

REAL ACADEMIA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

LA CONTROVERSIA EN TORNO AL RECURSO DE ALZADA EN LOS ALUMBRAMIENTOS DE AGUAS

*Discurso leído el día 26 de enero de 1984,
en el acto de recepción como Académico de Número, por el
EXCMO. SR. D. ANGEL SANCHEZ GONZALEZ*

*Y contestación del
EXCMO. SR. D. FRANCISCO MARTINEZ ESCRIBANO*



MURCIA

1984

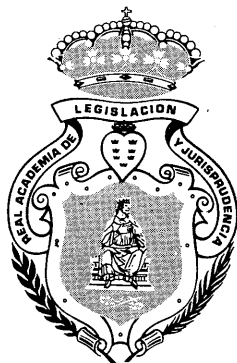
LA CONTROVERSIA EN TORNO
AL RECURSO DEL ALZADA
EN LOS ALUMBRAMIENTOS
DE AGUAS

REAL ACADEMIA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

LA CONTROVERSIA EN TORNO AL RECURSO DE ALZADA EN LOS ALUMBRAMIENTOS DE AGUAS

*Discurso leído el día 26 de enero de 1984,
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*
EXCMO. SR. D. ANGEL SANCHEZ GONZALEZ

Y contestación del
EXCMO. SR. D. FRANCISCO MARTINEZ ESCRIBANO



MURCIA

1984

Copyright © 1984, by Angel Sánchez González
Depósito Legal: MU - 12 - 1984
Printed in Spain - Impreso en España
por Artes Gráficas El Taller
C/. Escultor Roque López, 3 y 5
Murcia-8

*Señores Académicos,
Señoras y Señores:*

Sin mengua ni menoscabo de nuestra ilusión, me ha sido dado llegar, como es normal, a un cierto grado de madurez y, tras una entrega completa a la vocación profesional, se me otorga el honor de ser llamado a sentarme en esta Real e Ilustre Corporación, y a compartir vuestras nobles tareas. Ello no será para mí el principio de un letargo, sino el comienzo de un nuevo afán.

Como no ignoro, que personas más cualificadas que yo, han expuesto aquí lecciones magistrales, debo comenzar también, rogando disculpas, si mi discurso, no llega a conseguir tan altas cotas científicas.

En la medida que separa lo escaso de mis méritos, de la generosidad de vuestro otorgamiento, está cifrada precisamente mi gratitud, señores académicos.

Vuestra confianza me estimula y me obliga, y a ella sólo corresponderé, en tanto en cuanto, acierte a servir con fidelidad y eficacia, los valores y objetivos que esta Real Academia representa.

Llegados a este momento, se hace preciso determinar y concretar, sobre qué puede hablar un hombre de Derecho, un jurista que, profesionalmente, es Abogado del Estado, en esta hora, para él, solemne.

La contestación no puede ser otra. Su discurso ha de versar sobre aquello que constituye su quehacer cotidiano, a saber: la legalidad administrativa.

Para tomar esta decisión, pesó principalmente en mi ánimo la idea cardinal, de que la cuestión de la legalidad en el obrar de la Administración, no es una cuestión privada, que haya de dejarse exclusivamente al poder de disposición de los administrados; sino que es, esencial y primordialmente una cuestión pública.

Es, en definitiva, la realización concreta del Estado de Derecho, y esto es tarea común, y no exclusiva de nadie en particular.

Cuando la Administración examina la legalidad de un acto, no está ventilando exclusivamente intereses particulares de los recurrentes o interesados, sino que, tanto afecta este examen al interés público, como al interés de los particulares.

O lo que es lo mismo, que los recursos no están instituidos, sólo como medios de defensa de los intereses de los ciudadanos, sino, más bien, como instrumentos para la realización del Estado de Derecho.

El interés particular cumple aquí sólo una función de incentivo, que estimula el funcionamiento del mecanismo de control de legalidad.

En la elección del tema, deseaba huir deliberadamente de cualquier clase de planteamiento especulativo, o puramente teórico, que podría resultar artificioso, como simple fruto de mi imaginación o fantasía; por el contrario, mis preferencias se inclinaban por la búsqueda de un problema jurídico vivo, que, espontáneamente, hubiese surgido, como tantos otros, de la realidad práctica de la vida social, con la que el profesional del Derecho ha de enfrentarse diariamente.

Ultimada esta parte de la disertación, me propongo iniciar la exposición del tema que constituye su objeto.

Vamos, pues, a divagar y raciocinar en torno a la controversia sobre el recurso de alzada en el alumbramiento de aguas.

Somos conscientes de que se prepara una reforma de la legislación, que hoy se encuentra en fase de mero anteproyecto, reforma, a la que por su enorme repercusión y transcendencia, auguramos no pocas objeciones, en su difícil camino hasta la promulgación; pero, aparte de que la amenaza de cambio legislativo, se cierne hoy sobre todos los campos del Derecho Positivo, hemos de convenir, que es justamente, en este momento de elaboración y estudio de una nueva normativa, cuando se hace más necesario, llamar la atención y exponer a los poderes públicos, aquellos puntos y cuestiones que la práctica ha presentado como conflictivos, y por ello imperiosamente necesitados de aclaración y reforma.

LA CONTROVERSIA EN TORNO AL RECURSO DEL ALZADA EN LOS ALUMBRAMIENTOS DE AGUAS

Sumario: I, Introducción.—II, El artículo 23 de la Ley de Aguas y la Orden de 31 de julio de 1959.—III, El recurso de alzada.—IV, El Gobernador Civil en la Administración Periférica.—V, El argumento del Orden Público.—VI, El Tribunal Supremo y el Consejo de Estado.—VII, Las Comunidades Autónomas y las aguas subterráneas.

I. INTRODUCCION

Resulta notorio que España es un país de escasos y problemáticos recursos hidráulicos, así como de importantes desequilibrios en su distribución geográfica, todo lo cual se acentúa gravemente en las zonas más áridas del territorio nacional. Ello determina que, todas las cuestiones que afecten a las aguas, se caractericen por el especialísimo interés que presentan, en consideración a su indudable trascendencia para la economía agrícola; abastecimiento de poblaciones; y en general, desarrollo integral de las regiones, lo que ocasiona, a fin de cuentas, el planteamiento de problemas de especial complejidad jurídica, que suscitan y excitan la atención del estudioso del Derecho de aguas, por el «substratum» de apasionamiento, conflictividad y polémica, que indudablemente presentan en el orden humano, económico, y en definitiva, vital, y que, razonablemente, el ordenamiento jurídico no puede desconocer, habida cuenta de que, como es harto conocido, el Derecho nace de la realidad social y para la realidad social.

Siendo esto así, lo cierto es que las materias relativas a las aguas, están reguladas por la venerable Ley de 1879, que a lo largo de su vigencia, más que centenaria, ha servido para ordenar con el apoyo jurisprudencial, de forma que indudablemente se hace acreedora de los calificativos de digna y eficaz, unos problemas, que como los de las aguas, no son precisamente fáciles, ni pacíficos.

Una de estas cuestiones, problemáticas y litigiosas, es la referente a las aguas subterráneas. No nos referiremos hoy y aquí, a si debe ser superado el binomio propiedad privada o pública, para declararlas todas de dominio público, y ser susceptible, por ende, su aprovechamiento, únicamente mediante el título jurídico de la concesión administrativa.

Tampoco nos ocuparemos de la problemática sustancial y procesal que pudiera existir en el llamado interdicto administrativo del artículo 23 de la Ley de Aguas, suficientemente elaborado ya por la doctrina y la jurisprudencia, y que por esta razón, hoy en día, no entraña especial atractivo desde el punto de vista jurídico.

En esta ocasión, vamos a meditar y reflexionar sobre un tema muy concreta y específico, que ha dado lugar, como luego veremos, a confrontaciones y criterios dispares en las más altas magistraturas y esferas de la Administración, manifestándose estas discrepancias en vacilantes e inseguras decisiones de la jurisprudencia de conflictos, y del Tribunal Supremo.

La cuestión fue suscitada en los términos tan concretos en que hoy se presenta, con ocasión de un recurso contencioso-administrativo en el año 1962, ante el Tribunal Provincial de lo Contencioso-Administrativo de Murcia, desaparecido al crearse las Salas correspondientes en las Audiencias Territoriales. En aquella ocasión, y en los trámites de contestación a la demanda e informe en la vista oral y pública del recurso, mantuve la tesis, que hoy sigo sosteniendo, y que tuvo éxito ante el citado Tribunal, que en su sentencia, de mayo de 1962, acogió plenamente los argumentos entonces expuestos, en favor de la competencia de la Comisaría de Aguas de la Cuenca del Segura, y no del Gobernador Civil de la provincia, para conocer del recurso de alzada planteado al amparo del artículo 23 de la Ley de Aguas.

Se trataba de que el titular de una concesión administrativa de aprovechamiento de aguas subálveas en una rambla, cuya explotación se realizaba mediante el correspondiente pozo, acudió a la alcaldía, al amparo del artículo 23 de la Ley de Aguas, denunciando las obras de alumbramiento que otra persona realizaba en finca de la propiedad de éste, por estimar, que tales obras, distraían el caudal de su aprovechamiento.

La citada alcaldía, ordenó la paralización de los trabajos, y contra esta providencia, el dueño del segundo pozo, interpuso recurso de alzada ante la Comisaría de Aguas de la Cuenca del Segura, que revocó la resolución impugnada, alzando la suspensión de las obras decretada por el alcalde.

Contra esta resolución, el dueño del primer pozo, acudió al Tribunal Provincial de lo Contencioso-Administrativo, solicitando que se declarase la nulidad del acuerdo de la Comisaría de Aguas, basándose en que dicho acuerdo adolecía de vicio de incompetencia, por estimar que la facultad de resolver estos recursos de alzada corresponde al Gobernador Civil de la Provincia.

Si mi memoria no me falla, intento recordar, que la naturaleza aplacó y serenó los ánimos apasionados de aquél asunto, zanjándolo por la vía práctica; me estoy refiriendo a que el manantial o venero, que surtía el pozo, se secó, dándose así por concluido el problema debatido.

No tengo noticias de que con anterioridad el tema hubiese merecido la atención de los juristas, ni siquiera de los jueces, ya que, si bien es cierto que en unos casos se acudía al Gobernador Civil, y en otros a la Comisaría de Aguas, no lo es menos que, en esa fecha, no tuvimos conocimiento, ni de doctrina, ni de jurisprudencia que hubiese afrontado la cuestión, con la amplitud y profundidad que merecía, pues los tribunales, como luego veremos, no se la planteaban, y tanto daban por bueno la competencia de un órgano, como la de otro.

Con posterioridad, el problema adquirió una cierta virulencia, dando lugar a la aparición de apasionados criterios que defendían, o pretendían defender, a toda costa, la posición a favor del Gobernador Civil, con apoyo en que se trataba de una cuestión de orden público, argumento éste, que, ya anticipamos, ha merecido la expresión de que «tiene mucho de música celestial»¹, y que dio lugar incluso a una circular del entonces Ministerio de la Gobernación, dirigida a todos los Gobernadores Civiles, concretamente en el verano de 1963, en la que se daban instrucciones concretas sobre el mantenimiento de sus competencias en los recursos de alzada de la Ley de Aguas.

¹ L. Martín-Retortillo Baquer.—Revista de Admón. Pública, número 76. Enero-Abril, 1975. P. 215.

II EL ARTICULO 23 DE LA LEY DE AGUAS Y LA ORDEN DE 31 DE JULIO DE 1959

El párrafo 1.º del artículo 23 de la vigente Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879, consagra una facultad inherente al dominio, en virtud de la cual, «el dueño de cualquier terreno puede alumbrar aguas y apropiarse plenamente, por medio de pozos artesianos, por socavones y galerías, las aguas que existen debajo de la superficie de su finca», estableciendo el mismo artículo, como limitación de esa facultad dominical, que no distraigan o aparten aguas públicas o privadas de su corriente natural; lo que corrobora el párrafo 1.º, del artículo 417 del Código Civil, cuando preceptúa que sólo el propietario de un predio u otra persona con su licencia, puede investigar en él aguas subterráneas.

A propósito de esto, algún autor ha dicho que es tan absurdo declarar la propiedad de las aguas subterráneas antes de ser alumbradas, como declarar la propiedad de las aguas pluviales antes de llover².

Sin perjuicio de la competencia de los tribunales civiles para conocer de las cuestiones relativas al dominio de las aguas públicas y privadas, y a la posesión de estas últimas, según el artículo 254 de la Ley de Aguas, el párrafo 2.º del artículo 23 de dicha Ley, configura un procedimiento más rápido para suspender provisionalmente las obras de alumbramiento, cuando amenazaren 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 preexistente.

Cuando se perfora un pozo para alumbrar aguas subterráneas, se pueden distraer aguas públicas o privadas, destinadas a aprovechamientos preexistentes, perjudicando así a los titulares, o dueños de los mismos.

Los remedios y cauces procedimentales o procesales, que el ordenamiento jurídico ofrece para reaccionar y defenderse frente a este posible ataque a sus derechos, es distinto, según se trate de aguas de dominio público, o de dominio privado destinadas a un servicio público; o bien de aguas privadas destinadas a aprovechamientos privados.

En el primer supuesto, esto es, cuando se trate de aguas públicas o privadas con destino a servicios públicos, debe acudirse a la Comisaría de Aguas, que es el órgano competente para llevar a

² Aurelio Guaita.—Derecho Administrativo. Aguas. Minas Montes.—Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1982. P. 196.

cabo las actuaciones necesarias tendentes a recuperar la tenencia o detentación de las mismas, poniendo fin al despojo, o peligro de despojo de que pudieran ser objeto, y ello en consideración a que la Administración Pública puede, por sí, y sin necesidad del auxilio de los tribunales de la jurisdicción ordinaria, hace cesar las perturbaciones de hecho, sufridas en estas aguas, de conformidad con el artículo 254 de la Ley de Aguas, sin que exista límite temporal para el ejercicio de estas facultades de recuperación, habida cuenta de que el dominio público está fuera del comercio de los hombres por su propia naturaleza, en virtud del elemento teleológico de utilidad pública, que constituye su esencia y la razón de ser de su especial régimen jurídico. De aquí que, conforme al artículo 460, párrafo 3.º del Código Civil, la posesión se pierda por quedar la cosa fuera del comercio, lo que en definitiva significa, y quiere decir, que sobre el dominio público en general, y el hídrico en particular, no puede consolidarse ninguna clase de posesión jurídica, que en cualquier caso no sería tal, cualquiera que fuese su duración, sino una mera detentación o tenencia, puramente material o de hecho, sin entidad jurídica para merecer el calificativo de posesión.

Debemos indicar, que cuando se trate de aguas privadas con destino a servicios públicos, lo que justifica la intervención de la Administración es la defensa del mantenimiento del servicio público, que, justamente, encuentra su fundamento institucional en la necesidad de garantizar la satisfacción, de forma regular y continua, de las necesidades colectivas que el servicio público atiende.

La atribución de competencia en estos casos a la Comisaría de Aguas, está expresamente reconocida en la Orden de la Presidencia del Gobierno de 31 de julio de 1959, cuya legalidad ha sido expresamente revisada y confirmada por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 7 de julio de 1961, que se refiere a aguas públicas exclusivamente, atribuyendo a la Comisaría de Aguas las facultades y el deber de suspensión, en términos análogos al artículo 23 de la Ley de Aguas, aún cuando las obras estuviesen concluidas, entendiéndose que dicha orden, ni era ilegal, ni contradecía la Ley de Aguas, porque se dictaba en virtud de las atribuciones que, al Ministerio de Obras Públicas, confiere el Reglamento de Policía de Aguas, de 14 de noviembre de 1958, en relación con el artículo 226 de la Ley de Aguas, que atribuyen a la Administración, y concretamente a las Comisarías, la policía de las aguas públicas.

Entendemos que en estos casos, ni siquiera debe intervenir el alcalde, sino que ha de ser la Comisaría, siendo susceptible su resolución de recurso de alzada, en el plazo de 15 días, ante la Dirección General de Obras Hidráulicas del ministerio de Obras Públicas y Urbanismo. Si, ello no obstante, hubiera intervenido la al-

caldía, es indiscutible y está fuera de toda duda, que la alzada contra su providencia, sería ante la Comisaría de Aguas.

Con ello queremos significar, que la cuestión interesante se centra, específicamente, en el caso de las aguas privadas, con destino a aprovechamientos particulares, pero aquí presentamos el tema en su totalidad para una mejor comprensión, análisis, estudio y solución del mismo.

El artículo 1.º de la misma dice: «Recordar a los servicios dependientes de la Dirección General de Obras Hidráulicas, que todas las obras a que se refiere el artículo 23 de la vigente Ley de Aguas, de 13 de junio de 1879, que distraigan o aparten de su corriente natural o amenacen peligro de distraer o mermar aguas públicas, o privadas destinadas a un servicio público, o aguas públicas asignadas a un aprovechamiento privado preexistente, con derechos legítimamente adquiridos, deben ser suspendidos o paralizados los alumbramientos correspondientes por resolución del jefe del servicio, previa audiencia de los interesados y reconocimiento pericial, en virtud de las atribuciones que confiere al Ministerio de Obras Públicas el Reglamento de Policía de aguas y sus cauces, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958, en relación con el artículo 226 de la Ley de Aguas.

Como ha dicho el Consejo de Estado, claramente se advierte que dicha Orden de 1959, no se refiere a la suspensión de obras por acuerdos de los alcaldes, sino por resolución del jefe del servicio dependiente del ministerio de Obras Públicas, y por ello, como no podía ser menos, establece un recurso de alzada ante la Dirección General de Obras Hidráulicas; además, en dicha Orden, no se contempla el supuesto de suspensión de obras cuando amenazare peligro de distracción de aguas privadas, destinadas a un aprovechamiento, también privado, preexistente, caso que está incluido en el artículo 23 de la Ley de Aguas, de donde hay que concluir que ese artículo de la Ley de Aguas, y la citada orden de la Presidencia del Gobierno, contemplan dos aspectos del procedimiento de suspensión, con finalidades y tramitación no estrictamente coincidente.

Si el nuevo alumbramiento amenaza o perjudica a aguas privadas, destinadas a otro aprovechamiento privado preexistente, entra en juego el llamado interdicto administrativo de los artículos 23 y 24 de la Ley de Aguas.

Ya la Ley 19, título 32, partida 3.º, decía que todo dueño pudiera abrir fuente o pozo en su casa o heredad, sin que pudiera impedírsele el vecino que disfrute de igual beneficio, aunque por ello menguaren las aguas de su pozo o fuente, a no ser que el que posteriormente abriese el pozo hiciera la obra con la sola intención de causar daño a su vecino.

Esta disposición de la Ley de Partidas, es la que en definitiva recogen tanto la Ley de Aguas, como el Código Civil; pero, a fin de evitar cuestiones, sobre si el pozo nuevo se hizo o no, con intención de causar daño al vecino, el legislador optó por fijar las distancias que han de mediar entre el pozo antiguo, y el nuevo que se intenta abrir.

El artículo 23 de la Ley de Aguas, en su actual redacción, dice así en su párrafo 2.º: «Cuando amenazare peligro de que, por consecuencia de las labores del pozo artesiano, socavón o galerías, 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».

«Tanto la literatura científica, como la jurisprudencia, son unánimes al calificar como interdicto (interdicto administrativo; o «interdictum proprium» en la terminología del Consejo de Estado), esta actuación del alcalde, por la que prohíbe o suspende una actividad particular que amenaza la posesión de otra.

Se trata, en efecto, de un interdicto, de una acción rápida y enérgica, de alcance fulminante (si es estimado), y provisional, pues cualquiera que sea la resolución administrativa, los interesados pueden luego plantear la cuestión de propiedad ante la jurisdicción civil; el interdicto pretende tan solo la protección de una posesión amenazada. Se trata de un interdicto cuya resolución compete a una autoridad administrativa, lo que ciertamente es extraño y poco frecuente^{2 (bis)}».

La posibilidad de planteamiento de la cuestión de propiedad ante la jurisdicción ordinaria, es, desde luego, totalmente independiente de la vía administrativa y luego jurisdiccional ante la jurisdicción contencioso-administrativa que pueda suscitar el artículo 23.

Tratándose de un interdicto, que, desde luego, ha de calificarse en Derecho de obra nueva, no procederá su planteamiento cuando la construcción del pozo esté concluida y terminada, lo que ocurre, no cuando se instalan los aparatos, motores o medios para la elevación del agua, sino, cuando, con la perforación, se llega a la lámina de agua, esto es, al correspondiente nivel freático, en cuyo caso la actuación del presunto perjudicado ha de orientarse por la vía de la jurisdicción civil, en ejercicio de las oportunas acciones protectoras del dominio.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha establecido con preci-

^{2 (bis)} Guaita, Ob. Cit. P. 201.

sión los anteriores criterios, diciendo en sentencias de 18 de marzo y 30 de abril de 1959, que mientras se hagan las obras, el perjudicado puede acudir al alcalde, o bien entablar interdicto ante el Juez, pero, terminadas aquellas, sólo cabe la vía judicial.

Sobre este precepto del artículo 23, podemos citar también, como declaraciones jurisprudenciales características, las contenidas en las sentencias de 30 de diciembre de 1954 y 24 de enero de 1970, expresivas de que la Administración no puede suspender las obras por meras conjeturas o argumentando con hechos futuros, sino solo si está acreditado (y en esta materia tienen gran valor los dictámenes), que el nuevo pozo influirá sobre aprovechamientos preexistentes, o sobre corrientes públicas y por supuesto, este procedimiento excepcional del interdicto administrativo, no prejuzga nada, acerca de la cuestión de propiedad a ventilar en su caso ante los tribunales civiles; habiéndose dicho en la de 28 de febrero de 1968, que el tratarse de un asunto urgente o de posible e inminente peligro o amenaza, es lo que justifica poner en sus manos estas verdaderas funciones judiciales...; manifestando también que, ante la presunción «iuris tantum» de la propiedad privada de las aguas subterráneas, corresponde la carga de la prueba al presunto perjudicado, mientras que el alumbrador solo tiene que demostrar haber guardado las distancias exigidas en el artículo 24 de la Ley de Aguas. Estamos hablando de la llamada distancia ática, que es de 100 metros.

III EL RECURSO DE ALZADA

El párrafo último del artículo 23 dice así: «La providencia del alcalde causará estado si de ella no se reclama dentro del término legal ante el Gobernador de la provincia, quién dictará la resolución que proceda, previa audiencia de los interesados y reconocimiento y dictamen pericial».

Nosotros nos preguntamos, y esta es precisamente la cuestión. ¿Es el Gobernador Civil el competente para resolver este recurso de alzada, como dice literalmente el texto legal, o por el contrario, lo es la Comisaría de Aguas de la cuenca respectiva?

En estos términos se plantea el interesante y espinoso problema, respecto del que no existe una línea clara y definida, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia, aún cuando hemos de reconocer noblemente y a fuer de sinceros, que el Tribunal Supremo, después de algunas imprecisiones, obscuridades, y no afrontar la cuestión, parece inclinarse a favor de la tesis del Gobernador Civil, como la de 4 de noviembre de 1968, si bien es cierto que, con todos los respetos que nos merece el Alto Tribunal, no resulta satisfactoria, en el orden especulativo y puramente jurídico, su argumentación, cuya crítica haremos más adelante.

Ni que decir tiene, pues ya lo habrán adivinado ustedes, la postura que nosotros mantenemos es la segunda de las dos alternativas planteadas en la interrogante con que centramos el asunto; esto es a favor de la Comisaría de Aguas, y la hemos mantenido siempre, con decisión y algún coraje, no exento de cierta osadía, compensadas con la satisfacción de que más de un jurista ilustre nos había expresado verbalmente y por escrito su conformidad con nuestra tesis; y decimos que nuestros argumentos los mantuvimos siempre contra viento y marea, (permitidme la expresión del lenguaje coloquial en aras de su grafismo), especialmente en otros tiempos en que la postura contraria, o sea, en favor del Gobernador Civil, se decía que estaba consolidada con argumentos que parecían hacer fortuna en ciertos ambientes jurídicos y no jurídicos, al socaire de una apreciable tendencia a robustecer la figura institucional de esta autoridad.

La competencia de la Comisaría de Aguas para conocer el recurso de alzada a que se refiere al artículo 23 de la Ley sobre la materia, viene establecida por los preceptos legales vigentes, modificadores de aquella. En efecto, la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, que en un principio atribuyó tal competencia al Gobernador Civil, ha sido objeto de modificaciones posteriores por las siguientes disposiciones legislativas:

Ley de 20 de mayo de 1932, cuyo artículo único es del siguiente

tenor: «Las facultades que en orden a la incoacción, tramitación y resolución de expedientes relacionados con los servicios de Obras Públicas, estén ahora conferidas a los Gobernadores Civiles, quedarán atribuidas, a partir de la promulgación de la presente Ley, a los Ingenieros Jefes de Obras Públicas en las respectivas demarcaciones».

Interesa resaltar, como medio de interpretación del sentido y propósito de esta Ley, la breve exposición de motivos que precedía al proyecto remitido a las Cortes por el Ministro de Obras Públicas. Dicho preámbulo no figuraba luego en la promulgación de la Ley en la Gaceta, y dice así:

«A las Cortes Constituyentes:

Las Leyes que regulan los diversos servicios de Obras Públicas o con ellos relacionados, así como también diversas disposiciones de categoría jurídica inferior, confieren a los Gobernadores Civiles determinadas facultades para resolver expedientes que afectan a dichos servicios. Unas veces esas resoluciones agotan la vía administrativa; otras las autoridades referidas actúan como jurisdicción de primer grado, siendo apelables sus acuerdos o providencias ante la Administración Central y en otros casos se limitan a ordenar el trámite y preparación de los expedientes cuya resolución definitiva compete al Ministro; pero siempre el servicio facultativo de Obras Públicas, es el que, de hecho actúa.

Debiendo dedicarse con preferencia la atención de los Gobernadores Civiles a cuanto afecte al mantenimiento del orden público, no parece conveniente distraerla hacia actividades tan ajenas a esa su función característica, que exigen, si la firma resolutoria ha de ser algo más que el signo de un mero trámite, examen profundo y fatigoso.

De otra parte, los Ingenieros Jefes que ahora se limitan a asesorar a los Gobernadores, deben asumir la delegación del Ministro en su respectiva demarcación, correspondiéndoles las resoluciones que ahora decretan aquellas autoridades».

Transcribimos aquí esta exposición de motivos, por ser reveladora del verdadero propósito que inspiró la redacción de la Ley, que bien claro queda expuesto en ella, significando en definitiva conseguir el objetivo de que los servicios de Obras Públicas sean resueltos por los Ingenieros Jefes, descargando al Gobernador de funciones que distraían su atención. Se confirma así una realidad práctica en cuanto que la intervención de esta autoridad en dichos expedientes era meramente formal y ritual, puesto que en definitiva, la decisión venía dada por los asesoramientos de los servicios facultativos de Obras Públicas.

Aunque volvamos posteriormente sobre la transferencia de

funciones de los Gobernadores Civiles a los Delegados ministeriales en las provincias, como consecuencia ineludible del aumento del intervencionismo estatal, que hacía imposible que la figura del Gobernador Civil pudiera atenderlos con la dedicación debida, seguiremos con la evolución legislativa que se inicia con la Ley de 20 de mayo de 1932, antes expuesta.

Esta Ley fue aclarada, de un modo terminante, por el Decreto de 29 de noviembre de 1932, que dispuso: «Corresponde a los Jefes de Obras Públicas en las provincias, a los Jefes de Aguas de las Cuencas y a los Ingenieros Directores de los Puertos, dentro de sus respectivas demarcaciones, las atribuciones que la Ley de 20 de mayo de 1932 les confiere en cuanto a los expedientes relativos a los servicios que les están respectivamente encomendados».

De estos dos preceptos resulta: Primero, que las facultades sustraídas a los Gobernadores son todas las relacionadas con los Servicios de Obras Públicas; y segundo, que las palabras «Obras Públicas», empleadas con esta ortografía, y puestas en relación con la de «Servicios» inmediatamente precedente, están demostrando que el legislador emplea la frase, no en sentido genérico, sino en el específico de competencias del Ministerio de Obras Públicas, donde tradicionalmente, a lo largo de toda la evolución histórica de la Administración Española se han comprendido las materias relativas a aguas; y tercero, que dicha interpretación aparece corroborada en el Decreto de 29 de noviembre de 1932, cuyo texto, detallando más, distribuye las facultades atraídas hacia sí, entre las autoridades que cita, asignando, lógicamente, las de aguas a los Jefes de Aguas de las Cuencas, como resulta también del artículo 1.º de la Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1932, cuando habla de las facultades que «en materia de aguas» atribuye a los Jefes de Aguas del artículo 1.º del Decreto ya citado.

Siguiendo la evolución legislativa, encontramos el Decreto de 7 de diciembre de 1935, que suprimió la Jefatura de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Segura, creando, en su lugar, la Comisaría del Ministerio de Obras Públicas, la que, entre otras facultades, recibió, en el apartado g) del artículo 5.º, la de «ejercer todas las prerrogativas que, en virtud de la Ley de Aguas, correspondían a los Gobernadores Civiles, y por la Ley de 20 de mayo de 1932, corresponden a los Jefes de Obras Públicas».

Relacionando estas disposiciones con las anteriores, vemos perfectamente claro que las facultades que se atribuyen, primero al Jefe de Aguas, y luego a la Comisaría que le reemplaza, son las que, «por virtud de la Ley de Aguas correspondían a los Gobernadores Civiles», y entre estas prerrogativas figura la del artículo 23 de la citada Ley.

Posteriormente, por Decreto de 10 de enero de 1947, se dio a los Jefes de Aguas el carácter de Directores Adjuntos de las Confederaciones Hidrográficas, aunque conservando las atribuciones que en materia de aguas les confería el Decreto de 29 de noviembre de 1932, hasta que fueron transferidas al Ingeniero Director por Decreto de 28 de noviembre de 1947.

Por último, el Decreto de 8 de octubre de 1959, crea las Comisarías de Aguas, actualmente existentes, restableciendo, con este nombre «tradicionalmente adoptado en alguna Cuenca» las antiguas Jefaturas de Aguas de las Cuencas Hidrográficas, cuyos preceptos fundamentales establecen: «Las funciones de las Jefaturas de Aguas incorporadas a la Dirección de las Confederaciones Hidrográficas por Decretos de 10 de enero y 28 de noviembre de 1947, quedan encomendadas a las Comisarías de Aguas, órganos del Ministerio de Obras Públicas, bajo la dependencia de la Dirección General de Obras Hidráulicas» (artículo 1.º); y «corresponde a las Comisarías de Aguas la tramitación de los expedientes y la aplicación de las resoluciones que afecten a las aguas públicas y cauces de dominio público, servidumbres, deslindes, modulaciones, otorgamiento de concesiones de aprovechamiento de aguas públicas, autorizaciones y, en general todo lo que guarda relación con los preceptos de la Ley de Aguas y disposiciones en materia de aguas, en cuando sean de la competencia del Ministerio de Obras Públicas, y no esté a cargo de las Confederaciones, pasando a los Comisarios de Aguas las facultades que a los Jefes de Aguas atribuye el Decreto de 29 de noviembre de 1932», (artículo 3.º, apartado b).

IV EL GOBERNADOR CIVIL EN LA ADMINISTRACION PERIFERICA

Las facultades de la Administración en cuestiones de aguas, han sido ejercidas tradicionalmente por el Ministerio de Obras Públicas y no por los Gobernadores Civiles. Al objeto de mantener el debido orden, dada la complejidad de los fines que atiende la Administración, esta se organiza, estructurándose en ramos por razón de la materia, lo que determina la división en departamentos ministeriales, dentro de los cuales existen, a su vez, diversos grados, que se ordenan entre sí, con arreglo a criterios de jerarquía, dando lugar a las llamadas categorías administrativas.

Dentro de esta organización figuran en el ámbito provincial, los Delegados de los Ministerios, hoy Directores Provinciales, que se integran en los Gobiernos Civiles, pero siguen dependiendo orgánica y funcionalmente de los respectivos ministerios, como unidades de gestión en el sector correspondiente, según el Real Decreto de 24 de julio de 1981. Entre estas representaciones ministeriales, o mejor dicho de la Administración Central en las provincias, destaca la figura del Gobernador Civil, que además de ser Delegado del Ministerio del Interior, en cuanto que depende orgánica y funcionalmente de este departamento, según el artículo 2.º del Estatuto de Gobernadores Civiles de 22 de noviembre de 1980, es representante del Gobierno de la Nación, carácter éste último, que le otorga la consideración de «primus inter pares», con funciones de coordinación, manifestadas especialmente en la facultad de suspender los acuerdos de los representantes de los demás ministerios.

En la última escala, y con competencia limitada a la esfera local, figuran los Alcaldes, quienes, además de jefes de la Administración Local, son representantes de la Administración del Estado, según el artículo 118 de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955, o lo que es lo mismo, asumen en el término municipal la representación de todos y cada uno de los ministerios; por lo que, cuando resuelven el interdicto administrativo del artículo 23 de la Ley de Aguas, no actúan como jefes de la Administración Local, sino como Delegados de la Administración del Estado, en el ramo de competencias del Ministerio de Obras Públicas. De aquí que la revisión de su actuación corresponde al órgano provincial competente en tal materia de aguas, que es la Comisaría de Aguas.

El mismo sentido late en el artículo 383, apartado 1.º de la vigente Ley de Régimen Local, según el cual, las providencias que dicten los Presidentes de las Corporaciones Locales, como Dele-

gados de la Administración Central, podrán ser impugnadas con arreglo a las leyes que regulan cada materia. Este artículo de la Ley de Régimen Local, se impugnó ante el Tribunal Constitucional, por considerar inconstitucional la posibilidad de recurrir ante la Administración del Estado, las providencias que dicten los Presidentes de las Corporaciones Locales, como delegados de aquella Administración. Se estimaba que esta posibilidad era contraria al principio de autonomía local, que proclama el artículo 140 de la constitución Española de 1978. El Tribunal Constitucional declaró que el artículo 383 no puede calificarse de inconstitucional, precisamente por tratarse de competencias delegadas y no propias de la esfera relativa a los intereses peculiares de los Entes Locales (Sentencia de 2 de febrero de 1981, publicada en el B.O.E. de 24 de febrero).

En conclusión, la competencia del Gobernador Civil no se extiende a todas las cuestiones de la Administración Central en provincias, sino, solo a aquellas no atribuidas a las Direcciones Provinciales, y Organismos de otro departamento ministerial, criterio éste, que aparte de ser legal, cuenta a su favor, con el apoyo de consideraciones de tipo práctico, dado el cúmulo de asuntos que la primera autoridad provincial tendría que resolver de mantener el criterio opuesto; y supuesto que las materias de aguas se atribuyen al Ministerio de Obras Públicas en la tradicional distribución de competencias de la Administración Central, es a sus servicios provinciales, concretamente a la Comisaría de Aguas, a quienes corresponde resolver el recurso de alzada que nos ocupa, como en definitiva establecen las disposiciones legales que en este punto, modificaron el artículo 23 de la Ley de Aguas y que hemos citado ya.

La evolución en cuanto a los fines y competencias de la Administración, que va de un Estado liberal, al actual Estado intervencionista, trae como consecuencia la necesidad de que paralelamente las funciones del Gobernador Civil fueran aumentando en forma desmesurada al ser el único representante de la Administración Central en provincias, lo que determinó la necesidad de descargarle de las funciones específicas de los ministerios, que fueron encomendándose a los respectivos delegados ministeriales.

El Estatuto de Gobernadores de 22 de diciembre de 1980, no altera en este punto las disposiciones especiales sobre la materia. El proceso histórico que ha seguido la Administración en cuanto se refiere a los órganos de la Administración Central con competencia provincial (Gobernadores Civiles y Direcciones Ministeriales), ha sido de desconcentración de las funciones que recaían sobre la figura tradicional del Gobernador Civil; funciones que se han ido desgajando progresivamente para atribuir las a los Dele-

gados ministeriales, hoy Directores Provinciales, por la mayor complejidad que, como consecuencia de la ampliación de sus fines, adquiriría la Administración.

Estas ideas están expuestas terminantemente en la exposición de motivos del Decreto de Gobernadores de 10 de octubre de 1958, ya derogado, algunos de cuyos párrafos son del siguiente tenor: «Desde hace tiempo viene observándose, en lenta, pero incesante evolución, la progresiva tendencia a excluir de las facultades del Gobernador, el ejercicio de determinadas funciones, cuya atribución se confiere a representantes ministeriales. Esta tendencia solo puede admitirse en méritos de la exigencia impuesta por la complejidad y mayor suma de actividades técnicas y administrativas asumidas por el Estado, que implica la necesidad de que esos cometidos sean conferidos a funcionarios cuya especialización es precisa; pero no se oponen a que sobre ese conjunto de actividades, el Gobernador actúe en funciones superiores que dentro del ordenamiento jurídico vigente en cada caso, le permitan adoptar las facultades de decisión que para supuestos importantes le fueron atribuidas; de suspensión, en casos necesarios, y siempre de impulso y coordinación de la actividad desarrollada por los distintos organismos o jefaturas de servicios del Estado en la provincia».

Más adelante sigue diciendo la exposición de motivos del expresado Decreto, en su afán de perfilar las funciones del Gobernador Civil: «Ciertamente es el Gobernador Civil representante y delegado permanente del Gobierno en la provincia, y en méritos de tal cualidad la primera autoridad de la misma..., pero ello no quiere decir que el Gobernador sea representante de cada uno de los Departamentos ministeriales, sino del Gobierno en pleno, y en consecuencia, su labor no es fundamentalmente técnica, como acaece con los diversos delegados de aquellos, sino predominantemente política, y en todo compatible con la que los delegados ministeriales realizan en su particular cometido. Mientras tal actividad no rebase los límites de su privativa y respetable competencia, ninguna facultad se atribuye al Gobernador Civil para intervenirla o condicionarla; solo si ella resulta contraria a las directrices ministeriales o a las circunstancias políticas del momento, podrá el Gobernador suspender los acuerdos que los Delegados o representantes de los Departamentos adopten».

En este sentido, es de citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1967, en la que se dice de «la creciente y consolidada especialización de funciones de los organismos y autoridades públicas que ha reducido el ámbito de actuación residual de los Gobernadores» y, con los mismos términos, la de 31 de diciembre de 1971.

El actual Estatuto de Gobernadores, de 22 de diciembre de 1980, señala entre las facultades atribuidas en su artículo 11 al Gobernador Civil, la de supervisar como Jefe de todos los servicios públicos de la provincia, la actividad administrativa en sus aspectos jurídicos, económicos y políticos, en la forma legalmente establecida; suspender cuando proceda y por razones de interés general, las decisiones y acuerdos de los delegados y jefes de los servicios de la Administración Civil del Estado en la provincia, y coordinar la actividad de todos los órganos de la Administración Civil del Estado en la provincia, de forma directa, o en el seno de la Comisión Provincial de Gobierno, y cuando proceda con la Administración Local, estableciendo en el artículo 17, que el Gobernador Civil asumirá en la provincia la función de mantener el orden público y proteger a las personas y bienes, mediante el ejercicio de las competencias que le atribuye la legislación vigente, disponiendo en el apartado h), como cláusula residual, la función de ejercer las atribuciones que las leyes y demás disposiciones de carácter general le confieren.

Obsérvese que según el artículo 12 del Real Decreto de 10 de octubre de 1980, en las Comunidades Autónomas cuyo ámbito no exceda de una provincia, el Gobernador General asumirá las competencias propias del Gobernador Civil.

Este último precepto, nos referimos evidentemente, al apartado h), del artículo 17, del Decreto de Gobernadores antes transcrito, decimos, que este último precepto, contiene una regla general muy expresiva, según la cual, el Gobernador Civil, en esta materia de aguas, no tiene más facultades que las que le confieren las leyes vigentes, en este caso la de aguas; con sus posteriores modificaciones.

Vemos pues, que la regla general indicada se remite a las leyes y demás disposiciones de carácter general, en orden a la determinación de las atribuciones del Gobernador Civil; remisión o reenvío a otras leyes (en este caso la de aguas), que nos demuestran como el propósito y significado de los decretos de Gobernadores, sucesivamente vigentes, 1958 y 1980, ha sido, no tanto modificar el círculo de sus competencias, aumentándolas o disminuyéndolas, como el de dar un tratamiento orgánico y funcional a la institución del Gobernador Civil. Se perfilan así, de modo sistemático, sus más esenciales matices, en una norma específicamente dedicada al tema, poniendo fin de este modo a la diversidad de disposiciones que regulaban aspectos parciales de su actuación, como ya decía la exposición de motivos del Decreto de 1958. La del nuevo Estatuto de 1980, manifiesta que, con él, «se propone la paulatina adaptación de la estructura del Estado a las precisiones constitucionales, organizándose el Gobierno Provincial en torno

a la figura del Gobernador, como representante permanente del Gobierno de la Nación en la provincia, y eje de todos los servicios civiles, periféricos en el territorio de su jurisdicción, *ostentando las facultades y competencias que en este Estatuto se le confieren para el cumplimiento de los fines que la Constitución y las Leyes atribuyen a la Administración Civil del Estado*».

Con lo expuesto, bastaría para demostrar lo erróneo de la posición que atribuye la competencia a los Gobernadores Civiles en la resolución de los recursos que nos ocupan; pero en nuestro afán de agotar los argumentos hasta sus últimas consecuencias y evitar interpretaciones acomodaticias de la frase del *artículo 33* del Decreto de Gobernadores de 1958, hoy derogado, que atribuía a esta autoridad los «permisos para investigación y alumbramiento de las subterráneas», hemos de sentar las siguientes conclusiones:

A).—Que el permiso o licencia administrativa, para investigar y alumbrar aguas subterráneas, es solo necesario para las investigaciones en terrenos de dominio público, y no para los que sean propiedad de particulares, conforme a los artículos 19 y 21 de la Ley de Aguas, y 417 del Código Civil, salvo en cuanto a los alumbramientos en las Islas Canarias, donde también es necesaria dicha autorización, aunque se hagan en propiedad particular, según la legislación especial del archipiélago, fundamentalmente la Ley de 24 de diciembre de 1962 y el Reglamento de 14 de enero del 65.

B).—Que una cosa es el permiso o licencia administrativa para investigar aguas subterráneas en terreno de dominio público, y otra muy distinta la concesión administrativa de aprovechamiento de las ya descubiertas o alumbradas. Distinción ésta, entre permiso y concesión que, aparte de ser cardinal en el Derecho administrativo, se recoge ya en la Real Orden de 5 de junio de 1883, cuando en su número 3.º establece que «podrá solicitarse y obtenerse en vez de la autorización o concesión definitiva, permiso para investigación por medio de calicatas o sondeos, pidiéndolo al Gobernador», y en el número 5, añade que, «terminadas las operaciones de alumbramiento, se expedirá al concesionario el título de propiedad de las aguas».

Insistimos en que el precepto que acabamos de comentar está hoy derogado, pero ello no obstante, las consideraciones hechas sobre él, refuerzan nuestra argumentación, incluso durante el tiempo en que estuvo vigente, concretamente hasta el 2 de marzo de 1981.

En todo caso, y para cerrar este capítulo, hay que tener presente el criterio de jerarquía de normas, previsto por el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Civil del Estado,

de 26 de julio de 1957, y el artículo 9-3 de la Constitución, en relación con el artículo 2.º-2 del Código Civil, según los cuales el Decreto de Gobernadores no puede contrariar lo establecido en una norma de rango superior, como es la de 20 de mayo de 1932, que traspasó a las autoridades de aguas las facultades que tenían los Gobernadores Civiles de resolver los recursos de alzada a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

Es interesante recoger aquí el hecho significativo de que en las Islas Canarias, sometidas a un régimen jurídico especial, las cuestiones sobre posibles perjuicios que se causen por el alumbramiento de aguas subterráneas, son resueltas, no por el Alcalde o Gobernador, sino por la Comisaría de Aguas, integrada hoy en la Dirección Provincial del Ministerio de Obras Públicas, según el Decreto de 1 de febrero de 1968. Concretamente la Orden de 16 de enero de 1960, atribuía a las Comisarías de Aguas de las Islas, las funciones relativas a obras de alumbramientos de aguas en terrenos de dominio particular, cuyas decisiones pueden ser recurridas en alzada ante la Dirección General de Obras Hidráulicas, en el plazo de 15 días, según el artículo 19-6 del Decreto de 14 de enero de 1965, que aprueba el Reglamento de aprovechamiento de aguas en Canarias.

V EL ARGUMENTO DEL ORDEN PÚBLICO

Son tres los argumentos fundamentales en que se apoyan los que mantienen la tesis a favor del Gobernador Civil, a saber: la interpretación de la Ley de 20 de mayo de 1932; la figura del Gobernador Civil en relación con los Directores Provinciales de los demás departamentos ministeriales, y el tratarse de una cuestión de orden público.

Las dos primeras han quedado suficientemente examinadas anteriormente. Nos queda por último, hacer una alusión, necesariamente breve, para no abusar de la atención de Vdes., acerca del concepto de orden público.

En principio, hemos de decir que se trata de una noción jurídica, ya que desenvuelve sus efectos en el mundo del Derecho.

Por lo que respecta al Derecho privado, son frecuentes las referencias a la idea del orden público, entre las que podemos citar las contenidas en el artículo 12 del Código Civil, a propósito de las normas de conflictos, impidiendo la aplicación de la Ley extranjera; el artículo 4.º del mismo Cuerpo legal como límite a la renuncia de derechos; el artículo 1.255 a propósito del dogma de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Obligaciones.

Sin embargo, nos interesa aquí delimitar el concepto de la institución en el ámbito del Derecho Público, y más concretamente, como facultades específicas del Ministerio del Interior, y de los Gobernadores Civiles en provincias.

A este propósito, conviene dejar sentado, que la idea del orden público no es fija y estable, sino contingente y variable, en función de cada momento histórico, tal y como decía Ranalletti³ en su conocido trabajo sobre la policía de seguridad, cuando afirmaba que, el concepto de orden público es un concepto en blanco, subjetivo, esencialmente histórico y relativo.

La concepción primaria, es la que vincula la idea del orden público a la del orden material, la paz y la tranquilidad pública. Así pudo decirse en el siglo XVIII, que el primer cuidado de los corregidores deberá ser procurar por todos los medios posibles, establecer y conservar la paz en los pueblos de su jurisdicción⁴.

Un clásico del derecho político, don Adolfo Posada, decía que el orden público se relacionaba estrechamente con el régimen de garantías constitucionales, para impedir las manifestaciones abu-

³ «Premio trattato», de Orlando. 1904.—Tomo IV. Citado por González Pérez «Comentarios a la Ley de Orden Público» 1971. P. 31.

⁴ B. González Alonso.—El Corregidor castellano. Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1970. P. 275.

sivas y arbitrarias de los representantes del poder público, con ocasión de prevenir y reprimir las perturbaciones del orden y restaurar la situación de paz y tranquilidad materiales⁵.

Burdeau, en su obra «Libertades Públicas», dice que, en un régimen democrático, sería una herejía concebir el orden como un cementerio de libertades, cuando no puede y no debe ser más que un armonioso juego de libertades, de aquí que el orden y la libertad no sean contradictorios, sino complementarios entre sí, pues como dice el citado autor, en caso de conflicto entre ambos, la libertad representa el derecho sin la fuerza; la reglamentación, al contrario, representa algunas veces el derecho, pero siempre la fuerza. Es decir, concluye este autor, la libertad sería vencida de antemano⁶.

De aquí que la Ley de orden público de 30 de julio de 1959, viene a definirlo, como el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales, reconocidos por las Leyes, y su objetivo y finalidad no puede ser otro que garantizar la paz pública o la convivencia social, y hacer efectivo el libre y pacífico ejercicio de los derechos, teniendo siempre en cuenta la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias, como la de 17 de diciembre de 1980, 15 de abril de 1981 y 5 de junio del mismo año, declarativas de que el concepto de orden público habrá de ser interpretado de forma restrictiva, condenando cualquier forma de interpretación amplia que pudiera suponer auténtica habilitación para que la Administración pudiese encajar en él, cualquier conducta.

En este mismo sentido, e incidentalmente, la Ley Orgánica de Libertad religiosa de 5 de julio de 1980, establece que los elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática son, la seguridad, salud y moralidad pública (artículo 3.º-1.º); más la última cláusula general que enumera el artículo 2.º de la Ley de 1959 convierte el concepto de orden público en un concepto jurídico indeterminado.

La teoría de los conceptos jurídicos indeterminados, construida como medio de reducción de la discrecionalidad de los poderes públicos, es, en definitiva, una técnica de control judicial en el ámbito del Derecho Administrativo. Como es sabido, los conceptos jurídicos indeterminados («unbestimmter Rechtsbegriff», notions ragues on souples) son aquellos, que, dentro del denominado «margen de apreciación o decisión» del poder público, postulan la búsqueda de una única solución justa, revisable en sede jurisdiccional.

Debe advertirse que nos encontramos ante un concepto jurídi-

⁵ Enciclopedia Jurídica Española.—Editorial Seix. Tomo XXIII. P. 906.

⁶ Burdeau.—«Les libertés publiques». París, 1966. Pp. 29 y 32. Citado por González Pérez. Obra citada. P. 34.

co indeterminado que podría encuadrarse dentro de la categoría de «conceptos de experiencia», y por lo tanto, los llamados definibles en relación a un caso concreto.

De lo dicho en párrafos anteriores, puede sentarse una conclusión: el orden público aparece íntimamente ligado con la seguridad pública.

Por último, no puede faltar la referencia en este tema a nuestra norma primaria, la Constitución de 1978, que deroga la legislación anterior en cuanto la contradiga, en virtud del fenómeno de preinconstitucionalidad de una ley ordinaria, y que no debe ser confundida con la postinconstitucionalidad. En la Constitución se hace referencia al orden público, en el artículo 149-1, número 2, señalando como competencia exclusiva del Estado, la seguridad pública; y el Tribunal Constitucional en la sentencia de 8 de julio de 1982 ha declarado que, lo primero que hay que advertir es que en la asignación de competencias establecida en la Constitución, el artículo 149, 1, 29 de la misma, atribuye con carácter exclusivo al Estado la «seguridad pública», que supone una noción más precisa que la de «orden público».

Con la exposición de estas ideas, creemos que queda desnaturalizada la consideración del orden público como fundamento de la competencia del Gobernador Civil en el conocimiento de los recursos de alzada a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Aguas.

VI EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL CONSEJO DE ESTADO

En cuanto a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha sido vacilante e imprecisa. De aquí que convenga exponerla a grandes rasgos, comenzando por las que más o menos explícitamente aceptan la competencia del Gobernador Civil.

A partir de la de 10 de julio de 1961, citamos la de 28 de febrero de 1968, en la que se dice que el recurrente purgó cualquier defecto de que adoleciera la notificación al interponer el recurso procedente contra la providencia del alcalde, cual es el de alzada ante el Gobernador Civil, añadiendo que tanto el alcalde como el Gobernador Civil, deciden, cada uno en su respectiva instancia administrativa, la procedencia de suspender las obras denunciadas.

La de 4 de noviembre de 1968, declara que la competencia para conocer del recurso de alzada contra las resoluciones del alcalde, corresponde al Gobernador Civil de la provincia, diciendo que la Ley de 20 de mayo de 1932 no transfiere a los servicios de obras públicas la competencia de los Gobernadores Civiles de resolver las alzadas a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Aguas, pues los derechos dominicales de orden privado, y su actuación aún referidas a las materias de aguas, no han sido ni son materia sobre la que la Administración técnica general, y la concreta del Ministerio de Obras Públicas, haya tenido competencia, pues los mismos desenvuelven su actividad dentro del orden civil y es a los Tribunales de Justicia a quienes compete el decidir todas las cuestiones que, a su realidad y efectividad, pueden referirse. Expone más adelante que las potestades a que se refiere el artículo 23 de la Ley de Aguas, van dirigidas al mantenimiento del orden general de la comunidad, es decir, el orden público, y que el alcalde actúa como delegado de la Administración Central, por lo que debe entenderse que el recurso es el de alzada ante el Gobernador Civil de la provincia.

La sentencia de 4 de diciembre de 1969, dictada por la Sala 4.^a, manifiesta en el último considerando que no se ha demostrado la infracción del orden jurídico aplicable (artículo 23 y 24 de la Ley de Aguas), con lo que vuelve a admitirse la procedencia del recurso ante el Gobernador Civil.

Expondremos ahora las sentencias favorables a los organismos del Ministerio de Obras Públicas y concretamente a los Comisarios de Aguas. En este sentido la de 19 de enero de 1959 (Ponente señor Colmenero); cuyo tercer considerando dice, «que, si bien es cierto que por Ley de 20 de mayo de 1932, el Decreto de 29 de noviembre de igual año, y la orden de 30 de noviembre de 1932, se

transfieren 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 Murcia, confirmando el acuerdo mediante el que el alcalde de Mula 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 combatirlo en el recurso de alzada contra ella entablado por los aludidos demandantes, sino en recurso Contencioso Administrativo».

Nótese como el Tribunal Supremo se ve obligado a tratar punto tan transcendental, aunque sea incidentalmente, no obstante no plantearsele el problema de incompetencia de que tratamos, ya que el objeto del recurso era la orden del Ministerio de Obras Públicas, desestimando el recurso de alzada que los demandantes interpusieron contra el acuerdo del Gobernador Civil. También hemos de citar la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1957, de 30 de marzo de 1960 (Ponente señor Colmenero), y 17 de mayo de 1961 (Ponente señor Alvarez Gendin), en todas las cuales se trataba de alzada contra las providencias de los alcaldes, resuelta por la Confederación Hidrográfica del Júcar, y el Tribunal Supremo, al conocer de la apelación contra el fallo del Tribunal Provincial, confirma totalmente la actuación de este organismo, siendo de señalar para mayor inteligencia de esta jurisprudencia, que, los acuerdos que resolvieron las alzadas, se dictaron con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto de 8 de noviembre de 1959, creador de las Comisarias de Aguas; esto es, cuando las atribuciones, que ahora tienen tales organismos, correspondían a los directores de las Confederaciones Hidrográficas, según el Decreto de 28 de noviembre de 1947, anteriormente citado.

Nuestra tesis, en favor de la competencia de las autoridades de aguas, está además avalada por el sentir general manifestado en los primeros tiempos de la Ley de Aguas y aún ahora, en la sentencia que en primer lugar citamos, de 19 de enero de 1959 y en la tendencia a alzarse de las providencias del Gobernador (aún no se había promulgado la Ley de 1932, que le arrebató estas atribuciones), ante el Ministerio de Fomento, hoy Obras Públicas, y no ante el del Interior, después Gobernación y hoy nuevamente Interior, por la sencilla razón de que, tratándose de unas cuestiones de aguas, era lógico pensar que el conocimiento de las mismas, viniese atribuido a las autoridades competentes en este ramo. Dicho criterio puede observarse en la jurisprudencia antigua de la Ley de Aguas, concretamente en su sentencia de 31 de mayo de 1894 y 23

y 26 de diciembre de 1898, entre otras, que, al mismo tiempo, reflejan también, como ya hemos expuesto anteriormente, la idea de que la atribución acordada por la Ley de Aguas al Gobernador Civil venía determinada, porque en el año 1879, también tenía el carácter de delegado del Ministerio de Fomento, hoy Obras Públicas, en la provincia; del mismo modo que lo era y lo es, de otros departamentos ministeriales, cuando no existan delegados especiales de los mismos, hoy llamados directores provinciales, hasta que, al crearse, con posterioridad, representante específico del Ministerio de Obras Públicas, cesó su carácter de tal, lo que se reflejó en las oportunas modificaciones de la Ley de Aguas en este punto.

Esta idea del Gobernador Civil, como Delegado del ministerio de Fomento, cuando se publicó la Ley de Aguas, es evidente, y no puede desconocerse si se examina esta Ley en su totalidad y muy expresamente en los artículos 248-2)-3), 249 y 251, entre otros, en los que la intervención del Gobernador en estas materias de aguas se lleva a cabo, no como delegado del Ministerio de la Gobernación en las cuestiones de orden público de competencia peculiar de ese departamento, sino como Delegado del Ministerio de Fomento en cuestiones específicas de aguas, tanto públicas como privadas. Su intervención, repetida en la legislación de aguas en multitud de supuestos, no lo es a título de representante del orden público, sino única y exclusivamente como delegado del Ministerio de Fomento, hoy Obras Públicas, que tiene atribuidas las competencias en materias de aguas.

Conviene también traer a colación las sentencias de 19 y 20 de junio de 1969, que distingue la competencia de los Gobernadores, en orden a condiciones de seguridad en la explotación, dentro de sus atribuciones, y la de las Comisarías de Aguas y el Ministerio de Obras Públicas, que es indudable que, con arreglo a la orden de la Presidencia del Gobierno de 31 de julio de 1959, tiene la facultad de otorgar autorizaciones de todas clases para ejecutar labores de alumbramiento, distinción ésta, que está acorde con la tesis patrocinada, pues el Gobernador Civil tiene atribuciones para apreciar si las obras de alumbramiento significan un peligro para el orden público o la seguridad ciudadana, mientras que precisar si esas obras pueden mermar aprovechamientos preexistentes, es materia técnica, de índole pericial, que exige los conocimientos y medios de que disponen los organismos del Ministerio de Obras Públicas.

Antes de terminar este epígrafe sobre la doctrina del alto Tribunal, hemos de indicar las sentencias que podemos calificar de neutrales. Son la de 28 de febrero de 1952 (Ponente señor Lecea y Grijalba); la de 25 de octubre de 1956 (Ponente señor González

Alegre); y la de 12 de mayo de 1958, del mismo Ponente.

Conviene ahora examinar la doctrina del Consejo de Estado sobre este punto, a propósito de los Decretos resolutorios de conflictos de atribuciones y cuestiones de competencia. Citaremos en principio, el dictamen de 11 de julio de 1963, expediente número 30.276, en el que mantiene la competencia del Gobernador, afirmando que el recurso de alzada del artículo 23, no cae bajo la competencia de la Administración, en ninguno de sus servicios y que solo provisionalmente, y por razones de seguridad jurídica, son atribuidas a las autoridades locales y provinciales que tienen facultades genéricas de mantener el orden público.

Desde luego, la tesis aquí mantenida por el Consejo de Estado, merece nuestra crítica, porque la primera parte de su argumentación incurre en un sofismo de petición de principio, ya que hace supuesto de la cuestión, y dá por válido el criterio, que es justamente lo que se discute, de que la Ley de 20 de mayo de 1932, no privó de la resolución del recurso de alzada al Gobernador Civil, y en cuanto a la segunda argumentación, de ser una cuestión de orden público, no puede ser aceptable, como hemos visto, porque ello implicaría una extensión más que nociva del orden público, que no se compadece con el concepto que de esta institución resulta de nuestro ordenamiento jurídico.

Examinemos ahora, el importante Decreto resolutorio del conflicto de atribuciones de 9 de agosto de 1974⁷, entre el Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio de la Gobernación, a propósito de esta cuestión. Se trata de la suspensión de alumbramiento de aguas dictada por el alcalde de un pueblo de la provincia de Granada, que perturbaba, o amenazaba perturbar, la captación de una Mancomunidad municipal de abastecimiento de aguas potables, así como el suministro a la base aérea de Granada. El alcalde suspendió las obras del alumbramiento, y el problema consistía en decidir, si la alzada contra este acuerdo había de resolverla el Gobernador Civil de Granada, o la Comisaría de Aguas del Guadalquivir.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, emite dictamen favorable al Ministerio de Obras Públicas, con el voto particular de tres Consejeros. El Ministro de la Gobernación, al recibir este dictamen, se muestra disconforme con el mismo, y se adhiere al voto particular que le acompañaba, por cuya razón, la Presidencia del Gobierno, solicita un nuevo dictamen, sobre el mismo tema, del alto Cuerpo Consultivo, pero esta vez, no de la Comisión Permanente, sino, del Pleno.

El dictamen del Pleno, se emitió el 26 de diciembre de 1970

⁷ Boletín Oficial del Estado de 16 de septiembre de 1974.—Decreto 2.599/74.

(nótese la demora, hasta Agosto de 1974, en que se resuelve el conflicto por el Consejo de Ministros), y fue favorable al Ministerio de Obras Públicas, concretamente a la Comisaría de Aguas, en cuanto que limitaba la intervención del Gobernador Civil a aquellos únicos supuestos en que existiese peligro «para el orden o la seguridad».

Se centraba así el concepto del orden público en sus justos términos y entendía el alto Cuerpo Consultivo, que la determinación de si las labores de alumbramiento amenazan con desviar o mermar aprovechamientos legítimos preexistentes, es materia técnica que exige los conocimientos y medios de que disponen los correspondientes servicios de Obras Públicas. Llamemos la atención sobre el empleo de esta expresión por el Consejo de Estado, «servicios de Obras Públicas», que es la misma que utilizara en su día, la Ley de 20 de mayo de 1932, que transfería las funciones del Gobernador Civil a los servicios del Ministerio de Obras Públicas correspondientes, hoy Comisarías de Aguas.

También conviene precisar, que en este conflicto de atribuciones, los aprovechamientos amenazados de distracción o merma por el alumbramiento del nuevo pozo, se destinaban a servicios públicos: Base Aérea y Mancomunidades de municipios, por lo que la competencia de la Comisaría, según la Orden de 31 de julio de 1959, de que hablamos al principio, era incuestionable.

No obstante ello, en el Pleno del Consejo de Estado que emitió este dictamen, hubo también voto particular de un consejero permanente, al que se adhirieron seis consejeros más, que era favorable al Ministerio de la Gobernación, atribuyendo la competencia sobre el tema debatido al Gobernador Civil.

Elevado el dictamen del Pleno, y el voto particular al Consejo de Ministros, éste decide la contienda a favor del Ministerio de la Gobernación, esto es, Gobernador Civil, de conformidad con el voto particular formulado por la minoría del Consejo de Estado y apartándose del dictamen adoptado por mayoría.

Conviene destacar en este interesante Decreto resolutorio, que no es frecuente que el Consejo de Ministros al resolver estas contiendas disienta del dictamen del Consejo de Estado, máxime cuando actúa en Pleno, para adherirse a un voto particular minoritario y además, lo que constituye una curiosidad para la Historia, es que el citado Decreto aparece firmado por el Príncipe de España, hoy su Majestad el Rey, que actuaba en funciones de Jefe del Estado, en el verano de 1974.

VII LAS COMUNIDADES AUTONOMAS Y LAS AGUAS SUBTERRANEAS

Parece obligado hacer referencia, aunque sea breve, a la incidencia que la aparición de una nueva Administración Territorial, nos referimos a la Administración Autonómica, pueda tener sobre el tema de las aguas subterráneas, una de cuyas cuestiones hemos examinado.

Empecemos por afirmar sobre este punto, que el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, es complejo y confuso.

Existe el artículo 149 que enumera las competencias exclusivas del Estado; el 148 también de la Constitución, que expone las materias que pueden ser transferidas a las Comunidades Autónomas; y además el que la doctrina ha dado en llamar «listado residual», que comprende todas las materias que no estando incursas en el artículo 148, no figuran enumeradas en el artículo 149, de competencias estatales exclusivas; amén todo ello de la posibilidad que recoge el artículo 150-2 de transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante Ley Orgánica, facultades correspondientes a materias de titularidad estatal, que por su naturaleza sean susceptibles de ello.

El artículo 149 de la Constitución, al enumerar las competencias exclusivas del Estado, por lo que se refiere a las aguas, dice en el número 22, textualmente «legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos, cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma». El artículo 148-10 utiliza la expresión siguiente, para definir las materias que pueden ser objeto de transferencias a las Autonomías: «proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales».

Esto sentado, surge necesariamente la pregunta ¿Qué pasa con las aguas subterráneas? Desde luego, empecemos por afirmar que no pueden incluirse en el texto constitucional en la expresión antes transcrita de «aguas termales y minerales», porque estas son consideradas jurídicamente como recursos minerales y en consecuencia se rigen por la legislación de minas y no por la de aguas.

Hay quien afirma que las aguas subterráneas, se integran en la unidad del ciclo hidrológico con las superficiales y por tanto, deben ser tratadas jurídicamente en forma unitaria, lo que trae como consecuencia su inclusión en la expresión «recursos hidráulicos», que, como competencia exclusiva del Estado, utiliza el artículo 149-22 de la Constitución.

Sea ello lo que fuere, lo cierto y verdad es que, para conocer el grado de competencia que corresponde en materia de aguas a cada Comunidad Autónoma, hay que recurrir necesariamente a los Estatutos de Autonomía respectivos.

Los Estatutos Vasco y Catalán, atribuyen competencias a las Comunidades Autónomas sobre las aguas subterráneas, de forma expresa y taxativa. Lo mismo ocurre con el Estatuto Gallego y el Andaluz. Ahora bien, estas competencias sobre las aguas subterráneas, tienen un doble límite: 1), que se respeten las bases establecidas por el Estado para el régimen minero y energético. 2), que sus aprovechamientos no afecten a otra Comunidad Autónoma, antes de ser extraídas y que no discurran, una vez extraídas, por el territorio de otra Comunidad Autónoma.

También existe una previsión en relación con esta competencia de las Comunidades Autónomas sobre las aguas subterráneas y es que, los aprovechamientos hidráulicos, canales, regadíos o instalaciones eléctricas y obras públicas a que pudieran dar lugar tales aguas, tienen sus propias reglas de determinación de competencias.

Limitándonos, por razones evidentes, a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, su Estatuto, aprobado por Ley Orgánica 4/82, de 9 de junio⁸, no incluye las aguas subterráneas entre sus competencias *actuales*, definidas en el artículo 10-1-g; sino en el de las competencias, que podemos llamar *potenciales*, reseñadas en el artículo 13-1-j del mencionado Estatuto.

Aquél precepto dice: «Corresponde a la Comunidad Autónoma de Murcia, la competencia exclusiva en las siguientes materias: g), proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés para la Comunidad Autónoma, cuando el cauce integral de las aguas se halle dentro de su territorio. Las aguas minerales y termales».

El artículo 13, referente a las que hemos llamado competencias potenciales, se refiere textualmente, en su apartado j), a la «ordenación de las aguas subterráneas de los acuíferos, totalmente integrados en el territorio de la Región».

Estas últimas competencias sobre las aguas subterráneas podrán ejercerse por la Comunidad Autónoma, transcurridos cinco años, según el artículo 148-2 de la Constitución, previo acuerdo de la Asamblea Regional, adoptado por mayoría absoluta y previa Ley Orgánica, aprobada por las Cortes Generales, según el artículo 147-3 de la Constitución.

La expresión estatutaria «acuíferos totalmente integrados en el territorio de la Región», sin duda creará problemas, habida cuen-

⁸ Boletín Oficial del Estado de 19 de junio de 1982; número 146. P. 16.756.

ta de la arbitraria y caprichosa estructura geológica del subsuelo en que su ubican los acuíferos, que en definitiva significa comunicaciones y conexiones entre los asentados en esta región y los limítrofes.

La comunicación o interdependencia entre los diferentes mantos acuíferos, no es un hecho insólito en la constitución geológica de las aguas subterráneas, sino más bien, al contrario, un hecho frecuente, en virtud del conocido principio de fluidez y comunicabilidad de las aguas subterráneas.

Citaremos, y con ello terminamos, en apoyo de esta afirmación, la opinión de dos científicos de reconocido prestigio, que avalan el sentir de la doctrina más prestigiosa en este punto. Así el Profesor Randa afirma que: «en virtud de la Ley de la comunicabilidad de las aguas subterráneas, estas constituyen una masa hídrica, que no solo se encuentra por debajo de un fundo, sino que fluye a través del subsuelo de los contiguos, y por ello, en su indeterminable totalidad no está sujeta a nuestro dominio exclusivo, sin que puede ser en principio apropiada por cada propietario de suelo desde su fundo»⁹.

En el mismo sentido A. Nieto afirma lo siguiente: «El agua subterránea, constituye por cuencas, una unidad fluida e indivisible. El subsuelo actúa como una esponja empapada de agua, en la que cada una de las gotas comunica con las demás. Esta es la razón por la que el alumbramiento de un caudal produce un descenso general del nivel freático que se inicia ordinariamente con la forma de un cono invertido, que puede extenderse a muchos kilómetros de distancia: el descenso del nivel local provocado por el alumbramiento tiende a ser llenado por las aguas que se encuentran a nivel superior, cualquiera que sean las distancias, que se deslizan hacia el espacio vacío, bien sea rodando libremente, o por absorción capilar a través de capas permeables»¹⁰.

La controversia que nos ha ocupado no quedaría zanjada por las posibles transferencias a la Comunidad Autónoma; ni por una reordenación de la Administración Hidráulica, limitada a lo puramente estructural, pues con ello no se conseguiría otra cosa, en este punto, que endosar el mismo problema a los organismos de nueva creación. Recuérdese a este propósito la distinción entre normas de acción y normas de organización. Solo una adecuada y prudente reforma del ordenamiento jurídico del agua podría y debería, directa o indirectamente, resolverlo.

Habréis percibido con claridad, de qué forma la seguridad jurídica no resplandece precisamente en la cuestión que acabo de

⁹ Citado por Alejandro Nieto en Revista de Administración Pública número 56.—Mayo-Agosto 1968. P. 56.

¹⁰ Alejandro Nieto.—Revista de Administración Pública, número 56. P. 57.

exponer, si una futura revisión legislativa no le pone remedio. Se tergiversa así la idea cardinal de que aquella, la seguridad jurídica, solo debe sacrificarse, excepcionalmente, en aras del valor supremo de la justicia.

Nada tendría de extraño, pues, que la caótica situación de interpretación legal que he descrito, intranquilice y conturbe en cierto modo nuestro ánimo. En todo caso debemos mantener la confianza en el Derecho, como único medio eficaz de ordenación de la convivencia social.

Señores Académicos,

Señoras y Señores:

Si este largo parlamento, no ha sido excesivamente tedioso, ello es imputable, única y exclusivamente, a la generosidad, paciencia y buena disposición de todos ustedes.

Nada más y muchas gracias.

**CONTESTACION
DEL
EXCELENTISIMO SEÑOR
DON FRANCISCO MARTINEZ ESCRIBANO**

**EXCMOS. E ILTMOS. SRES.
SRAS. Y SRES.:**

Dicen nuestros Estatutos que al discurso que ha de leer el Académico electo para su toma de posesión como Académico de número, ha de contestar un Académico de número designado por el Presidente; y en esta ocasión, he querido dejar para mí el gustoso hacer de ser recipiendario en esta Real Academia del Ilustre Jurista don Angel Sánchez González, quién con su discurso ha hecho realidad aquélla norma de que el Derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al Derecho que existe, como decía Paulo (I. 1, D., de reg. iuris, 50, 17).

El nuevo Académico nació en Guadalupe (Cáceres), y ha residido en Hervás, de la misma provincia, si bien hoy es un murciano más, que ha residido y está residiendo en esta tierra a la que está unido por vínculos indisolubles de amor y trabajo.

Licenciado en Derecho en la Universidad de Salamanca, donde obtuvo las máximas calificaciones, ingresó en el Cuerpo de Abogados del Estado en el año 1960, con el número 3, de las doce plazas que en aquélla ocasión fueron convocadas.

Actualmente es Abogado del Estado-Jefe en la Delegación de Hacienda y Tribunales de esta Provincia, hoy Delegación de Hacienda Especial de Murcia; Profesor de la Escuela de Prácticas Jurídicas; Colaborador del Instituto de Estudios Fiscales y Miembro de la Asociación Española de Derecho Financiero.

Ha sido durante varios años Profesor-Encargado de Curso de Derecho Tributario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, así como Profesor-Ayudante en la Cátedra de Derecho Administrativo.

Son conocidas sus publicaciones, casi todas ellas de Derecho Administrativo y Tributario, mereciendo especial mención el Procedimiento Económico-Administrativo, publicado por el Instituto de Estudios Fiscales.

Sus publicaciones más importantes están reseñadas en la nota bibliográfica que se inserta al final del discurso de ingreso en esta Academia, entre las que resaltan algunas que relacionadas con el tema de Aguas, fueron publicadas en los Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

Buscador de temas conflictivos en Derecho, dedicó también su estudio al atrayente tema del «Visado de los proyectos urbanísticos como medio de intervención de la actividad profesional de los Colegiados».

Es persona sencilla dedicada al desempeño de la función pública, que alterna con la función docente y que sin duda alguna, se ha distinguido de manera notable en la investigación, estudio y práctica del Derecho, todo lo que le ha hecho merecedor a su nombramiento de Académico de número de esta Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.

Yo tengo la idea de que la contestación de un discurso de recepción, supone más que una contestación, una manifestación de nuestra satisfacción y contento, pues no se trata de establecer una réplica sino antes al contrario, de glosar (en su acepción musical) las mismas matizaciones del discurso, pero sin sujetarse rigurosamente a ellas.

Tampoco puede confundirse con una presentación, porque cuando se dice Académico es porque ya es conocida su obra de jurista y de quién se conoce su vida y su obra, no necesita de presentación inicial.

El discurso que hemos escuchado descubre y declara sin lugar a dudas, la competencia de la Comisaría de Aguas de la cuenca respectiva para resolver el recurso dealzada en los alumbramientos de aguas de dominio privado.

El nuevo Académico, como buen jurista, ha discurrido con reposo y meditación a la realidad social de la administración, con una visión amplia y certera de la misma, y en el desarrollo de su temática ha ido salpicando la numerosa problemática que ofrece el complejo tema del agua.

El agua, que ocupó la atención en los pueblos primitivos, siguió mereciéndola en todo tiempo con los romanos, los godos, los árabes y desde la España de la reconquista hasta nuestros días. De los árabes aprendimos la enseñanza de cultivar la tierra.

La Novísima Recopilación ya se refería al derecho de abrir nuevas acequias útiles para el regadío de las tierras; y la Partida III, en su título XVIII, Ley VI, señalaba que dejaban de ser públicas las aguas que entrasen en canal de particular tomadas lícitamente de los ríos.

La propiedad del agua está siempre vinculada a un fin de uso común, pero hasta ahora el aprovechamiento del agua constituye propiedad privada, independiente del derecho del dominio, privado o público, de las aguas.

A través de los tiempos se fueron haciendo los repartimientos reales que constituyeron una evolución histórica de la propiedad de las aguas y sus variadas modalidades. Estos repartimientos eran medios adecuados por las circunstancias históricas de atribución de un derecho de propiedad, que unas veces figuraba conjunta con las tierras y otras, cuando el agua por su escasez y condicio-

nes climatológicas del país tenían un gran valor, quizás superior al de las propias tierras regables, se entregaba como propiedad separada e independiente de la tierra. Y aquí mismo, en nuestra Provincia, en el Municipio de Moratalla, tenemos un vivo antecedente de este derecho, constituido por el Heredamiento del Alharabe y Benamor.

Por eso, el variado problema de las aguas se presenta unas veces en las ya alumbradas, que crearon los antiguos heredamientos y otras, en las que se pretenden alumbrar.

El académico Don Angel Sánchez González nos deja ver en su discurso la infinidad de normas legales que regulan esta conflictiva propiedad de las aguas.

Las antiguas leyes culminaron con la promulgación de la Ley de 3 de agosto de 1866, derogada en parte a los dos años de su promulgación, hasta que se publicó la vigente y centenaria Ley de Aguas, que juntamente con el Código Civil constituyen los dos textos legales que básicamente regulan la materia.

Pero con posterioridad y como se nos relata en el discurso que hemos escuchado, son abundantes las nuevas Leyes, Decretos y Ordenes Ministeriales que vienen modificando los viejos textos legales, y las milenarias tradiciones que de una u otra forma, regulan la materia de las aguas.

Tampoco olvida el nuevo Académico que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es pródiga en contradicciones, rectificando anteriores conceptos y tal vez, buscando la doctrina más acorde con la necesidad presente.

Quizás todas estas contradicciones de la doctrina jurisprudencial provengan de que en la Ley de Aguas se entremezclan constantemente normas de Derecho Civil, con otras de Derecho Administrativo y ello tiene que ser así porque el agua, como dijo Saint-Exupery en su obra «Tierra de hombres» (Citado por Emilio Pérez Pérez, en la Legislación y Administración de Aguas en España), «No solo eres necesaria para la vida, eres la vida».

Y precisamente por la numerosa legislación sobre la materia, es por lo que nace el problema de la competencia de los Gobernadores Civiles y las Comisarías de Aguas en ese procedimiento de interdicto administrativo, creado para paralizar la obra nueva de quien pretende realizar un nuevo alumbramiento de aguas y surge la posibilidad de que se produzca merma en el caudal ajeno, que es, como dice la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo, de 4 de febrero de 1970, cuando ante la no necesidad de un dato consumado se contempla la mera posibilidad de que se produzca merma en el caudal ajeno y ante tan dilatada previsión en materia técnica, que no puede ser descubierta en sus raíces a simple vista y re-

sulta prohibitiva para los ojos del profano, necesariamente las autoridades administrativas han de acudir a los informes periciales adecuados que les auxilie. Y aún como dice la sentencia de la Sala III del mismo Tribunal, de 30 de marzo de 1960, «toda resolución o fallo, sea en el orden civil, penal o administrativo, hablando en términos generales, no puede apoyarse en simples conjeturas, sino en hechos acaecidos o susceptibles de serlo, con una posibilidad manifiesta y próxima y que indudablemente tenga grandes posibilidades de suceder...».

Cuando se dan tales supuestos la Ley de Aguas, en su artículo 23, señala las facultades del Alcalde para suspender las obras. Y éste actuando como Administración y en virtud del privilegio de la decisión ejecutiva que ésta tiene, dirime el conflicto con carácter provisional, pudiendo llevar a cabo la ejecución forzosa de su decisión si a respetarla se resistiere el sujeto obligado. Pero contra la decisión del Alcalde, el particular tiene derecho a dirigirse a otro órgano administrativo para impugnar en la propia vía administrativa aquélla resolución del Alcalde, y es cuando se produce este recurso jerárquico llamado de alzada y que han de resolver los Gobernadores Civiles (como dice la Ley de Aguas), o las Comisarías de Aguas (como dicen los textos legales estudiados por el nuevo Académico).

Esta inflexión que hace la Administración en el Derecho privado y entre dos particulares que pretenden el disfrute de aguas subterráneas de un mismo acuífero, ha sido denominada como un especial interdicto administrativo al que puede optar el sujeto del derecho que se lesiona y para el caso, de que no quiera ejercitar su acción interdictal en la jurisdicción ordinaria.

Pero por el respeto que merece el derecho de propiedad y ser el párrafo 2.º, del artículo 23, de la Ley de Aguas, una excepción y una limitación de este derecho, no se puede interpretar extensivamente y la jurisprudencia, ha venido estableciendo que para que pueda darse la resolución administrativa por la que se ordene la suspensión de la realización de las obras de una perforación, no basta la existencia de simples conjeturas o posibilidades, sino que ha de descansar en hechos acaecidos o susceptibles de serlo, con una posibilidad manifiesta y próxima y que indudablemente, tenga grandes posibilidades de suceder. (Sentencias de 30 de marzo de 1960, 4 diciembre 1962, 28 de febrero y 4 de noviembre de 1968).

En definitiva se necesita que la perforación como obra nueva perjudique, produciendo un grave peligro, pero que siendo eventual y posible tenga manifiestos signos de que han de suceder, no bastando un por si acaso, sino que se implique con ellos un perjuicio que se trata de evitar y cuya posibilidad ha de acreditar el peti-

cionario a quien corresponde la carga de la prueba.

El estudio desarrollado por el Académico don Angel Sánchez González, como casi todas las polémicas que tienen por objeto materias del Derecho se puede decir que nacen por el complejo tema de la transformación que se viene realizando en los aspectos público y privado de esta temática, un tanto agobiada por el peso de la tradición, como dice el profesor Roca.

Y trata de eliminar las dudas que se presentan al jurista cuando ha de recurrir en recurso de alzada la resolución o acuerdo que en principio dictó el Alcalde.

La ley está basada en enseñanzas del pasado y necesidades del presente, pero han de servir para un futuro un tanto incierto, que incluso le es desconocido. Por eso, son las nuevas normas del Derecho puestas al servicio del hombre las que van cubriendo el presente parcheando o modificando la norma centenaria.

Nos consta que en un próximo futuro ha de ser derogada la centenaria Ley de Aguas y hemos de tener presente que la derogación de una norma tiene siempre como causa, el querer borrar las injusticias que con su mantenimiento se contienen durante el transcurso del tiempo pasado y así nace la nueva Ley, que es una esperanza para que en el futuro resplandezca una mejor justicia; sin embargo, la Ley derogada también fue la esperanza en otros tiempos de obtener el mismo fin.

La nueva Ley de Aguas puede cambiar el concepto del dominio de las aguas, pero cualquiera que sea su texto, se deberá siempre mantener las instituciones perennes y los principios inmutables en lo sustancial, y habrá de atender las necesidades de los hombres en el presente.

Tal vez en el nuevo texto legal el recurso de alzada recobre su verdadera naturaleza jerárquica y siga siendo el límite legal de la intervención administrativa, para dejar paso a la revisión de estos actos en la vía jurisdiccional.

En cualquier supuesto, el discurso de don Angel Sánchez González, constituye una valiosa aportación jurídica que siendo objetable, en definitiva enseña el procedimiento y, como dijo Gayo «Omne ius, que utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad acciones» (todo el derecho de que usamos concierne, bien a las personas, bien a las cosas, bien al procedimiento).

**PUBLICACIONES DEL EXCMO. SR.
D. ANGEL SANCHEZ Y GONZALEZ**

1.—«PROCEDIMIENTO ECONOMICO ADMINISTRATIVO.—Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1983. 3.ª Edición. 534 páginas.

2.—«ORGANO COMPETENTE EN EL PROCEDIMIENTO POR ERROR DE HECHO». Revista «Crónica Tributaria». Número 36. Páginas 149 y siguientes.

3.—«LA COMPROBACION DE VALORES DE LOS IMPUESTOS SOBRE LAS SUCESIONES Y SOBRE LAS TRANSMISIONES». Páginas 823 a 913 del volumen II de la obra titulada «Impuesto sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados». Estudios de Hacienda Pública. Instituto de Estudios Fiscales. Año 1977.

4.—«ARRENDAMIENTO DE LAS INSTALACIONES SOCIALES Y MODIFICACION DE SOCIEDADES EN EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES». Páginas 179 y siguientes, del número 29 de la revista «Crónica Tributaria».

5.—«RECURSO DE REPOSICION: COMPUTO DEL PLAZO PARA SU INTERPOSICION». Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Año 1976.

6.—«LA PRUEBA DEL HECHO IMPONIBLE EN LA LICENCIA DEL IMPUESTO INDUSTRIAL POR VENTA DE EDIFICACIONES». Páginas 113 y siguientes del número 30 de la revista «Crónica Tributaria».

7.—«LA REVISION DE OFICIO POR APORTACION DE NUEVAS PRUEBAS Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION». Páginas 1591 a 1634. Volumen II. Estudios de Derecho Tributario. Instituto de Estudios Fiscales. Año 1979.

8.—«PRECLUSION DE ALEGACIONES EN EL PROCEDIMIENTO ECONOMICO-ADMINISTRATIVO, Y CIRCUNSTANCIAS ACTUALES». Páginas 323 y siguientes del número 35 de la Revista «Crónica Tributaria».

9.—«FACULTADES DE POLICIA ATRIBUIDAS A LA ADMINISTRACION EN ORDEN A VELAR POR LA LIMPIEZA DE LOS CAUCES». Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Año 1976.

10.—«CONCESIONES RADIOFONICAS; EXIGENCIA DEL CANON A LAS CONFEDERACIONES HIDROGRAFICAS». Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Año 1977.

11.—«EN TORNO A LA SUBVENCION EN EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES PATRIMONIALES». Páginas 47 a 58, del número 45 de la revista «Hacienda Pública Española».

12.—«AGUAS MINERO MEDICINALES; REGIMEN DE SU EXPLOTACION». Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Año 1976.

13.—«VISADO DE LOS PROYECTOS URBANISTICOS COMO MEDIO DE INTERVENCION DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DE LOS COLEGIADOS». Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Año 1977.

14.—«DESAHUCIO ADMINISTRATIVO DE ALBERGUES PROVISIONALES». Anales de la Dirección General de lo Contencioso del Estado. Año 1979.

15.—«LAS RECLAMACIONES ECONOMICO ADMINISTRATIVAS. Legislación Tributaria comentada. Servicio de Publicaciones. Ministerio de Hacienda. Año 1983.

INDICE

I	Introducción	11
II	El artículo 23 de la Ley de Aguas y la Orden de 31 de julio de 1959	15
III	El recurso de alzada	21
IV	El Gobernador Civil en la Administración Periférica... ..	25
V	El argumento del Orden Público	31
VI	El Tribunal Supremo y el Consejo de Estado	35
VII	Las Comunidades Autónomas y las aguas subterráneas	41
	Contestación del Excmo. Sr. D. Francisco Martínez Escribano...	45
	Publicaciones	53

