



Consejo Consultivo de Canarias

## D I C T A M E N 9 9 / 1 9 9 6

La Laguna, a 27 de noviembre de 1996.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno sobre la *revisión de oficio de la inscripción del denominado pozo media fanega en San Bartolomé de Tirajana (EXP. 67/1996 RO)\**.

## F U N D A M E N T O S

### I

El objeto del presente Dictamen es una Propuesta de Resolución, sometida a la consideración de la Junta de Gobierno del Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria en la sesión ordinaria de 28 de marzo de 1996 y a la que prestó conformidad dicho órgano, la cual se dirige a resolver el procedimiento iniciado por F.L.A. y P.L.Á., que solicitaron la revisión de oficio de la Resolución de la Dirección General de Aguas, de fecha 17 de julio de 1992, por la que se dispuso la inmatriculación en el Registro de Aguas de aprovechamiento (Sección 4ª) de las obras autorizadas en los expedientes 2.333-TP y 5.409-TP, correspondientes al pozo denominado "Media Fanega", junto al Barranco de Chamoriscán, del término municipal de San Bartolomé de Tirajana, en favor de D.L.A. y M.C.L.Á. La Propuesta de Resolución sometida al examen del Consejo considera a dicha Resolución de 17 de julio de 1992 incurso en la causa de nulidad del art. 62,e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) y, en consecuencia, la pretende anular con declaración de retroacción del procedimiento que la alumbró al trámite de vista y audiencia.

---

\* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

## II

El Presidente del Gobierno, solicitante del Dictamen, está legitimado para recabarlo en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCC), estando atribuida a este Organismo la competencia para la emisión del parecer requerido en el art. 10.7 de la expresada LCC, a tenor de la modificación de este último precepto legal introducida por la Ley 13/1986, de 30 de diciembre y en relación además con lo prevenido en el art. 102 de la LRJAP-PAC.

## III

Al Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria le corresponde a su vez la competencia sobre la materia a resolver en base a lo determinado por la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas (LAC) en sus arts. 6.d), 8.1.c), 9, 10.f), 51 y 52, así como en los arts. 1.1 y 2.f) del Estatuto Orgánico de dicho Consejo, aprobado por Decreto 116/1991, de 9 de julio, habiéndose concretado las funciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias transferidas a los Cabildos Insulares en materia de aguas terrestres y obras hidráulicas en el Decreto 158/1994, de 21 de julio, cuyo art. 1 dispone que el ejercicio de tales competencias y funciones, con independencia de quien sea la Administración Pública Territorial titular de las mismas, vendrá sujeto al régimen organizativo y de gestión previsto en las Leyes Territoriales 12/1990 y 14/1990, de 26 de julio (LAC) y (LRJAPC). La Disposición Adicional Primera, apartado s) de esta última condiciona el ejercicio las competencias transferidas a los términos que establezca la legislación sectorial autonómica. El art. 8.1.c) de la LAC prevé que dichas competencias y funciones se ejercerán a través de los Consejos Insulares de Aguas. La transferencia de funciones en favor del Cabildo Insular de Gran Canaria se realizó por el Decreto 25/1995, de 24 de febrero, de traspaso de servicios y funciones, suscribiéndose el Acta de entrega y recepción de dichos medios con fecha 28 de abril de 1995.

Con carácter previo es necesario examinar qué órganos en el presente caso tienen atribuida tanto la competencia para elaborar la propuesta de resolución como para dictar la resolución que ha de poner término al procedimiento.

En cuanto a la primera cuestión, a la vista del art. 9.1 y 5 del Estatuto Orgánico del Consejo de Aguas de Gran Canaria, dicha función no se encuentra entre las

asignadas al Gerente. Dada la falta de concreción del propio Estatuto respecto de las funciones correspondientes al Secretario General, en razón de que los Consejos Insulares de Aguas son organismos autónomos adscritos a los Cabildos Insulares, ha de estarse a las previsiones de la legislación de régimen local. El art. 92.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) prescribe como función pública necesaria en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter nacional, la de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo. El art. 162 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (TRRL) dispone que la función de la Secretaría comprende, de un lado, dicho asesoramiento de la Corporación, de su Presidente y sus Comisiones, y de otro, la fe pública de todos los actos y acuerdos, determinando que el alcance y contenido de la expresada función será determinado reglamentariamente por la Administración del Estado. En su desarrollo, el RD 1.174/1987, de 18 de septiembre, de Régimen Jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, pormenoriza el contenido concreto de tales funciones de la Secretaría, destacando el art. 1.3 que quien ostente la responsabilidad administrativa inherente a dicha función, tendrá atribuida la dirección de los servicios encargados de su realización, sin perjuicio de las atribuciones de los órganos de gobierno de la Corporación Local en materia de organización y dirección de sus servicios administrativos. De los preceptos legales resulta que corresponde al Secretario General del Consejo Insular de Aguas la dirección de los servicios administrativos encargados de la instrucción del procedimiento y, consecuentemente, la elaboración o supervisión de la correspondiente propuesta de resolución, dentro de la función de asesoramiento legal preceptivo al órgano resolutorio.

La función decisoria en el presente procedimiento corresponde al Presidente del Consejo, en virtud de lo establecido en el art. 7,e) del Estatuto Orgánico, en cuanto a dicho órgano específicamente le está atribuida la competencia de ordenar las inscripciones y cancelaciones en el Registro de Aguas y Catálogo de Aguas Privadas.

## IV

El Dictamen solicitado es preceptivo y sólo si es favorable procede efectuar la revisión pretendida, en virtud del art. 102.1 LRJAP-PAC en relación con el art. 10.7 LCC; de modo que el parecer de este Consejo determina la resolución administrativa a dictar, dada la naturaleza obstativa, en caso de ser desfavorable, y habilitante en el supuesto contrario, otorgada por la normativa jurídica citada para posibilitar el ejercicio de la facultad concedida a las distintas Administraciones Públicas, en cualquier momento, para efectuar la declaración de oficio de la nulidad de pleno derecho en que puedan estar incursos los actos enumerados en el art. 62.1 LRJAP-PAC.

## V

Dictada la resolución que se pretende revisar con fecha 17 de julio de 1992, en época en que aún estaba vigente la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, e iniciado el expediente de revisión de oficio a iniciativa de parte interesada, no el día 14 de febrero de 1992 que por error se indica en la propuesta de resolución, sino mediante escrito fechado el 20 de diciembre de 1994, aunque registrado de entrada en la Dirección General de Aguas, de la Consejería de obras Públicas, Vivienda y Aguas del Gobierno de Canarias, el día 14 del mismo mes, con notas marginales manuscritas de órdenes de tramitación del día 15 del propio mes de diciembre, invocándose en dicho escrito la aplicabilidad de los arts. 102 y 62.1 apartados a), f) y g) de la LRJAP-PAC; y habiéndose dispuesto en la resolución de 30 de enero de 1995 del Director General de Aguas que dispuso el inicio del expediente de revisión de oficio, fundado concretamente en la causa de nulidad del apartado f) del art. 62.1 LRJAP-PAC; resulta necesario determinar el régimen jurídico aplicable al caso objeto de estudio, en cuanto que, como se ha visto, la tramitación del expediente de revisión ya se inició con la cobertura de la LRJAP-PAC, vigente en dicho momento.

El procedimiento tramitado según la nueva normativa es el correcto. Los preceptos de naturaleza procesal de la LRJAP-PAC que nos interesan tienen plena aplicabilidad, en cuanto que el art. 102.2 es norma de derecho necesario, con contenido por sí sólo suficiente para su aplicación directa y no demorada. De modo que a partir de su vigencia, ocurrida, a los tres meses de su publicación en el Boletín oficial del Estado efectuada el 27 de noviembre de 1992, conforme a la

determinación de su disposición final, lo que tuvo efecto el día 27 de febrero de 1993, a ese tipo concreto de procedimientos de revisión de oficio no le fue de aplicación su disposición transitoria 2ª.3, puesta a su vez en relación con la disposición adicional tercera de la propia norma legal, que inicialmente fijó un término de seis meses para que reglamentariamente se llevara a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos, cualesquiera que sea su rango, con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca; término luego ampliado a dieciocho meses por el R.D.L. 14/1993, de 4 de agosto.

Siendo claro que el procedimiento de revisión de oficio es un procedimiento autónomo y diferente del que culminó en su día con el acto administrativo que se pretende revisar su tramitación se ha de regir por la legislación procedimental vigente al tiempo de su iniciación. En cambio las posibles causas de nulidad o de anulabilidad que deban ser estudiadas, en cuanto a su concurrencia y efectos, deben ser las contempladas en la norma legal vigente en el momento en que fue dictado el acto a revisar porque son las determinantes de su validez y que en lo que se refiere al presente caso son las establecidas con carácter tasado en el art. 47 LPA, regulador de la invalidez, por nulidad radical o de pleno derecho, de los actos de la Administración, así como en el art. 48 de la propia LPA, para el supuesto de que el órgano resolutorio competente considerare al acto viciado de mera anulabilidad, en el hipotético supuesto de haberse incurrido en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, que haya dado lugar al perjuicio y a la indefensión de algunos de los interesados.

En conclusión, la ley aplicable al procedimiento de revisión de oficio, en este caso, es la LRJAP-PAC, mientras que para el análisis de fondo de los vicios que puedan concurrir en el acto revisable ha de estarse a lo dispuesto en la LPA.

## VI

La prolijidad del expediente incoado obliga a efectuar un resumen de las actuaciones más relevantes habidas en su seno, lo que ayudará a depurar el análisis de los hechos y su reconducción al Derecho aplicable y, consecuentemente, del acto

resolutorio objeto de este Dictamen, cuya adecuación al Ordenamiento Jurídico será al propio tiempo considerada, todo lo cual se abordará a continuación:

1. D.L.Á., mediante escrito de 2/4/1947, solicitó de la Jefatura de Obras Públicas de Las Palmas autorización para "llevar a cabo obras de alumbramiento en terrenos propios sitios donde llaman Morro de los Granadillos, junto al Barranco de Chamoricán" (EXP 2.333 T.P.). El Gobernador Civil de la Provincia dictó Resolución, de 10/2/1948, favorable a lo solicitado, y notificada al interesado en marzo de 1948, con arreglo, entre otras, a la siguiente condición: La "autorización se otorga sin perjuicio de tercero y se deja a salvo el derecho de propiedad particular".

2. Mediante Resolución de 15/9/1962, el Gobernador Civil autorizó a D.L.Á. la ejecución de obras de ampliación de labores de alumbramiento de aguas que se estaban efectuando al amparo de la autorización concedida en el EXP 5.409 T.P.; nueva autorización que se concedió con la condición antes reseñada.

3. Finalizada las obras, F.L.A., "en representación de D.L.A. y Hermanos", solicitó de la Comisaría de aguas la autorización para la instalación de la maquinaria de sondeos en el referido pozo.

4. Mediante escrito de 19/11/1974, D.L.Á., en su propio derecho y en representación de sus hermanos (M.C.L.A. y F.L.A.) solicitó del Servicio Hidráulico autorización para efectuar "catas en sentido vertical en el referido pozo" (EXP 2.333 T.P.), liquidándose la pertinente tasa a nombre de D.L.Á. y Hermanos. Tras ser informada la solicitud de forma favorable (22/11/1974), se dictó Resolución (22/11/1974) autorizando las catas solicitadas a "D.L.Á. por sí y en representación de sus Hermanos", finalizando las obras el 7/11/1974, según escrito presentado por los interesados poniendo en conocimiento del Servicio Hidráulico tal extremo.

5. Mediante escrito de 9/1/1992, D.L.Á., en nombre propio, propietario del pozo Morro de los Granadillos (Media Fanega), expediente de aguas 2333 T.P. y 5409 (ampliación), solicitó la inscripción del pozo en el Registro de Aguas, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 177/1990, de 5 de septiembre, por el que se aprueban normas de inscripción en el mencionado Registro. El informe geológico (28/5/1992) acredita que "todas las obras ejecutadas están autorizadas, aunque con pequeños desplazamientos en sus rumbos (...) (recomendándose) la inscripción cautelar del caudal propuesto", por lo que se propone la "inscripción provisional de las obras y

cautelar del caudal, en los siguientes términos: titularidad: D.L.Á., lo que fue considerado en igual sentido por el Director General de Aguas (14/7/1992). Posteriormente, mediante Resolución de 17/7/1992 se amplía la titularidad a M.C.L.Á.

6. Obra en el expediente acuerdo suscrito por los cuatro hermanos L.Á., de 31/7/1993, por el que convienen: 1) dar por resuelto, por expiración contractual, el contrato de arrendamiento suscrito el 31/7/1978, entre, por un lado, los hermanos D.L. A y M.C.L.A. y, por otro, las hermanas F.L.A. y M.P.L.A., por el cual éstas arrendaron a aquéllos las porciones indivisas que a las mismas correspondían; 2) realizar la partición de los bienes relictos al fallecimiento de sus padres.

- En cumplimiento del acuerdo, mediante escritura de 14/4/1994 se elevan a documento público las operaciones particionales y de disolución de comunidad, llevadas a efecto el 1/3/1994. A saber: 1) Partición de los bienes heredados de su madre, que se adjudican por cuartas partes iguales indivisas formando una comunidad de bienes con la que ya tienen formada con el fin de dividir la totalidad. 2) Relación de fincas, bienes propios de los interesados, que les fueron adjudicados en la partición de herencia de su padre. 3) Relación de fincas propiedad de los hermanos L. Á. por cuartas partes indivisas y en pleno dominio. 4) Disolver la comunidad de bienes y dividir sus bienes, creando al efecto tres lotes (hermanos, hermanas y otro a los cuatro hermanos pro indiviso y en partes iguales, asignándose los correspondientes lotes por sorteo notarial.

- Mediante escritura de 27/10/1994, se elevó a documento público la protocolización de operaciones de disolución de comunidad y división material de la comunidad de bienes constituida en su día por los hermanos D., M.C. y F.L.Á., procediéndose a la adjudicaciones de los correspondientes lotes.

7. P.L.Á. interesó mediante escrito de fecha 8/4/1994 del Registrador de la Propiedad certificación del estado registral de determinadas fincas (4.564, 4.560 y 4.859); certificándose (8/10/1994) la propiedad de los cuatro hermanos por partes iguales; las dos primeras a título de herencia; la tercera, a título de permuta.

Debe significarse que en la mencionada certificación registral no se hace mención alguna al pozo de agua denominado Media Fanega. Sí a sendos terrenos en

las cercanías del "estanque de la Media Fanega" y del " estanque de la Heredad de la Media Fanega", pero no a la existencia en uno u otro del pozo de referencia. Debe señalarse en igual sentido que en ninguno de los cuadernos particionales obrantes en el expediente se contiene referencia alguna al mencionado pozo, aunque sí al estanque (fincas 3.158 y 4.561, que no son aquéllas de las que se solicitó certificación). Esta circunstancia de la indefinición de la existencia y ubicación del cuestionado pozo motivó que el Pleno de este Consejo suspendiera el plazo de emisión del Dictamen correspondiente, a los efectos de que se acreditara la finca en la que se hallaba el mismo, pues "de los diversos cuadernos particionales (...) no se acredita fehacientemente la finca en la que se halla abierto el pozo a que interesa el expediente incoado". Consecuentemente con lo solicitado, la Administración hidráulica interesó de los hermanos L.Á. la acreditación del mencionado extremo. D. y C. manifiestan (escrito de 20/8/1996) que no poseen documento alguno acreditativo de la finca en la que se halla el pozo, aunque es la afectada por el expediente 2.333 T.P. Las hermanas F. y P. presentan escrito (27/8/1996) en el que manifiestan que la finca registral 4.560 (denominada "encima del estanque Media Fanega") pertenece "en común y pro indiviso en cuartas partes iguales a los hermanos (...) L.Á.", adjuntando al escrito de referencia "plano levantado por el arquitecto técnico D.E.S.G. (ubicando en la mentada finca registral el pozo MEDIA FANEGA, con sus maquinarias, depósitos y conducciones") y nueva certificación registral (1/7/1996) de la que resulta que la finca 4.560, del Registro de la Propiedad de San Bartolomé de Tirajana (rústica, de secano, riscos y arrifes, encima del ESTANQUE DE LA MEDIA FANEGA, lindando por el nacimiento con el risco; por el poniente, herederos de P.C.; y norte y sur, F.L.L.) aparece inscrita a favor de C.Á.P., en cuanto a la mitad de un tercio en usufructo vitalicio, y a favor de sus cuatro hijos por partes iguales "en cuanto a la nuda propiedad de dicha parte y en cuanto al pleno dominio del resto, formando los mismos la comunidad de herederos de M.L.L.; ello, por título de HERENCIA".

Efectuado reconocimiento del terreno, a presencia de los interesados (9/10/1996), los hermanos D. y M.C. identifican la finca como denominada "Morro de los Granadillos", manifestando que "el pozo está situado en una finca que es propiedad de los cuatro hermanos, cosa que no se ha discutido, aunque el pozo en sí es propiedad de D. y M.C.L.Á.". El abogado de las hermanas F. y P. manifiesta que la mentada finca también es conocida como "Encima del estanque de la media fanega",



que es, por cierto, como resulta identificada en la certificación registral aportada a las actuaciones por las hermanas L.Á.

La finca de referencia también resultó identificada en el Centro de Gestión Catastral, donde figura como Polígono 19, Parcela 57 y con cédula de propiedad a nombre de M.C.L.Á. (comunidad de bienes). Se informa asimismo a la vista de todo lo actuado (10/10/1996) que en dicha finca "se encuentra el pozo de la Media Fanega también denominado Los Granadillos".

Identificada pues la finca registral (de número 4.560) y el pozo que en ella se encuentra, se debe reiterar lo ya manifestado anteriormente: que la mencionada finca y el pozo no se hallan identificados en ninguno de los cuadernos particionales obrantes en las actuaciones, particularmente en el que afectó a la disolución de la comunidad de bienes constituida en su día por los hermanos L.Á. de la que resultaron tres lotes (hermanos, hermanas y nueva comunidad de bienes). Tampoco se hallan identificados en el cuaderno particional resultante de la disolución de la comunidad de bienes constituida por los hermanos D., M.C. y F.L. Á. Debe señalarse al respecto que en las DECLARACIONES FINALES del primero de los cuadernos particionales, elevado a documento público, se precisa que "los únicos bienes conocidos y quedados al fallecimiento de C.Á.P. son los descritos y valorados en la Base IV del cuaderno particional, por lo que los otorgantes manifiestan que si apareciesen otros pertenecientes a la herencia de la citada causante [la madre de los hermanos L.Á.] se distribuirán entre los herederos en la misma proporción en que aquí se ha hecho".

No consta que ninguno de los hermanos L.Á. hubieran procedido conforme a lo expresado, cuestión que excede del procedimiento revisor de que se trata. Lo que sí consta es una certificación registral de la que se desprende que determinada finca, en la que se halla determinado pozo, figura inscrita de común pro indiviso a favor de los cuatro hermanos L.Á.; documento que expresa una realidad registral que, ciertamente, puede ser corregida o rectificadora pero que en tanto no suceda, surte efectos, no sólo en vía civil, sino también en la administrativa, cuando el mencionado documento se inserta como requisito sustancial de determinada clase de procedimiento administrativo. Bien entendido que la resolución administrativa no puede enervar situaciones jurídicas o derechos subjetivos de los ciudadanos; pero tampoco puede ignorar las consecuencias que se deducen de la existencia de

documentos procedentes de Registro públicos. A la Administración, pues, le debe bastar la realidad que se deduce de la apariencia documental obrante en actuaciones en base a la que deberá reconocer o no "derechos administrativos", lo que no quiere decir que tal reconocimiento pueda modificar derechos subjetivos, de índole constitucional y civil, como es el de propiedad, modificación que sólo puede ser efectuada por los Tribunales de Justicia. En suma, el reconocimiento administrativo no perjudica la defensa jurisdiccional de los derechos que se estimen vulnerados, pero la eventual litis no puede paralizar la actividad administrativa, salvo que el conflicto se sustancie y, lógicamente, la Administración se inhiba en favor del orden jurisdiccional.

## VII

En escrito de 20/12/1994, las hermanas F. y M. del P.L.Á. interesan la revisión de la Resolución de 17/7/1992, mediante la que se inscribió provisionalmente el mencionado pozo a nombre de D. y M.C.L.Á. Revisión que instan amparándose en lo dispuesto en el art. 102 de la Ley 30/1992, en relación con el art. 62.1.a) y e) y apartado 2 del mismo artículo de la citada Ley, al entender que dicho pozo de la Media Fanega pertenece por cuartas e iguales partes indivisas a los mentados propietarios conforme la certificación registral expedida. Se plantea, pues, una cuestión de propiedad civil (propiedad de la finca y del pozo) y otra de naturaleza administrativa (inscripción del aprovechamiento en el Registro administrativo creado al efecto), conexas con la anterior, pero que no puede confundirse con la misma, como se apuntó anteriormente.

La mencionada conexión resulta del propio Ordenamiento jurídico administrativo relativo a la ordenación de las aguas; particularmente, la Disposición Transitoria tercera de la Ley 12/1990, de 26 de julio, de Aguas de Canarias (LAC) y el Decreto 177/1990, de 5 de septiembre, por el que se aprueban las normas de inscripción en el Registro de aguas.

Mediante la mencionada Disposición Transitoria, se preveía que "los titulares de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior, en efectiva explotación mediante pozos, galerías o procedentes de manantiales (...) podrán acreditar en el plazo de tres años desde la entrada en vigor de la Ley [el 27 de julio de 1990] y ante el Consejo Insular de aguas 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 (...)” (apartado 1). La mencionada inscripción da derecho a continuar con el aprovechamiento; a realizar obras de mantenimiento; a la realización de obras autorizadas y aun no ejecutadas y a solicitar prórroga de las mismas; a la legalización de desviaciones y excesos; a utilizar el Registro como medio de prueba de la existencia y contenido de los derechos inscritos; a ejercitar actos de comercio sobre los derechos inscritos, ajustándose al régimen previsto en el art. 112 LAC; así como a acogerse a las subvenciones y auxilios previstos en la legislación hidráulica (apartado 2). La citada disposición transitoria, con otras, fue objeto de desarrollo reglamentario por el Decreto 177/1990. Según el mismo (art. 3) "la inmatriculación de (...) pozos [que, como vimos, es a instancia de parte] (...) se hará con expresión de emplazamiento, titularidad (...) y demás circunstancias a que se hace referencia (...) en el anexo III del presente Decreto". En su Anexo I se recogen las NORMAS DE APROVECHAMIENTO RECONOCIDOS O LEGALIZADOS POR LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE LA LEY, dedicando el apartado 1 a las captaciones en efectiva explotación, totalmente ejecutadas y ajustadas a la autorización (lo que no es el caso, según se desprende del Informe de 29/5/1992); el 2 a las captaciones en ejecución y sin obras ilegales (que parece ser la situación del pozo); el 3 a captaciones en efectiva explotación o en ejecución y con desviaciones y excesos respecto de la autorización (el pozo de referencia tiene desviaciones pero al parecer no excesos); y el 4 hace referencia a las captaciones ilegales (situación en la que no se halla el pozo).

Pues bien, en todos los casos el mencionado Decreto exige el cumplimiento, entre otros, del requisito de aportar "títulos suficientes que acrediten la propiedad efectiva de la captación". El Decreto de referencia fue posteriormente desarrollado por Orden de 20 de marzo de 1991, cuyo art. 7 regula el alcance de la inmatriculación que, entre otros extremos, deberá identificar el "titular del aprovechamiento"; aprovechamiento que pueden transmitirse (art. 7.3) siendo necesaria la inscripción para que pueda el aprovechamiento acceder al Registro de la Propiedad (art. 17).

Partiendo, pues, de la no necesaria coincidencia entre titularidad de la finca donde se halla el aprovechamiento y la titularidad de éste (titularidades ambas que podrán coincidir o no, art. 79.4 LAC y 59.4 de la Ley estatal de Aguas 29/1985, de 2

de agosto, que sólo impone esa conjunción cuando el destino de las aguas fuese el riego), la inscripción registral administrativa sólo afecta al aprovechamiento, que podrá ser posteriormente inscrito en el Registro de la Propiedad, inscripción que es asimismo distinta de la de la finca donde se encuentre el pozo.

En escrito de 24/7/1991, D.L.Á., solicitó se practicara la inscripción del aprovechamiento a nombre suyo y de su hermano M.C., completando la documentación requerida el 22/5/1992. Aun no se había materializado la realización de la partición de los bienes quedados al fallecimiento de sus padres, lo que se verificó mediante acuerdo de 31/7/1993. El 1/3/1994 se realizan las operaciones de disolución de la comunidad y la división material de los bienes por parte de los hermanos L.Á., lo que se elevó a instrumento público el 14/4/1994 (escritura 2.109/1994), asignándose los distintos bienes por lotes, según se indicó "ut supra" (...); haciendo abstracción de que en los diferentes cuadernos particionales no figura identificada la finca y pozo de referencia, lo que es una cuestión ajena al procedimiento administrativo revisor y que ha de ventilarse ante la jurisdicción correspondiente.

Debemos limitarnos, pues, al aspecto administrativo de la cuestión, valorando la documentación obrante en el expediente y, sobre todo, la apreciación que de la misma ha hecho la Administración incoadora y resolutoria del mencionado expediente; apreciación que como se indicó sólo surte efectos en el ámbito administrativo, sin que se pueda prejuzgar, condicionar o restringir derechos subjetivos de índole no administrativa, lo que en su caso deberá ser resuelto por los Tribunales de Justicia.

En suma, cuando se solicitó la inscripción del aprovechamiento existía aun la comunidad de bienes constituida en su día, siendo los comuneros, de común pro indiviso, los cuatro hermanos L.Á.; comunidad que, consecuentemente, era la titular del aprovechamiento conforme la legalidad anterior, sin que hubiera quedado acreditado que en algún momento el mencionado aprovechamiento hubiera sido transmitido o enajenado por alguno de los medios posibles en Derecho.

Como resulta del relato fáctico, inicialmente quien solicitó la autorización para llevar a cabo obras de alumbramiento de aguas en terrenos propios fue D.Á.L. (2/4/1947), incoándose el expediente 2.333 T.P., ampliándose posteriormente la explotación, lo que dio lugar a la incoación del expediente 5.409 T.P. Tales solicitudes

lo fueron en nombre propio (quizás por ser el único hermano entonces mayor de edad el 10/2/1948, fecha de la autorización inicial del aprovechamiento de referencia, habiéndose constituido la comunidad de los cuatro hermanos sobre las fincas pertenecientes a la masa de la herencia al fallecimiento del padre el 18/6/1945). Que no actuaba a título suyo sólo se demuestra del hecho de que en el expediente existe varios escritos dirigidos por D.L.Á. a la Administración hidráulica y de ésta a aquél en los que se menciona expresamente a D.L.Á. "por sí y en representación de sus hermanos". Y así, hasta que el 9/1/92 D.L.Á. solicitó la inscripción del aprovechamiento a su exclusivo nombre. Debe tenerse en cuenta que conforme la legalidad anterior (Decreto 43/1965, de 14 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de aprovechamiento de aguas y auxilios en Canarias) para solicitar la autorización de alumbramiento de aguas en terrenos de propiedad particular (art. 1) se exigía autorización, previo informe del Distrito Minero, que dictaminaría sobre "los aprovechamiento ya existentes y que sean titulares de derechos legítimamente adquiridos"; exigiéndose la cumplimentación de, entre otros requisitos, la "justificación en forma, por la certificación registral correspondiente o cualquier otra forma que legalmente proceda, de la propiedad por parte del peticionario de los terrenos en que pretenda realizar las obras y de aquéllos debajo de los cuales hayan de excavarse las galerías [o, en caso contrario] (...) autorización de los propietarios correspondientes" (art. 2.1.3).

Debe tenerse en cuenta al respecto que el derecho de aprovechamiento de las aguas subterráneas lo otorgaba la legislación especial de aguas (art. 18 de la Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879); que "todo propietario" podía abrir pozos ordinarios dentro de sus fincas (art. 19) o por galerías (art. 22). El art. 23 reforzaba este derecho diciendo que "el dueño de cualquier terreno puede alumbrar y apropiarse plenamente por medio de pozos o galerías las aguas que existan debajo de la superficie de su finca". El que obtenga la autorización "adquirirá la plena propiedad de las aguas que hallare" (art. 21). En suma, la propiedad del terreno o suelo donde se pretende abrir el pozo y galerías es criterio determinante del otorgamiento de la autorización, bien entendido que puede no coincidir la propiedad del terreno con el titular del aprovechamiento, y sin perjuicio de que la autorización pueda ser transmitida. Estas eventualidades no concurren en el presente caso, pues el que solicitó la autorización era propietario -con sus hermanos- de los terrenos, por lo que

la autorización del aprovechamiento se concedió a la propiedad, no a ninguna de las cuotas de la comunidad que se hallaba constituida. La solución no podía ser otra, vista la regulación de la comunidad de bienes en el Código Civil, según el cual ningún comunero podrá "sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas se pudieran resultar ventajas para todos" (art. 397). La administración de la cosa común requerirá el acuerdo de la mayoría de los partícipes (art. 398 CC) y su uso, disfrute y asunción de cargas seguirá el régimen previsto en los arts. 394 y 395 CC.

La conclusión de todo ello es que en la fecha de solicitud de inscripción aun no se había disuelto la comunidad de bienes constituida entre los cuatro hermanos, por lo que la inscripción debía efectuarse a nombre de los cuatro y no de dos. Ello independientemente de las cuestiones de índole civil que deben ventilarse en la jurisdicción civil.

## VIII

El Derecho autonómico vigente en el momento de la solicitud de inscripción (Decreto 177/1990) regulaba la documentación exigible en cada caso a los aprovechamientos que se pretendieran inscribir en el Registro de Aguas. La acreditación de la propiedad efectiva de la captación no fue realizada de forma satisfactoria, desde el momento en que se imputó exclusivamente tal titularidad a aquel comunero que, desde el principio del aprovechamiento, había sido el que se había relacionado con la Administración hidráulica. En el expediente incoado desde entonces obran documentos en los que, sin embargo, se deducía que la intervención de D.L.Á. se producía no sólo en su nombre sino también en representación de sus hermanos, consecuencia de la comunidad hereditaria constituida. No existía en el momento de la solicitud de inscripción constancia administrativa de la disolución de la comunidad -mas bien se deducía lo contrario-; por ello la inscripción del aprovechamiento sólo a nombre de D.L.Á. supuso un ejercicio de facultades administrativas que implicó la presunción de la propiedad civil del aprovechamiento y del pozo de sólo D.L.Á. contraria al Ordenamiento jurídico. El error administrativo debe ser ahora reparado y a ello propende el procedimiento revisor que se ha incoado.

El siguiente paso es calificar esa infracción, desde la estricta óptica revisora prevista en la legislación administrativa de aplicación al caso.

La Propuesta de Resolución califica el vicio como de nulidad de pleno derecho, seleccionando de entre todas las causas posibles legalmente la del apartado e) del art. 62.1 de la LRJAP-PAC; esto es, haberse dictado el acto "prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido". No es ésta la causa alegable. Se siguió el procedimiento de inscripción (Decreto 177/1990), sólo que uno de los documentos a aportar por el interesado (el de la titularidad de la captación) fue insatisfactoriamente valorado, estimándose que había un propietario individual, cuando de la documentación obrante en el expediente la propiedad correspondía a una comunidad de bienes. Esta causa sólo procede cuando no se ha efectuado trámite alguno en el procedimiento de que se trate o se siga un procedimiento distinto de aquél legalmente previsto -lo que no es el caso-; pero no cuando se ha producido la omisión de un trámite, por esencial que fuere. Es más, en este caso no ha habido omisión de trámite alguno, sólo realización insatisfactoria o deficiente del mismo, lo que nos aproximaría más a la anulabilidad (art. 63 LRJAP-PAC) que a la nulidad de pleno Derecho.

## IX

La Propuesta de Resolución -adoptada por la Junta de Gobierno del Consejo Insular de Aguas de Gran Canaria- integra su contenido por remisión al informe-propuesta e informe de la Secretaría del mencionado órgano; informes que de los que se deduce el alcance revisor antes señalado. Ahora bien, la Propuesta de Resolución -que se pronuncia por la revisión de la Resolución de referencia- fundamenta su RESUELVO exclusivamente en las argumentaciones efectuadas por F. y P.L.Á. -es decir, que la inscripción del aprovechamiento a nombre sólo de D.L.Á. era irregular toda vez que el mencionado pozo y la finca en la que se halla pertenecen de común "pro indiviso" a los cuatro hermanos- sin efectuar sin embargo consideración alguna, ni directamente ni por remisión, a las razones aducidas por los hermanos D. y M.L.Á., siendo así que la Resolución que ponga fin al procedimiento administrativo deberá decidir " todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo" (art. 89.1 LRJAP-PAC). Por ello, la Propuesta de Resolución se halla sólo parcialmente motivada, siendo así que la LRJAP-PAC (arts. 89.3 y 54) imponen la motivación de la Resolución en los "procedimientos de revisión de oficios de actos administrativos", como es precisamente el caso. Ciertamente que la motivación no tiene que ser necesariamente prolija y minuciosa, bastando incluso

que la motivación se efectúe por referencia o remisión a otros documentos obrantes en las actuaciones. Pudiera incluso deducirse, "a sensu contrario", del propio contenido de la Resolución, desde el momento en que es desestimatoria de las pretensiones aducidas. Sin embargo, en la misma no se alega razón alguna, directa, indirecta, o refleja, que fundamente el por qué de la no consideración de ninguna de las razones alegadas por D. y M.L.Á. para que la Resolución de inscripción del aprovechamiento se mantenga en sus propios términos.

Los argumentos alegados durante el procedimiento son los siguientes:

- Que D.L.Á. era el titular del aprovechamiento de aguas concedido desde el año 1948. Argumento que, implícitamente, se desautoriza en la Propuesta de Resolución desde el momento en que se concluye en que esa titularidad no le correspondía a título de dueño exclusivo, sino en tanto que comunero de la comunidad de bienes constituida por él y sus otros tres hermanos, comunidad de la que parecía llevar su administración ordinaria, de lo que no cabe inferir alteración sustancial del régimen de esa comunidad de bienes, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil. Cae, en conexión con este argumento, la alegación de que la extensión del aprovechamiento a favor de M.L.Á. se amparaba en la constitución por ambos de una asociación privada al amparo de la libertad contractual prevista en el Código Civil (art. 1.278). Libertad que tiene como límite lo dispuesto en las leyes (art. 1.255 CC), máxime cuando se pretende -conscientemente o no- causar un daño a terceros -privación de derechos amparados en certificación registral-. Al fin y al cabo, nadie puede disponer de aquello de lo que no es dueño, y en este caso el dueño es colectivo. Debe recordarse al respecto que el límite al uso por el comunero de la cosa común es que no se perjudique "el interés de la comunidad" (art. 394 CC); y el perjuicio, visto el alcance de la inscripción del aprovechamiento, es claro.

- Se alega asimismo la prescripción de la acción real sobre bienes inmuebles, al amparo de lo dispuesto en el art. 1.963 CC, que dispone el plazo de 30 años, siendo así que han transcurrido mas de 40 desde que D.L.Á. está "poseyendo a título de dueño único el derecho real que grava el terreno donde se ha construido el pozo y galerías". Se plantea aquí una cuestión de estricta naturaleza civil que sólo será posible dilucidar en el correspondiente procedimiento jurisdiccional. Si se ha ejercido o no como dueño durante cuarenta años; o si lo que ha habido durante ese tiempo ha sido una labor de simple administración de la cosa común; si ha habido exceso o no



por parte del administrador material de la comunidad o, por el contrario, abandono consentido por parte de los demás comuneros, es algo que afecta estrictamente a esa comunidad -ya disuelta- y que debe resolverse ante la jurisdicción competente. La Administración pretende revisar no la conducta de los comuneros sino un procedimiento administrativo de inscripción de aprovechamiento sobre la base de la documentación obrante en las actuaciones y la aportada en su caso por las partes. De ese aporte documental resulta que la autorización en su día concedida a D.L.Á. (y, al parecer, hermanos) no ha sido transmitida a tercero. Y si lo ha sido, desde luego no lo fue de conformidad con el procedimiento administrativo legalmente previsto al efecto. También resulta que existe certificación registral de la que se desprende que a esta fecha la finca donde se halla el pozo figura inscrita de común "pro indiviso" a favor de los cuatro hermanos L.Á., de lo que se desprende que no fue objeto de división cuando se procedió a la disolución de la comunidad de bienes constituida por los citados hermanos L.Á. Consecuentemente, ha sido correcta la valoración administrativa de lo actuado, no habiendo sobrepasado el ámbito de lo estrictamente administrativo, al no prejuzgar la efectividad, realidad o inexistencia de posibles derechos civiles que subyacen al procedimiento revisor que en puridad es el objeto de Dictamen del Consejo Consultivo, no perjudicándose el derecho de cualquiera de ellos de impetrar de la Jurisdicción competente el amparo que corresponda, con las indemnización a que en su caso hubiera lugar.

- También debe efectuarse alguna consideración sobre la alegada imposibilidad de revisar el acto de que se trata, dado el concurso de las circunstancias a que se refiere el art. 106 LRJAP-PAC. Sin perjuicio de lo que al respecto manifieste el órgano competente para efectuar esa valoración, debe señalarse que no procede la prescripción de acciones, con los términos antes vistos; tampoco el tiempo transcurrido -escaso ciertamente desde la fecha del acto a revisar-. Tampoco la equidad y la buena fe, que en este caso parece que apoyan más bien la posición de quienes instaron la revisión. Mucho menos el derecho de los particulares o las leyes, pues es el derecho de las promotoras de la revisión el que sufre de no concluirse la misma. Y es la ley la que parece avalar la mencionada pretensión revisora.

## X

La Propuesta de Resolución tal cual se halla formulada pretende la retroacción de actuaciones hasta el "trámite de vista y audiencia del procedimiento de inscripción en el Registro Insular de Aguas". En este procedimiento, formalmente, no hay un trámite de vista y audiencia (Decreto 177/1990 y Orden de 20 de marzo de 1991). Se inicia a instancia de parte y la Administración, caso de no inscribir, comunicará al solicitante -como así ha sido en el presente expediente- la deficiencia que obsta la inscripción. Lo que ha ocurrido en el presente caso es que junto con el interesado en el inicial expediente existen otros -los demás comuneros- que ya han tenido oportunidad de alegar en el procedimiento revisor lo que estimaron conveniente en defensa de su derecho, en tanto que el solicitante inicial hizo lo propio respecto de sus intereses. Sobre lo actuado y alegado, la Administración ahora deberá resolver anulando, convalidando lo que crea oportuno, subsanando los vicios de que adolezca el acto anulado (art. 67.1 LRJAP-PAC) o conservando los que crea convenientes, y dictando el acto que corresponda (art. 66 LRJAP-PAC). No hay razones para que sea reiterado el trámite de audiencia, máxime cuando la contradicción ha estado plenamente garantizada en el presente expediente.

En fin, debe tenerse finalmente en cuenta que la nulidad o anulabilidad del acto, en cualquier caso, no implica "la de las partes del mismo independientes de aquélla" (en realidad la revisión consiste en ampliar la lista de titulares, pues los que ahora figuran también parece tener derecho), pudiéndose conservar los actos y trámites "cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción" (art. 66 LRJAP-PAC). Finalmente, "la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan" (art. 67.1 LRJAP-PAC, lo que produce efectos desde la fecha, salvo que por las circunstancias concurrentes y de conformidad con lo dispuesto en el art. 57.3 de la LRJAP-PAC, se diera al acto revisor eficacia retroactiva, siempre que no se lesionen "derechos o intereses legítimos de otras personas".

## XI

Se formula finalmente la observación de que la Propuesta de Resolución no viene concluida con la preceptiva indicación de que no es susceptible de recurso administrativo alguno, sin perjuicio de la competencia del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, concretando el órgano judicial ante el que hubiere de

presentarse y plazo para interponerlo, con independencia de que los interesados puedan ejercitar contra la resolución cualquier otro recurso que estimen oportuno, conforme prescriben los arts. 102.2 y 89.3 LRJAP-PAC.

## C O N C L U S I O N E S

1. La Propuesta de Resolución dictaminada no se ajusta a Derecho, por no concurrir la causa de nulidad invocada en la misma, como se indica y argumenta en los precedentes Fundamentos VI al VIII, no emitiéndose en consecuencia Dictamen favorable a tal pretensión.

2. De considerar la propia Administración actuante, conforme a lo razonado en los expresados Fundamentos, que la resolución sometida al procedimiento de revisión adoleciere de algún vicio determinante de su anulabilidad, habrá de procederse a formular nueva Propuesta de Resolución por el órgano competente, que deberá ser sometida también a la consideración preceptiva de este Consejo.