



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 4 / 1 9 9 7

La Laguna, a 16 de enero de 1997.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno sobre la *anulación de la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Aguas de 12 de noviembre de 1993, por la que se concede un aprovechamiento a la Comunidad de Aguas "S.G." (EXP. 151/1996 RO)**.

F U N D A M E N T O S

I

Solicitud preceptiva de Dictamen de este Consejo por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno, de conformidad con lo que disponen los art. 10.6 y 11.1 de la ley 4/1984, relación con el 103 LRJ-PAC, sobre nulidad de la Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y aguas del Gobierno de Canarias de 12 de noviembre de 1993, por la que se concede un aprovechamiento a la Comunidad de Aguas "S.G.".

El presente Dictamen ha de versar, pues, sobre la adecuación al ordenamiento jurídico del contenido de la propuesta de resolución contenida en el procedimiento de revisión de oficio de la orden de la Consejería del Gobierno de Canarias competente en materia de aguas de 12 de noviembre de 1993, que concedió a la citada Comunidad de Aguas el aprovechamiento de las aguas públicas que se obtuvieran de la perforación de un tramo de galería de 1.500 metros de longitud y 350° centesimales de rumbo, a continuación de los 4.067,28 metros de la bocaina de la galería "S.G.".

* PONENTE: Sr. Petrovelly Curbelo.

II

La Propuesta de Resolución sometida a Consideración no ha sido enviada por los órganos del mismo ente jurídico que produjo el acto que se pretende anular -la Comunidad Autónoma de Canarias-, sino por los órganos competentes del Consejo Insular de Aguas de Tenerife, ya que se ha producido un cambio de titularidad en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia de Aguas, circunstancia que motivó un pronunciamiento de este Consejo (DCC 63/1995), no sobre el fondo del asunto, sino sobre la improcedencia de solicitar dictamen los órganos de una Administración incompetente, por mor de la transferencia, sobre dicha materia. En efecto, el DCC 63/95, razona:

“La disposición adicional primera letra s) de la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias, transfiere a los Cabildos Insulares las competencias administrativas en materia de conservación y política de obras hidráulicas y administración de las aguas territoriales en los términos que establezca la legislación sectorial autonómica. Por su parte el art. 8 de la Ley 12/1990 de 26 de julio, de Aguas, establece la competencia de los Cabildos Insulares en materia de conservación y política de obras hidráulicas, administración insular de las aguas terrestres y de obras hidráulicas, salvo las que se declaren de interés regional o general. Al amparo de lo prevenido en la disposición transitoria tercera de la Ley 14/1990, el Decreto 158/94, de 21 de julio (B.O.C. nº 92 de 28 de julio de 1994), aprobó las transferencias de funciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias a los Cabildos Insulares en materia de aguas terrestres y obras hidráulicas y el Decreto 24/1995, de 24 de febrero (B.O.C. nº 36 de 24 de marzo de 1995), aprobó los anexos de traspasos de medios personales, materiales y recursos al Cabildo Insular de Tenerife para el ejercicio de las competencias en materia de aguas a través de los Consejos Insulares.

El día 14 de junio de 1995 se produce la suscripción de la oportuna Acta de recepción y entrega de servicios en materia de aguas terrestres y obras hidráulicas; en tanto que la disposición transitoria tercera de la Ley 14/1990, en su inciso 4, previene que “desde la fecha de este Acta, el Cabildo ejercerá efectivamente la competencia transferida”. Siendo ello así, el 12 de junio de 1995, fecha de solicitud del Dictamen a este Consejo, el órgano competente para actuar al respecto era el Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Agua, de la Administración Autónoma y, en

tal sentido, la solicitud de Dictamen efectuada por el Presidente del Gobierno era conforme a Derecho. No obstante ello, desde el día 14 de junio de 1995 el órgano competente en la materia es el Cabildo Insular de Tenerife, a través del Consejo Insular de Aguas. Ante dicha circunstancia, la eventual emisión de un Dictamen sobre el fondo por parte de este Consejo tendría por destinatario un órgano que carece de competencias al respecto y que, en su consecuencia, no podría realizar ninguna actuación en la materia. Como consecuencia de lo anterior, parece mas conforme a Derecho no emitir Dictamen sobre el fondo de la cuestión planteada y que sea el órgano titular de la competencia en la actualidad el que, en su caso, adopte, con el alcance que estime oportuno, la iniciativa de solicitar de este Consejo el correspondiente Dictamen". (Fundamento Único).

Acabado plenamente el proceso de transferencias y la asunción de competencias por los nuevos titulares, la presente Propuesta de Resolución viene a plantear de nuevo la revisión de oficio, esta vez realizada por el Gerente del Consejo Insular de Aguas, dependiente del Cabildo, órganos ambos del ente público insular de Tenerife; competencia del gerente que viene establecida en el art. 24.2,b) del Decreto del Gobierno de Canarias 115/1992, de 21 de julio, por el que se aprueba el Estatuto del Consejo Insular de Aguas de Tenerife para otorgar las concesiones y autorizaciones en materia de aguas.

III

El cauce procedimental para ventilar los vicios denunciados en la Orden de 12 de noviembre de 1993, es el acogido en el artículo 103.1 de la LRJ-PAC, por las posibles vulneraciones del OJ que se alegan que preceptúa, además, la participación preceptiva de este Consejo sin efectos vinculantes -mientras que en las revisiones basadas en causa de nulidad de pleno derecho ha de recaer informe favorable-. Dicho precepto establece que los actos declarativos de derechos que infrinjan gravemente normas de rango legal o reglamentario podrán ser anulados siempre que no hayan transcurridos cuatro años desde que se dictaron. En el caso que nos ocupa, al ser una concesión de aprovechamiento de aguas, es clara la declaración de derechos y no han transcurrido cuatro años desde que se dictó el acto.

IV

1. El procedimiento ha sido instruido por los servicios autonómicos, por lo que el expediente remitido únicamente introduce un Informe-propuesta del Secretario delegado del Consejo Insular y la Propuesta de Resolución del Gerente del mismo. En dicho procedimiento consta la audiencia a la Comunidad de Aguas e Informe del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, por lo que desde el punto de vista formal la revisión de oficio se ajusta a Derecho.

2. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución argumenta, como fundamento a su pretensión que: "En los condicionantes tercero y cuarto de la Orden Departamental de 12 de noviembre de 1993 no debió figurar referencia alguna al caudal ya inscrito en el registro Insular de Aguas de Tenerife como aprovechamiento temporal de aguas privadas, teniendo en cuenta que la disposición transitoria tercera 3. de la Ley de Aguas para Canarias establece que cualquier aumento de caudal, como es probable que se produzca una vez realizadas las obras de continuación, cambiaría la calificación jurídica de esas aguas que pasan a englobarse como un sólo aprovechamiento de aguas públicas en el título concesional otorgado".

En consecuencia, entiende que la Orden de referencia infringe la Ley al haber otorgado licencia de aprovechamiento de Aguas considerando únicamente a las nuevas como demaniales y así inscritas, cuando la norma establece que en esos supuesto la totalidad de las aguas alumbradas -incluyendo las anteriores que temporalmente seguirán siendo consideradas privadas y las nuevas sobre las que se solicita el aprovechamiento- son de dominio público y en calidad de tal inscribirse.

3. En cuanto a las alegaciones deducidas por la Comunidad "S.G." en el correspondiente trámite de audiencia, participa de la opinión del servicio jurídico autonómico cuando afirma que "La disposición transitoria tercera de la Ley Territorial 12/1990, de 26 de julio, de Aguas de Canarias, propicia para los aprovechamientos inscritos el mantenimiento de los caudales aforados que así consten en el Registro de Aguas, pero sin que ello suponga obviamente el poder recuperar el nivel de explotación de caudales que pueda haberse dado en el curso de la vida histórica de la galería bajo el amparo de la legislación anterior. Los derechos adquiridos de los particulares titulares de aprovechamientos hidráulicos coinciden consolidados al tiempo de la demanialización de las aguas no alumbradas o, en su caso, al momento de su inscripción en el Registro como aprovechamientos temporales de aguas

privadas. Al respecto, la STC 227/1988, de 29 de noviembre, señala que la "congelación del sustrato material de los derechos consolidados con anterioridad no implica en modo alguno una expropiación parcial de los mismos, pues con ello sólo quedan eliminadas las simples expectativas de caudales superiores que eventualmente podrían obtenerse", de forma que "desde el momento en que todas las aguas superficiales y subterráneas renovables se transforman *ex lege* en aguas de dominio público, es lícito que, aún partiendo del estricto respeto de los derechos ya existentes, los incrementos sobre los caudales apropiados sólo pueden obtenerse mediante concesión administrativa", añadiéndose a renglón seguido que "es claro que tampoco existe expropiación forzosa por el hecho de que la concesión que haya de obtenerse en caso de incremento de caudales totales utilizados (...) se extienda obligatoriamente a la totalidad de la explotación, incluyendo así los caudales aprovechados en virtud de titularidad privada", pues dado que "la decisión de incrementar el aprovechamiento (...) corresponde libremente al interesado (...) se trata una transformación voluntaria del derecho originario".

No existe pues sacrificio de derechos adquiridos, ya que estos se identifican con el nivel de aprovechamiento expresado por el caudal aforado, sin que alcance a incrementos del recurso. Tampoco existe una ablación del dominio privado sobre los aprovechamientos de aguas temporalmente privadas inscritas en el Registro, porque para preservar el disfrute privado de tales caudales basta al petitionerio con no aceptar la concesión al tiempo de trámite de adhesión a las cláusulas del condicionado, que es precisamente el momento en que debe retrotraerse el expediente. Tampoco se le está imposibilitando a la Comunidad de Aguas el ejercicio del derecho a que se refiere la disposición transitoria, tercera, 2.b), pues no se ha acreditado la disminución de los caudales aforados inscritos, en la forma exigida en la norma 1.2.1 del Decreto 152/1990, de 31 de julio".

Parece clara, pues, la existencia de infracción grave del ordenamiento jurídico que supone causa de anulabilidad, en virtud del art. 103 LRL-PAC, y que no se han vulnerado, formal o materialmente, los derechos del interesado.

4. Por último, las resoluciones de las revisiones de oficio ponen fin a la vía administrativa pues, aun cuando expresamente no se establezca.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución sometida a Dictamen de este Consejo se ajusta a Derecho, sin perjuicio de que el acto que resuelva la revisión de oficio ponga fin a la vía administrativa, tal como se razona en el Fundamento IV.4.