medición, en el bien entendido que aunque tal obligación esté incluida como "Condición Específica 2" de la Resolución que acuerda la inscripción en el Catálogo de aguas privadas, es una mera obligación del titular, y no una condición a cuyo cumplimiento se supedita la inscripción en dicho Catálogo".

No es solamente el supuesto de acuífero sobreexplotado o en riesgo de estarlo, el que impone la exigencia de control para la autorización. Es la comprobación que el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos, que no se utilicen las aguas para fincas distintas "de aquellas en las que nacen, discurren o están estancadas", en el reconocimiento sobre el terreno si fuera preciso por el organismo de cuenca, en la comprobación de las distancias con otros pozos preexistentes, (art. 87.3 RDPH), etcétera, son muestras de ese control previo a la pretendida inscripción en el Registro de Aguas.

Quinto.

En el concreto caso examinado, tenemos una comunicación de aprovechamiento para regar 0,1 h^a de olivar y uso doméstico, inferior a 1.500 m³ anuales (1.470 m³, con un aprovechamiento preexistente inscrito a una

distancia aproximada de 22 metros de la captación que se pretende, conforme razona la sentencia impugnada que antes hemos transcrito en el FD Primero. No existe ningún problema de acuífero sobreexplotado, ni en riesgo de estarlo, ni ninguna otra circunstancia obstativa del aprovechamiento, salvo el de la distancia con otro aprovechamiento preexistente.

El art. 54.1 TRLA limita los usos privativos por disposición legal a "las establecidas en la presente ley y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso de derecho".

Tercero es obviamente el titular del aprovechamiento preexistente a 22 metros de distancia del pretendido. El artículo 61.1 TRLA establece también que "toda concesión se entenderá hecha sin perjuicio de tercero".

En el presente caso, el titular del aprovechamiento situado a 22 metros de distancia ha dado su permiso al hoy recurrido para la captación pretendida, permiso contemplado en el art. 184.1.b para los casos de concesión, (FD Tercero).

Pero, y es importante, si autorizada la nueva captación con el permiso del titular del aprovechamiento preexistente legalizado, "resultasen afectados los aprovechamientos anteriores", (es decir, al aprovechamiento preexistente legalizado cuyo titular dio el permiso), "se clausurará el nuevo (aprovechamiento) sin derecho a indemnización" (art. 184.1.b RDPH).

Por todo lo expuesto, debe confirmarse la sentencia impugnada, al razonar, ordenación racional, la Ley de Aguas, Texto Refundido de 2001, y el Reglamento de Dominio Público Hidráulico.

Sexto.

En contestación a la cuestión de interés casacional planteada, se dice:

En los casos en los que se pretende aprovechar un uso privativo de agua por captación de pozo, que no guarda la distancia mínima fijada en el Plan Hidrológico de cuenca -o, en su defecto, en el Reglamento de dominio público hidráulico-, puede procederse a su inscripción en el Registro de Aguas si no existe ninguna otra limitación legal o reglamentaria y consta el permiso expreso del titular del aprovechamiento preexistente legalizado.

Si en el transcurso del tiempo el nuevo aprovechamiento afectara al o a los aprovechamientos preexistentes legalizados que hubieran dado su permiso expreso para la nueva captación, se clausurará el nuevo aprovechamiento sin derecho a indemnización.

El recurso debe ser desestimado.

Séptimo.

Sin imposición de costas, art. 93.4 LJCA, en el presente recurso. Se confirman las impuestas en la sentencia recurrida a la Administración autonómica.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.

Se contesta a la cuestión de interés casacional planteada en los términos contenidos en el Fundamento de Derecho Sexto.

Segundo.

Se desestima el recurso de casación nº 6201/2019, interpuesto por la Junta de Andalucía frente a la sentencia dictada el 12 de junio de 2019, rec. 713/2017, por la Sección Tercera de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, que se confirma por ser ajustada a Derecho.

Tercero.

Sin imposición de costas en este recurso, y confirmando las impuestas en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Rafael Fernández Valverde D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy D.^a Inés Huerta Garicano
D. Francisco Javier Borrego Borrego D.^a Angeles Huet de Sande

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Francisco Javier Borrego Borrego, estando la Sala celebrando audiencia pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.