

ALGO SOBRE LEGISLACION DE AGUAS

Por JULIAN DORAO,

Ingeniero de Caminos.

Consideramos de gran oportunidad e interés el trabajo del autor, que viene a señalar y estudiar las deficiencias que, por la falta material de tiempo, no pudieron reseñarse al discutir en el Congreso Nacional de Ingeniería la ponencia de Aguas subterráneas, y que ahora son objeto de un detenido análisis en el presente artículo y en otro que publicaremos en nuestro próximo número.

I

En el recientemente celebrado Congreso Nacional de Ingeniería se han planteado cuestiones de extraordinaria importancia, como no podía menos de suceder, dada la amplitud de sus propósitos, pues según el artículo 1.º del Reglamento, la finalidad del Congreso era "preparar conclusiones que permitan establecer criterios y normas prácticamente aplicables a la resolución de los problemas que plantea una racional y eficaz explotación de los bienes naturales de España".

Pero ha sido lástima que por la excesiva precipitación con que se han desarrollado las sesiones, especialmente si se tiene en cuenta la importancia de los asuntos y la gran cantidad y variedad de ellos, no hayan podido ser sometidos a la debida y razonada controversia que permitiera el contraste de opiniones suficientemente estudiadas y fundamentadas y el aquilatanamiento de las conclusiones.

El mecanismo establecido para el estudio y discusión de los temas ha resultado deficiente, pues fácilmente se comprende que en problemas de importancia y trascendencia nacional no se deben poner cortapisas al debate reduciéndole a los escasos minutos de que podía disponerse en una sesión, y sobre la base del conocimiento incompleto de las ponencias, que sólo llegaron a poder de los congresistas el día antes de las reuniones, y en forma de resúmenes, alguno de los cuales era un sencillo índice de las cuestiones a tratar, pero sin que pudiera deducirse en qué forma iban a ser tratadas. Parecía obligado que con los ambiciosos propósitos ya indicados se hubiera procurado dar más tiempo para el estudio total y detenido de las ponencias, con objeto de que los opinantes en pro o en contra pudieran estar suficientemente prepara-

dos para las objeciones o ampliaciones a presentar.

Esta precipitación en los debates ha tenido que traducirse en quitar consistencia a las conclusiones definitivas, puesto que hay que reconocer que muchos de los asuntos tratados no han podido serlo a fondo, por falta material de tiempo para ello.

Se han presentado trabajos que se referían a modificaciones en la vigente Ley de Aguas, y es indudable que éste es un asunto de trascendencia extraordinaria y que no puede ser tratado a la ligera, sino que conviene estudiarlo más detenidamente.

Así, por ejemplo, en el Grupo 4.º, "Explotación del Subsuelo y Aguas", se leyó el martes 30 de mayo una interesante ponencia presentada por el distinguido Ingeniero de Minas y Vicepresidente de la Junta de Gobierno y de la Comisión Ejecutiva del Congreso, D. Pedro Novo Fernández Chicharro, que se refería a legislación de aguas subterráneas, y que ni siquiera figuraba en la lista del resumen de trabajos, porque llevaba el número 291, y, como puede comprobarse, dicho resumen sólo llega hasta el número 270; es decir, que los congresistas no tenían, a la hora de la lectura, ni siquiera la ligera noción de lo que iban a escuchar, deducida del resumen correspondiente.

En estas condiciones es evidente la inferioridad en que se encontraba cualquier contradictor posible para oponer reparos a la tesis defendida, que era nada menos que la reforma fundamental de la Ley de Aguas, en la letra y en el espíritu, en todo lo referente a aguas subterráneas, con la consiguiente y obligada reforma también de una parte substancial del Código Civil.

Por razón de la importancia y trascendencia que encierra el tema y lo muy superficialmente que se discutió, parece obligado profundizar un poco más y

aclarar los puntos de vista sustentados en la ponencia, con mayor razón en este caso particular, por el hecho de que al acabarse la lectura recibió el autor del trabajo calurosas felicitaciones y plácemes de muy distinguidos Ingenieros especialistas, lo cual podría interpretarse en el sentido de una absoluta conformidad con la tesis defendida, aunque la ovación fuera, más probablemente, consecuencia del prestigio personal del conferenciante y de las circunstancias de momento, mejor que del estudio a fondo de la cuestión, que, por las razones ya indicadas, no había podido hacer ningún miembro de la Asamblea.

Creemos fácil demostrar la debilidad de los argumentos y afirmaciones de la ponencia, y lo consideramos obligado, aun dentro de nuestra modestia y limitada capacidad, porque estamos convencidos, como ya tuvimos ocasión de exponer en alguna sesión del Congreso, de la excelencia de la Ley de Aguas y del peligro extraordinario que llevaría consigo el dejarse arrastrar por la corriente reformista, tan en boga en ciertas ocasiones, que tiende a destruir sólidos monumentos, sustituyéndolos por figurillas de barro.

Cierto que las conclusiones definitivas adoptadas por el Congreso han sido suficientemente inocuas para que no sea de temer una reforma radical hecha ligeramente, sin los debidos asesoramientos y garantías; pero como es de suponer que en breve plazo de tiempo han de publicarse íntegros los trabajos o ponencias presentados al Congreso, creemos indispensable que para entonces haya alguna voz, aunque sea tan insignificante como la nuestra, que haga constar su opinión contraria a la defendida por el Sr. Novo. Como no pensamos hacer más que dar la señal de alarma, abriendo camino para que plumas más autorizadas profundicen en la cuestión, no ha de ser este artículo un estudio a fondo de la ponencia presentada al Congreso, cosa, por otra parte, que tampoco estamos en condiciones materiales de realizar, porque no disponemos de un ejemplar de la ponencia íntegra, sino tan sólo de unas notas tomadas a la ligera, pero que esperamos serán suficientes al objeto que nos proponemos.

El fundamento de toda la doctrina que se sostiene en la ponencia, en virtud de la cual se solicita la modificación de la Ley de Aguas y del Código Civil en lo que ambas leyes se refieren al agua subterránea, está en una interpretación, a nuestro juicio equivocada, de lo que quieren decir las referidas leyes. El autor empieza así la parte substancial de su trabajo en lo que llama *examen crítico de algunas normas jurídicas vigentes*.

"Si el Estado dispone de las aguas subterráneas para conceder su aprovechamiento, es porque se con-

sidera dueño de las mismas como bienes de dominio público destinados a fomentar la riqueza nacional. Por ello, pertenecen privativamente al Estado, por el mismo principio que sienta el artículo 339 del Código Civil aludiendo a los criaderos minerales, mientras no se obtenga su concesión como minas".

Esta afirmación es completamente gratuita, y este concepto, que se repite más adelante en otro párrafo, en que se asegura que el Código Civil y la Ley de Aguas reconocen la soberanía del Estado sobre las aguas subterráneas, *aun las situadas bajo predio de dominio privado*, están completamente en oposición con lo que de un modo terminante disponen la Ley de Aguas y el Código Civil.

La confusión consiste en interpretar que cuando la Ley señala como propiedad del dueño de un predio las aguas subterráneas que en él hubiere obtenido por medio de pozos ordinarios — art. 18 —, es que el Estado le "concede" esas aguas; y ése es un error de concepto que estimamos fundamental. La Ley no concede esas aguas al dueño del terreno, sino que "reconoce" ése derecho, que no es igual; y lo mismo sucede respecto a los demás artículos de la Ley y del Código en que se trata de aguas subterráneas, puesto que la Ley no hace concesión, sino que regula los derechos reconocidos o los encauza con la mira puesta siempre en la idea, obsesionante en la Ley, de defender los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad. El criterio de que el estado, por el simple hecho de señalar normas, "concede" las aguas subterráneas y, por tanto, se considera como dueño de ellas, nos llevaría al absurdo de tener que admitir que el Estado se considera dueño de las armas de fuego, puesto que regula su uso y aun modernamente su adquisición, y de las fincas rústicas y urbanas, puesto que interviene en su aprovechamiento y arrendamiento.

La sencilla razón de que las aguas, sean subterráneas o superficiales, puedan servir para fomentar la riqueza nacional, no autoriza a extender a este elemento la consideración de bienes de dominio público a que se refiere el apartado 2.º del artículo 339 del Código Civil, porque esa condición puede aplicarse a infinidad de cosas que no son de dominio público. El Código cita las minas y no cita las aguas, señal de que existe alguna diferencia fundamental entre ambos elementos. Y existe, efectivamente, una diferencia básica, fundamental, entre el agua y cualquier clase de minerales, y es que la característica del agua es su movilidad, lo cual hace que no pueda ser asimilada a ningún grupo de minerales, ni de la sección A) ni de la sección B), que son las que distingue hoy día la vigente Ley de Minas, y si en Leyes más antiguas

figuraron alguna vez las aguas en una tercera sección, pronto se vió el inconveniente y hubo que suprimirlas.

Cualquier yacimiento de minerales, aunque sea del tipo líquido de los petróleos, tiene su situación fija en el terreno y allí permanece mientras no se le extrae, y los conocimientos geológicos permiten señalar su existencia y límites con relativa precisión, mientras que el agua es esencialmente móvil y variable, y en su señalamiento e investigación intervienen, con predominio sobre la Geología, multitud de circunstancias aleatorias y desconocidas que hacen muy problemática la seguridad de encontrarla en muchas ocasiones, ya que cualquier movimiento sísmico, o la repercusión de explosiones, o, en fin, la misma erosión interna de los conductos subterráneos pueden hacer variar en términos extraordinarios el itinerario interior que siga una vena líquida.

Esta es una razón de mucho peso que impide dar al agua subterránea la misma consideración que a los minerales, ni asimilarla a éstos bajo ningún concepto, y es una razón también que demuestra la sabiduría y prudencia de la Ley de Aguas al dedicar pocos artículos a las aguas subterráneas, estableciendo nada más que los principios fundamentales, pero sin descender a detalles que, al estar basados sobre materia tan variable y desconocida, hubieran representado una constante posibilidad de fracaso.

Aclarado ya que el Estado no "concede" las aguas subterráneas en terrenos de dominio privado, desaparece toda la confusión y contradicción que quiere señalarse en la Ley de Aguas y en el Código Civil; pero si quedara alguna duda de interpretación, nunca pueden deducirse consecuencias que estén en abierta y rotunda oposición a afirmaciones contundentes de la Ley. Y el derecho del propietario de un terreno sobre las aguas subterráneas que se encuentren bajo el mismo está terminantemente reconocido por ambas Leyes, con la única limitación, siempre la misma, de que se respeten los derechos legítimos anteriores.

A esta consideración, tan justa y tan importante, de proteger intereses legítimos y evitar daños obedecen todas las limitaciones establecidas en los artículos 18 al 24 de la Ley de Aguas y en los correspondientes del Código Civil, pero siempre sobre la base de que el dueño del terreno es el único que puede extraer las aguas o puede dar licencia para ello, según establece de un modo absoluto el artículo 417 del Código Civil respecto a las aguas subterráneas, como antes, en el artículo 414, lo había establecido para las aguas superficiales, y aunque la redacción del artículo 22 de la Ley de Aguas pudiera ofrecer alguna duda, nunca puede dar lugar a suponer, como hace el Sr. Novo,

que la Ley sólo concede al terrateniente *una opción o permiso*, puesto que en el artículo 127, en el último párrafo, se dice literalmente: "Se entiende que en propiedad privada nadie puede penetrar para buscar o usar el agua, a no mediar licencia del dueño". Con esta afirmación desaparece cualquier duda; pero además parece lógico que si la hubiera todavía respecto al espíritu de la Ley de Aguas, acudiéramos, para aclararlo y fortalecer el criterio ortodoxo, a la exposición de motivos, en que tan detenidamente explica la Comisión que redactó la Ley el desarrollo y fundamento de toda la doctrina, y allí veríamos la afirmación rotunda: "Sólo el dueño de un terreno puede dar licencia para perforar la superficie por cualquiera de estos medios".

Creemos que queda suficientemente claro que la exclusiva o derecho de veto, como dice el Sr. Novo, del dueño de un terreno para investigar aguas en él no es una ampliación del Código Civil, sino que ya estaba firmemente establecido en la Ley de Aguas, y, por tanto, no existe contradicción ni anomalía en que ambos textos legales no den normas para que un alumbrador cualquiera investigue aguas subterráneas en predio ajeno, porque lo que existe es una prohibición expresa de hacerlo *sin licencia del propietario*.

Pero no sería previsora la Ley — y lo es en grado extremo — si no hubiera previsto el caso de que un propietario que no quiere o no puede hacer las investigaciones por su cuenta conceda permiso a un extraño, y para este caso es para el que se redactó el artículo 22, por el que se señalan los derechos del alumbrador ante posibles discusiones (*a posteriori* de encontrar las aguas) con el dueño del terreno. Esta interpretación, tan lógica y tan sencilla, se deduce obligadamente de la lectura de la exposición de motivos, cuando la Comisión trata de conciliar los intereses del dueño del terreno con los del investigador que con su capital y su trabajo descubre manantiales, pues inmediatamente después de conceder (en este caso ya se puede emplear el verbo conceder, y la Comisión le emplea, puesto que se trata de un derecho que no existía antes y que nace como consecuencia de los trabajos) al descubridor el dominio del agua hallada por pozos artesianos y por socavones o galerías, viene la afirmación terminante, antes citada, de que sólo el dueño de un terreno puede dar licencia para perforar la superficie. No puede caber la menor duda de cuál era el criterio del legislador al redactar estos artículos.

El Código Civil tenía que ser más terminante y categórico en la afirmación del dominio del dueño de un terreno sobre las aguas subterráneas que se hallan en él, no sólo porque se publicó diez años des-

pués y pudo advertir el legislador la posibilidad de torcidas interpretaciones del artículo 22 de la Ley de Aguas, sino porque además es la Ley fundamental que define y regula la propiedad, y tenía que establecer las diferencias entre propiedades generales y propiedades especiales. Las aguas, tanto públicas como privadas, pertenecen a las propiedades especiales, y el Código se refiere en todos los casos, para esta propiedad, a lo dispuesto en la Ley de Aguas, reconociendo su primacía y reforzando sus disposiciones, y véase con qué sano criterio y alta sabiduría están dispuestas las cosas en estas dos Leyes, que al descubridor o alumbrador de aguas subterráneas se le concede el dominio de la *totalidad* de las que hallare, por virtud del artículo 22 de la Ley de Aguas, ratificado por el 418 del Código, y, en cambio, en el artículo 351 de éste se establece que cuando fuere hecho el descubrimiento de un tesoro oculto en propiedad ajena o del Estado, por casualidad, la *mitad* se aplicará al descubridor. No es, por tanto, tan general como se dice en la ponencia el principio jurídico de conceder al descubridor la propiedad total de lo hallado como premio a la iniciativa y al descubrimiento de las riquezas y como pago por el desembolso que suponen tales iniciativas y trabajos, sino sólo una parte.

Indudablemente pesó en el ánimo del legislador la consideración de que el agua subterránea sacada a la superficie no representa un beneficio exclusivo para el descubridor, como pudiera ser un puñado de monedas de oro, sino que es un elemento que contribuye a la creación de riqueza en beneficio público; pero bien se advierte que en el caso del tesoro se reserva para el dueño del terreno la mitad, y no podría admitirse en buena ética que en el caso de alumbramiento de aguas no se le reservara nada, si no fuera por la circunstancia de que el alumbramiento de aguas en terreno ajeno presupone obligadamente el permiso o licencia del dueño, el cual ya sabrá en qué condiciones lo ha concedido.

Parece inútil insistir en que el hecho de que el Código Civil conceda al descubridor la mitad del tesoro encontrado no puede interpretarse en el sentido de que el Estado se considera dueño de todos los tesoros ocultos, y tampoco quiere decir que cualquiera puede dedicarse al descubrimiento de tesoros sin autorización del dueño de un terreno.

Esta es una prueba más de que no existe "posible error de interpretación" en los que opinan que el dueño de un terreno tiene el dominio de las aguas que se encuentren debajo, de conformidad con lo dispuesto, además de en todos los artículos citados, en el 350 del Código Civil, y que, en cambio, el error de interpretación, no posible, sino seguro, es el de los que supo-

nen "la soberanía del Estado sobre las aguas subterráneas, aun sobre las situadas bajo predio de dominio privado".

La poca consistencia de los argumentos empleados, que ya hemos visto que no tienen base sólida, conduce a consecuencias un poco extrañas, como es la de suponer que la inmensa mayoría de las resoluciones del Tribunal Supremo, que constituyen Jurisprudencia, han sido inducidas a error por haberse dejado llevar tan alta Magistratura por una equivocada actuación administrativa, como si los magistrados de este Tribunal, con su reconocida capacidad jurídica, su elevada intelectualidad y el conocimiento y dominio de las Leyes y de la vida, no hubieran sido capaces, durante varias generaciones, de desentrañar el espíritu y el alcance de las leyes y de su aplicación a la realidad civil y administrativa.

En otro aspecto se aprecia también la poca firmeza de las convicciones, pues se empieza diciendo que la modificación que se propone no es de gran trascendencia, ya que no se aparta del espíritu de la Ley, sino que tan sólo se pretende aclararla y evitar errores de interpretación; pero más adelante, al final del apartado correspondiente a *aguas subterráneas bajo predio de dominio privado*, ya se reconoce que no sólo el proyecto que se propone se aparta de la letra, sino también del espíritu de la vigente Ley de Aguas y del Código Civil, lo cual resulta evidente desde el principio, a pesar de las protestas en contra, desde que se proponía la derogación del artículo 417 del Código Civil.

La apreciación de error en la Jurisprudencia se supone principalmente por la razón, que se considera importantísima, de que la Ley de Aguas en sus artículos 22 y 23 no tiene en cuenta la posibilidad de motor mecánico para hacer surgir a la superficie del terreno las aguas alumbradas. Creemos, por el contrario, que esta redacción de los artículos de la Ley, prescindiendo del modo como salgan a la superficie las aguas alumbradas, es una prueba más de la prudencia y sabiduría de la Ley, puesto que en realidad éste es un detalle que no afecta a la médula del asunto, que es el alumbramiento de las aguas, es decir, sacarlas de las entrañas de la tierra y ponerlas en contacto con la atmósfera, lo cual sólo se consigue por los tres medios indicados en la Ley: socavones (o pozos), galerías y pozos artesianos. Para que un motor mecánico eleve mucha agua, es necesario que ésta se haya reunido previamente en el pozo donde se instale el motor, y la cantidad de agua que pueda reunirse es sólo función de la superficie de corte de las venas líquidas, a la cual no pone limitación la Ley de Aguas. Examinando detenida y seriamente la cuestión,

veremos que el motor mecánico no hace otra función que la de aumentar la superficie de afluencia de dichas venas líquidas, elevando el agua existente en el pozo para que constantemente haya superficie de concurrencia de nueva agua, y esto, teóricamente, puede conseguirse lo mismo aumentando indefinidamente la superficie de los socavones y las galerías. Claro es que el motor mecánico lo que resuelve es el problema económico por el coste de la elevación y por el tiempo empleado, aspectos estos en los que ya no entra la Ley de Aguas.

A pesar de la fecha en que se redactó la Ley, cuando juzga necesario hablar de motor mecánico, ya lo hace, como sucede en el artículo 184, en que se refiere al vapor como fuerza motriz, que para los efectos de la Ley es lo mismo que motor eléctrico o de explosión; pero es que en este caso varía fundamentalmente el efecto de la bomba de ser movida a mano a moverse con motor, por tratarse de aguas superficiales y públicas.

Por estas razones consideramos perfectamente redactado y de completa actualidad el artículo 22 cuando dice de las aguas subterráneas "el que las hallare o hiciere surgir a la superficie del terreno"... , separando con conjunción copulativa los dos aspectos y sin especificar la forma en que haya de desarrollarse este último, porque, a los efectos de la Ley, este aspecto es indiferente.

La interpretación abusiva de la antigua Ley de Minas, a que se hace alusión en la ponencia, como un procedimiento indirecto de sacar agua en terreno ajeno por medio de galerías que se practicaban para buscar un mineral que se sabía que no existía, no era

más que eso: un abuso, que si en algún momento pudo contar con tolerancia por parte de la Administración fué porque en la forma en que solían desenvolverse los trabajos no ocasionaban demasiado perjuicio; pero, a pesar de esto, hubo necesidad de dictar disposiciones para suprimir el abuso. Este procedimiento se empleó principalmente en las Islas Canarias, y allí tuvimos ocasión de conocerlo en la época en que estaba en mayor auge, por el año 1923, en que la isla de Tenerife tenía la casi totalidad de su superficie parcelada en pertenencias de mineral de hierro, que es el que pagaba menos canon, y se constituían sociedades formadas generalmente por varios terratenientes, que practicaban galerías a ojo en terrenos que dominaban sus fincas, con la esperanza de poder encontrar alguna vez una vena de agua. Este procedimiento irregular no ocasionaba, en general, grandes perjuicios a los terratenientes de la zona llana o abancalada, porque solían ser ellos mismos los accionistas de la sociedad y además procuraban practicar la galería en zona alta y en terreno improductivo; pero ya en la breve y atinada intervención, en la discusión de la ponencia, del distinguido Director de la Escuela de Ingenieros de Caminos, D. Manuel Aguilar, se hicieron ver los perjuicios que para la propiedad rústica significó el intento de orientación análogo al que ahora se propone, y cómo, por el contrario, en cuanto se han normalizado los procedimientos han desaparecido automáticamente casi todos los litigios anteriores. Del perjuicio que para la propiedad rústica y para la economía nacional puede representar la modificación que se pretende, trataremos en nuestro próximo artículo.