



Roj: **STSJ AND 15222/2019 - ECLI:ES:TSJAND:2019:15222**

Id Cendoj: **41091330032019101513**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **3**

Fecha: **04/09/2019**

Nº de Recurso: **136/2016**

Nº de Resolución: **1292/2019**

Procedimiento: **Recurso contencioso-administrativo**

Ponente: **MARIA JOSE PEREIRA MAESTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN SEVILLA.

SECCION TERCERA.

RECURSO Núm.136/2016

S E N T E N C I A

Illmos. Sres. Magistrados

Don Pablo Vargas Cabrera. Presidente.

Don Guillermo del Pino Romero.

Dña. María José Pereira Maestre.

En la ciudad de Sevilla, a 4 de septiembre de 2019.

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. 136/2016, interpuesto por Dña. Bárbara, representada por el Procurador D. Pedro Campos Vázquez, y Dña. Berta y D. Cirilo, representados por el Procurador D. José Tristán Jiménez, contra la CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL GUADALQUIVIR, representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es indeterminada. Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. María José Pereira Maestre, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de Dña. Bárbara se interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución desestimatoria, por silencio administrativo, del recurso de reposición deducido frente a la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 31/7/2015, dictada en el expediente NUM000, que resuelve, entre otros pronunciamientos, denegar la inclusión en el Catálogo de Aguas Privadas la captación nº 12, solicitado en fecha 27/12/1988, en la finca denominada DIRECCION000, del t.m. de Villanueva del Río y Minas (Sevilla). Posteriormente se amplió a la resolución expresa de fecha 29 de abril de 2016, que desestima el recurso de reposición.

SEGUNDO.- Mediante Auto de fecha 28 de junio de 2017 se accedió a la acumulación del recurso contencioso-administrativo registrado con el nº 451/2016, seguido ante esta misma Sala y Sección, a instancia de Dña. Berta y D. Cirilo, seguido contra la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 30 de diciembre de 2015, dictada en el expediente NUM001, desestimatoria del recurso de reposición deducido frente a la de fecha 31 de julio de 2015, que resuelve denegar la inclusión en el Catálogo de Aguas Privadas de las dos captaciones, solicitado en fecha 3/7/1997 y 4/4/2003 en la finca denominada DIRECCION000, del t.m. de Villanueva del Río y Minas (Sevilla).



En sus escritos de demanda, las partes actoras solicitaron la nulidad de la resolución impugnada en los términos allí señalados.

TERCERO.- Por la Administración demandada se contestó en el sentido de oponerse, solicitando, a su vez, la desestimación del recurso.

CUARTO.- En la presente causa se han observado todas las prescripciones legales, salvo las relativas a determinados plazos procesales, debido a la acumulación de asuntos ante la Sala; habiéndose señalado para votación y fallo el día de hoy.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso dos resoluciones:

- la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 29 de abril de 2016, dictada en el expediente NUM000 , que desestima el recurso de reposición formulado contra de fecha 31 de julio de 2015, que resuelve, entre otros pronunciamientos, denegar la inclusión en el Catálogo de Aguas Privadas de la captación nº 12, solicitado en fecha 27/12/1988, en la finca denominada DIRECCION000 , del t.m. de Villanueva del Río y Minas (Sevilla)

-La Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 30 de diciembre de 2015, dictada en el expediente NUM001 , desestimatoria del recurso de reposición deducido frente a la de fecha 31 de julio de 2015, que resuelve denegar la inclusión en el Catálogo de Aguas Privadas de las dos captaciones solicitado en fecha 3/7/1997 y 4/4/2003 en la finca denominada DIRECCION000 , del t.m. de Villanueva del Río y Minas (Sevilla).

Se hace preciso partir de los siguientes datos:

I- Expediente NUM000 .

-Con fecha 27 de diciembre de 1988 por don Eladio y don Fidel se presentó solicitud de inscripción en el catálogo de aguas privadas con opción a mantener la titularidad del aprovechamiento como hasta ahora respecto a 12 pozos ubicados en la finca DIRECCION000 , en la localidad de Villanueva del Río y Minas, siendo el destino del agua y superficie regada 127 has de cultivo anual más planta de árboles de distintas variedades, siendo la construcción de mampostería y tubo metálico y con un aforo de 25 l.s. cada uno de los pozos. Se acompañaba la documentación referida en el expediente administrativo.

-Fallecidos ambos solicitantes, se aportó la escritura de partición de herencia en relación al fallecimiento de don Fidel , de donde resulta lo siguiente, a los efectos que nos ocupa: respecto a la finca rústica (descrita como nº 7 en la escritura de Partición de herencia y segregación de fecha 15 de julio de 1998) inscrita como finca nº NUM002 en el Registro de la Propiedad de Lora del Río: descrita como " Rustica: suerte de tierra de cercano y regadío con una cabida de 103 hectáreas, treinta áreas y tres centiareas has:

1- se segrega como nueva e independiente la siguiente: Rústica: suerte de tierra de labor, regadío, de 39 hectáreas, y 5 áreas y 95 centiáreas.

2- El resto: Rústica: suerte de tierra de labor, secano, con una extensión de 64 hectáreas, 24 áreas y 48 centiáreas. Es descrita: al sur, con padrón que separa a esta de otras de los herederos de don Fidel ; al este, con arroyo Galapagar; y al Oeste con camino de Cantillana que la separa de la finca segregada. El citado camino de Cantillana tiene una anchura de 8 m a partir de la tubería existente que se encuentra a lo largo de todo el borde de la Haza, se le adjudica a herederos de don Fidel .

La finca segregada (de regadío) fue adjudicada a los hijos de don Fidel , la actora Dña. Bárbara y sus hermanos, Flora , Francisca , e Eladio .

El resto (de secano) fue adjudicado a los herederos de don Agustín , ya fallecido y designado también heredero por su hermano Fidel , y en consecuencia a su viuda doña Lina , y a sus hijos don Eladio , doña Pura y doña Raimunda .

Con fecha 20 de noviembre de 1998, en virtud escritura pública, Dña. Lina , y a sus hijos don Eladio , doña Pura y doña Raimunda , venden dicha finca, de 64 hectáreas, 24 áreas y 48 centiareas, a D. Evelio .

II- Expediente NUM001 .

-Con fecha 3 julio 1997 se presentó por D. Evelio solicitud de inscripción en el catálogo de aguas privadas con opción a mantener la titularidad del aprovechamiento como hasta ahora respecto a un pozo ubicado en la DIRECCION000 , en la localidad de Villanueva del Río y Minas, de tubo de hierro para riego de superficie de 18,50



hectáreas, sistema de goteo, con un aforo de 12 litros. En cuanto a la documentación se indica "pendiente aportar escrituras-Pendiente herencia").

-Con fecha 4 abril 2003 presenta escrito en solicitud de segregación de un pozo, uno de los doce a que se contrae el expediente NUM000 , al haber adquirido parte de la finca en el expediente de referencia, con superficie de 64,2448 has, de los que 50,5 has son objeto de riego.

En cuanto a las resoluciones impugnadas resuelven:

*Resolución de fecha 30 de julio de 2015 en el expediente NUM001 , confirmada por resolución de fecha 29 de abril de 2016:

" Atendiendo a lo informado, cabe considerar que, si bien el pozo número 12 es de construcción anterior a 1/1/1986, no procede la inclusión en el catálogo para riego, con las aguas derivadas con el mismo, de los terrenos propiedad de don Evelio , al no haber sido suficientemente acreditado que este es el grado de aprovechamiento anterior a la entrada en vigor de la norma reguladora. Por tanto, únicamente queda por determinar si procede incluir en el catálogo de aguas privadas la captación número 12 a favor de los herederos de don Eladio y don Fidel , junto con los once pozos restantes. A este respecto hay que considerar dos cuestiones clave. En primer lugar el uso que se le viene dando al aprovechamiento a esta fecha, que no es otro que el riesgo de los terrenos propiedad de don Cirilo , que se lleva a cabo desde el momento en que éste adquirió la finca en 1995; y en segundo lugar el contrato privado suscrito por los herederos de don Agustín y don Cirilo , con fecha uno de junio de 1995, donde se pone de manifiesto que "la finca de referencia tiene un pozo de agua, así como un transformador de energía eléctrica".

Y añade: De la documentación obrante en el expediente se desprende que atendiendo a las instalaciones existentes en el pozo, la finca que venía regando no era la que se vendía, situada al noroeste, sino la situada al suroeste, propiedad de los interesados (Agustín Fidel), albergando dudas sobre si el pozo que se recoge en el contrato privado sea el enumerado como número 12, ya que se encuentra en un camino de titularidad pública, y no en la finca vendida (al Sr. Cirilo).

De lo expuesto se deduce en primer lugar que en la actualidad la captación número 12 se encuentra en desuso respecto al uso y la explotación anterior a 1 de enero de 1986, no siendo posible su inclusión en el catálogo a favor de los herederos de don Eladio y don Fidel al no quedar acreditada la continuación, en cuanto los aprovechamientos inscribibles deben ser reales, actuales y comprobables. No negamos la titularidad del derecho del recurrente, lo que afirmamos es que su inscripción en el catálogo requiere unos pozos en funcionamiento y unos aprovechamientos ciertos y actuales. Por otra parte, si del contrato privado suscrito se interpreta el uso del pozo para riego de la finca vendida, se estaría vulnerando la normativa de aguas al pretender la inclusión en el catálogo de un aprovechamiento que ha visto alterado su grado de explotación, al emplearse para riego de unos terrenos distintos a los que se venía regando con anterioridad a uno de enero de 1986, lo que supone una modificación sustancial, que no se encuentra amparada en el negocio privado que supone el contrato.

Con ello resuelve: de negar la inclusión en el catálogo de aguas privadas de la captación número 12".

*Resolución de fecha 31 de julio de 2015, confirmada por la de fecha 30 de diciembre de 2015, en el expediente NUM001 :

En el presente expediente se solicita la acreditación de un derecho sobre aguas privadas de dos pozos diferenciados (pozo nº 1 y nº 2). El aprovechamiento constituido por el poco número 1 fue solicitado por el interesado en fecha 3 junio 1997, mientras que el aprovechamiento que constituye el pozo número 2 trae causa de una solicitud cursada por el peticionario con fecha 4 abril 2003, en la que pone de manifiesto la adquisición de una finca segregada al sitio de DIRECCION000 ,..... solicitando la segregación del pozo en cuestión para el uso solicitado.

Tras la valoración de la prueba practicada, con reseña de cada uno de los informes, planos y documentación suministrada, resuelve como se desprende que, atendiendo a las instalaciones existentes en el pozo, la finca que venía regando no era la que se vendía, situada al noroeste, sino la situada al suroeste, propiedad de los herederos de don Eladio y don Fidel , albergando incluso dudas sobre si el pozo que se recoge en el contrato privado de 1 de junio de 1995, sea el numerado como 12 en el expediente NUM000 , ya que éste se encuentra en un camino de titularidad pública, y no en la finca vendida.

En la resolución del recurso de reposición se indica:

"Alega el recurrente que el pozo no se encuentra en camino de titularidad pública, quedando acreditado los requisitos exigidos para el reconocimiento del aprovechamiento. Y resuelve:



No obstante, en relación a este extremo, la resolución recurrida no lo determina con certeza, albergando más dudas aún a la problemática del propio expediente; por otro lado, en el acta de reconocimiento sobre el terreno no se aprecia duda alguna de que el pozo se encuentra en la finca propiedad del recurrente. De la documentación obrante en el expediente administrativo, en concreto la ortofoto, no aparece que haya duda alguna de que el pozo se encuentra en la finca del interesado.

Se reconoce la antigüedad. En cuanto al uso, se deniega al haberse comprobado una modificación en sus características que condicionan el uso de la captación a la obtención de la oportuna concesión de aguas públicas, conforme a la disposición transitoria tercera del TRLA: "el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento requerirán de la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación". Se procede a analizar las pruebas aportadas, cuyo examen motiva la denegación. Y así se resuelve que atendiendo a lo informado, cabe considerar que el interesado no ha conseguido acreditar que el uso dado en su día a los pozos, coincida con el existente con anterioridad el 1/1/1986, en particular en lo referente a los terrenos regados (tanto en localización como extensión) por lo que no procede la inclusión en el catálogo del aprovechamiento solicitado.

Dicho lo anterior, por la representación de la Sra. Bárbara se sostiene que en la finca adquirida por el Sr. Cirilo, no se ubica el pozo cuya titularidad se discute. La finca adquirida por el señor Cirilo viene descrita como de secano, y no apareciendo en ningún documento público que en su interior se ubique el pozo nº 12, que el señor Cirilo persigue segregarse, careciendo de toda validez el contrato privado en que sustenta dicha ubicación, contrato de fecha 1 de junio de 1995.

El citado contrato privado obra al F.143 y ss. expediente NUM001, en virtud del cual Dña. Lina, y a sus hijos don Eladio, doña Pura y doña Raimunda, venden a D. Evelio "Parcela con una superficie de 37 hectáreas, 4 áreas y 22 centiáreas. Se hace la siguiente indicación *"la finca de referencia tiene un pozo de agua, así como un transformador de energía eléctrica"*. Y se añade " Titulo: pertenencia a don Agustín, por herencia dejada a su fallecimiento por su hermano don Fidel, estando pendiente en la presente fecha el otorgamiento de la correspondiente escritura que contenga el cuaderno tradicional".

Es en fecha 20 de noviembre de 1998, cuando consta escritura pública de venta de Dña. Lina, y a sus hijos don Eladio, doña Pura y doña Raimunda, de la finca de 64 hectáreas, 24 áreas y 48 centiáreas, a D. Evelio, donde no se hace alusión a ningún pozo.

Aduce la actora que en la Resolución impugnada se indica que en el contrato privado se refiere a un pozo de agua, así como a un transformador de energía eléctrica, por lo que el citado pozo estaría destinando a usos distintos, y por lo tanto está en desuso respecto al uso y destino de dicha captación antes de 1986. Igualmente se indica, en la resolución, que el citado pozo se encuentra ubicado en la finca que fue transmitida por los hermanos Agustín Fidel Lina al Sr. Cirilo, lo cual es incierto, al estar dentro de la finca de la actora.

Y añade que, en cuanto a que el uso que se ha dado durante años sea distinto al existente antes de 1986, se debe a causas ajenas a la actora, pues ese uso alegal se debe a un actuar de terceros, situación que ha sido denunciada en varias ocasiones. Que ese pozo, al igual que los 11 restantes, estaba destinado a riego y uso doméstico de las fincas propiedad de la actora y sus hermanos, y no de un tercero que se ha apoderado del mismo.

Por la representación de los Sres. Cirilo Evelio se alega que se solicitó la inscripción en el catálogo de aguas privadas un aprovechamiento para riego de una unidad de explotación integrada por las dos fincas registrales siguientes: la finca nº NUM002, con una superficie de 64,2448 has, adquirida a los herederos de D. Eladio y D. Fidel; y la registral nº NUM003, con una superficie de 4,8307 has; ambas al sitio " DIRECCION000 ". Con un total de 69,0755 has.

Consta que la captación 1ª se solicitó el 1997, para riego por goteo de 18,5 has. La captación 2ª, en 2003, para riego de 50,5 has, que se corresponde con uno de los 12 pozos que se tramitaba en el expediente NUM000. Y manifiesta que la Administración ha reconocido la antigüedad de ambas captaciones. Ha comprobado que ambas captaciones están destinadas al riego de su finca, y en concreto la captación 2ª venía regando desde antes del año 1986 los terrenos que anteriormente eran de D. Eladio y D. Fidel, cuya titularidad actual responde a los actores Sres. Cirilo Evelio. Por lo que queda acreditado la antigüedad, anterior a 1986, la superficie y destino del uso, en consecuencia el derecho al aprovechamiento.

SEGUNDO.- Habiéndose solicitado la anotación en el Catálogo, no está de más recordar que la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, disponía que "los aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior a esta Ley se podrán inscribir en el Registro de Aguas a petición de sus titulares legítimos, y a los efectos previstos en las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera". Esta última Disposición [Transitoria Tercera] indicaba, en concreto, que "quienes, conforme a la



legislación que se deroga, fueran titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de pozos o galerías en explotación, podrán acreditar, en el plazo de tres años, a partir de la entrada en vigor de la Ley y ante el Organismo de cuenca correspondiente, para su inscripción en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas, tanto su derecho a la utilización del recurso como la no afección, en su caso, a otros aprovechamientos legales preexistentes" .

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.

Efectivamente, como se dijo en la STS de 9 de junio de 2004, RC 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, RC 721/2007, se indica 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..." .

Y en cuanto a la carga de la prueba corresponde al peticionario.

1º- En la STS de esta Sala de 31 de marzo de 2009, RC 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 ..." . 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. En este sentido, entre otras, las SSTS de 18 de enero de 2012, RC 264 / 2009 y RC 357 / 2009; 31 de enero de 2012, RC 1203 / 2008 ; 15 de febrero de 2012, RC 1907 / 2009 ; 29 de febrero de 2012, RC 2671 / 2008 ; 8 de marzo de 2012, RC 4398 / 2008 ; 12 de abril de 2012, RC 4396 / 2009 y de 10 de mayo de 2012 , RC 1682 / 2010 y 787 / 2010.

Recuerda a su vez 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".

TERCERO.- Dicho lo cual, por su concreción y claridad, pasamos a recoger lo manifestado por la Abogado del Estado en el escrito de contestación, donde se indica lo siguiente:

Que el Sr. Cirilo solicito en su día la segregación, respecto del expediente donde se tramitaba la inscripción de 12 pozos, el pozo ubicado en la parte que él había adquirido en 1998, indicando que lo destina al riego de 50,5



hectáreas. Al tiempo que había solicitado la inscripción de otro pozo. En dicho expediente figuran el contrato privado y la escritura de compraventa de esta porción de la finca de DIRECCION000 .

El pozo discutido, conforme a la actas de reconocimiento sobre el terreno, se acredita se ubica en la finca registral el número NUM004 , que tiene una extensión superficial de 64,2448 hectáreas, y que fue adquirida por don Cirilo mediante escritura pública otorgada el 20 noviembre 1998. Se trata de una porción segregada de otra finca en la que existía un total de 12 pozos.

Los dos pozos proceden de dos expedientes de catálogo de aguas privadas, al haberse producido la agrupación de dos fincas registrales, que suman una superficie total de 69,0755 has. Que la inscripción del pozo que allí se identifica con el número uno, en la solicitud de 1997 y que dio lugar al expediente NUM005 , en la solicitud se indicaba que venía destinado al riego de 18,50 hectáreas. Este pozo se localiza en la finca registrada número NUM006 , del Registro de la Propiedad de Lora del Río, en la que tiene una extensión de 4,8307 hectáreas. El segundo pozo (controvertida su titularidad) está en la finca registrada número NUM004 , del mismo Registro de la Propiedad, y tiene una extensión superficial de 64,2448 hectáreas, que fue adquirida el 20 noviembre 1998. Se trata de una porción segregada de una finca en la que existía un total de 12 pozos cuya inscripción se había solicitado por su propietario, los Sres. Agustín Fidel (expediente NUM007), lo que dio lugar a que por el señor Cirilo se solicitara la segregación del pozo ubicado en la parte que adquiere en 1998, indicando que lo destina al riego de 50,5 hectáreas.

Con relación a la superficie regada con el pozo número 1 hay una incongruencia en el planteamiento, pues si la finca más antigua sólo tenía 4,8 hectáreas y la más moderna no se adquiere hasta 1998, difícilmente puede admitirse que antes de 1986 se estuvieran regando con el pozo número 1º la superficie de 18,50 hectáreas, superficie que excede con mucho de la que el señor Cirilo poseía entonces. Y añade, que más bien parece que es a raíz de la adquisición de la finca en la que se encuentra el segundo pozo que se dedica a una mayor superficie de riego. Y esta adquisición sólo consta que se produzca como pronto en 1995, fecha del contrato privado que se aporta, que se referiría sólo a una parte (37,42 hectáreas) del total que luego se documenta en escritura pública. Por esta misma razón el certificado del ayuntamiento de Villanueva del Río y Minas en el que se apoyan los demandantes, amén de lo que se refleja en realidad es un informe de la policía local, sólo prueba que en el año 2001 se riegan 37,23 hectáreas, pero no es esta la superficie regada en 1985.

En relación con el pozo nº 2, en el contrato privado de compraventa de 1995 se contiene la existencia de un pozo, pero esta mención no permite concluir que el pozo estuviera destinado a riego, porque en el mismo contrato se describe con claridad que se trata de una parcela de secano, al igual que se hace constar en la escritura pública de compraventa, y con una extensión de 64,2448 hectáreas, de las cuales 33 áreas y 59 centiáreas corresponden a terreno improductivo; 41,2953 hectáreas, a labor de secano; 14,6704 hectáreas a Olivar de secano; 2,2355 has a monte bajo, y 4,7055 hectáreas a pastos. Por otro lado el transformador de energía eléctrica no parece guardar relación con el pozo, sino con las líneas de alta y baja tensión que atraviesa la finca, que se encuentra gravada con una servidumbre de alimentación del fluido eléctrico, hecho constar como carga en la escritura de compraventa.

Todo indica que una vez adquirida esta segunda parte de la finca, la mayor extensión, se implanta gradualmente el riego en la misma, riego que se hará con los dos pozos. Consta así en el acta de inspección llevada a cabo en 1999 donde se refleja que con este pozo se riega por goteo 13 hectáreas de olivo, superficie que viene a coincidir con el olivar descrito en la escritura de compraventa como olivar de secano, y 6 has de algodón, mientras que con el otro pozo se riegan 18 has de algodón. Esto es, en el año 1999 se acreditan un riego de 37 has, lejos de los 69 que se quieren inscribir. Superficie que coincide con la indicada en certificado del Ayuntamiento del año 2001. En el año 2002 el acta que se levanta sólo refleja el riego de 10 has de olivar, de una superficie de 64,2448 has. En el año 2008 el reconocimiento sobre el terreno da como resultado la comprobación de un riego que se extiende ya a 64,30 hectáreas, de las cuales 16,5 corresponden a Olivar, 44,80 a maíz, y 13 a cítricos. Finalmente en el año 2014 una inspección permite comprobar que ambos pozos están destinando al riego de 69 has de naranjos, lo que supone mayor superficie de riego y mayor volumen del recurso.

Se concluye que no se cuestiona la antigüedad de las captaciones, pero sí que el destino del agua sea el mismo antes de 1986 y en la actualidad. A estos efectos, no basta con acreditar que estuvieran destinados al riego, sino que hay que demostrar que la superficie de riego y volumen de agua empleados son los mismos que con anterioridad al uno de enero de 1986.

Que la documentación aportada resulta insuficiente para acreditar que el grado de explotación con anterioridad a 1986 sea el mismo que en la actualidad, esto es, que ya antes de dicha fecha se regaran con estos dos pozos 69 has y con un volumen correspondiente al que demandan los cítricos. Antes bien, todo apunta a una modificación de las características de dicho aprovechamientos.



Y en relación a la pretensión de la Sra. Bárbara , el manifestar que de haber habido un uso distinto al existente antes de 1986 ha sido por circunstancias ajenas a la actora y denunciadas, alega la Abogado del Estado que, en realidad, la oposición de la actora se concreta a la inscripción en el catálogo del pozo a nombre de un tercero, pero no su oposición al uso que se ha venido efectuando del mismo, destinándolo al riego de una superficie fuera de su propiedad, lo cual hubiera sido además bien sencillo si, como defiende, el pozo está ubicado en sus dominios. A este respecto no consta denuncia ni el ejercicio de acción judicial alguna.

CUARTO.- En el art. 195 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, 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 regirán por lo dispuesto para el Registro de Aguas, en lo que resulte de aplicación"; se determina 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. La disposición transitoria tercera bis introducida por el apartado quince del artículo primero de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre , de medidas urgentes en materia de medio ambiente, la cual dispone que "a los efectos de aplicación del apartado tercero de las disposiciones transitoria segunda y tercera, se considerará modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento, entre otras, las actuaciones que supongan la variación de la profundidad, diámetro o localización del pozo, así como cualquier cambio en el uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamientos de regadío".

Por tanto, para que pueda prosperar la pretensión ejercitada se hace necesario que la ahora recurrente acredite la existencia de los aprovechamientos antes del primero de enero de 1986, su real explotación y las características de esos aprovechamientos a aquella 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.

Y a la vista de la documentación aportada no podemos sino confirmar las resoluciones impugnadas.

Efectivamente, en cuanto a la ubicación del pozo, es cierto que se llega a decir en alguna ocasión que está junto a un camino; en otras, ubicado en camino de titularidad pública (resolución de fecha 8/7/2015 f.484 exp. 9673/1988). Por parte de la Sra. Bárbara se llega a decir que el camino donde su linde se encuentra ubicado el pozo ha pasado de 7 metros de anchura (según inscripción registral 8 metros) a 4 metros de ancho, y que esto se explica porque el Sr. Cirilo ha plantado sus olivos 3 metros más adelantado, con lo cual el pozo estaría en su finca (F.175 del expediente administrativo NUM000 ; F.115 en el expediente NUM001 .) Hemos de indicar que no es objeto de este procedimiento ni jurisdicción la propiedad de la finca en la que radica el aprovechamiento por corresponder la competencia a la jurisdicción civil. Y es que la cuestión de la propiedad queda fuera de nuestra jurisdicción, por lo que en su caso serían los tribunales civiles los que tendrían que pronunciarse al respecto.

Lo cierto es que en ambas resoluciones impugnadas se mantiene que el pozo se encuentra en la finca de los Sres. Cirilo ; y así resulta de las distintas actas de reconocimiento "sobre el terreno", donde se identifica el pozo controvertido en la finca de los Sres. Cirilo Evelio .

Efectivamente, resulta que la finca adquirida por el Sr. Cirilo a los herederos del Sr. Fidel era de secano, de manera que el pozo en cuestión esté dentro de su terreno no acredita, por si, el aprovechamiento que se persigue inscribir con la antigüedad requerida. En la solicitud presentada por el Sr. Cirilo en fecha 4/4/2003 (F.141 exp. NUM000) se manifiesta que solicita la segregación de uno de los doce pozos, y de una superficie de 50,5 has, del total de 127 has, comunicadas en el expediente instado por los Sres. Agustín Fidel en 1988. Consta informe de la Guardia Fluvial, en fecha 7/6/1996 (F.24 exp. NUM008) donde se recoge que uno de



los doce pozos ha pasado a la parte de la finca que fue de D. Fidel , a herederos de D. Agustín , quienes lo han vendido al Sr. Evelio . E informa que el nuevo propietario ha cambiado tanto el sistema de riego como el régimen del mismo, regando unos 20 has de cultivo de tomate y otras tantas de olivo, dudando si incluso estas tierras se encuentran incluidas en las que en su conjunto amparan los 12 pozos. Se solicita se clarifique lo relacionado con este aprovechamiento así como su situación administrativa, debiendo ser visitado por un Servicio Técnico. Consta informe del Jefe de Servicio de la CHG de fecha 5/6/2015 (F. 161 y ss. Exp. NUM001) donde se recoge que, no obstante la documentación aportada por los Sres. Cirilo , no permiten acreditar el uso dado a las captaciones con anterioridad al 1/1/1986. Que atendiendo a las instalaciones existentes en el pozo, la finca que venía regando no era la que se vendía, situada al noroeste, sino la situada al suroeste, propiedad de los herederos de los Sres. Agustín Fidel , albergando incluso dudas sobre si el pozo que se recoge en el documento privado sea el numerado como 12 en el expediente NUM000 . Esta última precisión es de sumo interés. Y es que a lo largo de los expedientes se hace referencia a tales infraestructuras del pozo en cuestión, de manera que, antes de 1996, en que se adquiere por el Sr. Cirilo (en contrato privado) parte de la finca, no vendría a regar dicha porción de terreno. Así pues, se acredita su antigüedad anterior al 1/1/1986, pero no para el terreno que adquirió, esto es, que viniera regando la finca adquirida.

De lo expuesto no queda acreditado se haya mantenido el uso anterior a 1986 a la actualidad. Se ha modificado no sólo el sistema, sino el uso, la superficie, así como el volumen, por lo que, se confirma que, en la actualidad se encuentra en desuso, respecto al uso y grado de explotación anterior a enero de 1986.

Y como se opone por la Administración, no es procedente aducir por la Sra. Bárbara que no puede verse afectado su derecho de aprovechamiento ante un uso distinto dado por personas y circunstancias ajenas a ella, manifestando que se había venido destinando al riego de una superficie fuera de su propiedad si, como defiende el pozo, está en sus dominios. Por el contrario, con tales manifestaciones, viene a reconocer esa modificación operada, que impide acceder a la inscripción del aprovechamiento, a tenor de la jurisprudencia citada anteriormente.

Finalmente no se acredita tampoco el aprovechamiento solicitado por los Sres. Cirilo Evelio respecto a la solicitud inicial de 1997, pues, como queda acreditado, se solicitó una captación para riego de 18,5 has, cuando la finca registral de la que era de su propiedad en aquella fecha era de una superficie muy inferior, de 4,8307 has. Se alega que la solicitud era para un aprovechamiento para riego de una unidad de explotación integrada por dos fincas registrales. Pero lo cierto, a la vista del F.1 del expediente NUM001 , se pide para un pozo, para riego por goteo de una superficie de 18,50 has. La escritura de compraventa de la segunda finca es de 20/11/1998. Y no es hasta el 4/4/2003 cuando se solicita la segregación del 2º pozo por adquisición de parte de la finca donde se ubica.

Con tales datos, si bien se le reconoce por la Administración la antigüedad de este pozo, no se llega a acreditar se mantenga el uso, la superficie, así como el volumen, respecto a fecha anterior al 1/1/1986.

Es en atención a todo lo expuesto que los recursos no pueden ser estimados.

QUINTO.- A tenor del art. 139 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a las partes demandantes, limitadas a 800 Euros, a abonar por mitades, por todos los conceptos.

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

FALLAMOS

1.- Desestimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por Dña. Bárbara contra la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 29 de abril de 2016, dictada en el expediente NUM000 , que desestima el recurso de reposición formulado contra de fecha 31 de julio de 2015, que resuelve, entre otros pronunciamientos, denegar la inclusión en el Catálogo de Aguas Privadas de la captación nº 12, solicitado en fecha 27/12/1988, en la finca denominada DIRECCION000 , del t.m. de Villanueva del Río y Minas (Sevilla); por ser ajustada a derecho.

2.- Desestimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por Dña. Berta y D. Cirilo , contra la Resolución del Presidente de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir de fecha 30 de diciembre de 2015, dictada en el expediente NUM001 , desestimatoria del recurso de reposición deducido frente a la de fecha 31 de julio de 2015, que resuelve denegar la inclusión en el Catálogo de Aguas Privadas de las dos captaciones solicitado en fecha 3/7/1997 y 4/4/2003 en la finca denominada DIRECCION000 , del t.m. de Villanueva del Río y Minas (Sevilla), por ser ajustada derecho.

3.- Con imposición de costas a las demandantes, con el límite y extremos reseñados.



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.

Así por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ