

## I. COMENTARIOS MONOGRAFICOS

# LA SUSPENSION POR LA ADMINISTRACION DE OBRAS PARA ALUMBRAR AGUAS SUBTERRANEAS

(El interdicto especial del artículo 23 de la Ley de Aguas)

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN: 1) Principios sustantivos que permiten el libre aprovechamiento de las aguas subterráneas. Sus limitaciones; 2) Significación e importancia de los artículos 23 y 24 de la Ley de Aguas de 1879; 3) El régimen especial, a estos efectos, de las Islas Canarias.—II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE REGULA EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE AGUAS: A) Carácter interdictal del proceso que contempla. Consideraciones generales. 1) Por razón del conocimiento abreviado; 2) Por no crear fuerza de cosa juzgada material; 3) Por razón de las medidas. Examen de los problemas de: a) Competencia; b) Legitimación, y c) La actividad. B) Ambito de aplicación material. C) Ambito de aplicación territorial.—III. PRESUPUESTOS OBJETIVOS PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN USE DE LA FACULTAD QUE LE RECONOCE EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE AGUAS: a) Existencia de una amenaza de peligro de distracción de aguas públicas o privadas. La cuestión de la distancia ática; b) Denuncia cursada por titular que ostente derechos legítimamente adquiridos sobre el aprovechamiento perjudicado; c) Las obras denunciadas no han de estar terminadas.—IV. LA POSIBILIDAD DE PARALIZAR O CLAUSURAR APROVECHAMIENTOS ABUSIVOS.—V. INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN LAS DOS FASES DEL INTERDICTO: A) Intervención del Alcalde; B) Intervención del Gobernador civil. El problema de su competencia: 1) Argumento doctrinal; 2) Argumento interpretativo; 3) Argumento jurisprudencial; 4) Criterio del Consejo de Estado.—VI. TRAMITACIÓN DEL INTERDICTO: A) Fases: a) Audiencia de los interesados, y b) Reconocimiento y dictamen pericial; B) El problema de la carga de la prueba.—VII. CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU POSIBLE IMPUGNACIÓN: A) Contenido lícito; B) Impugnación del acto administrativo.

### I

#### INTRODUCCIÓN.

El régimen de aprovechamientos de las aguas públicas, la propiedad, uso y disfrute de las privadas y, en definitiva, toda la problemática que el agua plantea como factor de producción y como elemento integrante de un patrimonio económico (bien por vía de derecho dominical, bien a través del ejercicio de derechos de uso y disposición menos plenos) tiene en nuestro Derecho patrio una normativa y una regulación de feliz sentido histórico y de honda entraña tradicional y consuetudinaria: La

Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, Ley que atempera perfectamente el absolutismo dominical romano con un sentido social de la propiedad del agua, que intuye como especial. Es decir, que, como señalan GAY DE MONTELLÁ y MASSÓ, concilia los derechos reconocidos por la Ley al propietario, con las mayores ventajas que pudieran derivarse para la agricultura, para la higiene y para la industria, del uso de aprovechamientos preexistentes (1).

Mas donde se respira con mayor sentido la perfecta urdimbre de la Ley de Aguas es en las grandes cuencas hidrográficas, en donde la coexistencia de derechos inmemoriales obliga a un equilibrio constante entre el derecho de propiedad o el disfrute de una concesión, con los usos o aprovechamientos, anteriores o posteriores, a lo largo del cauce de tales ríos. Entonces es cuando se observa que las limitaciones establecidas por las Leyes en materia de propiedad de aguas —como indica ALONSO MOYA (2)— exceden a las que afectan a cualquier otra clase de propiedad, siendo una realidad que entre los derechos de los dueños de las de dominio privado, desde luego no son apenas predicables aquellas viejas facultades de sabor romanístico y medieval del *ius abutendi, disponendi, vindicandi*..., ya que el dominio sobre las aguas está dotado en la Ley que las regula de un matiz especial que quiso destacar la propia Exposición de Motivos cuando distinguía entre dominio y aprovechamiento (3).

Pues bien, precisamente en las vegas más feraces de la geografía española, donde el regadío señala la prosperidad y donde el secano, por el contrario, coincide con la más rigurosa miseria, son los lugares en que se plantea con más cruda realidad un problema al que la Ley de Aguas dedica un solo artículo (y unas líneas de otro), y a través del cual tienen cauce, con toda la pasión de la urgencia, las vindicaciones de los titulares de aprovechamientos de aguas, públicas o privadas, que ven disminuído su caudal —o presienten la amenaza de ello— como consecuencia de perforaciones, excavaciones, trabajos, etc., practicados por terceros. Nos referimos a las denuncias que formulan ante los Alcaldes, al amparo del artículo 23 de dicha Ley, los titulares de referencia, solicitando que tales autoridades paralicen obras o labores nuevas de las que se va a derivar un peligro de distracción o merma de las aguas de que disfrutaban.

Esta facultad de suspensión de nuevos sondeos cuando, de oficio o a instancia de parte, es acordada por un Alcalde, porque aprecia que de

(1) GAY DE MONTELLÁ y MASSÓ ESCOFET: *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*, Barcelona, 1949, pág. 101.

(2) F. ALONSO MOYA: *Sobre las aguas de dominio público y de dominio privado*, en esta REVISTA, núm. 4, 1951, pág. 43.

(3) «El dominio es un derecho absoluto e ilimitado sobre la cosa, que nos autoriza para hacer libremente de ella el uso que nos plazca, siempre que no lastimemos el derecho de otro... El aprovechamiento, por el contrario, es un derecho limitado, sujeto a las condiciones impuestas por quien lo concede, y que no autoriza para abusar, sino sólo para usar en la forma y para el objeto concedido.» Soberbia manera de dulcificar y aun de borrar la antigua imagen de un despótico derecho de propiedad, al menos en lo que a aguas se refiere.

tales perforaciones nuevas puede derivarse un perjuicio para el venero de que viene disfrutando el titular de otro aprovechamiento anterior, constituye, como muy bien señalan GAY DE MONTELLÁ y MASSÓ, una de las armas jurídicas más peligrosas si no se utiliza rectamente, y también a veces «un arma política en los vecindarios» (4). Y, sin embargo, apenas si está estudiado por la doctrina el artículo 23 antes mencionado, y el 24 que le sirve de complemento —salvo en la obra ya citada de los autores que acabamos de señalar, y en alguna otra, que lo trata prácticamente de pasada (5)—, no obstante lo cual basta examinar la jurisprudencia al respecto de los veinte últimos años, para comprobar cómo el Tribunal Supremo ha tenido que ir construyendo todo el entramado sustantivo y procesal que dichos preceptos exigen y de que carecen, ya que tan sólo aparecen enunciados en sus líneas más amplias —y aun pudiéramos decir «vagas» para algunos trámites y para importantísimas cuestiones no resueltas en ellos—, lo que demuestra la necesidad de detenerse a estudiar este especialísimo *interdicto administrativo*. Así lo haremos, intentando sistematizar y concatenar, con nuestro criterio, toda esa doctrina judicial que cada vez se va afianzando más hacia una proyección social del dominio de las aguas, tras una etapa vacilante y a veces, como veremos, contradictoria (6).

1) *Principios sustantivos que permiten el libre aprovechamiento de las aguas subterráneas. Sus limitaciones.*

Los artículos 417 y 418 del Código civil declaran, por un lado, el derecho que asiste al propietario de un predio, o a otra persona con la licencia de aquél, de investigar en él las aguas subterráneas que pudieran existir, y por otro, la pertenencia de tales aguas que eventualmente puedan alumbrarse, al que las alumbrare, o lo que es lo mismo, en la mayoría de los casos, al propietario de la tierra. A su vez el artículo 408, en sus apartados primero y tercero, califica estas aguas que nacen, por manantiales, o se alumbran artificialmente, por trabajo y obra del hombre, como privadas, por lo que, en principio, ligando tal preceptiva con los artículos 348 y 349, parece que en este caso rigen los mismos criterios absolutos que para un derecho dominical ordinario sobre un bien cualquiera.

No obstante esto —y aun antes de examinar la Ley de Aguas—, el artículo 350 del Código civil, con su advertencia de que el propietario de un fundo ha de estar, respecto a aguas que existan bajo la superficie

(4) Ob. cit., pág. 112.

(5) Vid. F. CERRILLO QUÍLEZ: *Régimen jurídico administrativo de las aguas públicas y privadas*, págs. 85 a 87, 126 y 152.

(6) Preocupados por este problema, publicamos en otro lugar un resumen de algunas de las cuestiones que hoy desarrollamos aquí, enfocadas desde el ángulo de visión, práctica, de la Abogacía del Estado en su intervención asesora de los Gobiernos Civiles y en su participación en las cuestiones contencioso-administrativas. Vid. *Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado*, tomo II (Madrid, 1962), volumen segundo, págs. 502 y sigs.

del mismo, a lo dispuesto en la Ley de Aguas; y el artículo 415, obligando al respeto de derechos adquiridos sobre aguas de manantiales, por propietarios de predios inferiores, denotan el sello singular de la titularidad dominical del agua, que por algo está encuadrada bajo la rúbrica de «propiedades especiales».

La Ley de Aguas contiene asimismo una proclamación correlativa a la de los artículos 417 y 418 del Código civil en el primer párrafo de su artículo 23, con una *limitación* inmediata contenida en el párrafo 2.º del mismo precepto, y que ha de enlazarse, para comprender toda su significación, con una frase del artículo 24 del mismo texto legal. Y como hemos de referirnos constantemente a ellos, creemos conveniente transcribirlos aquí para la comprobación de las distintas reflexiones que nos han sugerido en este trabajo:

«Artículo 23. El dueño de cualquier terreno *puede* alumbrar y apropiarse plenamente, por medio de pozos artesianos y por socavones o galerías, las aguas que existen debajo de la superficie de su finca, *con tal que no distraiga o aparte aguas públicas o privadas de su corriente natural*.—Cuando *amenazare peligro* de que por consecuencia de las labores del pozo artesiano, socavón o galería, se distraigan o mermen las aguas públicas o privadas, destinadas a un servicio público o a un aprovechamiento privado preexistente, *con derechos legítimamente adquiridos*, el Alcalde, *de oficio* a excitación del Ayuntamiento en el primer caso, o mediante *denuncia* de los interesados en el segundo, *podrá suspender las obras*.—La providencia del Alcalde causará estado si de ella no se reclama dentro del término legal ante el Gobernador de la provincia, quien dictará la resolución que proceda, previa audiencia de los interesados y reconocimiento y dictamen pericial.»

«Artículo 24. Las labores de que habla el artículo anterior para alumbramientos no podrán ejecutarse a menor distancia de cuarenta metros de los edificios ajenos, de un ferrocarril o carretera, *ni a menos de cien metros de otro alumbramiento de fuente, río, canal, acequia o abrevadero público*, sin la licencia correspondiente de los dueños o, en su caso, del Ayuntamiento, previa formación de expediente; ni dentro de la zona de los puntos fortificados sin permiso de la autoridad militar» (7).

2) *Significación e importancia de los artículos 23 y 24 de la Ley de Aguas de 1879.*

Evidentemente, el segundo párrafo del artículo 23 viene a suponer una fuerte y precisa limitación a lo que, al parecer sin matices, proclama sobre aguas subterráneas el Código civil, por un lado, y el mismo artículo 22 de la Ley de Aguas, por otro, ya que al *prohibir* que estas

(7) Un segundo párrafo de este artículo 24 indica: «Tampoco podrán ejecutarse estas labores dentro de una pertenencia minera, sin previa estipulación de resarcimiento de perjuicios. En el caso de que no hubiera avenencia, la autoridad administrativa fijará las condiciones de la indemnización, previo informe de peritos nombrados al efecto.» Vid., al efecto de limitaciones de prospecciones o explotaciones mineras, los artículos 25 y 132 del D. de 9 de agosto de 1946.

captaciones y aprovechamientos *distraigan, desvien o perjudiquen* corrientes de otros propietarios o usuarios, *apartándolas de su curso natural*, está creando una cerrada protección al derecho preexistente de tercero, tradicional desde los orígenes de nuestro Derecho patrio y que sustituyó al absolutismo romanista que se proyectaba sobre el derecho dominical privado de las aguas sin restricción alguna (8). Ahora bien, esta facultad que se concede al Alcalde no excluye, como es lógico, cualquier otro medio de amparar la posesión perturbada, pues no está reservada privativamente a las autoridades de orden administrativo, ni mucho menos, esta potestad de defensa, pudiendo encauzarse por vía interdictal ordinaria, por vía de juicio declarativo, etc., puesto que este precepto sólo ha pretendido la posibilidad de que se adopten medidas de protección urgente, todas ellas de tipo preventivo (9).

La *finalidad*, pues, que se persigue con la actualización de esa facultad de suspensión de las nuevas obras de sondeo en busca de aguas subterráneas no es otra que la de *paralizar la situación de hecho* en el momento mismo de la denuncia, para proteger los derechos legítimamente adquiridos por un tercero, manteniendo así un *statu quo* que nunca ha de considerarse como definitivo, pues la resolución administrativa que se adopte (o judicial, si el acto administrativo es impugnado ante las Salas de la jurisdicción contencioso-administrativa) no crea fuerza de cosa juzgada en cuanto al fondo de la discordia, como veremos más adelante, entregando el conocimiento último de los problemas de propiedad (de las públicas y privadas) o posesión civil (de las privadas, exclusivamente) que se planteen, a los órganos de la jurisdicción civil ordinaria, en acatamiento expreso de lo dispuesto en el artículo 254, número 1, de la misma Ley de Aguas (10).

De esta manera, por la celeridad de sus trámites, por la fulminante actuación del Alcalde y por la sumariedad, en definitiva, del procedimiento, esta facultad administrativa de suspender obras, socavones o galerías que puedan constituir un peligro de merma o distracción, que perjudique y afecte a otro venero que está siendo aprovechado pacíficamente por un tercero, constituye un arma formidable que ha de emplearse dentro de los términos más rigurosos y centrados, para evitar cercenar iniciativas privadas que pretendan crear nuevos regadíos, y con objeto de borrar el riesgo de que dentro de su abreviado marco interdictal se pretenda resolver cuestiones de propiedad sobre los caudales discutidos, puesto que ni la autoridad administrativa, como hemos dicho, es competente para dichos pronunciamientos, ni el cauce procesal previsto en

(8) Esta doctrina la desarrolla con gran fluidez la S. del T. S. de 30-12-54.

(9) Estas posibilidades y una perfecta clasificación de la intervención administrativa quedan señaladas en los DD. de competencia de 24 de mayo de 1914 y 27 de julio de 1945. Asimismo, la S. del T. S. de 18-3-59 establece la compatibilidad de este especial interdicto con el de obra nueva.

(10) El artículo 254, número 1, de la Ley de Aguas señala: «Compete a los Tribunales que ejercen la jurisdicción civil el conocimiento de las cuestiones relativas al dominio de las aguas públicas y al dominio de las aguas privadas y de su posesión.»

el artículo 23 permite una prueba realmente contradictoria al respecto de los títulos que se invoquen para justificar los derechos dominicales, o cuasi dominicales, que sobre los veneros en discordia aleguen los que intervengan en el expediente.

Sólo resaltando la auténtica entraña de esa facultad suspensiva puede calificarse adecuadamente la oportunidad de su uso, ya que su origen no es otro que el matiz de *orden público* de que está afectada esta materia de aguas (como en el caso de las minas y los montes), pues en ninguna de estas propiedades, explotaciones o aprovechamientos puede ser ajena la Administración. Esta facultad, pues, es una actividad de policía que corresponde al Alcalde, como delegado de la Administración central en el ámbito local. Precisamente la sumariedad en el procedimiento, y en las pruebas, nos demuestra, por un lado, que el conocimiento de la autoridad administrativa está limitado a una mera *prevención* en evitación de despojos injustos, y por otro, que el ejercicio de esa facultad sólo *procede* cuando se dan los supuestos legales —tasados y medidos— que concreta y contempla tal artículo 23, con el exclusivo objeto de que la Administración no sea extraña a determinadas situaciones de urgencia, en materias por las que debe velar en aras del bien común.

Es muy corriente, sin embargo, que al socaire de tal artículo, con el planteamiento del interdicto que regula, y bajo el pretexto de detener trabajos de sondeo, los particulares planteen problemas de fondo cuyo examen determinaría una resolución valorativa de verdaderos derechos de propiedad y posesión civil, con evidente incompetencia del órgano decisor, el cual debe soslayarlos siempre, so pena de nulidad del acto administrativo que se dicte.

### 3) *El régimen especial, a estos efectos, de las Islas Canarias.*

Conocido es de todos el angustioso problema de aguas del archipiélago canario y su régimen especialísimo de regulación de los aprovechamientos, que ha culminado en la Ley de 24 de diciembre de 1962. Sin embargo, también en estas provincias insulares es de aplicación la posibilidad de la suspensión interdictal administrativa, regulada en el artículo 23 de la Ley de Aguas (11), si bien con un cauce administrativo especial y con la particularidad de que, por exigencia del Decreto de 1 de diciembre de 1933, no es de aplicación tal preceptiva para beneficio o defensa de aprovechamientos que se realicen mediante conducciones *revestidas o impermeabilizadas*, aunque fuesen éstas de uso permanente, por tratarse en este caso de acueductos no susceptibles de filtración o merma como consecuencia de las labores de alumbramiento que se denuncien (12).

Si no hubieran sido bastantes para proclamar el régimen *sui generis* a que han de acogerse en las Islas Canarias los trabajos de sondeo para alumbramiento de aguas subterráneas, las disposiciones promulgadas has-

(11) Así lo proclama la S. del T. S. de 19 de diciembre de 1959.

(12) Artículo 1.º, D. 1-12-33.

ta la fecha (13), culminaría esta apreciación al considerar la Ley de 24 de diciembre de 1962, en la que, lanzado el legislador hacia una regulación cada vez más armónica, conjuntada y en aras del bien común, de las aguas en aquel archipiélago, queda proclamada la vetustez e inutilidad del criterio de las *distancias entre aprovechamientos* como signo de afección, para ser sustituidas por lo que se califica como *zona real de influencia sensible* entre alumbramientos, pozos, socavones, etc. De esta forma parece haberse encontrado la fórmula feliz que algún día podría aplicarse al territorio peninsular, pues los cien metros de que habla el artículo 24 de la Ley de Aguas no demuestran nada ni presumen nada en la realidad física, ya que a menor distancia que ésta puede no existir afección, y a mayor distancia puede haber una captación o distracción de aguas, no sólo por argumentos geológicos, sino también por razón de unos adelantos técnicos en la maquinaria de absorción que la Ley de Aguas no pudo prever ni regular (14).

## II

### NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE REGULA EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE AGUAS.

#### A) *Carácter interdictal del proceso que contempla. Consideraciones generales.*

Resulta difícil la calificación y encuadramiento, con tipificación adecuada, tanto desde el punto de vista procesal o adjetivo, como desde el punto de vista material o sustantivo, de esta actividad escalonada de la Administración cuando paraliza obras que le son denunciadas, por el hecho de que puedan perjudicar al pacífico disfrute de unos derechos posesorios ejercidos sobre otro caudal preexistente. Y ello es así, porque la naturaleza de la actividad no es la misma ni de igual signo en todos los casos que contempla el artículo 23, poseyendo matices distintos según actúe la Administración en defensa de aguas públicas destinadas a un

(13) D. de 1-12-33 y OO. MM. de 27-11-21, 23-5-38 y 21-7-44. Vid. también, al respecto de estas especialidades en relación con el artículo 23 de la Ley de Aguas, S. del T. S. de 30-12-54.

(14) La Exposición de Motivos de esta Ley de 24 de diciembre de 1962 indica que «las distancias mínimas establecidas por la Ley de Aguas para llevar a cabo las perforaciones necesarias para el alumbramiento de aguas subterráneas, como medida de protección de aquellos ya existentes, constituye una presunción no en todo coincidente con la realidad. Fijar una distancia mayor con el fin de garantizar los aprovechamientos preexistentes... constituiría una fórmula no menos convencional, por lo que parece oportuno modificar el artículo 24 en el sentido de que esa distancia pueda ser ampliada cuando de los estudios técnicos correspondientes, realizados por el Distrito Minero y la Comisaría de Aguas, resulte mayor la zona de influencia del alumbramiento existente». El artículo 1.º dice: «... podrá ser incrementada en la medida que se determine la zona real de influencia sensible del pozo, socavón o galería existente a través de dichos dictámenes...»

servicio público, o de aguas privadas distraídas de un aprovechamiento anterior.

El único denominador común que podría predicarse en las dos hipótesis sería el de que la actividad administrativa persigue, en ambos casos, *la defensa de la posesión como hecho*, a través de medidas urgentes que garanticen la permanencia de un *statu quo*, en tanto no se varíe éste por pronunciamientos definitivos acordados en la vía judicial. Por tanto, en este sentido, material o sustantivo, no repugna la afirmación de encontrarnos ante un interdicto o una *actuación interdictal* «more romano», pero podría alarmar a los procesalistas el hecho de emplear el concepto de «proceso interdictal» para calificar, desde este ángulo adjetivo, la actividad que desarrolla la Administración y los trámites y etapas que consuman las partes (denunciante y denunciado), sobre todo en el caso en que, por tratarse de la defensa de aguas públicas destinadas a un servicio público, no existen realmente dos partes con un órgano supraordinado que decide respecto a las pretensiones de éstas, sino una típica actuación administrativa, extracontenciosa, en la que quedaría descartada la idea de proceso. Con fines exclusivamente puntualizadores, y sin intentar dogmatizar en una vieja polémica, examinamos por separado la doble actuación de la Administración en este artículo 23, para percibir sus sustanciales diferencias:

a) Cuando la Administración defiende la posesión de aguas privadas de un aprovechamiento preexistente —hipótesis normal y la más corriente en las cuencas— actúa sustituyendo al poder judicial en razón a la transcendencia de orden público de la materia discutida, con medidas de fulminante sumariedad, sobre todo en la fase municipal. Sólo por tales razones puede comprenderse esta facultad de la Administración, que no excluye la posterior (también interdictal incluso) de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, pues ya hemos visto más arriba cómo es posible la compatibilidad del uso de esta vía con el planteamiento posterior del interdicto de obra nueva (S. T. S. de 18 de marzo de 1959).

En este caso, normal y ordinario, no se puede discutir ni la existencia de un *proceso*, ni el carácter *interdictal* del mismo, tanto desde el punto de vista material —finalidad perseguida de defensa del *ius possessionis*—, como desde el punto de vista adjetivo —sumariedad de sus trámites, juzgador *supra partes* y ausencia del efecto de cosa juzgada material—. En base a ello calificamos de «interdicto especial» al conjunto de trámites, fases y medidas, reguladas en el artículo 23 de la Ley de Aguas, pues no repugna el considerar que nos encontramos ante un instrumento de satisfacción de pretensiones y, como concepto más amplio, ante un instrumento de resolución de un conflicto social, que es en donde GUASP hace incidir el acento más genérico de la idea misma de proceso (15).

b) Sin embargo, cuando la Administración defiende un caudal de aguas públicas destinadas a un servicio público, eliminando un riesgo de afección o merma que pudiera derivarse de las obras en ejecución, si bien, desde el punto de vista sustantivo, no se borra el aspecto interdictal

(15) *Derecho procesal civil*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1962, pág. 16 y pág. 11.



de las medidas, si desaparece el de proceso puro por no existir ya las dos partes esenciales al mismo, aunque existan, en cambio, dos posturas contrapuestas, típicas en el proceso administrativo de reclamación. Nos encontramos entonces —generalmente— con que la defensa del *ius possessionis* ajeno se convierte en la defensa del *ius possidendi* de la Administración.

Los matices se oscurecen si pensamos en el caso perfectamente posible —y admitido por la jurisprudencia, como estudiaremos— de que tales aguas públicas hayan sido objeto de concesión y el denunciante sea el concesionario de ellas, que reclama protección administrativa para el pacífico disfrute de la misma. Así como en la posibilidad de que las aguas privadas defendidas pertenezcan a la Administración, local o central, con carácter patrimonial, sin estar afectas, por consiguiente, a un servicio público.

En estos supuestos la actividad de la Administración —calificada por el Consejo de Estado como *interdictum proprium* (16)— no estaría destinada a la defensa de un *ius possidendi*, sino a servir de baluarte al mero hecho de la posesión mediata o inmediata. No existirá proceso interdictal en sentido rituario, pero sí una actuación administrativa especial, eminentemente interdictal, con rasgos procesales propios, netamente administrativos.

Por tanto, se podría concluir que en el artículo 23 de la Ley de Aguas confluyen de forma no sistemática, por un solo cauce y a través de una parca preceptiva, supuestos, medidas, sujetos y circunstancias jurídicas de muy diversa significación, que hacen imposible la proclamación de una única naturaleza jurídica. Efectivamente:

a') Pueden darse medidas de defensa del *ius possessionis*, de los particulares o sobre bienes patrimoniales de la Administración, pero también pueden adoptarse para defender un *ius possidendi* de la Administración en los casos en que se trate del posible perjuicio para aguas

(16) Sobre la defensa de la posesión por parte de la Administración, tanto del dominio público como de los bienes patrimoniales, vid. la obra de E. GARCÍA DE ENTERRÍA *Dos estudios sobre la usucapción en Derecho administrativo*, apéndice II, «Posesión y administración», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, págs. 186 y 187, en las que comenta un espléndido dictamen del Consejo de Estado en torno a esta problemática. Asimismo merece mencionarse el artículo de CLAVERO ARÉVALO *La recuperación administrativa de los bienes de las Corporaciones locales*, en esta REVISTA, núm. 16, 1955, páginas 117 y sigs., siendo de destacar que en la nota 5 alude este autor a una S. del T. S. de 5 de febrero de 1936 y a un R. D. de competencia de 10 de octubre de 1918, muy interesantes a los efectos del presente trabajo, puesto que esta última resolución, en su cuarto Considerando, señala: «... tratándose de aguas públicas, la posesión de ellas es por su naturaleza inseparable del de su uso y aprovechamiento, materia acerca de la cual es exclusiva la competencia de la Administración, y la jurisprudencia, inspirándose en esa doctrina y de acuerdo con la legislación especial de la Ley de Aguas, limita la competencia de los Tribunales de orden civil en materia de aguas públicas a las cuestiones puramente de dominio, cosa que no puede ventilarse en un interdicto, y reserva a la Administración el conocimiento de las cuestiones relativas a la posesión de las aguas de dicha clase».

públicas destinadas a un servicio público, directamente explotadas o concedidas a un tercero;

b') Puede ostentar la Administración derecho *exclusivo* a conocer de tales cuestiones posesorias cuando se trata de aguas públicas (R. D. C. de 10 de octubre de 1918, citado en nota 16), o puede *compartirlo* con los Tribunales ordinarios, escalonadamente, cuando de aguas privadas o patrimoniales se trate;

c') Puede ostentar el privilegio de decisión previa, en ejercicio de una *autotutela posesoria*, cuando se trate de aguas patrimoniales (*interdictum proprium*), quedando sujeta la resolución a una eventual revisión judicial, y puede defender un *ius possidendi* en caso de defender aguas de dominio público en una verdadera *autorreivindicación dominical*, soberanamente ejercida;

d') Pueden protegerse de perjuicio aguas públicas de tipo «local» por parte de la Administración central y pueden defenderse aguas públicas «generales» por parte de la Administración local, de oficio en ambos casos y, también, a excitación recíproca de autoridades de una y otra órbita;

e') La Administración puede obrar unas veces de *oficio*, en defensa de intereses *proprios* —públicos o patrimoniales—, y otras veces, en virtud de *denuncia*, defendiendo intereses *ajenos* de tipo particular;

f') La Administración, en fin, al ejercitar las facultades que le confiere este artículo, se puede constituir unas veces, como verdadero *juez*, supraordinadamente a las *partes* (denunciante y denunciado), en un verdadero, aunque especial, proceso, mientras que en otras ocasiones será *parte afectada*, sin la sumisión de la contraria, en un *expediente* absolutamente alejado de la *idea* técnica de «proceso»; por no existir ni *lucha* o *contienda*, ni las dos partes esenciales para que exista éste.

Tal es, pues, la atípica y mixta naturaleza de las medidas reguladas por el artículo 23 de la Ley de Aguas, mejor encuadrables por sus efectos y por la naturaleza de sus trámites que por la esencia, contenido y razón de ser de las propias medidas, las cuales, como decíamos antes, no tienen más que dos puntos de contacto en su *origen* y en su *fin*: La necesidad de intervenir la Administración en una materia de orden público (causa legitimadora) y para proteger, por mecanismos urgentes, una situación posesoria de hecho que se disfrute sobre aguas, evitando su perturbación como consecuencia de una obra posterior, no terminada, que se denuncie por el perjudicado (finalidad ortodoxa, que habría que auscultar para conocer la eventual existencia de una desviación de poder).

Pero en ningún caso creemos que se nos podría acusar de aplicar infundadamente la calificación de «proceso» y de «interdicto» a tales actividades de suspensión, razón por la cual utilizamos ambas en este trabajo antes y después de esta disquisición, no tanto por afán de definir como por excluir una polémica apriorística, bien lejana del propósito que perseguimos.

Y como advertíamos que mejor se conoce la esencia y naturaleza de estas medidas interdictales por sus efectos y por la naturaleza de sus trámites procedimentales, enunciamos éstos y aquéllos en su más gé-

rica concepción para acreditar, por encima de las necesarias e ineludibles reflexiones teóricas que acabamos de exponer, la palmaria verdad de encontrarnos ante un interdicto (si se quiere, «especial», pero interdicto al fin y al cabo) del que no se puede excluir la idea de proceso, en cuanto, como hemos señalado, se trata de un instrumento apto para resolver un conflicto social:

1) *Por razón del conocimiento abreviado.*—Evidente, por la *sumariedad* de su tramitación, nacida del hecho de tratarse de cuestiones de orden público por razón de la materia —las aguas— que exige la intervención administrativa urgente para que quede paralizada una situación puramente fáctica que pone en riesgo intereses generales (aunque se encuentren adscritos a un patrimonio particular), en uso de un poder, con sabor regaliano, en el que todavía pueden apoyarse los estudiosos de las tendencias futuras en materia de propiedad de las aguas.

2) *Por no crear fuerza de cosa juzgada material.*—La calificación de procedimiento administrativo interdictal le llega al regulado por el artículo 23 de la Ley de Aguas, no sólo por el abreviado conocimiento, sino también por la característica, común con los típicos procesos civiles de protección urgente a la posesión, de que el acto administrativo que decida sobre la denuncia del particular (o que acuerde de oficio la autoridad municipal), aunque cause estado y no se intente su revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa (y aun en el caso de que esta misma jurisdicción intervenga y resuelva), *no crea fuerza de cosa juzgada material*, pues si bien las partes han de respetar lo pronunciado, por su reflejo en el ámbito físico de los hechos, pueden volver sobre la misma cuestión, ora en la vía civil ordinaria, ora por el cauce de otro interdicto, sin subordinación a lo dicho y hecho en la vía administrativa (17). Por tanto, es posible que se abra un nuevo proceso, del que conozca la jurisdicción ordinaria, cuya resolución, en su día, se oponga o contradiga al resultado oficial del gubernativo.

3) *Por razón de las medidas.*—Porque la suspensión que se acuerde de las nuevas obras de sondeo y, eventualmente, incluso, la demolición de lo abusivamente llevado a efecto, constituyen medidas que, si bien protegen el interés general, de manera más acentuada y característica, aun en los casos en que se trate de aguas públicas, establecen *un amparo a un estado posesorio*, en tanto que el titular no sea vencido en juicio, solemne y contradictorio, en el que recaiga sentencia firme (18).

En orden a los problemas que plantea este interdicto en cuanto a su sistematización como proceso administrativo, serían los siguientes, destacando tan sólo los que poseen aquí alguna especialidad, y sin repasar

(17) Recuérdese la sentencia, repetidamente citada, de 18 de marzo de 1959, que declara la compatibilidad de este interdicto y de estas medidas interdictales con el interdicto de obra nueva regulado en la LEC.

(18) Para concluir sobre este problema de la naturaleza jurídica de las medidas establecidas en el artículo 23 de la Ley de Aguas, digamos que a la doctrina que lo ha estudiado le ha parecido siempre obvia su calificación de interdictal, incluso sin destacar sus especialidades. Vid. GAY DE MONTELLÁ y MASSÓ, ob. cit., pág. 112.

o plantear la totalidad del esquema comúnmente desarrollado por J. GUASP y reproducido, en la técnica administrativa, por J. GONZÁLEZ PÉREZ:

a) *Competencia*.—Jerárquicamente, y en forma sucesiva, son competentes el Alcalde y el Gobernador civil de la provincia (19); y territorialmente, serán competentes los que ostenten tales grados de autoridad dentro de la circunscripción en que esté situado el *nuevo pozo*, socavón o galería que amenace distraer, o merme, efectivamente, el aprovechamiento del denunciante, puesto que es posible que uno y otro de tales alumbramientos se encuentren en términos municipales distintos y aun en provincias diversas, limítrofes.

b) *Legitimación*.—Desde el punto de vista *activo*, corresponde la facultad de iniciarlo al *Alcalde* (en cuyo caso propiamente no existe «denuncia») si se trata de distracción de aguas públicas destinadas a servicio público; y al *propietario* del predio o aprovechamiento afectado, sin que en ningún caso —y menos, como es natural, en el primero— pueda ser sustituido éste por un tercero (20).

El Tribunal Supremo ha dejado señalado que no puede solicitar la suspensión de obras de sondeo que le afecten el que sea titular de un aprovechamiento *ilegal y abusivo*, y tenga esta consideración de ilegitimidad en el momento de pedir aquélla. Así como también ha dejado aclarado que ostenta legitimación activa para rogar al Alcalde la paralización de las obras de alumbramiento, el que sea *titular* de una *concesión* de aguas públicas o esté *autorizado* para *alumbrarlas en terrenos de dominio público* (21).

Por lo que respecta a la legitimación *pasiva*, la pretensión de suspensión habrá de deducirse frente a quien ocasione el perjuicio o haga aparecer el peligro de merma o distracción, en correlación con los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil respecto al interdicto de retener y al de recobrar la posesión, y en este orden de ideas y según el artículo 1.652 de la LEC, habría de aclararse si se deduce frente a la persona que *materialmente ha iniciado* los trabajos cuya suspensión se interesa o si se formula contra la persona que *haya ordenado* a ésta la iniciación de los mismos. El problema surgiría si, en lugar de acomodar el artículo 23 de la Ley de Aguas a los dos interdictos posesorios civiles mencionados, lo acomodamos a otro de patrón análogo y perfectamente tipificable, asimismo, en un terreno de asimilación a las medidas que tal artículo de la Ley de Aguas autoriza. Nos referimos al interdicto de obra nueva, pues, según el artículo 1.663 de la LEC, ha de plantearse frente al dueño de la obra.

(19) Sobre el problema de la competencia del Gobernador civil para conocer los recursos de alzada que se interpongan contra las providencias del Alcalde en esta materia, nos ocuparemos más adelante.

(20) S. T. S. de 15-6-1957, expresamente lo prohíbe.

(21) Vid. SS. T. S. de 30 de abril de 1952 y 19 de octubre de 1954, respectivamente. Vid. también S. T. S. de 29 de octubre de 1963, analizando el problema de la legitimación de las Comunidades de Regantes a estos efectos.

En un caso o en otro, lo prudente en Derecho, para evitar que en la fase contradictoria que se desarrolla ante el Gobernador civil (y más tarde ante la Sala de lo Contencioso-administrativo) se alegue una falta de legitimación pasiva por parte del oponente, que invalide la providencia por sí misma, sería señalar simultáneamente al perturbador de hecho y al de derecho, o, lo que es lo mismo, al que haya comenzado materialmente las obras y al dueño del predio donde éstas se están llevando a cabo.

c) *En cuanto a los requisitos del proceso*, que GUASP califica como de la actividad —*lugar* en que ha de denunciarse; *tiempo* en que ha de hacerse la denuncia, y *forma* de articularla—, señalaremos que aquél ha de ser el lugar oficial en que radica la sede de la primera autoridad municipal, a través de su registro general de recepción de documentos; el tiempo ha de ser en horas hábiles y siempre que la obra cuya paralización se interesa no haya sido terminada (requisito que examinaremos más ampliamente más adelante); siendo exigible la forma escrita, aunque cabe perfectamente, en el caso en que sea la Corporación la que excite al Alcalde, si son públicas las aguas afectadas, que tal excitación sea verbal, aunque reciba una documentación escrita ulterior por parte del fedatario que la recoja.

#### B) *Ámbito de aplicación material.*

Este instrumento administrativo de protección posesoria sólo puede utilizarse y ponerse en marcha para evitar el peligro de distracción (o distracción efectiva) de aguas públicas o privadas que con anterioridad estén adscritas a un servicio público o a un aprovechamiento privado (22). Mas con esto no aclararíamos el propio ámbito interdictal, pues hay que resaltar inmediatamente que tal distracción o afección ha de ser con relación a aguas que, por virtud de las obras, sean distraídas de su *corriente natural*.

a) Por tanto, es punto sustancial previo el analizar qué entiende la Ley por «corriente natural». Evidentemente, estas corrientes pueden producirse en la superficie de los predios y en el subsuelo, por venenos que estén siendo aprovechados, con lo que, como afirman GAY DE MONTELLÁ y MASSÓ, la prohibición de captación de aguas que proclama el primer párrafo del artículo 23 de la Ley de Aguas comprende no sólo el caso del que corta la vena de agua del vecino, sino también el que distrae las conducidas por obra de la naturaleza, superficialmente, y a las aguas que son conducidas por acequias, socavones o alcantarillas. En definitiva —dicen—, se entiende por corriente natural la establecida por

(22) Sobre la clasificación de las aguas en públicas y privadas, nos remitimos al estudio y consideración que al respecto ofrece ALONSO MOYA en la obra citada, páginas 37 a 43. Asimismo es conveniente resaltar que el Tribunal Supremo, en sentencia de 29-12-61, aclara de forma indubitable que dentro del marco de este artículo se encuentra prevista la protección posesoria conjunta de las aguas públicas y las privadas, destacando que el artículo 408-3 del Código civil entraña una *presunción iuris tantum* que puede ser desvirtuada por prueba en contrario por el que se sienta perjudicado.

obra de la naturaleza en cauces naturales y también la establecida por obra del hombre en conducciones abiertas, sin alcanzar, por tanto, este concepto a las conducciones o tuberías cerradas, en cuyo caso la filtración o pérdida puede deberse a defectos de tal conducción (23).

El Decreto de 1 de diciembre de 1933, promulgado para Canarias, coincide con esta apreciación, al rechazar la posibilidad de protección, por eventuales filtraciones, de conducciones revestidas e impermeabilizadas, con pronunciamiento expreso de la jurisprudencia sobre tan interesante extremo (24).

b) Asimismo es de aplicación este mecanismo de suspensión a obras que puedan realizarse y que sin afectar realmente al «caudal» de otro aprovechamiento anterior, consistan nada menos que en *variar el curso natural* de aguas alumbradas, aun de tipo privado, con perjuicio de los aprovechamientos de que gocen propietarios de fundos inferiores, pues así lo ha entendido también la doctrina de nuestro más Alto Tribunal en interpretación correcta de las reservas que para aguas alumbradas señala el artículo 415 del Código civil. Al diferenciar claramente este Cuerpo legal las aguas alumbradas y subterráneas (pareciendo dar a aquéllas el sentido de afloramiento natural y a éstas el haber surgido a la superficie de un predio por obra del hombre) se plantea la cuestión de si también para proteger el interés de los posibles aprovechadores de estas últimas —cuando, por salir del predio en que se hicieron surgir, cobran el carácter de públicas— es posible la solicitud de suspensión que regula el artículo que nos sirve de estudio. Consideramos que si tales aguas son apartadas de su libre corriente por obra del hombre, puede ser paralizada ésta, pues existe la misma razón de protección y actuación urgente que legitima la pretensión del particular y la actuación administrativa en el caso de las alumbradas (vid. S. T. S. de 26-3-58).

c) Por otro lado, creemos que también pueden ser paralizadas obras, socavones o galerías que sin consistir en búsqueda nueva y originaria de una corriente subterránea, sean destinadas a dar *una mayor profundidad* y, con ello, un mayor aforo posible a un aprovechamiento ya existente, con perjuicio de otro (anterior, coetáneo o posterior) pacíficamente disfrutado, o de una corriente natural o abierta que discurra por las proximidades. Y ello porque, precisamente, entre dos pozos que nunca se afectaron, puede darse el caso de intercaptación si uno de ellos es profundizado, lo que constituye un actuar *ex novo* que acarrea perjuicios injustificados.

d) Para terminar, señalamos que si el concepto de «socavón o galería» es puramente gramatical en la Ley de Aguas, no así el de «pozo artesiano», que se define, por contraposición a los llamados «pozos ordinarios», en sus artículos 19 y 20, sin que para estos últimos sea apli-

(23) Ob. cit., págs. 102 y 105. Es de destacar el atinado comentario que razonan estos autores al señalar como error jurisprudencial el suspender obras en el caso de las aguas estáticas de un pozo o de una corriente conducida a cielo abierto, denegándola cuando se trata de canchillos abiertos (pág. 109).

(24) S. T. S. de 4-7-55.

cable la posibilidad de solicitar y obtener la suspensión de obras que se inicien para perforarlos. No obstante ello, en muchos casos puede ser posible que comenzándose la excavación de un pozo ordinario, un tercero —ignorando la calidad de tal— lo denuncie; pero, una vez aclarado y probado el destino de los trabajos, debe denegarse la suspensión por incompetencia de la autoridad que interviene (25).

C) *Ambito de aplicación territorial.*

En cuanto a su ámbito de aplicación *territorial*, ya hemos dejado señalado más arriba la posibilidad de su utilización en las Islas Canarias con las especialidades que se han hecho constar.

### III

#### PRESUPUESTOS OBJETIVOS PARA QUE LA ADMINISTRACIÓN USE DE LA FACULTAD QUE LE RECONOCE EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE AGUAS.

Por ser esta facultad una limitación al libre goce y disponibilidad de la cosa, que concede el artículo 348 del Código civil al propietario, su uso debe encontrar apoyo en supuestos tasados y medidos, que impidan un abuso del instrumento, o una medida aberrante, que origine más perjuicios que beneficios. Tales supuestos han de destacarse y ser analizados por separado, pues constituyen las premisas legitimadoras que impiden la arbitrariedad donde, como veremos, sólo puede existir discrecionalidad: a) existencia de una amenaza de peligro de que, por consecuencia de los nuevos sondeos, se distraigan o mermen aguas públicas o privadas; b) que la denuncia provenga de un titular perjudicado, con derechos legítimamente adquiridos sobre un aprovechamiento anterior; c) que las obras que se denuncien no estén concluidas.

Pasamos a estudiarlos, con la advertencia de que lo haremos partiendo de la hipótesis normal de que actúen dos particulares frente a frente, ya que el caso de que —por tratarse de un perjuicio a aguas públicas— actúe el Alcalde sin denuncia, será tratado más adelante al examinar la intervención de esta autoridad local.

a) *Existencia de una amenaza de peligro de distracción o merma de aguas públicas o privadas, como consecuencia de los nuevos pozos, socavones o galerías. La cuestión de la distancia ática.*

(25) Artículo 19 de la Ley de Aguas: «Todo propietario puede abrir libremente pozos ordinarios para elevar aguas dentro de sus fincas, aunque con ellos resultasen amenguadas las aguas de sus vecinos. Deberá, sin embargo, guardarse la distancia de dos metros entre pozo y pozo dentro de las poblaciones, y de quince metros en el campo entre la nueva excavación y los pozos... de los vecinos.» Artículo 20: «Para los efectos de esta Ley se entiende que son pozos ordinarios aquellos que se abren con el exclusivo objeto de atender al uso doméstico o necesidades ordinarias de la vida, y en los que no se emplea en los aparatos para la extracción de agua otro motor que el hombre.»

Efectivamente, el párrafo 2.º del tantas veces citado artículo 23 de la Ley de Aguas comienza diciendo sustancialmente: «Cuando *amenazare peligro* de que por consecuencia de las labores... se distraigan o mermen las aguas públicas o privadas..., el Alcalde... podrá suspender las obras.» De esta manera ha de entenderse tal riesgo en el sentido legal de no causar daño injusto a tercero, debiéndose concretar debidamente tal expresión: «cuando *amenazare peligro*», porque puede ser interpretada en forma excesivamente vaga y genérica, y amparar todo temor, más o menos lejano e improbable, de que el perjuicio se consume, y esto, evidentemente, no lo ha querido el legislador.

Entendiéndolo así, la jurisprudencia ha ido matizando este requisito o presupuesto de hecho, en el sentido de que la denuncia no puede basarse en *conjeturas*, sino en hechos *acaecidos* o *susceptibles* de serlo con una posibilidad *manifiesta* y *próxima* que indudablemente tenga grandes posibilidades de suceder, puesto que la palabra «peligro» de que se vale el artículo 23 «abarca la expresión de una gama de situaciones que van desde el límite de la certidumbre al de lo imposible... y ha de colocarse, al menos, en la zona central de ese recorrido, adecuada al carácter transitorio de la medida adoptable y a la autoridad que la define».

Preocupado nuestro más Alto Tribunal de sujetar a límites la amplia expresión que la Ley utiliza, ha llegado a señalar que el significado de las palabras del artículo 23 de la Ley de Aguas, «atendido a lo esmerado de su redacción», hace pensar en que se las quiso dar el verdadero alcance, y por ello la locución de que «amenazare peligro» (en la concepción gramatical de la «amenaza» como presagio de la proximidad de algún daño, y del «peligro» como riesgo o contingencia inminente de un mal, o sea, que está para suceder muy pronto —significado de la inminencia—), denota que el peligro legal en cuestión ha de estribar en algo más que en meras conjeturas o en un «por si acaso» para que se perciba la relación probable de causalidad o peligro, al presente. En una palabra, que esta circunstancia va incluso ligada a la legitimación activa del denunciante, porque es necesario que el nuevo pozo o sondeo *efectivamente* le ocasione o *pueda* ocasionarle perjuicio (26).

Sin embargo, una vez centrado el significado gramatical de las palabras que emplea la Ley, existen dos cuestiones susceptibles de plantearse en cada uno de los dos escalones: Alcalde y Gobernador civil, en que discurre el interdicto:

1) Al Alcalde —según la redacción del artículo 23— parece bastarle que se le acredite la *mera probabilidad* de la futura disminución, como consecuencia de las perforaciones que se le denuncian, probabilidad que tiene que *valorar personalmente*, puesto que *sólo a él* corresponde ponderar las circunstancias de hecho que le muevan a tal decisión, ya que la publica y acuerda en una fase *no* contradictoria.

Así parece haberlo entendido la jurisprudencia al declarar que corresponde a la Administración, respecto de los artículos 23 y 24 de la

(26) Así queda pronunciado todo ello en SS. T. S. de 30-3-60, 4-12-62 y 25-1-58.



Ley de Aguas, su *interpretación*, aplicación y cumplimiento, «apreciando debidamente la concurrencia o no de las circunstancias de peligro..., valorándolas acertadamente en su conjunto», y que si la autoridad que suspende ajusta su resolución a la completa resultancia de lo actuado, ésta siempre estará fundada en Derecho (27).

No obstante esto, interpretamos que donde más claramente se da y con más plenitud esta proclamación es en la fase municipal, puesto que en ella no existe verdadera discusión y porque no se dan las circunstancias que se exigen a la fase siguiente.

2) Sin embargo, al Gobernador, según nuestro criterio, le afecta otra declaración general de la jurisprudencia, ya que sólo delante de él tiene lugar, con carácter contradictorio, una prueba pericial y unos dictámenes de tipo técnico. En sentencia de 12 de mayo de 1958 el Tribunal Supremo ha señalado que la estimación de esta amenaza de peligro —para esta autoridad— es una cuestión *eminente técnica*, que ha de abandonarse a los peritos en la materia, «como lo señala el hecho de que el artículo 23 *obligue a los Gobernadores* a resolver, previa audiencia y reconocimiento y dictamen pericial». Y de esa frase entrecomillada extraemos nosotros la diferenciación que apuntábamos.

Con lo que podemos concluir que la apreciación del peligro denunciado es *discrecional* para el Alcalde, y una *cuestión técnica*, de índole eminentemente pericial, para el Gobernador civil, dentro, como es lógico, en un caso y en otro, de la delimitación que de las expresiones gramaticales que emplea el artículo que estudiamos hemos dejado desarrolladas en principio de este apartado. (En este trabajo, en VI, letra A, apartado b), número 2, se demostrará desde otro punto de vista este juicio apreciativo.)

Fuera de esta problemática, y como podrá comprenderse, la existencia o no de peligro se convierte en una apreciación casuística imposible de generalizar en un estudio doctrinal, pues son infinitas las matizaciones que han ido quedando expuestas al resolverse la enorme variedad de pretensiones que se han acogido en la práctica al cauce de este interdicto (28).

Intimamente ligado con esta cuestión de la existencia de un perjuicio o la probabilidad racional de él se encuentra lo que unánimemente se ha llamado «distancia ática», que, para estos casos, ha quedado señalada en el artículo 24 de la Ley de Aguas: «Las labores de que habla el artículo anterior, para alumbramientos, no podrán ejecutarse... *a menos de cien metros* de otro alumbramiento o fuente, río, canal, acequia o abrevadero público, *sin la licencia* correspondiente *de los dueños* o, en su caso, del Ayuntamiento...»

Ya hemos indicado cómo este criterio de pura distancia es inadecuado a todas luces para determinar o no una presunción de afección, y cómo, para las Islas Canarias, ha sido variado por el legislador para ha-

(27) SS. T. S. de 26-3-58, 20-10-42 y 30-4-59.

(28) Sobre si es de apreciar el peligro en aguas de idéntico origen, vid. S. T. S. de 4-12-62; sobre galerías, vid. S. T. S. de 16-5-55.

blar de «zona real de influencia sensible», dentro de la cual, oídos los técnicos, es posible la suspensión de oficio, o a instancia de parte, de las labores que se consideren perjudiciales (Ley de 24 de diciembre de 1962). Esta distancia de cien metros no constituye otra cosa que una presunción legal de que dentro de tal radio todo alumbramiento que se intente *necesariamente puede* perjudicar a los preexistentes y, por tanto, no es posible iniciar los trabajos sin la autorización de los titulares de estos últimos.

Esta presunción legal y esta exigencia de autorización —que respecto de la Administración está justificada por el artículo 226 de la Ley de Aguas y por el Reglamento de Policía de aguas de 14 de noviembre de 1958— no implican una apreciación *iuris et de iure*, sino simplemente *iuris tantum*, frente a la que cabe la prueba en contrario por parte del que inicia los nuevos sondeos, y tiene la especial virtualidad de que *en todo caso y dentro de tal radio* el Alcalde *debe* suspender las obras denunciadas, necesidad que nace exclusivamente de esta presunción que se deduce del artículo 24 mencionado. Si el Alcalde no paraliza por vía de providencia tales obras (que se consideran *abusivas* por la sentencia de 26 de noviembre de 1918), la expresión «podrá suspender...», que emplea el artículo 23, pasaría de ser discrecional a ser arbitraria, pues esto último sería desoír la exigencia del artículo 24.

Sólo fuera de tal círculo, con radio de cien metros, es cuando realmente existe la libertad ordenada jurídicamente a que antes nos referíamos, y cuando la amenaza de peligro debe ser probada en todo caso. Ya veremos, no obstante, cómo, pese a esto, el Tribunal Supremo, que en la sentencia de 30 de noviembre de 1956 razonaba de manera análoga a la que nosotros hemos empleado (aun no pronunciándose sobre nuestra apreciación de la necesidad del Alcalde de acordar la suspensión), en resoluciones más modernas parece inclinarse por la obligatoriedad de que quien afirma el peligro debe probarlo, siu consideración a distancias.

Y para concluir estas consideraciones sobre la distancia ática, baste destacar que urge acomodar la Ley de Aguas, por encima de consideraciones métricas insuficientes, para acudir a otros criterios, que bien pudieran ser los ensayados experimentalmente en las Islas Canarias. No obstante esto, también la distancia tiene la ventaja de concreción —única por la que sería defendible—, ya que el que pretende crear riqueza veía en peligro su iniciativa si en todo caso se hablara no de metros, sino de zonas de influencia, y si hubiera de acomodar su conducta agrícola a los dictámenes periciales que previamente habrían de emitirse al respecto de la afección.

b) *La denuncia ha de ser cursada por el titular de un aprovechamiento anterior con derechos legitimamente adquiridos sobre el mismo.*

Este presupuesto de hecho nos enfrenta con otra expresión empleada por el artículo 23 de la Ley de Aguas y que también consideramos piedra angular para la correcta estructuración del interdicto, evitando inútiles pretensiones, viciadas por defectos de origen.

Si se interpretan estos vocablos: «con derechos legítimamente adquiridos», con toda rigurosidad, desmesurando su sentido, estaríamos desorbitando —a nuestro juicio— el marco interdicial, típicamente de conocimiento abreviado, por parte de la autoridad que interviene. Tomados al pie de la letra, parece que el denunciante tendría que probar sus derechos sustantivos (posesorios o dominicales) sobre el aprovechamiento lesionado, a través de todos los medios de prueba admitidos en Derecho, lo que sería impertinente en un caso en que la urgencia, y los intereses en juego, exigen una actuación drástica e inmediata de la autoridad que ha de resolver. Por tanto, somos de la opinión de que la exigencia legal debe interpretarse como una necesidad, de pura legitimación previa, de justificar que las aguas distraídas están dentro de la órbita de uso y disfrute pacífico del que curso la denuncia, bien porque a su favor exista una publicidad oficial (Registro de la Propiedad, Registro de Aprovechamiento de Aguas de la Jefatura de Minas, Registro de concesiones de aguas públicas, etc.), bien porque exista una publicidad material y de hecho: la notoriedad de tal titularidad y disfrute pacíficos.

GAY DE MONTELLÁ y MASSÓ, sin embargo, se inclinan por la necesidad de una prueba más profunda, ya que estiman que en todo caso debe acreditarse, por un lado, la preexistencia del aprovechamiento (cuya prueba —indican— sería la de acreditar su ejercicio, con anterioridad a las labores de apertura, cuando menos por el tiempo de un año y un día), y, por otro, la legitimidad de adquisición (cuyo acreditamiento enfocan prácticamente a nivel de prueba ordinaria en juicio declarativo) (29). Concluyen aseverando que si no se cumplen tales condiciones y no resulta claro y explícito el derecho del reclamante, es medida la de suspensión, que puede determinar una reclamación de daños y perjuicios para la autoridad municipal que la adoptó (30).

Discrepamos de esta rigurosidad porque por este camino se desencaja la abreviada mecánica y tramitación del interdicto administrativo que nos sirve de estudio, pues —aparte de los argumentos que hemos indicado— la apreciación de tales pruebas, de forma que dejen perfectamente acreditado el derecho del denunciante, llevaría a unos pronunciamientos sobre tales derechos que exceden del límite de competencia de las autoridades que intervienen, con transgresión, además, de la que corresponde a los Tribunales ordinarios de Justicia, según el artículo 254. párrafo 1.º, de la Ley de Aguas, sobre esas mismas cuestiones de fondo. Creemos, pues, que siempre que surja una cuestión de este tipo, poniendo en tela de juicio los derechos del impetrador de la suspensión —que haya, sin embargo, justificado en un principio de prueba la preexistencia y legitimidad de su aprovechamiento y títulos—, el Alcalde o el Gobernador civil pueden decidir sobre la mera prevención de la lesión, suspendiendo las obras, dejando, con razonamiento expreso al respecto, la resolución del fondo y la valoración de los títulos, a los Tribunales civiles ordinarios, para evitar pronunciamientos sobre

(29) Ob. cit., pág. 114.

(30) Ob. cit., pág. 114.

cuestiones sustantivas, respecto a los que habría de predicarse la nulidad, por esencial y material incompetencia del que los dicta.

La jurisprudencia se ha definido sobre este punto de manera incidental, y así, en sentencia de 18 de junio de 1959 señala y afirma que el hecho de que el denunciante, propietario del pozo perjudicado, «no tenga inscrito tal aprovechamiento en el Registro administrativo correspondiente», mientras que los propietarios del segundo alumbramiento, causante de los perjuicios, por el contrario, «cuentan con la debida autorización para los trabajos», carece de relevancia, pues el Decreto de 23 de agosto de 1934 impone una pura obligación administrativa de anotar en la Jefatura de Minas todo aprovechamiento, cuyo desconocimiento es sancionable con multa, concediéndose a la Administración facultad para inscribir de oficio, «y al no ser constitutiva tal inscripción, no puede afectar a derechos adquiridos en virtud de un título de carácter civil». De esta forma, queda justificada nuestra postura, pues ya vemos que ni incluso tiene importancia, a estos efectos, la ausencia de una anotación en el Registro propio de tales aprovechamientos, cuando la posesión y el disfrute son notoriamente pacíficos, públicos e ininterrumpidos.

Sin embargo, si el aprovechamiento del denunciante merece la calificación de «abusivo e ilegal» en relación con otro tercero, no puede aquél, según sentencia de 30 de abril de 1952, intentar con auspicios de éxito la suspensión de otro que le cause perjuicio. Estos aprovechamientos abusivos e ilegales son los ejecutados dentro del radio de los cien metros (31) y aquellos que califica así el Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces, de 14 de noviembre de 1958 (32).

Pero la más concluyente es la sentencia de 16 de noviembre de 1956, en la que se afirma que dentro del marco de estas medidas de suspensión de tipo administrativo que estamos examinando «nadie puede ser obligado a justificar el dominio del predio», proclamación que nos exime de un comentario más extenso sobre este punto.

c) *Las obras que se denuncian no han de estar terminadas.*

La facultad que se concede al Alcalde es de suspensión, por lo que gramaticalmente, incluso, está clara esta exigencia o presupuesto, ya que sólo se suspende «lo no terminado», «lo no concluido»...

La Ley de Aguas permite la paralización de una actividad física, pero no otorga la posibilidad de suspender un aprovechamiento, al menos dentro del marco de este artículo y dentro del cauce de este interdicto (33).

Si las obras se han concluido, cesa la competencia administrativa y queda expedita la vía judicial, a quien corresponde, no sólo pronun-

(31) S. T. S. de 26-11-18, ya citada.

(32) Vid., en relación con obras abusivas, la S. T. S. de 7-7-61.

(33) En el epígrafe siguiente estudiaremos la posibilidad de suspender aprovechamientos abusivos por el juego del primer párrafo del artículo 23, de la distancia ática del artículo 24, del artículo 226 de la Ley de Aguas y, en fin, del Reglamento de policía de aguas y sus cauces de 1958.

ciarse sobre los problemas de posesión y propiedad de las aguas, sino también sobre la cuestión de daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de tales perforaciones (artículos 254 y 256 de la Ley de Aguas). Incluso ha de entenderse que la obra de la excavación está terminada aunque no estuviera revestida y aunque faltare la instalación mecánica o eléctrica de absorción (34).

Así viene entendiéndolo y declarándolo tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la de conflictos, y así, el R. D. C. de 24-3-11 declaró que al ordenar el Alcalde no sólo la suspensión de las obras, sino también la inutilización de las galerías abiertas en el pozo y el levantamiento del motor colocado para la extracción del agua, es evidente que se excedió en sus obligaciones, toda vez que la intervención administrativa que autoriza el artículo 23 de la Ley de Aguas, al limitarse a conceder al Alcalde facultad para *suspender las obras*, no puede tener otro alcance que el de proteger aprovechamientos legítimos, preexistentes, cuando *por consecuencia de las obras* se crean amenazados (35).

La consecuencia derivada de que el Alcalde pretenda paralizar lo que ya no es posible, porque la obra haya sido concluida, es acarrear la nulidad de la providencia, por incompetencia, pues las posibilidades de aquél no alcanzan a suspender el aprovechamiento ni el funcionamiento del motor, porque siempre se ha entendido que esto entraña ya un problema de fondo de Derecho civil, que ha de resolver, como hemos señalado, la autoridad judicial. En 18 de marzo y 30 de abril de 1959, el Tribunal Supremo ha mantenido tal nulidad respecto de acuerdos de Alcaldes en este sentido, ya que —proclaman— el artículo 23 sólo autoriza a la suspensión de obras que se estén realizando, «pero no las ya realizadas, y mucho menos las que sean independientes a este fin, como son las que tiendan a las instalaciones de motores para su elevación al exterior», y todo ello por carecer de jurisdicción y por carecer de competencia dichas autoridades (36).

#### IV

##### LA POSIBILIDAD DE PARALIZAR, PRECINTAR O CLAUSURAR APROVECHAMIENTOS ABUSIVOS.

Por su interés, y por estar íntimamente relacionado el problema con estos mismos artículos 23 y 24 de la Ley de Aguas, hemos de estudiar precisamente aquí, y después de haber señalado la incompetencia, en principio, de las autoridades administrativas para *suspender aprovechamientos* haciendo uso del mecanismo previsto en los párrafos 2.º y 3.º

(34) En igual sentido reflexionan GAY DE MONTELLÁ y MASSÓ, ob. cit., pág. 167.

(35) Idéntica doctrina en R. D. C. de 11-8-16 y SS. T. S. de 6-7-17, 30-4-19 y 6-2-20.

(36) Atinadamente marcan —además— que en estos casos es imposible apreciar desobediencia a la orden de suspensión, porque los hechos hacen imposible su cumplimiento.

del artículo 23 citado, posibilidad que va tomando cuerpo a partir del Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces de 14 de noviembre de 1958.

Efectivamente, y marcando un paso decisivo hacia la socialización respecto a la propiedad de las aguas subterráneas (37), las Ordenes de 31 de julio de 1959 y 3 de mayo de 1963, sobre aprovechamientos en la cuenca del Segura, la de 27 de noviembre de 1924 y 24 de diciembre de 1962, respecto a Canarias, así como la Orden de 18 de febrero de 1961, sobre obras abusivas en terrenos de dominio público, vienen a proclamar la posibilidad de que las Comisarias de Aguas clausuren o precinten los *aprovechamientos* que distraigan aguas públicas, o privadas, que se consideran abusivos. Llegando esta posibilidad hasta el punto de poder *destruir* las obras o demolerlas para evitar que se consume una usurpación (vid. arts. 8, 10, 19, 25, etc., Decreto de 14 de noviembre de 1958).

Partiendo del artículo 226 de la Ley de Aguas, que encomienda la policía de las públicas y sus cauces naturales, riberas y zonas de servidumbre, a la Administración, se promulgó el Reglamento de Policía de Aguas y sus Cauces de 14 de noviembre de 1958, y después, todas las disposiciones lógicamente complementarias que acabamos de señalar, en las que, en todo caso, se parte de ese primer párrafo del artículo 23 de la Ley de Aguas y de los artículos 417 y 418 del Código civil, pero con un especial acento en la *vigilancia* de que el ejercicio de tal derecho no sea una apertura al *fraude* o al enriquecimiento injusto, distrayendo aguas públicas o privadas de su corriente natural, vigorizando marginalmente las medidas de tal artículo 23. En dicho Reglamento, y en las disposiciones que lo complementan respecto a las Cuencas mencionadas, se regula, a este fin, un expediente, que se inicia por denuncia de la guardería fluvial, con fase contradictoria ulterior, yalzada a la Dirección General de Obras Hidráulicas, con posible paso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Nos permitimos resaltar, por su vital importancia, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1961, dictada en un recurso contencioso-administrativo que impugnó la Orden de 31 de julio de 1959, antes citada (38), rechazándolo con brillantes y avanzadas razones, de las que entresacamos las siguientes: Después de indicar que además de que los Alcaldes puedan adoptar las medidas de suspensión que la Ley autoriza para impedir que se distraigan aguas públicas o privadas, sigue diciendo: «asimismo, la Administración podrá utilizar el poder de policía que le confiere el artículo 226 de la propia Ley de Aguas, no sólo para cumplir, sino para hacer cumplir sus reglas..., sin que esta función se halle limitada sólo a *suspender* las obras empezadas en los casos de *invasiones o abusos*, con el ejercicio de la facultad prevenida, sino que

(37) Este fenómeno merece igual calificación por parte de MARTÍNEZ USEROS en su *Derecho administrativo*, tomo II, 3.ª ed., 1962, pág. 22, nota.

(38) Combatida por estimarse que infringía los artículos 23 y 24 de la Ley de Aguas, ya que, por un lado —se decía en el recurso—, el primero de estos preceptos no permite más que la paralización de obras no concluidas, y por otro, no se tenía en cuenta en tal orden el principio de la distancia ática de cien metros.

dicha obligación policial puede ejercerse *aun terminadas las obras* que se reputan *abusivas*, pues de lo contrario serían de mejor condición los contraventores de la Ley de Aguas que hubieran logrado terminar su propósito usurpador, que los que solamente lo hubieran intentado, y como el referido precepto no discrimina el alcance de esta obligación, es preciso aceptar que incluso la propia Ley de Aguas autoriza la intervención administrativa *hasta paralizar* incluso el uso y disfrute de los *aprovechamientos* que reúnan estas últimas condiciones...» Y llega, además, a señalar que por el Reglamento de Policía de Aguas y sus Caudales de 1958, la Administración puede destruir las obras o demolerlas, en estos casos en que merecen la calificación de «peligrosas», «abusivas» o en que entrañen un contenido de «usurpación» (39).

Sin embargo, matizando estas posibilidades de la Administración y sin perder de vista los preceptos sustantivos por los que se rige el derecho de propiedad —fuerte y tradicionalmente protegido en nuestro Derecho—, no ha querido olvidar el Tribunal Supremo *lo excepcional* de la medida y la necesidad de que esté absolutamente justificada siempre y en todo caso, y por ello exige: 1.º Que si los aprovechamientos a paralizar o clausurar están inscritos en el Registro de la Propiedad y las obras terminadas, es necesario, por el juego del artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, que coloca los asientos del Registro bajo la salvaguarda de los Tribunales, y por el del artículo 38 de la misma Ley, con sus presunciones en favor del titular del asiento, que previamente —o a la vez— a la iniciación del expediente haya de entablarse demanda de *nulidad* o cancelación *del asiento* correspondiente ante la jurisdicción ordinaria (40); y 2.º Que, en todo caso, si la Administración afirma el perjuicio o distracción y el carácter abusivo de los aprovechamientos u obras, *debe probarlo*, por entrañar tal suspensión limitaciones rigurosas de los derechos dominicales, prueba que cobra un carácter todavía más inevitable y exigible si el aprovechamiento u obras a suspender se encuentran a más de cien metros del cauce público, del que se entienden captadas o distraídas aguas, o de los aprovechamientos privados preexistentes (41).

De esta manera, con postura progresiva, se mantiene también con enorme rigurosidad y cuidado toda la esencia del derecho de propiedad y de las medidas tradicionales que le rodean para el pacífico disfrute y uso de las facultades que lo componen; y se ratifican las proclamacio-

(39) En términos parecidos se expresan las sentencias de 11-7-63 y 5-4-63, declarando esta última que «si evidentemente los Tribunales de la jurisdicción civil tienen competencia exclusiva para el conocimiento de las cuestiones relativas al dominio de las aguas públicas y privadas y de su posesión, cual así lo establece el artículo 254 de la Ley de Aguas, también lo es que la Administración, en el ejercicio de sus facultades policíacas privativas que le asigna el artículo 226 de la misma Ley, puede y tiene que intervenir en favor del interés público cuando aparezca relacionado por fuerza de las circunstancias con el privado, en los casos en que se trata de alumbramiento subterráneo».

(40) SS. T. S. de 5-4-63 y 11-7-63.

(41) SS. T. S. de 5-4-63 y 5-7-63.

nes, de honda raigambre en nuestro Derecho, de los artículos 417 y 418 del Código civil y 23 y 24 de la Ley de Aguas.

V

INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS  
EN LAS FASES DEL INTERDICTO.

Con toda claridad se manifiestan, en las medidas que autoriza el artículo 23 de la Ley de Aguas, dos fases: una, ante el Alcalde, que se desarrolla en forma *sumarísima* e inaudita parte; y otra, ante el Gobernador civil de la provincia, *sumaria*, y en la que ya existe el trámite de audiencia y es imprescindible el dictamen pericial de los facultativos especialistas, antes de que recaiga resolución al respecto. Estudiemos la intervención de una y otra autoridad.

A) *Intervención del Alcalde.*—Para que éste actualice la facultad de suspensión que la Ley le concede ha de mediar: bien una *denuncia* de un particular afectado, bien una moción *de oficio*, según se trate de aguas privadas, en el primer caso, o de aguas públicas, destinadas a un servicio público, en el segundo.

La primera no parece ofrecer dudas, puesto que la denuncia se articula por el que cree estar en peligro de afección, como consecuencia de la actuación física de un tercero, de lo que da noticia al Alcalde. Ya hablaremos, al tratar de la tramitación, de los límites de la discrecionalidad de que está dotado tal cargo local, en este punto, para evitar la arbitrariedad y aun la desviación de poder.

Por el contrario, la segunda posibilidad tiene una problemática completa. Efectivamente, el párrafo 2.º del tan repetido precepto dice textualmente: «El Alcalde, *de oficio a excitación del Ayuntamiento*, en el primer caso (se refiere a aguas públicas destinadas a un servicio público)..., podrá suspender las obras.» Esa frase destacada por nosotros plantea el problema de si el Alcalde *por sí solo* puede actuar en este caso sin previo acuerdo municipal, o si la expresión «a excitación del Ayuntamiento» exige una *deliberación previa* que le habilite para actualizar sus facultades, en estos casos de aguas públicas destinadas a un servicio público.

GAY DE MONTELLÁ y MASSÓ señalan que cuando el Alcalde actúa de oficio debe acompañarse al acuerdo o providencia el de la Corporación que excite a la Alcaldía a la suspensión de tales labores (42). Sin embargo, discrepamos de este parecer, porque tal frase sólo es comprensible poniéndola en relación con las Leyes locales vigentes en el momento de promulgarse la Ley de Aguas de 1879, en las que la figura del Alcalde tenía perfiles borrosos y de escasa autonomía. Pero hoy, con el texto refundido de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 a la vista,

(42) Ob. cit., pág. 113.



no sería exacto invocar una supuesta nulidad de tal providencia en base a que no haya sido «excitado» el Alcalde por la Corporación, puesto que este cargo está dotado de una gran amplitud de facultades, no sólo como primera autoridad municipal, sino también como *delegado del Gobierno* en el término municipal. Y precisamente en esta última esfera es en la que debe clasificarse y encasillarse la facultad de suspensión que le concede el artículo 23 de la Ley de Aguas, siendo claro e indubitante que el artículo 117 de la Ley de Régimen Local mencionada integra, dentro de la competencia del Alcalde, tanto el hacer que se cumplan las Leyes y disposiciones gubernativas, como el mantener y proveer al orden y la seguridad pública individual.

El interdicto administrativo regulado en el artículo 23 de la Ley de Aguas implica una actuación *pública* derivada de la necesidad de proteger y velar por la seguridad *pública* de los intereses, tanto generales como individuales, paralizando una situación *de hecho* que pudiera ser abusiva, *hasta tanto* que la jurisdicción competente se pronuncie sobre el fondo, de forma definitiva. Y esta urgencia y la perentoriedad de vigilar tal pacífico goce de derechos es hoy incompatible con la exigencia de deber obrar el Alcalde «a excitación del Ayuntamiento», pues ya le han sido entregadas a aquél, por el precepto aludido en el párrafo anterior, las bases jurídicas de delegación mínima de la Administración Central, que le eran imprescindibles para obrar por sí mismo (43).

**B) Intervención del Gobernador civil.**—Como señala el precepto que comentamos, contra la providencia del Alcalde, sea cual fuere su contenido, cabe la interposición de recurso de alzada ante el Gobernador civil de la provincia. Si aquélla se consiente, o, en su caso, si la primera autoridad provincial decide el recurso, se ha agotado la vía gubernativa, la resolución ha causado estado y queda abierta, en el segundo de los casos, la vía contencioso-administrativa.

Sin embargo, el problema sustancial que ha de ocuparnos en este apartado no es tanto la actuación de la primera autoridad provincial —sobre la que nos detendremos al exponer la tramitación del interdicto—, como la cuestión, hondamente debatida y sólo resuelta extralegislativamente, de si la competencia para conocer de tales recursos de alzada sigue estando atribuida a los Gobernadores civiles, o si, por el contrario, por haber pasado las facultades que de forma genérica le estaban atribuidas por la Ley de Aguas a las Confederaciones Hidrográficas, primero, y a las Comisarias de Aguas, después, a virtud de la Ley de 20 de mayo de 1932 (y demás complementarias que iremos citando), es a estos últimos órganos a quienes corresponde conocer y resolver tales recursos de alzada.

Creemos que por inercia se ha ido dando por sentada esta última solución, es decir, la de que la competencia ha quedado atribuida, hoy, a

(43) Lo que no excluye la hipótesis de que, *sin ser necesaria*, de hecho, en algún caso, pueda darse esa «excitación» porque sea en reunión corporativa cuando alguno de los miembros del Ayuntamiento da la noticia del posible perjuicio o distracción de aguas públicas. (Vid. también, para reforzar esta tesis, el artículo 118 de la LRL de 24-6-55.)

los Comisarios de Aguas, y antes a los Ingenieros Directores de las Confederaciones Hidrográficas (44), lo que juzgamos precipitado e inexacto, como razonaremos a continuación. El Tribunal Supremo jamás se ha pronunciado, directamente, sobre esta cuestión al conocer de los innumerables recursos que en esta materia se han planteado, dándose el caso curioso de que al estudiar las diversas sentencias dictadas, se puede comprobar que mientras en una parte de las provincias y cuencas hidrográficas españolas este tipo de recursos lo resuelve el Gobernador civil, en otras es el Comisario de Aguas y aun el Ingeniero Director de la respectiva Confederación, sin que en ningún caso (45) nuestro más Alto Tribunal haya aclarado esta cuestión, acaso porque nunca se la haya planteado, o porque, planteada, no haya podido examinarla, por las exigencias formales de una jurisdicción, eminentemente revisora, que no puede resolver sobre cuestiones no planteadas en la vía administrativa.

Sca cual fuere la razón, produce pasmo y desconcierto el seguir la trayectoria de los interdictos administrativos ejercitados al amparo de este artículo 23 de la Ley de Aguas, y constatar la diversidad de criterios que rigen, en las distintas cuencas, para fijar la competencia. Problema que se agrava si consideramos que, aun dentro de la misma cuenca de un río que atraviesa varias provincias, con una sola Confederación Hidrográfica y una sola Comisaría de Aguas, se da el caso de que en dos de las provincias los Gobernadores se consideran incompetentes a este respecto, y los recursos de alzada son resueltos por el Ingeniero Comisario de Aguas, mientras en la última de aquéllas, la primera autoridad provincial mantiene su jurisdicción y competencia en esta materia. Afortunadamente, como veremos *in fine* de este epígrafe, el Consejo de Estado ha venido a dar una solución provisional, que generaliza el criterio de competencia, aunque tal fórmula, como decimos, tenga todavía el carácter de unilateral y esté desposeída de una vigencia *erga omnes*, por no haberse planteado formalmente cuestión de competencia entre el Ministerio de la Gobernación y el de Obras Públicas, o por no haberse dado fuerza de norma —aclaratoria o interpretativa— a tal dictamen, por los cauces legislativos de nuestro Derecho.

Pasamos ya a defender nuestra postura y criterio de que la competencia para conocer los recursos de alzada, articulados conforme a la preceptiva del artículo 23 de la Ley de Aguas, *corresponde*, pese a todo, *al Gobernador civil*, en base a esta cuádruple argumentación: doctrinal, interpretativa, jurisprudencial y consultiva.

1) *Argumento doctrinal*.—Conviene que recordemos, partiendo de las rúbricas más generales que rigen el vivir de la Administración, las

(44) Vid. GAY DE MONTELLÁ y MASSÓ, ob. cit., pág. 116. Asinismo, defendiendo la competencia de estos órganos (las Comisarias de Aguas), vid. en «Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado», tomo II, volumen I, 1962, pág. 421, el magnífico dictamen de mi compañero Angel SÁNCHEZ GONZÁLEZ.

(45) Sólo en la sentencia de 19 de enero de 1959 se invoca la posible existencia de este problema, para soslayarlo, como luego veremos.

funciones de ésta, para adecuar, a este tenor, la labor de cada uno de los órganos y organismos de la misma, pues mal se pueden considerar interferidos órganos dispares si, previamente, se les clasifica dentro de una de las funciones del Estado (legislativa, judicial y administrativa), y, dentro de ella, se les tipifica en potestades concretas, en ramos, en grados, etc. De esta manera, el análisis de los Gobernadores civiles, como órganos de la Administración Central en las provincias, y de las Comisarias de Aguas —y ayer, de las Confederaciones Hidrográficas— y su oportuna clasificación dentro de los cuadros y organigramas doctrinales y jurídicos de la moderna Administración, nos hará comprender que entre los mismos no puede haber fricciones, roces ni invasión de competencia, porque se mueven tan distantes unos de otros, con tan diferente gradación de fines y con tan diverso matiz, que nunca pueden llegar a chocar al establecer su posible intervención dentro de la mecánica del artículo 23 de la Ley de Aguas. Veámoslo :

a) El Gobernador civil, según el estatuto por el que se rige, promulgado por Decreto de 10 de octubre de 1958, asume, dentro de su circunscripción, la Jefatura de todos los servicios que esta norma detalla y concreta, Jefatura a la que va unida la *superioridad jerárquica* respecto a los Alcaldes para coordinar la esfera local con la esfera central y para soslayar el peligro de que la consecución de fines no sea un problema de luchas aisladas y encontradas, sino el resultado de un esfuerzo coordinado, conjuntado y armónico. Este Estatuto adscribe al Gobernador a la *potestad de mando* y a la *potestad jurisdiccional* de la Administración, con escasas facultades respecto a la potestad reglamentaria, siendo la potestad ejecutiva *sensu strictu* un corolario, por otra parte, de las dos que expresamente ostenta.

Inmediatamente destaca que mientras la potestad jurisdiccional la tiene reservada en exclusiva, la potestad ejecutiva *sensu strictu* la comparte con los distintos órganos y organismos que con él conviven en la provincia. Esta circunstancia es absolutamente sustancial en el momento en que han de interpretarse normas positivas y disposiciones derogatorias, por las que se creen nuevos centros de autoridad, al lado, o en sustitución, de otros existentes.

Por último, otra nota característica del Gobernador civil, como órgano de la Administración Central en la provincia —resaltada en el mismo Decreto—, es el reservarle todas las materias que lleven implícito un matiz de *orden público*, las cuales le corresponden inexcusablemente, incluso algunas indelegablemente. Entre ellas destacamos las facultades que en materia de aguas le atribuye el artículo 33 de tal disposición (46).

---

(46) El artículo 33 del D. de 10-10-58 señala: «Corresponderá a los Gobernadores civiles el ejercicio de las facultades que en materia de *propiedades especiales* les confiera la legislación vigente, con la finalidad de protegerlas, evitando los abusos y encaminando su disfrute a los fines sociales... y económicos a que están destinadas. Asimismo establecerán las servidumbres de aguas; intervendrán en las concesiones de aprovechamiento de las de carácter público; acordarán la requisa de las particulares que, mediante la consiguiente indemnización, sean precisas para el abastecimiento de las poblaciones; asegura-

b) Por su parte, las Comisarías de Aguas (reorganizadas y actualizadas por el Decreto de 8 de octubre de 1959, que las restablece), y antes las Confederaciones Hidrográficas, son organismos con matices propios dentro de una misión *técnica* de vigilancia y coordinación, eminentemente ordenadora, en materia de aguas *públicas*, sin poder asumir, por subrogación, la postura representativa y decisoria del Gobernador civil. Pretender otra cosa sería tanto como romper la cadena coordinadora de la moderna Administración, llevando a los Jefes de estos órganos y organismos, aunque sólo fuera en materia de aguas, a la categoría de definidores de cuáles sean públicas o privadas, invadiendo, por un lado, la esfera judicial, y por otro, atribuciones en materia de aguas privadas que están absolutamente extraídas (por propia definición de sus Estatutos legislativos creadores y reguladores) de la órbita de su competencia, colocándolos artificialmente supraordinados a los Alcaldes, y resolviendo materias de orden público que sólo al primer Jefe provincial están reservadas (47).

Por otro lado, rememorando los conceptos generales de la *jerarquía* administrativa y las ideas de *línea* y *grado*, como fundamentales dentro de la misma, observamos que para que se den las facultades típicas de revocación y suspensión —entraña misma de los recursos de alzada— es necesario que los órganos pertenezcan a igual línea jerárquica, en grados inmediatos, infra y supraordinados, y dentro de igual ramo, para que el recurso de alzada se pueda producir (48).

Con estas ideas doctrinales, el problema, a nuestro juicio, se resuelve contestando con absoluto rigor las siguientes preguntas: ¿Puede defenderse que las Comisarías de Aguas son competentes para decidir estos recursos de alzada, cuando tal tipo de recursos está reservado, según la Ley de Aguas, al *grado jerárquico superior* del Alcalde, que es el Gobernador civil? ¿Pueden aquéllas reclamar el conocimiento de una materia que por la propia preceptiva de la Ley de Aguas y del Decreto de 10 de octubre de 1958, es de *orden público* y, por tanto, de la exclusiva esfera de acción del Gobernador civil? ¿Pueden estos organismos *técnicos*, con facultades ejecutivas *sensu stricto* —preparatorias y ordenadoras, por pura delegación central—, invadir funciones de la potestad jurisdiccional y de mando? ¿Puede predicarse de las mismas el que sean

---

rán su sanidad y pureza y concederán los permisos para investigación y *alumbramiento de las subterráneas*, todo ello de acuerdo con la Ley que las regula...»

(47) Esta falta de competencia en materia de aguas privadas y la especial significación de las Confederaciones Hidrográficas queda puesta de manifiesto en el interesante trabajo que sobre ellas publicó S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en el núm. 25 de esta REVISTA, págs. 85 y sigs., y en las disposiciones que las regulan, exhaustivamente estudiadas en el mismo.

(48) Se podría alegar que existe un recurso de alzada *impropio*, al que se refiere GONZÁLEZ PÉREZ en su libro *Los recursos administrativos*, pág. 133 (Madrid, 1960), que se da contra actos de entidades autárquicas, entidades institucionales (art. 76. 1, de la Ley de 26-12-58 de entidades estatales autónomas) y entidades locales, en virtud de una *tutela* del Estado. Pero éste no es nuestro caso, ni el general al que nos referimos, como se comprende sin más aclaración.

superiores jerárquicos de los Alcaldes, con facultades decisoras en *toda clase* de aguas, cuando *sólo tienen atribuciones sobre las aguas públicas* de la circunscripción o cuenca en que radican? Evidentemente, no, según nuestro criterio.

2) *Argumento interpretativo.*—Si las anteriores reflexiones fueran consideradas como puramente teóricas y desenvueltas de espaldas a la legislación vigente, todavía en esta última encontraríamos, hermenéuticamente, razones bastantes para avalar y reforzar nuestra postura.

a) El artículo 23 de la Ley de Aguas es semejante a la situación de hecho y medidas legales de defensa establecidas y previstas en el artículo 159 del Reglamento de Minas de 9 de agosto de 1946, y en ambos casos, también nos encontramos ante un interdicto administrativo con igual razón de existir, dadas las situaciones de urgencia que regula y la sumariedad de los trámites que prevé. E inmediatamente resalta que en ambos casos se ha entregado al Gobernador civil el conocimiento y decisión del asunto, por tratarse de problemas de orden público, en los que han de tomarse decisiones de urgencia, que no crean fuerza de cosa juzgada, con posibilidad de reproducirse ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

El Gobernador civil, pues, en el artículo 23 de la Ley de Aguas, al conocer en el recurso de alzada contra las providencias de los Alcaldes examina el uso que éstos hayan hecho de la *delegación* de poderes que permanentemente tiene declinados en favor de estos últimos, por decisión legislativa y del Poder central.

b) Las disposiciones en que las Confederaciones Hidrográficas, antes, y las Comisarias de Aguas, hoy, se basan para reclamar su competencia, tampoco creemos son bastantes para vigorizar la tesis. Efectivamente, las disposiciones son las siguientes: 1.º La Ley de 20 de mayo de 1932, que en su artículo único dispuso: «Las facultades que en orden a la incoación, tramitación y resolución de expedientes que, relacionados con los servicios de *obras públicas*, estén ahora conferidas a los Gobernadores civiles, quedarán atribuidas a los Ingenieros jefes de Obras públicas...» 2.º El Decreto de 29 de noviembre de 1932, que ratificó el contenido de la Ley anterior y dispuso que corresponderían a los Jefes de Obras Públicas, a los *Jefes de Aguas* de las cuencas, las atribuciones que tal Ley les confirió en cuanto a los expedientes relativos a los servicios que les están preceptivamente encomendados. 3.º Las Ordenes ministeriales de 30 de noviembre de 1932 y 25 de agosto de 1939, que ejecutaron e interpretaron el Decreto anteriormente citado. 4.º El artículo 226 de la Ley de Aguas, que atribuye la policía de las *aguas públicas* y sus cauces naturales, riberas, etc., a la Administración, encomendándola al Ministro de Fomento, hoy de Obras Públicas. 5.º Ultimamente, el Reglamento de Policía de Aguas y sus cauces, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, que determina que corresponde al Ministerio de Obras Públicas la policía de los cauces que, teniendo carácter particular, derivan por sus tomas de *aguas públicas*, al objeto de evitar el cambio de destino de ellas y que se derive más caudal del *concedido* o

que le corresponda, así como la vigilancia de las aguas de dominio privado, *limitada* a lo que afecta a la *salubridad pública* o a la *seguridad* de las personas y de los bienes (art. 1.º).

De todos estos preceptos, y con una interpretación literal y congruente, se obtiene la conclusión de que las facultades de los Gobernadores civiles, en cuanto a la posibilidad de conocer de los recursos de alzada que se planteen como consecuencia de medidas de suspensión acordadas dentro del ámbito del artículo 23 de la Ley de Aguas, no están mermaidadas en absoluto, porque *todas* las que se entregaron a los Organismos hidráulicos y al Ministerio de Obras Públicas son *sólo respecto a aguas públicas*, ya que, respecto a las privadas, sólo se entregan facultades de mera vigilancia policíaca, con lo que, como el artículo 23, tantas veces mencionado, otorga posibilidades de casi verdadera delegación del poder judicial, sigue intacto y vigente en toda su extensión (49).

El Reglamento de Policía de aguas y sus cauces se dictó para completar el artículo 226 de la Ley de Aguas, y en este precepto no se alude jamás a las aguas privadas. Y como en el interdicto que estudiamos los problemas pueden versar, indudablemente, en muchas ocasiones, sobre *aguas privadas de tipo subterráneo, fuera* de una cuenca hidrográfica y *dentro* de una provincia, y en tales aguas y en tal territorio ajeno a la cuenca *carecen de competencia* las Comisaría de Aguas, es claro y terminante que no puede estar atribuida a éstas una materia que les es ajena por definición constitucional de las normas por las que se rigen, y que está absolutamente alejada de las finalidades que persiguen y de los intereses que armonizan.

Cabría argüirse, a efectos puramente polémicos, que en este interdicto administrativo podrían ser competentes los Gobernadores y los Comisarios de Aguas, en forma simultánea, *alternada*, según la naturaleza pública o privada de las aguas discutidas. Pero esto sería todavía más absurdo, porque evidentemente habría de estatuirse una autoridad superior común a ambos, que creara la competencia de ellos, para cada caso concreto, *calificando* las aguas afectadas, en un trámite previo. Al no existir tal autoridad, y al no ser posible crearla (por pura economía procesal y administrativa) ha de concluirse que el conocimiento y competencia para resolver los recursos de alzada que estamos tratando, ha de ser absoluto y no repartido, con lo que, fatalmente, quedaría atribuido al Gobernador civil.

c) Por otro lado, disposiciones posteriores a las citadas atribuyen al Gobernador civil competencia para intervenir en materia de aguas, con lo que no se puede argumentar con éxito que tales normas—sobre todo la fundamental Ley de 20 de mayo de 1932—desposeyeron al mismo de *toda potestad* en este sector. Dentro de ellas destaca el Reglamento de policía minera y metalúrgica de 23 de agosto de 1934 (50) y el Decreto de 23 de agosto del mismo año, que enumeran las atribuciones de los *Ingenieros de minas* adscritos a la Administración, en cuanto a las *aguas*

(49) Vid. arts. 249 y 251 de la Ley de Aguas.

(50) Reformado por D. de 22-12-60 y O. M. de 7-7-1961.

*subterráneas*, y reconoce a los Gobernadores civiles una serie de facultades en ellas. Además, *reclaman para el cuerpo de Ingenieros* citado la competencia exclusiva y excluyente en tales aguas (51). Si esto es así, no parece viable defender que otros cuerpos de Ingenieros, distintos a los de Minas, tengan, a partir del año 1932, competencia para resolver sobre *todas* las cuestiones de aguas, cuando, al menos sobre aguas subterráneas carecerían de ella, porque su calificación y problemática está asignada a estos últimos.

d) Por si la argumentación pareciera parca, todavía podríamos señalar que el Decreto de 10 de octubre de 1958, que pone en vigor el estatuto de Gobernadores civiles, en su artículo 33 (52) establece una serie de facultades que éstos ostentan respecto a *aguas públicas y privadas*, con órbita definida y competencia absoluta. No ignoramos que este Decreto está ofreciendo dudas a la doctrina, respecto a su legalidad en relación con disposiciones de rango superior, anteriores, pero, mientras no se pronuncie oficialmente este aserto, dicha norma tiene fuerza de obligar y a ella han de acomodar su desenvolvimiento tales Organos provinciales (53).

e) El Código civil, por último, en sus artículos 408 y 417 da a las aguas subterráneas el carácter de privadas, concediendo derechos dominicales a los propietarios, alumbradores de las mismas en sus respectivos fundos. De ahí que juzguemos que sólo al Gobernador civil puede corresponder la facultad de vigilar el interés particular y social en tales aguas, en una fase previa a la judicial, excluyendo la intervención de un Organismo técnico que terminaría su función—caso de ser requerido—con la emisión de un dictamen, al respecto de las cuestiones de hecho debatidas en el interdicto.

3) *Argumento jurisprudencial*.—Ya hemos señalado cómo el Tribunal Supremo jamás se ha pronunciado directamente sobre este tema y cómo, también, ha ido dictando sentencias en las que los actos administrativos discutidos provenían, indistintamente, de Gobernadores, Ingenieros Jefes de Confederaciones Hidrográficas, e incluso Dirección General de Obras Hidráulicas (en algún caso en que se consumaron dos alzadas) (54), sin establecer doctrina alguna al respecto. No obstante esto, vamos a destacar las cuatro únicas sentencias que abordan el problema incidentalmente, dando como natural e indiscutible *la competencia de los Gobernadores civiles*, para conocer y resolver de estos recursos de alzada, nacidos del procedimiento regulado por el artículo 23 de la Ley de Aguas. De estas cuatro sentencias, tres son favorables a nuestra tesis, y

(51) Artículos 208 y siguientes del D. de 23-8-34, y artículo 1.º del D. de igual fecha sobre el Cuerpo de Ingenieros de Minas.

(52) Vedlo *ut supra*.

(53) Vid. conferencia de José María DEL MORAL sobre *La provincia y el Gobernador civil*, pronunciada en el segundo curso de verano sobre «Problemas políticos de la vida local», en Peñíscola. Separata, Madrid, 1961.

(54) Vid. en S. T. S. de 19 de enero de 1959 este caso curioso.

la última, sorprendentemente, rehuye el problema y lo oscurece de forma inexplicable:

a) Sentencias en las que parece darse como natural la competencia de los Gobernadores civiles y de los Ingenieros de Minas:

— La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1952 indica que los artículos 23 y siguientes de la Ley de Aguas señalan las atribuciones que corresponden a los Alcaldes, «y en su caso a los Gobernadores civiles», para permitirles autorizar las obras de alumbramiento de aguas que en sus predios realicen los propietarios. De esta manera el Tribunal Supremo, en 1952, estima vigentes estas atribuciones en relación con los Gobernadores civiles.

—La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1956 también se pronunció sobre esta competencia al indicar: «Considerando de la sentencia apelada: Que deducido el recurso contencioso administrativo, objeto de esta sentencia, contra un *acuerdo del Gobernador civil* de esta provincia (Almería), revocatorio de otros de la Alcaldía de Berja, que había ordenado la paralización de unas obras de alumbramiento de aguas, y toda vez que no se ha planteado *ni existe problema alguno relacionado con la competencia...*» Considerando del Tribunal Supremo: Considerando que la cuestión sometida a resolución de esta Sala queda limitada a determinar si el pozo... perjudica a... constituye un tema eminentemente técnico que obliga a dejar a los peritos en la materia la apreciación de los elementos necesarios para su decisión, como así lo reconoce la vigente Ley de Aguas, pues ordena en su artículo 23 la forma de resolver las alzadas contra las providencias de los Alcaldes *por los Gobernadores civiles de las provincias*, determinando expresamente que lo serán previa audiencia de los interesados y reconocimiento y dictamen pericial».

Luego da por buena la competencia del Gobernador civil, sin que ninguna de las partes la discutiera, señalando, atinadamente, los dos planos en que se mueven las decisiones en este tipo de interdictos: por un lado, el Gobernador civil, con su potestad jurisdiccional y con su superioridad jerárquica respecto a los Alcaldes, y, por otro, la intervención de los Organismos técnicos necesarios para *auxiliar* pericialmente la formación de la voluntad decisoria.

— La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1958 indica: «Considerando que la cuestión planteada... queda limitada a determinar si el pozo construido... perjudica o puede perjudicar, por distraer o apartar las aguas de otro pozo..., lo que constituye un tema eminentemente técnico, que obliga a dejar a los peritos en la materia, *que en el caso actual son los Ingenieros de Minas...*» Una vez más nuestro más alto Tribunal reconoce la competencia de estos Ingenieros respecto a aguas subterráneas, de manera exclusiva, y, siendo las que se discuten en el marco del artículo 23 de la Ley de Aguas, de esta naturaleza, no pueden apreciar la afección, por incompetencia en razón de la materia, otros cuerpos de Ingenieros adscritos a Departamentos de otro ramo.

b) Sentencia en la que se rehuye el problema, siendo, acaso, el único momento en que la cuestión se planteó ante el Tribunal Supremo:



Se trata de la de 19 de enero de 1959, en la que se establece: «Considerando que *si bien es cierto* que por la Ley de 20 de mayo de 1932, el Decreto de 29 de noviembre de igual año y la Orden de 30 de noviembre del mismo año 1932, se transfirieron a las Jefaturas de Obras Públicas y a los Ingenieros Jefes de Aguas las atribuciones conferidas a los Gobernadores civiles por la Ley de Aguas, *no lo es menos que, cualquiera que sea la competencia* con la que, después de esa transferencia de atribuciones, puede haber sido dictada la resolución del Gobernador civil de M..., confirmando el acuerdo mediante el que el Alcalde de M... suspendió las obras del alumbramiento de aguas subterráneas que los demandantes efectuaron en terrenos de los mismos, tal resolución del expresado Gobernador causó estado, y, por tanto, no era dable combatirla en el recurso de alzada contra ella entablado por los aludidos demandantes, sino en recurso contencioso-administrativo».

Este pronunciamiento, desconcertante, nos sume una vez más en la duda, pues claramente se puede comprobar que en el mismo instante de ir a decidir definitivamente este oscuro punto, la Sala soslaya el problema y rechaza el recurso por otro motivo previo (por cierto que se trataba—asombrosamente—de un recurso de alzada de segundo orden que se interpuso ante el Ministerio de Obras Públicas contra la resolución del propio Gobernador civil) (55).

4) *Criterio del Consejo de Estado*.—Este supremo Organó consultivo, a través de su Comisión Permanente, se sirvió emitir dictamen—en favor de la competencia de los Gobernadores civiles—, a instancia del Ministerio de la Gobernación (Dirección General de Política Interior), en expediente iniciado por la Dirección General de Obras Hidráulicas, el Ministerio de Industria y el Gobierno civil de M., ante aquel Departamento, sobre esta espinosa cuestión, lo que ha originado una resolución del Ministerio de la Gobernación de 30 de octubre de 1963 —comunicada a todos los Gobernadores civiles y a los Organos que consultaron—, por la que se decide mantener la competencia de tales Gobernadores para conocer de las alzadas que se interpongan contra los acuerdos adoptados por los Alcaldes, al amparo del artículo 23 de la Ley de Aguas.

El razonamiento del Consejo de Estado, conforme es recogido en la resolución mencionada, es el siguiente: Que la facultad suspensiva no constituye el ejercicio de facultades administrativas, sino una faceta del mantenimiento del *orden público*, función que corresponde a los Gobernadores civiles; que la Ley de 20 de mayo de 1932, si bien dispuso que las facultades atribuidas hasta aquel momento a los Gobiernos civiles en orden a la incoación, tramitación y resolución de expedientes relaciona-

(55) Por su parte, y sin pretender nosotros agotar la casuística, las SS. de 19-11-57, 30-3-60 y 17-5-61 están dictadas al resolver recursos contenciosos interpuestos contra decisiones de la Confederación Hidrográfica del Júcar, en relación con providencias de suspensión de otras tantas Alcaldías. Como vemos, pues, la confusión es enorme.

La s. del T. S. de 21-10-63 parece inclinarse por la competencia «de los "Servicios Hidráulicos del Ministerio de Obras Públicas", cuando el lugar de emplazamiento se halle a menos de cien metros de un cauce público», sin razonar, más que de pasada, solución tan dudosa.

dos con el Ministerio de Obras Públicas, pasaran a los Ingenieros jefes en las respectivas demarcaciones, no implica, por amplia que sea la interpretación que se les dé, que les atribuya conocimiento en alzada de los acuerdos de suspensión de obras a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Aguas; que la colocación sistemática de este artículo en la Ley, dentro del título I, capítulo IV, demuestra que se trata de normas delimitadoras del derecho de dominio, *cuestión sustantiva* no atribuible a ramo alguno de la Administración, sino a los Tribunales, y que sólo *provisionalmente* y por razones de seguridad jurídica es atribuida a las autoridades locales y *provinciales*, quienes tienen facultades genéricas para *mantener el orden público*; que no puede entenderse válido el argumento según el cual deben sostenerse las facultades del Ministerio de Obras Públicas como medio para no romper el criterio unitario de competencia en materia de aguas públicas y privadas, *por cuanto tal unidad no existe*, ya que unas y otras reciben un tratamiento legal diferente y corresponde su regulación a Ordenamientos jurídicos distintos, por lo que concluye que no puede entenderse que la Ley de 20 de mayo de 1932 haya transferido a los servicios de Obras públicas la facultad de resolver las alzadas a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Aguas (56).

Por tanto, el problema parece resuelto, al menos desde el punto de vista de los Gobernadores civiles y del Ministerio de la Gobernación, que, en lo sucesivo, mantendrán su competencia en esta materia, mientras no se modifique, o aclare, la Ley de Aguas y la que se dictó en 1932, señalando expresamente la competencia del ramo de Obras públicas y de los servicios hidráulicos de las distintas cuencas, o, definitivamente, la de las primeras autoridades provinciales.

## VI

### TRAMITACIÓN DEL INTERDICTO.

A) *Fases*.—Como indicábamos al hablar de la intervención del Alcalde y del Gobernador civil, el procedimiento, en este especial interdicto, está escindido en dos etapas: en la primera —de tipo sumariísimo— el Alcalde «podrá» suspender las obras denunciadas, por la sola denuncia, si juzga personalmente que existe el riesgo de captación o distracción de aguas, adscritas a un aprovechamiento legítimo y anterior; y en la segunda —de tipo sumario— el Gobernador civil, por el contrario, tiene el esquema de su intervención perfectamente detallado en la Ley: *a)* debe oír a los interesados, y *b)* debe dictar resolución oyendo, previamente, el dictamen pericial de quien tenga título adecuado para acreditar si existe o no el perjuicio, o la amenaza de perjuicio, de que se dió noticia al Alcalde en la fase anterior.

(56) Estos argumentos del Consejo de Estado los tomamos de la resolución del Ministerio de la Gobernación, única que conocemos, y, por tanto, en forma resumida, lamentando ignorar el desarrollo completo de tan atinadas razones.

Ya advertíamos que el Alcalde tiene *libre apreciación* de las circunstancias de hecho que se le denuncian (57), pues realmente ante él no se desarrolla una prueba exhaustiva y minuciosa, bastando que el denunciante aporte un principio de ella, respecto a la preexistencia de ese aprovechamiento, a la legitimidad de sus derechos y a la racionalidad del temor o posibilidad de lesión que está invocando. Solamente, a nuestro juicio, en un caso, el Alcalde deja de tener *la facultad* de suspensión para ostentar una *obligación*, absolutamente exigible, de suspender: se trata del caso (ya estudiado por nosotros en este trabajo) de que las obras cuya paralización se interesa estén situadas a menos de cien metros del venero que perjudican, y el denunciante demuestre que el ejecutor de tales obras no cuenta con su autorización (58).

Por tanto, fuera de este especialísimo caso, el Alcalde se mueve dentro de un mundo de *presunciones* y en la esfera —única, prácticamente, que aprecia— de los *hechos*, sin que tal facultad implique un deber inexcusable, y más bien sea una *facultad de apreciar las razones* que puedan justificar, o no, la intervención que de él se reclame, ajena a su peculiar cometido (59).

Frente a esta primera fase, que se desarrolla *inaudita* parte (60), nos encontramos con la que se desenvuelve ante el Gobernador civil, reglada en su estructura:

a) *Audiencia de los interesados*.—La Ley de Aguas exige que el Gobernador no dicte resolución sin dar la posibilidad al denunciado de que se defienda, formulando alegaciones y aportando la prueba que estime conveniente para la defensa de sus derechos, y como en el artículo 23 de la Ley de Aguas no se regula este trámite desde el punto de vista procedimental, estimamos que habrá de ajustarse, hoy, a la preceptiva de la Ley de 17 de julio de 1958, de Procedimiento Administrativo, por vía de supletoriedad. Y por ello habrá de oírse a los interesados en la forma que señala el artículo 91 de la Ley, es decir, *inmediatamente antes de redactar la propuesta*, y por un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, para que éstos formulen sus alegatos con pleno conocimiento del dictamen evacuado por los técnicos a instancia del Gobernador civil. Además, y antes de tal audiencia formal,

(57) Esta libertad se mueve dentro de los límites, como es lógico, de la significación gramatical e interpretación jurídica que a la expresión «amenaza de peligro» ha dado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 30 de marzo de 1960 y 4 de diciembre de 1962. Vid. en este trabajo, III, apartado a). Es muy interesante resaltar la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1956, que señala, corroborando el pensamiento que desarrollamos, que no es necesaria la prueba del perjuicio ante el Alcalde, pues la redacción del texto legal es amplia de propósito cuando indica «amenaza de peligro».

(58) Vid. en este trabajo, número III, apartado a), sobre la distancia ática.

(59) Vid. SS. T. S. de 5-3-1903, 20-4-12, 30-4-19 y 22-12-30, citadas por CAY DE MONTELLÁ y MASSÓ en ob. cit., pág. 114.

(60) En algunos casos, el Alcalde podrá conceder tal audiencia, amparándose en la Ley de Régimen Local; pero esto no enerva nuestra afirmación, porque el texto legal por el que se rige el interdicto —artículo 23 de la Ley de Aguas— no contiene exigencia de que tal audiencia se otorgue.

estimamos, también, que cualquiera de los interesados, amparándose en el artículo 83 del mismo texto legal, puede, en cualquier momento del procedimiento, aducir *alegaciones*, que habrán de ser tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.

A este respecto, y con relación a este trámite, es sorprendente el pronunciamiento que en un caso ha hecho el Tribunal Supremo, ya que ha declarado que si el problema debatido versa exclusivamente sobre la distancia existente entre dos pozos, y si al denunciado se le ha otorgado audiencia y vista del expediente ante el Alcalde, el hecho de que el Gobernador civil no conceda nueva audiencia no constituye infracción del artículo 23, pues el propósito del legislador —señala— es que no se dicte la resolución sin ser oídas las partes, y, por tanto, al estar acreditado que tal audiencia existió, *aunque fuere en la fase municipal*, no hay indefensión ni nulidad (61).

b) *Reconocimiento y dictamen pericial*.—Este trámite, anterior al de audiencia de los interesados, como acabamos de señalar, parece ser el punto clave del interdicto y la piedra angular que ha de legitimar la resolución que adopte el Gobernador civil. Su problemática se escinde en dos consideraciones:

1.º *Tipo de técnicos que han de emitirlo y valor de su apreciación*. Evidentemente, han de ser los Ingenieros de Minas los que informen sobre la afección que pueda existir entre aguas subterráneas, por exigirlo así las normas que regulan tal Cuerpo y por haberse pronunciado al efecto la jurisprudencia del Tribunal Supremo (62). No obstante esto, a nuestro juicio, y por imperativo del Decreto de 14 de noviembre de 1958, y demás disposiciones complementarias que hemos dejado mencionadas más arriba (63), si la afección se produce en perjuicio de aguas *públicas*, debe oírse, en cuanto a subálveas, y en cuanto a corrientes superficiales, al Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, adscritos a los organismos hidráulicos oficiales en las respectivas cuencas.

El valor del dictamen de los técnicos que asesoren al Gobernador civil es fundamental, habiéndose pronunciado la jurisprudencia en el sentido de que si existe discrepancia entre ellos y el perito de parte, *debe prevalecer el de aquéllos*, ya que «sin poner en duda la competencia y honorabilidad de todos los peritos que emitieron su informe (existía contradicción sobre la existencia de afección y de captación), no puede negarse que, dada la forma de su nombramiento, hay que reconocer mayor independencia e imparcialidad a los que emitieron su informe a instancia del Gobernador civil, que a los nombrados por las partes litigantes» (64).

2.º *Obligación del Gobernador civil de ajustar su resolución al pa-*

(61) S. T. S. de 28 de febrero de 1952.

(62) Vid. DD. de 23 de agosto de 1934 (arts. 208 y sigs. y art. 1.º) y Decreto de 22-12-60 y O. M. de 7-7-61, así como SS. T. S. de 12 de mayo y 25 de enero de 1958.

(63) OO. MM. de 31-7-59, 3-5-63, 27-11-24, 18-2-61 y Ley de 24 de diciembre de 1962.

(64) S. T. S. de 12 de mayo de 1958. En igual sentido la de 25 de enero de 1958.

*recer de sus técnicos.*—Para evitar que una discrecionalidad mal entendida pueda generalizar unas medidas, que en todo caso se consideran como excepción al régimen normal de la propiedad de las aguas subterráneas, se está entendiendo, una y otra vez, por la doctrina jurisprudencial, que la primera autoridad provincial *carece de libertad de decisión* en este sentido, sin tener la posibilidad de apartarse del dictamen de los peritos oficiales designados, e incluso en los casos en que esto ha ocurrido se ha declarado que la conducta de tal autoridad no se ajustó a Derecho, y, por tanto, debía ser anulada (65).

*B) El problema de la carga de la prueba.*—Esta cuestión, asimismo vital, está íntimamente unida con el problema de la distancia ática a que se refiere el artículo 24 de la Ley de Aguas, puesto que tal precepto prohíbe que a menos de cien metros de otro alumbramiento o fuente, río, canal, acequia o abrevadero público, pueden iniciarse labores de sondeo en busca de aguas subterráneas, si no media licencia expresa de los respectivos dueños o, en su caso, del Ayuntamiento. Por tanto, dentro de tal distancia existe una *protección especial* a la propiedad y al pacífico uso y disfrute de aprovechamientos anteriores, que fuerza al Alcalde a la protección inmediata, y que, dentro del cauce del interdicto, lleva a un juego de presunciones, a nuestro juicio, que ha de tenerse muy en cuenta a efectos de la documentación de la denuncia y de la defensa que haya de articular el denunciado.

*a)* Si las obras de sondeo posteriores se encuentran *a menos de cien metros* del aprovechamiento del denunciante, a éste le basta suscribir la *mera denuncia* para acreditar la existencia de un peligro de afección, ya que está favorecido por la presunción legal de su realidad (66). Y, por el contrario, es al propietario de la nueva perforación al que corresponde, y sobre el que recae, la prueba de justificar, técnicamente, que no se da tal afección ni se distraen las aguas del denunciante, como consecuencia de ésta.

*b)* Si, por el contrario, las obras están *a más de cien metros*, no bastará la mera denuncia del que se entienda perjudicado por ellas, recayendo sobre sus hombros la necesidad de probar el riesgo y la afección, pues de otro modo, con tan vaga expresión de la distancia, por el juego de una sola denuncia, provocada por un reclamante malicioso o temerario, se podría dar lugar a la paralización de sondeos situados incluso a distancia de kilómetros del que se dice disminuido (67).

(65) Por acomodarse al dictamen, la resolución del Gobernador civil está ajustada a Derecho: SS. T. S. de 27 de febrero de 1956, 13 de marzo de 1957 y 24 de junio de 1957. Por apartarse del dictamen, el acuerdo del Gobernador civil ha de ser anulado por existir vulneración del Derecho administrativo: SS. T. S. de 25 de octubre de 1956 y 12 de mayo de 1958.

(66) La S. T. S. de 30 de noviembre de 1956 afirma que del artículo 24 se extrae la presunción *iuris tantum* de que el perjuicio existe cuando media menos de cien metros entre el alumbramiento preexistente y el posterior a paralizar.

(67) GAY DE MONTE-LÁ y MASSÓ hablan de que esta prueba es difícilísima, no sólo en relación con la captación, sino en relación con la preexistencia del caudal mermado, sea por medios directos o indirectos. Ob. cit., pág. 102.

Sin embargo, pese a esta estructuración que acabamos de señalar, existe una moderna corriente jurisprudencial que, sin consideración a distancias, viene exigiendo *siempre y en todo caso al denunciante* que alegue el perjuicio, la prueba de sus aseveraciones, por considerar que si el artículo 24 señala distancias mínimas de influencia, el artículo 23 no prescribe distancia cuantitativa alguna, y, por otro lado, que como el ejercicio de tal facultad supone una limitación de derechos dominicales (como son las de privar de riego, con los inherentes perjuicios económicos), no resulta lícito prescindir de la prueba —señala— por el hecho de que los interesados denunciados no hayan *justificado la no distracción* de aguas que se les atribuye, intentando desposeerlos de la plenitud de los derechos que, como derivados del de propiedad, ampara el artículo 349 del Código civil (68).

En esta línea de pensamiento se llega a definir que no cabe alterar, nunca y en ningún caso, el orden y sentido de la probanza para exigir la de que «no existe el peligro» cuando el extremo a demostrar, por quien lo alega, es «que lo haya», porque así lo enuncia el artículo 23 (69).

Creemos, no obstante, que no puede darse absoluta generalidad a tal proclamación, porque hacerlo así sería tanto como hacer ineficaz la especialísima protección que proclama, en consideración a distancia, el artículo 24 de la Ley de Aguas. De esta manera, seguimos insistiendo que, probada por el denunciante la falta de autorización con que ha procedido el propietario de las nuevas obras, iniciándolas dentro de la distancia de cien metros, y aportando un indicio de prueba, puramente adjetiva, de la preexistencia de su aprovechamiento y del pacífico goce del mismo, no tiene por qué probar el real perjuicio que se le irroga, pues la Ley lo presume a su favor, correspondiendo al denunciado acreditar lo contrario.

## VII

### CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU POSIBLE IMPUGNACIÓN.

A) *Contenido lícito.*—La resolución del Alcalde y, en su caso, la del Gobernador civil, sólo puede contener: o un pronunciamiento de suspensión, o la negativa a usar de tal facultad.

En el primer caso, la declaración debe ceñirse exactamente a ese mero pronunciamiento, sin llegar a más de imponer al ejecutor de las obras denunciadas una pura obligación de «no hacer», prohibiéndole proseguir los trabajos bajo ningún pretexto, dejando a salvo, de forma expresa, los derechos de naturaleza *esencialmente civil* que sobre las

(68) SS. T. S. de 19-12-59 y 29-12-61, esta última dictada en aprovechamiento denunciado situado a más de cien metros del caudal supuestamente afectado. Y S. T. S. de 29-10-63, de gran importancia, por insistir en la necesidad de esta prueba por parte del que afirme el perjuicio, aunque se esté dentro del radio de los cien metros.

(69) S. T. S. de 4-12-62.

aguas debatidas puedan invocar los interesados (70). Las obras deben detenerse en el estado en que se encuentren al recaer providencia o resolución al respecto, si bien, a nuestro juicio, no puede excluirse la posibilidad —por analogía con el interdicto de obra nueva ordinario y el artículo 1.665 de la Ley de Enjuiciamiento civil— de que el denunciado solicite, y obtenga, de la autoridad que se pronuncie, autorización para llevar a cabo las obras indispensables, bien para conservar lo realizado, bien para evitar perjuicios a terceros, derivados del defectuoso o provisional estado de las mismas.

Respecto al problema de si la providencia de suspensión o el acuerdo del Gobernador civil pueden contener un decreto de *demolición* de las obras llevadas a cabo, existe una aparente contradicción en los pronunciamientos del Tribunal Supremo. Efectivamente, mientras que en la sentencia de 30 de abril de 1959 se declaró que no cabía inutilizar las obras realizadas, porque esta actuación está fuera del contenido del artículo 23, la de 26 de marzo de 1958 expresa la posibilidad de destruirlas siempre que, por estar dentro de los cien metros de que habla el artículo 24 de la Ley de Aguas, se hayan ejecutado sin la autorización del perjudicado.

Sin embargo, como hemos dicho, analizando tales sentencias, se llega al convencimiento de que la discrepancia es más aparente que real, puesto que en ellas se matizan las obras que se consideran abusivas, por estar dentro de la distancia de cien metros (71), y las restantes ejecutadas fuera de tal radio, autorizando sólo el pronunciamiento de demolición para las primeras (72).

Como es lógico, la desobediencia a la orden de suspensión, continuando las obras, puede dar lugar a la orden de demolición del exceso construído, en vigilancia del respeto debido a la decisión gubernativa, destruyéndose lo así ejecutado por las vías de compulsión, previstas en la Ley de Procedimiento administrativo, haciendo que se lleve a cabo el derribo por el propio desobediente o por la Administración, a cargo del mismo (73).

B) *Impugnación del acto administrativo.*—Sobre la posibilidad de impugnación del acto administrativo que dicte el Alcalde o el Gobernador hemos de indicar, en primer lugar, que contra la orden de suspensión de las obras no cabe interponer interdictos de retener o de recobrar la posesión, por prohibirlo expresamente multitud de preceptos generales y especiales (74). Sin embargo, como tal prohibición está proclamada

(70) Vid. S. T. S. de 26 de marzo de 1958.

(71) S. T. S. de 26 de noviembre de 1918.

(72) En el apartado IV de este trabajo hemos dejado señalada la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1961, en la que se admite la posibilidad de destruir o demoler o cegar obras y aprovechamientos peligrosos, abusivos o que entrañan un contenido de usurpación.

(73) Ley de 17 de julio de 1958, artículos 104 y 106.

(74) Artículo 252 de la Ley de Aguas de 1879; artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958; artículo 38 de la Ley de Régimen Jurídico

sólo respecto a actuaciones realizadas «en materia de su competencia» por los órganos administrativos decisores, y, «de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido», la jurisprudencia de conflictos de la Presidencia del Gobierno ha admitido la posibilidad de que si, al dictar tales acuerdos o providencias, el Alcalde o el Gobernador *burlan los requisitos de forma* que el artículo 23 exige, es perfectamente oponible frente a la orden de paralización el interdicto de retener o el de recobrar la posesión, e incluso es procedente el requerimiento de inhibición que por la jurisdicción civil ordinaria se formule al órgano administrativo decisor (75).

La posibilidad normal de impugnación directa que existe para obtener la revocación del acuerdo administrativo sería la siguiente:

a) Si el Alcalde y el Gobernador civil *no acceden* a acordar la suspensión de las obras denunciadas, por no estimar la existencia de perjuicio, según GAY DE MONTELLÁ y MASSÓ, tales resoluciones no son impugnables en vía contencioso-administrativa, porque la expresión «podrá suspender» entraña un margen de discrecionalidad, quedando, no obstante, expedita, a quien se sienta lastimado por las obras, la acción ante los Tribunales ordinarios (76).

Sin embargo, discrepamos de tal opinión, pues si se acreditare que la decisión ha sido adoptada con *desviación de poder*, sería siempre revisable por las Salas de la jurisdicción contencioso-administrativa, aunque tal apreciación entraña una rigurosidad probatoria, ajena a alegres imputaciones carentes de seria fundamentación (77).

b) Si, por el contrario, cualquiera de los dos órganos mencionados *acceden* a tal suspensión, agotada la vía administrativa (que termina, por expresa declaración de la Ley de Aguas, en el Gobernador civil) (78), se abre la jurisdicción contencioso-administrativa, a cuyos efectos hemos de indicar que, si bien por imperativo del artículo 53-b de la Ley de esta jurisdicción, de 27 de diciembre de 1956, cabría interponer tal recurso directamente, sin necesidad de recurso previo de reposición, también es cierto que el artículo 126 de la Ley de Procedimiento administrativo de 1958 admite, como potestativo, en todos los casos, este recurso, con lo que podría plantearse, a libre juicio de los recurrentes.

A efectos de tal recurso contencioso-administrativo debemos recordar que si la prueba ha sido descuidada por las partes en la vía administrativa, dado el carácter, que todavía mantiene esta jurisdicción, de emi-

---

de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, y artículo 403 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955.

(75) D. de C. de 5 de diciembre de 1957, interesantísimo en su razonamiento.

(76) *Ob. cit.*, pág. 121.

(77) También, como dejamos señalado *ut supra*, sería perfectamente posible, por otro lado, plantear el interdicto de obra nueva o cualquiera de los existentes para defender la posesión (S. T. S. de 18-3-59).

(78) La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1959 rechaza como inadmisibile el haber interpuesto recurso de alzada los interesados ante la Dirección General de Obras Hidráulicas impugnando acuerdo sobre esta materia, dictado por el Gobernador civil.



nementemente revisora, sería impertinente el planteamiento de cuestiones no resueltas por las autoridades decisoras o el acreditamiento de extremos que la Administración desconoció (79). Cabe en tal jurisdicción probar *mejor*, probar *más*, pero no probar *ex novo*.

El régimen de plazos para este recurso es el general de las Leyes citadas, y en muchos casos convendría no olvidar que el artículo 122 y siguientes de la Ley de 27 de diciembre de 1956 admiten la posibilidad de que sea suspendida la ejecutividad del acuerdo reclamado (si es caso, con prestación de fianza), con lo que se garantiza, todavía más rigurosamente, la seguridad jurídica de los administrados recurrentes afectados por el acuerdo que señalan como lesionador de sus derechos.

Si se obtuviera la revocación de la providencia que acordó la suspensión de las obras, no cabe, sin más, apreciar daños y perjuicios si no se han acreditado debidamente en reclamación independiente, por el juego que impone el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, con prueba de la efectividad de los daños, de su susceptibilidad de evaluación económica y de la relación de causa a efecto existente entre la providencia revocada y tales lesiones patrimoniales, dentro del término de un año a que se refiere el mencionado precepto (vid. las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1963 y 11 de julio de 1963).

Así terminamos el presente trabajo, que intenta poner de manifiesto la necesidad de aclarar y regular minuciosamente las medidas que ampara el artículo 23 de la Ley de Aguas, acompasándolas al ritmo de las exigencias actuales y a las tendencias —que apuntan— socializadoras de la propiedad de las aguas subterráneas (80), en aras del interés común, norte y meta de todo sistema jurídico.

JUAN MANUEL ECHEVARRÍA HERNÁNDEZ

Abogado del Estado.

---

(79) SS. T. S. de 18 de abril de 1960, 11 de diciembre de 1959, etcétera.

(80) Sobre todas las modernas tendencias que en materia de aguas se están produciendo en España y otros países, vid. el magistral trabajo de Luis JORDANA DE POZAS, *La evolución del Derecho de las aguas en España y en otros países*, en el número 37 de esta REVISTA, especialmente páginas 26 a 29, en lo que respecta a nuestra patria.

1