

INFORMES Y DICTAMENES

EL INTERDICTO ADMINISTRATIVO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE AGUAS. PROBLEMATICA PROCESAL Y SUSTANTIVA

351.79 : 351.95

En diversas ocasiones, y precisamente por tener enorme trascendencia las cuestiones de aguas en esta provincia, la Abogacía del Estado de Murcia ha estudiado los problemas que plantea el artículo 23 de la ley de Aguas de 1879; tanto en sus informes al Gobierno civil, Comisaría de Aguas de la Cuenca del Segura, y Confederación Hidrográfica del Segura, como al intervenir en los recursos contencioso-administrativos que con tal motivo fueron suscitados y resueltos.

El artículo 23 de la ley de Aguas de 1879 dice textualmente:

«El dueño de cualquier terreno puede alumbrar y apropiarse plenamente por medio de pozos artesianos y por socavones o galerías las aguas que existen debajo de la superficie de su finca, con tal que no distraiga o aparte aguas públicas o privadas de su corriente natural.

Cuando amenazare peligro de que por consecuencia de las labores del pozo artesiano, socavón o galería se distraigan o mermen las aguas públicas o privadas destinadas a un servicio público o a un aprovechamiento privado preexistente, con derechos legítimamente adquiridos, el alcalde, de oficio a excitación del ayuntamiento, en el primer caso, o

mediante denuncia de los interesados, en el segundo, podrá suspender las obras.

La providencia del alcalde causará estado si de ella no se reclama dentro del término legal ante el gobernador de la provincia, quien dictará la resolución que proceda, previa audiencia de los interesados y reconocimiento y dictamen pericial.»

La exégesis de tal precepto aconseja el siguiente esquema de cuestiones que, seguidamente, se enumeran y desarrollan:

I. Naturaleza jurídica del interdicto administrativo.

II. Sus problemas procedimentales, con la intervención de las autoridades administrativas competentes, según la legislación en vigor, para resolverlo.

III. Su tramitación concreta, en las diversas fases, con especial atención al examen de la carga de la prueba.

IV. Contenido de la resolución y su impugnación en la vía contencioso-administrativa.

Por su interés, DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA publica el presente dictamen, extraído de los Anales de la Dirección General de lo Contencioso que, a pesar de ser del año 1962, tiene plena actualidad por los problemas de agua que siguen planteados en la Vega del Segura.

Estúdiense, por su orden, cada uno de los epígrafes enunciados:

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERDICTO ADMINISTRATIVO DEL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE AGUAS

El artículo citado, precisamente por el matiz de orden público que las cuestiones de aguas entrañan, preconiza una facultad de tipo preventivo para evitar los posibles perjuicios que puedan irrogarse a un aprovechamiento preexistente, como consecuencia de nuevas obras de sondeo en busca de aguas subterráneas, si es que tales trabajos amenazan distraer o mermar los veneros y caudales, pú-

blicos o privados, de que se nutría tal aprovechamiento anterior. La finalidad, pues, de la facultad de suspender las nuevas obras en tales supuestos, no es otra que «paralizar la situación de hecho» en el momento mismo de la denuncia, para proteger los derechos legítimamente adquiridos por un tercero, manteniendo un *statu quo*, que no podrá considerarse nunca como definitivo, pues tal resolución administrativa—o judicial, si el acto administrativo se revisa ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa—no crea fuerza de cosa juzgada en cuanto al fondo de la discordia, entregando al conocimiento definitivo de los pro-

blemas de propiedad o posesión civil que se planteen, a los órganos de la jurisdicción civil ordinaria, en acatamiento expreso de lo dispuesto en el artículo 254, número 1, de la ley de Aguas de 1879.

Por tanto, es vicioso e improcedente, al amparo de este interdicto, con tramitación sumaria y conocimiento abreviado del fondo del asunto, la pretensión de resolver cuestiones de propiedad sobre los caudales discutidos, puesto que ni la autoridad administrativa que actúa es competente para dichos pronunciamientos, ni el cauce procesal permite una prueba realmente contradictoria sobre los títulos que se aleguen para justificar los derechos dominicales o casi dominicales invocados por los que intervienen en el expediente.

Sólo puede comprenderse la real extraña de la facultad de suspensión de las nuevas obras entregadas a los alcaldes, si se resalta el cariz de «orden público» de esta materia, en la que, como en las minas y en los montes, no puede ser ajena la Administración, pues son facultades de policía conferidas por ésta las que el alcalde ejercita discrecionalmente como delegado de la misma en el ámbito local. La sumariedad en el procedimiento y en las pruebas están indicando que el conocimiento se limita a una mera «prevención» en evitación de despojos injustos, y que «sólo procede» cuando se dan los supuestos legales—tasados y medidos—concretados en tal artículo 23, al objeto de que la Administración no sea extraña a determinadas situaciones de urgencia en materias por las que debe velar en aras del bien común.

Es muy corriente, sin embargo, que los particulares susciten, al amparo

de tal interdicto y so pretexto de detener trabajos de sondeo, problemas cuyo examen determinaría una resolución de fondo en cuanto a la valoración de verdaderos derechos de propiedad y posesión civil, con evidente incompetencia del órgano decisor, el cual debe soslayarlos siempre bajo pena de nulidad del acto administrativo que se dicte.

El marco del interdicto y de la decisión es bien simple: si existe «amenaza de peligro» de que con ocasión de las nuevas perforaciones, «en ejecución», se distraigan o mermen las aguas de que venía disfrutando el denunciante, «detentadas de una manera legítima», deben suspenderse éstas. La estimación del peligro y la apreciación de la existencia de un riesgo de distracción corresponden a la Administración.

De aquí que bien sean los requisitos para que la autoridad municipal pueda suspender las obras:

a) La existencia de una amenaza de peligro. Efectivamente, el párrafo segundo del artículo 23 citado señala sustancialmente: «Cuando amenazare peligro de que por consecuencia de las labores ... se distraigan o mermen las aguas públicas o privadas destinadas a un servicio público o a un aprovechamiento privado preexistente, con derechos legítimamente adquiridos, el alcalde podrá suspender las obras.»

Luego es evidente que el alcalde ajusta en Derecho su resolución de suspensión, no mediante la prueba palmaria del perjuicio, sino que le basta con que exista la «probabilidad»—remota o próxima—de la futura disminución como consecuencia de los sondeos posteriores. Esta probabilidad la tiene que valorar el alcalde, y «sólo a él» corresponde ponde-

rar las circunstancias de hecho que le muevan a tal decisión, doctrina ésta mantenida por el Tribunal Supremo en multitud de sentencias, entre las que citamos como más recientes las de 30 de abril de 1959 (Aranzadi 2754) y 26 de marzo de 1958 (Aranzadi 1759) y así la primera de ellas declara en su quinto considerando, «que la intervención administrativa que autoriza el artículo 23 de la ley de Aguas, tiene por único objeto evitar, con la rapidez propia de su procedimiento, que se causen perjuicios difíciles de reparar, siendo la facultad que se concede a los alcaldes «sólo de prevención...», añadiendo, por su parte, la segunda de las sentencias mencionadas, en su cuarto considerando, que, respecto a los artículos 23 y 24 de la ley de Aguas, «corresponde a la Administración su "interpretación", aplicación y cumplimiento, apreciando debidamente la concurrencia o no de las circunstancias de peligro..., valorándolas acertadamente en su conjunto», con lo que la resolución, si se ajusta a la completa resultancia de lo actuado, siempre estará fundada en Derecho, haciendo alusión el Tribunal Supremo a que esta misma doctrina ya la tenía declarada en sentencia de 20 de octubre de 1942.

Ahora bien, la apreciación de la existencia de este peligro es forzosa para el alcalde si las nuevas obras que se le denuncian se encuentran «a menos de 100 metros» del aprovechamiento perjudicado, por estimarse que dentro de esta distancia la distracción de aguas se da siempre. El Tribunal Supremo en sentencia de 30 de noviembre de 1956 (Aranzadi 3928) afirma, en relación con tal distancia marcada en el artículo 24 de la ley de Aguas, que «tal artículo establece

la presunción *juris et de jure* de que el perjuicio existe cuando media menos de 100 metros entre el alumbramiento preexistente y el posterior a paralizar», doctrina que indudablemente impone a la autoridad administrativa el deber de dictar un acto administrativo de suspensión si no se quiere que la palabra «podrá», colocada en el segundo párrafo del artículo 23, convierta una facultad discrecional en una facultad arbitraria.

Es evidente que la distancia señalada—denominada por los autores «distancia ática»—es demasiado reducida en la actualidad. El legislador de 1879 no pudo prever el enorme progreso de la técnica en el futuro, pues las instalaciones motrices de absorción existentes hoy hacen ridícula tan pequeña separación, dado que con mayor espacio todavía podría estimarse la presunción de peligro. Quizá, sin embargo, tuvieran defensa los 100 metros mínimos exigidos como radio, pensando en que marcar una mayor distancia entorpecería la creación de riqueza, al matar el estímulo de los propietarios para el establecimiento de nuevos regadíos.

b) Que el aprovechamiento perjudicado se base en derechos legítimamente adquiridos. Esta exigencia está preconizada con las mismas palabras finales del epígrafe, pero estimamos que no deben interpretarse en un sentido desmesurado, es decir, en el sentido de que el denunciante perjudicado deba probar sus derechos sustantivos dominicales o de mero uso sobre el aprovechamiento lesionado, pues si así se predicara, la tramitación del interdicto exigiría, por un lado, una prueba de tipo contradictorio, con un aparato que excede del limitado marco sumario del mismo, y por otro, unos pronunciamientos sobre tales

derechos que exceden del límite de competencia de la autoridad que interviene, transgrediéndose además la que corresponde a los tribunales ordinarios de Justicia, según el artículo 254, párrafo primero, de la ley de Aguas sobre tales cuestiones de fondo. Por tanto, la expresión «con derechos legítimamente adquiridos» ha de interpretarse en los reducidos límites del procedimiento que estudiamos, o lo que es lo mismo, resaltar que indudablemente se refiere a una legitimidad «adjetiva», o sea que esté legalmente anotada con publicidad oficial y material, bien en el Registro de la Propiedad, bien en el Registro de Aprovechamientos de Aguas de la Jefatura de Minas o en el de concesiones de Aguas Públicas. Es decir, se trata de una legitimidad de «detentación con publicidad y no una legitimidad de adquisición». Mantener otra postura, como hemos indicado, sería tanto como desorbitar la abreviada mecánica y tramitación del interdicto administrativo del artículo 23 de la ley de Aguas.

Además, siempre que surja una cuestión de este tipo, poniendo en tela de juicio los derechos del denunciante, la autoridad administrativa puede decidir sobre la mera prevención de la lesión, dejando la resolución del fondo y la valoración de los derechos, incluso con pronunciamiento expreso al respecto, a los Tribunales civiles.

c) Que las obras que se denuncien no estén terminadas. Dada la urgencia de las situaciones de hecho que pretende proteger la intervención del alcalde, es lógico que deba cumplirse el supuesto que nos sirve de epígrafe, pues su facultad termina si el sondeo ha concluido, ya que la que la ley otorga «no es la de suspender un aprovechamiento», sino

la de paralizar una actividad física. Si las obras se han concluido, cesa la competencia administrativa y queda expedita la vía judicial, a quien corresponde no sólo pronunciarse sobre los problemas de posesión y propiedad de las aguas, sino también sobre las cuestiones de daño y perjuicios ocasionados por la ejecución de tales perforaciones (artículos 254 y 256 de la ley de Aguas). Esta interpretación está admitida por la doctrina científica, y así Gay de Montellá y Massó escriben: «Para la aplicación de esta facultad excepcional del alcalde es preciso que la obra esté en curso de ejecución, o sea, no terminada. Si la obra de la excavación, con o sin revestimiento, estuviera ya terminada, a punto de recibir una instalación mecánica o eléctrica, el reclamante no puede acudir a la excepcional medida de la suspensión administrativa» (*Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*, tomo I, página 167).

La misma tesis sustenta la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como la de conflictos de la Presidencia del Gobierno. Así el RDC de 24 de marzo de 1911 declaró que «al ordenar el alcalde, no sólo la suspensión de las obras, sino también la inutilización de las galerías abiertas en el pozo y el levantamiento del motor colocado para la extracción del agua, es evidente que se excedió en sus obligaciones, toda vez que la intervención administrativa que autoriza el artículo 23 de la ley de Aguas, al limitarse a conceder al alcalde «facultad para suspender las obras», no puede tener otro alcance que el de proteger los aprovechamientos legítimos, preexistentes, cuando «por consecuencia de las obras se crean ame-

nazados». La misma doctrina sentó el RDC de 11 de agosto de 1916.

El Tribunal Supremo, por su parte, en sentencias de 6 de julio de 1917, 30 de abril de 1919 y 6 de febrero de 1920, afirma que la Administración «no puede suspender el aprovechamiento» una vez terminadas las obras del pozo, ni el funcionamiento del motor instalado en él, y el acuerdo que lo decreta es nulo por haber sido dictado con incompetencia, por referirse a cuestiones de Derecho civil, que ha de resolver la autoridad judicial. Más recientemente, la sentencia del mismo Tribunal de 18 de marzo y 30 de abril de 1959 (Aranzadi, 1391 y 2754) mantuvo la misma doctrina y dijo: «...es evidente que el relacionado acuerdo de la alcaldía es nulo por haber sido dictado con incompetencia, atendido que el artículo citado (el 23 de la ley de Aguas) autoriza tan sólo la suspensión de las obras referentes a las aguas «que se estén realizando, pero no las ya realizadas», y mucho menos las que sean independientes a este fin, como son las que tienden a las instalaciones de motores para su elevación al exterior».

A la luz de esta doctrina se extrae una conclusión incontrovertible: para que el alcalde pueda suspender las excavaciones y la autoridad jerárquica que conozca del recurso de alzada pueda confirmar tal providencia, es necesario que la perforación no haya terminado, entendiéndose que ha concluido cuando han terminado las operaciones de puro sondeo, aunque reste por instalar el motor de absorción para extraer el agua.

Conviene también resaltar aquí que las obras que pueden ser detenidas no son sólo las que se comiencen en

«nueva» búsqueda, sino también las destinadas a dar una «mayor profundidad», y con ello un mayor aforo, a un aprovechamiento ya existente, con perjuicio de otro (anterior, coetáneo o posterior a él) pacíficamente disfrutado.

II. LOS PROBLEMAS PROCEDIMENTALES DEL INTERDICTO REGULADO POR EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE AGUAS

1. *La intervención del alcalde.*—

La excitación para que actúe la primera autoridad municipal, haciendo uso de la facultad de suspensión que le otorga tal precepto, puede provenir bien de una «denuncia» de un particular afectado bien de una moción «de oficio», según se trate de aguas privadas, en el primer caso, o de aguas públicas destinadas a un servicio público, en el segundo.

Si la primera cuestión no ofrece dudas, puesto que la denuncia se articula por el que crea estar en peligro de afección como consecuencia de la actuación física de un tercero, del que da noticia al alcalde, la segunda tiene una problemática completa. Efectivamente, el párrafo segundo del tan repetido artículo dice textualmente: «El alcalde, «de oficio, a excitación del ayuntamiento», en el primer caso (se refiere a aguas públicas destinadas a un servicio público), podrá suspender las obras.»

Esta expresión en la parte que hemos subrayado trae a colación el problema de si el alcalde «por sí solo» puede actuar en este caso sin previo acuerdo municipal o si la frase «a excitación del ayuntamiento» exige una deliberación previa que habilite al alcalde para actualizar sus facul-

tades cuando se trate de aguas públicas destinadas a un servicio público.

Para aclarar este extremo hemos de tener en cuenta las leyes locales «vigentes en el momento de promulgarse» la ley de Aguas de 1879, en las que la figura del alcalde tenía perfiles borrosos y de escasa autonomía. Pero en el momento actual sería temerario e inexacto invocar una supuesta nulidad del acto administrativo emitido por el alcalde, porque éste no haya actuado en el caso de que se trate «a excitación del ayuntamiento», porque la ley de Régimen local, texto refundido de 24 de junio de 1955, otorga al alcalde mayor amplitud de facultades, no sólo como primera autoridad municipal, sino como «delegado del Gobierno en el término municipal», y es en esta esfera delegada en la que precisamente está encuadrada la facultad de suspensión que le otorga el artículo 23 de la ley de Aguas. Es evidente que el artículo 117 de la ley de Régimen local de 24 de junio de 1955 indica que al alcalde le corresponde en esta última esfera tanto el hacer que se cumplan las leyes y disposiciones gubernativas como el mantener y proveer el orden y la seguridad pública individual, y si esto es así —y el interdicto administrativo examinado pretende velar por esa seguridad pública individual en una materia de orden público, como son las aguas—, el alcalde, en la vigente legislación local, no tiene por qué obrar a excitación del ayuntamiento, no sólo porque la facultad de suspensión le corresponde privativamente, sino también porque a él le está encomendada la policía de lo local.

(Vid. también artículo 118 de la ley de Régimen local.)

2. *La intervención del gobernador civil.*—Contra la providencia del alcalde, sea cual fuere su contenido, señala la ley de Aguas, en el tantas veces citado artículo, la procedencia de interponer recurso de alzada ante el gobernador civil de la provincia. Si aquélla se consiente o, en su caso, si la primera autoridad provincial decide el recurso, se ha agotado la vía gubernativa, la resolución ha causado estado, entendiéndose, en el segundo supuesto, abierta la vía contencioso-administrativa.

El problema radica en si el gobernador civil sigue teniendo competencia para conocer de tales recursos de alzada o si, por el contrario, las facultades que a éste atribuía la ley de Aguas en esta materia han pasado a las confederaciones hidrográficas, primero, y a las comisarias de aguas, en la actualidad, a virtud de la ley de 20 de mayo de 1932 y disposiciones complementarias que iremos citando. Para un adecuado estudio de este epígrafe, y adelantando, ya que en nuestra opinión el gobernador civil sigue teniendo competencia para ello, pese a tales normas legales, subdividiremos nuestro razonamiento en una triple categoría de argumento: doctrinal, interpretativo y jurisprudencial.

Doctrinalmente, partiendo de las rúbricas más generales que rigen el vivir de la Administración, hemos de recordar las funciones de ésta para adecuar la labor de cada uno de los órganos de la misma, y si existe una función legislativa, una función judicial y una función administrativa, dentro de ella, traducidas en potestades concretas, el análisis de los go-

bernadores civiles, como órganos de la Administración central en las provincias y de las comisarías de aguas en idéntica órbita, nos hace comprender que entre los mismos no puede haber choques porque se mueven a tal distancia uno de otro, con tan distintas gradaciones de fines y con tan diferente matiz, que no cabe la confusión de competencia a la hora de resaltar la que corresponda a uno y otro dentro del artículo 23 de la ley de Aguas:

a) Así, el gobernador civil, según el estatuto que promulgó el decreto de 10 de octubre de 1958, asume la jefatura de la circunscripción en los servicios que esta disposición concreta, unida a la «superioridad jerárquica» respecto a los alcaldes para coordinar la esfera local con la esfera central y para evitar que la consecución de fines no sea un problema de luchas aisladas y encontradas. Este estatuto adscribe al gobernador a la «potestad de mando» y a la «potestad jurisdiccional» de la Administración, con escasas facultades respecto a la potestad reglamentaria; la potestad ejecutiva *sensu strictu* es un corolario, por otra parte, de las dos que expresamente ostenta. Pero mientras la potestad jurisdiccional la tiene reservada en exclusiva, la potestad ejecutiva *sensu strictu* la «comparte» con los distintos órganos y organismos que con él conviven en la provincia.

Otra nota característica del gobernador civil como órgano, resaltada en el mismo decreto, es el reservarle todas las materias que llevan implícito un matiz de «orden público», las cuales le corresponden inexcusablemente. Y entre ellas destacamos las facultades que en materia de aguas le

atribuye el artículo 33 de tal disposición.

b) Por su parte, las Comisarías de aguas (reorganizadas y actualizadas por el decreto de 8 de octubre de 1959, que las restablece) son organismos con matices dentro de una misión «técnica» de vigilancia y coordinación eminentemente ordenadores en materia de «aguas públicas», sin poder asumir por subrogación la postura representativa y decisoria del gobernador civil. Pretender otra cosa sería deseslabonar la cadena coordinadora de la moderna Administración, llevando a los ingenieros comisarios de las mismas, aunque sólo fuera en materia de aguas, a la categoría de definidores de cuáles sean públicas o privadas, invadiendo, por un lado, la esfera judicial, y por otro, emitiéndoles atribuciones en materia de aguas «privadas» que están absolutamente extraídas de su conocimiento y competencia, y resolviendo materias de orden público, que sólo al primer jefe provincial corresponden.

Por otro lado, recordando los conceptos generales de la jerarquía administrativa y las ideas de «línea y grado» como fundamentales dentro de la misma, observamos que para que se den las facultades típicas de revocación y suspensión—entraña misma de la alzada—es necesario que los órganos pertenezcan a igual línea jerárquica, en grados infra y supra-ordenados, y dentro de igual ramo, para que el recurso de alzada se pueda producir. Evidentemente, González Pérez en su libro *Los recursos administrativos*, página 133, habla de un recurso de alzada impropio, que se da contra actos de entidades autárquicas: entidades institucionales (artículo 76-1 de la ley

de 26 de diciembre de 1958 de Entidades estatales autónomas) y entidades locales, a virtud de una «tutela del Estado». Pero éste no es nuestro caso, como se comprende sin más aclaración.

Con estas ideas doctrinales resolvemos nuestros problemas, preguntando: ¿Cómo pueden las comisarias de aguas reclamar la decisión de un recurso de alzada que está reservado, según la ley de Aguas, al «grado jerárquico superior» del alcalde, que es el gobernador civil? ¿Cómo pueden reclamar el conocimiento de una materia que por la propia preceptiva de la ley de Aguas y del decreto de 10 de octubre de 1958 es de «orden público» y, por lo tanto, de la exclusiva esfera de acción del gobernador civil? ¿Cómo puede un organismo «técnico» con facultades ejecutivas *sensu strictu* preparatorias y ordenadoras por pura delegación central, inmiscuirse en funciones de la potestad jurisdiccional y de mando? ¿Cómo podrían constituirse en superiores jerárquicos de los alcaldes, atribuyéndose facultades decisorias en «toda clase» de aguas cuando «sólo tiene atribuciones sobre aguas públicas». Las respuestas, obvias, resuelven por sí solas la cuestión.

A la hora de interpretar el artículo 23 de la ley de Aguas es semejante a la situación de hecho y medidas legales de defensa establecidas y previstas en el artículo 159 del reglamento de Minas de 9 de agosto de 1946. Luego, en ambos casos, estamos ante un interdicto administrativo con igual razón de existir, dadas las situaciones de urgencia que regulan y la sumariedad de los trámites que prevén. Evidentemente, la igualdad de situaciones nos lleva a la mente del legislador en ambas oca-

siones, pues en las dos se ha entregado al gobernador civil el conocimiento y decisión del asunto, por ser problema de orden público, haciéndolo sin ningún temor, porque al no crear su decisión fuerza de cosa juzgada, ni formal ni material, siempre podrá resucitarse la cuestión controvertida ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

El gobernador civil, en el artículo 23 de la ley de Aguas, al conocer del recurso de alzada contra la providencia del alcalde, examina el uso que éste haya hecho de la «delegación» de jurisdicción que en sus manos posee por decisión del poder central.

Por otro lado, y si no bastara el razonamiento abstracto, vemos que las disposiciones legales en que las comisarias de aguas se basan para reclamar la competencia tampoco permiten fundamentar ésta. Efectivamente, las disposiciones son las siguientes:

a) La ley de 20 de mayo de 1932, que en su artículo único dispuso: «Las facultades que en orden a la incoación, tramitación y resolución de expedientes que, relacionados con los servicios de «obras públicas», estén ahora conferidas a los gobernadores civiles quedarán atribuidos a los ingenieros jefes de Obras Públicas...»

b) El decreto de 29 de noviembre de 1932, que ratificaba el contenido de la anterior disposición, y remitió a los jefes de Obras Públicas a los «jefes de Aguas de las Cuencas»..., las atribuciones que la ley de 20 de mayo de 1932 les confería en cuanto a los expedientes relativos a los servicios que les están preceptivamente encomendados.

c) Posteriormente, las órdenes de

30 de noviembre de 1932 y de 25 de agosto de 1939, ejecutando e interpretando el decreto anteriormente reseñado; y

d) Ultimamente el reglamento de policía de aguas «públicas» y sus cauces, aprobado por decreto de 14 de noviembre de 1958, que determina incumbe al Ministerio de Obras Públicas la policía de los cauces que, teniendo carácter particular, derivan por sus tomas de «aguas públicas», al objeto de evitar el cambio de destino de ellas, y que se derive más caudal del «concedido» o que le corresponda, así como la vigilancia de las aguas de dominio privado, «limitada» a lo que afecta a la «salubridad pública» o a la seguridad de las personas y de los bienes (art. 1).

Una interpretación literal y congruente de estos preceptos demuestran que las facultades del gobernador civil en el artículo 23 de la ley de Aguas no están mermadas en absoluto, porque «todas» las facultades que se entregan a los organismos hidráulicos y al Ministerio de Obras Públicas o son «sólo respecto a aguas públicas» o son de mera vigilancia policiaca, por lo que, como el artículo 23 otorga facultades de casi verdadera delegación del poder judicial (*Vid.* arts. 249 y 251 de la ley de Aguas), estas disposiciones mantienen íntegra la competencia de aquél. Además, los problemas de este interdicto pueden versar, indudablemente, en muchas ocasiones, sobre «aguas privadas», de tipo subterráneo, «fuera de una cuenca hidrográfica y dentro de una provincia», y en tales aguas y en tal territorio «carecen de competencia las comisarías de aguas». Y si se mantiene que en este interdicto será competente uno u otro órgano, según la natura-

leza pública o privada de las aguas, se resalta más todavía el absurdo, porque habría de exigir una autoridad superior común que creara la competencia para cada caso concreto, calificando las aguas previamente, y al no existir ésta ha de concluirse que el conocimiento en tales medidas preventivas ha de ser absoluto y no repartido.

Por otro lado, disposiciones posteriores a las citadas atribuyen al gobernador civil competencia para conocer en materia de aguas, con lo que no se puede concluir que las disposiciones citadas—sobre todo la fundamental ley de 20 de mayo de 1932—desposeyeran al mismo de «toda potestad» en este sector. Así, el reglamento de Policía minera y metalúrgica de 23 de agosto de 1934 (reformado por decreto de 22 de diciembre de 1960 y orden de 7 de julio de 1961) y el decreto de 23 de agosto del mismo año, que enumera las atribuciones de los ingenieros de minas adscritos a la Administración, en cuanto a las aguas subterráneas, reconoce a los gobernadores civiles una serie de facultades en éstas, reclamando para el cuerpo citado además la competencia exclusiva y excluyente en las mismas (arts. 208 y siguientes, en cuanto al primero, y art. 1, en cuanto al segundo). Si esto es así, las comisarías de aguas y otros cuerpos de ingenieros distintos a los de minas no pueden pretender que a partir del año 1932 «todas las cuestiones de aguas» les puedan estar atribuidas técnica y jurisdiccionalmente.

A su vez, el decreto de 10 de octubre de 1958, que promulga el Estatuto de gobernadores civiles, en su artículo 33 establece una serie de fa-

cultades de los mismos, respecto a aguas «públicas y privadas», con órbita definida y competencia absoluta. Ya sabemos que este decreto ofrece dudas a la doctrina respecto a su legalidad, en relación con disposiciones de rango superior anteriores, pero corresponde tan sólo al poder legislativo el resolverlas y, mientras tanto, tiene fuerza de obligar (Vid. *Revista de Administración Pública*, número 37, pág. 371).

El Código civil, por su parte, en sus artículos 408 y 417 da a las aguas subterráneas el carácter de privadas, y sobre ellas concede derechos dominicales a los propietarios, de los respectivos fundos, que las alumbren. Por ello sólo al gobernador civil puede corresponder, con potestad jurisdiccional indudable, vigilar el interés particular, y sólo a él está encomendada, en fase previa a la judicial, la defensa de los derechos que puedan ser lesionados, excluyendo la intervención de un organismo «técnico», que sólo tiene funciones ordenadoras y de vigilancia en materia de aguas públicas.

La línea jurisdiccional del Tribunal Supremo es vacilante en su doctrina, no habiéndose pronunciado expresamente nunca sobre el particular, si bien ha resuelto recursos contencioso-administrativos, en los que han intervenido, resolviendo el recurso de alzada, una y otra autoridad. Sin embargo, citamos una sentencia de 25 de octubre de 1956 (Aranzadi 3548), en la que incidentalmente se pronunció sobre la competencia de los gobernadores civiles, de la que transcribimos algunas de sus partes: Considerando de la sentencia apelada: «Que deducido el recurso contencioso-administrativo objeto de esta sentencia contra un

acuerdo del gobernador civil» de esta provincia, revocatorio de otros de la alcaldía de Berja, que había ordenado la paralización de unas obras de alumbramiento de aguas y toda vez que no se ha planteado «ni existe problema alguno relacionado con la competencia...» Considerando del Tribunal Supremo: «Considerando que la cuestión sometida a resolución de esta sala queda limitada a determinar si el pozo que pretende hacer don ... perjudica a las concesión de aguas que con anterioridad tiene a su favor la comunidad de regantes de ..., lo que constituye un tema eminentemente técnico, que obliga a dejar a los peritos en la materia la apreciación de los elementos necesarios para su decisión, como así lo reconoce la vigente ley de Aguas, pues al tratar del caso que motiva el actual recurso, ordena en su artículo 23 la forma de resolver las alzadas contra las providencias de los alcaldes «por los gobernadores civiles de las provincias»; determinando expresamente que lo serán previa audiencia de los interesados y reconocimiento y dictamen pericial.»

Luego esta sentencia aclara de forma indubitada todo el problema, porque da por buena la competencia del gobernador civil sin que ninguna de las partes la discutiera, y, sin entrar a conocer sobre la misma, debiendo hacerlo; y porque atinadamente diferencia los dos planos en que se mueven las decisiones en este tipo de intedictos, por un lado, el gobernador civil, con su potestad jurisdiccional y de superioridad jerárquica de los alcaldes, y por otro, la intervención de los organismos «técnicos» necesarios para «auxiliar» pericial-

mente en forma debida la decisión final, que sólo a la primera autoridad provincial corresponde.

III. SU TRAMITACIÓN EN LAS DIVERSAS FASES, CON ESPECIAL EXAMEN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

1. *Fases*.—El procedimiento en este interdicto se liga adecuadamente en dos etapas: en la primera, el alcalde suspende las obras denunciadas, por la sola denuncia, si estima que existe un riesgo de disminución de aguas perjudicial a los denunciantes; en tal momento parece que ni hay prueba ni resulta oportuno que se practique, puesto que es discrecional para la primera autoridad municipal la «libre apreciación» de las circunstancias de hecho que se denuncian. Ya veremos, no obstante, que esto no significa que el peticionario descuide la fundamentación de la denuncia, por los medios y con las pruebas que juzgue convenientes para acreditar lo que afirma. En la segunda etapa, por el contrario, según prescribe el tercer párrafo del tantas veces repetido artículo 23, el gobernador civil ha de cumplir dos trámites procesales: oír a los interesados, y oír el dictamen pericial de quien tenga título adecuado para constatar el perjuicio denunciado, o la circunstancia de peligro advertida al alcalde.

Es evidente que si al alcalde le basta la apreciación de tal peligro por su sólo conocimiento de los hechos, al gobernador civil le es obligada una fase contradictoria, «ajustando» su resolución al «dictamen técnico» de los peritos oficiales que le auxilian en forma previa. La concatenación entre tales dictámenes y

el acto administrativo último es forzosa para que el uso de la facultad de suspensión no sea un despojo o acoso una pura desviación de poder.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo llega a la misma conclusión, es decir, a que el gobernador civil tiene que seguir obligadamente en su pronunciamiento el contenido del dictamen de sus peritos. Así, en sentencia de 27 de febrero de 1956 (Aranzadi 1393) se dice en el sexto considerando, que coincidiendo los pareceres técnicos de dos departamentos hidráulicos, a través de sus ingenieros jefes, sobre que no existía posibilidad de afección, la resolución del gobernador civil está ajustada a derecho. En igual sentido la de 13 de marzo de 1957 (Aranzadi 852), al decir: «Apareciendo del expediente que los informes emitidos por las Jefaturas de Obras Públicas y Minas en que el alumbramiento proyectado... no podía afectar a los aprovechamientos de los recurrentes, es patente que la resolución reclamada, al confirmar la del gobernador civil, se ajustó a las disposiciones legales de aplicación al caso y no vulneró ningún derecho administrativo preestablecido en favor de los demandantes.» Y con igual doctrina, la de 24 de junio de 1957 (Aranzadi 2309).

Se podría alegar que estas sentencias están dictadas en el régimen especial de aguas de Canarias; pero la doctrina es la misma para el Derecho general, pues igual es la razón de juzgar e igual la finalidad de la norma.

2. *Carga de la prueba*.—El artículo 24 de la Ley de Aguas dice que las labores de sondeo no pueden ejecutarse—entre otros casos—«a menos de 100 metros» de otro alumbramiento o fuente, río, canal, acequia

o abrevadero público, sin la licencia correspondiente de los dueños o, en su caso, del ayuntamiento. A esta distancia, a la que ya nos hemos referido con la denominación de «ática», liga el Tribunal Supremo un juego de presunciones que ha de tenerse en cuenta tanto para que el reclamante documente su denuncia ante el alcalde como para que todos los interesados articulen la oportuna prueba en la fase contradictoria ante el gobernador civil al tramitarse el recurso de alzada.

El Tribunal Supremo, en sentencia, que ya hemos citado, de 30 de noviembre de 1956 (Aranzadi 3928), afirma que de este artículo se extrae una presunción *iuris et de iure* de que el perjuicio existe cuando media menos de 100 metros entre el alumbramiento preexistente y el posterior a paralizar.

Luego contemplamos la carga de la prueba en los dos casos posibles:

a) Si las obras de sondeo posteriores se encuentran a menos de 100 metros del aprovechamiento del denunciante, a éste le basta «la mera denuncia» para acreditar la amenaza de peligro, porque le favorece la presunción de su existencia. Y corresponderá al propietario de la perforación posterior justificar y probar técnicamente que esto no es así, pues parece excesivo interpretar la jurisprudencia en el sentido de que no cabe prueba en contrario frente a la presunción que la Ley alberga, ya que pueden nutrirse ambos aprovechamientos de veneros distintos geológicamente, pese a su proximidad topográfica.

b) Si, por el contrario, las obras están a mayor distancia, debe concluirse que no basta la mera denuncia para acreditar el peligro de afec-

ción, sino que el denunciante tiene sobre sus hombros la carga de probar el riesgo que expone a la consideración administrativa. Y ello es lógico, porque la expresión vaga de «a más de 100 metros» nos llevaría a la conclusión, si esta doctrina no se admite, que por la sola denuncia de un propietario malicioso o temerario se podría dar lugar a la paralización de un pozo situado a varios o a muchos kilómetros de distancia del que se dice lesionado.

Esta misma sentencia indica incluso el tipo de prueba que ha de aportarse, puesto que declara «que a más de 100 metros», informando el ingeniero favorablemente el peligro, el solicitante o reclamante no puede enervar el parecer técnico sin prueba alguna en contrario por su parte. Luego no solamente establece el Tribunal Supremo la necesidad de probar, sino que parece querer hasta tasar el medio de prueba, pues indudablemente ha de ser de igual rango y suscrito por perito de igual categoría y ramo del que estime o desestime la existencia del peligro denunciado.

IV. CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN Y SU IMPUGNACIÓN EN LA VÍA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La resolución sólo puede contener un mero pronunciamiento de «suspensión», sin llegar más que a imponer una conducta pasiva al propietario de los nuevos sondeos, es decir, «no hacer» en el sentido de que debe paralizar los trabajos denunciados sin proseguirlos bajo ningún pretexto. Y ha de detenerlos en el estado en que se encontraran al notificársele el acuerdo, si bien no puede excluirse la posibilidad—por

analogía con el interdicto de obra nueva ordinaria—de que solicite y obtenga del alcalde autorización para llevar a cabo las obras indispensables, bien para conservar lo edificado, bien para evitar perjuicios a terceros, derivados del estado de las mismas (art. 1.665 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Como es lógico, la desobediencia a la orden de suspensión, continuando las obras, puede dar lugar a la orden de demolición del exceso construido, en vigilancia del respeto debido a la decisión gubernativa, destruyéndose lo ejecutado por las vías de compulsión previstas en la ley de Procedimiento administrativo, en el artículo 104, haciendo que se ejecute el derribo por el propio desobediente o por la Administración a cargo del mismo (artículo 106 de la misma ley).

La jurisdicción contencioso-administrativa, en el caso de que haya habido prueba en el expediente, o en el caso de que los interesados hayan hecho dejación de su derecho a probar, no debe admitir fase probatoria en el litigio, pues la naturaleza de la jurisdicción—mantenida en la ley vigente de 1956—lleva consigo un subrogarse en el puesto de la Administración para contemplar la aplicación del Derecho por la misma, rechazando como impertinentes tanto las cuestiones nuevas como la pretensión de probar lo que debió acreditarse en la fase administrativa. De ahí la importancia de que no descuiden este trámite en el momento oportuno del expediente, aquellos sobre los que gravita el *onus probandi*.

El régimen de plazos para los recursos a interponer es el general de la ley de Procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958 y de la ley de lo Contencioso-administrativo

de 26 de diciembre de 1957, pudiéndose, al amparo de esta última, pedir la suspensión de la ejecutividad del acuerdo reclamado, al amparo de los artículos 122 y siguientes, con lo que se garantiza todavía más la seguridad jurídica de los administrados.

El recurso de reposición es potestativo, y no preceptivo, como previo a la vía judicial contenciosa.

CONCLUSIONES

La Abogacía del Estado de Murcia ha tenido el honor de informar a las autoridades provinciales, en todos los casos que se han planteado respecto al interdicto administrativo del artículo 23 de la ley de Aguas, a tenor de los razonamientos anteriores exponiendo iguales argumentos ante el extinguido Tribunal de lo Contencioso-administrativo de esta provincia, pudiendo resumir, unos y otros, de la siguiente manera:

1.º El interdicto administrativo del artículo 23 de la ley de Aguas de 1879 tiene una naturaleza puramente preventiva, y es vicioso intentar resolver a su amparo cuestiones de propiedad y de posesión civil, que sólo corresponden a los tribunales de Justicia ordinarios, según el artículo 254 de la misma ley. Su finalidad es parecida al interdicto ordinario de obra nueva, regulado en la ley de Enjuiciamiento civil, pero vigilando intereses que tienen un evidente matiz de orden público.

2.º La existencia de una amenaza de peligro para un aprovechamiento anterior y la apreciación de su posibilidad corresponde privativamente, en unión de la interpretación de los hechos, a la autoridad administrativa escalonada: alcalde, gobernador civil.

3.º Esta apreciación es forzosa y

exigible cuando existan menos de 100 metros entre el aprovechamiento nuevo y el preexistente.

4.º Que al denunciante no se le puede exigir la prueba sustantiva de que disfruta el aprovechamiento perjudicado en virtud de derechos civiles que debe acreditar, sino que se le debe exigir sólo la prueba de la legitimidad adjetiva de la titularidad que invoca (publicidad, registros administrativos, pacífica detentación, etc.).

5.º El interdicto sólo cabe cuando las obras se estén ejecutando y no cuando hayan sido concluidas, entendiéndose que están terminadas, aunque quede por instalar la maquinaria de absorción del agua encontrada, considerándose obras nuevas a estos afectos las de profundización para obtener mayor caudal.

6.º Que el alcalde puede actuar de oficio, sin necesidad de excitación previa por parte del ayuntamiento, cuando las aguas afectadas sean públicas y estén destinadas a un servicio público.

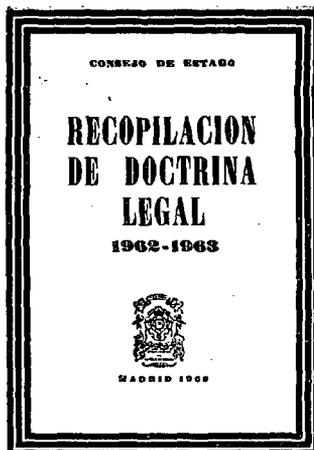
7.º Que el gobernador civil es competente para conocer de los recursos de alzada que se interpongan contra las providencias de los alcaldes, con exclusión absoluta de cualquier intervención jurisdiccional de las comisarías de aguas.

8.º Que la fase de procedimiento que se desarrolla ante el alcalde no es contradictoria, ni requiere prueba —en el sentido de abrir un período para la misma— aunque los interesados puedan aportar la que estimen oportuna en unión de su escrito de denuncia.

9.º Que el *onus probandi* varía según que la distancia entre aprovechamientos que puedan afectarse, sea inferior o superior a 100 metros.

10. Que el contenido de la resolución fuerza a un «no hacer» automático, aunque puedan autorizarse las obras del artículo 1.665 de la ley de Enjuiciamiento civil, y que puede demolerse lo ejecutado posteriormente en desobediencia al acto administrativo notificado.

DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO



ULTIMOS VOLUMENES PUBLICADOS:

1960 - 61

SUMARIO: 1.º ADMINISTRACION CENTRAL DEL ESTADO: I. Organos activos de la Administración; II. Organos consultivos de la Administración; III. Régimen jurídico de la Administración; IV. Personal al servicio de la Administración; V. Bienes del Estado; VI. Autorizaciones administrativas; VII. Concesiones administrativas; VIII. Contratación administrativa, y IX. Hacienda pública.—2.º ADMINISTRACION FORAL.—3.º ADMINISTRACION INSTITUCIONAL.—4.º ADMINISTRACION LOCAL.—5.º DERECHO NOBILIARIO.—INDICES NUMERICO, CRONOLOGICOS Y ANALITICO.

512 pp., 290 ptas.

1961 - 62

SUMARIO: 1.º ADMINISTRACION CENTRAL DEL ESTADO: I. Organos activos de la Administración; II. Organos consultivos de la Administración; III. Régimen jurídico de la Administración; IV. Personal al servicio de la Administración; V. Bienes del Estado; VI. Concesiones administrativas; VII. Contratación administrativa, y VIII. Hacienda pública.—2.º ADMINISTRACION FORAL.—3.º ADMINISTRACION INSTITUCIONAL.—4.º ADMINISTRACION LOCAL.—5.º TITULOS NOBILIARIOS.—6.º TRATADOS INTERNACIONALES.—7.º DERECHO MERCANTIL.—8.º ORGANIZACION SINDICAL.—INDICES NUMERICO, CRONOLOGICOS Y ANALITICO.

432 pp., 290 ptas.

1962 - 63

SUMARIO: 1.º ADMINISTRACION CENTRAL DEL ESTADO: I. Organos activos de la Administración; II. Organos consultivos de la Administración; III. Régimen jurídico de la Administración; IV. Personal al servicio de la Administración; V. Bienes del Estado; VI. Autorizaciones administrativas; VII. Concesiones administrativas; VIII. Contratación administrativa, y IX. Hacienda pública.—2.º ADMINISTRACION FORAL.—3.º ADMINISTRACION INSTITUCIONAL.—4.º ADMINISTRACION LOCAL.—5.º TITULOS NOBILIARIOS.—6.º DERECHO PRIVADO.—7.º URBANISMO.—8.º DERECHO PENAL.—INDICES NUMERICO, CRONOLOGICOS Y ANALITICO.

320 pp., 290 ptas.



Venta en principales librerías y

Boletín Oficial del Estado (Ediciones) - Trafalgar 29 - Tel. 257 07 05 - Madrid - 10