

AGUAS SUBTERRANEAS: SUBSUELO ARIDO Y SUBSUELO HIDRICO

POR

ALEJANDRO NIETO

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de La Laguna.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. *Significado político-económico del tema.* 2. *Un problema moderno.* 3. *Planteamiento.*—II. LAS DIFERENTES SOLUCIONES NORMATIVAS: 1. *La Ley de Aguas de 1866 y sus antecedentes.* 2. *La Ley de Minas de 1868.* 3. *La Ley de Aguas de 1879.* 4. *El Código civil.*—III. LOS PROBLEMAS CAPITALES.—IV. PERFORACIÓN DEL SUBSUELO ÁRIDO: 1. *La práctica.* 2. *Suelo y subsuelo.* 3. *“Usque ad sidera, usque ad inferos”.* 4. *Profundidad del suelo.* 5. *La jurisprudencia.* 6. *El Reglamento de 14 de enero de 1965.*—V. SUBSUELO HÍDRICO: 1. *Aguas no alumbradas.* 2. *Aguas alumbradas y extraídas.* 3. *Aguas alumbradas y no extraídas.* 4. *Aguas subterráneas corrientes y estancadas.*—VI. LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO DEL SUELO Y SUS LIMITACIONES.—VII. LOS DERECHOS DEL CONCESIONARIO MINERO.—VIII. SITUACIONES CONFLICTIVAS: 1. *Conflicto entre el propietario del suelo y un alumbrador anterior.* 2. *Conflicto entre el propietario del suelo y la pretensión de alumbrar de otro propietario.* 3. *Conflicto entre el propietario del suelo y tercero que pretende perforar su subsuelo hídrico.* 4. *Conclusión.*

I.—INTRODUCCIÓN.

1. *Significado político-económico del tema.*

El análisis del régimen jurídico de las aguas subterráneas resulta siempre extremadamente delicado, y hasta vidrioso, por causa de la fabulosa carga de intereses económicos que tras él se esconde.

No es este el momento de desarrollar el tema del determinismo económico del Derecho —un tema clásico de la Filosofía del Derecho (1)—, pero parece evidente que las normas relacionadas con la propiedad, más que ningunas otras, son especialmente sensibles a las influencias de unos

(1) Cfr., por todos, la lapidaria formulación de KAUTSKY, en *Das Erfurter Programm, in seinem grundsätzlichen Teil erläutert*, 1964 (reproducción fotostática de la 17 edición de 1922), págs. 68-69.

grupos económicos, que no sólo provocan la creación de tales normas (2), sino que imponen su permanencia y controlan su aplicación práctica.

Los interesados en negar esta evidencia suelen defenderse mediante la bien calculada táctica de imputar la paternidad de esta teoría a la escuela marxista, con todas sus consecuencias; lo cual es cierto, pero sólo a medias, puesto que, por ejemplo, es compartida por autores de un individualismo tan poco sospechoso como IHERING (3), y, sobre todo, porque, como ha demostrado hasta la saciedad el gran jurista americano Roscoe POUND, en la obra citada y con abundancia de textos de escritores anglosajones no socialistas, la interpretación económica del Derecho arranca de la jurisprudencia analítica de BENTHAM y de la escuela histórica de SAVIGNY.

No debe haber, pues, motivo de alarma. Observar con ojos limpios las adherencias económicas de las normas no implica necesariamente aceptar el dogma marxista de que el Derecho es un instrumento de dominación de la clase dominante, ya que, aun quienes en principio lo rechacen, deben admitir honradamente, como hace POUND, que esta teoría «posee un elemento de verdad que no puede ignorarse y, a pesar de que ha sido estimulado con temeridad, ha logrado importantes resultados; no puede examinarse la legislación del siglo pasado sin percibir que la presión organizada de los grupos con un interés económico común es la única explicación que puede darse a muchas disposiciones de la «Colección Legislativa» (4).

Y por ahora han de bastar estas breves alusiones a una idea que por su importancia va a servir a lo largo del trabajo para ilustrarnos sobre

(2) "La clase dominante moldeará la Ley a su favor y el Código que llegará a estar más cerca del ideal de justicia en cada ciudadano será el que favorezca de una manera más perfecta a la clase dominante" (Brooks ADAMS, *Centralitation and the Law*, 1906, páginas 63-64, *apud* Roscoe POUND, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, traducción española. Ed. Ariel, Barcelona, 1950, pág. 129).

(3) "Pero llega el caso frecuente de que una modificación no puede operarse más que hiriendo o lesionando profundamente derechos existentes o intereses privados; porque los intereses de miles de individuos y de clases enteras están de tal modo identificados con el Derecho en el curso de los tiempos, que no es posible modificar aquél sin sentirlo vivamente tales intereses. Si se pone entonces el principio del derecho enfrente del privilegio, se declara por este hecho sólo la guerra a todos los intereses, se intenta arrancar un pólo que se agarra con todas las fuerzas. Una consecuencia del instinto de la conservación personal es que los intereses amenazados opongan a toda tentativa de tal naturaleza la más violenta resistencia, dando vida a una lucha, donde, como en otras parecidas, no serán los razonamientos, sino las fuerzas encontradas, las que decidirán" (R. v. JHERING, *La lucha por el derecho*, trad. esp. Librería general de Victoriano SUÁREZ, Madrid, 1921, pág. 10).

(4) *Ob. cit.*, pág. 150.

el significado de muchas actitudes legislativas e interpretaciones dogmáticas.

2. *Un problema moderno.*

El problema del régimen jurídico de las aguas subterráneas es tan antiguo como la técnica de la agricultura de regadío; pero en los últimos años se ha agudizado de una manera alarmante como resultado de la concurrencia de una serie de factores de muy diversa índole, que conviene recordar:

— primero, demográficos: en cuanto el aumento de la población española (y mundial) exige una mayor producción de productos agrícolas y abastecimiento de poblaciones;

— segundo, económicos: en cuanto la dieta alimentaria actual se dirige a una mayor demanda de productos agrícolas especiales (huertas, frutas), así como también se ha elevado el consumo por habitante en las ciudades;

— tercero, técnicos: en cuanto hoy se pueden realizar alumbramientos con extracciones y a profundidades hasta hace poco inimaginables;

— cuarto, geológicos: en cuanto por las razones anteriores se ha producido un consumo excesivo de los mantos subterráneos, que llega a afectar directamente a las reservas fósiles; es decir, que se está consumiendo el capital y no la renta;

— quinto, políticos: en cuanto tienden a convertirse en ordinarios los fenómenos de las nacionalizaciones, publicaciones e intervenciones administrativas de todo grado en las aguas subterráneas;

— sexto, jurídicos: en cuanto se ha comprendido lo perturbador que resulta en la actualidad seguir tratando el agua como una pertenencia de la tierra, al estilo tradicional; hoy no puede ya admitirse que dos clases de bienes, tan dispares físicamente y tan independientes unos de otros, como el agua y la tierra, estén sometidos a un régimen jurídico dominical similar en su concepto y subordinado en su ejercicio (5).

Todos estos factores justifican más que sobradamente el presente trabajo, máxime cuando la literatura sobre el tema es muy escasa. Sorprende, en efecto, observar el desamparo científico en que se encuentran las aguas subterráneas frente al cuidado con que siempre han sido estudia-

(5) Cfr. sobre esta evolución jurídica Jean BARALE, *Le régime juridique de l'eau, richesse nationale*, en "Revue du Droit Public", 1965, págs. 587-630, donde se cita a Léon ACCOC (1890) como el primer autor que protesta contra la equiparación de los regímenes del agua y de la tierra.

das las aguas superficiales. Esto se debe, en parte, a la menor importancia económica de aquéllas y, por otro lado, a su condición predominantemente privada, que les ha colocado en una situación fronteriza muy característica de la doctrina española: los administrativistas las han marginado siempre por considerarlas privadas, mientras que los civilistas, por su parte, nunca las han prestado demasiada atención.

Las aguas subterráneas se encuentran reguladas hoy fundamentalmente por los artículos 18 a 27 de la Ley de Aguas, cuya aparente sencillez nunca ha podido sin embargo afrontar lo agudísimos problemas de la realidad, como lo prueba una jurisprudencia más que abundante. Con la consecuencia de que se ha hecho inevitable la aparición de una legislación complementaria, e incluso derogatoria, que cada vez va siendo más minuciosa y complicada, y que, sin embargo, todavía dista mucho de ser satisfactoria.

En este punto se impone una revisión sincera y total de lo existente, abandonando el habitual sistema de reformas parciales. Aunque conste que la tarea no es nada fácil. Porque el tratamiento normativo de las aguas subterráneas se encuentra estrechamente vinculado a su tratamiento técnico, el cual evoluciona con gran rapidez por los avances progresivos de la ingeniería y de la geología, que en todo caso afirman la infinita variedad de las condiciones reales del agua. Todo lo cual impide un planteamiento abstracto y formal del problema y exige un conocimiento directo de la variada realidad.

Bien es verdad que de ello es perfectamente consciente el legislador, y en los últimos ensayos normativos ha pedido cumplido consejo de los propios interesados; con resultado, por cierto, nada alentador, debido, en parte, a las propias disensiones de los interesados (la situación de Gran Canaria, por ejemplo, es muy diferente de la de Tenerife, y ambas de la cuenca del Segura), y, en parte, a la resistencia de ciertos grupos que se encuentran muy beneficiados con la turbia y equívoca situación existente (6). Añádase a ello que por hoy carecemos de una base filosófica y económica clara del papel que han de representar en la sociedad las aguas subterráneas, sin cuyos presupuestos es imposible pensar en una auténtica reforma, y hay que contentarse con simples

(6) Parece inútil recordar que el egoísmo es un fenómeno universal, y no sólo español. A propósito de la gran reforma planteada recientemente en Francia, que coronó en la más bien modesta Ley de 16 de diciembre de 1964, escribe BARALE (ob. cit., página 593): "La causa del abandono de esta idea no fué sólo la dificultad de la empresa; la revisión general del derecho de las aguas afectaba demasiado unos intereses particulares sólidamente defendidos".

tanteos, más o menos ambiciosos, pero siempre provisionales. Lo que explica mi convicción de que, por muy urgente que parezca la reforma total del régimen de aguas subterráneas, hoy resultaría prematura (7).

3. *Planteamiento.*

Teniendo en cuenta las complicaciones del tema y el detalle con que me he esforzado en desarrollar algunos de sus aspectos, es muy posible que la lectura de este trabajo resulte difícil, al menos para quien no esté familiarizado mínimamente con la variada realidad de las aguas subterráneas. De aquí la conveniencia de trazar ahora previamente una panorámica general de lo que inmediatamente va a analizarse.

a) En el epígrafe II se examinan las soluciones que ha dado al problema el legislador español. Dos de ellas, la Ley de Aguas de 1866 y el Decreto-Ley de bases de la Minería de 1868 —no obstante estar apoyados en principios políticos muy diferentes (la gloriosa Revolución de 1868 ha tenido lugar entre tanto)— estructuran un sistema muy similar: las aguas subterráneas se separan por completo del régimen del suelo para someterse a la legislación minera (1868), o a principios similares a los mineros (1866). Para mayor ilustración se recogen también las ideas expresadas en las labores preparatorias a la Ley de 1866, en que se ve cómo van madurando los criterios indicados.

A continuación se examina la vigente Ley de Aguas de 1879, que en este punto rectifica la de 1866. La restauración monárquica ha asegurado en el poder a los terratenientes, que durante muchos años van a dominar la escena política española. Se procede, por tanto, a una glorificación de la propiedad inmobiliaria a costa de los derechos del inventor, que antes habían sido respetados en la Ley de 1866 y absolutamente preferidos en la de 1868.

Con este matiz, el nuevo sistema, todavía vigente, se encuentra, sin embargo, obsesionado por la misma preocupación que la Ley de 1866, a saber, por lograr un equilibrio entre los derechos del inventor y los del propietario del suelo. Y hay que reconocer que tal equilibrio ha sido aceptablemente logrado, si bien por caminos muy diferentes de los de la legislación anterior:

— se realza, de momento, la figura del inventor, en cuanto es a él a quien se atribuye la propiedad del agua alumbrada; norma que des-

(7) Cfr. mis *Bases para una reforma del régimen de aguas*, cap. VII del volumen II (en prensa) del *Derecho administrativo especial canario*.

cansa en un principio jurídico (las aguas no alumbradas carecen de dueño) y en dos principios físicos: la inmovilidad de las corrientes subterráneas (que obliga a darles un régimen similar a las corrientes superficiales) y la unidad del manto hídrico subterráneo a lo largo y a lo ancho de su cuenca, gracias al deslizamiento directo del agua o a la transmisión capilar de absorción; pero esta situación privilegiada se contrabalancea por el privilegio de exclusividad que tiene el propietario del suelo para hacer perforaciones en el subsuelo;

— por otra parte, el privilegio de exclusividad perforadora del propietario del suelo (aparentemente tan absoluto) se encuentra equilibrado por los derechos de anteriores alumbramientos; norma que descansa en los aludidos principios físicos de la unidad del manto hídrico subterráneo y de la movilidad de sus caudales (lo que significa que el agua que hay debajo del suelo proviene de otros sitios y se dirige a nuevos destinos) y a un principio jurídico (el agua *ya alumbrada* es propiedad del que la inventó).

Como se ve, el sistema es tan justo como ingenioso; pero pronto se vió enturbiado y hasta desnaturalizado por una determinada tendencia —impuesta ocasionalmente en la práctica administrativa y hasta en la jurisprudencial y reglamentaria— que rompió el equilibrio a favor del propietario del suelo mediante la torcida interpretación de algunos preceptos; concretamente: primero, mediante la aceptación absoluta de las distancias áticas, permitiendo fuera de ellas nuevas perforaciones incluso aunque perjudicasen a las antiguas, y segundo, mediante la transformación (al amparo del artículo 350 del Código civil) de la simple facultad de perforación en un derecho de dominio sobre las aguas del subsuelo a favor del propietario del suelo, con olvido tanto de los principios físicos repetidamente aludidos, que hacen incongruente esta solución, como del obligado respeto a los alumbramientos preexistentes, que hace completamente ilusorio este pretendido derecho de propiedad.

Estas insistentes desviaciones han terminado enturbiando por completo la cuestión, que no fué nunca depurada ni por una jurisprudencia forzosamente casuística, ni por una doctrina, siempre atenta pero nunca detenida en este punto concreto. De esta manera, a mediados del siglo xx, se ha olvidado casi por completo el planteamiento original, y cuando se redactan las normas especiales de Canarias, encontrados y agresivos intereses —el del inventor y el del terrateniente— logran acogerse en ellas, incluso siendo incompatibles.

Ahora bien, a mi modo de ver, el sistema de 1879, una vez depurado, es correcto y justo, pero adolece de un defecto capital: se trata de un perfecto, pero demasiado complicado aparato, *abstractamente formulado*, que tiene muy poco que ver con las variadísimas situaciones que nos ofrece la hidrogeología. Cualquiera que conozca un poco esta realidad sabe de sobra lo difícil que es encajar sus apariciones en los esquemas abstractos de la Ley de Aguas. De aquí precisamente la enorme ventaja de la normativa anterior a 1879: en ella los beneficiarios del agua no eran titulares de arrogantes derechos civiles subjetivos, sino de simples autorizaciones o concesiones administrativas, cuyo contenido económico es idéntico ciertamente, pero que ofrecen la enorme ventaja de una mayor flexibilidad. En estos supuestos, la Administración examina previamente en cada caso concreto la inocuidad del nuevo alumbramiento frente a los anteriores, graduando así su efectividad; en cambio, tratándose de derechos subjetivos, el particular decide unilateralmente sobre esta inocuidad, obligando a los Tribunales (salvo la fórmula extraña del «interdicto administrativo de los alcaldes») a su revisión posterior, siempre costosa por encontrarse ante hechos consumados.

La solución administrativa se imponía, pues, de forma elemental; pero no pudo prosperar por los recelos de una sociedad liberal de terratenientes, que repugnaba cualquier declaración dogmática de dominio público y otras fórmulas similares, que limitasen las potestades dominicales. De este recelo arrancan casi todos los males presentes.

Las consecuencias saltan a la vista: pocas actividades privadas han provocado proporcionalmente tantos pleitos como las relacionadas con las aguas subterráneas. Para evitarlos ha habido que buscar soluciones intermedias: se respetan los derechos privados, pero su ejercicio se condiciona a la previa licencia administrativa, como sucede en Canarias desde 1938 y en algunas zonas del Levante peninsular, como en la Orden ministerial de 2 de julio de 1952, cuyo artículo primero, regulando los alumbramientos de aguas (privadas) en la zona de Sierra Callosa (Alicante), impone la necesidad de obtener previa autorización de la Dirección General de Colonización, que «consultando las necesidades actuales o futuras de la labor colonizadora... dictará sin ulterior recurso la resolución que estimare procedente» (8).

(8) ROCA ROCA (*Las comunidades de regantes y las aguas subterráneas*, II Congreso Nacional de Comunidades de Regantes, Sevilla, 1957, pág. 24), comentando esta disposición entiende que «declara de forma indirecta el carácter público de todas las aguas subterráneas de la zona, ya que subordina los derechos de los particulares sobre las

¿Serán suficientes estas medidas? Muchos autores exigen la nacionalización, y es evidentemente que tarde o temprano a ella se llegará bajo la fórmula, ciertamente no muy revolucionaria, de una *publicatio* de tales aguas, que si bien jurídicamente puede ser grave, ha de tener escasas repercusiones económicas en los patrimonios privados. Pero éste no es el lugar de examinar el problema.

b) Los problemas referentes a las aguas subterráneas deben separarse, en rigor, de los que se refieren al subsuelo en general (subsuelo sin agua, que convencionalmente denomino subsuelo árido); pero no puede entenderse así, y una parte de la doctrina confunde ambas cuestiones, aplicando arbitrariamente preceptos de la Ley de Aguas, dictados pensando solamente en aguas subterráneas, al subsuelo árido. Las consecuencias de este desenfoco doctrinal en el plano práctico se aprecian claramente en Canarias a propósito de las galerías (horizontales) de varios kilómetros de longitud que, hasta encontrar el agua, perforan montañas a varios cientos de metros de profundidad bajo el suelo: un tema, obviamente, de subsuelo árido, pero que la práctica y un reglamento administrativo han sujetado indebidamente a la legislación de aguas. A esta materia se dedica con algún detalle el epígrafe V.

c) El régimen jurídico de las aguas subterráneas, es decir, el subsuelo hídrico, se examina en el epígrafe VI. En este punto, pocos problemas se ofrecen al sector doctrinal y jurisprudencial que, aplicando acriticamente los artículos 350 y 418 del Código civil, considera de propiedad del dueño del suelo todas las aguas que se encuentran en el subsuelo. Pero negada esta premisa —al afirmar que el dominio del suelo no implica el del subsuelo, sino sólo la facultad de perforación— se impone hacer una serie de distinciones (9):

- las aguas no alumbradas no son objeto de derecho;
- las aguas alumbradas y extraídas son propiedad de su inventor;

mismas, si dispone una utilización preferente por el Instituto Nacional de Colonización en aras del bien público". En efecto, esta simple Orden ministerial ha ido mucho más lejos que toda la complicada legislación canaria, en la que las autorizaciones están pensadas en defensa de los alumbramientos *particulares* anteriores, y que en los casos de reservas a favor de la Administración prevé la debida indemnización.

(9) Como ya se ha iniciado por algunos autores. Cfr., por ejemplo, MARTÍNEZ BLANCO, *La propiedad de las aguas subterráneas y el abastecimiento de las poblaciones*, en "Revista de Estudios de la Vida Local", núm. 136, julio-agosto 1964, págs. 488-489, quien, a efectos de su naturaleza jurídica, separa "las aguas subterráneas alumbradas y destinadas al riego de un predio" (que considera parte integrante del mismo) de las "aguas subterráneas estancadas o corrientes", no alumbradas (que considera *res nullius*).

- las aguas alumbradas y no extraídas están afectadas a la garantía del mantenimiento del caudal que se extrae;
- las aguas corrientes subterráneas deben seguir el mismo régimen jurídico que las aguas corrientes superficiales.

Y, en fin, más adelante, en el epígrafe VI se estudia el verdadero alcance de las facultades del propietario del suelo, que es lo mismo que sus limitaciones. Para terminar, en el epígrafe VIII se analizan las situaciones conflictivas entre los titulares de varios derechos o facultades.

d) En definitiva, las tesis que se defienden en este trabajo no suponen una interpretación heterodoxa y novedosa de los textos, ni tampoco un pío deseo *de lege ferenda* —y ni mucho menos una airada protesta sentimental—, sino que se basan en la letra y en el espíritu de la Ley de 1879, debidamente depurada de las adherencias y desviaciones padecidas en los últimos años. La jurisprudencia —muy abundante y con frecuencia contradictoria— es analizada críticamente, por considerarla como fuente inapreciable de interpretación, pero sin dar a su doctrina el rasgo de la infalibilidad. No hay que olvidar que las sentencias de los Tribunales expresan siempre la justicia del caso concreto, pero su doctrina no es de ordinario susceptible de generalización. A mi modo de ver, las controversias científicas del Derecho no deben cerrarse nunca con la cita de una sentencia del Tribunal Supremo, por muy luminosa que sea ésta y por muy justo que parezca su contenido.

e) Por razones de espacio quedan marginadas de este trabajo las cuestiones referentes a las aguas públicas y a las extraídas por pozos ordinarios, así como otros temas de menor importancia.

II.—LAS DIFERENTES SOLUCIONES NORMATIVAS.

No puede menos de causar asombro el comprobar que durante la década 1860-1870 dos Leyes básicas de nuestro Derecho administrativo especial —la Ley de Aguas y la Ley de Minas— hayan sabido plantearse con toda conciencia el problema de las aguas subterráneas en sus variadísimos matices y, lo que es mejor, dieran al mismo una solución radical que, de haber sido mantenida posteriormente, hubiera evitado el actual confusionismo. Porque lo notable del caso es que las fórmulas que en ellas aparecen podrían seguir aplicándose en la actualidad sin la menor alteración, no obstante la transformación de las técnicas de alumbramiento. En este aspecto, como en tantos otros, la Ley de Aguas

de 1866 se muestra muy superior a las que le sucedieron, empezando por la de 1879. La Ley de 1879, al menos en este punto y como ya se ha aludido, nació demasiado abstracta y las posteriores interpretaciones terminaron por desbordarla tanto como los adelantos técnicos. En cuanto al Decreto-Ley minero de 1868, uno de los primeros frutos de la Revolución liberal, ha sido después severamente criticado, incluso por el propio legislador (10), por su pretendida tendencia individualista y antisocial. Y sin embargo, como vamos a ver inmediatamente, esta imputación es absolutamente gratuita, ya que sus principios dogmáticos de base son extremadamente avanzados. Aquí, como en tantas otras ocasiones, el jurista moderno actúa sugestionado por la comodidad del esquema que contrapone el Estado-gendarme del siglo XIX al Estado social del siglo XX, cuando la verdad es que la Administración española del siglo pasado no fué, examinada con cuidado, tan inhibicionista como ahora se pretende. Hasta tal punto que muchas de las «conquistas» del Estado moderno no son sino «reconquistas» de unas posiciones ocupadas hace ya muchos años.

Por otro lado, me inclino a creer que en aquel momento la ausencia de antecedentes normativos, de construcciones dogmáticas y de prácticas administrativas y jurisdiccionales consagradas, influyó muy favorablemente en el acertado planteamiento de los problemas y en lo riguroso de su solución. Cuando el legislador es atento a la realidad social y posee la debida sensibilidad jurídica, no precisa de estas andaderas. Más aún, tales prácticas y antecedentes son las que han provocado en gran parte (11) la confusión que hoy domina el régimen de las aguas subterráneas. Por eso, la «vuelta a las fuentes», anunciada por JORDANA DE POZAS, y en la que tanto insistimos la mayor parte de los actuales juristas del Derecho administrativo moderno, no es un simple afán de «eru-

(10) Cfr. concretamente la durísima Exposición de Motivos de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944.

(11) Sobre los inconvenientes de una jurisprudencia inmovilizada por la maraña de las prácticas antiguas, frente a la libertad de una jurisprudencia sin experiencias, véase, por todos, el testimonio de MELÉNDEZ VALDÉS al fundarse la Real Audiencia de Extremadura, cuyas posibilidades más ricas encontraba en la ausencia de precedentes: "(este Tribunal) puede ser un modelo... a los demás (Tribunales), su misma ancianidad y tal vez las opiniones y usos de los siglos de error en que fueron creados les ha hecho recibir ciertas máximas acaso dañosas y dignas de censura, pero que ya les son como naturales, autorizadas cual se ven no pocas por sus mismas ordenanzas, y que si un Magistrado nuevo desdeñase en el día, o quisiere contradecir, sería al punto mal visto, censurado, desatendido de sus compañeros y tenido por todos por orgullo novador" (*Apud SERRAILH, La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, Ed. "Fondo de Cultura Económica", Méjico, 1957, pág. 96).

dición anticuaria», sino un esfuerzo por alcanzar las auténticas líneas básicas de la dogmática jurídica por debajo de la deformadora costra científica y jurisprudencial que los años han ido acumulando sobre ellas.

1. *La Ley de Aguas de 1866 y sus antecedentes.*

A lo largo de la magnífica obra de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO *La Ley de Aguas de 1866* (12) podemos seguir paso a paso el decantamiento de los temas fundamentales de las aguas subterráneas y de las distintas soluciones propuestas.

Como es sabido, el texto de la Ley fué consecuencia de dos anteproyectos, redactados por Cirilo FRANQUET y Antonio RODRÍGUEZ CEPEDA, y un proyecto gubernamental. Pues bien, a continuación vamos a comprobar que en todos estos documentos se tuvo perfecta conciencia de los problemas y que se adoptaron fórmulas diferentes, que, desde su distinta perspectiva técnica, constituían soluciones mucho más aceptables que las de la Ley de Aguas de 1879 e incluso de la modernísima Ley de 24 de diciembre de 1962, en razón a su mayor flexibilidad y, en definitiva, mayor eficacia.

A mi modo de ver, estos temas fundamentales fueron, y siguen siendo, tres:

- a) propiedad de las aguas subterráneas o del subsuelo;
- b) derecho a perforar la superficie, y
- c) derecho sobre el subsuelo o derecho a perforar.

Pues bien, a continuación vamos a ver cómo se tratan estos tres problemas en los textos en cuestión.

A) En el *anteproyecto* FRANQUET se examinan estos temas con cierto detenimiento en la Memoria preliminar, sentando una doctrina, que luego se expresa en los artículos 79-84 del texto articulado:

a) Las aguas subterráneas no pertenecen al dueño del suelo, sino que son *res nullius* y pertenecen a su alumbrador:

«Los depósitos de aguas subterráneas no son del dueño de la superficie: el dominio de éste sólo alcanza a la profundidad nece-

(12) Ediciones del Centro de Estudios Hidrográficos, Madrid, 1963. Obra única en su género dentro del Derecho administrativo español, texto esclarecedor de buena parte de los actuales problemas jurídicos de las aguas.

saria para el ejercicio de la industria en el exterior, y como pueden ser tan varias las necesidades de las diferentes industrias, y en especial las de la agrícola para la vegetación y secular desarrollo de las plantas, ninguna legislación ha osado marcar métricamente la profundidad a que alcanza... Las aguas subterráneas, pues, como desconocidas, sin dueño, ni usos que han creado intereses, las hace suyas, como no puede menos en sanos principios de justicia, su inventor, su primer ocupante, como se verifica también en el descubrimiento de los minerales».

b) El derecho a perforar el suelo corresponde a su propietario; pero el interés que ofrece el alumbramiento puede justificar la imposición de una servidumbre de perforación :

«A las entrañas de la tierra no puede penetrarse sino por su superficie, y por eso se establece la servidumbre forzosa de calicata y perforación sobre la propiedad superficial y en favor de aquellos que se lanzan a las entrañas de la tierra al través de grandes riesgos y sacrificios para arrojar los tesoros de su seno a la superficie... En este derecho pudiera, no obstante, abusarse en perjuicio del superficial y de los dueños de otros trabajos y propiedades subterráneas garantidas por la Ley, y por ello, es necesario establecer determinados límites para la investigación y dominio subterráneo, y exigir a los explotadores las garantías para la indemnización de los daños y perjuicios que puedan causar en la superficie, único punto donde pueden abrirse paso. Tan respetable debe ser ante la Ley la propiedad y riqueza superficial como la subterránea; ambas deben ser protegidas, ambas deben sufrir los gravámenes indispensables para su recíproco desarrollo, pero siempre en una y en otra los daños y perjuicios deben ser garantidos e indemnizados».

c) El subsuelo no es propiedad del dueño del suelo, pero éste tiene la facultad de perforarlo en busca de aguas :

«Todas las aguas subterráneas que se hallan fuera del alcance de la explotación del dueño superficial se consideran del dominio público para su concesión y vigilancia, pero al dueño de la superficie se concede el derecho de perforación en su busca, sujetándole al mismo tiempo a llenar ciertas prescripciones sabiamente establecidas».

para evitar abusos y usurpaciones tanto más fáciles de cometer como cuanto son más difíciles de vigilar».

B) *Anteproyecto de RODRÍGUEZ DE CEPEDA* (texto de la Memoria, que se expresa luego en los artículos 52 al 95):

a) Las aguas subterráneas no pertenecen al dueño del suelo, sino al alumbrador:

«Respecto a las aguas subterráneas, se ha distinguido entre las extraídas por medio de pozos ordinarios o norias, cuyo dominio se ha reservado exclusivamente al dueño de la superficie, y las extraídas por medio de pozos artesianos o galerías y minados, que se aplican al descubridor».

b) El derecho a perforar la superficie corresponde a su propietario; pero el interés que ofrece el alumbramiento puede justificar la expropiación del suelo en beneficio del alumbrador:

«(Al descubridor se concede) la facultad de buscarlas aun en terreno ajeno, previa la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. La escasez de manantiales en muchas provincias obliga a recurrir en busca de las subterráneas...; pero el alumbramiento de esas aguas por medio de pozos artesianos o galerías exige comúnmente el empleo de crecidos capitales y la ejecución de extensos trabajos, que si hubieran de someterse al beneplácito del dueño de la superficie, en muchos casos vendrían a estrellarse contra su infundada y obstinada resistencia, sobre todo en aquellas provincias donde la propiedad está muy dividida, y no sería posible ejecutar trabajos de alguna extensión sin la anuencia de gran número de propietarios. Hemos creído, pues..., que debía prescindirse de la voluntad del dueño de la superficie, que ningún derecho tiene a unas aguas ignoradas, y cuyo valor, si alguno pudiera tener en las profundidades de la tierra, no ha podido formar parte de la superficie».

c) Al propietario del suelo no corresponde el dominio del subsuelo, cuyo aprovechamiento hídrico se realiza, en exacto paralelo con el régimen minero, mediante un sistema de pertenencias hidroscópicas:

«Hemos adoptado respecto al alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos y galerías un sistema aná-

logo al de nuestra minería, estableciendo pertenencias hidroscópicas, dentro de las cuales sólo el que las haya obtenido, y nadie más, ni aun el dueño del terreno, puedan ejecutar tales trabajos. Mas si la conveniencia pública exige que se facilite de este modo la extracción a la superficie de la tierra de los ricos veneros que corren estériles por sus entrañas, el respeto debido a la propiedad reclama no menos imperiosamente que la de la superficie sea respetada e indemnizada cumplidamente de los daños que tales trabajos ocasionen».

C) *Proyecto de la Comisión gubernamental.*

a) Las aguas subterráneas halladas por medio de pozos artesianos y por excavaciones o galerías son del descubridor (art. 47).

b) Nadie podrá hacer calicatas y perforaciones en busca de aguas subterráneas en terrenos de propiedad particular sin expresa licencia del dueño de éstos (art. 50).

En este punto, como se ve, se aparta radicalmente el proyecto de los dos anteproyectos, estableciéndose un derecho absoluto a perforar la superficie por parte del dueño de ésta, y que no se encuentra limitado ni por servidumbres ni por expropiaciones. Esta decisión, rigurosamente individualista y antisocial, fué tomada después de agitadas polémicas en el seno de la Comisión, de las que es buena muestra el enérgico voto particular en contra presentado por FRANQUET, y que debido a su extensión no puede reproducirse aquí, no obstante lo interesante de su doctrina; pero puede consultarse en las páginas 609-613 de la citada obra de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO.

c) Al propietario del suelo no corresponde el dominio del subsuelo, y cualquiera puede perforarlo con tal de no tocar la superficie. La glorificación del derecho de propiedad no afecta, como se ve, al subsuelo, puesto que a él no se extiende el dominio de aquélla. El artículo 57 no puede ser más explícito:

«La autorización (administrativa) de trabajos en busca de aguas subterráneas faculta al concesionario para que sin tocar la superficie de propiedad ajena, a no mediar el permiso del dueño, pueda abrir minas por debajo de ella y a la oportuna profundidad para no perjudicar la producción agrícola y forestal. Cuando la mina sea de absorción, deberá justificarse, además, que en nada puede alterar las condiciones productivas de la tierra».

D) *Ley de Aguas de 1866.*

a) Se recoge el criterio de los dos anteproyectos y del proyecto: «Cuando se buscare el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos o por socavones o galerías, el que las hallare o hiciese surgir a la superficie del terreno será dueño de ellas a perpetuidad» (art. 48).

b) Se abandona el criterio individualista del proyecto para seguir el más social de los anteproyectos: «Nadie podrá hacer calicatas en busca de aguas subterráneas en terrenos de propiedad particular sin expresa licencia de los dueños. Sin embargo, cuando la negativa del dueño del terreno contrariase fundadas esperanzas de hallazgo de aguas, según criterio pericial, podría el Gobernador, oídas las razones en que se funde la negativa, conceder el permiso limitado a tierras incultas y de secano; siendo en las de regadío, jardines y parajes cercados, exclusiva de los dueños la concesión, sin recurso alguno contra su negativa» (art. 51).

c) En cuanto al dominio del subsuelo y a la facultad de su perforación, se abandona la clarísima redacción del proyecto, y como tampoco se sigue el sistema de las pertenencias hidrosópicas, parece surgir una laguna. Sin embargo, y a falta de un texto preciso, a la vista de todo el articulado puede entenderse sin dificultad que el dueño de la superficie sólo tiene facultades sobre ella, ya que a la superficie se refiere exclusivamente el artículo 51, puesto que es claro que «inculto, secano, regadío, jardines y cercados» sólo pueden ser atributos del suelo y no del subsuelo. Y a mayor abundamiento, así lo declara expresamente la luminosa Exposición de Motivos: «Sólo el dueño de un terreno puede dar licencia para perforar la *superficie*».

2. *La Ley de Minas de 1868.*

El Decreto-Ley de Minas de 29 de diciembre de 1868 radicaliza aún más la actitud de la Ley de Aguas, ya de por sí bastante avanzada. En sus primeros artículos hace una detallada enumeración de las sustancias mineras, que clasifica en tres grupos, considerando incluido expresamente en el grupo tercero a las aguas subterráneas (art. 4), estando determinado su régimen en los siguientes términos:

a) El propietario del suelo no lo es del subsuelo, que se considera de dominio público:

«El suelo podrá ser de propiedad particular o de dominio público...; el subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado (art. 6). En todos los terrenos que contengan las sustancias expresadas en los artículos anteriores u otras de ellas análogas, se considerarán siempre para los efectos de este Decreto dos partes distintas: 1.ª El suelo, que comprende la superficie propiamente dicha, y además el espesor a que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para el cultivo, ya para solar y cimentación, ya para otro objeto cualquiera distinto del de la minería. 2.ª El subsuelo, que se extiende indefinidamente en profundidad desde donde el suelo termina (art. 5)».

b) El propietario del suelo conserva el derecho de perforar la superficie, del que sólo puede ser privado mediante expropiación:

«(La superficie) se halla, y dado nuestro derecho, debe hallarse sometida a ciertas servidumbres, y entre ellas al paso desde el exterior al interior, o sea, desde el suelo al subsuelo, que es donde la mina se encuentra. Como el Estado, en nuestro actual organismo, para abrir grandes arterias por donde el comercio y las personas circulen, tiene el derecho de expropiar, tiene el dueño de las minas para ir a su filón, el de romper el suelo, aunque no le pertenezca, y ocupar una parte de la superficie; pero siempre que se trate de terrenos particulares, deberá preceder a este acto la Ley de utilidad pública (Exposición de Motivos). Los mineros se concertarán libremente con los dueños de la superficie acerca de la extensión que necesiten ocupar para almacenes, talleres, lavaderos..., bocaminas, etc. Si no pudieran avenirse, ya en cuanto a la extensión, ya en cuanto al precio, el dueño de la mina solicitará del Gobernador la aplicación de la Ley sobre utilidad pública. En todo caso deberá preceder al acto de expropiación la correspondiente indemnización (art. 27)».

c) La perforación del subsuelo no es derecho que corresponda al propietario del suelo, sino que sólo puede derivarse de concesión estatal:

«Las sustancias de la tercera sección sólo podrán explotarse en virtud de la concesión que otorgue el Gobierno, con arreglo a las prescripciones de este Decreto. La concesión de las sustancias

a que se refiere este artículo constituye una propiedad separada de la del suelo (art. 9)».

Debiendo hacerse constar, además, que esta separación entre el suelo y el subsuelo tiene un valor general, es decir, no limitado solamente «a los efectos de este Decreto», como dice el artículo 5.º, ni a determinadas sustancias, como precisa el artículo 9.º; ya que, por una parte, tanto bajo el imperio de la legislación de 1868 como de la presente, los permisos de investigación y las concesiones de explotación se refieren en último término a pertenencias, o sea, a volúmenes y no a sustancias minerales. Y, por otro lado, la trascendental sentencia de 4 de diciembre de 1906 aplicó esta doctrina al margen por completo de explotaciones mineras. En el caso se trataba de la perforación de un túnel realizado por una empresa concesionaria de ferrocarriles. Perforación que quiso ser obstaculizada por el propietario de la superficie mediante la excavación de una zanja de veinte metros de profundidad, con la que pretendió afirmar su propiedad hasta el lugar donde se estaban realizando las obras del túnel. Pues bien, el Tribunal Supremo, en la indicada sentencia, niega valor jurídico alguno a esa zanja, declarando que, de acuerdo con el artículo 350 del Código civil, «el subsuelo se extiende indefinidamente en profundidad desde donde el suelo termina, y el suelo comprende la superficie propiamente dicha, el espesor a que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para cultivo, ya para solar y cimentación, ya con otro objeto cualquiera distinto de la minería...; por tanto (el propietario del suelo) carece en absoluto de dominio sobre la zona subterránea ocupada por el túnel de que se trata, por formar parte del subsuelo» (13).

Por último, es aleccionador recordar la historia de las relaciones entre el Decreto-Ley de Minas y la Ley anterior de Aguas. Dado el tenor literal de su artículo 4, parecía indudable que en este punto había habido una derogación, y así lo dió por supuesto la Real Orden aclaratoria de 30 de marzo de 1872, en la que se dispuso que a la Ley de Minas habían de atenerse los expedientes de alumbramientos. Pero he aquí que, sobrevenida la Restauración, la Real Orden de 5 de diciembre de 1876 dispuso el criterio contrario, es decir, el de la no derogación

(13) En el campo doctrinal se encuentra corroborado este criterio jurisprudencial en la opinión de PÉREZ Y ALGUER (*Derecho de cosas*, de WOLFF, 8.ª ed., I, Barcelona, 1936, págs. 312-313), para quien las salvedades del artículo 350 del Código civil no se refieren exclusivamente a las sustancias hídricas y mineras, sino, más ampliamente, a cuanto se encuentra en el subsuelo.

ni alteración, dando expresión a unas fuerzas político-económicas más inclinadas hacia la tierra que hacia la industria.

3. *La Ley de Aguas de 1879.*

Así las cosas, tenemos que la Ley de 1868 había derogado en este punto a la de 1866; pero en 1879 se dictaba una nueva Ley de Aguas, cuyo objetivo fundamental era acomodar formalmente el texto de 1866 a las Leyes posteriores de Obras Públicas, aunque al tiempo, y un tanto subrepticamente (el fenómeno nunca ha sido puesto suficientemente de relieve por la doctrina), transformaba también el régimen de aguas subterráneas, derogando la Ley de Minas de 1868 (14).

Como consecuencia de las alteraciones de 1879 la situación es, en líneas generales, la siguiente :

a) Las aguas subterráneas, al igual que antes, pertenecen, no al propietario de la superficie, sino al alumbrador: «Cuando se buscase el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos, por socavones o por galerías, *el que las hallare e hiciese surgir a la superficie* del terreno será dueño de ellas a perpetuidad» (art. 22).

b) Se suprime toda referencia al derecho del propietario de la superficie a perforarla, así como la correspondiente pendencia de la expropiación.

Al no recogerse en la nueva Ley el artículo 51 de la antigua, donde aparecían ambos extremos, surge un vacío legal, que, por lo que se refiere al primer punto (derecho del propietario a perforar la superficie), no tiene ninguna importancia, ya que es una facultad implícita del derecho dominical. En cambio, es muy grave la omisión de la potestad expropiatoria del Gobernador, que sólo muy difícilmente podría caber dentro de la legislación general, entonces vigente, de la expropiación forzosa.

Esta laguna fué luego cerrada en parte por los Reales Decretos de 15 de julio de 1905 y 2 de junio de 1910, que declararon la posibilidad de expresión forzosa de los suelos debajo de los cuales se encontrasen,

(14) Artículo 258: "Quedan derogadas todas las Leyes, Decretos, Ordenes y demás disposiciones que acerca de la materia comprendida en la presente Ley se hubiesen dictado con anterioridad a su promulgación y estuviesen en contradicción con ella". La no aplicación de la Ley de Minas con posterioridad a 1879 ha sido declarada por una jurisprudencia reiterada y unánime (Ss. de 10-4-1885 y 20-3-1909, por ejemplo) y, además, dado que la práctica administrativa se mostraba vacilante, así lo declararon también expresamente las Reales Ordenes de 5 de junio de 1883 y 1 de agosto de 1891.

o existiere la presunción de ello, aguas subterráneas «en la misma forma que para la ejecución de obras públicas». Pero recuérdese que en ambos casos se trata de perforaciones a realizar por el Estado y no por los particulares, como era el caso de la Ley de 1866.

c) En cuanto al derecho de perforar *el subsuelo se distinguen dos supuestos: según que en el mismo haya, o no, aguas subterráneas.*

Primer supuesto: Habiendo aguas subterráneas, se reconoce el derecho exclusivo del dueño a la perforación del subsuelo con objeto de apropiarse de tales aguas en cuanto salgan a la superficie: «El dueño de cualquier terreno puede alumbrar y apropiarse plenamente, por medio artesiano y por socavones o galerías, las aguas que existen debajo de la superficie de su finca» (art. 23).

Segundo supuesto: No habiendo aguas subterráneas, nada dice la Ley sobre el particular, debiendo atenernos, por tanto, a la legislación general. Silencio muy justificado en una Ley de Aguas, que lógicamente sólo debe referirse a subsuelos hídricos y no a subsuelos áridos. En este punto, el gran error de algunas interpretaciones posteriores consistió precisamente en aplicar a subsuelos áridos una legislación reguladora de aguas.

4. *El Código civil.*

Sin necesidad de entrar en la valoración social del criterio individualista de la Ley de Aguas de 1879, parece indudable que su técnica jurídica es inferior a la de los textos de 1866 y 1868, puesto que deja en parte sin resolver los delicados problemas que ofrecen la compatibilización de los principios básicos que recoge: las aguas subterráneas no pertenecen al dueño del suelo, pero sólo a éste corresponde la facultad de su exploración y alumbramiento. De esta manera, al no hacer declaraciones expresas sobre el dominio del subsuelo (como había hecho la Ley de 1868), ni, al menos, sobre las posibilidades de expropiación de la superficie (como en la Ley de 1866), es claro que el papel del alumbrador quedaba en una situación muy equívoca.

Todos estos problemas hubieran debido quedar resueltos, o al menos afrontados, en el Código civil. Para una mentalidad jurídica moderna carece de sentido la superposición normativa que representa el Código civil respecto a las Leyes administrativas especiales anteriores. De ello tuvieron también conciencia los redactores de la Ley de Bases, de la que parece desprenderse que la codificación, en materia de aguas, sólo debía tener un alcance sistemático. Aquí, menos que en ninguna parte,

debía ser innovador el Código. En efecto, tal como determinaba la base décima, «se incluirán en el Código civil las bases en que descansan los conceptos especiales de determinadas propiedades, como las aguas, las minas..., bajo el criterio de respetar las Leyes particulares por que se rigen en su sentido y disposiciones, y deducir de cada una de ellas lo que pueda estimarse como fundamento orgánico de derechos civiles y sustantivos para incluirlo en el Código».

De acuerdo con esta indicación, muy pocos artículos se dedican a las aguas en el Código civil, y aun éstos son en su mayoría inútiles, porque, o bien se trata de meras repeticiones de la Ley (que ninguna utilidad ofrecen), o bien introducen nuevos principios que, por desgracia, nada aclaran. No era aconsejable regular en el Código la materia de aguas —aunque insisto en que tal afirmación sólo puede hacerse cómodamente desde nuestra perspectiva actual—; pero, puesto que se decidió hacerlo, fué lástima dejar pasar aquella oportunidad sin afrontar los problemas de base.

La sistemática del Código civil —por lo que se refiere a nuestro tema de aguas subterráneas bajo fundos privados— puede resumirse en los siguientes términos:

a) Primero nos dice que son bienes de dominio privado. Puesto que lo son —art. 408, 3.º— las aguas subterráneas que «se hallen» en predios de dominio privado.

Y aquí falla ya el alabado buen estilo gramatical del Código, porque «se hallen» puede venir de hallar (descubrir) o de hallarse (estar), ambigüedad que puede tener las más graves consecuencias jurídicas. A mi modo de ver, sin embargo, hay que entender que «se hallen» equivale a «se descubran o alumbren», por contraposición a la expresión anterior «existan», que es inequívoca, referida a las aguas que estén bajo los predios de dominio público, y que son (las aguas) también de dominio público.

Lo extraño viene luego al no regular estas aguas subterráneas de dominio privado en la sección dedicada al «aprovechamiento de aguas de dominio privado», sino que les dedica una sección especial (artículos 407-419). Lo que plantea el problema de si les son aplicables los preceptos de la sección anterior. Cuestión que, a mi modo de ver, debe responderse negativamente, no obstante la cita habitual que del artículo 414 hacen los autores, aplicándolo a las aguas subterráneas.

b) En segundo lugar, nos dice el artículo 418 que las aguas alum-

bradas conforme a la Ley especial de Aguas pertenecen al que las alumbró.

c) En tercer lugar, el artículo 417 nos dice que sólo el propietario de un predio puede investigar en él aguas subterráneas. Precepto similar al artículo 23 de la Ley de Aguas, pero no idéntico, ya que está redactado en términos al tiempo más parciales y rigurosos. En él no se nos aclara expresamente si esta facultad se limita al suelo o si se extiende también al subsuelo.

d) Para poder saberlo tenemos que ir al artículo 350, donde se determina que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de todo lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las Leyes sobre minas y aguas y en las Reglamentos de policía. De donde resulta que con este juego de limitaciones queda reducido a muy poco la tajante afirmación de la primera parte del precepto.

En efecto, allí se nos dice que el dueño del suelo lo es también del subsuelo (aceptémoslo así provisionalmente); pero al seguir la expresada remisión a la Ley de Minas, nos encontramos con que la Ley de Minas entonces vigente declara que el subsuelo no pertenece, por regla general, al propietario del suelo; y si adonde nos vamos es a la Ley de Aguas, el problema se complica aún más, desde el momento en que allí se declara que las aguas subterráneas alumbradas pertenecen al alumbrador.

He aquí, pues, que, en definitiva, nada nos ha aclarado el Código. Llegamos a él desde las Leyes de Minas y de Aguas, y después de haber hecho un accidentado recorrido por su articulado, volvemos a encontrarlos, tras una serie de remisiones, en el mismo punto en que nos encontrábamos, es decir, otra vez en la Ley de Minas y en la de Aguas.

Esta observación es importante, porque, con alguna frecuencia, pretende interpretarse el Código civil con la simple lectura de los artículos 417 y la primera parte del 350, sin completarlos con la necesaria remisión a las Leyes especiales, que es donde tenemos que buscar la solución al problema.

III.—LOS PROBLEMAS CAPITALES.

En los epígrafes que anteceden han quedado expuestos los datos fundamentales que han de utilizarse para afrontar los grandes problemas jurídicos del alumbramiento de aguas subterráneas. Con ellos a la vista, podemos ahora entrar en el análisis detallado de los mismos. Y a tal efecto, lo primero que tenemos que hacer es plantearlos separadamente. A mi modo de ver, y por lo que se refiere al contenido del presente trabajo, estos problemas capitales son tres:

Primero: El llamado subsuelo árido, o sea, a quién pertenece el subsuelo y, por tanto, quién tiene la facultad de perforarlo.

Segundo: El llamado subsuelo hídrico, o sea, en el caso de que en el subsuelo existan aguas subterráneas, ¿tiene el propietario del suelo alguna facultad especial distinta del supuesto en que no existan tales aguas?

Tercero: Facultades del dueño del suelo en orden a su perforación para lanzarse al alumbramiento de aguas subterráneas.

Quizá pueda parecer una sutileza la distinción que se hace entre el segundo y el primer problema, ya que, a primera vista, la perforación del subsuelo persigue de forma inmediata el hallazgo y obtención de las aguas. Pero esto no es así en algunas regiones españolas. Concretamente, en las islas Canarias, en la provincia de Santa Cruz de Tenerife, se obtiene el agua con alguna frecuencia por medio de galerías horizontales —túneles— que perforan las montañas a lo largo de varios kilómetros hasta encontrar la vena líquida. Y así sucede que, en ocasiones, hay que perforar los subsuelos de varias docenas de propietarios de predios que se encuentran a muchos centenares de metros por encima de la galería. Predios estériles en cuyo subsuelo no hay la menor posibilidad de encontrar agua, y cuya riqueza agraria (si es que la hay) no puede verse afectada lo más mínimo por tan profundas obras. Pero cuyos propietarios, sin embargo, imponen la exigencia de una autorización para poder realizar los trabajos. De esta manera, el alumbrador, conforme va avanzando en su galería, debe ir obteniendo costosas autorizaciones de propietarios de fincas, cuya única producción es la renta que perciben del alumbrador.

IV.—PERFORACIÓN DEL SUBSUELO ÁRIDO.

1. *La práctica.*

Ya se ha aludido antes a la importancia real que puede tener la construcción de galerías subterráneas, *incluso cuando se trata de subsuelos áridos, o sea, de subsuelos que carecen de agua*. Por eso nada tiene de extraño que hayan sido precisamente autores canarios (como GUIMERÁ PERAZA) o influidos por su ejercicio profesional en tales islas (como VALLET DE GOYTISOLO) quienes se han preocupado especialmente de este problema y recogido positivamente la práctica canaria de que el propietario del suelo impida la perforación de su subsuelo —incluso a varios centenares de metros y, por descontado, sin afectar a la superficie—. Potestad de exclusión que se traduce en la exigencia de una autorización expresa (así en la provincia de Santa Cruz de Tenerife), o en la venta del subsuelo (así en la isla de Gran Canaria), o en la constitución de una servidumbre (tal como propugna GUIMERÁ PERAZA).

Aparte de los documentados testimonios que nos ofrece este último autor (15), en la jurisprudencia del Tribunal Supremo también encontramos abundantes referencias a esta práctica. Valga de ejemplo la sentencia de 12 de abril de 1956, en la que aparece una escritura pública de venta de una finca, en la que los vendedores se reservan expresamente a su favor la facultad de realizar en la finca enajenada todos los trabajos encaminados al aprovechamiento, canalización y conducción de las aguas de la misma, así superficiales como subterráneas; o en la sentencia de 20 de octubre de 1958, donde se discute precisamente la posibilidad de un retracto sobre el subsuelo, enajenado antes separadamente; o, en fin, en la sentencia de 24 de marzo de 1959, en la que se discute la eficacia de un contrato, inscrito en el Registro, por el que el propietario del suelo se obliga a no perforar galerías en su subsuelo.

Por otro lado, esta práctica ha llegado a ser sancionada normativamente en el Reglamento para la ejecución de la Ley de 24 de diciembre de 1962, sobre aprovechamientos de aguas y auxilios a los mismos en Canarias. En efecto, en el artículo 2 de este Decreto se exige para «solicitar la autorización administrativa de alumbramiento de aguas subterráneas en terrenos de propiedad particular»:

«1.3. Justificación en forma, por la certificación registral co-

(15) *El derecho de subsuelo*, en "Anuario de Derecho Civil", 1961, págs. 121-138.

rrespondiente o cualquier otra forma que legalmente proceda, de la propiedad por parte del peticionario de los terrenos en que pretenda realizar las obras, y de aquellos debajo de los cuales hayan de excavar las galerías. En caso de que el solicitante no fuera propietario de los terrenos citados, deberá presentar la documentación que acredite la debida autorización de los propietarios correspondientes, en la que éstos, a su vez, habrán de acreditar en forma dicha propiedad».

2. Suelo y subsuelo.

Sin perjuicio del análisis detallado que inmediatamente va a hacerse de todas estas cuestiones, conviene adelantar ya que, a mi modo de ver, el error básico de estas prácticas consiste en haber extendido la facultad de exclusión que concede el artículo 23 de la Ley de Aguas a supuestos no previstos en el mismo. Ya que las perforaciones que en él se contemplan se refieren exclusivamente al alumbramiento y hallazgo de *aguas*, sin regular en lo más mínimo los subsuelos que carecen de ellas. Posición legal que es perfectamente lógica, ya que se trata de una Ley de Aguas y que, por tanto, no interviene donde no las haya.

Esto es claro en los antecedentes de las sentencias citadas. En tales casos el Tribunal Supremo acepta los negocios jurídicos de reserva del subsuelo porque da por sentado que se está tratando de los subsuelos del artículo 23 de la Ley de Aguas. En casos extremos, lo que se separa de la superficie no es el subsuelo, sino unas aguas o manantial subterráneo, una vez que han sido alumbradas y, al fin, son objeto de dominio privado. Así en la sentencia (civil) de 28 de noviembre de 1903: «Lo mismo las aguas comunes que las minero-medicinales son un accesorio del predio en que nacen, porque el artículo 16 de la Ley de Aguas vigente atribuye la propiedad de las aguas medicinales al dueño del predio y, por tanto, siguen a éste, *si expresamente no fuesen excluidos*, en todas las transmisiones de dominio del terreno».

De esta manera tenemos tres casos posibles de separación de suelo y subsuelo: 1.º Separación del suelo y de las aguas ya alumbradas del subsuelo: cosa jurídicamente normal, puesto que si las aguas ya han sido alumbradas, se trata de un bien perfectamente objetivizado. 2.º Separación del suelo y de la potestad de perforación y alumbramiento de aguas del subsuelo: aquí se trata técnicamente de la desmembración de una facultad, que se detrae del dominio, para convertirse en un derecho subjetivo con titular distinto al del derecho dominical amputado.

3.º Separación del suelo y del subsuelo, haciendo de los mismos objetos independientes de dos distintos derechos de propiedad: supuesto, a mi modo de ver, jurídicamente inadmisibile.

Dicho con otras palabras: salvo los supuestos del artículo 23 de la Ley de Aguas, el dominio del suelo no se extiende al subsuelo, y por tanto el titular de aquél no puede ni enajenar éste ni gravarlo con servidumbres ni excluir su utilización por terceros.

La sentencia (civil) de 28 de octubre de 1958 (en un caso de retracto de comuneros ejercitado por el «propietario» de un subsuelo, anteriormente segregado del suelo, respecto de este suelo, que había sido enajenado a un tercero) viene a confirmar esta tesis por cuanto reconoce que suelo y subsuelo son cosas distintas, tan distintas e independientes que no pueden constituir la base objetiva de una copropiedad:

«cualquiera que fuese la concepción y alcance de los derechos del propietario del suelo con relación a los subsuelos y a la de los dueños de éstos relativamente a aquél, aparecerán siempre con una unidad de dominación total y completamente independiente, con potestad de disposición exclusiva, sin que pueda pensarse en modo alguno que exista una copropiedad o comunidad de uso, disfrute o disposición, pues pueden darse casos en que la extensión de los subsuelos exceda con mucho horizontalmente de los límites de los suelos cuando estas propiedades están en manos distintas».

Parece ocioso advertir que desde el momento en que un subsuelo es perforado con un túnel, pozo o galería, se convierte en un objeto de apropiación susceptible de relaciones dominicales. Pero en sentido jurídico ha dejado de ser subsuelo.

3. *«Usque ad sidera, usque ad inferos».*

En este estado de cosas la cuestión queda centrada en la determinación de la «extensión de la propiedad en sentido vertical», un viejo tema académico, que evidentemente no puede resolverse, como hacen algunos autores, con la simple lectura del artículo 350 del Código civil (16).

(16) GUIMERA PERAZA (en el trabajo citado en la nota anterior, pág. 130) invoca también en este punto el artículo 592 del Código civil que, según él, «reconoce que la propiedad del suelo y del subsuelo es ilimitada», aunque CASTÁN (*Derecho civil español*,

Por muy sorprendente que parezca, es lo cierto que algunos autores físicamente contemporáneos, e incluso alguna sentencia cronológicamente moderna del Tribunal Supremo, afrontan el tema de las aguas subterráneas con el anacrónico instrumento —por lo demás, acriticamente manejado— del viejo aforismo medieval de *cuius est solum eius est usque ad sidera (aut ad coelum), usque ad inferos*, cuyos antecedentes, alcance originario y virtualidad actual es preciso, por tanto, examinar ahora, aunque sea muy brevemente. El desempolvar esta cuestión no es, pues, un alarde erudito, sino una exigencia de la realidad, a la vista de las indicadas corrientes doctrinales y jurisprudenciales, y especialmente del Reglamento canario de 1965, que parece sancionar el principio, que urge, por tanto analizar:

a) Parece ser que este aforismo —que nunca llegó a ser norma jurídica— surge en el siglo XIV como argumento jurídico de defensa en una situación muy concreta: se trataba de defender a los terratenientes de la pretensión de los señores feudales a disfrutar de las riquezas mineras, que se quería incluir dentro de las regalías. En estos pleitos, los antifeudistas afirman la libertad del dominio frente a los derechos señoriales. En definitiva, esta expresión es «un grito de combate que surge en una concreta situación histórica con ocasión de una lucha de fuerzas sociales en torno a intereses de significación general; pero la frase ha seguido fascinando a los juristas con posterioridad, haciéndoles olvidar que no se trata de una norma jurídica, sino de la expresión de una actitud jurídica que sólo podía justificarse en la medida en que se dirigía a una justa distribución de los bienes» (17).

b) Con la advertencia, además, de que el aforismo en cuestión no responde ni mucho menos a la tradición romana. El pretendido rigor dominical romano nunca llegó a los extremos del aforismo medieval, quizá porque no llegó a originarse entonces una situación conflictiva que lo justificase. Sea como sea, primero JHERING y luego los moder-

común y foral, tomo II. 9.ª ed. Madrid, 1967, págs. 114 y 115) deduce del mismo precepto que la propiedad sobre el subsuelo es limitada.

(17) Cfr., por todos, Peter LIVER, *Usque ad sidera, usque ad inferos*, en "Melanges Philippe Meylan", II, Lausanne, 1963, págs. 182 y sigs. La genealogía de la frase es como sigue: la primera versión identificada es de CINO DE PISTOIA, pero quien la da forma definitiva es Paulo DE CASTRO, quien, por cierto, no la acepta, y se recoge luego en CAEPOLLA, CUJACIUS, D. GOTHOFREDUS y HOTOMANUS. Por su parte, entre nosotros, BENEYTO (*Configuración jurídica del hombre sobre la tierra*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1933, I, pág. 569) ha encontrado pruebas de su aplicación en documentos astur-leoneses y del Levante español en el siglo XIII.

nos romanistas (SCIALOJA, BONFANTE, SOHM, FERRINI) son unánimes en afirmar la inexistencia de fuentes romanas que apoyen la tesis (18).

c) En el Derecho comparado la situación suele ser muy clara, ya que la mayor parte de las legislaciones ha repudiado expresamente el aforismo de que se está hablando. Valgan los conocidos siguientes ejemplos:

- Artículo 905 del Código civil alemán: «El derecho de propiedad de un predio se extenderá a todo lo que exista sobre la superficie y el subsuelo. No podrá oponerse, sin embargo, a todo aquello que se haga a tal altura o a tal profundidad que no tenga interés alguno en impedirlo».
- Artículo 840 del Código civil italiano: «El propietario del suelo no puede oponerse a la actividad de los terceros que se desarrolle a tal profundidad en el subsuelo... que no tenga interés en excluirla».
- Artículo 667 del Código civil suizo: «... la propiedad del suelo comprende lo de encima y lo de abajo, en toda la altura y profundidad útiles a su ejercicio».

d) A la misma solución han llegado incluso aquellos Ordenamientos como el austriaco (art. 297 de su Código civil) y el francés (art. 552 de su Código civil), que se apoyan en el precedente medieval —por la clara razón histórica de haber defendido en el momento de su aparición la libre propiedad burguesa de las posibles intervenciones señoriales—, afirmando que «la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous» (19), puesto que, incluso en ellos, superadas las crisis del

(18) Cfr. LIVER, ob. cit., especialmente págs. 179-182. De esta unanimidad no participa, sin embargo, BENEYTO (en el lugar citado en la nota anterior), para quien "desde luego el *usque ad coelum usque ad inferos* es concepto plenamente romano", añadiendo que "no ocurría así en el Derecho germánico, donde —como recuerda en un momento de resurrección el *Sachsenspiegel*, I, 35, II, 66— el derecho del agricultor termina bajo la reja del arado".

(19) Los primeros glosadores del Código de Napoleón admiten, en efecto, el principio de la propiedad *usque ad inferos*. Así DEMOLOMBE (*Cours de Code Napoleon. Traité de la distinction des biens*, 3.^a ed., I, DURAND Y HACHETTE, París, 1866, pág. 560), quien, sin embargo, añade: "pero no se puede negar que el derecho de propiedad que corresponde al dueño del suelo sobre los bienes desconocidos que duermen en las profundidades ignoradas de la tierra, se encuentra, por la misma naturaleza de las cosas, poco determinado y poco definido, y que no alcanza el grado de apropiación, que caracteriza precisamente al derecho de propiedad". Y más adelante (págs. 558 y 559) describe la actitud de Napoleón, respecto a la propiedad, en las deliberaciones de la Ley de Minas

peligro feudal y del paroxismo liberal, la jurisprudencia ha interpretado el precepto en términos más justos, que son aleccionadores en razón de la influencia del texto francés sobre el español. Véanse como prueba las afirmaciones de dos grandes maestros como CARBONNIER: «La propriété du sol emporte celle du dessus et de dessous, dans toute la hauteur et la profondeur utiles à son exercice, mais seulement dans cette hauteur et cette profondeur», y SAVATIER: «El artículo 552 del Código civil contiene una fórmula simple y célebre, pero evidentemente desprovista de realismo. En una época en que esta propiedad se limitaba a la escasa altura hasta la que el hombre sabía construir y a la mínima profundidad que igualmente él sabía explotar, tal circunstancia no había impresionado al legislador. Pero ¿por qué milagro se mantiene en una época en la que ya la conquista del espacio hará extender la propiedad hasta el infinito y donde este bien fundiario tomará, de tal manera, la figura de un cono en el que su vértice se hallará en el centro de la tierra y su superficie cubrirá la parcela apropiada y donde el contenido ganará un espacio ilimitado? El absurdo del artículo 552 resplandece en esta figura. Tal megalomanía de la propiedad se condena por sí sola... Ciertamente que nuestros técnicos consideran cada vez más utilizable y accesible el espacio situado por encima y debajo del suelo apropiado. Pero éste no es, para ellos, accesible y utilizable más que de una manera colectiva... Cuando la Ley de 8 de abril de 1898 modificó los artículos 641 y siguientes del Código civil, quiso regular las propiedades del agua superficial o subterránea, y lo hizo, sin duda, para mantener, en principio, la propiedad del manantial o de la alberca para el propietario del terreno. Pero debió hacer excepción para «las aguas públicas y corrientes» (art. 643), porque la explotación colectiva estaba impuesta por la Naturaleza». Y muy reiteradamente DESPAX ha aludido a una práctica jurisprudencial francesa, conforme a la cual, ciertamente, «el subsuelo puede ser objeto de una expropiación total o parcial», pero con la advertencia de que la «evaluación del perjuicio sufrido por el propietario desposeído debe ser hecha... en función del valor del subsuelo en sí; se puede decir en forma general que a mayor profundidad el valor es más escaso. Si la empresa se realiza a grandes profundidades, la indemnización a pagar podrá no ser más que simbólica, prácticamente inexistente. En ciertos casos ni siquiera será reclamada, porque —en decir de A. HAMONT— es como si la con-

de 1810: el proyecto decía que eran *res nullius*, pero el Emperador insistió personalmente en que al propietario correspondía todo lo que había debajo de su fundo.

ciencia de la propiedad se esfumara con la profundidad y acabase por desaparecer» (20).

e) Importa tener en cuenta lo anterior para justificar, de paso, la equivalente actitud de la doctrina española, que, pese a la equívoca redacción del artículo 350 de nuestro Código civil, es en este punto prácticamente unánime. Desde que Jerónimo GONZÁLEZ (21) desarrolló entre nosotros dogmática la cuestión, los autores —bien es verdad que sin profundizar demasiado en su análisis (quizá por considerarlo innecesario)— han insistido siempre en lo mismo (22).

f) Aun sin haber invocado expresamente la teoría del interés de JHERING, y sus correcciones posteriores, ya hemos visto que, por simple sentido jurídico y fina conciencia social, ésta fué la posición adoptada por la Ley de Aguas de 1866 y la de Minas de 1868. Esta última referencia es particularmente interesante, ya que a ella se remite el artículo 350 del Código civil, cuyo tenor literal debe ser, no ya interpretado, sino integrado por la distinción que entre suelo y subsuelo hacen los preceptos transcritos de la Ley de Minas, precisamente vigentes en el momento de la publicación del Código civil.

g) La jurisprudencia se ha adherido en ocasiones, y sin la menor reserva, a la misma tesis. Recuérdense los términos rotundos de la citada sentencia de 4 de diciembre de 1906 (y téngase bien presente que no se trataba de una concesión minera), y, por lo que atañe al espacio aéreo, suele citarse como muy expresiva la sentencia de 1 de febrero de 1909, en que se declara que «el paso de unos hilos telefónicos por encima de una casa..., sin apoyar ni tocar en la finca, ni suponer ocupación material de la misma, no merman ni limitan los derechos del propietario»; «la ocupación del espacio aéreo en cuanto no restringe

(20) CARRONNIER, *Droit civil*, II, 1. *Les biens*, París, 1957, pág. 154; SAVATIER, *La propiedad del espacio*, en "Revista de Derecho Urbanístico", enero-febrero 1967, páginas 21-22; DESPAX, *Técnicas jurídicas, clásicas y modernas, de utilización del suelo, del subsuelo y del espacio*, en "Revista de Derecho Urbanístico", enero-febrero 1968, página 78.

(21) *Extensión de la propiedad en sentido vertical*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 1925, pág. 115. A este trabajo y a los citados en la nota siguiente me remito expresamente, sin que sea necesario, por tanto, repetir, una vez más, las docenas de opiniones que al respecto aparecen y se reiteran en todos los trabajos especializados.

(22) Por citar solamente a los más significativos, dentro de cada época, cfr. IZQUIERDO LAGUNA, *La teoría de la propiedad potencial*, en "Revista de Legislación y Jurisprudencia", 1935, págs. 194 y sigs.; PÉREZ Y ALGUER, en el *Derecho de cosas*, de WOLFF, I, 1936, página 311; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, II, 1960, pág. 72; ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, II, 1964, pág. 165.

los derechos de propiedad del suelo, no aparece prohibida en nuestro Derecho». Doctrina que se formula con no menos rotundidad en los Reales Decretos de competencias de 26 de mayo de 1915 y 27 de abril de 1925, en los que se declara que «por el tendido de cables de conducción de energía eléctrica a gran altura y sin colocar postes en el terreno de la propiedad del reclamante, no existe limitación del dominio ni perjuicio valorable ni es, por tanto, necesaria la expropiación previa».

Pero hay que tener en cuenta, sin embargo, que algunas sentencias, incluso muy recientes, siguen aferrándose a la concepción medieval (puesto que no romana) de la propiedad. Así, por ejemplo, la sentencia de 16 de octubre de 1959: «El derecho que tiene el dueño de un predio a alumbrar aguas de su propiedad, que otorgan los artículos 23 de la Ley de Aguas y 417 del Código civil, con los trámites y condiciones que previenen las Reales Ordenes dictadas para Canarias de 27 de noviembre de 1924 y 23 de mayo de 1938, es la consagración del principio *cujus est solum ejus est ad coelum usque ad centrum*». Ahora bien, aparte de que aquí sólo se trata de un *obiter dictum*, la invocación que se hace al artículo 23 de la Ley de Aguas, bien claro nos indica que nos encontramos ante un problema de aguas subterráneas y no de simples perforaciones subsolares.

Muy significativa es, a este respecto, la doctrina sentada por el Consejo de Estado. Véase, por ejemplo, el dictamen de 1 de diciembre de 1960 (expediente núm. 26.704):

«Se halla, además, involucrado un problema importante: el de la extensión objetiva del derecho de propiedad en sentido vertical... El artículo 350 del Código civil establece una presunción legal a favor del propietario de que su derecho se extiende al subsuelo, sin más limitaciones que las establecidas por las Leyes de Aguas y Minas. El viejo Decreto-Ley de 29 de diciembre de 1868, que sentó las bases generales para la nueva legislación de Minas, atribuyendo originalmente al Estado el dominio del subsuelo, señalaba (coincidiendo con la actual interpretación progresiva del artículo 350) que el suelo «comprende la superficie propiamente dicha y, además, el espesor a que haya llegado el trabajo del propietario, ya sea para el cultivo, ya para solar y cimentación, ya con otro objeto cualquiera distinto del de la minería», como podría ser, naturalmente, el alumbramiento y apropiación de las aguas existentes debajo de la superficie de la finca. No consta en

el expediente si el propietario ha realizado tales trabajos, por lo que, no pudiendo resolverse acerca de la propiedad del subsuelo a la profundidad señalada, mal podrá decidirse acerca de la posibilidad de imponer un derecho real de servidumbre que entraña una limitación de tal derecho de propiedad. Pero tanto si el subsuelo es de propiedad privada, como si no lo es, la construcción de la galería ofrece un aspecto esencial en la regulación de las aguas inicialmente desligado del problema de la propiedad del suelo y del subsuelo; aspecto que (con mayor razón en Canarias) coloca la ejecución de las obras bajo la facultad autorizante de la Administración, en función de garantía de los derechos preexistentes».

h) En cuanto a la legislación especial de obras que se realizan en el subsuelo, no hay un precepto tan terminante como los de los Códigos civiles extranjeros citados. Probablemente ello se deba a que el legislador lo considera un tema obvio. En la construcción de túneles viarios o ferroviarios, que atraviesan las montañas de nuestro país, no es normal que se siga expediente de expropiación del subsuelo, ni han surgido, a partir de 1906, conflictos dominicales. Los conflictos entre el propietario del suelo y los concesionarios del subsuelo deben encontrar su solución en el plano de los daños y su responsabilidad. Recuérdense también las perforaciones realizadas con ocasión del Metropolitano de Madrid (Ley de 4 de septiembre de 1892 y Real Orden de 12 de enero de 1917) y de Barcelona, o las obras del túnel de Guadarrama (Ley de Carreteras de peaje de 26 de febrero de 1953), que no prevé indemnizaciones de ninguna clase para el subsuelo que necesariamente había de ocuparse, y sí, en cambio —en el artículo 7— la expropiación del suelo.

La misma técnica indemnizatoria se maneja en el caso de servidumbre forzosa de paso de líneas aéreas o subterráneas de corriente eléctrica (regulada hoy por la Ley de 18 de marzo de 1966 y Decreto de 20 de octubre del mismo año). Siendo de notar que, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley y 32 del Reglamento, el montante de la indemnización comprenderá: «a) El valor de la superficie del terreno ocupado... por la anchura de la zanja si la servidumbre es de paso subterráneo e impide el aprovechamiento normal del suelo. b) El demérito que en el prelio sirviente ocasione la servidumbre».

Y, en fin, también es de tenerse presente el artículo 4.º de la Ley de Navegación aérea de 21 de julio de 1960: «Los dueños de bienes subyacentes soportarán la navegación aérea con derecho a ser resarcidos de los *daños y perjuicios* que ésta les causa».

i) Desde otro punto de vista, puede también fundamentarse la tesis en la carencia de medios jurídicos que tiene el propietario del suelo para proteger el subsuelo, y más concretamente todavía: suponiendo que se haya verificado una intrusión en el subsuelo, a gran profundidad, *sin tocar para nada el suelo*, el titular del dominio de éste no puede ejercer la acción civil de responsabilidad del artículo 1.902 del Código civil, puesto que en este precepto se exige que exista un daño, y las perforaciones del subsuelo, por hipótesis, no perjudican el suelo. Y lo mismo sucede si intenta ejercer una pretensión de Derecho administrativo, ya que los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, el 133 de su Reglamento y el 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, respaldados por una sólida jurisprudencia, exigen igualmente un daño efectivo y evaluable económicamente.

En definitiva, y al cabo de tantos argumentos, es inevitable negar la extensión vertical indefinida de la propiedad, lo que en último término podría justificar el aceptar la conclusión tradicional de que el aire y el subsuelo no son bienes, sino cosas que carecen de dueño, sean *res nullius* o *communis omnium*.

4. *Profundidad del suelo.*

¿Y hasta dónde se extiende el suelo en profundidad? Porque hasta ahora venimos hablando de una distinción apriorística entre el suelo y el subsuelo; pero es sabido que, entre ambos, no existe una separación física, ni tampoco las normas han señalado una frontera rígida y definitiva. Como ha señalado BRUCI (23), «no puede reducirse la superficie del fundo a una línea geométrica, sino que forzosamente debe también calcularse la cantidad de subsuelo que es necesario para el mantenimiento jurídico y económico del fundo, pues éste no es una cosa que *tangi potest* en todas sus partes, sino un concepto económico y jurídico».

Entre nosotros, hace más de cien años que FRANQUET ha formulado

(23) *Della proprietà* (en "Il Diritto Civile Italiano", dirigido por Fiore, I, Nápoli e Torino, 1911, pág. 431).

y resuelto, con toda precisión, el problema: «El dominio (del dueño de la superficie) sólo alcanza a la profundidad necesaria para el ejercicio de la industria que explota en el exterior, y como pueden ser tan variables las necesidades de las diferentes industrias, y en especial las de la agrícola, para la vegetación y secular desarrollo de las plantas, ninguna legislación ha osado marcar simétricamente la profundidad a que alcanza».

Y en igual sentido, el artículo 5.º —también ya citado— de la Ley minera de 1868, rechaza del mismo modo un rígido criterio de separación (24).

En definitiva, el Derecho español, lo mismo que los extranjeros, se ha acogido a la teoría del interés desarrollado por JHERING (25), conforme a la cual *el suelo llega hasta donde llega el interés de su aprovechamiento, y en el punto en que termina ese interés empieza el subsuelo*. De aquí precisamente, y puesto que la profundidad del interés puede ser varia, que no pueda determinarse en abstracto el espesor del suelo (26).

(24) En cambio, el artículo 426 del Código civil parece establecer una separación rigurosa al declarar que las calicatas que los particulares puedan realizar en terrenos de dominio público no han de exceder de diez metros en longitud o profundidad.

(25) *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentums im Interesse der Nachbarn* (JJ, 1863, págs. 81-130). Posteriormente, la doctrina romanista ha demostrado que esta teoría del interés fué la manejada por juristas romanos, de tal manera que los Códigos modernos (ya citados) que sobre ella se basan no han hecho, en definitiva, sino “volver a las fuentes” (cfr. BUTERA, *Nuovo codice civile commentato. Libro della proprietà*, I, Turín, 1941, págs. 78 y sigs.). Concretamente, según SOHM, MITTEIS, WENGER (*Institutionen des roemischen Rechts*, ed. 17, 1928, pág. 256, nota 4), en el Derecho romano el propietario no podía extender su dominio más allá de donde tuviera un interés razonable, y en idéntico sentido se expresa BIONDI (*Istituzioni di diritto romano*, 2ª ed., pág. 205). Para FERRINI (*Manuale di Pandete*, 4ª ed., Milano, 1953) el objetivo de los juristas romanos era proteger al propietario en el aprovechamiento completo de su fundo, y por ello le concedían el dominio del aire superpuesto, una *res nullius*, en la medida que lo exigiera el indicado aprovechamiento del suelo. (Todas las citas, *apud IVER*, ob. cit., págs. 180-181).

(26) De forma quizá inconsciente, pero expresa, la Real Orden de 5 de diciembre de 1876 maneja también la teoría del interés, puesto que al argumentar los derechos del propietario sobre las aguas subterráneas lo hace “considerando que la presencia de aguas en las capas inferiores de un terreno influye casi siempre directamente en la feracidad de su superficie y que, por consiguiente, el privar al propietario de tales aguas equivaldría a mermar esa feracidad que constituye una parte de su propiedad”. En el mismo sentido, muchos años más tarde, LÓPEZ DE HARO, en sus tan breves como luminosos comentarios a la legislación de aguas subterráneas: “(el agua) que el subsuelo contiene, si influye en la del suelo, constituye una sola masa y está ocupada por igual título que la del suelo, y es parte de él” (*Fuentes y aguas subterráneas*, en “Revista de Derecho Privado”, 1914, pág. 311). Por su parte, el Código civil, a diferencia de tantos extranjeros no hace una referencia expresa a la teoría del interés, pero un indicio de la misma

Así formulada esta tesis —en términos similares a los del artículo 667 del Código civil suizo o del artículo 5 de la vieja Ley de Minas de 1868—, parece implicar la separación física de dos porciones de la masa terrestre, a cada una de las cuales considera objeto de dos derechos distintos. Pero en realidad, lo único de lo que se trata es de delimitar la auténtica extensión del dominio del suelo. Obsérvese que aparentemente la fórmula alemana es distinta: conforme al artículo 905 del Código civil alemán, no se hace, a primera vista, esta separación de objetos físicos, e incluso podría admitirse que el dominio del suelo se extiende indefinidamente en profundidad, si bien con la limitación de no poder excluir los trabajos de perforación que no afecten a los intereses de la superficie. Ahora bien, en último extremo, ambas fórmulas son exactamente iguales, porque, si se concibe el dominio como un haz de facultades, es claro que en el punto en que desaparecen las facultades, deja de existir el derecho básico: nunca puede considerarse objeto de derecho aquello sobre lo que no puedan ejercerse facultades. En suma, pues, lo que en ambos casos se ha conseguido ha sido delimitar la verdadera extensión del dominio del suelo (27).

Así planteada, la teoría del interés parece clara, justa y definitiva. No obstante, su aplicación concreta tropieza con la dificultad de determinar con alguna precisión la medida de ese interés. ¿Se trata de un interés subjetivo u objetivo, actual o potencial?

A mi modo de ver, el interés ha de ser objetivo, lo cual implica que su medida no se refiere a las condiciones de un suelo concreto, sino a cualquier aprovechamiento posible objetiva y abstractamente considerado. Es decir, si el suelo está, por ejemplo, cubierto por un prado, hay que contar que también puede serlo por árboles, cuyas raíces y exigencias de humedad se extienden a mucha mayor profundidad que la de la hierba; o que si el solar está sin edificar, cabe la posibilidad de que algún día lo sea y precise de un volumen de cimentación. Desde otro punto de vista, la objetivización actúa en función de un interés eco-

podría encontrarse en la afirmación del artículo 350: "el propietario de un terreno... puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones *que le convengan...*"

(27) Conforme a la doctrina alemana dominante existe únicamente una diferencia de orden procesal: sobre la base del Código civil suizo, el propietario del suelo debe legitimar su pretensión con la prueba de que la intrusión afecta a sus intereses; mientras que en el Derecho alemán es el intruso quien debe demostrar que su actividad no perjudica los intereses del propietario del suelo. Cfr. el *Staudingers Kommentar, Sachenrecht*, 11.ª ed., Berlín, 1956, pág. 405. Por cierto que en esta obra (págs. 400-413) se citan más de tres docenas de trabajos monográficos dedicados especialmente al estudio del tema de la extensión vertical de la propiedad.

némico-social y no del capricho del propietario. Recuérdese la sentencia de 1906, que niega al propietario del fundo la facultad de hacer una profunda zanja, ya que su perforación no descansaba en móviles económicos, sino en el simple capricho de detener el paso del ferrocarril. Siendo de advertir que en los últimos decenios del siglo pasado y primeros años del presente, todos los Tribunales de Europa hubieron de afrontar el mismo problema —al que dieron similares soluciones—, como consecuencia del creciente tendido de líneas ferroviarias, a las que las modernas técnicas permitían realizar perforaciones de túneles a gran profundidad (28).

Sea como sea, estos problemas pueden resolverse casuísticamente sin excesiva dificultad y procurando decidir, en caso de duda, en favor del suelo. Las auténticas dificultades se encuentran en la determinación de si el interés ha de ser actual o potencial. Porque es evidente que las «posibilidades del ejercicio útil» del subsuelo —auténtica medida del interés— se amplían progresivamente conforme transcurren los años y avanzan las técnicas. El interés de ocupar el subsuelo para refugios antiatómicos, que ayer era inimaginable, hoy empieza a ser una realidad; y, por otro lado, el previsible refinamiento de las técnicas de perforación puede permitir algún día ocupaciones que de momento resultan irrealizables.

Según esto, ¿qué interés es el que hay que atender: el actual o el futuro? Tal cuestión, que ha preocupado a los juristas desde la primera formulación de la teoría, sigue aún sin responder. O mejor dicho, admitiéndose sin excepción que el interés que hay que tener en cuenta es el actual, lo que está por resolver es el modo de compaginar la actual delimitación de los derechos del propietario del suelo con la futura ampliación de sus intereses.

Sin embargo, esta dificultad no puede poner en entredicho la tesis de que el interés que cuenta es el actual. Incluso un autor tan notoriamente individualista como DE MARTINO (29) lo reconoce sin reservas, ya que, de otro modo, la teoría del interés sería sencillamente inaplicable.

(28) Para la jurisprudencia francesa, italiana y alemana, así como bibliografía, cfr. LIVER, ob. cit., pág. 174; DUALDE, *La posesión civilísima*, ed. Aries, Barcelona, 1959, págs. 45-46, y GABBA, *Questioni di diritto civile*, 2.ª ed., I. Torino, 1909, págs. 113 y sigs.

(29) *Dei beni*, en "Commentario del Codice civile", III, "De la proprietà" (artículos 810-956), 2.ª ed., 1959, págs. 153-155, con la bibliografía allí citada. Se adhiere también a la tesis del interés actual, GABBA, en la obra citada en la nota anterior. En cuanto a la formulación de PAMPALONI, apareció en *Sulla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo nel diritto romano e odierno*, en "Archivio giuridico", 48, 1892, páginas 32-60, conforme a una cita traslativa que aparece en todos los estudios posteriores.

Es sabido que la doctrina italiana dominante —tan similar en este punto a la española— acepta indefectiblemente la fórmula expuesta ya por PAMPALONI en 1892: el interés del propietario del suelo sólo debe medirse por relación a la utilización que le sea posible en las actuales condiciones del arte y de la industria.

Si la determinación de la extensión vertical de la propiedad se hiciera depender de un factor tan hipotético (30) como los imprevisibles progresos de la técnica, la utilización del subsuelo quedaría al arbitrio de la caprichosa imaginación del propietario del suelo; y ello no puede ser así por las razones sociales más elementales. Sería absurdo sacrificar el presente por un futuro incierto. En definitiva, no hay que olvidar que —como dice el principio X del Movimiento Nacional (Ley de 19 de mayo de 1958)— «la propiedad privada (es un) derecho condicionado a su función social». Lo cual significa que si el individualismo dominical debe ceder ante las exigencias actuales de la función social de la propiedad, en nada se fortifica su posición por la posible contingencia de acontecimientos futuros imprevisos e imprevisibles. Admitir otra cosa sería negar esta característica esencial de la propiedad moderna, y sobre todo provocar problemas de imposible solución; de aquí que los autores que admiten la posibilidad de intereses futuros, lo hagan con toda clase de precauciones. Así, BRUSI (31) considera que no es labor de juristas calcular estas posibilidades futuras, sino que es misión que habrán de ir resolviendo los técnicos en cada caso.

En este punto conviene recordar la tesis de IZQUIERDO LAGUNA (32), que aunque bastante antigua y no muy rigurosamente desarrollada, está llena de sugerencias que pueden ser útiles para el hallazgo de una fórmula satisfactoria. Según este autor, el derecho de propiedad se apoya sobre una propiedad básica o mínima, constituida por un punto, y desde

(30) BARASSI llega a emplear a este propósito el término de "quimérico". Cfr. su *Proprietà e comproprietà*, 1951, pág. 528.

(31) *Della proprietà* (en "Il Diritto Civile Italiano", dirigido por FIORE, I, Napoli v Torino, 1911), pág. 427. Con no menores reservas. cfr. también el *Staudingers Kommentar*, cit., pág. 405, quien, por cierto, en la página anterior hace una certerísima observación, de gran aplicación en las Islas Canarias: "No puede considerarse un interés legítimo la posibilidad de exigir un precio por dar la licencia o consentimiento para que un tercero perfore el subsuelo".

(32) *La teoría de la propiedad potencial*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 167, 1935, págs. 194-205. La tesis de este autor se encuentra directamente influenciada por la de GABBA (en las *Questioni...*, ya citadas), quien considera el alcance de la propiedad como el desarrollo de una primera ocupación en virtud del carácter potencial (*sic*) de este derecho, que le impulsa a extenderse; desarrollo que no es concebible en profundidad de forma ilimitada, por cuanto la ocupación originaria sólo tiene lógicamente un sentido superficiario.

allí se irradia a los puntos colindantes, lo que constituye la «propiedad potencial». Esta irradiación es en principio indefinida y sólo se detiene cuando choca con otro derecho de propiedad que paraliza su avance. De esta manera la propiedad se autoorganiza. El propietario tiene ante sí una «zona de penumbra jurídica» de extensión indefinida. Lo que sucede es que esta zona intermedia común a muchos derechos de propiedad —una zona de nadie, como si dijéramos— puede ser ocupada por varios, y el que primero realiza esta ocupación de forma efectiva establece un límite al avance de la propiedad potencial de los colindantes. Concretamente, y por lo que se refiere a nuestro tema, termina afirmando:

«Con la teoría de la propiedad potencial nosotros no pretendemos corroborar o ampliar la vieja afirmación según la cual el dueño del suelo lo es desde el cielo a los infiernos. Lo que nosotros hacemos es nada más que reconocer la posibilidad de esa apropiación indeterminada del espacio (arriba y abajo), admitiendo como única limitación la existencia de un derecho ajeno. Nadie podrá impedir que por debajo de su casa pueda construirse un túnel. Pero, por el contrario, no podrá construirse dicho túnel si ha de atravesar o tocar una bodega, porque ya es propiedad conquistada gracias a la propiedad de avance».

Y, por último, permítaseme la transcripción de unos párrafos de un autor suizo ya citado, Peter LIVER (33), en los que, sin pretensiones de originalidad, resume en los siguientes términos el estado de la cuestión, a la vista del Derecho suizo, alemán, italiano y francés, que documenta ampliamente:

«Si se perfora un túnel a varios cientos de metros de profundidad por debajo de un predio, sin perjudicar lo más mínimo el aprovechamiento del mismo, es claro que, a tenor del artículo 667 del Código civil, el dominio de éste no alcanza a dicha profundidad... El material extraído de la perforación puede ser valioso, así como el agua subterránea encontrada. El propietario del predio se encuentra desde luego interesado en ambos productos, e incluso podría argumentar que si su dominio no llega a la profundidad del túnel, por cuanto no tiene interés en impedirlo, si

(33) Ob. cit., págs. 171-174.

llega, en cambio, en lo que se refiere a los materiales y agua encontrados, en cuanto tiene un indiscutible interés en su aprovechamiento... Pero el principio del artículo 667 supone un interés que no se apoya en la pretensión de una ventaja o en la evitación de un perjuicio, sino en que el propietario ejercite las facultades dominicales que sirven de manera positiva al aprovechamiento de un predio o en que pretenda evitar las actividades perjudiciales a dicho aprovechamiento... En definitiva, *el dominio se extiende verticalmente hasta donde sea posible al propietario la dominación del espacio y sirva al aprovechamiento de su suelo, así como a impedir las actividades de terceros que hacia arriba o hacia abajo perjudiquen este aprovechamiento.* Con la advertencia de que lo decisivo no es el aprovechamiento del suelo en el momento de ejercitar la acción, sino la posibilidad del aprovechamiento, cuya realización pueda romperse en un tiempo previsible y de acuerdo con la evolución normal de las cosas y con la experiencia de la vida... Por ello el propietario del suelo no tiene derecho ni al agua ni a los materiales extraídos del túnel en el caso de que la explotación de estos productos no forme parte de las posibilidades de aprovechamiento de la parcela realizables en un tiempo previsible».

5. *La jurisprudencia.*

Este panorama científico —aceptablemente claro— aparece muy enturbiado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se reflejan las tendencias más contradictorias, de tal suerte que es muy difícil deducir de ella conclusiones definitivas:

a) Algunas sentencias aceptan, sin más, la práctica canaria de exigir el consentimiento del propietario del suelo para la autorización administrativa de las perforaciones del subsuelo: en unos casos sin precisar ninguna justificación (s. de 9-12-1859), en otros casos al amparo del Código civil y de la Ley de aguas (ss. de 26-10-1949, 4-5-1950 y 12-2-1953) (34), y en otros, en fin, al amparo de la legislación espe-

(34) *Ad exemplum*, sentencia de 26 de octubre de 1949: "Como quiera que por exigencia del artículo 127 de la Ley de Aguas, y más señaladamente del artículo 417 del Código civil, para las concesiones de esta índole ha de acreditarse la licencia del propietario de la finca en que hayan de llevarse a cabo los trabajos de investigación". Pero recuérdese que, como más arriba se ha indicado, los preceptos que se invocan no hacen referencia a las aguas subterráneas, sino a las perforaciones de la superficie.

cífica de Canarias, es decir, de las Reales órdenes de 27 de noviembre de 1924 y 23 de mayo de 1938 (ss. de 26-4-1961 y 16-10-1959) (35).

b) Pero, en cambio, otras sentencias, en términos inequívocos y rotundos, afirman exactamente lo contrario, o sea: que ni el Código civil, ni la legislación general de aguas, ni la legislación específica de Canarias exigen el requisito de la autorización de los propietarios del suelo:

- «Ni, por otra parte, la Orden de 23 de mayo de 1928, que rige para Canarias, exige para alumbrar aguas justificar la propiedad del predio en que se hayan alumbrado» (s. de 15-6-1957).
- «El artículo 23 de la Ley de Aguas permite al dueño de un predio construir pozos, socavones y galerías sin necesidad de interesar autorización y menos justificar ante nadie el dominio del predio, y si bien para Canarias se impone previamente a la ejecución de dichas obras recabar la autorización administrativa, ello no altera aquella situación de principios, porque tampoco el Decreto de 23 de mayo de 1938 exige la obligación de justificar el dominio del terreno» (s. de 16-11-1958).
- «La singular naturaleza geológica del subsuelo de las islas Canarias, determinante de enormes capas acuíferas a grandes profundidades, y el supervalor de las aguas alumbradas alcanzado en tales islas, hizo que la legislación integrante del capítulo IV de la Ley de Aguas de 1879, referente al «dominio de las aguas subterráneas» y de las «disposiciones provisionales para la petición de las aguas subterráneas en terrenos de dominio público», comprendidas en la Real Orden, aún vigente, de 5 de junio de 1883, y la integrante de los artículos 417 y 419 del Código civil, quedase desorbitada y exigiese la promulgación de nuevos preceptos especiales que cohonestasen a su vez los derechos privados con los del dominio inminente que el Estado tiene reconocido y reservado sobre el subsuelo nacional, según sancionó ya la

(35) Por otro lado, se matiza esta exigencia declarando que los terceros no están legitimados para solicitar la nulidad de la autorización por falta de este requisito, lo que, en su caso, sólo corresponde a los propietarios del suelo, sin cuya autorización se ha contado. Así, la sentencia de 24 de junio de 1957: «El hecho, que en la demanda se alega de no ser el peticionario dueño del suelo, sino del subsuelo del terreno en que se pretende realizar las obras de alumbramiento de aguas de que se trata, es evidente que sólo podría (¡simple hipótesis argumentativa, por tanto!) ser invocado con eficacia por el propietario de dicho suelo y no por otra persona».

Ley de Minas de 28 de diciembre de 1868, y con las normas que para la apertura de pozos y galerías subterráneas trazó e impulsó el artículo 18 del Reglamento de Policía minero de 28 de enero de 1910» (s. de 10-5-1951).

6. *El Reglamento de 14 de enero de 1965.*

En esta delicada cuestión de la propiedad del subsuelo el factor, a mi juicio, más decisivo ha sido la práctica adoptada desde hace algún tiempo por los órganos administrativos canarios de exigir como requisito previo para las autorizaciones de alumbramiento de aguas el permiso de los propietarios del suelo por cuyo subsuelo van a pasar las galerías. Esta práctica, como acaba de verse, es ilegal y su mantenimiento ha dado lugar a numerosos litigios que se expresan en la jurisprudencia que acaba de citarse. Pero lo más grave del caso es que la misma y de la forma más inesperada ha sido sancionada por el Reglamento de la Ley de 24 de diciembre de 1962, de fecha 14 de enero de 1965, cuyo artículo 2.1.3 —que bien merece un comentario detallado— declara:

«Para solicitar autorización para realizar obras de alumbramiento de aguas en terreno de propiedad particular será necesario... justificar... la propiedad por parte del peticionario de los terrenos en que pretenda realizar las obras, y de *aquellos debajo de los cuales hayan de excavar las galerías*. En caso de que el solicitante no fuera propietario de los terrenos citados, deberá presentar la documentación que acredite la debida autorización de los propietarios correspondientes, en la que éstos, a su vez, habrán de acreditar en forma dicha propiedad».

a) Este precepto parece significar, a primera vista, el triunfo definitivo del espíritu individualista de los terratenientes. Pero, a mi juicio, esto no es así, puesto que tal Reglamento es ilegal y, por tanto, nulo. Ya que el Decreto de 1965 es desarrollo de una Ley, la de 1962, en la que no aparece por ninguna parte ese requisito de la autorización de los propietarios del suelo. Lo cual significa que el Reglamento se ha excedido de la Ley, y que es nulo por este exceso.

Es curioso consignar que el propio Decreto parece ser consciente de su exceso reglamentario, y por ello su justificación indica que no se ha limitado a desarrollar la Ley, sino a *incorporar* otras normas administrativas de menor rango, que ahora van a quedar recopiladas o derogadas.

das. Concretamente, por lo que a nuestro tema se refiere, las Reales Ordenes de 27 de noviembre de 1924 y 23 de mayo de 1938 (disposición final primera); pero como es el caso que en tales Ordenes ministeriales tampoco aparece este requisito, es claro que el Decreto también se ha excedido en su pretendida función recopiladora.

Es de advertir que, en último extremo, en todas estas normas se habla de *terrenos* particulares y no de subsuelos. Por su parte, la sentencia de 5 de julio de 1967 ha hecho sobre el particular las siguientes declaraciones:

«Esta exigencia del requisito primordial del dominio del fundo para poder obtener autorizaciones administrativas de alumbramiento que está contenida en la Orden de 1938, ha cristalizado, en forma aún más patente, en el artículo 1.º de la Ley de 1962, que desarrolla dicha Orden, y en el artículo 5.º del Reglamento de 1965, impediendo de que se autoricen las obras, en caso de litigio sobre la propiedad de los terrenos... (legislación aplicable incluso a supuestos anteriores a 1962), pues es admitido que las disposiciones reglamentarias, en cuanto que aclaran el sentido de una Ley, pueden estimarse incorporadas a ella y tener el efecto que se atribuye a las normas interpretativas o aclaratorias, con la retroactividad propia de las de esta naturaleza».

Declaraciones, a decir verdad, muy poco convincentes, puesto que ni en las Ordenes de 1924 y 1938 ni en la Ley de 1962 aparece tal «requisito primordial»; además de que no deja de ser curioso que una Ley sea considerada como norma de desarrollo, y hasta de interpretación, de una simple Real Orden anterior. No menos equívoca es esta sentencia en cuanto afirma que el artículo 254 de la Ley de Aguas impone el conocimiento de los Tribunales ordinarios de las cuestiones referentes a la propiedad del suelo; siendo así que el artículo 4.º de la vigente Ley de lo Contencioso atribuye a estos Tribunales especiales el conocimiento de las cuestiones prejudiciales civiles, como sería esta de la propiedad a efectos del otorgamiento de la correspondiente autorización.

Y del mismo modo tampoco puede entenderse que la exigencia de la autorización ha sido impuesta por la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria. Tal hipótesis resulta inadmisibile por cuanto la exigencia de la autorización implica, en el fondo, una configuración del derecho de propiedad; lo que evidentemente no corresponde a la po-

testad reglamentaria de la Administración. A mi entender, y a mayor abundamiento, aquí hay una clara desviación de poder, dado que la Administración ha dictado una norma con un objetivo totalmente distinto del previsto en el Ordenamiento jurídico: el objetivo del Reglamento pretende, a confesión propia, regular los trámites administrativos de petición de autorizaciones, y en realidad lo que ha hecho ha sido regular el régimen de la propiedad.

Por si esto fuera poco, la nulidad del Reglamento pudiera también articularse con la técnica de los principios generales del Derecho, aquí operantes por encima de la letra del artículo 350 del Código civil.

En definitiva, nos encontramos, pues, ante un Reglamento nulo. Y si en estos momentos ya no es posible su impugnación directa, por razones de caducidad, los particulares tienen abierto el recurso indirecto del artículo 39, 2, de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, que podrán impugnar los actos concretos de aplicación del mismo (las hipotéticas denegaciones de trámite de la petición de autorización) basándose en la nulidad del Reglamento.

b) Por otro lado, y como consecuencia de la conciencia de su ilegalidad, el Decreto muestra una notable inseguridad a la hora de exigir el riguroso cumplimiento del requisito de la autorización de los propietarios del suelo.

Nótese que, de acuerdo con el artículo 2.1.3, ya citado, parece exigirse tal autorización en dos supuestos distintos: terrenos en que pretendan realizarse las obras, y terrenos debajo de los cuales hayan de excavar las galerías. Pues bien, llegado el momento de determinar las consecuencias de la falta de estas autorizaciones, lo único que se tiene en cuenta, lo único que impide realmente la concesión de la autorización, es la falta del permiso del propietario del terreno en que van a realizarse las obras, sin referirse para nada a la autorización del propietario debajo de cuyo suelo van a excavar las galerías. Autorización que, a la postre, va a resultar irrelevante:

Artículo 5.2: «La resolución que se dicte únicamente podrá autorizar las obras que se realicen dentro de la finca propiedad del peticionario o de terceros autorizantes, con exclusión de las que invadieren propiedades ajenas, sin el consentimiento de sus respectivos dueños» (36).

(36) Este argumento quizá pueda parecer demasiado sutil, pero no deja de ser significativo. Además, por otro lado, el propio Reglamento se encarga de probar *ad*

c) Pero la mayor paradoja del Reglamento de 14 de enero de 1965 consiste en la contradicción que media entre sus fines y los medios empleados para su consecución. O mejor dicho: entre los fines que provocaron la aparición de la Ley de 1962 y las exigencias impuestas por el Reglamento que la desarrolla.

En efecto, la Exposición de Motivos de la Ley justifica su aparición en «la necesidad de impulsar y fomentar la riqueza de los aprovechamientos hidráulicos del archipiélago canario», aludiendo al tiempo a la «economía nacional». Pues bien, si se reconoce sin discusión que en Canarias las aguas son escasas y de extracción costosa, y que, además, falta de industria, constituyen la única riqueza del país, ¿no resulta contradictorio dificultar la obtención de esas aguas y encarecer su abastecimiento autorizando una participación (tal es la contrapartida de la licencia) en favor de los propietarios de un suelo situado a gran distancia? La realidad es que con esta medida no se fomenta la economía nacional, sino que se encarece el precio de las aguas —por definición ya muy escasas— en beneficio de terratenientes inactivos.

Lo curioso del caso es que el legislador era consciente de la auténtica situación canaria, y al elaborarse la Ley de 1962 se pensó en dar al problema una solución radical mediante el arbitrio de declarar de dominio público todas las aguas subterráneas no alumbradas (37). Medida que despertó una reacción muy justificada entre los propietarios canarios, quien, en última instancia, lograron que el proyecto fuera modificado y que la declaración de dominio público se transformara en el texto legal en una simple posibilidad de reserva. Esta reacción defensiva fué muy explicable; pero a continuación pasaron los terratenientes a la ofensiva, y a la hora de redactarse el Reglamento de aplicación de la Ley consiguieron imponer sus intereses particulares, introduciendo un poco subrepticamente, como si se tratara de un simple trámite procedimental, la famosa exigencia de la autorización de

absurdum lo débil de su posición. En el artículo 13 declara que “los expedientes de transferencia de autorizaciones... deberán instarse en la Comisaría de aguas, adjuntando el documento que acredite la transferencia, el permiso explícito de ocupación en favor del mero beneficiario, renovado por cuantos lo autorizaron en el expediente primitivo”. Esta disposición es sencillamente inaplicable en la práctica, como muy bien saben los propietarios canarios, por la sencilla razón de que tales autorizaciones no existen en la mayoría de los casos, ni es posible identificar a quienes “lo autorizaron en el expediente primitivo”. Si la Comisaría de Aguas se decidiese a aplicar literalmente este Reglamento o habría modo de realizar una sola transferencia.

(37) Cfr. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Aguas públicas y Obras hidráulicas*, ed. Tecnos. Madrid, 1965, pág. 117.

los dueños de la superficie, a lo largo de las galerías, hubiera o no hubiera aguas subterráneas.

De esta manera el movimiento reformador terminó en un punto exactamente contrario al que se había propuesto.

d) Consciente quizá de todo ello, y como prueba de cuantos argumentos vienen exponiéndose, el Tribunal Supremo ha disminuido notablemente la trascendencia del requisito reglamentario de la prueba de la propiedad, o de la autoridad del propietario, en su caso. Lo que ha tenido lugar en varias direcciones:

— si la ausencia de este trámite no se ha debatido en la vía administrativa, tampoco puede serlo en la contenciosa (s. de 13-10-1965):

— sólo puede impugnar este defecto quien alega un derecho de propiedad afectado por las obras (s. de 13-10-1965); tal como declaró con todo detalle la sentencia de 10 de abril de 1967:

«Lo que sí es inadmisibile es el fundamento del recurso en el argumento que estriba en que la Comunidad beneficiaria de la autorización del alumbramiento de aguas recurrida no es propietaria de las fincas en que se alumbran éstas, pues para ello se precisaría que acreditase ser el recurrente dueño de las fincas en cuestión, faltando interés directo para impugnar las resoluciones de autorización administrativa, sobre la base de ser preciso este interés para apoyar el recurso justificado en el artículo 28, 1.ª, de la Ley de lo Contencioso, aun en la hipótesis de que no se haya publicado en el *Boletín Oficial del Estado* la Orden ministerial de 17 de mayo de 1945, que exige que las oposiciones basadas en la circunstancia de que quien pide el alumbramiento demuestre ser propietario de tales fincas, deben invocarse por quienes sean propietarios o, al menos, poseedores de aquéllas, lo que ni en el expediente ni en estos autos se acredita»;

— y un paso definitivo: no es preciso realizar la prueba en cuestión en el expediente administrativo:

«El hecho de no haber acreditado el solicitante la propiedad del terreno en que se pretende ejecutar las obras, o que el propietario le había autorizado para ejecutarlas, no es causa determinante de la nulidad de actuaciones solicitada...; la propia Administración no lo consideró necesario en ese trámite, y por eso no lo exi

gió, obrando con acierto al hacerlo así, puesto que si la autorización legal tenía que concederse sin perjuicio de tercero y dejando a salvo el derecho de propiedad..., estaba claro que el permiso de los dueños de esos terrenos o la propiedad de los mismos había que justificarlo al empezar la obra, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 414 y 417 del Código civil, que solamente al propietario de un predio o a las personas a quienes haya dado licencia para ello permite buscar aguas subterráneas en él. Si fuese cierta la afirmación de los actores de que el solicitante no es dueño de los terrenos ni tiene licencia de ellos para hacer las obras autorizadas, tampoco daría lugar a la nulidad de las actuaciones, puesto que los dueños de esos predios, tan pronto como vieran que en ellos se iniciaban obras de captación de aguas subterráneas, sin perjuicio de las acciones que les pudieran corresponder, por lo menos protestarían al ver atacado su derecho dominical, y la autorización quedaría inmediatamente caducada, siendo imposible la realización de las obras» (s. de 17-6-1966);

«El acuerdo expreso del Municipio propietario del monte donde se ubica el aprovechamiento, acerca de la ocupación superficial del terreno..., no constituye requisito previo a la legalización, sino que, obtenida ésta, será el momento adecuado para ello, a fin de dar efectividad a la autorización del mismo modo que en una concesión de aguas, es posterior a ello todo lo relativo a expropiaciones y servidumbres derivadas de su clausulado» (s. de 7-6-1965).

Como puede verse, esta jurisprudencia se basa en un espíritu mucho más flexible que el Reglamento de enero de 1965; y, por su parte, la doctrina expresada en las dos últimas sentencias citadas es muy clara: tal como antes se ha dicho, el permiso de los particulares propietarios del suelo es una cuestión civil que debe excluirse del expediente gubernativo y hasta de la revisión contenciosa. Esto es algo totalmente distinto de lo que con notoria desviación de poder dice el Reglamento la cuestión, pero tiene una justificación dogmática muy sólida y, sobre todo, abre la puerta a su total eliminación. Porque remitida esta cuestión a los Tribunales civiles, éstos, al decidir sobre el verdadero alcance de las facultades dominicales del dueño y del alumbrador, harán de resolver de acuerdo con normas de rango legal, y no reglamentario.

Resumiendo cuanto antecede, puede llegarse a la siguiente conclusión: en nuestro Ordenamiento jurídico sólo hay un texto que parece

contradecir la tesis, prácticamente aceptada sin discusión, de que el dominio del suelo no se extiende indefinidamente en profundidad. Esta excepción es la constituida por el Reglamento de 14 de enero de 1965; ahora bien, este texto no es tan contundente como parece en una rápida lectura, y sometido a una crítica rigurosa, se llega al convencimiento de que es nulo. En definitiva, el dominio del suelo sólo se extiende en profundidad hasta donde tenga interés el propietario en razón a su lógico aprovechamiento.

Aclarado este punto, veamos a continuación qué sucede con el subsuelo hídrico, con objeto de determinar si la existencia de aguas en el subsuelo provoca un régimen jurídico distinto del aplicable al simple suelo árido. Y éste será el problema más importante, puesto que no hay que olvidar que en los aprovechamientos de aguas subterráneas, el subsuelo árido, en el mejor de los casos, sólo importa en cuanto masa que hay que perforar para llegar a la vena.

V.—SUBSUELO HÍDRICO.

En el epígrafe anterior ha quedado demostrado que el dominio del suelo no se extiende sobre el subsuelo árido, o sea, el que no contiene agua. Cuestión cuyo tratamiento es un simple presupuesto dogmático de lo que verdaderamente interesa: la determinación de quién es el propietario de las aguas subterráneas o subsuelo hídrico.

Para responder a esta pregunta suele invocarse el artículo 350 del Código civil, interpretándolo como una atribución del subsuelo hídrico al propietario del suelo; pero es claro que tal argumento es inadmisibile, dado que, como acaba de verse, las facultades dominicales del propietario del suelo no son ilimitadas en profundidad, y *sobre todo*, porque el artículo en cuestión se remite a la legislación especial de aguas y minas, que respeta y a que se remite. Es decir, que en este punto para nada nos vale el artículo 350, y tenemos que atenernos, por orden expresa del mismo, a la legislación de aguas. Tarea que va a acometerse en el presente epígrafe.

La legislación de aguas, por su parte, no hace ninguna declaración expresa y genérica sobre el dominio de las aguas subterráneas, sino que regula su régimen de un modo casuístico, debiendo distinguirse, al efecto, tres figuras diferentes, que es forzoso estudiar por separado: aguas subterráneas no alcanzadas por el hombre ni elevadas a la su-

perficie; aguas subterráneas alcanzadas por la investigación, pero aún no elevadas, y aguas subterráneas ya elevadas a la superficie.

Siendo de advertir, además, y con carácter general, que la jurisprudencia siempre ha sido consciente de esta especialidad de naturaleza y régimen jurídico del subsuelo hídrico. Valga de ejemplo la sentencia de 12 de junio de 1915:

«Teniendo en cuenta la naturaleza especial de esta propiedad acuosa y las necesidades esenciales que satisfacen (las aguas), tanto en el orden privado como en el de los intereses públicos, en razón a su extensión o aplicación de sus aprovechamientos...».

1. *Aguas no alumbradas* (38).

Las aguas subterráneas, en tanto no son alumbradas —es decir, en tanto los trabajos del hombre no han logrado perforar el subsuelo hasta alcanzar la masa líquida haciendo posible su posterior extracción o elevación a la superficie—, no pertenecen al dueño del suelo, tal como se deduce de las siguientes consideraciones:

a) Las aguas subterráneas, mientras no se consuman las obras de alumbramiento, no pueden ser utilizadas por el hombre, es decir, que no son ni pueden ser objeto de apropiación, y por tanto, no son bienes en el sentido del artículo 333 del Código civil. Lo que significa que ni pertenecen al dueño ni a ningún otro individuo en particular.

La consideración de que estas aguas tienen la naturaleza de *res communis omnium* o, más precisamente todavía, de *res nullius*, es tan antigua como constante:

— En 1861, Cirilo FRANQUET escribía lo siguiente (39):

«Así el Ponente como el que suscribe consideraron las aguas subterráneas como *res nullius*, pues siendo desconocidas, nadie

(38) En este punto la terminología es muy equívoca, y la elección de cualquier vocablo es puramente convencional. A tal efecto, conviene recordar que la palabra "alumbrar" (y su equivalente "iluminar"), lo mismo que la de "aflojar", es ambivalente: pues tanto puede significar extraer y hacer surgir a la superficie como descubrir y alcanzar ("pinchar la vena"). En este último sentido, cfr. un contemporáneo de la Ley, Melchor DE PALAU (*Ley de Aguas*, Madrid, 1879, pág. 100): "Una de las acepciones metafóricas del verbo alumbrar es la de dar a conocer con claridad lo que antes se ignoraba o dudaba, y ésta opino que debe ser la base de la definición, pues no creo, como algunos, que para que un agua se considere alumbrada deba salir al exterior".

(39) Voto particular durante las deliberaciones preparatorias de la Ley de 1866, transcrito por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en *La Ley de Aguas de 1866*, cit., páginas 610-613.

pudo habérselas apropiado por medio del trabajo, y no formando parte de ningún patrimonio privado, debían considerarse como del dominio público del Estado, con arreglo al título 22, libro 10, de la Novísima Recopilación, y con arreglo a los artículos 1 y 2 de la Ley de 16 de mayo de 1836. Ninguna legislación ni nacional ni extranjera conocían que hubiere hecho una declaración especial del dominio del subsuelo o de las aguas subterráneas en favor del dueño superficiario y, por tanto, debía aplicarse el principio general que las aplica el Estado como administrador de las cosas *nullius* que pertenecen a la comunidad social para disponer el Gobierno lo más conveniente a su destino».

En la doctrina extranjera del siglo pasado, un civilista del renombre de RANDA (40), y sobre la base de una legislación de letra casi idéntica a la nuestra, afirma esta naturaleza jurídica con los siguientes argumentos: «El agua subterránea no puede ser considerada como de dominio privado del dueño del suelo, ya que la Ley sólo le atribuye expresamente las que surjan a la luz en su terreno; pero tampoco puede ser considerada como de dominio público, porque para ello se exige que fluyan por un álveo, y las aguas subterráneas, aunque fluentes, no lo son de ordinario por un álveo». «En virtud de la ley de la comunicabilidad de las aguas subterráneas, éstas constituyen una masa hídrica que no sólo 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 por la misma razón y de la misma manera que no lo están las aguas corrientes ni el mar». «En defecto de una norma expresa, el agua subterránea, lo mismo que el agua corriente y la de mar, tiene que ser considerada como una *res communis omnium*, que puede ser en principio apropiada por cada propietario de suelo, desde su fundo».

En la doctrina extranjera moderna, DE PAGE-DEKKERS (40 bis), después de distinguir entre «aguas subterráneas» (o venas que alimentan las fuentes) y «fuentes» propiamente dichas (que es el punto —natural o artificial— en que el agua emerge a la superficie), entiende que aquéllas «deben ser consideradas como *res nullius*, no forman parte de un fundo determinado y son muebles, por lo que no deben confundirse con el subsuelo, que es inmueble».

(40) *Das oesterreichische Wasserrecht*, 3.^a ed., Praga, 1891, págs. 36-38.

(40 bis) *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, V, Bruxelles, 1952, págs. 862 y sigs.

— HEIMSTAETT (41) afirma que «mientras el hombre no ejerza actividad alguna sobre el agua subterránea, ni la haga objeto de su economía o se sirva de ella para la satisfacción de sus necesidades, escapa al derecho privado y no es cosa en sentido jurídico (bien), puesto que no es utilizada por el hombre».

b) Las aguas subterráneas son normalmente corrientes, y éstas no son susceptibles de dominio privado. Argumento que por su importancia y consecuencias jurídicas es tratado separadamente en el número 4 de este mismo epígrafe.

c) 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 de nivel local provocado por el alumbramiento tiende a ser llenado por las aguas que se encuentran a nivel superior, cualquiera que sea la distancia, que se deslizan hacia el espacio vacío, bien sea rodando libremente o por absorción capilar a través de capas permeables (42). Las últimas consecuencias de este argumento son resumidas así por Jean BARALE (43):

«Es sorprendente que una misma materia, en razón de su movimiento perpetuo, pueda cambiar sucesivamente de propietario y de régimen jurídico; es la misma agua la que primero cae a la tierra en forma de lluvia, como *res nullius*, luego se convierte en propiedad de varios ocupantes privados para terminar siendo pública al desembocar en un río a través de la alcantarilla, y en fin, *res communis* en el mar. No existen masas de agua perfectamente delimitadas que puedan ser objeto de un verdadero derecho de propiedad».

(41) Karl PEYRER, Ritter von HEIMSTAETT, *Das oesterreichische Wasserrecht*, 2.^a ed., Viena, 1886, pág. 145.

(42) A cualquier manual de hidrogeología me remito, si es que no basta con el sentido común, para comprender la idea desarrollada en el texto. Si se quiere consultar la obra de un jurista, véase la clara divulgación de Carlos ORTEGA MARTÍNEZ (*Hacia una nueva regulación jurídico-administrativa de las aguas subterráneas*, II Congreso Nacional de Comunidades de Regantes, XXXIX, Sevilla, 1967, especialmente págs. 4-7 y 16).

(43) Jean BARALE, ob. cit., pág. 613.

d) La tesis se corrobora con lo dispuesto en la legislación minera. La atribución al concesionario, que allí se hace, de las aguas aparecidas en la misma es prueba evidente de que el legislador no considera al dueño del suelo como propietario de ellas (44).

e) Dado que las aguas subterráneas después de alumbradas pertenecen a quien las alumbró (véase, más adelante, el número 3 de este mismo epígrafe), forzosamente hay que admitir que no pueden pertenecer al propietario del suelo antes del alumbramiento, pues en tal caso dicha atribución al alumbrador, en cuanto no dueño del suelo, implicaría un auténtico empobrecimiento del patrimonio de éste, que inevitablemente exigiría una indemnización.

f) Dado que el dueño del suelo no puede perforarlo para buscar aguas subterráneas en el supuesto de que un alumbrador haya adquirido, por afección, un derecho a las que se encuentran debajo de su fundo (véase más adelante el epígrafe VIII, 1, de este trabajo), forzosamente hay que admitir que no pertenecen al propietario del suelo, pues en tal caso los derechos del alumbrador hubieran implicado un auténtico empobrecimiento de su patrimonio, que inevitablemente hubiera exigido una indemnización. Dicho con otras palabras: los derechos del inventor se extienden —por derecho de alumbramiento, no por derecho de dominio del suelo— a aguas subterráneas que no se encuentran necesariamente debajo del fundo donde se produjo el alumbramiento; con la consecuencia de que quien lo ha realizado no sólo es dueño de las que se encuentran debajo de su parcela, sino de las que con ellas se comunican, aunque se encuentren a varios kilómetros de distancia; y por lo mismo hay propietarios de suelos que no pueden perforarlos en busca de aguas, si con ello ponen en riesgo otros aprovechamientos anteriores. En definitiva, los derechos sobre el suelo y sobre las aguas del subsuelo no coinciden topográficamente. De ordinario suelen formularse estos principios hablando de la accesoriidad de las aguas al predio en que se afloran; pero como la unidad física del agua —de la que ya se ha hablado— rebasa por definición los límites del fundo, se priva con ello de todo derecho a los propietarios de los colindantes, sin que sea suficientemente para explicar este fenómeno la tesis de la servidumbre (45).

(44) Argumento utilizado ya por HEIMSTAETT (ob. cit., pág. 146), al comentar la Ley de Aguas austríaca de 30 de mayo de 1869, tan próxima a la nuestra en el tiempo y en el espíritu. Véase, más adelante, el epígrafe VII de este trabajo.

(45) Para GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO (*Las relaciones de vecindad*, Barcelona, 1967,

Aun a riesgo de caer en la reiteración, es tanta la importancia de este punto, que parece útil insistir una vez más en lo que constituye una de las tesis centrales de este trabajo:

— para justificar la propiedad de las aguas subterráneas no puede invocarse el artículo 350 del Código civil, puesto que éste salva expresamente lo dispuesto en la legislación de aguas, a la que, por tanto, habremos de atenernos;

— la Ley de Aguas sólo se refiere (véase el número siguiente) a las aguas alumbradas, no a las que están por alumbrar;

— el dominio del suelo no implica el dominio de las aguas del subsuelo, sino que dentro de aquél aparece una facultad de naturaleza muy distinta: la de perforar el suelo y apropiarse las aguas que encuentre, con determinadas limitaciones;

— la circunstancia de que el propietario del suelo no lo sea de las aguas del subsuelo explica la facilidad con que la legislación de aguas excluye la simple protestad de perforación y apropiación posterior: unas veces en beneficio de investigadores anteriores (arts. 23 y 192) o mineros (art. 25), otras veces por razones de interés público (art. 24) y otras veces para proteger los fines colonizadores del Instituto Nacional de Colonización (Orden de 2 de julio de 1952, para la sierra de Callosa del Segura, Decreto de 5 de febrero de 1954);

— para dar eficacia a la ablación de esta facultad dominical, el Ordenamiento se vale de técnicas muy diversas: la intervención judicial ordinaria, el «interdicto administrativo de los Alcaldes», el sometimiento de la actividad particular a una licencia administrativa previa, el señalamiento por ley de distincias áticas fijas, la determinación administrativa casuística de zonas de afección, y la determinación previa de perímetros de protección;

— todas estas medidas y ablaciones no llevan aparejada indemnización; lo que significa que no son ni expropiaciones ni simples limitaciones del dominio, sino auténtica determinación de sus límites;

— la legislación canaria ofrece algunas variaciones, que se estudian especialmente.

pág. 374) la afección de un pozo al manto acuífero subterráneo de los colindantes (a menos de cien metros) es una "servidumbre positiva aparente y continua, y por ello susceptible de adquisición por la prescripción de veinte años". Importa subrayar que este autor incluye el aprovechamiento de las aguas subterráneas entre las relaciones de vecindad (tal como hace la doctrina francesa) en atención precisamente a su natural condición de móviles, a lo que concede una capital importancia.

2. *Aguas subterráneas alumbradas y extraídas.*

Nuestro Derecho positivo no afronta el problema que acaba de apuntarse, sino que parece darlo por resuelto, al no hacer la menor referencia a las aguas subterráneas *antes de su alumbramiento*, lo que hace suponer que en su condición de sustancia inasequible, fuera del alcance del hombre, no se consideran como objeto de Derecho. Para la Ley de Aguas, éstas adquieren rango jurídico *desde el momento en que son alumbradas* (46); y para este caso se declara que pertenecen al alumbrador. De hecho puede suceder que el alumbrador sea al mismo tiempo el propietario del suelo; pero su apropiación se deriva entonces no de su condición de propietario, sino de la de alumbrador (47). A este respecto, el artículo 22, 1, de la Ley de Aguas no puede ser más terminante:

«Cuando se buscare el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos, por socavones o por galerías, el que las hallare e hiciere surgir a la superficie del terreno, será dueño de ellas...».

Y en el mismo sentido el artículo 418 del Código civil:

«Las aguas alumbradas conforme a la Ley especial de Aguas pertenecen al que las alumbró».

Preceptos que, como hemos visto, no hacen sino reiterar una línea legislativa anterior, y que han sido interpretados unánimemente por la

(46) Este principio es incuestionable en toda la Ley de Aguas: obsérvese que el artículo 18 sólo concede la propiedad de las aguas subterráneas que se "hubieren obtenido", es decir, después de su obtención o alumbramiento; el artículo 22, con no menos claridad, habla de las aguas que se "hiciera surgir a la superficie del terreno"; y si el artículo 23 parece menos rotundo, su espíritu no es menos preciso, ya que al hablar de distracciones o apartamientos de otras corrientes implica necesariamente que el agua ya haya sido alumbrada, puesto que mientras esto no suceda, no caben mermas de otros aprovechamientos: la merma es la consecuencia del alumbramiento. En definitiva, *las aguas sólo son apropiadas desde el momento de su extracción o diferenciación de la masa líquida que las alimenta*. La Ley de Aguas, por tanto, nada declara sobre la propiedad del caudal subterráneo. Un criterio contrario apunta, sin embargo, la siempre imprecisa Ley de 27 de diciembre de 1956, para Canarias, cuyo artículo 5.º admite que formen parte del patrimonio de los Heredamientos "las fuentes y manantiales mientras no se alumbren". En principio, y como luego veremos, la legislación especial canaria se aparta en muchos aspectos sustanciales de la general de aguas.

(47) Así ya en la exacta formulación de LÓPEZ DE HARO en 1917 (*Aguas subterráneas*, en "Revista de Derecho Privado", 1917, pág. 22).

doctrina (48) en el sentido de que el alumbrador es quien se hace dueño de las aguas. La posición jurídica del alumbrador adquiere, en efecto, especial relieve cuando se comparan dos artículos paralelos: el 18 y el 22 de la Ley de Aguas. Para los pozos ordinarios, el artículo 18 habla de «el dueño de un predio», mientras que el artículo 22 esquiva cuidadosamente toda alusión al propietario del terreno.

3. Aguas alumbradas y no extraídas.

La cuestión, así planteada, no parece ofrecer dificultades jurídicas mayores. Pero la situación se complica extraordinariamente a la hora de analizar el objeto del derecho, habida cuenta la peculiar naturaleza

(48) Por tratarse de un problema especialmente agudo en Canarias, vale la pena transcribir aquí *inextenso* la opinión de un autor canario, OROZCO (*Los alumbramientos de aguas en Canarias*, Santa Cruz de Tenerife, 1926, págs. 83-85): "En Canarias, donde la propiedad del suelo está tan dividida, esa prohibición (la del dueño) imposibilitaría la generalidad de los proyectos de galerías, pues siendo casi seguro que tendrían que atravesar el subsuelo de terrenos de varios propietarios, bastaría la oposición de uno de éstos para que la obra no se pudiese llevar a cabo. Si, en buenos principios de derecho moderno, el interés público ha de tener un carácter preferente, nunca con más razón que en el caso que nos ocupa, en que el perjuicio a la propiedad privada es insignificante, cuando no nulo, ya que la galería que atraviesa el subsuelo de una finca a hastantes metros de profundidad, poco o nada puede afectar al propietario. Se ha dicho, para justificar ese exclusivismo a favor del dueño, que sólo a éste pertenecen las aguas que existen bajo la superficie de su finca, formando así parte integrante de la propiedad del suelo. No compartimos esa opinión. Tiene la propiedad de las aguas corrientes, por su especial naturaleza, un carácter especial. Se les considera inmuebles por una ficción legal; mas nada tan movable como ellas... (De acuerdo con los artículos 4-10 de la Ley de Aguas), no son esas aguas superficiales del dueño de la tierra, sino en cuanto las aprovecha. Igual que ocurre con esas aguas, y aun con mayor motivo, pasa con las subterráneas. Las absorbe la tierra, y quién sabe por cuantos predios pasarán los filetes líquidos antes de llegar a formar los grandes caudales que atraviesan el subsuelo... ¿De quién son? No del dueño del terreno o terrenos por cuyo subsuelo discurren y nada hace por iluminarlas. Son, y es justo que así ocurra, de quien con el esfuerzo de su trabajo las ha hecho brotar a la superficie. Mientras, como las superficiales, discurren por sus cauces naturales, aunque éstos sean ocultos, son de dominio público, hasta que el dueño de un terreno las alumbró y hace suyas. Invocan los que sostienen lo contrario, el artículo 23 de la Ley de Aguas, sin meditar en que éste se limita a facultar al dueño de un terreno para alumbrar y apropiarse plenamente por medio de ciertas obras, las aguas que existan debajo de la superficie de su finca. Obsérvese que habla de apropiarse, de hacer suyo lo que antes no era. La Ley otorga al dueño de la tierra ese derecho, mas si no lo ejercita con su trabajo, jamás será dueño de las aguas que bajo su finca crucen. No es, por tanto, exacta la creencia de que las aguas subterráneas pertenecen al dueño del suelo". Parece difícil poder condensar en menos espacio un repertorio más amplio de ideas tan exactas como modernas. Si se hubiese insistido en este criterio no hubieran surgido buena parte de los problemas que ahora agobian al archipiélago. Por eso fué gran lástima que la práctica administrativa y un sector de la doctrina moderna hayan olvidado esta magnífica lección de justicia y de dogmática.

física del agua. Porque si, en efecto, no hay duda de que la masa líquida alumbrada y que surge en la superficie pasa a ser propiedad del que la alumbró, aún queda por determinar la condición jurídica de la vena o masa líquida, ya alumbrada, y de donde procede lo elevado a la superficie, pero que aún está subterránea. Vena que es fácil distinguir del agua subterránea no alumbrada, claro está, ya que ésta es inapropiable mientras no se posibilite el alumbramiento. En cualquier caso debe notarse que este tipo de agua no coincide ni con la no alumbrada (*res nullius*) ni con la elevada a la superficie (propiedad privada). Trátase de saber la relación jurídica que tiene el alumbrador con el caudal que aún está sin extraer.

A primera vista pudiera entenderse que todo el veneno subterráneo es también propiedad de quien lo alumbró, dado que el propietario del suelo ya no puede aprovecharse del mismo. Pero esta tesis no es literalmente incuestionable —a la vista del texto legal— ni, sobre todo, puede aceptarse lógicamente. Piénsese, por ejemplo, en una gran cuenca subterránea que se extienda por todo un valle y que sea alcanzada por primera vez por un alumbrador que obtiene de ella un caudal desproporcionadamente pequeño, digamos de un uno por mil de sus posibilidades. En estas condiciones sería difícil sostener que tal alumbrador ha adquirido la totalidad del agua o reserva hídrica (49).

La aludida peculiaridad física del agua —un caudal potencial del que se obtiene una porción separable determinada— permite sugerir que el Derecho ha montado en tal supuesto un doble mecanismo de garantías jurídicas: por un lado, declara la propiedad del agua ya separada y apropiada (art. 22); y por otro, como garantía de la permanencia de esa propiedad, establece un área de protección de la misma, de tal manera que no pueda verse disminuida, impidiendo interferencias de terceros (art. 23). Dicho con otras palabras: el derecho dominical se extiende exclusivamente sobre el agua aflorada o apropiada; pero este derecho lleva anejo el reflejo de permitir la exclusión de las intervenciones de terceros que puedan afectar el manto subterráneo en una medida que ponga en peligro el caudal aflorado. Afirmaciones que, en definitiva, conducen a la tesis siguiente: *el alumbrador*

(49) Cfr. la sentencia de 17 de junio de 1966: "Llevando a sus últimos extremos la teoría de los recurrentes, bastaría una sola captación de aguas en la isla para que no pudiese autorizarse otra, dado que por la formación volcánica de los terrenos era posible que la nueva afectase a la anterior, y esto, que conduciría al absurdo, no es ni ha sido el espíritu de la Ley".

dor tiene derecho a extraer del caudal subterráneo una determinada cantidad de agua, y el agua realmente extraída es de su exclusiva propiedad. De esta manera quedan compaginados los derechos individuales del alumbrador con los posibles derechos de otros futuros investigadores y, sobre todo, con el interés social de que las reservas hídricas sean aprovechadas lo más racionalmente posible.

Obsérvese que esta tesis se apoya dogmáticamente en la teoría del interés: si hemos sentado que el propietario del suelo tiene derecho al subsuelo en la medida que éste sirva para garantizar el aprovechamiento de aquél, aceptado el aprovechamiento de un caudal de agua, hay que admitir una esfera subterránea que la garantice, pero sólo en la medida que la garantice (50). Un curioso y significativo ejemplo de esto se encuentra en el artículo 192, 2, de la Ley de Aguas, donde, refiriéndose a las subálveas, se determina que

«los regantes o industriales inferiormente situados que por prescripción o por concesión del Ministerio de Fomento hubieren adquirido legítimo título al uso y aprovechamiento de aquellas aguas que se trata de hacer reaparecer artificialmente a la superficie, tendrán derecho a reclamar y a oponerse al nuevo alumbramiento superior en cuanto hubiere de ocasionarles perjuicio».

El resultado práctico de la vinculación de la masa de agua al punto de extracción se encuentra en la necesidad de aforar los alumbramientos. Obligación que aparece en el artículo 2.º del Decreto de 23 de agosto de 1924 (desarrollado en el Decreto de 12 de marzo de 1955 y Orden ministerial de 22 de marzo de 1935), conforme al cual los propietarios de «alumbramientos de aguas de cualquier clase y los que vayan descubriéndose en lo sucesivo... quedan obligados a hacer la declaración correspondiente, con expresión de todas las características de sus manantiales o alumbramientos...; en él figurará el emplazamiento, caudal,

(50) Cuestión distinta es la de determinar si este agua subterránea apropiable, pero no apropiada, es objeto de un auténtico derecho de propiedad de carácter independiente. Por la solución negativa, que se defiende en el texto, aunque con argumentos muy distintos, se inclina AGRO (*"Usque ad sidera"*, *Ricerche sul problema della condizione giuridica dello spazio atmosferico*, en "Rivista di Diritto Aeronáutico", 8, 1939, págs. 26 y sigs.), para quien el subsuelo no es una cosa, ni *nullius ni omnium comunis*, puesto que sólo el suelo puede ser objeto de dominio: el subsuelo es solamente la esfera que puede utilizarse para el aprovechamiento del suelo y que forma con éste "un *fisice e giuridico complemento*"; de donde resulta la inutilidad del intento de separar el dominio del suelo y del subsuelo (*apud*, LIVER, ob. cit., pág. 181).

temperatura y análisis de las aguas, así como la utilización y aprovechamiento de las mismas e instalaciones hechas». Pudiendo también citarse aquí al mismo propósito lo dispuesto en el artículo 1.º del Decreto de 12 de noviembre de 1954: «Todo propietario de aguas artesianas, alumbradas en terrenos de propiedad privada, destinadas al riego, vendrá obligado a instalar dentro de los seis meses siguientes a la publicación del presente Decreto el adecuado mecanismo para interrumpir la salida de aquéllas durante el tiempo en que no se utilicen para el indicado fin».

Hasta aquí el tema no ofrece ninguna dificultad grave, si bien resulte relativamente inédito en el Derecho español. Las complicaciones empiezan cuando del terreno normativo nos pasamos al real, dado que con frecuencia la configuración geológica de los terrenos y la situación de los mantos hídricos no permite la aplicación de estos sencillos conceptos jurídicos.

Así sucede en los casos en que la masa de agua descubierta sea, cierto, de gran volumen, pero sin posibilidades de una rápida renovación, por ser el resultado de un proceso milenario de acumulación (aguas fósiles). En estas condiciones, durante algún tiempo, el primer alumbrador no se verá perjudicado por la realización de nuevas perforaciones, que de momento no le afectarán en absoluto. Ahora bien, los sucesivos alumbramientos contribuirán a un descenso del nivel freático o agotamiento de la bolsa, hasta que súbitamente este nivel freático descienda por debajo de la perforación y el alumbrador vea agotado su caudal. Más aún, es perfectamente posible que si las nuevas perforaciones son inferiores, el primer alumbramiento (los primeros días no afectado) quede luego seco, mientras que los posteriores sigan fructíferos durante algún tiempo.

Otro supuesto se da en los caudales renovables, pero de nivel irregular. O sea, en aquellos casos en los que durante ciertas épocas del año sean compatibles varios aprovechamientos simultáneos, ya que la abundancia de agua garantiza el mantenimiento del primero. Mientras que en épocas de sequía el primero se ve inexorablemente afectado por el posterior.

Piénsese igualmente en el supuesto, no ya de bolsas de aguas, sino de arroyos subterráneos. Realizada una perforación aguas arriba, el alumbrador no puede pretender la intangibilidad del cauce aguas abajo. Aquí —aun tratándose de un mismo caudal— son perfectamente posi-

bles las perforaciones cronológicamente posteriores, pero geológicamente inferiores.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que estos supuestos pueden aumentarse poco menos que hasta el infinito. La realidad es tan variada que resulta imposible exponer un catálogo de casos con pretensiones de exhaustividad, máxime cuando los caudales subterráneos sólo pueden ser determinados de una manera aproximada. Lo que significa que el vigente sistema normativo está siempre condicionado a las realidades geológicas.

4 Aguas subterráneas corrientes y estancadas.

Estas observaciones nos llevan de la mano al viejo tema del diferente régimen jurídico entre aguas corrientes y estancadas.

Como es sabido, tradicionalmente se había venido negando la posibilidad de que las aguas corrientes —a diferencia de las estancadas— pudieran ser objeto de un auténtico derecho de dominio (51). Aun admitiendo que esta actitud se encuentra hoy superada en gran parte, es claro que el Código civil la toma en cuenta al determinar el régimen dominical de las aguas superficiales, puesto que la naturaleza de las aguas estancadas dependen de la del predio sobre el que se encuentran (arts. 407, 4, y 408, 2, así como el 17 de la Ley de Aguas), en tanto que las aguas corrientes son públicas mientras corran por sus cauces naturales, incluso aunque atraviesen heredades de propiedad privada (art. 407, 1, del Código civil); con la única salvedad del artículo 408, 1, es decir, cuando se trate de «aguas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos».

Ahora bien, nuestro Derecho positivo vigente —y mucho menos el histórico— no recoge tal distinción cuando se refiere a aguas subterráneas; probablemente por la elemental razón de la ignorancia geológica propia de la época. Lo cual no es justo, puesto que la *ratio legis* es la misma; pero forzoso es admitirlo así. Sea como sea, para la debida inteligencia del régimen de las aguas subterráneas hay que observar que el criterio de nuestra Ley de Aguas no atiende a la condición fluente o

(51) Los testimonios son tan abundantes que hacen inútil, por excesivamente larga, su enumeración. Cfr., por todos, las amplísimas listas bibliográficas que dan CAPOGROSSI COLOGNESI (en *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*. Ed. Giuffrè, Milano, 1966, pág. 55, nota 96) y HEIMSTAETI (en ob. cit., págs. 113 y 145). En la doctrina española antigua hacen referencia a esta actitud, que en el fondo no comparten, la *Enciclopedia española de Derecho y Administración*, de ARRAZOLA, II, 1849, y COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, II, 1850, pág. 11.

estática de las aguas subterráneas, sino que reconduce su régimen al de las superficiales en los siguientes términos: de acuerdo con el artículo 22, para nada interesa la condición de las subterráneas, en cuanto tales; aquí, lo único que importa es el momento de su afloración a la superficie; sólo a partir de entonces adquieren rango jurídico, y en ese momento es obvio que ya han dejado de ser subterráneas para convertirse en superficiales. Nótese —conviene repetirlo una vez más— que en tales supuestos la Ley de Aguas adopta una doble actitud: cuando se trata de aguas subterráneas propiamente dichas, la Ley se cuida mucho de no aludir a su dominio, y sólo trata del régimen de la perforación. En cambio, cuando han aflorado a la superficie, hace declaraciones de dominio.

Por esto he dicho antes que el régimen dominical de las aguas subterráneas se reconduce en el de las superficiales. De acuerdo con el artículo 22, las aguas afloradas pertenecen al alumbrador, es decir, lo que determina su régimen dominical no es ni el fundo debajo de donde se encuentran (salvo las públicas) —art. 407, 6, del Código civil—, ni su condición de fluentes o estantes, *sino el fundo donde emergen*, y a partir de entonces su régimen queda, en cierto sentido, asimilado al de las aguas superficiales nacidas en un fundo. Porque, en definitiva, el régimen que el artículo 22 señala para las aguas subterráneas, artificialmente afloradas, es similar al que los artículos 407 y 408 señalan para las aguas superficiales nacidas en un fundo privado: propiedad del dueño del fundo mientras discurren por él; pero si las deja abandonadas a su curso natural, son aplicables los artículos 5, 7 y 10, prescritos para las aguas superficiales.

De esta manera esquivada nuestra Ley de Aguas limpiamente el tema de la condición física de las aguas subterráneas, con todas sus consecuencias. Por eso es inaplicable en España la distinción jurídica que aparece en el Derecho extranjero, dentro de las aguas subterráneas, entre fluentes (a las que se da la naturaleza de públicas) y estancadas (que son de dominio privado). Así, en Argentina, según SPOTA (52), «el artículo 2.340, dentro de la amplitud de su contenido (dice: «Son bienes públicos de la nación o de las provinciales...: 3. Los ríos y sus

(52) *Tratado de Derecho de Aguas*, II, pág. 141, Buenos Aires, 1941. En cuanto a los Estados Unidos, también es normal la distinción entre las aguas subterráneas que discurren por cauces conocidos (*underground waters*) y las restantes aguas subterráneas (*percolating waters*), que se encuentran también sometidas a regímenes jurídicos distintos y, por descontado, variables, según los Estados (cfr. amplísimas referencias en la citada obra de SPOTA, II, págs. 444 y sigs.).

cauces y todas las aguas que corren por cauces naturales») engloba a toda agua que circule por *cauces naturales*... El agua subterránea que forme verdaderos ríos subterráneos, es decir, que circule sobre álveos definidos y conocidos, queda comprendida dentro de la *definitio* legal del agua corriente pública, ya que *todas* las aguas que corren por cauces naturales son bienes públicos». Conviene advertir, además, que la redacción de este texto y la citada interpretación de SPOTA se apoyan expresamente en el «Proyecto» español de GARCÍA GOYENA (art. 386). Pero ya se ha indicado que esta interpretación no es posible en el Derecho español vigente, que acepta sin vacilar la posibilidad de aguas privadas corrientes por sus cursos naturales (art. 408, 1, del Código civil, y 24 de la Ley de Aguas, entre otros).

Entre nosotros, Eduardo ROCA ROCA (53), después de afirmar que en nuestro Derecho estas corrientes subterráneas deben seguir el principio general que respecto a la generalidad de las aguas subterráneas se establece de accesoriadad con respecto al fundo bajo el que discurren, añade *de lege ferenda* que «sería necesaria una revisión de los preceptos indicados al objeto de atribuir su dominio al Estado, consistiendo esta reforma solamente en cambiar el concepto de las corrientes de dominio público, de forma que no se redujeran a los ríos y arroyos, sino en general a toda corriente que circule por sus cauces naturales, sobre tierra o bajo ella».

Pero conviene advertir que la distinción —aun siendo loablemente progresista— puede resultar inaplicable en algunas zonas de rigurosas condiciones naturales, como sucede en Canarias. Porque en estas islas, su naturaleza volcánica, unida al inexorable agotamiento de las reservas de aguas fósiles, ha provocado ya ordinariamente la desaparición en determinadas alturas de las bolsas de agua estancada. Con el resultado de que la alimentación de muchas galerías se produce ya por infiltración directa o comunicación capilar. O sea, que la gota de agua, al cabo de atravesar centenares de metros de tierra, desemboca en el canal receptor subterráneo, y desde allí resbala por la galería artificial, sin almacenamiento de ninguna clase. Dicho con otras palabras: una vez agotada la bolsa, todas las aguas son fluentes, bien sea porque se trate de un arroyo, bien sea por filtración.

En la práctica canaria esta circunstancia no suele ser tenida en cuenta, y por ello son frecuentes las discusiones sobre si el agua ex-

(53) *Las comunidades de regantes y las aguas subterráneas*, II Congreso Nacional de Comunidades de Regantes, Sevilla, 1967, págs. 12 y 13.

traída se encontraba debajo de un fundo o de otro. A mi modo de ver, y de acuerdo con lo que acaba de decirse, estas discusiones carecen de sentido. En primer lugar, porque, a efectos del dominio, ello es indiferente al Ordenamiento jurídico, al que sólo interesa el lugar de la afloración y no el de la captación. Y en segundo lugar, porque geológicamente es indemostrable: si se trata de un arroyo, ¿de dónde viene el agua corriente?; y si se trata de filtraciones, ¿dónde empezó a filtrarse la gota?, ¿por qué terrenos ha ido atravesando? Por lo demás, este ejemplo sirve para ilustrar muy bien la dificultad de aplicar en Canarias las técnicas tradicionales de nuestro Derecho.

Salvadas estas especialidades canarias, debe volverse a la cuestión fundamental, es decir, al hecho de que la inmensa mayoría de las aguas subterráneas son corrientes (54). Fenómeno que arrastra las siguientes consecuencias: Primera, el absurdo físico de considerar el agua como accesoria del fundo, en cuanto el agua cambia continuamente de situación y, por tanto, de fundo. Segunda, y consecuencia de lo anterior: el absurdo jurídico de que las aguas corrientes superficiales están sometidas a un régimen distinto que las aguas corrientes subterráneas. Si el legislador del siglo pasado supo comprender la imposibilidad de someter a un régimen privado las aguas corrientes superficiales, pero, por ignorancia geológica, no hizo lo mismo con las aguas corrientes subterráneas, hora es que el legislador de hoy remedie esta situación.

No se opone a la tesis anterior, sino que la confirma, el régimen jurídico de las aguas subálveas (art. 192 de la Ley de Aguas), que implica un inequívoco reconocimiento de que determinadas aguas *corrientes* subterráneas —las únicas que se conocen con precisión en 1866— no siguen el régimen común de las aguas subterráneas, sino que son sin

(54) "Hay que asegurarse del movimiento del agua en el manto, en virtud de ese principio que dice que *un manto sin movimiento no tiene interés económico*. La ausencia de movimiento significa ausencia de alimentación, y se trata entonces de un manto cautivo de agua fósil, no renovable. Se puede medir, e incluso explotarlo, como un capital; pero se debe tener en cuenta desde el principio que sólo puede ser explotado durante un determinado número de años. Al carecer de zona de alimentación al aire libre, ningún agua de filtración puede alcanzarlo y su agotamiento será total y definitivo" (FURTON, *El agua en el mundo*, trad. csp. Alianza editorial, Madrid, 1967, página 187).

(55) Recuérdese, además, por menos conocida, la Real Orden de 12 de enero de 1879: como consecuencia del expediente instruido en el Gobierno de la provincia de Zaragoza con motivo de la reclamación presentado por el Ayuntamiento de Lécera contra la concesión otorgada a don Pedro MUNIESA para alumbrar aguas, se declara que no pueden hacerse calicatas en busca de aguas subterráneas en terrenos de propiedad particular sin expresa licencia de los dueños.

excepción aguas públicas incluso aunque discurren bajo predios de propiedad particular, tal como declara la sentencia de 29 de mayo de 1967.

VI.—LOS DERECHOS DEL PROPIETARIO DEL SUELO Y SUS LIMITACIONES.

Hasta ahora se han examinado las cuestiones del derecho del dueño del suelo sobre el subsuelo árido y sobre el subsuelo hídrico. Pero para completar el análisis del tema debe hacerse a continuación un estudio de las facultades que al dueño del suelo competen en orden a su perforación con objeto de alcanzar las aguas subterráneas presentidas. Extremo importantísimo, por cuanto al manto hídrico debe llegarse inexcusablemente a través de una perforación iniciada en el suelo. Cuando se trate de una perforación horizontal (galerías), pueden entrar en juego, además del suelo en que se asienta la boca, subsuelos que se corresponden a suelos propiedad de distintos propietarios, los primeros áridos y el último hídrico: cuestiones todas ya desarrolladas. Pero cuando se trata de una perforación vertical (pozos), sólo entra en juego un suelo y el subsuelo correspondiente. En estas condiciones es lógico suponer que el papel del dominio de ese suelo adquiere una extraordinaria relevancia, ya que es el único camino de acceso al agua, independientemente de que el agua sea, o no, un anejo del mismo. Y en este punto la legislación de aguas no ha alterado los principios fundamentales del Derecho civil de la propiedad.

En efecto, lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Aguas no implica un desconocimiento total de los derechos del propietario de la superficie a las aguas del subsuelo, que se encuentran ampliamente reconocidas en el artículo 23 (55). El propietario del suelo no tiene, en principio, derecho al subsuelo que debajo de él se encuentra; ahora bien, si el subsuelo empieza en el punto en que la tierra deja de ser accesible a quienes se encuentran en la superficie, es claro que mientras las aguas subterráneas sean accesibles desde la superficie, el propietario de ésta tendrá interés legítimo sobre las mismas, y por tanto, no deben considerarse como subsuelo en sentido técnico. El derecho del propietario del suelo sobre las aguas del subsuelo no es, por tanto, una excepción del principio general de la distinción entre suelo y subsuelo, sino su confirmación: sobre las aguas tiene el propietario del suelo un interés, y este interés se encuentra especialmente garantizado por el artículo 23 de la Ley de Aguas. Pudiera quizá pensarse que este precepto es inútil,

puesto que, aunque faltase, el derecho quedaría igualmente reconocido en el artículo 350 del Código civil; pero hay que tener en cuenta que la Ley de Aguas es de fecha anterior, y, además, que, en otro caso, podría entenderse aplicable la legislación minera, mucho más rigurosa que la de aguas.

«El dueño de cualquier terreno —declara terminantemente el artículo 23, 1, de la Ley de Aguas— puede alumbrar aguas y apropiarse plenamente, por medio de pozos artesianos y por socavones y galerías, las aguas que existan debajo de la superficie de su finca...».

Apurando las últimas consecuencias de la tesis, podría afirmarse, por tanto, que, en definitiva, tratándose de aguas subterráneas, el interés económico del dominio del suelo no se expresa en el dominio de las aguas subterráneas, sino en una simple, aunque importante, facultad exclusiva de perforación con todas sus consecuencias, o, como dice la sentencia de 19 de octubre de 1954, un derecho de investigar y de aprovechar aguas:

«Es doctrina mantenida por este Tribunal Supremo, en interpretación del artículo 23 de la Ley de Aguas, que los derechos reconocidos a los propietarios de terrenos no son absolutos, sino que se hallan subordinados en la explotación de las aguas, lo mismo corrientes que subterráneas, a que exista o no otro preferente que pueda ser perjudicado, viniendo así el derecho preexistente a constituir una limitación legítima al derecho de investigar y de aprovechar aguas».

Ahora bien, esta facultad de perforación y este derecho al aprovechamiento se encuentran limitados, como acaba de apuntarse, por una serie de condiciones que aparecen en la misma Ley. Concretamente —y dejando aparte el problema de las pertenencias mineras (art. 24, 2)— la última frase del parcialmente citado artículo 23, 1, determina que todo ello será «con tal que no distraiga o aparte aguas públicas o privadas de su corriente natural».

Por otro lado, y teniendo en cuenta que la aplicación real de este principio ha de resultar extraordinariamente difícil, para facilitar su cumplimiento se han establecido las siguientes reglas:

Primera. Por razones de seguridad no pueden realizarse alumbramientos «a menos distancia de cuarenta metros de edificios ajenos, un ferrocarril o carretera», a no ser que medie «la licencia correspondiente de los dueños o, en su caso, del Ayuntamiento, previa formalización del expediente». Este precepto no utiliza, por descontado, una terminología consonante con la técnica moderna del Derecho administrativo; pero tampoco es grave tratándose de un texto tan antiguo, y además es lo suficientemente clara como para evitar problemas difíciles de interpretación.

Segunda. Por razones de seguridad militar, tampoco pueden realizarse alumbramientos «dentro de la zona de los puntos fortificados, sin permiso de la autoridad militar».

Tercera. Se establece la presunción de que «a menos de cien metros de otro alumbramiento o fuente, río, canal, acequia o abrevadero público» se produce una distracción de agua, y en consecuencia no puede tampoco realizarse un nuevo alumbramiento sin la correspondiente autorización. (Las tres reglas anteriores se consignan en el artículo 24, 1, de la Ley de Aguas.)

Cuarta. A mayor distancia de cien metros no existe la presunción de la merma de aguas, y por tanto, no media la prohibición de nuevo alumbramiento; pero como cabe de hecho la posibilidad de que así suceda, el artículo 24, 2, determina que

«cuando amenazare peligro de que por consecuencia de las labores del pozo artesiano, socavón o galería se distraigan o mermen las aguas públicas o privadas destinadas a un servicio público o a un aprovechamiento 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» (56).

(56) Principio, como es lógico, más progresista que el de las Partidas, conforme a las cuales "fuente o pozo de agua aviendo algún ome en su casa, si algún su vezino quiesse fazer otro en la suya, para aver agua, e para aprovecharse del, puedelo fazer, e non puede el otrovedera; como quier que menguasse porende el agua de la fuente, o del su pozo. Fuera ende, si este que lo quisiesse fazer, non lo oviesse menester, mas se moviesse maliziosamente, por fazer mal, o engaño al otro, con la intención de destajar, o de menguar las venas, por do viene el agua a su pozo o a su fuente. Ca entonces bien lo podria vedar, que lo non fiziesse, e si lo oviesse fecho, podriangelo fazer derribar, e cerrar" (part. 3, tít. 32, Ley 19). Lo que se deriva directamente del Derecho

Y bien entendido que esta medida, de naturaleza puramente administrativa y rasgos interdictales, no excluye la declaración en juicio ordinario de si el nuevo alumbramiento merma o perjudica el anterior, condicionando así su posibilidad (57).

Quinta. Por lo que se refiere a perforaciones anteriores a 1879, el artículo 27 de la Ley de Aguas determina que «en la prolongación y conservación de minados antiguos en busca de aguas, continuarán guardándose las distancias que rijan para su construcción y explotación en cada localidad, respetándose siempre los derechos adquiridos». A falta de normas consuetudinarias locales precisas, es lógico que deban dictarse a tales efectos normas estatales cuando la zona empiece a saturarse de obras hidráulicas que puedan perjudicarse recíprocamente. Así sucede con la Orden de 21 de julio de 1944 sobre expedientes de legalización de obras abusivas y expedientes de ampliación de obras de alumbramiento de las islas Canarias.

Sexta. A las anteriores limitaciones de las facultades dominicales, la legislación específica de Canarias viene a añadir otras nuevas. Así, el Decreto de 27 de noviembre de 1924, que sometió el alumbramiento de nuevos aprovechamientos a una previa autorización administrativa. Con la advertencia de que a efectos del otorgamiento de tal autorización, el artículo 1.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962 reitera y aclara lo dispuesto en la Ley de Aguas en los siguientes términos:

«La distancia de cien metros que con carácter general fija el artículo 24 de la Ley de Aguas, en relación con las obras a que se refiere el artículo anterior de la misma Ley, para poder realizar obras de alumbramiento de aguas privadas, podrá ser incrementada en la medida en que se determine la zona real de influencia sensible del pozo, socavón o galería existente, según resulte de los informes que en la tramitación establecida para el otorgamiento de las requeridas autorizaciones han de emitir el Distrito Minero y la Comisaría de Aguas de Canarias. Los dueños de aprovecha-

romano. En efecto, según Ulpiano (*Dig.*, lib. 39, tít. 3, Ley 1, párrafo 12): "Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi; nec de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi fecit" (cfr., además, *Dig.*, Ulpiano, lib. 39, tít. 2, lib. 24, párrafo 12; Pomponius, lib. 39, tít. 3, Ley 21).

(57) Cfr. sobre este punto ECHEVARRÍA HERNÁNDEZ, *La suspensión por la Administración de obras para alumbrar aguas subterráneas*, en el núm. 43 de esta REVISTA, 1964, págs. 195-235.

mientos ya existentes podrán oponerse ante la Administración a la realización de nuevas labores de perforación a más de cien metros del pozo, socavón o galería de su propiedad, pudiendo establecer aquélla el límite de esas labores, así como las condiciones técnicas de realización, entre las que podrán imponerse el señalamiento de una mayor distancia en planta y en profundidad y una distinta dirección de las galerías».

El sometimiento de la actividad de alumbramiento a licencia administrativa previa no es exclusivo de la región canaria. Véase el artículo 1.º de la Orden de 2 de julio de 1952: «Todas las personas o entidades que deseen realizar trabajos de alumbramiento en las zonas de la Sierra de Callosa..., sin perjuicio de cumplir los requisitos que en su caso exija la legislación vigente, vendrán, además, obligadas a obtener autorización de la Dirección General de Colonización, que consultando las necesidades actuales o futuras de la labor colonizadora en la zona regable de Saladares-Albatera-Crevillente-Elche, dictará sin ulterior recurso la resolución que estimare procedente».

A este propósito, la sentencia de 30 de diciembre de 1954 justifica en los siguientes términos la imposición administrativa de todas estas limitaciones:

«El amparo a los derechos de explotación y aprovechamiento preexistente... quedaría quebrado en su mismo esencial propósito si la Administración no pudiera actualizar dichos preceptos legales independientemente de la competencia de los Tribunales de Justicia, con su poder decisorio, pueden pronunciarse en definitiva sobre tales medidas e incluso anularlas, pero sin que ello obste a la actividad previa de la potestad reglamentaria de la Administración, la cual actividad, con ese solo fin y de manera expresa, ha sido puesta al servicio de ese principio sobre respeto a las corrientes de aguas públicas o privadas legítimamente poseídas, y así lo dispone clara y concretamente el artículo 248 de la Ley de Aguas, al atribuir al Ministro de Fomento (Obras Públicas), "como encargado (dice) de la ejecución y aplicación de la presente Ley, dictar reglamentos e instrucciones necesarias al efecto y resolver definitivamente todas las cuestiones que se susciten en la aplicación de la presente Ley cuando no causen estado las decisiones de sus delegados", con cuyo precepto legal ha sido otorgado a los órganos

ejecutivos de la Administración pública una verdadera delegación de poder, facultándoles el legislador para dictar las oportunas normas, y de cuya delegación emergen legítimamente las Ordenes ministeriales de 27 de noviembre de 1924, 23 de mayo de 1928 y 21 de julio de 1944».

Doctrinalmente se justifica la necesidad de esta autorización por la circunstancia de que, en virtud del principio de fluidez y comunicabilidad de las aguas subterráneas, cada nuevo alumbramiento afecta siempre al nivel freático, y potencialmente a los aprovechamientos anteriores, lo que ha de ser valorado por la Administración en el momento de otorgar la licencia (58).

En otro orden de consideraciones, es de advertir que jurídicamente venía entendiéndose que la actividad administrativa era en este punto consecuencia necesaria de la concurrencia de unos determinados hechos: habiendo afección o detracción de corrientes, la licencia debe denegarse, y concederse, si no hay tal afección. Dicho con otras palabras: el otorgamiento de la licencia sería un acto administrativo rigurosamente reglado y, por tanto, controlable jurisdiccionalmente, en cuanto el Tribunal puede, sin duda alguna, comprobar si la Administración ha determinado bien los hechos en cuestión. Este planteamiento, sin embargo, ha sido revisado por la sentencia de 3 de noviembre de 1967, de rara doctrina, que justifica su larga transcripción: ni la licencia es acto reglado ni consecuencia necesaria de unos hechos:

«(La denegación de la licencia) no está pronunciada en razón a la contemplación y tratamiento de una mera cuestión de hecho, sino dictada tras haberse examinado comparativamente la resolución a pronunciar por el órgano administrativo... con las cinco solicitudes que en fechas anteriores y respecto a alumbramientos en la misma zona, con emplazamiento similar y con análogo trazado al que se considera en este recurso, *habían sido denegadas* en resoluciones anteriores *en base*, como se hace en la recurrida, *a la saturación de alumbramientos en repetido lugar* y con el fin de mantener una actitud consecuente con las precedentes.

De lo expuesto se deduce que la real fundamentación de la resolución recurrida no se hace con apreciación de los informes técnicos emitidos, que estiman, siquiera sea en parte, que debe acce-

(58) Así HEIMSTAETT, ob. cit., pág. 189.

derse al alumbramiento solicitado, sino que se ampara, no exactamente en el precedente administrativo, sino en el principio de derecho, de aplicación jurídica igual, cuando las situaciones contempladas guarden identidad, *facultad que en términos equitativos entra de lleno en la discrecionalidad de la Administración en general*, cuya discrecionalidad entraña elección entre varias formas de actuar, todas ellas posibles desde el ángulo jurídico y habida cuenta de que el Ordenamiento de esta clase no se integra solamente con normas positivas, sino con principios generales de Derecho, entre los que se encuentra el citado de la igualdad jurídica ante la Ley.

Que, por otra parte, la autorización de alumbramientos de aguas se rige de manera general por lo dispuesto en los artículos 23 y 24 de la Ley de Aguas, con aplicabilidad a los alumbramientos de aguas en Canarias por Orden de 23 de mayo de 1938, pero es preciso tener en cuenta que los informes técnicos que deben concurrir para la autorización de tales alumbramientos, si bien preceptivos, no son vinculantes para la Administración, y entran, por tanto, de lleno en lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley de Procedimiento administrativo, y como tiene reiteradamente declarado esta Sala, tales informes no pueden constituir sino sólo asesoramiento o integración de juicio, que no impide la valoración discrecional por parte de la Administración, la cual habrá de contar siempre con la aportación de los antecedentes y elementos de juicio de toda clase que obran en su poder, para en definitiva pronunciar la resolución más justa y acertada, con el fin de que en ningún momento pueda suplantarse el criterio a la recta y legal razón con el incondicional arbitrio personal a lo informado».

Séptima. El artículo 2.º de la citada Ley canaria de 1962 establece otra limitación (59): la que se deduce de una «reserva» a favor del Estado de los caudales subterráneos no explotados, es decir, el bloqueo radical de las facultades dominicales. De donde, bien es verdad, surge un derecho a indemnización articulado mediante la mecánica de la expropiación forzosa:

(59) Limitación y no transformación de la naturaleza jurídica de las aguas, como señala un sector de la doctrina. Cfr. GUIMERA PERAZA, *Auxilios a los aprovechamientos de aguas en Canarias y otras cuestiones*, en "Anuario de Derecho Civil", 1963, pág. 17 de la separata.

«El Ministerio de Obras Públicas podrá reservarse los caudales de aguas subterráneas todavía no alumbrados, en aquellas zonas en que por la escasez de aguas y la importancia de las necesidades lo requiera el interés público o haya razones de utilidad social para ello, respetándose siempre los aprovechamientos, alumbramientos y derechos preexistentes, reserva que llevará a cabo con las indemnizaciones a que en su caso haya lugar, de acuerdo con la Ley de Expropiación Forzosa, señalándose en cada reserva el plazo de vigencia de la misma».

Hasta la fecha no ha hecho el Ministerio uso de esta facultad, no obstante la angustiosa escasez de agua con destino al abastecimiento de poblaciones, y tampoco hay indicios de que vaya a hacerlo en el futuro. Con lo cual se están perdiendo definitivamente las últimas oportunidades de acudir a tal régimen, ya que en la actualidad son muy escasos los caudales que aún quedan por explotar. Pero la verdad es que contra su posible utilización se ha levantado una cerrada oposición por parte de ciertos grupos y, además, es forzoso reconocer que la redacción del texto legal es de una penosa imprecisión, de tal manera que a la sola vista de la Ley de 1962 es poco menos que imposible realizar correctamente una reserva.

Por lo pronto, la mayor dificultad (jurídica), a la hora de aplicar estas normas, se encuentra en la interpretación del deber de indemnizar que en ellas se consigna, en los términos detallados del artículo 26 del Reglamento de 14 de enero de 1965: «El aprovechamiento de las aguas alumbradas en ningún caso podrá llevarse a cabo hasta que se realice el abono de las indemnizaciones... que deban percibir los propietarios de los predios bajo los cuales subyacen las aguas, con arreglo a lo establecido en la vigente Ley de Expropiación Forzosa y según el procedimiento ordenado en ella».

Este Reglamento fué considerado como el gran triunfo de los terratenientes canarios, y, en efecto, ellos consiguieron, no obstante que se trataba fundamentalmente del abastecimiento de poblaciones, algo que no habían conseguido ni los terratenientes peninsulares frente a los intereses meramente agrícolas del Instituto de Colonización, ni los sabinos, no obstante el valor de sus aguas; es decir: un derecho a ser indemnizados por las aguas que se encuentran por debajo de sus propiedades (60).

(60) En el artículo citado en la nota anterior del gran historiador y jurista local,

Ahora bien, esta declaración va en contra de los principios fundamentales de nuestro Ordenamiento de aguas, y tal desviación no puede hacerse impunemente. Porque el resultado va a ser la dificultad, y hasta la imposibilidad, de determinar una indemnización tan solemnemente reconocida. Sencillamente, porque no procede. Con lo que resulta que el gran triunfo de los terratenientes canarios es casi completamente inútil.

La razón es aceptablemente sencilla: el Reglamento de 1965 remite la fijación de la indemnización a lo dispuesto en la Ley de Expropiación Forzosa, o sea, que sólo procederá en la medida en que esta Ley lo reconozca. Pero es el caso que conforme a la Ley de Expropiación Forzosa no cabe indemnización en estos supuestos de aguas subterráneas, ya que, según declara su artículo 1.º, sólo es expropiación la *privación* singular de la propiedad privada o derechos o intereses patrimoniales legítimos. Lo que supone que si no media una privación no cabe ni expropiación ni pago. Y, por tanto, puesto que como el propietario del suelo no tiene derecho a las aguas del subsuelo, hay que dejar bien sentado que no se le priva de ellas, y que en consecuencia no debe ser indemnizado. Como ha subrayado la doctrina (61), tratándose precisamente de un caso de expropiación de aguas privadas, «la determinación cuantitativa a percibir habrá de venir dada en función de la *privación real* que con la expropiación sufra su patrimonio, en función de la reducción que para el mismo se derive, y no sobre la base de las hipotéticas utilidades que, de haber sido explotadas, permitirían alcanzar esas aguas».

Hasta aquí el razonamiento es correcto pero incompleto. Ciertamente

GUIMERA PERAZA (págs. 433-441 del Anuario) puede verse un repertorio de opiniones canarias contra el Proyecto de Ley de 1962, que preveía la reserva sin aludir a la indemnización. La voz de este autor es, por cierto, de las más enérgicas: "Lo que se proyectaba era tanto como convertir las aguas privadas en aguas públicas, derogando tácitamente los artículos 414 y 417 del vigente Código civil". Y al glosar el texto de la Ley de 1962: "El convertir artificiosamente, desde la Gaceta, las aguas privadas en aguas públicas, puede que sea fácil, pero no puede ser duradero ni eficaz; ni, sobre todo es jurídico... En fuerza de oír hablar de la función social de la propiedad, maravillosa explicación de lo que debe ser el contenido del dominio, hecha en primer término por la Iglesia Católica, especialmente desde el Papa León XIII hasta nuestros días, parece olvidarse que tal función se monta, precisamente, sobre la propiedad privada, a la que se enaltece y considera como bien indispensable en la sociedad cristiana. Si la propiedad estuviera al servicio exclusivo de lo social, ello supondría tanto como la desaparición de la propiedad misma". Al cabo de tres años, todas estas opiniones contrarias a la Ley lograron acceso al Reglamento de 1965, que desvirtuó por completo el texto legal.

(61) Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Dictamen sobre deslinde y expropiación de aguas nacidas en montes de propios*, en el núm. 53 de esta REVISTA, 1967, págs. 495-498.

la indemnización no se refiere al valor de las aguas; pero también es evidente que la Ley, cualquiera que sean sus implicaciones sociológicas, impone un deber indemnizatorio, que hay que identificar. A tal efecto, el artículo 1.º del Reglamento de Expropiación Forzosa especifica que

«la enumeración de los supuestos de privación singular de la propiedad, derechos o intereses patrimoniales legítimos que hace el artículo 1.º de la Ley, tiene carácter enunciativo y no excluye la posibilidad de otros distintos».

Así las cosas, parece claro que el objeto de la expropiación, ya que no de las aguas, está constituido por la *facultad de perforación y subsiguiente posibilidad de apropiación hídrica*, reconocida en el artículo 23 de la Ley de Aguas.

Esta facultad es, en principio, teóricamente valorable, pero el régimen jurídico de tal operación no es nada sencillo de encontrar. Acaba de verse que el Reglamento de 1965 remite a la legislación expropiatoria; pero al ir a ella nos encontramos con que en la misma se hace una devolución de la remisión a la legislación de aguas: artículo 2 del Reglamento de Expropiación Forzosa: «Las expropiaciones de facultades parciales del dominio o de derechos o intereses legítimos que, no habiendo sido regulados por los títulos III y IV de la Ley, estén autorizados por normas con rango de Ley, se regirán: 1.º Por tales disposiciones especiales, en cuanto a la extensión, procedimiento y, en su caso, normas de valoración. 2.º Subsidiariamente, cuando se apliquen las normas especiales referidas en el número 1.º, por las disposiciones generales de la Ley de este Reglamento». En definitiva, como las normas de Derecho canario no hacen la menor referencia a criterios de valoración, habrá que volver de nuevo a la legislación expropiatoria, aun a conciencia de que en este punto concreto poco nos puede orientar.

Insistiendo en las especialidades canarias, no puede menos de llamar la atención la generosidad con que está planteado el régimen indemnizatorio, ya que se extiende a supuestos, que en el territorio peninsular no se consideran expropiatorios en sentido propio, y, además, porque está garantizado en unos términos que resultan incompatibles con la Ley de Aguas y que, por descontado, resultan de completa inaplicabilidad práctica.

En Canarias, a tenor de la Ley de 1962 y de su Reglamento, parece ser que, una vez señalado el perímetro de reserva, procede indemnizar

a todos los propietarios de los terrenos bajo los cuales se encuentran las aguas. Pues bien, esta situación, como acaba de indicarse, no puede encajarse dentro del sistema de la Ley de Aguas, ya que, conforme a él, no todos los propietarios tienen derecho a perforar, sino *solamente uno*, el primer alumbrador, quien con su alumbramiento adquiere prioridad sobre los demás, bloqueándoles el ejercicio de sus facultades.

Esto se ve muy claro en el sistema del Real Decreto de 28 de junio de 1910, cuyo artículo 6.º declara que

«cuando el Estado haya de efectuar trabajos de alumbramiento de aguas en terrenos de particulares, se elegirán desde luego los puntos que reúnan condiciones más convenientes para la realización de las obras, atendándose además a las ventajas que ofrezcan los propietarios. Si fuera necesario, se procederá a la expropiación forzosa y al señalamiento del servicio en la misma forma que para la ejecución de obras públicas».

De acuerdo, pues, con este Decreto, la Administración sólo precisa expropiar una parcela, puesto que una vez que desde ella realiza el alumbramiento, se encuentra protegido por el artículo 23 de la Ley de Aguas, y todos los afectados habrán perdido, sin derecho a indemnización alguna, la posibilidad de realizar nuevas captaciones.

El resultado de todo esto es que la moderna legislación canaria ha dificultado y encarecido, en beneficio de los terratenientes, las condiciones de los alumbramientos de aguas subterráneas que realice el Estado «por razones de utilidad pública o interés social». No mediando estas circunstancias, el Instituto Geológico y Minero puede realizar las mismas operaciones con un procedimiento administrativo mucho más simple y con unos montantes indemnizatorios infinitamente más bajos.

La explicación de todas estas incongruencias se encuentra en el diferente espíritu que preside la Ley de 1962 y su Reglamento de 1965. Ya se ha señalado que mientras la Ley tiene una tendencia vagamente socializante en aras del interés público, el Reglamento es rabiosamente individualista, mucho más incluso que la propia Ley de 1879. A este respecto, nótese que mientras el artículo 2.º de la Ley declara sencillamente que la reserva se llevará a cabo «con las indemnizaciones a que en su caso (es decir, no siempre) habrá lugar», el artículo 26 del Reglamento no sólo prescinde de esta limitación, sino que establece un tipo doble de objetos expropiatorios: por ocupación de los terrenos y «las

que deban percibir los propietarios de los predios bajo los cuales subsisten las aguas».

Ahora bien, dado que este añadido no aparece en la Ley de 1962, hay que entender que en este punto se ha excedido el Reglamento y que, por tanto, es nulo. Interpretación que se reafirma, además, por los argumentos ya expuestos, que prueban la inaplicabilidad práctica del sistema y su anacronismo económico-social.

La Ley de 1962 para nada alude a la indemnización de las aguas del subsuelo, y hay que tener en cuenta que este silencio no fué inadvertencia o desconocimiento del tema (ya que se presentaron enmiendas proponiendo tales indemnizaciones) (62), sino denegación consciente de tal solución (63).

Octava. Hay ocasiones, en fin, en las que la Administración, mediante actos singulares, señala zonas de protección de los alumbramientos ya existentes, dentro de las cuales quedan bloqueadas las facultades hídricas de los propietarios del suelo. En la legislación vigente pueden encontrarse variados ejemplos de toda índole:

— el artículo 8 del Real Decreto-Ley de 25 de abril de 1928 (Estatuto sobre la explotación de manantiales de aguas minero-medicinales):

(62) El Procurador VILLALTA CARALT había propuesto la siguiente adición, que fue rechazada, al artículo del proyecto referente a las reservas: "Tales aprovechamientos (las reservas) sólo podrán ser realizados cuando se hayan cumplido los siguientes requisitos: 3. Expropiación forzosa, previa indemnización. La expropiación acordada podrá llevarse a cabo por medio de una de las dos fórmulas siguientes: a) Expropiación forzosa del dominio del subsuelo de la finca o fincas en cuestión, con abono de su justo precio y con arreglo a lo dispuesto en la legislación pertinente. b) Constitución forzosa de una servidumbre de alumbramiento de agua y acueducto bajo tierra, en el subsuelo de la finca o fincas afectadas, con autorización para toda clase de servidumbres accesorias; precedida también de la justa indemnización y con arreglo a las normas del Código civil" (*apud*, GUIMERA PERAZA, *Auxilios...*, cit., págs. 435-436).

(63) A la conclusión defendida en el texto se llega igualmente por medio de una interpretación sistemática: en ningún precepto de nuestro Ordenamiento jurídico aparece la menor referencia a la expropiación de aguas subterráneas no alumbradas, sino solamente a la de los terrenos o suelos y, con frecuencia, solamente los perjuicios que hayan podido ocasionarse. Valga de ejemplo, además de los que ya han ido apareciendo en el texto, el artículo 4.º-4 del Real Decreto-Ley de 25 de abril de 1928: "Si alguien pretendiera realizar obras encaminadas al descubrimiento de manantiales de aguas minero-medicinales en terrenos de propiedad ajena y no lograrse llegar a un acuerdo sobre las condiciones en que había de efectuarlas y compensaciones que había de otorgar al propietario del terreno, podrá solicitar de la Dirección General de Sanidad que... envíe una Comisión oficial... que determine sobre las posibilidades de éxito del descubrimiento proyectado, y si este informe fuese notablemente favorable, la Dirección General de Sanidad podrá autorizar las calas o excavaciones, previo *justiprecio de los perjuicios* que originan y abono de los mismos al propietario de la tierra".

«El propietario de aguas minero-medicinales tendrá derecho, una vez que se compruebe y declare la utilidad pública de la explotación, a la expropiación forzosa de los terrenos necesarios para llevarla a efecto y defender la pureza e integridad del manantial, y además a un perímetro de protección variable en cada caso, según la constitución del terreno, dentro del cual las aguas minero-medicinales que emerjan en lo futuro serán propiedad del dueño del manantial a cuyo favor se haya establecido»;

— el artículo 4 del Decreto de 5 de febrero de 1954:

‘ «Para impedir que los caudales alumbrados por las obras que el Instituto realice con éxito sean derivados, mediante obras que posteriormente se propusieran llevar a cabo los propietarios de los predios próximos a los lugares que dicho Instituto señalare, los organismos competentes, a propuesta de éste, delimitarán el perímetro de protección de las aguas citadas»;

— en cuanto al Ifni y Sahara, la Orden de 26 de enero de 1965 ha terminado extendiendo a toda la provincia del Sahara el perímetro de protección que las Ordenes ministeriales de 22 de octubre y 3 de diciembre de 1963 habían señalado en 40 y 20 kilómetros de radio para los vacimientos de Villa Cisneros y el Aaiun, respectivamente;

— en la práctica administrativa se tiene noticia de Ordenes ministeriales no publicadas en el *Boletín Oficial del Estado*, por su carácter singular, en las que se establecen perímetros de protección. Así, el artículo 3.º del Decreto de 28 de noviembre de 1963 hace referencia a una Orden del Ministerio de Industria de fecha 23 de agosto de 1958, «por la que se concedía un perímetro de protección en la zona Caudete-Villena-Sax».

VII.—LOS DERECHOS DEL CONCESIONARIO MINERO.

Cuando existen concesiones mineras, el régimen jurídico ordinario de las aguas subterráneas experimenta dos modificaciones trascendentales, que se recogen en los siguientes artículos de la Ley de Aguas:

Artículo 24, 2: «Tampoco podrán ejecutarse estas labores dentro de una pertenencia minera sin previa estipulación de resarci-

miento de perjuicios. En el caso de que no hubiera avenencia, la autoridad administrativa fijará las condiciones de la indemnización, previo informe de los peritos nombrados al efecto».

Artículo 26: «Los concesionarios de pertenencias mineras, socavones y galerías generales de desagüe de minas tienen la propiedad de las aguas halladas en sus labores mientras conserven las de sus minas respectivas, con las limitaciones de que trata el párrafo segundo del artículo 16».

Estos preceptos —perfectamente congruentes con la ya indicada separación entre suelo y subsuelo propia de la legislación minera de la época— vienen a reafirmar, pues, el criterio general, ya que se dan por supuestos tanto el derecho primario del alumbrador como la facultad de perforación del propietario de la superficie (art. 24, 2), aunque bien es verdad que condicionados con una nueva limitación: el deber de indemnización (64).

Por lo que se refiere a Canarias, la legislación minera ha afectado durante muchos años y de manera notoriamente abusiva el régimen de la Ley de Aguas. Porque sucede que tanto para evitar limitaciones impuestas por la exigencia de unas distancias y el respeto a aprovechamientos anteriores, como para eludir las dificultades y retrasos (por lo demás, muy poco justificados) del procedimiento administrativo de autorización de nuevos alumbramientos, los particulares, abandonando el sistema de la Ley de Aguas y de sus complementos, se acogieron al artículo 24 de la Ley de Minas, solicitando permisos de investigación de minerales con ánimo exclusivamente de aprovechar las aguas obtenidas en los mismos, y burlando descaradamente las garantías de la legislación de aguas. Esta tendencia, favorablemente acogida por los órganos de la Administración minera (e incluso reforzada por la sistemática no aplicación del artículo 24, 2, es decir, por no concederse autorizaciones de perforaciones hidráulicas donde ya hubiera concesiones mineras) produjo una situación literalmente escandalosa. Ya que se daba la paradoja de que en una región donde no existe la más mínima producción minera, existieran centenares y centenares de licencias de investigación de minerales y se recaudaran por estos conceptos unas tasas por hectárea muy superiores a las de las provincias españolas mineras por excelencia.

(64) El sistema se respeta sustancialmente en los artículos 39 de la Ley de Minas de 19 de julio de 1944 y 128 del Reglamento de 9 de agosto de 1948.

En cualquier caso, el artículo 3.º de la Ley de 24 de diciembre de 1962 ha cortado de raíz estos abusos, al precisar que

«la atribución de la propiedad de las aguas halladas en una mina, en régimen de concesión de explotación, que el artículo 26 de la Ley de Aguas hace al concesionario de la mina, y cuyo uso ratifica a favor del mismo la vigente Ley de Minas, deberá entenderse reducida exclusivamente a los volúmenes que a las labores de la explotación minera pudieran ser necesarios, de acuerdo con lo que el Distrito Minero dictamine en cada caso. Los volúmenes de aguas no empleados para tal fin se destinarán, en primer término, a reponer las mermas, acreditadas por la Comisaría de Aguas, de los aprovechamientos hidráulicos preexistentes que hayan resultado afectados como consecuencia del alumbramiento llevado a cabo en la mina. Los sobrantes deberán ser en todo caso vertidos a un cauce público o puestos a disposición de la Comisaría de Aguas de Canarias, sin que quepa alegar consolidación alguna en el disfrute de esos caudales sobrantes hasta que no se acredite el derecho adquirido por prescripción o legitime su situación mediante la correspondiente concesión de las aguas públicas que utiliza».

VIII.—SITUACIONES CONFLICTIVAS.

1. *Conflicto entre el propietario del suelo y un alumbrador anterior.*

Sobre la base de los principios que acaban de examinarse en los epígrafes anteriores, corresponde ahora analizar casuísticamente los supuestos conflictivos más importantes.

Entre ellos está, en primer lugar, el que puede surgir entre el propietario del suelo, en cuyo subsuelo se encuentran aguas subterráneas, y un alumbrador anterior. Dicho con otras palabras: existiendo ya un alumbramiento, ¿puede el propietario del suelo hacer valer su facultad de perforar incluso con perjuicio del alumbrador?

El conflicto es perfectamente imaginable desde el momento en que la capa hídrica subterránea se extiende normalmente por debajo de varias parcelas superficiales, y nada tiene de extraño que el propietario de una de ellas quiera imitar el ejemplo de su colindante alumbrador para perforar en busca del caudal.

Pues bien, el conflicto —a la vista de lo que ya se ha expuesto— es

de fácil solución: el alumbrador tiene no sólo el dominio de las aguas alumbradas, sino el derecho a que se respete el caudal subterráneo que las alimenta (art. 22). Y contra este derecho nada vale la facultad de perforación que ordinariamente corresponde al titular dominical colindante, ya que tal facultad se encuentra limitada precisamente por el respeto a los aprovechamientos existentes (arts. 23 y 24), tal como se vió en el epígrafe VI. Por consiguiente, el propietario del suelo carece de la facultad de perforar su subsuelo y de aprovechar las aguas que en el se encuentren si con ello perjudica un alumbramiento anterior: *potior tempore prius iure*.

Los testimonios jurisprudenciales sobre este punto son tan abundantes como se desee. A título de ejemplo, basta citar las viejas sentencias de 8 de junio de 1907 y 29 de octubre de 1908, cuya doctrina es reiterada incansablemente por resoluciones posteriores:

«Todo el sentido de la Ley de Aguas revela que los derechos reconocidos a los propietarios de los terrenos no son absolutos, sino que se hallan subordinados en la explotación de las aguas, lo mismo corrientes que subterráneas, a que existe o no otro preferente que pueda ser perjudicado, y que es obligatorio respetar, porque así lo exige la naturaleza de esta propiedad, tal como ha sido desarrollada por la Ley» (s. de 8-6-1907).

«Los derechos reconocidos en la Ley de Aguas a los propietarios de los terrenos donde emergen o se alumbran, están subordinados al principio fundamental del respeto debido a otros derechos preexistentes; de manera que en ningún caso pueden válidamente invocarse los preceptos que declaran aquéllos, si con su ejercicio se lesiona el anterior y más privilegiado, resolviendo así la Ley semejante conflicto, sólo reducible cuando hubiese compatibilidad entre unos y otros derechos» (s. de 29-10-1908).

«(La Ley de Aguas en sus artículos 22 y 23) crea una cerrada protección al derecho preexistente del tercero, tradicional desde los comienzos de nuestro Derecho patrio, y que sustituyó el absolutismo romanista que se proyectaba sobre el derecho dominical privado de las aguas sin restricción alguna.—Que de tal manera ha quedado inscrustado en el confín de la facultad dominical de las aguas subterráneas el respeto absoluto a los derechos preexistentes de tercero que, de una parte, la propia doctrina legal no ha vacilado en dar carácter dogmático a la afirmación de que tal

respeto es imperiosamente exigido por la Ley sin consideración siquiera a distancias cuando aquel perjuicio es advertido, aunque exigiéndolas como condición previa a las labores captatorias de dichas aguas de no mediar la correspondiente licencia en los casos del artículo 24 de la misma Ley».

Y todo ello con independencia de la extensión superficial de los fondos interesados en el conflicto e incluso en su número. Porque muy bien pudiera suceder que se trate de una corriente subterránea de varios kilómetros de longitud que atravesara, por tanto, cientos de parcelas de diferentes propietarios, o también de una capa radicante debajo de una parcela de quinientas hectáreas propiedad de un individuo y de otra parcela de una sola hectárea, propiedad de otro dueño. Pues bien, en ambos supuestos, la perforación anterior bloquea automáticamente las facultades de perforación de los demás propietarios de la superficie. Situación extrema, si se quiere, pero jurídicamente incuestionable, y de hecho muy frecuente.

Nótese, por otro lado, que para imponer el respeto de un alumbramiento anterior, la Ley exige que sea «legítimamente adquirido». Tratándose de un alumbrador-propietario (o sea, un propietario que ha perforado en su fundo, alcanzando un caudal que se extiende por debajo de él y de sus colindantes), la legitimación se encuentra en el artículo 23, es decir, que no ha hecho sino ejercitar la facultad que dicho precepto concede a los titulares dominicales.

En cambio, cuando se trata de un alumbrador no propietario (ni, por descontado, con derechos subrogados de un propietario), la legitimación sólo puede venir por prescripción adquisitiva.

En este punto de la legitimación y, en su caso, de la adquisición de derechos, conviene advertir que ningún papel juega la autorización administrativa, que, concretamente en Canarias, es exigible, ya que tal autorización es un simple requisito administrativo que no se refiere para nada al contenido de los derechos, sino solamente a su ejercicio. Lo que significa que la simple autorización no legitima un derecho sobre aguas privadas, ni tampoco la falta de su existencia es óbice para la constitución del mismo. Una autorización administrativa, por principio, no concede nuevos derechos civiles a los particulares, y ni siquiera, aun concibiéndola como una concesión, puesto que en tal caso habría de ser otorgada con la cláusula de «sin perjuicio de tercero».

Otro problema, relativamente frecuente en la práctica, surge cuando

el «derecho preexistente obstativo» se basa no en un caudal de agua, sino en unas obras de exploración o incluso en la simple licencia para las mismas. El problema no es fácil de resolver, porque si es claro que el artículo 23 sólo se refiere a aguas físicas, no es menos claro que una interpretación rigurosamente literal del mismo haría ilusorio el valor de las autorizaciones. En consecuencia, hay que entender que las obras presentes o futuras, amparadas por la licencia, deben ser protegidas por el mecanismo del artículo 23. Ahora bien, este reconocimiento entraña el riesgo de que se soliciten, y obtengan, autorizaciones con el exclusivo objeto de bloquear las posibles peticiones de los colindantes. La cuestión ha sido repetidamente estudiada, y el estado actual de la misma aparece descrito con toda claridad en la sentencia de 18 de febrero de 1967:

«... como dice la Asesoría Jurídica del Ministerio de Obras Públicas, dado el régimen peculiar de las islas Canarias, con el sistema de autorizaciones previas para las obras de excavación, puede entenderse que el titular de una autorización goza de una suerte de legitimación anticipada, en virtud de la cual es preciso reconocerle cierta prioridad respecto de peticionarios posteriores de autorizaciones de alumbramientos eventualmente contradictorios; pero, a juicio del Consejo de Estado, esta prioridad no puede ser indefinida o absoluta, pues implicaría trastornar el sistema sustantivo de la Ley de Aguas en relación con la atribución de aguas subterráneas, lo cual la Orden de 23 de mayo de 1938 ni quiso ni ha podido hacer, dado su rango normativo, por lo que la prioridad ha de jugar con un juego o sistema análogo al de las anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad o al de los llamados permisos de investigación en la legislación minera, y termina el informe del Consejo de Estado proponiendo se dicte una Orden complementaria de la de 1938 para que se precise la reserva preventiva y provisional de prioridad o, como dice la Asesoría Jurídica, se señale un plazo de licencia para las autorizaciones».

Después de todo lo cual, el Tribunal Supremo entiende que la garantía de protección se extiende de modo indefinido sobre las obras amparadas por una licencia, incluso aunque no encuentren agua e incluso aunque ni siquiera se inicien tales obras, en razón a que «dicha Orden complementaria no llegó a dictarse, no existiendo, por tanto, plazo sobre

caducidad de aguas alumbradas no aprovechadas». Conclusión formalmente correcta, sin dudá, pero que facilita toda clase de abusos y que hubiera podido matizarse de la forma más sencilla mediante la aplicación de la teoría del abuso de Derecho o, más precisamente, de la adecuación de los medios y los fines de la actividad administrativa: la licencia se concede para obtener aguas y no para bloquear las investigaciones de los colindantes; si la licencia no se utiliza para estos fines, carece de razón de ser.

Pero, a decir verdad, en la mayor parte de los casos los problemas no suelen ser de índole jurídica, sino técnica. Porque el nudo de la cuestión se encuentra en la circunstancia física de que el alumbramiento posterior merme o perjudique el anterior, o sea, que haya «afección de caudales». Y parece ser que este dato es con frecuencia prácticamente indemostrable, ya que sucede que en ocasiones:

- no son dos, sino varios los alumbramientos que entran simultáneamente en juego;
- la afección sólo opera en algunas épocas del año, o
- la afección sólo opera al cabo de varios años (65).

2. *Conflicto entre el propietario del suelo y la pretensión de alumbrar de otro propietario.*

Imaginemos ahora un caudal de aguas que yace o discurre por debajo de varias parcelas superficiales y que aún no ha sido alumbrado. En estas condiciones un propietario decide realizar una perforación hasta alcanzar el yacimiento acuífero, solicitando al efecto, si se encuentra en Canarias, la correspondiente autorización administrativa. Como puede suponerse, esta pretensión no se refiere solamente al aprovechamiento exclusivo de las aguas que se encuentran por debajo de la superficie propiedad del alumbrador, sino que —en virtud de la comunicabilidad y unidad de la masa líquida— van a trascender al subsuelo de las otras parcelas, bloqueando, en defensa del volumen de su influencia, posteriores alumbramientos. Es decir, que si prosperara tal pretensión, los propietarios colindantes perderán la facultad de realizar posteriores alumbramientos.

(65) Ejemplos de casos extremos pueden verse en FURTON, ob. cit., págs. 59-61, y entre otros: los experimentos con fluoresceína y fucsina han demostrado la conexión entre el río Paridac (Lor) y la fuente de San Jorge al cabo de cien días; y entre el pozo de Burtetch y el lago azul (Alto Garona), que tienen un desnivel de 920 metros. y entre diversas cuevas de la Mammoth Cave, en U. S. A., a una distancia horizontal de 250 kilómetros.

Pues bien, planteado así el conflicto, y por mucho que los propietarios vean cercenada su facultad de perforación con la pretensión de este alumbramiento, no pueden oponerse válidamente a él, ya que el que ejerce la pretensión lo hace al amparo del artículo 23 de la Ley de Aguas. En definitiva, se trata de facultades «debilitadas», o sea, de facultades que sólo pueden ejercerse en tanto en cuanto no se haya ejercitado por otros un derecho preferente, ante el que deben ceder.

Por lo demás, en el régimen ordinario de la Ley de Aguas carece el propietario del suelo de cauce legal para articular su pretendida oposición, ya que el alumbrador ejerce un derecho reconocido en el artículo 23, 1, y es claro que tampoco cabe el «interdicto administrativo» del párrafo segundo del mismo artículo, puesto que no hay posesión alguna de aguas.

En el régimen extraordinario —insular o peninsular— en que es precisa la previa licencia administrativa de perforación, cabe formalmente una oposición del propietario durante el procedimiento de su otorgamiento; pero hay que entender que carece de legitimación, por cuanto no existen caudales acuíferos que puedan resultar afectados por las futuras perforaciones.

Auténticas dificultades han de surgir, sin embargo, cuando no habiendo de momento ningún alumbramiento concedido, dos propietarios soliciten *simultáneamente* la correspondiente autorización. En este punto son de imaginar las siguientes soluciones, que nuestro Derecho positivo no se ha cuidado de precisar:

Primera. Se atiende a una prioridad cronológica rigurosamente determinada, con el mismo criterio que en la legislación de minas.

Segunda. La Administración puede conceder la licencia discrecionalmente al peticionario que ofrezca mayores garantías técnicas o cuyos preceptos sean más interesantes desde el punto de vista económico-social, según criterio de la legislación de hidrocarburos, y tal como parece sugerir la sentencia de 3 de noviembre de 1967, ya citada.

Tercera. Quizá resulte interesante, por último, tener en cuenta la solución que la jurisprudencia americana (66) ha dado a este problema.

En los Estados Unidos, en los que por influencia inglesa se aceptó, en principio, la norma de que las aguas subterráneas pertenecen al propietario del suelo, la jurisprudencia americana se ha apresu-

(66) *Apud* SPOTA, ob. cit., págs. 444-449.

rado a corregir tal declaración, adaptándola a superiores necesidades de orden económico y social, mediante el empleo de las reglas del uso razonable y de los derechos correlativos.

Conforme a la regla del *reasonable and prudent use*, no es aceptable la doctrina de la propiedad absoluta, ya que todo dueño de heredad debe usar de ésta en forma *civiliter*, o sea, sin ocasionar daños a tercero.

Pero más importante aún, a nuestros efectos, tiene la *correlative rights doctrine*, conforme a la cual todos los dueños de las heredades debajo de las cuales existen aguas que dependen de una misma cuenca o manto hídrico, deben aprovechar tales aguas en forma igual o proporcionada. De esta manera ninguno de los propietarios puede usar de esas aguas, que son alimentadas por una misma cuenca, de tal modo que perjudique a los otros vecinos. La cuota que corresponde a cada uno sobre las aguas pertenecientes a esa cuenca común se determina de acuerdo con la regla del uso «razonable».

3. Conflicto entre el propietario del suelo y tercero que pretende perforar un subsuelo hídrico.

Imaginemos ahora una masa líquida subyacente de una parcela, y sobre la que, al no encontrarse todavía aprovechada, un tercero pretende alumbrar, pero partiendo, no desde la superficie, sino desde un punto alejado del caudal, al que quiere acceder mediante galerías subterráneas que no tocan el suelo. Distingamos cuidadosamente este caso del precedente: en el supuesto anterior se trata de un caudal subyacente a varias parcelas, de tal manera que el propietario de una de ellas accedía al mismo sin necesidad de atravesar el subsuelo de otro, aunque aprovechándose, eso sí, del caudal común por virtud de la movilidad del líquido dentro de la misma masa. En cambio, en el caso presente, el pretendido alumbrador no es propietario del subsuelo que ha de atravesar para llegar al caudal. Y conviene advertir que este supuesto no sólo es posible, sino que en Canarias es absolutamente normal, dado que el agua se alcanza normalmente por medio de galerías que llegan a tener hasta ocho kilómetros de longitud. Lo que implica, como es natural, que el perforador no sea propietario de los suelos cuyo subsuelo atraviese ni tampoco de aquel debajo del que se encuentra el caudal.

a) En esas condiciones cabe preguntarse si el alumbrador puede aprovecharse del caudal, dado que ni toca el suelo ni hay problema de

afección, por tratarse de un caudal intacto, o si, por el contrario, el propietario del suelo puede impedir que se realice tal aprovechamiento.

El perforador puede, ciertamente, atravesar el subsuelo en el que no se encuentran aguas, siempre que lo haga a una profundidad tal que no perjudique en absoluto los intereses del propietario del suelo, tal como se ha expuesto en el epígrafe IV.

Pero, en cambio, no puede acceder al caudal subterráneo, porque en este caso, a diferencia del anterior, el propietario del suelo tiene un interés legal sobre las aguas subterráneas, tal como le reconoce el artículo 23 de la Ley de Aguas. Es decir que, aunque sea verdad que el propietario del suelo no lo es de las aguas subyacentes no alumbradas, al menos tiene una facultad potencial de su aprovechamiento, y como indispensable garantía de esa facultad, tiene la de excluir las perforaciones ajenas cuando haya agua. Y si se realiza el alumbramiento sin su consentimiento, tal alumbramiento será ilegítimo y no podrá convalidarse si no es por la usucapión.

Cabe, en fin, un supuesto excepcional, a saber: cuando por razones geológicas el propietario del suelo no tenga acceso físico posible a las aguas de su subsuelo, bien sea porque éstas se encuentran a una profundidad técnicamente inalcanzable, o porque se encuentran protegidas por un manto pétreo técnicamente imperforable. En este caso es claro que el interés legitimado por el artículo 23 carece de objeto posible y, por tanto, no puede ser legalmente protegido. Las facultades, al igual que los derechos, sólo son reconocibles cuando existe la posibilidad de su ejercicio útil. Y este no es el caso. La consecuencia de tal situación es que el propietario del suelo no tiene ninguna facultad legítima de perforación y aprovechamiento de las aguas subyacentes y, por tanto, tampoco tiene la facultad de excluir a los extraños. En último extremo, este supuesto excepcional se reconduce al del apartado IV, y, en suma, puede un tercero no sólo perforar el subsuelo, sino también aprovecharse de sus aguas.

b) Ahora bien, dejando aparte este caso y limitándonos al normal, conviene analizar con mayor detalle la situación.

Aquí tenemos, en sustancia, que hay un propietario del suelo que tiene un interés jurídicamente protegido sobre las aguas, pero que no tiene intención de aprovecharlas; y, por otro lado, un tercero que tiene intención de realizar el alumbramiento, pero que no puede realizarlo por impedírselo la facultad excluyente del propietario del suelo.

El conflicto, a mi modo de ver, tiene dos soluciones posibles :

Primera. Por vías de Derecho privado, mediante un acuerdo por el que

— el propietario del suelo autorice al alumbrador para realizar la perforación (y el agua alumbrada será propiedad del alumbrador);

— se constituya una comunidad, en la que el propietario aporte su facultad de perforar o, si se quiere, la autorización de perforación y aprovechamiento (y el agua alumbrada será propiedad de la comunidad), o

— se constituya una servidumbre, o

— se venda el subsuelo (supuesto ya más dudoso, puesto que, como se ha repetido, no es dueño de las aguas, sino simplemente titular de una facultad, legalmente protegida), que incide sobre las mismas).

Variedades todas ellas practicadas en las islas Canarias, y que tiene un grave inconveniente, en el que no ha reparado la doctrina, a saber: que en estos casos el propietario no dispone sólo de lo que es suyo, sino de facultades ajenas. El propietario que vende su subsuelo, posibilitando así el alumbramiento de una vena, impide que en lo sucesivo puedan los colindantes (que obviamente nada han percibido del precio) realizar perforaciones.

Segunda. Por vías de Derecho público. Si el propietario no llega a un acuerdo con el alumbrador, cabe perfectamente que, en atención al interés social que representan las aguas, se llegue a una expropiación forzosa, en beneficio del alumbrador, de la facultad de perforación del propietario del suelo. Expropiación que, por descontado, no hay que confundir con las expropiaciones de aguas previstas en la Ley de 1879, ni con las expropiaciones de terrenos o indemnizaciones de perjuicios consecuencia de labores de perforación realizadas en el suelo, figura constante y normal de la legislación expropiatoria (67).

4. Conclusión.

A estas alturas, y como conclusión, es fácil ya percibir la situación de equilibrio inestable en que se encuentran las facultades jurídicas del

(67) Sobre las expropiaciones de aguas, incluidas las reservas de caudales en las Islas Canarias, cfr. GABALDON, *Expropiaciones de aguas*, en "Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario", II (en prensa), donde se hace un análisis muy minucioso de toda su amplia problemática.

propietario del suelo respecto de las aguas del subsuelo. Porque, en efecto, y tal como se ha ido argumentando a lo largo de este trabajo, no es propietario de las mismas, pero puede alumbrarlas y apropiarse de las alumbradas; facultad de exclusión que puede, por tanto, ser enajenada o expropiada; y facultad enormemente potenciada, en cuanto de hecho se extiende no sólo a las aguas del subsuelo propio, sino a la de los colindantes; pero facultad tan «debilitada», que desaparece en el momento en que existe un alumbrador anterior, quien desde su predio, a una gran distancia, puede anularla.

Dicho con otras palabras: *mientras no hay alumbramientos*, el propietario del suelo tiene facultades exclusivas de perforación; el *primer alumbrador* apropia las aguas de su subsuelo y las de los colindantes que resulten afectadas; *cuando ya hay un alumbramiento*, los dueños de los predios afectados por él pierden sus facultades de apropiación del subsuelo hídrico. Inestable situación jurídica, que se complica aún más por las dificultades derivadas de la peculiarísima condición física de las aguas subterráneas. Por ello, en los litigios de aguas, el confusionismo viene tanto de sus aspectos jurídicos como de sus aspectos geológicos.

El sistema actual hace posible tanto graves abusos del propietario del suelo como del alumbrador, y lo mismo en perjuicio del contenido económico estable de la propiedad como de la utilidad social del agua. En definitiva, el sistema actual es imperfecto por causa de las rudimentarias bases geológicas en que se apoya y por su complicación jurídica, resultado de una concepción patrimonial individualista de las aguas, que los autores han denunciado reiteradamente.