

SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

DIRECTOR: Dr. ALEJANDRO NIETO

ESTUDIOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
ESPECIAL CANARIO

I



CABILDO INSULAR DE TENERIFE
AULA DE CULTURA

1967

Colaboran en el
I Volumen de

ESTUDIOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
ESPECIAL CANARIO

por el Seminario de Derecho
Administrativo de la Universi-
dad de La Laguna

ALONSO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
MACHADO, Secretario de 1.^a Ca-
tegoría de Administración Local,
Profesor Ayudante de la
Universidad de La Laguna

JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ, Magis-
trado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Au-
diencia Provincial de Santa
Cruz de Tenerife

LEOPOLDO DE LA ROSA OLIVERA,
Secretario del Cabildo Insular
de Tenerife, Profesor Adjunto
de la Universidad de La Laguna

JUAN JOSÉ MARÍ CASTELLÓ-TÁ-
RREGA, Juez de Primera Instancia
e Instrucción de La Laguna

ALEJANDRO NIETO GARCÍA, Cate-
drático de Derecho Administra-
tivo de la Universidad de La
Laguna, Director del Seminario

LÁZARO SÁNCHEZ-PINTO Y SUÁREZ,
Secretario General del Gobier-
no Civil de Santa Cruz de Te-
nerife

JOAQUÍN VALLE BENÍTEZ, Secre-
tario del Cabildo Insular de La
Palma

Reimpresión facsímil de la obra: ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL CANARIO (I), en homenaje a Don Alonso Fernández del Castillo Machado, con ocasión de su jubilación como Secretario General del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife.

Santa Cruz de Tenerife, a 27 de Diciembre de 1994

Coordinación de la reimpresión:
Servicio de Publicaciones. Cabildo de Tenerife

ISBN de la reimpresión: 84-87340-45-8

Impresión:
Litografía A. Romero, S. A.
C/ Angel Guimerá, 1
Santa Cruz de Tenerife

PRÓLOGO

En 1965, hace justo treinta largos años, empezó a reunirse periódicamente en el Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna —un despacho lóbrego, amueblado al estilo de las covachuelas burocráticas de antaño— un grupo de personas que en común, tenían la afición al Derecho y a la experiencia administrativa. Cada quince días pasaban una tarde juntos, sin ánimo de conspirar ni de arreglar España, sino, mucho más modestamente, con el de discutir ordenadamente los problemas básicos de las Islas Canarias. Ningún resultado concreto esperaban de su esfuerzo y tenacidad. Nadie les había encargado nada, ni ellos estaban dispuestos a ofrecer a las «autoridades» —y mucho menos a vender— sus reflexiones. Se trataba sencillamente de «hacer algo» en unos momentos en los que, fuera de los canales oficiales, cualquier iniciativa estaba condenada, no ya al fracaso, sino al silencio. El destino ha querido, sin embargo, que este puñado de entusiastas haya pasado a ocupar un puesto, tan pequeño como digno, en la historia —cuando no en la leyenda— de la Universidad de La Laguna, del Cabildo Insular de Tenerife y, casi, casi, de Canarias. Fueron el ejemplo vivo de lo que se puede hacer desde las catacumbas en períodos en los que nada se pretende intentar en la superficie; de lo que valen las ilusiones, por muy modestas que sean, cuando son honestas; del pulso que late en el cuerpo semicomatoso de una Universidad; de la sensibilidad de una sociedad insobornablemente liberal, como siempre ha sido la tinerfeña.

1. La reimpresión de este volumen —en homenaje a D. Alonso Fernández del Castillo con ocasión de su jubilación funcional, que no intelectual— ofrece hoy la oportunidad de recordar ciertas cosas que todavía viven en la memoria de viejos, y aún de los que no lo son; pero que muy pronto se convertirán en materiales muertos de una tesis doctoral.

2. Ya que entonces no lo hacíamos, me permito ahora pasar lista de asistentes aunque varios no puedan contestarme y su silencio y recuerdo nos apriete el corazón a todos.

Nuestro decano —más por autoridad, desde luego, que por años— era *Leopoldo de la Rosa*, «siempre tan cortesano y tan pulido», tan amable (añado yo por mi cuenta), tan generoso, tan eficaz y tan modesto. Al Seminario aportaba una larga sabiduría burocrática y humana, una cultura histórica canaria sobresaliente y un amplio saber profesoral universitario: un currículum de excelencia, como hoy se diría. Descanse en paz y con el recuerdo de esta reimpresión reciba a cuenta un pago mínimo de lo mucho que se le debe.

También sigue vivo en nuestro recuerdo *Lázaro Sánchez-Pinto* y *Suárez*, contrapunto y complemento profesional y vital de *De la Rosa*, su hermano político, *Sánchez Pinto* era, funcionalmente, el gozne que unía las instituciones periféricas canarias con las centrales del Estado. En el Seminario era más bien callado, pero siempre cordial y cumplidor. Su hija Olga fue alumna mía, hoy funcionaria de la Comunidad Autónoma: sepa que no nos hemos olvidado de su padre.

Lamento confesar que he perdido la pista de *Joaquín Valle Benítez*, que venía desde La Palma para no dejar enfriar su vocación de investigador y publicista. Quizás nos brinde esta efeméride la ocasión de volver a saber algo de él y de sus posteriores periplos peninsulares.

A continuación de este panel entrañable, viene el de los «hombres ilustres». *Juan José Marí Castelló-Tárrega* es hoy Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, después de haber pasado por la Secretaría del Consejo General del Poder Judicial. Era entonces (y espero que siga siéndolo), un hombre jovial, enamorado de su familia y de su Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de La Laguna, que entendía como un lugar donde no bastaba con dictar sentencias —excelentes, por cierto— sino desde donde se hacía justicia al pueblo llano.

José Gabaldón López, tinerfeño por consanguinidad, era ya una lumbrera del Derecho Administrativo y, habiendo actuado como Magistrado en los más altos Tribunales de la Nación y ocupado la cabeza de una Asociación Profesional de la Judicatura, ha coronado su carrera en el Tribunal Constitucional. Canarias le debe muchas cosas y este Seminario, que es lo que aquí interesa, una aportación excepcional al Derecho de Aguas, que ocupa todo el

tomo VII de la presente Colección y que debería servir de libro de cabecera a todos los interesados en la materia.

3. Con ello pasamos ya al protagonista de esta reimpresión, a *Alonso Fernández del Castillo*. Para mí es difícil hablar bien de *Alonso* —y de *Don Alonso* sólo se puede hablar bien— porque es mi amigo del alma y los elogios cara a cara, por muy merecidos que sean, hieren la sensibilidad de quien los prodiga y de quien los recibe. Y, además, sería una tarea inútil, puesto que todos los lectores le conocen y aprecian tanto o más que yo. Y, sin embargo, me atrevo a romper esta regla de amistad por una razón que espero sea comprendida: la presente reimpresión no va dirigida a nuestra generación —que ya tiene un ejemplar de la edición original— sino a las futuras. Y sería una lástima imperdonable que los lectores curiosos de dentro de veinte años y los eruditos que todavía no han nacido, llegasen a ignorar quien es hoy —y mañana habrá sido— *Alonso Fernández del Castillo*.

Fernández del Castillo tiene el nombre y la estampa del caballero Quijano. Es alto y delgado como lo fueron sus padres; renegrido de color; pausado el gesto que desmiente la pasión que lleva dentro; paciente y sonriente. Tinerfeño por los cuatro (y aún por los ocho) costados, tuvo un soplo vikingo o visigodo (danés, para entendernos) para traer al mundo dos gigantes rubios en una fusión genética envidiable. No se le conocen enemigos ni malhabladores y con esto ya no se puede decir más.

Su vida profesional no ha salido de la Administración Local: con una breve excepción en Güímar, ha empezado (y en estos días acaba), en el Cabildo Insular de Tenerife. Toda la vida sin salir de ese barco que hay varado a la orilla del puerto de Santa Cruz. Más de treinta años en la misma sala de máquinas y en la misma torre de mando. Nada tiene de particular, por tanto, que conozca —por dentro— a cada marinero y a cada tuerca y que —por fuera— haya desembarcado alguna vez en cada uno de los rincones de la isla. ¿Quién podrá saber más que él del mundo tinerfeño? Sucesor de *Leopoldo de la Rosa* en la Secretaría General, su mirada ha registrado cuanto aquí ha ocurrido. Ha visto llover y salir el sol; ha colaborado con muchos Presidentes y capitulares; ha soportado vientos y huracanes procedentes de todo el cuadrante, pero siempre ha marcado el mismo norte; el interés de la Isla y de su Cabildo. Remo

en los momentos de calma chicha, áncora en los de tempestad. Siempre puntual con los expedientes bajo el brazo; sonriente en los cafés de media mañana; con la palabra acertada para todo el mundo. Y lo que es más importante; siempre en su sitio. Quiero decir que nunca ha pretendido ejercer un poder u ocupar un puesto que no le correspondiera; pero también sin ceder un milímetro en las obligaciones que por cargo le correspondían. Ni trepador ni inhibido. Ni cobarde ni temerario: prudente. Ni entrometido ni absentista. Ni palabrero ni silencioso: acertado. Algo extraño ha debido tener *Fernández del Castillo* cuando, entendiendo sus deberes de una manera tan rigurosa y modesta, no ha sido despeñado en más de una ocasión.

Uno de sus mayores méritos funcionariales ha sido, con todo, al menos para mi gusto, su capacidad para abrir un hueco a los demás. Porque detrás de *Fernández del Castillo* trabaja una piña de funcionarios modélicos que en su ejemplo se miran y que él ha ido formando y apoyando hasta que ellos han sabido pensar y actuar solos y adoptar decisiones propias, nunca interferidas por su maestro, y que le han ayudado y arropado siempre no por adulación personal o esperanza de medro sino por fidelidad al servicio que él representaba. Para mí, entrar en las oficinas del Cabildo es como regresar a las aulas universitarias: en él se encuentra lo más grando de mis antiguos alumnos; madurados por la edad y la experiencia, pulidos por *Don Alonso*, crecidos por su esfuerzo propio. Si alguna huella conservara esta Isla de mi paso, será la que ellos dejen.

4. El magnificar así la vertiente oficial de *Don Alonso* no significa, naturalmente, desconocer las otras facetas de su personalidad, a las que quiero aquí aludir para no privar de perspectiva a un cuadro que de otra suerte resultaría unidimensional. *Fernández del Castillo* es un hombre macizo, abierto a muchos frentes.

Pertenece, por lo pronto, a una generación-puente. A una generación que abrió los ojos a la razón en un momento de oscuridad histórica. El pasado era una nada que acababa de empezar en la postguerra; el presente un malpaís sin otra hierba que la del desconcierto; y sin futuro, como una prolongación de la aridez del pasado y del presente. Pues bien, esta generación —que puede simbolizarse en el brasero de los mejores tiempos del *Ateneo* de

La Laguna— se empeñó en buscar un pasado que estaba más lejos y más atrás de la guerra civil. No eran ni rojos ni azules (o, por mejor decir, de todo había, aunque en civilizada convivencia) sino tinerfeños que no se resignaban a perder una herencia antigua y, poco a poco, hilo a hilo, persona a persona fueron recuperando ese pasado semiborrado y adquiriendo a través de él su propia identidad.

Pero esta generación tuvo también el acierto de no encerrarse en la Isla; antes al contrario, Tenerife se convirtió en refugio de náufragos que tenían mucho que contar y de exploradores que tenían mucho que descubrir. Fueron años en los que los intelectuales españoles visitaban Tenerife, y aquí se encontraban como en su casa, y no precisamente forzados como en la época de la primera Dictadura. Sea como fuera, lo cierto es que trajeron buena semilla, que aquí fructificó en surco agradecido. No hay ciudad española que pueda alardear de huéspedes como los que Tenerife tuvo, ni intelectuales españoles que puedan citar una tierra tan acogedora como la canaria. A la experiencia me remito. Y, en verdad, que no conozco una generación que sea tan abierta como ésta a la que me estoy refiriendo: tan comprensiva, tan sensible, tan amistosa. Pues bien, aunque sería ingenuo imputar a *Don Alonso* el protagonismo de este movimiento; rigurosamente cierto es que estuvo siempre en la rebotica donde todo se reparaba, acompañando a los más grandes: de los que va urgiendo ya ir dando cuenta.

Más todavía: *Alonso* acertó a vivir en Madrid en un lugar que era un hervidero de juventud y de ilusiones —el Colegio Mayor César Carlos— donde conoció a tantas personas que luego contribuyeron a hacer España, ordinariamente en lo bueno, y donde se le recuerda con un afecto que los años no han enfriado.

En definitiva: profesionalismo y sensibilidad a toda clase de inquietudes culturales y políticas; atención reverente a lo canario y apertura a España y a Europa. Este caballero de la larga figura, que es nuestro *Don Alonso*, no se ha apeado jamás de Rocinante ni ha cerrado nunca los ojos, ni se ha cansado de mirar ni de escuchar... ni de pensar.

5. Al releer de madrugada las páginas que anteceden (escritas en una noche y de un tirón, puesto que tan corto plazo se me dio para ello, y testigos tengo de la urgencia del encargo), siento no

poco rubor ante lo apasionado de lo dicho y estoy seguro de que lo mismo va a sentir *Don Alonso*. Pero no hay otra opción y si el destino con sus prisas ha querido que así sea, me someto a ello con inquietud pero sin disgusto: así tengo una coartada para haber dicho, sin tiempo para autocensurarme y ni siquiera para corregirme, lo que pienso. Está amaneciendo perezosamente en las calles de Madrid entre la clara neblina otoñal y la sucia polución del tráfico. Gracias a la diferencia horaria, todavía tengo casi dos horas para cerrar este escrito y el fax de la imprenta espera mis cuartillas antes de empezar la jornada.

Hora es, por tanto, de volver al comienzo y retomar el hilo, tan espaciosamente cortado. Se trata de continuar, aunque sea muy rápidamente, la historia del Seminario y de los volúmenes que siguieron a éste que ahora se reimprime.

Los asistentes al Seminario no habíamos trabajado únicamente por amor a la ciencia o para satisfacer nuestro apetito especulativo. Queríamos que se nos oyese para contrastar nuestra opinión con quienes tenían las mismas inquietudes que nosotros. El Cabildo Insular nos brindó —con neutralidad exquisita tan sorprendente entonces como ahora— una plataforma inmejorable. Las ponencias fueron expuestas en forma de conferencias con asistencia multitudinaria y atención halagadora. Para un profesor universitario no hay premio mejor que el de sentir que la sociedad le escucha, aunque le critique: darse cuenta de que no está trabajando para hacer más papel impreso sino para inocular a la sociedad con sus propias preocupaciones.

Esto fue lo que me sucedió a mí y a todos. De pronto nos dimos cuenta de que no estábamos solos. El Seminario se institucionalizó: curso tras curso repetíamos las sesiones, cada vez con más participantes en la medida en que nos lo permitía lo exiguo del local. Algunos de otras islas se nos fueron incorporando. Es una lástima que no pueda ahora recordar al menos a los más atractivos; y a los sucesivos volúmenes que se han ido publicando tengo que remitirme forzosamente. Poco a poco se fue desplazando nuestra atención a las aguas; donde logramos —creo— las aportaciones más interesantes, puesto que con el tiempo pudimos mejorar en mucho la calidad de nuestra investigación. En tal contexto sería muy injusto no hacer una excepción a la promesa de silencio con

Don Marcos Guimerá Peraza; mi gran adversario, nunca enemigo. *Guimerá* significaba en casi todos los aspectos lo contrario a lo que yo defendía. Chocamos, y muy duramente. Pero reconozco que humana y personalmente le admiraba, como ahora respeto su recuerdo. Para mí fue un honor medir las armas de mi apasionamiento y de mis convicciones con un intelectual y un sabio de su categoría.

Los siete volúmenes de *Estudios de Derecho Administrativo especial canario* constituyen un ejemplo singular en la historia universitaria de la época del franquismo y un precedente de cuanto se ha hecho después en Canarias y fuera de ellas. Quienes colaboramos en esta obra podemos estar satisfechos con justicia. Y no, naturalmente, por lo que escribimos (cuyo valor ha empalidecido demasiado con el transcurso de los años) sino por lo que significó nuestro esfuerzo. Basta pensar lo que suponía un título así en el contexto político de la época, cuando nadie había empezado aún a trabajar jurídicamente en la parcela que hoy llamamos las Comunidades Autónomas. Fuimos unos ilusos que arábamos en el mar y tuvimos la fortuna de encontrar quien continuara nuestra obra en tierra fértil políticamente bien regada.

Sin olvidar, en fin, que aquel ciclo se prolongó con una obra que también tuve el honor de dirigir: el *Estudio preliminar sobre el régimen administrativo especial de las islas canarias*. Un librito en el que también participó, y no podía ser de otra manera, *Alonso Fernández del Castillo*. Con esta obra se cerró la prehistoria democrática de Canarias para empezar inmediatamente la era constitucional.

Sea consciente, en suma, el lector de este libro que en sus manos tiene una pieza, no insignificante, de la Historia de la Cultura Canaria de mediados del corriente siglo.

Madrid, 29 de noviembre de 1994

ALEJANDRO NIETO

**ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ESPECIAL CANARIO**

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL CANARIO

I

(Curso 1965-66)

por el

SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

DIRECTOR: Dr. ALEJANDRO NIETO
Catedrático de Derecho Administrativo



CABILDO INSULAR DE TENERIFE
AULA DE CULTURA

INDICE

Presentación	7
I.—ALEJANDRO NIETO:	
Introducción al Derecho Administrativo Especial de Canarias	9
Sumario.—I. DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL TERRITORIAL.	
1. Planteamiento. 2. Tratamiento científico. 3. Variedades específicas territoriales. 4. Justificación de un Derecho Administrativo especial territorial. II. ORDENAMIENTO JURIDICO-ADMINISTRATIVO ESPECIAL TERRITORIAL. 1. Normas emanadas del Poder central y aplicables solamente en Canarias. 2. Normas de Derecho territorial canario. 3. Normas de producción no estatal. 4. Posibilidades del ordenamiento. III. CONDICIONAMIENTOS DEL ORDENAMIENTO CANARIO. 1. Condicionamiento social. 2. Condicionamiento económico.	
II.—LEOPOLDO DE LA ROSA OLIVERA:	
Antecedentes históricos del régimen orgánico insular	23
III.—LÁZARO SÁNCHEZ-PINTO Y SUAREZ:	
Especialidades de las estructuras administrativas estatales en las Islas Canarias.	39
IV.—JOAQUÍN VALLE BENITEZ:	
Los Cabildos Insulares	69
V.—ALONSO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO:	
Las Mancomunidades Provinciales.	85
VI.—JUAN-JOSÉ MARÍ CASTELLÓ-TÁRREGA:	
Consideraciones sobre los aspectos administrativos del Plan de Desarrollo para Canarias	103
VII.—JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ:	
La Hacienda estatal en las islas Canarias	147
Sumario.—I.—RAZON GENERICA DE LAS PECULIARIDADES FISCALES DEL ARCHIPIELAGO.—II. LOS PUERTOS FRANCOS DE CANARIAS: A) Concepto y caracteres. B) Origen de los Puertos Francos de Canarias. C) Régimen de los Puertos Francos según sus normas propias. D) Consecuencias del régimen especial.—III. EL REGIMEN TRIBUTARIO SINGULAR DE LOS IMPUESTOS INDIRECTOS AFECTADOS POR LAS FRANQUICIAS, EN RELACION CON LAS MISMAS: A) El Impuesto Aduanero: 1. Caracterización. 2. El Decreto-Ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959. 3. El Derecho	

Fiscal a la Importación. 4. La ley Arancelaria de 1 mayo de 1960. B) Los Monopolios Fiscales: 1. Caracterización. 2. Efectos de la Ley de Puertos Francos de 1900. 3. El Monopolio de Tabacos. 4. El Monopolio de Petróleos.—C) Los Impuestos sobre el Consumo: 1. Concepto y naturaleza. 2. Evolución. 3. Ley de Reforma Tributaria de 16 diciembre de 1940 4. Ley de Reforma Tributaria de 26 diciembre de 1957. 5. Aplicación en Canarias: a) la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 febrero de 1964; b) los Impuestos sobre el Lujo.—IV. LA PROBLEMATICA ACTUAL. LEY DE REFORMA TRIBUTARIA DE 11 JUNIO DE 1960. A) VIGENCIA TERRITORIAL: 1. Territorios con singularidades fiscales. 2. La ley de Reforma Tributaria de 11 junio de 1964 no ha derogado a la de 6 de marzo de 1900. 3. El artículo 229-2 no ha incluido (y lo ha hecho deliberadamente) todas las excepciones que afectan a Canarias: ñ) el Impuesto sobre el Lujo; b) los Monopolios Fiscales; c) los Impuestos Especiales; d) Tasas Fiscales y Tributos Parafiscales B) SINGULARIDADES DEL ARCHIPIELAGO EN EL NUEVO REGIMEN TRIBUTARIO.—1. Expresas en la Ley de Reforma Tributaria: a) Impuesto Aduanero. b) Impuesto General sobre el Tráfico de Empresas.—2. Por aplicación de la Ley de Puertos Francos: a) Impuestos sobre el Lujo; la importación en el Impuesto sobre el Lujo. b) Impuestos Especiales.—V. EXAMEN ESPECIAL DE LAS PRINCIPALES SINGULARIDADES TRIBUTARIAS.—A) LA PATENTE NACIONAL DE CIRCULACION DE AUTOMOVILES Y LA PATENTE COMPLEMENTARIA. 1.—Caracteres. 2.—Evolución normativa y aplicación en Canarias. B) LOS IMPUESTOS SOBRE PETROLEOS 1.—Origen y características. 2.—Evolución y aplicabilidad en Canarias. C) LOS IMPUESTOS SOBRE EL TABACO. 1.—Origen y características. 2.—Evolución normativa y aplicación en Canarias. D) LAS TASAS Y EXACCIONES PARAFISCALES. La exacción sobre la gasolina en Canarias: 1.—Origen y evolución normativa. 2.—Naturaleza. 3.—Régimen.—VI. CONCLUSIONES.

VIII.—LEOPOLDO DE LA ROSA OLIVERA:

Las Haciendas locales en las Islas Canarias 257

IX.—ALEJANDRO NIETO:

La Región Canaria 307

Sumario.—I. ACTUALIDAD DE LOS PROBLEMAS REGIONALES. II. LAS SOLUCIONES REGIONALES. 1. Regionalización. 2. Regionalismo. 3. Riesgos y ventajas del regionalismo. 4. Separatismo. III. LA REGION CANARIA. 1. Existencia regional. 2. Determinación tradicional de la región. 3. Moderna determinación del fenómeno regional. 4. La región canaria. 5. Dificultades del regionalismo canario. 6 Conclusiones.

Los estudios que aparecen en el presente volumen fueron realizados durante el curso 1965-66 en el Seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna. La versión que aquí se publica corresponde, más o menos literalmente, al texto de una serie de conferencias pronunciadas al final del Curso, bajo los auspicios del Aula de Cultura del Cabildo Insular de Tenerife, en las que se desarrolló públicamente, en forma de lecciones sumarias, el resultado del trabajo académico.

El análisis pormenorizado del Derecho Administrativo especial canario es tarea que ha de exigir muchos años. El presente volumen es una primera y modesta aproximación al tema; pero con el entusiasmo de mis colaboradores y una Ayuda a la Investigación concedida al efecto por el Ministerio de Educación y Ciencia, se ha planeado un ambicioso programa, que ya está convirtiéndose en satisfactoria realidad: en prensa se encuentra el segundo volumen de estos Estudios, en el que se recogen los trabajos realizados, y las conferencias publicadas durante el curso 1966-67 sobre el tema de Aguas (con excepción de los Heredamientos y comunidades), con arreglo al siguiente sumario, que conviene adelantar:

El problema de las aguas subterráneas en el Archipiélago Canario, por Telesforo Bravo; Derechos sobre el subsuelo, por Alejandro Nieto; El procedimiento administrativo en materia de alumbramiento de aguas, por Alonso Fernández del Castillo; Abastecimiento de agua a poblaciones, por Lázaro Sánchez-Pinto Suárez; Expropiaciones de aguas, por José Gabaldón; Infracciones en materia de aguas, por José Antonio Martín Pallín; e Ideas para una reforma del régimen jurídico de las aguas canarias, por Alejandro Nieto.

Y, en fin, al iniciarse el curso 1967-68 se han reanudado las sesiones del Seminario para examinar los problemas de los Heredamientos y Comunidades de aguas canarias. Tales son los primeros pasos del largo camino que aun hemos de recorrer.

En otro orden de consideraciones, quisiera dejar aquí pública constancia de mi agradecimiento a cuantos han hecho posible la iniciación y continuación de esta obra: al Ministerio de Educación y Ciencia, al Instituto de Estudios Canarios, al Aula de Cultura del Cabildo Insular de Tenerife y a esta última Corporación; pero, sobre todo y muy especialmente, a mis colaboradores: a los autores de estos trabajos y a quienes, con constancia ejemplar, asisten periódicamente a las reuniones del Seminario, aportando su ciencia y su experiencia en la discusión de cada una de las ponencias.

La Laguna, setiembre de 1967

Alejandro Nieto

I

INTRODUCCION
AL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL
DE CANARIAS

por ALEJANDRO NIETO
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de La Laguna.

I. DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL TERRITORIAL

1.—Planteamiento

Derecho Administrativo «especial» —en el sentido que da el título a este Curso— se opone a Derecho Administrativo «general», conforme a la tradicional división entre Parte general y Parte especial del Derecho Administrativo. Aquí se trata, pues, de nueve lecciones de la Parte especial del Derecho Administrativo, concretamente las que se refieren a las especialidades jurídico-públicas de las Islas Canarias; sin proponer, por tanto, (la empresa resultaría absurda) la existencia de un Derecho Administrativo autónomo, y mucho menos soberano, propio de esta parcela del territorio nacional. De la misma manera que se habla de un Derecho Administrativo especial de las Corporaciones locales, de los funcionarios o de los caminos, puede hablarse aquí —siguiendo un criterio territorial de diferenciación— de un Derecho Administrativo especial de las Islas Canarias. Y precisamente el objeto del presente curso es determinar hasta qué punto rigen en estas islas disposiciones administrativas de tipo peculiar, y cuáles son sus notas más importantes.

2.—Tratamiento científico

Al iniciar en España el estudio de cualquier Derecho Público especial territorial, lo primero que llama la atención es la total ausencia de trabajos sistemáticos sobre el tema, e incluso la escasez de monografías particulares.

a) Y es que en España, sobre el uniformismo normativo introducido por la dinastía borbónica, se ha superpuesto otro uniformismo científico no menos grave. Es forzoso reconocer que la Ciencia del Derecho Administrativo ha sido siempre en España una ciencia centralista, casi diría madrileña. Los autores han prestado una casi exclusiva atención a los latidos burocráticos de la capital de España y a las páginas del Boletín Oficial del Estado, que no por simple casualidad se subtitula Gaceta de Madrid. Además, no es menos indudable que la Universidad de Madrid (la antigua Universidad Central) absorbe, y en parte esteriliza, al resto de las Universidades españolas: en ella explican los profesores de más prestigio y en ella se forman la inmensa mayoría de los tratadistas y casi la totalidad de quienes luego se destinan a la docencia. El resultado, sea como sea, es que la Ciencia del Derecho Administrativo español es rigurosamente centralista, prestándose muy poca atención a las especialidades territoriales. Como excepciones más notables pueden citarse, sin embargo, por lo que se refiere al derecho histórico próximo pasado, las «Instituciones de Derecho público general de España, con noticia particular de Cataluña», de Dou y Bassols, aparecidas en 1800, y el «Breve Tratado de Derecho Administrativo español general del reino y especial de la isla de Cuba», de Morilla, publicado en 1847.

b) Añádase a ésto, una vertiente técnica, que también ha colaborado en el olvido que se está comentando. Me refiero con ello a la perspectiva metodológica de la Ciencia del Derecho Administrativo, y concretamente al origen y avatares de sus partes general y especial.

Durante el siglo XIX, como es sabido, el tratamiento científico del Derecho Administrativo se ordenaba con arreglo a las distintas actividades del Estado y a sus peculiares estructuras (el método llamado de la ciencia del Estado), articulándose su exposición al hilo de grupos de materias perfectamente diferenciadas: corporaciones locales, ferrocarriles, minas, etc. En este momento hubiera sido lógico y muy fácil añadir un epígrafe más al repertorio tradicional de «materias», para referirse a las especialidades territoriales. Pero es el caso que, salvo excepciones muy contadas, no se hizo así.

Luego cambiaron las cosas, y a fines de siglo el Derecho Administrativo se encuentra ya dominado por el «método jurídico»,

que, en substancia, procura aislar los elementos comunes a todas las «materias administrativas» para formar con ellas instituciones jurídicas, que integran y se desarrollan en la Parte general, que al efecto se crea: actos, contratos, recursos, funcionarios, etc. Este método es muy acertado y constituyó un enorme progreso en el Derecho Administrativo. Pero, a la larga, cayó en un inerte dogmatismo, que ha provocado una perniciosa desatención hacia la Parte especial. Fenómeno que es notorio y que se refleja tanto en la bibliografía como en los planes oficiales de enseñanza.

En este sentido resulta también muy explicable el actual olvido de los problemas propios de las variedades territoriales. Si la atención se concentra en las instituciones comunes —como los actos, contratos o recursos— es claro que han de permanecer en un segundo plano las peculiaridades específicas de cada territorio.

Conviene destacar, sin embargo, que en los últimos años se aprecia una marcada reacción frente a este monopolio de la Parte general, dándose cada día mayor importancia a las materias de la Parte especial. Con el resultado de que al amparo de estas corrientes han aparecido en la literatura algunos estudios dedicados a las especialidades territoriales. Así ha sucedido principalmente con los temas urbanísticos de Madrid y Barcelona (algunos encuadrados en la muy curiosa y significativa «Cátedra de Madrid»), y también hay que destacar la publicación en Pamplona en 1959 de un «Curso de Derecho público foral navarro», en el que a lo largo de doscientas páginas se examinan los problemas referentes al consorcio económico, la Diputación foral, organismos y funcionarios municipales, contribuciones e impuestos, procedimientos, recursos y presupuestos.

3.—Variedades específicas territoriales

Una vez aclarado lo anterior, cabe preguntarse cómo es posible, dentro de un uniformismo jurídico tan riguroso, admitir la existencia de las especialidades territoriales a que se ha venido aludiendo.

La respuesta a esta pregunta no va a darse en esta primera lección introductoria, sino que tiene que deducirse de todas las demás del curso. Pero, adelantando su contenido, puede afirmarse sin

lugar a dudas que el Derecho Administrativo canario es uno de los más vigorosos, puesto que en él —junto quizá con Navarra, el area metropolitana madrileña y la comarca barcelonesa (dejando a un lado naturalmente las provincias africanas)— es donde existen las mayores especialidades jurídico-administrativas de índole territorial.

En este momento, y puesto que no va a entrarse en detalles, sólo corresponde afirmar la posibilidad genérica de un ordenamiento territorial especial, incluso dentro de un sistema jurídico centralizado:

a) Podría intentarse buscar una primera explicación en las doctrinas de la llamada escuela histórica, sobre la base de la íntima relación que media entre la peculiaridad de un pueblo y la de su Derecho. Pero, a mi modo de ver, esta explicación resulta inadecuada en nuestro caso o, en último extremo, ha de acogerse con muchas reservas, ya que el «pueblo canario» es integramente español, toda vez que la «raza guanche» fue radicalmente extinguida sin dejar otros recuerdos que los folklóricos, salvo excepciones de escasísima importancia.

b) Una segunda explicación pueden proporcionarnos las conocidas observaciones de Montesquieu sobre la influencia en el Derecho de las condiciones climáticas y geográficas. Observaciones que, por cierto —y al margen de una importante tradición doctrinal que se remonta hasta el propio Aristóteles— ya aparecen entre nosotros en un texto tan venerable como el *Liber iudiciorum* (L. 1, tit. II, 1.4: las leyes han de ser «*loco temporique conveniens*»), y que se conservan luego a lo largo de muchos siglos hasta llegar a la Novísima Recopilación, pasando por el Fuero Juzgo y el Fuero Real. Las indudables peculiaridades del clima y de la geografía de Canarias pueden explicar, por tanto, y de la forma más sencilla, alguna de sus peculiaridades jurídicas, tal como ha de verse más adelante y, mejor aún, en otras lecciones.

c) Bien es verdad que las tesis anteriores cayeron en gran descrédito con ocasión de los movimientos codificadores del siglo XIX. Pero conviene advertir que esta codificación nunca pretendió afectar a las leyes administrativas. Y, más aún, Thibaut, uno de sus más celosos propagadores, hizo reserva expresa de tales leyes administrativas.

4.—Justificación de un Derecho Administrativo especial territorial.

Es de notar ahora que esta necesidad de explicar la posibilidad de la existencia de un Derecho Administrativo territorial, y aun de justificar su validez, es un fenómeno relativamente nuevo. La realidad es que hasta llegar a la Edad Moderna el Derecho era algo esencialmente territorial, y lo que entonces necesitaba justificarse eran precisamente las normas generales, que con frecuencia sólo conseguían vigencia territorial después de haber sido aceptadas por las autoridades locales.

La situación cambia por completo, sin embargo, con el advenimiento de los Borbones. La dinastía francesa fue contraria al regionalismo jurídico, que destruyó bajo la coyuntura favorable de una guerra civil. En el Decreto de 29.6.1707 Felipe V —consagrando una tendencia iniciada ciertamente muchos años antes— declara que «es mi deseo el reducir todos mis reinos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla, tan loables y plausibles en todo el Universo».

Y en este punto hay que volver a insistir en la ya aludida diferencia de destino de las normas de Derecho público y de Derecho privado, que ahora aparecen con distinto signo. Felipe V terminó siendo relativamente respetuoso con las normas forales de Derecho privado; pero acentuó con todo rigor el uniformismo de las normas de Derecho público. Muy significativo a este respecto es el Decreto de la Nueva Planta catalana, y más aún el Decreto de 3.4.1711, en el que, al establecer la planta interina de la Real Audiencia de Zaragoza, restablece las normas aragonesas para los asuntos civiles; pero, en cambio, mantiene la jurisdicción y normas castellanas en los asuntos que hoy llamamos de Derecho Administrativo: «la Sala civil ha de juzgar los pleitos civiles según las leyes municipales de este Reino de Aragón; pues para todo lo que sea entre particular y particular es mi voluntad se mantengan, queden y observen las referidas leyes municipales, limitándose sólo en lo tocante a los contratos, dependencias y casos en que yo interviniere con cualquiera de mis vasallos; en cuyos referidos casos y dependencias ha de juzgar la expresada Sala de lo civil según las leyes de Castilla».

Con la advertencia, además, de que esta penetración de las leyes castellanas en perjuicio de las especialidades territoriales, habría de progresar aún más por causa de la actividad de los intendentes regios, rigurosos instrumentos de la voluntad del monarca y de sus leyes centralizadoras. En el siglo XIX se insiste en la misma tendencia, puesto que, mientras se mantienen en el Código civil las especialidades forales de Derecho privado, no existe ninguna declaración de este género para las especialidades territoriales de carácter administrativo.

II. ORDENAMIENTO JURIDICO-ADMINISTRATIVO ESPECIAL TERRITORIAL

Al cabo de varios siglos de centralización política y normativa, la inmensa mayoría de las normas aplicables en cualquier territorio español tienen carácter general o nacional, en el sentido de que se refieren a todo el territorio español. No obstante, aun puede seguirse hablando formalmente de ordenamientos especiales de carácter territorial, puesto que, si bien tienen menos importancia, también existen grupos de normas que se aplican exclusivamente a determinados territorios. Problema, pues, de ordenamientos que —huelga decirlo— no se identifica con la cuestión de la fuente de producción de tales normas, cuyo monopolio sigue reservado al Estado, en el sentido de que el valor de las normas no estatales está supeditado a su reconocimiento por parte de la ley estatal.

Dentro de este ordenamiento pueden distinguirse los siguientes grupos:

1.—Normas emanadas del Poder central y aplicables solamente en Canarias.

Aquí se trata de normas cuya única especialidad consiste en la limitación territorial de su aplicación. Atendiendo a su destino, puede decirse que no son nacionales, ya que se dictan expresa y exclusivamente para un territorio determinado. Pueden tener rango legal o reglamentario; y ser publicadas como normas indepen-

dientes o tratarse de simples preceptos insertos en una ley general. De ellas, unas son de carácter orgánico (como las reguladoras de los Cabildos insulares), otras de carácter procedimental (como las que señalan plazos especiales para las citaciones o la toma de posesión de funcionarios), otras de carácter material (régimen de aguas) y otras, en fin, de carácter fiscal (puertos francos).

2.—Normas de derecho territorial canario

De mucha menor importancia que las anteriores (aunque excepcionalmente la hayan tenido muy grande, como durante la guerra civil, en la época del llamado «Mando económico»), son las emanadas de órganos cuya jurisdicción territorial está circunscrita al archipiélago. Bien sea de los órganos que forman parte de la Administración del Estado (la «Administración periférica») como los Gobernadores civiles o los Alcaldes cuando actúan como delegados del Gobierno; bien sea cuando emanan de órganos de la Administración local, como Ayuntamientos, Cabildos y Mancomunidades.

3.—Normas de producción no estatal

Las modernas leyes administrativas han puesto un énfasis especial en subrayar que las fuentes del Derecho Administrativo no se agotan en las normas de producción estatal (ley y reglamento) sino que hay que atenerse a un complejo superior —el ordenamiento jurídico— en el que tienen entrada toda clase de normas, estatales y no estatales, escritas y no escritas. Científicamente aquí son de tener en cuenta de modo especial los principios generales del derecho y la costumbre. Ahora bien, como en lo que a mí se me alcanza, no ofrecen aquéllos ninguna peculiaridad territorial (aunque hipotéticamente pudieran tenerla), habré de referirme ahora a la costumbre, máxime cuando ésta puede alcanzar su mayor significación en un territorio muy alejado de la Península.

Además, no es corriente ver admitida sin reservas la costumbre entre las fuentes del Derecho Administrativo, ya que buena parte de nuestros autores se encuentran aferrados a un positivismo riguroso, y sobre todo porque operan por inercia con unos su-

puestos metodológicos propios del Derecho civil, que no son aplicables en esta otra rama del Derecho.

Este desenfoco inicial de la doctrina dominante proviene de que un sector de la misma plantea el problema desde la perspectiva del artículo sexto del código civil, argumentando que por su situación dentro de su título preliminar es aplicable a todas las ramas del Derecho. Con el resultado de que consideran a la costumbre del lugar como una fuente subsidiaria, a la que acude el juez a la hora de redactar la sentencia. Se trata, pues, en definitiva de una técnica de elaboración de decisiones judiciales.

Y, sin embargo, esto no es cierto. Con posterioridad al Código civil, y como ya se ha indicado, se han dictado, al menos, dos leyes que regulan específicamente esta cuestión para el Derecho Administrativo: la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa y la ley de procedimiento administrativo. Conforme a estas dos leyes (artículo 83 de la primera, y 40, 48 y 115 de la segunda), la costumbre no opera en Derecho Administrativo a la hora de sentenciar y como fuente subsidiaria, sino que, integrándose en el ordenamiento jurídico, es fuente primaria a la que debe ajustar su actuación la Administración en todo momento, y de cuya observancia están obligados a vigilar los Tribunales. Añádase a esto que muchas leyes especiales, como la de régimen local, la de aguas y la de montes, se remiten expresamente a las costumbres: regulación de aprovechamientos comunales, hidráulicos, policía, etc.

Demostrada así la validez jurídica de la costumbre, es decir, la posibilidad de su existencia, queda aún por demostrar su existencia real en el archipiélago. Pero ésta no es cuestión que corresponde desarrollar en una Introducción. Por lo demás, a cualquiera se alcanza que las costumbres administrativas han de estar particularmente arraigadas en Canarias en razón a su notable alejamiento de la capital de España, que forzosamente repercute en el relajamiento de las uniformes prácticas burocráticas. A título de curiosidad quisiera citar aquí solamente las costumbres jurídicas que se derivan del sistema de los riegos y cultivos por «gavias», único resto que me es conocido del Derecho anterior a la conquista; tesis que se base, de un lado, en la ausencia total de paralelo con cualquier territorio de la Península, y, por otra, por su extensión en la costa africana que se enfrenta al archipiélago canario.

4.—Las posibilidades del ordenamiento

A lo largo de este curso, y de los que le sucederán, se han de ir viendo en su detalle las normas concretas que constituyen el ordenamiento jurídico-administrativo de Canarias. Aun sin haberse llegado a formar un repertorio exhaustivo de ellas, puede afirmarse que su volumen es muy importante, cuantitativa y cualitativamente. De forma un poco inexplicable no se cuenta todavía, sin embargo, con una recopilación de las mismas. Tarea que quizá algún día pueda realizarse dentro del marco de este Seminario, si es que se dispone de medios suficientes.

Por otro lado hay que tener en cuenta que se dista mucho de haber agotado las posibilidades que ofrece este ordenamiento territorial. Porque lo más importante del mismo no consiste precisamente en las normas ya existentes, sino en su futura utilización como marco para la gestión administrativa de ciertos problemas específicos del Archipiélago. El ordenamiento jurídico canario —montado sobre la base de su característica más importante: la insularidad— está o puede estar en condiciones de ofrecer fórmulas inéditas para la resolución de los problemas canarios más apremiantes, como la gestión urbanística, los servicios insulares del Cabildo, etc.

III. CONDICIONAMIENTOS DEL ORDENAMIENTO CANARIO

Después de haber examinado el marco ordinamental propio de Canarias, de acuerdo con un esquema formal que, por tanto, podría aplicarse igualmente a cualquier territorio peninsular, conviene analizar ahora las causas que, dentro de este marco formal, pueden haber provocado (y pueden provocar en el futuro) variedades jurídicas de contenido especial.

A mi modo de ver —y puesto que, como podrá comprobarse en la lección siguiente, la peculiaridad histórica tradicional quedó rota a principios del siglo XIX— aquí influye un doble condicionamiento social y político.

1.—Condicionamiento social

Bajo la amplia etiqueta de «sociales» pueden cobijarse, a nuestros efectos, una variadísima serie de factores que de alguna manera pueden influir sobre el tema que se está tratando.

De una forma tan pintoresca como significativa, Abreu Galindo describía hace tres siglos en estos términos las peculiaridades de la sociedad canaria: «los canarios son inconstantes y varios, no porque entre ellos no haya hombres de verdad, y muy constantes, sino que por la mayor parte lo son, como los tenemos figurados por el signo de Cancro, que pasa por el Zenit y clima de estas islas, que como es signo móvil así influye en sus inferiores su naturaleza de inconstancia, y por una estrella de cuarta dimensión de naturaleza de Marte que pasa apartada del Zenit de estas islas ...la cual estrella por ser de naturaleza de fuego colérico hace los cuerpos inferiores agudos, inconstantes y amorosos y aficionados, y también por los aires diversos que corren en estas islas, y casi ambas mareas se mudan, que su mutación y variación se imprime en los naturales, y por ser puertos de mar y concurrir a estas islas gentes de diversas naciones, que cada uno trae nuevas invenciones, e introduce nuevas costumbres, que es causa que los ánimos varien en la elección de las costumbres, y así quedan habituados a variar y ser inconstantes» «Historia de la Conquista de las siete islas de Gran Canaria», 1632. Ed. de 1940, Santa Cruz de Tenerife, pág. 25).

En la actualidad tenemos ejemplos muy concretos o importantes de este condicionamiento social del ordenamiento jurídico canario. Si se quiere insistir sobre las circunstancias climáticas, es de recordar la R. O. de 24. 11. 1923, por la que se determina un horario especial de oficinas para Canaria (de nueve a una, en lugar de diez a dos) en razón a sus especialidades de clima. Y dejando ya el terreno de lo pintoresco, hay que tener presente que la pieza clave del régimen administrativo del archipiélago — los Cabildos — son consecuencia directa de su específica «insularidad», de la que tendré ocasión de ocuparme con algún detalle en la lección novena.

Pero no es preciso insistir en los ejemplos. Lo fundamental es tener conciencia de la tensión dialéctica que media entre la Socie-

dad y el Derecho. Ciertamente es, como desde siempre se ha venido admitiendo, que la Sociedad condiciona, y hasta provoca, determinadas normas jurídicas. Pero no es sólo esto solamente. También hay que ser conscientes —y por eso hablaba de tensión dialéctica— de que las normas jurídicas influyen con no menor gravedad en la realidad social, que pretenden no ya regular abstractamente sino dirigir y hasta conformar.

2.—Condicionamiento económico

Este planteamiento resulta muy llamativo en los factores estrictamente económicos. El Derecho Administrativo, aquí más que en ninguna otra parte, si bien se deja influenciar por la economía, suele con mucha frecuencia pretender, a su vez, conformarla mediante reglas jurídicas.

En la actualidad éste es un axioma político aceptado con igual entereza por los sistemas socialistas y por los sistemas capitalistas. Y hoy ya no debe causar ningún asombro, una vez que se ha superado el principio liberal de la neutralidad económica del Derecho Administrativo.

El Derecho Administrativo moderno —volviendo a las corrientes de la vieja Ciencia de la Policía— ha dejado de ser una ciencia neutral al servicio de una justicia abstracta, para convertirse en un instrumento del intervencionismo económico, que utilizan sin reparo hasta los confesados neo liberales de nuestro país. Para convencerse de ello basta examinar la literatura oficial del Plan de Desarrollo, por citar el caso más significativo.

3.—La última consecuencia que debe deducirse de todas estas observaciones es que, si se quieren entender las especialidades del ordenamiento jurídico-administrativo canario, o si se quieren orientar en el futuro hacia fines verdaderamente útiles, hay que analizar en sus detalles la situación económica y social del Archipiélago; puesto que solo desde esta perspectiva podremos dominar su ordenamiento jurídico. Tal es el camino auténtico. Pero mientras estos estudios no se hayan realizado, habremos de contentarnos con dar una visión puramente formal de sus especialidades y, a todo lo más, una glosa convencional de sus normas.

II

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL REGIMEN ORGANICO INSULAR

por LEOPOLDO DE LA ROSA OLIVERA

I.—Iniciada la conquista de las Canarias en el año 1402, por Jean de Béthencourt y Gadifer de la Salle, después de rendir el primero pleito-homenaje al rey Don Enrique III de Castilla, que ostentaba antiguos aunque nominales derechos sobre las Islas, logró dominar las de Lanzarote, Fuerteventura y El Hierro hacia mediados del 1405; se retira a Normandía y deja a su sobrino Maciot de Béthencourt con el encargo de su gobierno. Este último las cede, en representación de su tío, en 1418, al conde de Niebla, pero continúa en ellas con el título de «thenedor». El Rey don Juan II otorgó a Alfón Casaus y a su hijo Guillén de las Casas, en 1420, facultad para conquistar las islas aún libres, lo que motivó diferencias con el conde de Niebla, que terminó por ceder sus derechos a su contrincante en 1430. No obstante, Maciot continuó en el gobierno de Lanzarote; pero Guillén de las Casas invade esta isla y Maciot pide apoyo a Don Enrique el Navegante, cuyas miras a las Canarias eran ostensibles. Lo obtiene, recupera Lanzarote y lo cede, en 1448, al Infante portugués. El vecindario expulsa dos años más tarde a las gentes de Don Enrique y el rey de Castilla envía a la isla a un encargado de su gobierno, hasta que se resolviese la cuestión planteada sobre su señorío. En 1455 y después de larga resistencia de sus vecinos, toma posesión de Lanzarote y Fuerteventura Doña Inés Peraza, descendiente de los Casaus, que por aquellos años había logrado dominar La Gomera y El Hierro, por lo que estas cuatro islas quedaron sujetas al régimen de señorío, hasta la extinción de éstos a comienzos del siglo XIX. Don Enrique de Portugal renunció en 1454 a sus pretensiones sobre Lanzarote y La Gomera, isla esta última que en parte dominaba.

En el capítulo de «Le Canarien», la crónica de la conquista

normanda, en el que se relata la marcha definitiva de las islas de Jean de Béthencourt, éste recomienda a su sobrino y lugarteniente que «lo más que podáis respetéis los fueros de Francia y de Normandía, es decir en justicia y otras cosas que os parecerá justo hacer». En la llamada «Información de Cabitos», de 1477, testigos que habían alcanzado el gobierno de los Béthencourt afirman que «como señor usó y exerció la jurisdicción alta e baxa e ponía e puso por sí jueces e regidores que por él [Béthencourt] gobernaban las dichas islas» y Juan Íñiguez de Atabe, que había sido gobernador de Lanzarote de 1450 al 1455, declaró que «en las dichas islas conquistadas, desde quel dicho Mosén Johan las ganó fasta hoy, sienpre ha corrido la moneda de Castilla y han estado los vecinos della y están a los fueros e usos e costunbres della; e los señores dellas han seído e son vecinos de Sevilla». Estas noticias nos permiten precisar cuál fuera la primera organización municipal de estas Islas, aunque es indudable su sumisión a los distintos señores que detentaron su posesión.

Sabemos que el conde de Niebla otorgó a las islas de Lanzarote y Fuerteventura, el 8 de julio de 1422, el fuero de Niebla, que se lo había concedido a esta villa Alfonso X en 1263 y era el toledano otorgado a la imperial ciudad por Alfonso VI en 1101. Naturalmente, al concederlo el conde de Niebla a estas dos islas se había ya dictado el Ordenamiento de Alcalá, cuya vigencia recuerda la carta de 1422.

Al resolverse el pleito sobre el señorío de Lanzarote, en carta de Doña Inés Peraza y su esposo Diego de Herrera, de 15 de junio de 1455, confirman «cualesquier privilegios, franquezas e libertades» que antes hubieran sido otorgadas a sus vecinos.

La vigencia del Fuero de Toledo, modificado por el Ordenamiento de Alcalá, al menos en las islas de Lanzarote y Fuerteventura, debió dar lugar a la constitución de un Ayuntamiento o Cabildo de reducido número de miembros, al que asistirían, sin voto, los jurados. Pero parece haber pruebas del funcionamiento en las mismas del Concejo abierto, y así se conocen dos documentos, del 20 y 21 de agosto de 1475, en que se habla de reunión del «alcalde e jurados e vecinos e moradores».

No vamos a detenernos en la evolución de estos Concejos y Cabildos de las islas de señorío hasta llegar al siglo XIX; pero po-

demos afirmar que, así como los primeros llegaron a desaparecer, si en algún momento tuvieron otra misión que la de recaudar fondos para la defensa de los intereses de los vecinos, los Cabildos estuvieron presididos por gobernadores o alcaldes y formados por un alguacil mayor, regidores y personero, todos de nombramiento de los señores, generalmente por tiempo limitado, en algunos casos vitalicios y en menos con el carácter de hereditarios. Temporalmente y aprovechando pleitos sobre el señorío, la Real Audiencia de Canarias mantuvo cuanto pudo el hacer por sí tales nombramientos.

Al dictarse el Auto acordado de 5 de mayo de 1766, que creó los diputados del común y dispuso que éstos y los personeros fuesen elegidos por los vecinos contribuyentes, la Real Cédula de 14 de enero de 1772 lo hace extensivo a las islas de señorío y en ellas tanto el alcalde como los diputados del común y el personero fueron electivos, sin necesidad de confirmación por el señor territorial.

Funcionaron también esporádicamente en estas islas los Cabildos generales abiertos, al que concurrían las autoridades de los distintos fueros residentes en la isla, los alcaldes pedáneos y los vecinos más importantes. Se convocaban para la proclamación y votos a los Santos Patronos, elección de mayordomo del pósito, derramas y algún asunto de extrema gravedad.

II.—Analicemos ahora la organización municipal en las tres restantes islas del Archipiélago, que fueron conquistadas por la Corona de Castilla, mediante el sistema de capitulaciones. Gran Canaria quedó sometida en 1483, La Palma en 1492 y Tenerife en 1496.

Los poderes dados al conquistador de Gran Canaria le concedían facultad para nombrar alcaldes, alguaciles y regidores, y Don Alonso Fernández de Lugo, que conquistó La Palma y Tenerife, se atribuyó el mismo poder, aún cuando sólo lo tenía para nombrar alcalde y alguaciles.

Los Reyes Católicos otorgaron a la isla de Gran Canaria, el 20 de diciembre de 1494, un Fuero, uno de los últimos de fecha y esencialmente distinto a los clásicos medievales, pero que tiene evidente interés para conocer el pensamiento de los Reyes y sus Consejos en orden a la administración municipal castellana en tal

momento. Es esencialmente orgánico y funcional del nuevo municipio isleño.

Dispone la existencia de tres alcaldes ordinarios, encargados de administrar justicia y un alguacil, ejecutor y encargado de llevar el pendón de la villa. Estos cuatro magistrados eran llamados a sustituir al gobernador de la isla en vacantes.

El Cabildo lo formaban seis regidores, un personero, con cargo de procurar por las cosas de provecho del concejo, hacer que se guardasen las ordenanzas y defender los «propios» y dos procuradores del común, representantes de los vecinos pecheros. Ni el personero ni los procuradores del común tenían voto. El letrado y el mayordomo de la villa podían ser llamados para informar y era obligatoria la presencia del escribano de concejo, como fedatario. Sienta el principio de la amovilidad de todos estos cargos, de dos años de duración y con prohibición de ser reelegidos hasta transcurridos los cuatro siguientes después de terminar su ejercicio. El procurador del común era de renovación anual.

Para la designación de alcaldes, alguacil, regidor, personero y mayordomo establece un procedimiento mixto de suerte y elección por compromisarios, nombrados por los propios regidores. De los seis regidores se sorteaban tres, los que elegían seis electores y cada uno de éstos iba depositando en un cántaro tantas papeletas cuantos fuesen los oficios a cubrir; y terminadas de depositar, un niño iba sacando papeletas y quedaban elegidos los primeros cuyos nombres se extrajesen, hasta completar el número de vacantes, quemándose las restantes papeletas. Del resultado de la elección se elevaba nómina al Rey «para si nos pluguiere la mandaremos confirmar e si nos pluguiere de mandar mudar algunas personas lo mandamos hazer». Los procuradores del común se elegían anualmente por los vecinos pecheros, ante la justicia y el escribano.

En cuanto a la competencia del Cabildo dice que «vean todas las cosas del concejo, así lo que toca a los propios de la villa como lo que toca a la guarda de las ordenanzas e términos dellas e todas las otras cosas que conciernen a la buena governación e regimiento della, de que, según las leyes destos Reinos, se deven conocer en los semejantes ayuntamientos».

Regula el principio de la mayoría para la adopción de acuerdos, pero «la justicia» que lo presidía, si le pareciere «que lo que

se acuerde por los más votos es en nuestro desservicio o daño de la villa, lo pueda suspender fasta nos lo hacer saber».

Establece, como obligatoria, la edificación de «casa de concejo e cárcel e casa diputada e parte en que estén los escribanos públicos de contínuo»; la custodia de los privilegios, la existencia de libros de actas y de provisiones; la colocación de un reloj público, la construcción de «hospital, carnicería e matadero fuera de la villa».

Preocupa a sus autores que los inmuebles que pasen a persona eclesiástica continúen sometidos a la jurisdicción y régimen fiscal común y dispone se formen ordenanzas, que requerían la confirmación real, sobre molienda, entrada de vino, tabernas, guarda rural, «cereros e otros menestrales», jornaleros, etc., además de las fiscales y obliga que se nombren «veedores» para las obras que se hicieren.

Era norma general y la recoge el Fuero, que la función ejecutiva, en materia propiamente municipal, estuviese en manos de dos «diputados» elegidos por turno entre los regidores y por treinta días.

Termina el Fuero previendo la posibilidad de que se creasen diversos ayuntamientos dentro de la Isla, misión que encomienda a los gobernadores. El hecho fue que ni en Gran Canaria ni en ninguna de las restantes islas del Archipiélago se fraccionó el municipio único que cada una formó al terminar la conquista y así continuaron hasta finalizar el antiguo régimen, pese a los repetidos intentos de la Real Audiencia por estimular la división, en pro de una mejor administración de los lugares alejados de la capital de cada una.

El Fuero de Gran Canaria no se hizo extensivo a La Palma y Tenerife, ni a estas dos islas le fue otorgado otro distinto. Encontramos, como también los hay para Gran Canaria, cartas y cédulas reales en las que se dicen que estaban sujetas al «Fuero de Granada e de Sevilla», pero no hemos hallado, ni creemos que en ningún momento se otorgase, disposición regia en que así se ordenase.

III.—En las capitulaciones otorgadas a Fernández de Lugo para su conquista se le faculta para, una vez dominadas, nombrar «así alcaldes como alguaciles». No obstante, el que fue primer Adelantado de las Islas de Canaria, cargo puramente honorífico, nombró también los regidores de ambas islas, hasta que en 1512

el teniente de gobernador de real nombramiento pone el veto a Lugo y desde entonces son sólo los Reyes quienes hacen la designación de regidores. Tanto los creados por Lugo como por la Corona eran de carácter vitalicio, lo que determinó que, si no representativos, sí les permitía actuar con cierta libertad y hasta denunciar abiertamente lo que consideraban arbitrario por parte del Adelantado.

No tenemos pruebas del tiempo que durase en Gran Canaria la forma de elección de oficios conforme al Fuero, por la destrucción del archivo capitular y no haber sido recogido este extremo por los historiadores; pero sospechamos que antes de terminar el primer tercio del siglo XVI, ya los Reyes hacían directamente los nombramientos, para lo que, claro es, no tenían que esforzarse demasiado según la facultad de confirmación que el Fuero les reservaba.

Es nota interesante por lo que se refiere a Fernández de Lugo, que fue de los escasos conquistadores que lograron mantenerse en el gobierno de las tierras que dominaron hasta su muerte, ocurrida en 1525, por lo que estuvo en el mando por unos treinta y cinco años. Bien es verdad que el descubrimiento y colonización de América tenía mucho más preocupados a los Consejos Reales y que nuestras Islas en proporción carecían de importancia y riqueza; pero también lo es que ante abusos, más o menos reales, del Adelantado y de quejas que llegaron a la Corte, los Reyes siguieron un curioso procedimiento, el nombrarle tenientes de gobernador, lo que era, según la legislación vigente, facultad del gobernador; pero en este caso los Consejos salvan, aparentemente, este escollo, ordenando a Fernández de Lugo que designase para teniente a su candidato. Así lo hacen con reiteración y el caso es que, de mala gana, el Adelantado lo acepta. Frente al caso de tantos otros personajes de su época, comenzando por Colón, nuestro Don Alonso Fernández de Lugo se nos muestra como hombre realista y que sabe encajar los golpes.

Sí, como podemos claramente apreciar, no cabe decir que nuestros antiguos regidores tuviesen carácter representativo, sí interesa señalar que lo tuvieron, aunque limitadamente, los llamados «procuradores del común» en el Fuero de Gran Canaria y «personeros» en las islas de La Palma y Tenerife. Tenían voz pero no vo-

to y eran elegidos por los vecinos pecheros. En La Palma y Tenerife faltaba una norma que lo regulase, y durante todo el antiguo régimen se desarrolló una lucha entre los vecinos y la oligarquía cerrada del Cabildo, sobre el sistema de designación de los «personeros». Conocemos con detalle lo que ocurrió en Tenerife: después de una serie de intentos, los vecinos lograron confirmación real el 6 de junio de 1527, por la que le reconocían su derecho a elegirlos, sistema, al que sistemáticamente se oponen los regidores, que dos siglos más tarde, en 1714, lograron se implantase un proceso electoral basado en el que el Fuero de Gran Canaria establecía para los regidores, sistema que perduró hasta la aplicación del Auto acordado en 5 de mayo de 1766.

Sería un error ver en estas diferencias entre los vecinos y los miembros del Cabildo algo así como una actual lucha de clases. Generalmente los «personeros» elegidos por los vecinos pertenecían a la misma distinguida esfera social que los regidores. Era más propiamente una lucha contra una oligarquía cerrada que en tantos casos caía en el inmovilismo o en la despreocupación por los problemas de los vecinos, cuando no en otros vicios.

Hemos dicho que, en principio, procuradores del común y personeros representaban a los vecinos pecheros, pero es de notar que a principios del siglo XVI los Cabildos de Canarias encabezaron el pago de la «moneda forera», único impuesto que distinguía y obligada a los «pecheros», por lo que tal distinción desapareció totalmente en las Islas y, consecuentemente, los personeros representaban a los vecinos en su totalidad.

Si dijimos que los primeros regidores eran de carácter vitalicio, desde el siglo XVII, al menos, son nombrados con el carácter de «perpetuos por juro de heredad», es decir, transmisibles por herencia y susceptibles de enajenación. Era el vicioso sistema que se implantó en todo el Reino de Castilla. Por otra parte, el número de regidores fue aumentando; en Tenerife llegaron a ser 56; 26 en Gran Canaria y 24 en La Palma y unido a los vicios antes indicados y pese a la nueva savia que representaron las reformas de Carlos III de 1766, devolviendo el carácter representativo a los «personeros» y creando los que se llamaron «diputados del común», el malestar continuó y fue en la isla de La Palma en la que el personero O'Daly planteó en 1767 ruidoso pleito acusatorio contra los



miembros permanentes del Cabildo, que terminó por sentencia ejecutoria del Consejo de Castilla de 3 de diciembre de 1771, que desposeyó de sus oficios a los regidores perpétuos y dispuso que, en lo sucesivo, fuesen elegidos por el sistema del Auto Acordado de 1766.

IV.—Siguiendo la trayectoria de la vida municipal castellana a lo largo de la época de la Monarquía absoluta, con ligeras variantes impuestas por su geografía, así viven las siete islas-municipios canarias durante tal período, pero aquel «Reino de las Islas de Canaria» del que se decían titulares los monarcas españoles, no reflejaba una unidad política. Su origen hay que buscarlo en la investidura papal del Archipiélago al Infante Don Luis de España o de la Cèrda, por Clemente VI, en 1355, con el título de Principado de la Fortuna, que no pasó de su solemne coronación de Avignon. Dominadas las Islas, sus gobernadores y señores territoriales no tenían otro superior común jerárquico que el Rey y sus Consejos y Cancillerías, hasta que el Emperador, por carta fechada en Granada el 7 de diciembre de 1526, estableció en Gran Canaria un tribunal, compuesto por tres jueces letrados de apelación, con jurisdicción en todo el Archipiélago. Fue el origen de la Real Audiencia de Canarias, cuyas funciones, naturalmente, eran de carácter jurisdiccional, pero que, al igual que ocurrió con las Indias y con algunas de las de la metrópoli, como con la de Galicia, especialmente durante los siglos XVI y XVII y con las del antiguo Reino de Aragón después de la Guerra de la Sucesión, vino a constituirse en un órgano superior común jerárquico de Concejos, Señores y Gobernadores o Corregidores de las distintas islas, no sólo al conocer en apelación en materias administrativas, sino realizando una efectiva función de gobierno del Archipiélago.

Junto a la Audiencia, como cabeza de la misma, pero con un matiz totalmente distinto, crearon los Reyes, a fines del siglo XVI, el cargo de Capitán General, que unía al supremo mando militar de las Islas los de gobernador y de presidente del Tribunal de Apelación de Canarias. Circunstancias de hecho, como la mayor riqueza entonces de la isla de Tenerife y la actividad de su comercio, determinó que los capitanes generales residieren en Tenerife, no en la isla de Gran Canaria, donde tenían su sede, como presidentes de la Real Audiencia.

Audiencia y Capitán General fueron los primeros órganos de administración provincial del Archipiélago, pero si la actuación de aquélla estaba revestida de un bagaje jurídico, que no preocupaba demasiado a los segundos, el hecho fue que la primera fue cercenando el amplio campo de actividad del Cabildo de Gran Canaria, donde tenía su sede, y el Capitán General hizo lo mismo con el de Tenerife, donde residía.

Reflejo del centralismo de la Monarquía de los Borbones fue la creación en la capital del Reino de la Real Junta de Negocios de Canarias, que sólo tuvo seis años de duración (1732-38). Pero si la misma no prosperó, con evidente satisfacción en Canarias, la política de Felipe V y de sus sucesores vino a significar un constante y considerable incremento del poder de los capitanes generales, que llegaron también a ser jueces en primera instancia en asuntos militares, con apelación ante el Consejo Superior de Guerra, Intendentes de la Provincia, Superintendentes de la Real Hacienda, Inspectores generales de las Milicias de las Islas, y se les atribuyó el conocimiento y regulación del comercio entre las islas, la conservación de los montes, el Juzgado de Indias, etc. En fin, todo el poder fue centrándose en este todopoderoso funcionario, verdadero Virrey del Archipiélago, aún cuando nunca se le diera este título. Naturalmente, el aumento de poder del Capitán General trajo consigo la capitidiminución de la Real Audiencia, a la que nunca se sintió ligado, si no fue para someterla, así como la de los Cabildos y, como es natural, la de los Corregidores, que eran al propio tiempo capitanes a guerra de cada una de las islas.

V.—Los acontecimientos de Aranjuez, Madrid y Bayona en 1808 produjeron en las islas distintas reacciones, si bien predomina francamente la tendencia fernandina e independentista. Se crea en La Laguna de Tenerife la denominada Junta Suprema de Canarias, con el apoyo del general Carlos O'Donnell, pero esta medida provocó serio malestar en Gran Canaria, cuyo Cabildo se negó a obedecer a las autoridades de Tenerife. Este fue el inicio de una enconada y estéril lucha por la capitalidad de la Provincia, que había de durar más de un siglo. La ciudad de Las Palmas había sido la sede de la Real Audiencia y del Obispado; en Tenerife residían los capitanes generales y las oficinas provinciales de la Hacienda; era, además, entonces, la isla más rica y de comercio más intenso

con Europa y América, y su Cabildo, de hecho y por tiempo, había llevado la dirección de los intereses del Archipiélago.

Promulgada la Constitución en 1812, de acuerdo con lo que disponía su título VI, se constituyó, a fines de aquel año, en Santa Cruz de Tenerife, la junta preparatoria para la elección de diputados, bajo la presidencia del Comandante General-Gobernador. Al propio tiempo en el seno de las Cortes se disputaban la capitalidad Gran Canaria y Tenerife a través de los representantes de las mismas, y ante la imposibilidad de una solución satisfactoria para ambas, la Cámara dio largas al asunto. A principios de 1813 llegó a Tenerife el primer Jefe Político del Archipiélago y cesaron las atribuciones del Comandante General. El 30 de mayo de este año se constituyó en Santa Cruz de Tenerife la primera Diputación Provincial de Canarias, bajo la presidencia del Jefe Político y con la asistencia del Intendente de la Provincia, pero desde su primera sesión dejan de concurrir los representantes de Gran Canaria.

Consecuencia de las normas constitucionales, nacen en este momento tantos municipios como parroquias había en cada una de las siete islas, quebrándose así la unidad administrativa local de cada una y sus Cabildos, con las alternativas consiguientes a los cambios políticos, desaparecen y surgen de nuevo, hasta morir definitivamente en 1836.

Consecuencia de los cambios políticos nacionales, se restableció el antiguo régimen de 1814 hasta el 1820 en que se constituyó de nuevo la Diputación Provincial, con el Jefe Político residente en Tenerife, la que cesaría de nuevo en 1824.

El Real Decreto de 30 de noviembre de 1833 resuelve el problema de la capitalidad, que la fija en Santa Cruz de Tenerife, y restablecidas las diputaciones provinciales reanuda su funcionamiento la de Canarias el 17 de abril de 1836, que había de continuar viviendo, en forma más o menos precaria, hasta el 1925. Por Real Decreto de 17 de marzo de 1852 se dispuso que la Diputación Provincial se constituyese en dos Secciones, una en Tenerife y la otra en Gran Canaria, conservando la capitalidad Santa Cruz de Tenerife; pero esta medida fue de escasa duración, pues quedó sin efecto por otro Real Decreto de 3 de marzo de 1854, y aún cuando se restableció aquel sistema en 1858, duró entonces aún menos tiempo. Las reformas de la administración provincial de

1863 y 1866 dignificaron la Diputación de Canarias, elevando su tono de vida, pero las nuevas normas emanadas de la Revolución de septiembre dieron fin a las mismas y se constituyeron dos Juntas Superiores de Gobierno, en Gran Canaria y Tenerife, con las que termina la Real Orden de 14 de diciembre de 1868, que restablece la unidad de la Provincia.

Durante la primera República, los Diputados a Cortes por Canarias firmaron un compromiso en Madrid, el 19 de junio de 1873, en virtud del cual conviene que el Estado de Canarias se dividiría en dos Subestados y, de no aceptarse esta propuesta, la Dieta de Canarias se turnaría en su ejercicio entre las dos islas que luchaban por la supremacía.

El hecho fue que si bien la Diputación Provincial de Canarias y los órganos delegados del Gobierno de esta Provincia no revisieron especialidad alguna dentro de la española, la Diputación se convirtió en un organismo eminentemente político, donde se centraron las discordias entre las dos citadas islas del Archipiélago, que culminaron en la segunda década del siglo actual.

VI.—A partir de la restauración de Sagunto, el antagonismo entre Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife pierde virulencia, pero en 1903 se crea en Gran Canaria el llamado «Partido local canario» cuyo programa se centraban en el de luchar por la división provincial. Cuando se discute en las Cortes el proyecto Maura de administración local, en 1907, los diputados por Gran Canaria lograron la aceptación de una enmienda en la que se preveía tal división. Frente a esta política, en Tenerife se propugnó por el fortalecimiento de la administración de cada Isla, reviviendo el recuerdo de los antiguos Cabildos. Una Asamblea celebrada en Tenerife en 1908 elevó entre sus conclusiones al Gobierno la del restablecimiento de los Concejos insulares, atribuyéndoles las funciones de las diputaciones provinciales.

Después de varias modificaciones, el Ministerio de la Gobernación dio lectura al proyecto en que se recogían estas aspiraciones en la sesión del Congreso de los Diputados de 9 de mayo de 1911. Se sometió a información pública y, después de diversas incidencias, es votada la ley por el Congreso el 27 de junio de 1912, aprobada por el Senado poco después y promulgada por Su Majestad el Rey el 11 de julio siguiente.

En ésta una Ley que organiza la administración periférica de las Islas, creando distintos organismos en las de Tenerife y Gran Canaria para dar satisfacción a las dos islas; mantiene la unidad provincial, conservando la capitalidad en Santa Cruz de Tenerife y crea, en su artículo 5.º «Corporaciones administrativas denominadas Cabildos Insulares en cada una de las siete islas que forman el Archipiélago canario», cuyas atribuciones habían de ser las que otorgaba a las diputaciones en el artículo 74 de la Ley provincial y con el carácter de corporaciones superiores a los Ayuntamientos. Pero como conservaba al tiempo a la Diputación Provincial, surgió inmediatamente la lucha sobre qué servicios y atribuciones retenía ésta y cuáles pasaban a los Cabildos. El Reglamento provisional de éstos, de 12 de octubre siguiente, significó el triunfo de las nuevas corporaciones insulares, pero las diferencias entre las dos islas más importantes continuaron, esterilizando todo esfuerzo.

Pero el estudio de los Cabildos Insulares, así como el de las Mancomunidades Interinsulares que nacieron al desaparecer la Diputación Provincial de Canarias, así como el de la división de la provincia en las de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife, son objeto de otras conferencias dentro de este cursillo.

BIBLIOGRAFIA

Además de las noticias que sobre la antigua organización municipal y sobre los magistrados reales en las Canarias dan nuestros clásicos historiadores, como Viera y Clavijo, el tema específico de nuestros antiguos Cabildos y de los órganos delegados de los reyes en el Archipiélago puede decirse que comenzó con la obra de don Manuel de Ossuna y van der Heede, *El Regionalismo de las Islas Canarias*, cuyo primer volumen se imprimió en La Laguna, el año 1904 y el segundo, incompleto, en 1916.

Don José Peraza de Ayala y Rodrigo-Vallabriga, además de su tesis doctoral sobre los Cabildos, es autor de valiosas monografías sobre algunos de sus magistrados, como *El alguacilazgo mayor de Tenerife*, en «Anales de la Universidad de La Laguna», 1965-1966; y *Los fieles ejecutores de Canarias*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», Madrid, 1957.

Y el autor de esta conferencia tiene sobre el tema las siguientes publicaciones: *Evolución del Régimen Local en las Islas Canarias*, Instituto de Estudios de la vida local, Madrid, 1946; *Organización del primer Cabildo de Tenerife*, en la colección

Fontes Rerum Canariarum, Instituto de Estudios Canarios, La Laguna, V, 1952; *Los comienzos de la vida municipal en Tenerife*, en el vol. tercero de «Estudios en homenaje a Jordana de Pozas», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, *La Administración local en las Islas Canarias*, en «La Provincia, Dimensión Administrativa», publicación del Instituto de Ciencias Sociales, Barcelona, 1966.

Como fuentes documentales, impresas, además de algunas publicadas por los historiadores Viera y Clavijo, Chil y Naranjo, Torres Campos y particularmente Núñez de la Peña, que insertó en su obra *Conquista y antigüedades de las islas de Gran Canaria*, Madrid, 1676, varios documentos del archivo del Cabildo de Tenerife, así como en la citada tesis doctoral del Sr. Peraza de Ayala y en las *Noticias generales históricas sobre la isla del Hierro*, de don Dacio V. Darlas y Padrón, La Laguna, 1929, en las que también son recogidos valiosos documentos para su historia, han sido consultados el *Libro Rojo de Gran Canaria*, Las Palmas, 1947, en el que se insertan los más antiguos que se conservan correspondientes a Gran Canaria y los tres volúmenes hasta ahora publicado de los *Acuerdos del Cabildo de Tenerife*, 1497-1507, 1508-1513 y 1514-1518, Instituto de Estudios Canarios, La Laguna, 1949, 1952 y 1965, bajo la dirección y principalmente debidos al trabajo del Dr. Elías Serra Ràfols, si bien con colaboración, el primero de las Srtas. Manuela Marrero y Emma González Yanes y los dos últimos del autor de esta conferencia. Las actas del Cabildo de Fuerteventura, entre 1660 y 1798 han sido publicadas por don Roberto Roldán Verdejo, Instituto de Estudios Canarios, La Laguna, 1966 y 1967.

Para la historia de la Diputación Provincial de Canarias y, en general, de la evolución de la vida local canaria extinguido el antiguo régimen, *Anales de la Diputación de Canarias*, primera parte, 1813-1841, por D. Carlos Pizarroso y Belmonte, Santa Cruz de Tenerife, 1911, así como algunos cuadernillos de un segundo volumen impreso, y la *Historia de las Islas Canarias*, de don Francisco María de León, introducción de don Marcos Guimerá Peraza, publicación del Aula de Cultura de Tenerife, Santa Cruz de Tenerife, 1966.

III

ESPECIALIDADES DE LAS ESTRUCTURAS ADMINISTRATIVAS ESTATALES EN LAS ISLAS CANARIAS

por LAZARO SANCHEZ-PINTO Y SUAREZ

I LOS PROBLEMAS DE ORGANIZACION EN LOS ESTADOS MODERNOS

1.—Desde un punto de vista general, dos soluciones se han ofrecido al problema de la organización administrativa del Estado: la prestación por los órganos centrales de éste, de los servicios públicos, o la utilización, a tal propósito, de los entes territoriales o institucionales. Ello condujo a lo que se ha denominado centralización o descentralización administrativa, respectivamente. En el primer caso, el Estado, a través de una administración jerarquizada y uniforme, establece un cuadro que abarca la totalidad del territorio, y, en el segundo, al reconocer la personalidad y autonomía de los entes territoriales o institucionales, les carga unos poderes que, al permitirles atender a las necesidades de la colectividad social, hace innecesarias las estructuras locales de la Administración Central.

2.—Es frecuente identificar la centralización política con la centralización administrativa. En el siglo XIX, gran parte de la oposición que se hace a las fórmulas descentralizadas, proviene del temor de que implicarían la ruptura de la unidad nacional, muchas veces lograda difícilmente. Pero hay que precisar, que la centralización política sólo comporta la unidad del derecho y de la ley en todo el territorio, sin que afecte, a este principio de unidad, la manera en que estas leyes se ejecuten o en que se presten los servicios públicos.

Nace el concepto de centralización en la administración, como consecuencia de la subordinación al Estado unitario, de los poderes primarios preexistentes (Iglesia, Universidades, Nobleza, Corporaciones, etc.), los cuales quedan insertos en la nueva organización jerarquizada. El ejercicio de este poder se traduce en dos consecuencias inmediatas: el monopolio en la emisión de las nor-

mas jurídicas y el control de los medios que aseguran la ejecución de las mismas.

La centralización, en su forma más rigurosa, no reconoce a las entidades territoriales e institucionales ninguna existencia en el campo del derecho. El Estado es la persona pública por antonomasia en todo el territorio, asumiendo sólo, por medio de sus agentes, la satisfacción de las necesidades de la colectividad nacional. Ello no excluye, naturalmente, la división del territorio en circunscripciones, más o menos extensas. Pero es conveniente no confundir estas circunscripciones —simples cuadros destinados a permitir una implantación racional de los servicios públicos— con los entes territoriales e institucionales, que obedecen, en su nacimiento, a un conjunto de intereses que les dota de personalidad jurídica independiente.

En la práctica, un régimen centralizado puro no se ha podido dar, pues cualquier intento de organización con estas características encontró una realidad social que no pudo soslayar: la existencia del municipio. Este ente territorial ha sido siempre reconocido de una manera u otra. Incluso en aquellas legislaciones donde más claramente aparece configurado como una creación artificial de la ley, en el fondo de ésta se vislumbra el reconocimiento de una realidad cuya existencia no es posible ignorar.

3.—Pero es conveniente precisar que cuando modernamente se utilizan los conceptos de centralización y descentralización, se abarcan perspectivas más amplias. En el concepto de centralización entra, tanto un sistema de organización de las entidades territoriales e institucionales, a las cuales el Estado no reconoce ninguna personalidad jurídica autónoma, insertándolas como simples circunscripciones en su propia estructura; como un sistema de organización, jerárquica y unificada, del propio Estado. La descentralización, por su parte, puede representar: de un lado, un sistema de organización de las entidades territoriales e institucionales, a las cuales se les reconoce la facultad de autogobernarse, y, en su consecuencia, prestar por sí servicios públicos, y, de otro, un sistema de organización de la administración del Estado, utilizando una serie de personas jurídicas distintas a él mismo, para realizar la gestión de determinados servicios públicos, cuya prestación se presume sea más eficaz a través de esta fórmula.

4.—Se ha justificado la descentralización en diversas consideraciones de orden geográfico y social, señalando que ello permite adaptar el sistema administrativo a las necesidades o intereses de un determinado territorio. Este aspecto del problema es cierto; pero, como ya se ha indicado, no abarca la totalidad del mismo. Con las fórmulas descentralizadoras se han pretendido dos fines: de un lado, salvaguardar la autonomía de los entes territoriales, que a través de esta organización encontraban la posibilidad de desarrollar en toda su amplitud su genuina personalidad, y de otra, hacer llegar a los mismos la estructura jurídica del Estado de una manera eficiente, partiendo del real ejercicio del poder, al cumplirse más fácilmente los propósitos que inspiraron el establecimiento de los servicios públicos.

El término «centralización», en castellano, así como el de «centralisation», en francés, no llevan implícitas las sugerencias que las voces «self government», en Inglaterra, y «selbstverwaltung», en Alemania, contienen, pues las ideas de autogobierno que una traducción libre de estas voces, nos pudiera dar, ya implican, evidentemente, un encuadramiento del problema, que afecta al necesario reconocimiento de la personalidad de estas colectividades con la consiguiente secuela de su libertad de determinación.

5.—El control directo de la ejecución de las leyes por la administración central, tiene el gran riesgo de poder conducir a que las mismas resulten inoperantes al ser aplicadas defectuosamente al medio social al cual van dirigidas. El concepto de jerarquía que se inserta rigidamente en su estructura puede conducirnos a tales consecuencias. Cuando Hauriou¹ establece su concepto, nos lleva a la conclusión de que la multiplicidad de actuaciones del Estado moderno no puede desarrollarse eficazmente en este cuadro.

La incidencia de este concepto en la realidad social produjo lo que Bourdeau² denominó «sublevación de los poderes de hecho

¹ HAURIU.—Préc. de Dr. Administratif, 12.^a ed., pág. 77.—«Jerarquía significa en sí superposición de grados en una organización autoritaria de agentes, de tal suerte que los agentes inferiores cumplen sus funciones, no bajo la obligación directa y única de observar la ley, sino sólo por la obligación de obedecer al jefe que se interpone entre ellos y la ley».

² GEORGES BOURDEAU.—Traité de Science politique. París, 1959.

contra el Estado central». Posiblemente en función de aquella aseveración de Laski, de que «la obediencia a la ley no es fecunda sino cuando proviene de una disciplina consciente; porque el imperativo de la ley deriva más que de las personas que la promulgan, de las reacciones que suscita su contenido en aquéllas que han de cumplirla, y por ello sus efectos serán tanto mejores en cuanto ella proceda más directamente de aquéllos que la han de observar».

Centralización representa tanto como ejecución de las leyes por autoridades independientes del medio en que se aplican o de los grupos a quienes afecten los servicios. Por ello, el poder unitario centralizado sólo puede justificarse por la existencia de una comunidad plenamente unificada y homogénea. En otros términos, como ha dicho Bourdeau, «la centralización supone que las personas a quienes van destinadas las normas emitidas por el órgano centralizado, constituyan un grupo perfectamente simple, unido, individuo y homogéneo».

6.—No cabe la menor duda, que hasta la segunda década del siglo XX, ha podido el Estado configurarse en estas estructuras, pues la limitada cantidad de servicios públicos prestados permitían considerar, a estos fines, como a un todo homogéneo al territorio y al medio social sobre el que se operaba. Los servicios tradicionalmente prestados tenían unas características de tal género, que una organización jerárquica y centralizada era posiblemente la más adecuada para su eficiente gestión. Por ello, precisamente, toda la organización administrativa continental adopta, con muy pocas variantes, esta estructura. Incluso el régimen local inglés, que tradicionalmente fue el ejemplo de una administración descentralizada, respondía, en su variada multiplicidad, a unos criterios un tanto rígidos, como lo era la enumeración de las competencias que podían ser desarrolladas por los entes locales, a los cuales, si bien se les reconoce su personalidad y autonomía, se les limitaba, al propio tiempo, de forma precisa, las materias sobre las cuales podía incidir su actuación.

Pero en los últimos años han aparecido otros tipos de servicios públicos, y han cambiado de carácter muchos de los que ya existían. Se abre paso el Estado intervencionista que va a realizar prestaciones con el fin de crear aquello que, por Jordana de Po-

zas¹, se ha denominado «mínimum nacional». De estos nuevos servicios cabe destacar los de carácter social, que, por su naturaleza, difícilmente pueden encajar en la organización tradicional del Estado, y los cuales normalmente tienen unas áreas de prestación que no coinciden con las circunscripciones existentes. El desarrollo de la técnica y su influencia en el comercio y en la industria han obligado al Estado a realizar una acción, unas veces de intervención y otras de prestación de servicios, que jamás se pensó pudieran ser objeto de su competencia. Ello ha hecho necesario estructurar fórmulas tomadas muchas veces del derecho privado para su prestación. Los «établissements publics», en Francia, y los «Institutos Nacionales», en España, son ejemplo de estos nuevos criterios de estructuración de la administración, que manteniendo, en principio, una organización centralizada, se ha visto precisada a romper esta unidad para adaptarse a las necesidades que le imponía la evolución de la sociedad.

Por muchos autores, entre los que se distingue Eisenmann ², se ha mantenido el criterio de que no es posible hablar de fórmulas descentralizadoras por servicios, porque se trata en realidad de un simple problema de distribución de competencias materiales. Por otro lado, la descentralización territorial ha sido superada. Entrena Cuesta ³ ha señalado con exactitud la crisis que ha sufrido la administración local inglesa como consecuencia de la regionalización de servicios, impuesta a muchos de aquéllos que figuraban tradicionalmente en la esfera de competencia de los entes territoriales. Tales criterios no vienen, en definitiva, a decir otra cosa, que las estructuras tradicionales del Estado, centralización o descentralización, han sido de hecho superadas, y, en su consecuencia, que sus conceptos se hallan en vías de revisión.

7.—Estas consideraciones sobre la estructuración administrativa del Estado se han hecho con el propósito de evidenciar la dificultad en que se encuentran las actuales organizaciones para hacer

¹ JORDANA DE POZAS.—El problema de los fines de la actividad administrativa.—Revista de Administración Pública n.º 4.

² EISENMANN.—Centralisation et décentralisation. París, 1948.

³ ENTRENA CUESTA.—«Los Movimientos centralizadores en Inglaterra».—Madrid, 1960.

frente al cuadro de necesidades que la prestación de los nuevos servicios públicos les crean. La conclusión parece clara: el Estado centralista y unitario que aún hoy aparece vigente en muchas legislaciones, es sólo una forma histórica del Estado. La realidad le ha superado, y, precisamente, partiendo de estas realidades, que se observan en todos los países, hay que plantearse los problemas de cualquier nueva estructuración nos presente.

Apuntadas las dificultades que tiene toda organización centralizada y la ruptura de criterio que implica la prestación de servicios a través de personas jurídicas autónomas, aún cuando sólo sea con el propósito de replantear una distribución de competencia en la esfera central; y recogiendo la evidente tendencia que cristaliza en una superación de las corrientes descentralizadoras por las dificultades que la técnica representa para estas estructuras, hemos de analizar cómo frente a esta situación se ha reaccionado por la doctrina y su consiguiente reflejo en las modernas organizaciones administrativas.

II LOS ESPACIOS INSULARES: LAS EXPERIENCIAS ITALIANA Y PORTUGUESA

1.—Los problemas que crea a una organización administrativa, la existencia de zonas o regiones apartadas de su territorio, presentan caracteres perfectamente definidos, y se han producido en diferentes épocas y circunstancias. Estos problemas los podemos clasificar en dos grupos: los que crean las características étnicas del grupo social que ocupa el territorio alejado de la metrópoli, y aquellos otros que son exclusivamente fruto de su alejamiento geográfico, por hallarse habitado por una población con características similares a las del territorio metropolitano.

En dos países cercanos al nuestro, se ha producido el hecho apuntado en segundo lugar. Existen zonas de su territorio alejadas de la metrópoli, soportando una población de características étnicas y sociales iguales a las del resto de la nación. Se trata de los casos de Italia y Portugal con las islas que se agrupan en los archipiélagos de Sicilia y Cerdeña y de Madera y Azores.

Se han dado, en diversos países, organizaciones político-administrativas, que pretenden estructurar zonas alejadas de la metrópo-

li, pero en las cuales la razón fundamental que ha impulsado esta especial organización ha sido las diferencias específicas de su población con la del resto de la nación, siendo realmente la organización autónoma conseguida una etapa hacia una independencia política.

Pero en los casos apuntados, tanto en Sicilia y Cerdeña, como en Madera y Azores, habita una población perfectamente igual a la de sus respectivas metrópolis, que jamás ha sentido, ni remotamente, tendencias de autonomía política, y que, en algunos casos, incluso, han sido vanguardia de los movimientos de unidad nacional, como ocurrió en Sicilia con el apoyo prestado a la acción unificadora iniciada por Garibaldi. Por ello, la organización administrativa que se les ha concedido a estos territorios ha respondido fundamentalmente a razones de técnica organizativa con el fin de poder compensar, mediante una administración más ágil, los inconvenientes que, para su población, representa el alejamiento de la metrópoli.

Hacemos mención de la organización de estas regiones, simplemente con el propósito de desmenuzar su interna estructura y poder deducir de la misma lo que hay de aprovechable, de acuerdo con las tendencias y hechos que hemos apuntado en los capítulos anteriores.

2.—La nueva Constitución Italiana, en su Título V, regula la existencia de la Región. La ley número 62 de 1953, que tiene carácter constitucional, señala que el Estatuto Regional por el cual ha de regirse cada una de las regiones que se crean en la Constitución, contendrá normas sobre la organización y funcionamiento del Consejo y Juntas regionales, sobre las relaciones con las Provincias y Municipios integrado en la misma, así como con los órganos del Estado establecidos en la Region. Renato Alessi ¹ señala que la Región italiana, a diferencia de la uniformidad de ordenamiento, que es propio de las provincias y municipios, tiene una estructuración varia, de acuerdo con la extensión, densidad de población, ocupaciones prevalentes y, en general, con la importancia

¹ RENATO ALESSI.—Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano.— Milán, 1960.

que la acción administrativa puede representar en la vida social de cada una de ellas.

Pero quedan exceptuadas de las normas contenidas en la Constitución y en la ley antes citada, las regiones de Sicilia, Cerdeña, Trentino-Alto Adigio, Valle de Aosta y Friuli-Venecia Julia, cuyos respectivos Estatutos quedaron aprobados por ley constitucional. Pese a ello, realmente la organización de estas Regiones especiales es muy parecida a las que podríamos denominar «comunes».

La nota más destacada de su organización, es la actividad legislativa que se les permite realizar. Pero a pesar de concedérseles esta facultad, como muy acertadamente ha señalado Entrena Cuesta ¹, «un análisis de las materias confiadas a la disciplina legislativa de las regiones, confirma su naturaleza intrínsecamente administrativa, y, por tanto, la esencia intrínsecamente administrativa de la actividad de las regiones mismas...». Es interesante destacar este aspecto, pues salvo en el caso de la región de Trentino-Alto Adigio, en la que existe evidentemente un problema político, que le crea el origen germánico de su población; en las demás, problemas de este carácter no existen. Pues pese a la relativa juventud de la unidad italiana, no se han manifestado deseos de autonomía política, en ninguna de las regiones históricas.

3.—De hecho, esta nueva estructuración administrativa en Italia no hace otra cosa que reconocer un nuevo ente dentro del marco del Estado, con potestad para emanar normas jurídicas primarias: es decir, normas que poseen la misma eficacia jurídica que las normas ordinarias emanadas del Estado. El artículo 117 de la Constitución enumera una serie de materias a las cuales queda constreñida su actividad legislativa. Esta puede ser de tres clases: exclusiva, complementaria o integrativa.

a) La primera sólo se concede a las Regiones de régimen especial, y se trata en definitiva de la facultad de legislar sin más límites que la Constitución y los principios del ordenamiento jurídico, respetando las obligaciones internacionales, los intereses

¹ ENTRENA CUESTA.—La actividad administrativa de las regiones en Italia.—*Revista de Estudios de la Vida Local*, N.º 91, 1957.

nacionales y las normas fundamentales de las reformas económico-sociales.

b) La segunda es la normal actividad legislativa de la Región, que tiene, a más de los límites antes señalados, el de los principios establecidos en las leyes del Estado, a las cuales ha de acomodarse.

c) Y, por último, mediante la actividad complementaria, la Región tiene facultades para adaptar a sus particulares exigencias las leyes, emanando normas de integración y actuación.

Esta actuación legislativa se halla sometida a la tutela del Estado, mediante unas Comisiones de Control, existentes en cada capital regional, que se designan por la Presidencia de la República, las cuales, de una manera permanente, ejercen el control de legitimidad y de mérito sobre las deliberaciones de los Consejos Regionales, control que llega a tal extremo que quedan privadas de ejecutoriedad las deliberaciones que no sean sometidas, en el plazo establecido, a estas Comisiones.

4.—La organización de la Región siciliana, a la que vamos a referirnos con más detenimiento, es, como ya apuntábamos, muy parecida a la de las restantes Regiones comunes. El Consejo Regional se denomina Asamblea Regional, la que elige al Presidente y sus Asesores, los cuales se hallan al frente de las diversas ramas de la actividad administrativa de la Región.

Aún en el caso de una Región especial, como es Sicilia, las materias acerca de las cuales se le señala competencia exclusiva es muy limitada.

Si analizamos el artículo 14 del Estatuto de la Región Siciliana, veremos que las materias sobre las que inciden su competencia son casi análogas a aquéllas acerca de las cuales nuestras Diputaciones tienen facultades reglamentarias, casi con los mismos límites que los fijados por aquéllas, por lo que, de hecho, realmente el valor político de la facultad legislativa es, como hemos indicado, muy escaso.¹

¹ Art. 14.—En el ámbito de la Región y en los límites de las Leyes constitucionales del Estado y sin perjuicio de las reformas agrarias e industriales deliberadas por la Constitución del pueblo italiano, la Asamblea tiene la legislación exclusiva sobre los sectores siguientes: a) agricultura y bosques; b) colonización; c) usos cívicos (servidumbres); d) industria y comercio, salvo la disciplina de las relaciones

Más tarde, y con mayor amplitud, se regula la facultad legislativa que hemos denominado «complementaria». El artículo 17 señala cuáles son las materias acerca de las cuales, dentro de los principios e intereses generales que informan la legislación del Estado, puede la Asamblea Regional promulgar leyes que afecten exclusivamente a los intereses de la Región.

5.—El control de legitimidad de los acuerdos de la Asamblea se efectúa por un Comisario del Estado nombrado exclusivamente para este fin, al cual se le habrán de notificar los acuerdos de ésta. En caso de estimar que los mismos rebasan los límites del Estatuto, remitirá el acuerdo a un Alto Tribunal, que funciona en Roma a este exclusivo fin, el cual está constituido por miembros designados por los cuerpos legislativos del Estado y de la Región. A este Tribunal puede someter también la Asamblea Regional aquellas leyes del Estado que estime que, por su contenido, atentan a los principios establecidos en el Estatuto Regional.

La representación del Estado en la Región recaerá normalmente en el Presidente Regional, pero pueden ser designados Comisarios del Estado, tanto para el orden público, como para cualquier otra actividad administrativa que en un momento determinado se considerare oportuno, afectar en línea jerárquica más directa al Gobierno.

6.—Como habíamos ya indicado, la razón de ser de esta organización especial de la Región Siciliana, y de la análoga de Cerdeña, no es otra que la de crear un sistema de eficacia en la organización administrativa, que se estimó en Italia podía lograrse mediante un sistema descentralizado, sobre un nuevo ente territorial

privadas; e) incremento de la población agrícola e industrial; valorización, distribución y defensa de los productos agrícolas e industriales y de las actividades comerciales; f) urbanización; g) obras públicas, exceptuadas las grandes obras públicas de predominante interés nacional; h) minas, canteras, turberas y salinas; aguas, públicas en cuanto no sean objeto de obras públicas de interés nacional; j) pesca y caza; k) beneficencia pública y obras pías; l) turismo, vigilancia hotelera y tutela del paisaje; conservación de antigüedades y obras de arte; m) régimen de las Corporaciones locales y de sus respectivas circunscripciones; n) ordenamiento de las oficinas y de las Corporaciones regionales; o) estatuto jurídico y económico de los empleados y funcionarios de la Región, no inferior en todo caso al personal del Estado; p) instrucción primaria; q) expropiación por motivos de utilidad pública.

que era la Región, creada en la nueva Constitución. Posiblemente el aire liberal que sopla sobre los artífices de la Constitución italiana, les hizo volver, una vez más, a la ya un poco anacrónica estructura descentralizadora, cuando de hecho se estaba ya supe-
rando. No ignoraban los legisladores de la Constitución esto, y por eso pretendieron mantener los principios, creando la Región, en la que integraban a las Provincias y Municipios —que en muchos casos incluso desaparecían, como ocurre con las Provincias en la Región Siciliana— pensando en que este nuevo ente, impreciso, y por ello lleno de posibilidades, habría de resolver el problema de la eficacia de los servicios públicos, al mismo tiempo que se mantenían los principios descentralizadores, cristalizados en la vieja tendencia liberal —de clara influencia inglesa— de la Región autónoma.

Esta organización regional ha fracasado en la práctica. Salvo las Regiones de Trentino-Alto Adigio y en la Siciliana, apenas si de hecho la organización regional existe. Ello ha sido motivado posiblemente por las razones a que antes aludíamos. La descentralización administrativa, aún hecha sobre perímetros muy amplios, no es realmente solución práctica al problema de la eficaz prestación de los servicios públicos, que hoy tienen montados el Estado. Ello naturalmente más acusado, cuando el ente sobre el cual se intenta descentralizar carece de la institucionalización suficiente para hacerlo apto a tal fin, como ocurre con las Regiones creadas en la Constitución italiana. Las dos excepciones señaladas corresponden: la primera, a una realidad étnica y lingüística insoslayable, y la segunda, a las derivadas de un alejamiento geográfico, que considera buena cualquier fórmula —aunque se aprecien en ella evidentes defectos— a la prestación directa por la Administración central de unos servicios que, en la práctica, resultan ineficazmente prestados, cuando no extemporáneos.

7.—En el año 1940, se promulga en Portugal, en unión del Código Administrativo, el Estatuto de los Distritos Autónomos de las islas adyacentes. En 1947, se publica un texto refundido de dicho Estatuto, que es el vigente. Pese a que este Estatuto es anterior a la Constitución italiana, la estructuración administrativa que se le da a estos Distritos resulta más adecuada a las modernas tendencias sobre organización administrativa, que hemos ido comentando.

Es conocida la distinción, en la organización administrativa portuguesa, entre la Provincia y el Distrito. En los Archipiélagos de Madera y Azores no se reconoce la existencia de la Provincia, subsistiendo sólo como entes territoriales los Consejos y Feligresías. Con ello, los problemas de coordinación, a nivel provincial, de los servicios de los organismos territoriales de este carácter, y los periféricos de la administración central, no existen. Se ha estructurado una organización, parecida a la del Departamento francés, pero desconcentrando sobre ella una serie de facultades, en las que se entremezclan algunas de claras competencias de la administración del Estado, y otras, tradicionalmente atribuidas a los organismos provinciales.

8.—Este Estatuto se aplica al Archipiélago de las Azores, con sus nueve islas, sus 2.962 kilómetros cuadrados y su medio millón aproximado de habitantes, que se divide en los distritos de Punta Delgada, Angra de Heroísmo y Horta; y al de Madera, con sus siete islas, sus 815 kilómetros cuadrados y sus doscientos mil habitantes aproximadamente, que forma el del Funchal. Cada distrito goza de autonomía administrativa y financiera, y dentro de ellos se integran los Consejos y Feligresías.

Los órganos rectores del distrito se hallan constituidos por una Junta General, una Comisión Ejecutiva y un Presidente. La Junta General está integrada por siete Procuradores, de los cuales tres son natos, y corresponden a tres funcionarios del Estado: el Director del Liceo del Distrito; el Ingeniero Director de la Junta de Puertos, en los Distritos de Punta Delgada, Angra de Heroísmo y Funchal, y el Ingeniero Director de Obras Públicas en el Distrito de Horta; y el Delegado en el Distrito del Instituto Nacional de Trabajo y Previsión. Los cuatro Procuradores electivos, lo son por los Consejos y las Corporaciones culturales y económicas de los Distritos. El Presidente es designado por el Gobernador Civil entre los Procuradores, pero en caso de excepción puede el Presidente no pertenecer a la Junta General.

Para colaborar de manera permanente con el Presidente en la administración del Distrito, se designa en el seno de la Junta General una Comisión Ejecutiva integrada por dos Procuradores.

Como se puede apreciar, la composición mixta de la Junta General del Distrito, ha permitido desconcentrar sobre ésta una

serie de facultades que normalmente son de la competencia de los órganos de la Administración Central. El artículo 15 del Estatuto enumera las materias sobre las cuales ejercen su competencia las Juntas, señalando que corresponden a las mismas: la administración de los bienes del Distrito; el fomento agrario, forestal y pecuario; la coordinación económica; las obras públicas; las funciones de fiscalización industrial y de transporte; las de sanidad; las de asistencia, educación y cultura; y las de policía. A pesar de que esta enumeración es bastante explícita, en los artículos siguientes señala, con bastante precisión, las materias sobre las que se desdoblán las competencias indicadas, las cuales en último término representan la desconcentración de una serie de facultades. Así en su acción forestal, tiene el ejercicio de la policía de montes y autorización de aprovechamiento. En su acción de obras públicas, le corresponden la construcción, reparación y conservación de carreteras, aprovechamiento de aguas públicas, policía de aguas y la pesca, etc. En materia de sanidad, le corresponden la policía sanitaria de Puertos, Policía de Cementerios, construcción de Centros rurales de sanidad, etc. Las facultades en materia de policía, afectan a la vigilancia de carreteras, estacionamiento de vehículos y construcciones en sus inmediaciones, así como la organización de la policía rural en colaboración con los Consejos.

9.—De la ligera relación hecha se puede observar que una parte muy considerable de la típica actividad administrativa del Estado, queda a virtud del Estatuto atribuida a los Distritos autónomos.

La acción de los mismos ha de quedar reflejada en un Plan cuatrienal que ha de elevar al Gobierno, y, aprobado por éste, se procede a su ejecución. La razón del Plan obedece a la necesidad de tener de antemano un criterio de actuación, durante los cuatro años que dura el mandato de los Procuradores, y por ello se les impone lo redacten, dentro de los seis meses inmediatos a su designación.

El Plan está compuesto por tres partes: la primerá contendrá un análisis de las necesidades públicas del Distrito, graduadas por orden de urgencia e importancia; la segunda contendrá un estudio sobre la situación financiera del Distrito en el cuatrienio; y la última parte está compuesta por las normas generales de orientación

administrativa a seguir, enunciando las obras que se han de ejecutar. Esta parte tendrá tantos capítulos como servicios especiales tenga el Distrito. Este Plan, una vez aprobado por el Consejo de Ministros como ya se ha dicho, será ejecutivo, y no se podrá realizar ninguna clase de obra fuera de él, salvo circunstancias de orden extraordinario.

10.—El artículo 40 del Estatuto enumera los Servicios del Distrito, los cuales, además de Secretaría y Tesorería, son: Servicio Agrícola, Pecuario, de Sanidad, de Obras Públicas, de Industria y Electricidad y de Transporte. La jefatura de estos Servicios corresponde a los diferentes técnicos del Estado, que representan en el Distrito al respectivo departamento ministerial: así, la jefatura del Servicio Agrícola la ostenta el Director de Agricultura del Distrito; la de los Servicios Pecuarios, el Jefe de la Intendencia Pecuaria; la de los de Sanidad, el Inspector de Sanidad,, etc., etc.

11.—Como medios financieros para atender a estos servicios y ejecutar el Plan cuatrienal, cuenta el Distrito con una Hacienda constituida por diversos tributos que se ponen a su disposición. Estos tributos son: la Contribución rústica y urbana, la Contribución industrial, el Impuesto profesional o de Utilidades por el trabajo personal y el impuesto sobre la renta; todos ellos recargados en un 20 por 100 sobre las cuotas satisfechas en la metrópoli; un impuesto sobre transportes y la participación sobre impuestos directos del Estado que se fijen en las leyes. Ello, naturalmente, con independencia de las tasas por servicios. Estos impuestos y contribuciones se cobran por los servicios estatales y se ponen a disposición de la Junta del Distrito, mensualmente.

La actividad financiera de la Junta es revisada por una Comisión de Cuentas, que tiene realmente por el detalle con que se regula, funciones de intervención, llegando incluso a conocer los borradores de contratos de toda clase que se otorguen, transferencias de crédito, fiscalización de la contabilidad, etc. Esta Junta de Cuentas la preside el Delegado de Finanzas del Distrito, y la integran dos Vocales, uno designado por el Procurador de la República y el otro por el Gobernador.

12.—La representación del Estado la tiene en el Distrito el Gobernador Civil, al cual, como jefe de las distintas dependencias del Estado en su demarcación, le compete la fiscalización de su

actuación, teniendo además, como misión fundamental, la de coordinar la acción de la Junta General y los Servicios del Distrito, con la organización administrativa del Estado en el mismo.

Como se habrá observado por todo lo expuesto, en la organización de los Distritos de las islas de Madera y Azores, se ha seguido un criterio tendente a mantener la organización por Distritos, típica de la Administración Central portuguesa, al tiempo que incorpora a éstos una serie de técnicos, mediante un organismo colegiado que se descompone en Servicios, lo que crea un cuadro unitario de gran eficacia. Pero es que al mismo tiempo que se dota al sistema de una agilidad administrativa evidente, se le facilita una serie de medios económicos, no sólo con los impuestos y contribuciones que se ponen a su disposición, sino que se complementan con subvenciones que de manera periódica puede otorgarle el Estado para la ejecución de los Planes.

A su vez, el control de esta actuación se hace por un doble cauce: de un lado, establece uno previo, en el momento de la aprobación de los Planes cuatrienales; y otro posterior, durante su ejecución, a través de las Comisiones de Cuentas.

Mantiene el sistema la eficaz estructura de la organización departamental francesa, que hace llegar, mediante una acertada desconcentración, el aparato del Estado a todos los rincones del territorio pero que, en este caso, la fijación de unas competencias definidas y exclusivas, junta con una Hacienda, hasta cierto punto autónoma, le permite una agilidad de actuación, que tiene la doble ventaja de la organización jerárquica, y aquélla que, por su adaptabilidad a las circunstancias y características del territorio donde operan, tienen las organizaciones descentralizadas sobre entes locales.

III LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA DEL ARCHIPIELAGO CANARIO

1.—De sobra son conocidas las características de la organización administrativa española. Su estructura es centralista, con un gran predominio del criterio de unidad y jerarquía, sólo roto en la esfera de la Administración Local desde la Promulgación del Esta-

tuto Municipal en el año 1924, que reconoce la autonomía de los entes territoriales, criterio más tarde llevado al campo de la Provincia, con la promulgación del Estatuto Provincial, y confirmado en la vigente Ley de Régimen Local. No obstante este criterio unificador y centralista, la necesidad de montar un conjunto de servicios, especialmente de carácter social, sobre todo con posterioridad al Movimiento Nacional, obligó a la creación de una serie de órganos desconcentrados, con personalidad jurídica independiente del Estado y patrimonio propio, a través de los cuales se prestan servicios públicos, que en una estructura unitaria era muy difícil desarrollar. Ejemplo de ello son el Instituto Nacional de Previsión, Instituto Nacional de la Marina, Instituto Nacional de la Vivienda, Patronato Nacional Antituberculoso, etc. El propósito que impulsó la creación de estos órganos, sobre los cuales se desconcentran diversos servicios, ha sido, evidentemente, consecuencia de la necesidad de adaptar a la realidad social la rígida estructura de la Administración Central española. Pero en la práctica, se produjo, a su vez, un fenómeno de centralización sobre los órganos rectores de estos Institutos, que, en parte, han hecho difícil y, a veces, inoperante, la consecución de los propósitos perseguidos con su creación.

2.—Salvo estas excepciones que hemos señalado, la organización administrativa española ha mantenido su carácter uniforme y jerárquico. Sin embargo, la realidad geográfica y social de Canarias dió lugar, desde hace bastantes años, a que se quebrase en parte este principio, dictándose un conjunto de disposiciones especiales, de sola aplicación en las Islas, en razón de la necesidad de dar agilidad a una serie de servicios, que de otra manera se evidenciaba perdían gran parte de su eficacia.

3.—Esta legislación especial se inicia, apenas abierto el período constitucional, en el año 1852, con el Real Decreto de 11 de julio de dicho año, en el que se establece en las Islas Canarias el régimen de Puertos Francos, posteriormente desarrollado en las leyes de 10 de junio de 1870 y 6 de marzo de 1900. Tenía esta legislación el propósito de compensar, mediante una desgravación de la Renta de Aduanas, los inconvenientes que el alejamiento de la metrópoli imponía a la región canaria. En la exposición de motivos de la Ley de 1870, se hacía un estudio de la situación econó-

mica del Archipiélago, y sus consecuencias en el medio social, que aún hoy —con las debidas salvedades— puede considerarse vigente. Fue tan evidente el resultado satisfactorio de este régimen, que todavía hoy, la población de Canarias lo considera indispensable para su supervivencia.

Este criterio de exceptuar del régimen general determinados aspectos de la acción fiscal del Estado, se amplió con la segregación del Archipiélago Canario del territorio nacional a los efectos del Monopolio del Tabaco, criterio que se ha venido reiteradamente manteniendo en los diversos contratos que han regulado su funcionamiento, hasta el vigente, aprobado por Decreto de 3 de mayo de 1945.

Igual criterio se mantuvo cuando fue establecido el Monopolio de Petróleos, en el cual, al aprobarse el correspondiente contrato, por Decreto de 8 de febrero de 1928, se exceptuaba también del territorio sujeto al Monopolio, al Archipiélago Canario.

4.—Pero no sólo en el aspecto económico ha reflejado la legislación esta especial situación del Archipiélago dentro del ámbito nacional. La Ley de 11 de julio de 1912, por la que se crean los Cabildos Insulares, establece un régimen especial para las Islas, que tiene un doble reflejo: de un lado, se estructura la Administración Local en función a un ente territorial, cuya existencia se reconoce en la Ley, que es el Cabildo, representante de la demarcación insular; y de otro, establece también una nueva estructura de la Administración Central, mediante la creación de los Delegados de Gobierno, que, bajo la dependencia del Gobernador civil, ejercen funciones análogas a las de éste, en el ámbito de la Isla. Esta estructura ha impulsado a que, de hecho, se haya establecido una organización de las dependencias provinciales, sobre áreas insulares, si bien con la correspondiente dependencia jerárquica del organismo provincial.

5.—Junto con esta nueva forma de organización de los entes locales, apareció unos años más tarde un ensayo de desconcentración de servicios, que ha rendido en la práctica magníficos resultados. Se trata de las Juntas Administrativas de Obras Públicas, creadas por Real Decreto-Ley de 22 de junio de 1927, desarrollada en los Reglamentos de las Juntas de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife, aprobados por Reales Decretos de 9 de marzo de 1928 y 17

de julio del mismo año, respectivamente. Son estas Juntas, órganos colegiados, de composición mixta, tendentes a coordinar la acción del Estado y los Cabildos Insulares, en la construcción y reparación de carreteras.

Las Juntas se hallan presididas por los respectivos Gobernadores civiles, formando parte de las mismas representantes de los Cabildos Insulares y de los sectores afectados por los transportes. Los Ingenieros jefes de Obras Públicas de las respectivas Jefaturas tienen el carácter de Inspectores, en representación del Estado, tanto en su parte técnica, como administrativa, teniendo que informar o autorizar cuantas resoluciones acuerden aquéllas. La resolución de los asuntos o incidencias que se derivan de la realización de los Planes anuales, previamente aprobados por el Ministerio, está atribuida al Gobernador civil.

Nacieron estas Juntas con el propósito de crear un órgano que coordinase la ejecución de los Convenios suscritos entre el Estado y los Cabildos Insulares para la construcción de carreteras, que se recogían en el Real Decreto de 6 de febrero de 1926.

Desde hacía años, existieron estos convenios entre las Corporaciones insulares de Canarias y el Estado ¹ para la ejecución de determinadas obras públicas, por lo que se estimó, posiblemente, la conveniencia de crear un organismo de coordinación, pues de hecho, faltando éste, se convertía el sistema de Convenios en una subvención de órganos locales, a obras ejecutadas por el Estado, con la anomalía que su solo enunciado representa.

6.—Enumera el artículo quinto del citado Decreto de 22 de junio de 1927, las materias sobre las cuáles tienen competencia las Juntas, señalando al mismo tiempo sus facultades ². Un análisis

¹ Real Decreto de 27 de marzo de 1906.—Aprobando un convenio con la Diputación Provincial de Canarias, para, a través de la Junta de Obras del Puerto, ejecutar embarcaderos. Se autoriza a la Diputación un impuesto sobre viajeros, carga y descarga, para hacer frente al importe de su aportación.

Real Decreto de 17 de mayo de 1925.—Aceptando propuesta del Cabildo Insular de Tenerife para dotar a la Junta de Obras del Puerto con diez millones de pesetas, y compromiso del Estado de aportar igual cantidad.

² Artículo 5.º—Serán facultades de las Juntas Administrativas: a) Hacerse cargo de las cantidades que con destino a construcción, reparación y conservación de carreteras se consignen especialmente en cada uno de los Presupuestos anuales del

del mismo nos hace necesario considerar tres aspectos de esta figura de organismo desconcentrado: el primero se refiere a la afectación que se le hace a la Junta, para que por ésta se administren las cantidades que con destino a construcción y reparación de carreteras en las provincias canarias, figuren en los Presupuestos Generales del Estado; el segundo se refiere a la integración, que en la Junta se hacen, tanto de los representantes de los Cabildos, como de los fondos consignados por ellos, para contribuir a la acción encomendada a la misma; y el tercero, a la manera con que quedan afectados a las Juntas los funcionarios del Estado —concretamente del Ministerio de Obras Públicas— que gozarán de todos los derechos, como si se encontrasen en activo servicio, aún cuando sus sueldos no se consignen en los Presupuestos Generales,

Estado, y para el año actual, las que fije el Ministerio de Fomento.—b) Hacerse cargo igualmente de los fondos con que tengan que contribuir cada uno de los Cabildos Insulares en virtud de sus Convenios con el Estado, y demás cantidades que puedan arbitrarse para el desarrollo de las Obras Públicas en las Islas, por los impuestos vigentes sobre la gasolina o por las tasas autorizadas o que puedan autorizarse.—c) Redactar y someter a la aprobación del Ministro de Fomento los planes anuales de construcción, conservación y reparación de carreteras, sobre las que informará el Ingeniero Jefe de Obras Públicas correspondiente, y proponer el sistema de ejecución.—d) Acordar la realización de cada una de las obras comprendidas en dicho Plan, en la fecha que estime oportuna, dentro de cada anualidad y previa autorización del Gobernador, con informe de la Jefatura de Obras Públicas respectiva; procediendo a la adjudicación de las que han de ejecutarse por subasta o concurso, previa la misma autorización.—e) Exigir a los contratistas y concursantes, las responsabilidades que se deduzcan de los compromisos respectivos.—f) Exigir a los Cabildos el exacto cumplimiento de los convenios que tengan celebrados con el Estado, considerándose a dicho fin como delegados del mismo, tanto a cuanto se refiere al párrafo b) como a la ejecución de aquellas obras que en virtud del Real Decreto Ley de 6 de febrero de 1926 quedaron a cargo de aquéllos.—g) Encargarse de los estudios y construcción de todas las carreteras que sean necesarias en las respectivas Islas, así como de su reparación y conservación para que estén en perfecto estado de viabilidad.—h) Proponer al Ministro de Fomento el nombramiento a su cargo del personal de Obras Públicas necesario para la realización de sus planes. Ese personal gozará de todos los derechos concedidos a los funcionarios en activo servicio, aún cuando sus sueldos no se consignen en los Presupuestos Generales de la Nación, y estará en posesión de títulos iguales a los que el Estado exige a sus funcionarios en los diversos servicios de Obras Públicas, y los sueldos, gratificaciones, dietas y demás emolumentos que perciban serán previamente aprobados por el Ministro, a propuesta de las Juntas.

sino que se abonen por las Juntas en la proporción que autorice e Ministerio. Los títulos exigidos serán iguales a los que el Estado determine para cada una de las categorías de sus funcionarios. De otro lado, el Estado le confiere su representación en el apartado f) del citado artículo 5.º que establece que se les considerará a dicho fin como delegados del mismo, tanto a los efectos de hacerse cargo de los fondos con que ha de contribuir cada uno de los Cabildos, de acuerdo con los Convenios establecidos, como de las obras que en virtud del Real Decreto-Ley de 6 de febrero de 1926, quedaron a cargo de aquéllos. Esta acción fiscalizadora encomendada, perfila claramente la figura desconcentrada que estas Juntas representan.

7.—Merece especial atención el periodo de vigencia en Canarias de los Decretos de 5 de agosto y 27 de septiembre de 1941, por los que se creaba el Mando Económico de las Islas y se encomendaba el mismo al Capitán General de Canarias. La motivación de tales disposiciones fue la especial situación que se preveía había de crearse en el Archipiélago, como consecuencia de la conflagración mundial. Inicialmente, se le quiso dar un carácter estrictamente económico, como su mismo enunciado indicaba, pero, de hecho, se convirtió en una auténtica desconcentración de funciones sobre el titular del Mando, por la íntima relación que la actividad administrativa tiene hoy con los sectores de la economía. Al amparo de las facultades que el citado Decreto atribuía al Capitán General de Canarias, se dictaron disposiciones que establecían diferentes regulaciones sobre aguas con destino tanto al abastecimiento de poblaciones como para riegos; cultivos; importación y exportación de mercancías; intervención de productos precisos para el abastecimiento de la población, etc., y se lograron unos resultados tan satisfactorios con este sistema de gestión, que las graves consecuencias que se preveía habría de tener para las Islas la situación creada por el conflicto mundial, no sólo no se produjeron, sino que en muchos aspectos esta regulación resolvió importantes problemas.

8.—Ello trajo como consecuencia que, cuando por Decreto de 7 de febrero de 1946, fue suprimido el Mando Económico, se dictase por la Presidencia del Gobierno la Orden de 13 febrero de 1947, disponiendo la constitución de una Comisión Interministerial para estudiar, con carácter urgente, el régimen económico especial que se considerase necesario para resolver los problemas

peculiares de las Islas Canarias. Dicha Comisión estaba integrada por representantes de los Ministerios de Hacienda, Gobernación, Obras Públicas, Agricultura e Industria y Comercio, señalándose que actuaría de Secretario de la misma el Secretario General para la Ordenación Económica Social.

Después de una serie de estudios, y oídas las representaciones de las dos provincias canarias, la Comisión emitió un informe, en el que, superando los términos del encargo, que como se ha indicado afectaba sólo al régimen económico, hacía referencia a la necesidad de establecer un régimen administrativo especial, que se consideraba conveniente en atención a diversas razones, especialmente por la experiencia que, como habíamos indicado, representó el funcionamiento del Mando Económico.

La Comisión Interministerial rindió su informe en febrero de 1948, y en él se recogía la necesidad del establecimiento de un régimen económico-administrativo «sui géneris» para las Islas Canarias. Concretamente, en relación con la descentralización administrativa, dice el informe: «El principio de descentralización administrativa, que se sienta en la Base 17 —se refiere a un proyecto de Ley de Bases que sometieron las Corporaciones locales de Canarias a la Comisión—, si bien con aplicación paulatina y condicionada por facultad del Gobierno, que no excluye la concreta afirmación de la conveniencia de robustecer este procedimiento, cuyo arraigo en Canarias es palmario...»

9.—Pero la realidad es que, tanto las propuestas de las Corporaciones locales de Canarias, como el informe de la Comisión Interministerial, hacían concreta referencia a la especialidad económica de las Islas, las cuales se hallaban abocadas a una grave crisis en el marco de la economía intervencionista, que en aquellas fechas se veía obligado a llevar nuestro Gobierno. Por ello los remedios y medidas propuestas afectaban fundamentalmente al régimen de importaciones, exportaciones, cambios, etc., y en conexión con éste se sugería la conveniencia de establecer un Convenio fiscal, que evitase se produjesen presiones tributarias a todas luces inadecuadas a las características de la economía canaria. Con relación concreta a problemas administrativos, tanto en el Proyecto de Ley de Bases, como en el Informe de la Comisión, apenas si se hace referencia en algunos párrafos aislados, de los cuales hemos transcrito parte.

10.—Se podría hacer un análisis de otra serie de disposiciones concretas sólo vigentes en las Islas, pero su estudio escaparía un tanto de la síntesis que pretendemos hacer. No obstante, merecen citarse, la nueva situación que se crea con la promulgación de la Orden del Ministerio de Obras Públicas de 23 de mayo de 1938, —que tenía su antecedente en la R. O. de 27 de Noviembre de 1924— que estableció la necesidad de una autorización administrativa para realizar trabajos de alumbramiento de aguas en terrenos de dominio privado. Representa indudablemente esta disposición una modificación del criterio mantenido en la Ley de Aguas, y que incluye en la acción de la Administración, las aguas privadas, que, en general, quedaban fuera de la Ley. La Ley de 24 de diciembre de 1962 que regula los aprovechamientos de agua, y auxilios a los mismos en las Islas Canarias, y el Reglamento para su aplicación, aprobado por Decreto de 14 de enero de 1965, desarrollada minuciosamente la concesión de estas «autorizaciones», regulando además la posibilidad de establecer reservas de caudales a favor del Estado, en zonas determinadas, mediante las oportunas indemnizaciones, a los propietarios de los terrenos en cuyo subsuelo se alumbran. Los auxilios que se regulan en las disposiciones citadas, se hallan orientados a promover nuevos alumbramientos en el Archipiélago Canario, donde este problema tiene singular importancia. El análisis de las citadas disposiciones nos conducen a la consecuencia de que se abre dentro de nuestra legislación de propiedades especiales un capítulo que afecta a las aguas privadas, mediante las denominadas «autorizaciones», que sin las características esenciales al concepto de concesión, comparten muchos de sus aspectos, aún cuando incidan sobre unos bienes de los cuales, claramente, son titulares personas jurídicas privadas.

Otro aspecto, con su consiguiente reflejo en la Administración, lo representa la Ley de 27 de diciembre de 1956, que regula los Heredamientos y Comunidades de Agua en las Islas Canarias, que si bien en su esencia se refiere al reconocimiento de unas situaciones jurídicas privadas, afectan en gran parte al ordenamiento jurídico administrativo, al introducir nuevos conceptos en la legislación de aguas.

11.—Son múltiples las disposiciones de todo orden que han configurado, de forma peculiar, las estructuras administrativas en el Archipiélago Canario. Por el Real Decreto de 21 de septiembre

de 1927, se crea una Sección de lo Civil en la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, y por la Ley de 8 de julio de 1963, una Sala de lo Contencioso-Administrativo en la misma. Ello matiza la organización de la Administración de Justicia en las Islas, de forma especial, por cuanto además de la Audiencia Territorial —con sede en Las Palmas de Gran Canaria— existen en la Audiencia Provincial de Tenerife las indicadas Salas, que tienen, de hecho, una competencia análoga a la de aquélla.

En el orden económico, estas especialidades abundan extraordinariamente. La regulación del comercio y exportación del plátano —una de las principales producciones en las Islas—, se realiza a través de un órgano específicamente creado para estos fines. La Confederación Regional de Exportación del Plátano (CREP), creada por Decreto del 10 de noviembre de 1937, tiene a su cargo todas aquellas cuestiones relacionadas con la comercialización de este producto, creando una intervención de la Administración más intensa sobre esta actividad económica, que en cualquier otra producción agrícola del resto del territorio nacional. En lo que respecta al tabaco, se siguió un criterio análogo, y por Decreto de la Presidencia del Gobierno de 15 de julio de 1955, se crea la Junta Regional Sindical Tabaquera, que pretendía la regulación de este cultivo y su manipulación industrial con criterios también especiales. Por circunstancias que no son del caso, esta disposición no tuvo vigencia real, pero se apunta su promulgación, para destacar el criterio mantenido en lo que respecta a determinadas actividades de la economía regional.

Las Juntas Asesoras de Comercio, creadas por Orden de la Presidencia del Gobierno de 11 de diciembre de 1946, en cada una de las Provincias Canarias, constituyeron órganos administrativos especiales, durante el período de intervención económica, teniendo a su cargo la regulación del comercio de importación y exportación, de extraordinaria importancia en la Región. Lo mismo puede indicarse acerca de la Junta Regional de Carburantes Líquidos de Canarias, que preside el Capitán General del Archipiélago, y que aún hoy existe, realizando funciones similares a aquéllas que efectúa la Delegación del Gobierno cerca de la CAMPSA, por cuanto no existe órgano especial de intervención, ya que las Islas Canarias quedan fuera del área del monopolio de petróleos.

Más modernamente, las Mutualidades Laborales de las Provincias de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife son estructuradas de forma especial, por la Orden del Ministerio de Trabajo, de 30 de septiembre de 1954.

Por Orden del Ministerio de Hacienda de 30 de noviembre de 1964, se crea en Tenerife un Jurado Territorial Tributario con funciones análogas al que funcionaba en la Provincia de Las Palmas, con lo que se rompe el carácter regional que estos órganos jurisdiccionales tienen en el resto del territorio nacional.

Por último, cuando el Gobierno se enfrenta con la redacción del Plan de Desarrollo Económico y Social, excluye al Archipiélago del mismo, creando un Plan Regional, que matiza, con caracteres especiales, las medidas e inversiones planificadas para impulsar el desarrollo. Por ser objeto de un trabajo específico este tema, no parece procedente analizarlo con el detenimiento que el mismo merece.

Las disposiciones citadas, que no tienen ni mucho menos un carácter exhaustivo, nos muestran una evidente realidad: que de hecho en el Archipiélago existe una estructura administrativa, que está diferenciada de la que existe en el resto del territorio nacional; lo que hace necesario su análisis, a los fines de determinar el por qué de su existencia, y si ello ha respondido a algunos imperativos de hecho, que sería conveniente tener en cuenta en el futuro.

IV CONCLUSIONES

Lo expuesto en los capítulos anteriores nos sugiere la oportunidad de interrogarnos si de toda la legislación que hemos manejado se desprende la existencia de algunos principios que deberán ser tenidos en cuenta, en cualquier intento futuro de estructurar la organización administrativa de las provincias canarias.

Un análisis de las disposiciones contempladas, nos impulsaría a dar una respuesta afirmativa, por cuanto aparecen claramente perfilados una serie de principios y notas distintivas que, es preciso afirmar, caracterizan nuestro ordenamiento jurídico especial.

a). *La Insularidad*.—Las dos provincias canarias se hallan constituidas por siete porciones territoriales, separadas entre sí por

el mar. La insularidad es un presupuesto insoslayable en nuestra organización administrativa, y pesa decididamente sobre ella, de tal manera que no puede pensarse seriamente en ninguna que margine esta realidad. Históricamente, los esfuerzos encaminados a la creación de estructuras administrativas soslayándola aparecen marcados con el fracaso. Así los intentos, tanto de los Capitanes Generales como de la Audiencia, en el período pre-constitucional, de crear órganos supra o infra-insulares en el Archipiélago.

Es conveniente destacar a este respecto que los actuales Cabildos Insulares apenas si tienen algo más de cincuenta años de existencia, pese a lo cual se han institucionalizado profundamente en la vida regional. Es interesante al respecto tener en cuenta que estos Cabildos no tienen nada en común con los Cabildos históricos, por lo cual este proceso de institucionalización hay que valorarlo en sus justas proporciones. Es imposible concebir hoy la existencia de una administración local en Canarias sin la presencia de los Cabildos. En cualquier organización, no sólo local, sino de los escalones periféricos de la Central, hay que partir del hecho insular, que condiciona el montaje de los servicios administrativos de forma muy peculiar.

Acompañando a esta nota de insularidad, profundamente marcada, aparece muy desdibujada la figura de la Región, que apenas es algo más que pura geografía.

b) *El régimen fiscal.*—Históricamente el Archipiélago Canario ha gozado un régimen fiscal diferente del aplicado al resto del territorio nacional. Iniciado el proceso de centralización administrativa que representó la Constitución de 1812, esta diferenciación se hace patente. En el año 1952, al establecerse el régimen de Puertos Francos, el Archipiélago Canario queda fuera del área de aplicación de la Renta de Aduanas, situación que, todavía, se mantiene. Al establecerse el Monopolio de Tabacos, y más tarde el Monopolio de Petróleos, también queda fuera de los mismos el territorio de las islas. Hay junto a estas especialidades, que se destacan de forma espectacular, una multiplicidad de ellas que han sido recogidas en un trabajo de este mismo Seminario, las cuales configuran el sistema fiscal del Archipiélago, con notas muy particulares. Es rara la disposición fiscal, dictada con carácter general, que no recoja en alguno de sus apartados modalidades especiales de

sólo aplicación en las Islas Canarias. La repetición de este hecho es el que nos impulsa a señalar, como una nota que ha de ser tenida en cuenta en cualquier posible estudio que se realice, la especialidad fiscal del Archipiélago.

c) *La coordinación.*—Es conocida la especial organización de la Administración Local en las Islas Canarias, que se inicia en el año 1912, con la creación de los Cabildos Insulares, y que se complementa en la legislación posterior, con el establecimiento de las Mancomunidades Interinsulares. Dentro del marco de la Administración Local española, son los Cabildos y Mancomunidades uno de los exponentes más destacados del potencial económico y político de nuestras Corporaciones territoriales. Esta realidad aconseja considerar la oportunidad de establecer estructuras que permitan una fácil coordinación de sus actividades con las que, sobre el mismo territorio, realizan los órganos de la Administración Central. Ya indicábamos anteriormente como las Juntas Administrativas de Obras Públicas habían sido creadas con el propósito de coordinar de forma eficaz las inversiones que, en carreteras, realizaban, en las Provincias Canarias, el Ministerio de Obras Públicas y los Cabildos Insulares. Tal antecedente sería muy interesante tenerlo en cuenta, a la finalidad de determinar la conveniencia de establecer órganos de esta naturaleza mixta, para coordinar las actividades de los entes locales con la Administración Central.

La preocupación por regular esta coordinación de forma eficaz, existe en todas las administraciones y constituye hoy importante materia de investigación. La peculiaridad de estas fórmulas coordinadoras, de tradición en la vida de las islas, son también elementos a considerar como característicos de las especialidades administrativas canarias.

d) *Las propiedades especiales.*—No cabe la menor duda de que, en un territorio de las características del de Canarias, las aguas constituyen una pieza fundamental de su economía. Por ello, desde hace bastantes años —concretamente a partir de 1924— el régimen establecido en la Ley de Aguas, para su captación en terrenos de dominio privado, sufrió una importante modificación, con el nacimiento de las denominadas «autorizaciones» a las cuales nos hemos referido anteriormente. Pero en estas conclusiones, únicamente nos interesa destacar cómo esta situación ha sido man-

tenida en toda la legislación posterior, en la cual incluso se ha creado un régimen especial para auxiliar las obras hidráulicas que se ejecuten en el Archipiélago. Ello permite afirmar la necesidad de establecer un sistema, de características muy peculiares, para las propiedades especiales —aguas, minas— en las islas, que permitan, mediante una intervención más intensa de la Administración, poner al servicio de los intereses generales estos elementos que constituyen pieza fundamental para su desarrollo económico.

e) *Los controles económicos.*— Afirmer que en un territorio que goza de un régimen de Puertos Francos es necesario una intensificación de los controles económicos, parece, a primera vista, paradójico. No obstante ello, si se observa con rigor las circunstancias que rodean la economía canaria, llegaríamos probablemente a conclusiones muy diferentes. Ya hemos indicado como la C. R. E. P. ha constituido un órgano regularizador de nuestra exportación de plátanos, de gran eficacia, así como un organismo de funciones análogas, en relación con el tabaco —la Junta Regional Sindical Tabaquera— se creó para coordinar la producción e industrialización del tabaco. Ambos nos señalan como ha existido, de antiguo, una corriente encaminada a someter a determinados controles nuestras más importantes producciones, por cuanto se ha estimado que ello era necesario para su mejor desarrollo. En un territorio pobre, densamente poblado, con su comercio abierto totalmente a la importación, por el Régimen de Puertos Francos, la única manera de concurrir con nuestros productos a los mercados internacionales es el establecimiento de un sistema de coordinación, que al tiempo que garantice el origen y calidad de los productos, permita que su presencia en los mercados internacionales se realice en forma tal que permita el libre juego competitivo. Ello solamente es posible mediante el establecimiento de Organismos que al tiempo que regulan la exportación, señalizando calidades y cadencia de la misma, impulsen la coordinación interna que, al abaratar la producción y mejorar los medios, cree la necesaria relación entre los distintos sectores, para una mejor y más eficaz utilización de nuestros limitados recursos.

f) *El reconocimiento de la especialidad.*—Por último, como ya hemos indicado en capítulos anteriores, ha existido por parte del Gobierno, un reconocimiento de las especialidades administrativas

del Archipiélago. Ello no sólo se ha patentizado en la numerosa legislación señalada, sino también en la indicación, que reiteradamente se ha hecho, acerca de la conveniencia de que todas estas especialidades tuviesen su complemento en un esquema orgánico, que permitiese un mejor aprovechamiento de las posibilidades del Archipiélago.

Ya citábamos como, al ser suprimido el Mando Económico, fue creada por Orden de la Presidencia del Gobierno, de 13 de febrero de 1947, una Comisión Interministerial encargada de realizar un estudio acerca de una posible nueva organización económica-administrativa, de las Islas Canarias. Más tarde, al ser aprobado el primer Plan de Desarrollo Económico, en el Anexo de Canarias, se recoge otra vez esta indicación. Ello implica el reconocimiento reiterado, de una realidad regional que, se indica, sería conveniente estructurar de tal forma que se pudiese lograr el máximo aprovechamiento de los muy limitados recursos que existen en su territorio.

Hemos señalado en estas conclusiones aquellas notas que se destacan más acusadamente en nuestro ordenamiento administrativo especial, y que constituyen, a nuestro juicio, las notas distintivas, que pudieran matizar cualquier posible intento de estructurar la difícil realidad económico, social y geográfica que constituye el Archipiélago Canario.

IV

LOS CABILDOS INSULARES

por JOAQUÍN VALLE BENÍTEZ

Nuestra exposición tendrá una doble finalidad o intención, a saber, la consideración del aspecto histórico, vivo, que ofrece la gestación de los Cabildos de nuestra Ley de 11 de Julio de 1912, es decir, de nuestro Derecho Positivo, y de otra parte la fundamentación y consideración doctrinal y normativa de los mismos. No queremos por tanto referirnos a los tradicionales Cabildos canarios.

Nuestro punto de partida se centra en lo que ha dado en llamarse el «problema o cuestión canaria», expresión de un indudable malestar administrativo, que arranca en el siglo XIX de la terminante declaración del Decreto de las Cortes de 27.I.1822: «Canarias, capital Santa Cruz de Tenerife».

A este respecto, creo que lo primero que debemos preguntarnos, como enseñaba el Profesor Nieto en su lección introductiva, es si este problema existe y en qué consiste; para tratar ahora en concreto lo que en la conferencia del Sr. Nieto tenía un carácter abstracto y general por tanto.

Creemos que se trata, en efecto, de una realidad evidente: Lo pone así ya de manifiesto Romanones en la Memoria que con motivo de la visita Real a las Islas Canarias se publica en 1906 en la Gaceta de Madrid. Y Manuel Velázquez, Diputado por Fuerteventura, autor de un «Resumen Histórico Documentado de la Autonomía de Canarias», entiende que «es monstruoso el régimen provincial aplicado a este Archipiélago». (Carta al periodista Cánovas Cervantes quien hizo una detallada encuesta), y el Diputado Argente nos habla del problema en el Congreso de los Diputados diciéndonos que constantemente han estado batallando en él, no ya las personas, sino los intereses, y que las alternativas de tales batallas han dejado huella en las Disposiciones legales de nuestro siglo XIX, como en efecto así ha sido, pudiendo nosotros, ya hoy,

añadir a su larga enumeración de fechas, las que todos conocemos: 1925, 1927, 1928, etc.

También el Presidente del Consejo de Ministros Canalejas nos afirma que no existe la menor duda, ni puede existir el menor recelo de que este problema existe. Y en fin Maura por su parte dice que no se maravilla de que existan dos gravitaciones o dos grupos en el Archipiélago, y demuestra una realidad causal de tales desarreglos. Y el canario Ramírez Doreste lo manifiesta crudamente: «Que Tenerife y Gran Canaria no pueden convivir dentro de la actual organización administrativa, es evidente».

Propongámonos, pues, ya que el problema existe, tratar de precisarlo. ¿Consiste en que Gran Canaria luche por obtener la capitalidad provincial, como lo hace, hasta 1841, y a partir de aquí y hasta 1927, por dividir en dos Provincias el Archipiélago? Dicho en otros términos ¿se trata de un conflicto de ubicación de la capital provincial, o de corregir los límites jurisdiccionales del arquetipo provincial?

En nuestra opinión los auténticos problemas no son los apuntados, sino el de inadecuación total de la estructuración provincial a Canarias.

En efecto, la falta de unidad en el territorio, el sentimiento de la diversidad de intereses, la falta de unidad en la población misma refiriéndonos al conjunto provincial, traen la consecuencia de que cada Isla constituya un auténtico bloque, geográfico y humano, perfectamente caracterizado y singularizado y en el cual nace y persiste el anhelo de regir por sí mismo sus propios intereses, al propio tiempo que se muestra refractario a limitar, o ver limitada su actividad a la mera participación en un Organismo no dedicado especialmente a ocuparse de las importantes cuestiones que cada Isla necesita resolver por y para sí.

Para nosotros no hay duda de que el fenómeno, que hemos calificado de asfixia administrativa, constituye un elemento a tener en cuenta por la Ciencia de la Administración y por ende por el Derecho Administrativo que haya de establecerse en tales circunstancias. A este respecto, es de recordar el aserto de Hauriou, según el cual hay en la vida de los organismos sociales un principio de expansión hacia la existencia social que hace explotar todas las categorías y todas las clasificaciones jurídicas. En resonancia ade-

cuada a la genialidad del maestro francés, nuestro Leopoldo Matos sostiene que el deseo de independencia dentro de una Región tenía que realizarse por el exceso, de vida que se produjera dentro de la Región misma. El elemento humano condicionado por razones geográficas, o físicas, climáticas etc. de índole espiritual, vinculaciones tradicionales, culturales, afectivas, parece predisponer el adecuado ropaje administrativo.

He aquí, ahora, brevisísimamente expuestas las *soluciones que, a nuestro juicio, han sido pensadas con una verdadera adecuación a la naturaleza de la cuestión canaria.*

Las de mayor o decisiva influencia, en todos los órdenes están en los trabajos o conclusiones de las Asambleas tinerfeñas de 1908 y 1911, y en autores o escritores, tales como Pedro Pérez Díaz, palmero, Letrado del Consejo de Estado, y por tanto jurista de verdadera talla, Manuel Velázquez, Rafael Ramírez Doreste, y algunos más.

Véanse las siguientes Conclusiones de aquellas Asambleas denominadas, muy propiamente por cierto, por lo muchísimo que se trabajó en ellas, «Las Constituyentes canarias».

En el orden Insular, se propone la creación de un Cabildo para cada Isla, y en el orden regional se concibe la estructuración de una Asamblea con tal carácter, con potestades legislativas en materia de Beneficencia, Obras Públicas, Montes, Carreteras, etc., etc.

Por su parte Pedro Pérez Díaz sostiene que la necesidad de implantación de los Cabildos viene dada por la sustantividad y personalidad de cada Isla la que necesita una representación Corporativa total que promueva y desarrolle todos los intereses insulares es decir todas aquellas materias que excedan de la «heteronomía municipal», resolviendo las necesidades o problemas que sean comunes a dos o más Municipios de su Isla respectiva.

Manuel Velázquez reclama la libertad político-administrativa para cada Isla del Archipiélago Canario fundamentándola, nos dice, en la falta de solidaridad de intereses entre aquéllas y la conveniencia de la representación en Cortes de cada una de las Islas, cuyos problemas singulares y según las posibilidades de cada una de ellas serían expuestas al Gobierno de la Nación a quien debía hacerse llegar «nuestro especial modo de ser».

Siendo de recordar también las tesis federalistas de Ruiz Aguilar y Agustín C. Herrera —comunicadas a las referidas Asambleas tinerfeñas— quienes de conformidad con su ideario insistían en el principio de la variedad dentro de la unidad.

Brevísimamente señalemos los hitos más importantes de las *aspiraciones de Gran Canaria a la capitalidad primero, y a la división de la Provincia después*. Ya con anterioridad a la Constitución del año doce, y cuando sólo se trataba de situar la Junta de Defensa Nacional contra el francés invasor, surge la disputa entre las Islas de Tenerife y Gran Canaria: se sitúa aquélla en La Laguna y todas las Islas menos la de Gran Canaria la aceptan... Análogamente sucede respecto a la Junta Preparatoria Electoral, que alguien califica de primer ensayo de Diputación en Canarias. Queda fijada en Santa Cruz de Tenerife, y el 30 de mayo de 1813, presidida por el entonces Jefe Político D. José María Soberón, se constituyó la primera Diputación de Canarias. El Ayuntamiento de Las Palmas elevó recurso a la Regencia.

Desde 1841 en adelante, surgen los proyectos divisionistas; de estos nos referiremos solamente a los de 1852 y 1858, y a los proyectos Moret y Maura, éstos ya en nuestro siglo actual en sus comienzos:

El Proyecto del 52 llega a estar en vigor y su vigencia dura dos años. Más tarde es restablecido en 1858, pero solo por un periodo de dos meses. Propugna y establece la división en dos Distritos, 1.º y 2.º, de la Provincia, regidos por sendos Sub-Gobernadores, quienes se relacionan con sendas Secciones de la Diputación Provincial, siendo resueltas las eventuales discrepancias entre ambos Sub-Gobernadores por el Capitán General.

El Proyecto Moret establecía la residencia alternativa del Gobernador Civil seis meses en cada una de las capitales de Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas, y el Proyecto Maura fue la ocasión de la presentación de la enmienda de Perojo y del insigne D. Benito Pérez Galdós tendente a la división en dos Secciones de la Comisión Provincial.

Preparación de la Ley de once de Julio de 1912.—No obstante estos antecedentes, el Gobierno por Real Orden de 16 de Abril de 1910 dispone la apertura de una amplia Información Pública en las Islas Canarias, porque, en decir de Canalejas, hasta en las últi-

mas aldeas de España empieza a interesar el problema canario. Concurren a esta información los Dictámenes o conclusiones de todos los Ayuntamientos de las siete Islas, de las Corporaciones, Sociedades Económicas de Amigos del País, Gobierno Civil, Diputación Provincial de Canarias, etc., etc.

Destacamos del Cuestionario Oficial la cuestión siguiente: «Si cada una de las Islas debe tener la personalidad necesaria para resolver dentro de su territorio los asuntos de carácter insular...»

El informe del ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, previa intervención del Ponente Don Prudencio Morales, declara ser partidario rotundo de la división de la Provincia

El informe del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife recoge cuanto sabemos de las ponencias de las Asambleas Tinerfeñas de los años 8 y 11 y de la opinión de Gil Roldán, quien se ocupa de los principios del self-government, y ha preparado dicho informe municipal, y también y sobre todo la opinión de Pedro Pérez Díaz, en la que sabemos sobresalen las ideas de implantación de los Cabildos en cada Isla y el sentido regionalista de su estructuración. Parece indudable que tres cuartas partes, por lo menos, del Dictamen de la Comisión, en el sentido de la autonomía, de establecer el Cabildo Insular, se deben a las alegaciones tan justas y atinadas del Sr. Pérez Díaz.

En la Isla de La Palma, en su Capital Santa Cruz de La Palma, se hace un detenido análisis del problema. Del examen de documentos llevado a efecto por nosotros en el archivo del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de La Palma, carpeta n.º 657, las Conclusiones de dicho Ayuntamiento, capital de la Isla, se fundamentan igualmente en las obras de Pedro Pérez Díaz: El problema canario y la Autonomía. Pero hay algo importantísimo que queremos destacar: se sostiene desde luego la unidad provincial y la capitalidad de la provincia en Santa Cruz de Tenerife. Se sugiere la implantación de los Consejos Insulares en cada una de las Islas, encomendándose a una Asamblea Regional, de carácter no permanente, el cuidado de las relaciones de enlace y armonía de los Consejos Insulares entre sí, y por otra parte corresponderá a cada Asamblea recoger la materia provincial y realizar la vida de Canarias en subordinación al Estado.

Lo singularísimo a que queremos referirnos es que tal Asam-

blea Palmera quiere dejar bien claro su repulsa, no a la unidad provincial, sino a la Diputación y Comisión Provincial. Podríamos hacer ahora un parangón ante las razones de tal repulsa con lo sucedido en Francia, donde se viene verificando, en la doctrina, un verdadero proceso contra el Departamento Francés: Departamento que es el resultado de una división perfectamente racional y lógica, y eficiente en su momento verificada por los constituyentes franceses, pero que, por no responder en la evolución sufrida por el desenvolvimiento de la Sociedad, aumento de Servicios públicos, rapidez en las comunicaciones, desenvolvimiento de la técnica, etc., etc., y sobre todo a la existencia o correspondencia del Departamento Francés con un alma verdaderamente colectiva y departamental, enraizada en vinculaciones tradicionales de cualquier orden, sufre, a partir sobre todo de 1941, una revisión positiva que nos lleva a los actuales ensayos de regionalización en Francia.

Conocido esto, apreciemos ahora la densidad doctrinal que podemos descubrir y no inventar en los motivos de repulsa que formula la Asamblea Palmera a la Diputación Provincial de Canarias en 1910. Las razones de tal repulsa son estas tres principales: a) ineficacia de la legislación actual (Ley provincial de 1882) para ser resueltos por la Diputación Provincial de Canarias los problemas atinentes a una sola Isla; b) porque la materia provincial está ya mermada por razón de la constitución geográfica del Archipiélago; c) porque, implantados los Cabildos Insulares con la nueva organización que se pretende, queda recogida en ellos gran parte de la materia provincial.

Ahora, brevemente, señalemos las *etapas que en el Congreso de los Diputados van a seguirse*, a partir de la presentación del Proyecto de Ley sobre Canarias a la consideración de los Sres. Diputados: el Proyecto de Ley se limita pura y simplemente a dividir en dos la Provincia de Canarias; el primer Dictamen de la Comisión, conservando esta dualidad de provincias, hace algo muy significativo, y es reunir en una Asamblea Regional a ambas Diputaciones para resolver los asuntos que afecten a todo el Archipiélago. Después del importantísimo voto particular de Dominguez Alfonso, Presidente entonces de la Diputación de Canarias, se vuelve a la unidad provincial y se mantienen los Cabildos. Llegamos al segundo Dictamen de la Comisión, en el cual aparece la importan-

tísima novedad que supone la facultad de mancomunarse los Cabildos entre sí: es el momento crucial a nuestro juicio, de esta historia parlamentaria, porque inmediatamente después de ser conocida tal facultad legal que se propone, muchos Diputados exclaman: «Ahí está la solución». Se refieren, naturalmente, a la solución del problema Canario, y efectivamente esta facultad mancomunitaria de los Cabildos es algo así como una Piedra Filosofal que apaga discordias y disensiones, e intereses antagónicos que luchan denodadamente en este Congreso de los Diputados.

Aquél segundo Dictamen es recogido por la Ley de 11 de Julio de 1.912, que además de los Cabildos Insulares estructura una Diputación Provincial para toda Canarias. Como es sabido, tal coexistencia no es viable y tal error es corregido con la estructuración administrativa del Estatuto Provincial de 1.925, en el cual la referida Diputación es sustituida por la Mancomunidad Interinsular. El Estatuto conserva la facultad legal de Mancomunarse para los Cabildos, la cual es suprimida por el Real Decreto de 8 de Mayo de 1.928, después de que tiene lugar la división en dos provincias del archipiélago Canario, lo que acontece el 21 de Septiembre de 1.927, y en cuya disposición legal se establecen dos Mancomunidades Provinciales, correspondientes a cada provincia, y se otorga la posibilidad mancomunitaria para intereses comunes del Archipiélago a dichas Mancomunidades. Nuestro Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de Mayo de 1.952, restablece con acierto la facultad mancomunitaria para los Cabildos.

La Ley de 1912, presenta peculiaridades muy notables en contraste con la Ley Provincial entonces vigente, de 1882; entre otras las siguientes:

a) Creación de un Cabildo en cada una de las siete Islas del Archipiélago.

b) Posibilidad legal de ejecutar la Corporación Insular, por si misma sus propios acuerdos.

c) Facultad reconocida al Presidente de los Cabildos, para suspender los acuerdos adoptados por la Corporación Insular en casos análogos a los de posibilidad de suspensión, de tales acuerdos por el Gobernador Civil según el régimen común.

d) Facultad reglamentaria que se reconoce a la Entidad Insular.

e) Creación de los Delegados del Gobierno en cada una de las Islas, exceptuada la de la propia residencia del Gobernador Civil de la Provincia, y con atribuciones concretas, siendo Presidentes, en su caso, de las reuniones del Pleno de los Cabildos.

f) Facultad legal que se reconoce a los Cabildos para Mancomunarse libremente.

Consideremos un momento la trascendencia doctrinal de la concepción de un Cabildo como *Entidad territorial*, de fines totales y permanentes por tanto, y lo que ello significa, teniendo muy en cuenta que precisamente hasta la aparición del Estatuto Provincial de 1925, la misión predominante de la provincia, era la ubicación de los servicios exteriores del Estado, como gustaba decir Bonnard, y hoy denominados periféricos, con olvido de su importancia como Ente Local con unos fines supra-municipales, que promover y desarrollar. Todos sabemos el desastre de las Provincias en este aspecto, y, como, gobernantes de la talla de Elduayen o Maura intentaron, sin conseguirlo, poner remedio a esta penosa situación en nuestra Patria. Es Calvo Sotelo quien opera la gran reforma en la materia, y nosotros hemos querido subrayar esta feliz anticipación de nuestros pensadores canarios. En este mismo sentido es importante subrayar la penetración de los criterios expuestos respecto a la composición de los Cabildos, pues es importante advertir que en aquella ocasión se confrontaron tres criterios al respecto: el de Patricio Estévanez, partidario de la exclusiva representación municipal, el de Pedro Pérez Díaz, fundamentando dicha representación en la población toda de la Isla, y por último el de Gil Roldán, quien concibe una doble representación, municipal y de los administrados directamente. Criterio este último que es el seguido más tarde por el Estatuto, y se mantiene hoy día, con la distinción vigente de Consejeros de los Cabildos, al igual que en las Diputaciones de Régimen Común, representantes de los Ayuntamientos y de las Entidades culturales y profesionales. Tales criterios sobre la representación, como es sabido, son la consecuencia de la concepción que se tenga de la soberanía provincial. Estimando al respecto Calvo Sotelo, como doctrinalmente

García Oviedo, que dicha soberanía reside en los Municipios. De lo que discrepaba Gascón y Marín por estimar «no tienen los Ayuntamientos dentro de la Provincia la posición que en un consorcio, siendo la Provincia un Ente Territorial».

De otra parte, la innovación que suponía el reconocimiento de nuestros Cabildos como Entes territoriales de fines permanentes, debió presentarse en aquel entonces como una atrevida innovación, dado que los problemas de competencia y de Administración Intermedia no presentaban la misma agilidad que hoy día, pareciendo inflexible e inevitable la triple distribución de competencias municipales, departamentales o provinciales y generales o nacionales, y no menor su atribución respectiva de cada una de tales categorías a los Ayuntamientos, Diputaciones y Administración Central. Esta estructuración rígida, conocida en Francia con la denominación de fórmula de Nancy, está hoy muy superada como nos enseñan autores como Jean Bancal o García de Enterría, teniendo en cuenta que dicha fórmula no es bastante ante las exigencias técnicas y racionalizadoras que buscan la eficiencia en la prestación de los servicios y el cambio de la entidad y naturaleza de estos, los cuales, exigen o imponen su tratamiento merced a amplias demarcaciones territoriales, fuera de los moldes clásicos. Ya Gascón y Marín expresaba como, los problemas de Administración Intermedia, no se encontraban en el aspecto territorial, sino que la cuestión era otra, era el problema de la relación de los Entes Administrativos, entre sí y frente al Estado, un problema, pues, de jerarquía, y no un problema de territorialidad; señalando, a mayor abundamiento que ningún inconveniente podía haber, en sí, por el cambio de delimitaciones provinciales en nuestra Patria, por cuanto las mismas habían sido fijadas en 1833.

En otro aspecto los Cabildos suponen una importantísima y curiosa anticipación al *tratamiento regionalista*, que es tendencia en el momento presente, en la materia administrativa, como en Francia, donde se ensaya, positivamente, tal tendencia desde 1941.

En efecto los Cabildos son concebidos desde su inicio para ser integrados en una estructura de nivel regionalista, como es la tesis de Pedro Pérez Díaz y de las Asambleas tinerfeñas ya citadas, y la Asamblea palmera de 1910. Sabido es que la historia de los ensayos regionalistas en nuestra Patria, se encuentran impregna-

dos de lo que podríamos llamar doctrina, puramente administrativa, y no política, del Regionalismo; tal como aparece en autores como Joaquín Sánchez de Toca, Royo Villanova y Gascón y Marín. Recuérdense, por tanto, las facultades legislativas que se propugnan para la Asamblea regional canaria que se concibe en las mentadas o reiteradas Asambleas canarias.

En un último aspecto la doctrina canaria de Cabildos, es una brillante aplicación de las *teorías autonómicas y descentralizadoras*: los Cabildos suponen el más alto ascenso de la vida local española a las esferas de la autonomía, en frase de Canalejas. Sin embargo yo creo que debe aceptarse con mucha reserva el mito de la tesis descentralizadora en el sentido de que, si bien tal doctrina reúne tras de sí por sus esencias democráticas, al mayor número de teóricos o políticos, como sucede en Francia, no es menos cierto, que como señala Jean Bancau no todas las soluciones de los problemas administrativos de la hora presente, han de encontrarse en la pancea de la descentralización, sino en muchos casos en una inteligente desconcentración de servicios.

Obsérvese, por otra parte, un fenómeno curioso y es la necesidad de aglutinar los elementos o Corporaciones descentralizados en un Organismo superior e integrador, como si la fuerza, o inercias descentralizadoras terminaran en un impulso centralizador que aparece como inevitable en todo movimiento descentralizador. Por eso Hauriou considera la conveniencia de descentralizar, evidentemente, pero sin llegar a romper la estructuración centralizada porque ésta, dice, estaríamos siempre obligados a reconstruirla.

Hay también en nuestra doctrina de Cabildos un *sentido sociológico* profundo y una ratificación de las exigencias enumeradas por la doctrina para que pueda surgir el Ente autónomo: en el pensamiento de Hauriou y Leopoldo Matos, citado antes, asoma esta realidad o fuerza social, viva, biológica, diríamos, expresiva y dominante, común a una colectividad que exige una consecuente configuración administrativa. Pietro Virga nos habla de las características del Ente autónomo, que creemos se dan en los Cabildos canarios, en igual sentido a lo expresado antes, concurriendo en dicho Ente las notas de necesario, territorial, con fines de carácter general. Y Posada requiere la capacidad o *sustratum* del Ente autónomo, con lo que se refiere, sin duda, al vigor y realidad humana

del grupo, que es unidad, y quiere resolver por sí mismo, sus necesidades de colectividad pública y en fin Maura se percata también de esta ley de la dinámica social, cuando estima que, donde quiera que existan intereses comunes, los mismos, sin imposición de nadie, ellos se juntan. Una comprobación de todo ello lo encontramos en la realidad de la Administración en Inglaterra, según se desprende de la lectura de obras como la de Redlich o W. E. Jackson.

Esta impresión de exigencia de vida no es ausente de la concepción de nuestros Cabildos, y por ello Manuel Velázquez nos habla de «nuestro modo de ser», y Morote, en el Congreso de los Diputados, al pedir la división de la Provincia, en nombre de la Gran Canaria apunta, como supremo argumento de Las Palmas... «que le hace falta para vivir».

Los Cabildos como Corporaciones Locales son equiparados, ya en las Asambleas tinerfeñas, a las *Diputaciones Provinciales*, pauta que se sigue en la ley de 1912, en el Estatuto Provincial artículo 188, Real Decreto de 1928, art. 189, y Reglamento de Organización Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952, artículo 423.

El artículo 5.º de la Ley de 1912, señala a los Cabildos por remisión al artículo 74 de la Ley de 1882, las propias funciones o competencias establecidas para las Diputaciones de régimen común «en cuanto sea propio y peculiar de cada una de las Islas» respectivamente. Competencias que se desarrollan en el art. 28 y s. s. del Reglamento de la expresada Ley, y éste, en su art. 3.º encomienda a los Cabildos «el gobierno peculiar de cada Isla y representación legal del territorio a que extiende su acción».

Alonso Fernández del Castillo ha explicado los actuales desajustes existentes en el sistema canario; provenientes, por una parte, del hecho de que las Diputaciones de régimen común representan a sus Provincias, mientras que en Canarias los Cabildos solo representan a su Isla respectiva como acabamos de ver, y su gestión económico-administrativa no alcanza por tanto a la totalidad del territorio provincial, estando formado, este territorio provincial en Canarias, por Islas que el mar separa, y de la otra por la

existencia de un Organismo, la Mancomunidad Provincial Interinsular, que ostenta la representación de la Provincia.

A nosotros nos corresponde, solo, ahora, subrayar la solución dada por dicho autor al problema de la coordinación de los Cabildos por la Mancomunidad a quien ha de dotarse de los medios legales y económicos para ello.

Los Cabildos tienen *relación con otros Organismos*, la Junta Administrativa de Carreteras, la Mancomunidad Provincial Interinsular, cuyos Miembros son los representantes de los Cabildos existentes en la Provincia..... y con los Ayuntamientos. En este último aspecto es importante señalar que dentro de la línea de vigorización provincial, señalada por autores como García de Enterría, las Instituciones de nuestra Ley de régimen Local, tales como Cooperación Provincial y Recurso Nivelador, —esta última suprimida por la reforma de las Haciendas Locales de 1962—, no se aplicaron a los Cabildos por disposición de 1956 en base al sistema de Cartas Económicas de nuestras Islas. Sin embargo creo sea conveniente examinar la sujeción de los Cabildos a las obligaciones de Cooperación Provincial según se exprese en las Resoluciones del Consejo de Ministros aprobatorias de tales cartas Económicas.

Quisiera ahora para terminar proponer un *concepto de los Cabildos Insulares*. Corporación pública de rango insular y de carácter territorial destinada a la promoción desarrollo y administración de los servicios que requieren las necesidades económico-administrativas supra municipales e insulares de la Isla, cual representan legalmente y dotadas de competencia, atribuciones y medios propios implantados en las Islas Canarias como feliz innovación que resuelve problemas de Administración Intermedia, y concebidos para ser integrados, a su vez, en una Organización total, unitaria, supra insular según lo exijan las necesidades unitarias del Archipiélago canario.

Por último, pueden formularse las siguientes conclusiones:

Raíces marcadamente sociológicas que fundamentan e imponen la creación de los Cabildos sostienen una consciencia acusada y poderosa que alienta en la singularidad o personalidad de los grupos humanos delimitados por el contorno físico de cada Isla, constituyendo su reconocimiento legal una prueba indiscutible de la realidad de las doctrinas descentralizadoras.

El sentido regional y de coordinación que sostiene el sistema canario, predispuesto a la integración de los Cabildos en un Organismo permanente de tal índole que recoja las características unitarias del Archipiélago, el que se implanta como consecuencia del fracaso de la Diputación Provincial única de Canarias, hecho que corrobora el fracaso de las limitaciones a escala provincial no sustentadas por tanto en grupos humanos de alma colectiva.

La anticipación que suponen en algunos casos los preceptos legales y doctrina que sustentan las Disposiciones del régimen especial canario de Administración Local anteriores a la reforma de Calvo Sotelo tales como:

a) La afirmación de la necesidad legal de existencia de un Ente supra municipal con fines propios que cumplir ante unas exigencias de sociabilidad superiores a los círculos humanos de los Municipios.

b) La concepción de una doble representación en los Miembros de dicha Corporación, respectivamente de los Ayuntamientos y de la Población.

c) La concesión de la facultad ejecutiva reservada a la propia Corporación local e iniciación del robustecimiento de la figura del Presidente.

V

LAS MANCOMUNIDADES PROVINCIALES
INTERINSULARES

por ALÓNSO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO

I. ANTECEDENTES

Las especialidades actualmente vigentes del régimen provincial de las Islas Canarias tienen su origen en la Ley de 11 de julio de 1912, llamada comunmente «Ley de Cabildos Insulares», pero constituiría un grave error partir de ese momento en el análisis de tales especialidades. Su correcta comprensión exige el conocimiento de la realidad histórica, social y política de la etapa anterior. De aquí que debamos hacer una alusión, siquiera sea somera, a esa realidad.

En el Siglo XIX las Islas Canarias están sometidas, en cuanto a la Administración Provincial se refiere, a las mismas normas uniformistas que el resto de la Nación. Y es justamente la aplicación a Canarias de esas normas generales lo que hace surgir el llamado «pleito canario», consistente en una lucha, primero por la capitalidad del Archipiélago y después, a partir de 1840, en torno al dilema de la unidad o la división de la Provincia.¹ Esa lucha se inicia en las Cortes de Cádiz el año 1912, cuando tenía que decidirse qué pueblo habría de ser la sede de la Diputación Provincial de Canarias, y se prolonga durante todo un siglo, hasta que se promulga la citada Ley de 11 de julio de 1912, primera solución que el legislador establece para el problema, pero que no lo resuelve definitivamente, porque la lucha subsiste prácticamente con el mismo encono hasta que se dicta el Real Decreto de 21 de septiembre de 1927, por el que queda dividida en dos la provincia de Canarias. Cuando se discutía la cuestión de la capitalidad, ésta se

¹ Vid. Marcos Guimerá Peraza. La capitalidad y la división en Canarias, Enciclopedia Canaria, Aula de Cultura de Tenerife, 1966.

la disputaban Santa Cruz de Tenerife, La Laguna y Las Palmas de Gran Canaria, pero desde que los políticos gran canarios se dan cuenta que es muy difícil quitar a Santa Cruz de Tenerife la condición de capital de la Provincia, levantan la bandera divisionista y la lucha queda concretada a esto: Gran Canaria que pide la división de la Provincia en dos, con lo que obtendría para ella la capital de la que estaría integrada por las tres Islas orientales (Gran Canaria, Fuerteventura y Lanzarote), y Tenerife que se opone a ello. El pleito canario no se sustancia solamente en las Islas, invade constantemente la esfera nacional; los políticos canarios lo llevan al Congreso de los Diputados en seguida que se presenta la oportunidad para ello, que es el proyecto Maura de Ley de Administración Local.¹ Una enmienda firmada por varios Diputados, entre los que se encuentran el Sr. Perojo, —su autor—, y don Benito Pérez Galdós, Diputados por Gran Canaria, propone la división en dos secciones de la Comisión Permanente de la Diputación Provincial, enmienda que es discutida y aceptada en el Congreso el 16 de octubre de 1908, aunque no alcanzara vigencia porque el proyecto de Ley nunca fue aprobado. Es decir, la cuestión canaria se había convertido en un problema nacional que preocupaba al Gobierno.² Ello llevó a Moret a incluir en el Real Decreto de 15 de noviembre de 1909 un precepto ordenando que el Gobernador de Canarias residiera alternativamente y con igual proporción de tiempo en Santa Cruz de Tenerife o en Las Palmas de Gran Canaria,³ disposición que tuvo una vida efímera.

¹ Maura, a la sazón Presidente del Consejo de Ministros, dijo en la sesión del Congreso de 16 de octubre de 1908, contestando al Diputado Sr. Benítez de Lugo: «Sobre esta materia de la división o de la unidad, desde que está el proyecto de Ley de Administración Local en curso han llegado a mi poder tantos mensajes, tantos discursos, tantos telegramas, tantas cartas, que es imposible ignorar el estado de opinión de Canarias».

² Moret, en la misma sesión del Congreso, dijo que para él era una constante preocupación el estado de Canarias, que consideraba «una cuestión de nacionalidad».

³ El artículo 28 del Real Decreto de 15 de noviembre de 1909 decía: «Será obligación de los Gobernadores de las Provincias de Baleares y Canarias, la visita anual a todas y cada una de las Islas que forman los respectivos archipiélagos, mientras las leyes no dispongan otra cosa, el Gobernador de Canarias residirá alter-

Había, pues, un clima de grave inquietud, de lucha abierta entre las Islas de Tenerife y Gran Canaria, lucha que afectaba muy directamente al funcionamiento de la Diputación Provincial de Canarias. Pero si no cabe duda que el centro de la lucha venía provocado por la pretensión, enérgicamente defendida por los políticos grancanarios, de que se dividiese la Provincia, tampoco debe perderse de vista que esa tensión fué causa de que en las restantes Islas del Archipiélago, contrarias a esa división, aparece un fecundo movimiento de revisión de la Administración Provincial canaria que constituye el origen del régimen actual. En efecto, la Asamblea celebrada en Santa Cruz de Tenerife, en defensa de la unidad provincial, en el mes de mayo de 1908, proponía, entre otras medidas, la creación de un Cabildo en cada Isla, con las atribuciones que la Ley Provincial de 29 de agosto de 1882 confería a las Diputaciones Provinciales, y una Asamblea Regional, ampliamente autónoma.¹ La idea habría de perfeccionarse en la importantísima Asamblea celebrada en Santa Cruz de Tenerife en el mes de febrero de 1911, con asistencia de representantes de todas las Islas, salvo Gran Canaria.² Esta Asamblea tenía por finalidad acudir a la información abierta por la Real Orden de 16 de abril de 1910, que dió motivos a las Asambleas previas celebradas en La Palma, Lanzarote, Fuerteventura y El Hierro, lo mismo que la celebrada en Las Palmas, con asistencia de Gran Canaria, Lanzarote y Fuerteventura. El sistema que propone la citada Asamblea tinerfeña se resume en los siguientes puntos:

a) *Municipios*.—Se regirían por las mismas normas que los del resto de la Nación.

b) *Islas*.—En cada Isla se crearía un Cabildo Insular, con análogas facultades a las que la Ley otorgaba a las Diputaciones Provinciales.

nativamente y con igual proporción de tiempo dentro del año en Santa Cruz de Tenerife o Las Palmas de Gran Canaria. El Delegado de esta Isla ejercerá las funciones de Secretario, cuando el Gobernador resida en ella; y en su ausencia, todas aquellas que en él delegue el propio Gobernador».

¹ Vid. el folleto titulado «Asamblea congregada el 2 de mayo de 1908 en Santa Cruz de Tenerife, capital de la provincia de Canarias». Imprenta García Cruz.

² Vid. el folleto titulado «Asamblea Provincial en Santa Cruz de Tenerife, Capital de la Provincia de Canarias», Febrero de 1911. Imprenta García Cruz.

c) *La Provincia*.—Todo el Archipiélago debería quedar unido en una sola Provincia, donde habría una Diputación Provincial, compuesta de representantes elegidos por sufragio directo de los electores de las siete islas, «con todas las atribuciones autonómicas, económicas y administrativas que sin quebrantar la unidad de gobierno ni la nacional, permitan el libre desarrollo de las iniciativas isleñas para el bien común». Y se añadía que «la Diputación debería asesorar al Gobierno en todos los proyectos de Ley, decretos y resoluciones ministeriales que afectaran a la manera de funcionar de la Administración y organismos de todos órdenes en el territorio canario, a fin de que en ningún tiempo estas resoluciones pudieran resultar en contradicción con las que regulen el sistema regional del Archipiélago».¹

A los fines de este estudio tiene importancia detenerse a considerar la naturaleza de esta Diputación Provincial, que en nada se hubiera parecido a las Diputaciones Provinciales de régimen común. Los asambleístas de 1911 pretendían que esa Corporación realizara una doble función: de una parte, en ella quedarían descentralizadas competencias que correspondían a la Administración del Estado, y de otra, sería órgano consultivo que habría de ser necesariamente oído en todos los asuntos de interés para el Archipiélago. Los acuerdos de esa Diputación Provincial, a la que también llamaban «Asamblea territorial», serían ejecutados por el Gobernador Civil de la Provincia. Se estimaba haber encontrado con esta nueva entidad la fórmula adecuada para lograr la máxima eficacia en la gestión de los intereses de la región, no siempre atendidos por el Poder central, excesivamente alejado de las Islas.

Por supuesto, esta fórmula no podía ser bien acogida por los políticos de Las Palmas, preocupados sobre todo en eliminar cualquier dependencia de Tenerife, y no valía, por tanto, para que el Gobierno la creyera útil para acallar las rivalidades entre Tenerife y Gran Canaria. No obstante, es reveladora de que aquella Asamblea había percibido la necesidad de contar con una Entidad que fuese la portadora de las aspiraciones y los intereses del conjunto del Archipiélago, pero que no podría tener la misma competencia

¹ Op. cit. pág. 84.

que las Diputaciones Provinciales, porque esa competencia quedaría atribuída a los Cabildos, sino otra netamente distinta.

II. LA LEY DE 11 DE JULIO DE 1912

Con la Ley de 11 de julio de 1912 se dió un paso decisivo hacia la solución del pleito canario, arbitrando una serie de medidas en relación con la Administración periférica del Estado y, sobre todo, introduciendo en la Administración local la figura de los Cabildos Insulares. Junto a ellos subsiste la Diputación Provincial. ¿Cómo quedaban repartidas las competencias entre los Cabildos de cada una de las siete Islas y la Diputación Provincial? Los Cabildos Insulares tenían asignada la misma competencia que la Ley Provincial atribuye a las Diputaciones Provinciales (art. 5),¹ y la Diputación Provincial del archipiélago canario funcionaría con arreglo a lo prevenido en la Ley de 1882 «en todo lo que sea compatible con los Cabildos Insulares» (art. 6.º). Es decir, que se le atribuía la misma competencia, con el único matiz de que la de los Cabildos se ceñiría a su respectivo territorio insular, mientras que la Diputación abarcaría la totalidad del Archipiélago. La confusión era evidente, y para poner remedio a ella, el Reglamento de 12 de octubre de 1912, dictado para aplicación de la Ley, concreta en sus artículos 28 al 34 cual sería la competencia de los Cabildos insulares, extendiéndola de tal modo que prácticamente desaparecían las funciones de la Diputación Provincial. Así, el artículo 32 decía: «Los actuales establecimientos benéficos, sea cualquiera su carácter, serán en lo sucesivo de cargo de los Cabildos de las islas en que radican». Y la disposición transitoria 2.ª deter-

¹ El art. 5.º de la Ley señalaba que las atribuciones de los Cabildos serían: a) Propias, ó sean de la exclusiva competencia de los mismos. Las que el artículo 74 de la Ley Provincial atribuye a las Diputaciones Provinciales, en cuanto sea propio y peculiar de cada una de las islas. b) Como Corporaciones de categoría superior a los Ayuntamientos, las que se atribuyen a las Diputaciones y Comisiones provinciales por los arts. 76 de la Ley Provincial, y 7, 21, 76 y 165 de la ley Municipal y R. D. de 24 de marzo de 1891. c) Funciones consultivas en materia de aguas, fomento, instrucción, sanidad, beneficencia y obras públicas, en todo lo que respecta a cada una, y según se determina en el art. 102 de la Ley Provincial.

minaba: «Constituídos los Cabildos, la Diputación les hará entrega de los establecimientos benéficos y demás dependencias que radiquen en cada isla...» Prácticamente quedaba anulada la Diputación Provincial.

Naturalmente, la lucha se reanudó en la primera sesión de la Diputación Provincial. Los Diputados de Gran Canaria entendían que la Diputación Provincial no debía conservar ningún establecimiento, mientras que los tinerfeños, acusando de ilegalidad al Reglamento, sostenían que aquellos que tuvieran un interés común a todas las islas no podían pasar a los Cabildos, sino que debían continuar en manos de la Diputación Provincial, criterio que triunfó con el apoyo de los Diputados de otras islas, aunque a nuestro juicio carecían de argumentos jurídicos en que ampararse.

La crisis de la Diputación Provincial era evidente y el tiempo fué demostrando que, configurada del modo impreciso y negativo que aparece en la Ley de 11 de julio de 1912 y en su Reglamento, estaba destinada a ser semillero de discordias y a llevar una vida enteramente ineficaz.

Otro aspecto innovador de esta Ley se encuentra en la facultad que se concede a los Cabildos insulares para mancomunarse «por asuntos de interés común a dos o más Islas» (art. 5.º). Esta figura tenía precedentes en nuestro derecho, puesto que en las leyes de 1870 y 1876 se permitía la asociación de provincias para sus fines, constituyendo para ello una Junta por medio de Comisiones. Con la Ley de 1882 desaparecen esas mancomunidades voluntarias interprovinciales, que vuelven a resurgir luego con el Decreto de 18 de diciembre de 1913, que las autorizó para fines exclusivamente administrativos que sean de la competencia provincial, y se recogen también en el Estatuto Provincial de 20 de marzo de 1925 (arts. 18 al 30).

Pero esas mancomunidades voluntarias de Cabildos parecen más bien configurarse como conciertos entre Cabildos que como creación de entidades interinsulares. Siguiendo a Presutti, cabe distinguir lo que denomina «consorcio ente público» de los «consorcios entre entes públicos», siendo ésta la naturaleza de esas mancomunidades. Se trata, en realidad, de contratos entre Cabildos insulares, no de la creación de entidades con personalidad jurídica independiente de los Cabildos de que nacen. El artículo 34

del Reglamento contiene los argumentos más claros en apoyo de esta tesis:

«Para el sostenimiento de los actuales establecimientos benéficos y de enseñanza y para los de las mismas clases que en lo sucesivo quieran crear los Cabildos, lo mismo que para todos los fines de su interés, podrán mancomunarse dos o más de ellos, siendo ésta también exclusiva facultad suya.

«La Mancomunidad quedará *pactada* por acuerdo que conste en acta de los Cabildos *contratantes*, figurando en los presupuestos las cantidades con que han de contribuir cada uno al gasto convenido.

«La ejecución y administración del servicio mancomunado la realizará el Cabildo de la Isla en que el servicio radique, sin perjuicio de la intervención de los otros interesados en la forma que libremente convengan».

Esas mancomunidades voluntarias entre Cabildos insulares no tuvieron eficacia alguna. Por otra parte, carecen en absoluto de parentesco con las existentes Mancomunidades Provinciales Interinsulares.

III. REFORMAS AL SISTEMA DE LA LEY DE 1912 Y REGIMEN ACTUAL

La crisis, antes señalada, de la Diputación Provincial de Canarias llega a tal extremo que es la propia Diputación Provincial la que pide al Dictador en 1923 que se reforme el régimen provincial de Canarias. Esa reforma llega con el Estatuto Provincial de 20 de marzo de 1925, que suprime la Diputación Provincial y crea en su lugar la Mancomunidad Provincial Interinsular. «Los Cabildos Insulares —dice el art. 191— constituirán una Mancomunidad de todos ellos, que asumirá la representación unitaria del Archipiélago. Esta Mancomunidad estará constituida por un representante de cada Cabildo, y celebrará sus sesiones en Santa Cruz de Tenerife». A esa Mancomunidad confiere el Estatuto unas funciones concretas y precisas, evitando así los equívocos que produjo

la técnica utilizada por la Ley de 1912 de señalamiento de la competencia de la Diputación Provincial por vía negativa. El Estatuto conservó la facultad que tenían los Cabildos de mancomunarse voluntariamente para la realización de sus fines (art. 188).

A pesar de que el legislador, como dijo el preámbulo del Estatuto, esperaba que con la desaparición de la Diputación y creación de la Mancomunidad «acaben de amansarse las pasiones locales...», lo cierto es que las aspiraciones de Gran Canaria no se satisfacen con ello y la lucha sigue hasta que el Real Decreto de 21 de septiembre de 1927 divide la Provincia. Con él habrá dos Mancomunidades Provinciales Interinsulares, una en cada Provincia, y se admite la posibilidad de que se concierten entre ambas Mancomunidades los servicios adecuados.

Para adecuar el Estatuto a la división de la Provincia, se dicta el Real-Decreto de 7 de mayo de 1928, que modifica el Título VI del libro I, con la novedad de que desaparecen las mancomunidades voluntarias de Cabildos. Las Mancomunidades Provinciales Interinsulares se regulan en los artículos 191 y 192 de modo muy semejante al que está actualmente vigente.

El artículo 192, en su párrafo segundo, disponía que las dos Mancomunidades deberían redactar sus respectivos Reglamentos en forma análoga a la que marcaba el Estatuto en el art. 22 para las Mancomunidades voluntarias, Reglamentos que habrían de someterse a la sanción definitiva del Ministerio de la Gobernación. Cumpliendo este mandato legal, la Mancomunidad Provincial Interinsular de Santa Cruz de Tenerife aprobó su Reglamento, que fue promulgado por Real Decreto de 7 de agosto de 1929, y que no ha sido modificado hasta la fecha, aunque muchos de sus preceptos han sido derogados por leyes posteriores. La Mancomunidad de Las Palmas no tiene Reglamento.¹

La Ley de Régimen Local sólo dedica un artículo a las especialidades de las Islas Canarias (art. 210), simplemente para decir que se conservan las características de la Administración Provincial existente, con lo que evidentemente había que remitirse a la

¹ Vid. Leopoldo de la Rosa, *Evolución del Régimen Local en las Islas Canarias*. I. E. A. L. 1946, pág. 130.

legislación anterior. Hay que esperar, pues, al Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, de 17 de mayo de 1952, para encontrar la regulación completa del «régimen especial de las Islas Canarias» (Tit. V, Cap. único, Sección 3.^a). De las Mancomunidades Provinciales Insulares tratan los artículos 427 al 434.

IV. NATURALEZA DE LAS MANCOMUNIDADES PROVINCIALES INTERINSULARES

A nuestro juicio, las tres notas que definen la naturaleza de estas Mancomunidades son la de tener carácter forzoso, la de ser entes complejos y la de ser entes territoriales.

a) Estas Mancomunidades nada tienen de común con las Mancomunidades voluntarias, sean interprovinciales, como las del Estatuto de 1925, o intermunicipales, como las que regula la vigente Ley de Régimen Local. Mientras éstas nacen de la voluntad de las Corporaciones que las integran, las Mancomunidades Provinciales Interinsulares son una creación del legislador. Ello ha llevado a algún autor a decir que es impropio el título de Mancomunidades, y que debieron denominarse «Agrupaciones forzosas»,¹ criterio que no nos parece acertado, por cuanto el término «mancomunidad» no lleva implícito necesariamente el carácter de voluntariedad, como lo demuestra el hecho de que siempre que las mancomunidades se configuran con este carácter se añade el adjetivo «voluntarias». Por otra parte, las Mancomunidades voluntarias nacen para la realización de obras, la gestión de servicios o el cumplimiento de determinados fines de la competencia asignada en común, eligiendo voluntariamente esas obras, servicios o fines los entes que se mancomunan, mientras que las Mancomunidades Provinciales Interinsulares tienen señalada su competencia directamente por el legislador.

b) Las Mancomunidades Provinciales canarias son entes

* Vid. Bermejo Gironés, *Los Cabildos Insulares de Canarias*. Editado por las Mancomunidades Provinciales de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife 1952. Pág. 53.

complejos, en el sentido que a esta expresión da Trevijano.¹ Es decir, las Mancomunidades están integradas por Cabildos Insulares. Así, dice el art. 427 del Reglamento de Organización citado que «los Cabildos de cada Provincia constituirán una Mancomunidad Provincial interinsular...». Y los miembros de las Mancomunidades se denominan «representantes», porque son en realidad representantes de los respectivos Cabildos.²

c) Las Mancomunidades Provinciales Interinsulares tienen un ámbito territorial de competencia, y por reducida que ésta sea —luego veremos que, al menos teóricamente, no lo es tanto— no puede decirse que no es ente territorial, sino institucional, como ha dicho Guaita.³

V. FUNCIONES DE LAS MANCOMUNIDADES PROVINCIALES INTERINSULARES

Con arreglo al artículo 428 ROF, las Mancomunidades tienen las siguientes funciones:

a) *Asumir la representación de su Provincia y coordinar los intereses de las Islas.*

La representación de la Provincia, desaparecida la Diputación Provincial, tenía que ser necesariamente asumida por alguien. Esto solo constituye ya una razón suficiente para la existencia de las

¹ García Trevijano, Principios Jurídicos de la Organización Administrativa. I. E. P. 1957. Pág. 167.

² Puede argumentarse en sentido contrario que también vienen configuradas las Provincias como «agrupaciones de Municipios» (LRL art. 204), con lo que nada diferenciaría a las Mancomunidades que serían «agrupaciones de Cabildos Insulares». Pero esta objeción carece de fundamento si se tiene en cuenta que la definición legal no es exacta. Así, García de Enterría (Problemas actuales de Régimen Local, pág. 26) ha dicho que la ley de Régimen Local «en el orden puramente teórico, por de pronto, ha querido dar de lado expresamente a la tradicional definición legal de la Provincia como «división» del Estado; pero ha caído con ello en otra idea reprochable técnicamente, la de entender que la Provincia es una «agrupación de municipios», lo cual no es exacto, sino propia entidad sustantiva cuyos miembros son directamente los individuos, como sería sencillo demostrar».

³ Aurelio Guaita, El concepto de Provincia, en Problemas de la Vida Local, pág. 211.

Mancomunidades Provinciales de las dos Provincias Canarias. Así, cuando en la Ley de Régimen Local o en cualesquiera otras leyes o disposiciones de carácter general se atribuyen a la Diputación o a su Presidente determinadas funciones, se entiende en cada una de las Provincias Canarias que esas funciones corresponden a la respectiva Mancomunidad o a su Presidente. Es el caso, por ejemplo, de la sustitución del Gobernador Civil a que se refiere el artículo 218 L.R.L.

La coordinación de los intereses de las Islas es un cometido que no figuraba encomendado a las Mancomunidades en el Estatuto y que aparece como una novedad del Reglamento de Organización. Ha sido un acierto evidente señalar la coordinación de los intereses de las Islas como una de las finalidades que debe cubrir cada Mancomunidad, no obstante la realidad nos enseña que no ha bastado con decir simplemente que ha de cumplir ese cometido, puesto que carece de los medios para lograrlo. La coordinación es un principio de ciencia administrativa que significa que los distintos entes y órganos de la Administración deben marchar de acuerdo, la coordinación constituye un problema cuando esos entes u órganos están colocados a un mismo nivel —como es el caso de los Cabildos de cada una de las Islas— y entonces para alcanzar el objetivo de la coordinación se impone que quien tenga asignado ese cometido posea una cierta superioridad o jerarquía en relación con los entes u órganos a coordinar. Esto es algo que ha sido perfectamente establecido por autores como Santamaría de Paredes y Jordana de Pozas, en nuestra Patria, y Zanobini, Presutti, Amorth y otros, fuera de ella. Nuestras Mancomunidades carecen de esa superioridad o jerarquía en relación a los Cabildos Insulares, es más, puede decirse que, en realidad, están situadas en un plano de inferioridad, dada la forma en que están constituidas y la regulación de sus haciendas.

b) *Regir y administrar los servicios que voluntariamente quieran traspasarle los Cabildos y los de índole local que estos no atiendan o no sostengan debidamente.*

Esta posibilidad que se abre a la cesión de servicios de competencia de los Cabildos está prácticamente inédita. Ni la Mancomunidad ha dispuesto de medios para ello ni los Cabildos se han inclinado a utilizar esta vía.

c) *Repartir entre los Cabildos las prestaciones y cargas que el Estado imponga a las Diputaciones y las subvenciones y recursos que conceda.*

Se trata normalmente del cumplimiento de una función mecánica, reducida actualmente casi al reparto de los ingresos por Apuestas Mutuas Deportivas y a las subvenciones del Estado para conservación o construcción de caminos vecinales.

d) *Fomentar los servicios de carácter interinsular, a cuyo fin podrán exigir a los Cabildos una aportación proporcionada a los presupuestos de ingresos, que si excediere del 5 por ciento, requerirá el quorum señalado en el art. 670 de la Ley para la aprobación de los Presupuestos.*

Con base en esta facultad, la Mancomunidad de Santa Cruz de Tenerife tiene un Sanatorio Psiquiátrico Provincial, ha concertado con el Estado el avance Catastral, tiene el Boletín Oficial de la Provincia, ha tenido un servicio telefónico con la Gomera, ha instalado una red de repetidores de televisión y ha contribuido recientemente a las obras del Aeropuerto de Mazo en La Palma y proyecta colaborar también en la construcción de aeropuertos en La Gomera y El Hierro.

VI. LA HACIENDA DE LAS MANCOMUNIDADES PROVINCIALES INTERINSULARES

No hay un sólo artículo de la Ley ni de los Reglamentos para su aplicación dedicado a las haciendas de las Mancomunidades. Únicamente la referencia que hace, como acabamos de ver, el apartado d) del artículo 428 R.O.F. a las aportaciones de los Cabildos Insulares. Esto, como se ha dicho, representa en la realidad que las Mancomunidades dependen de los Cabildos Insulares.

A pesar de la ausencia de una regulación, los recursos de las Mancomunidades vienen constituidos por los productos de su patrimonio; las subvenciones, auxilios y donativos; los derechos o tasas por prestación de servicios; y las aportaciones de los Cabildos Insulares. Es notoria, pues, la debilidad económica de las Mancomunidades.

VII. LOS MEDIOS PERSONALES

Las Mancomunidades se integran de representantes de los Cabildos Insulares de su Provincia en la forma que determina el art. 427 R.O.F. y es Presidente de cada una de ellas el del Cabildo de la Isla en que se halle la Capital, es decir, Tenerife y Gran Canaria.

Las plazas de Secretario, Interventor y Depositario pueden estar agrupadas a las del Cabildo de la Isla en que radique (art. 431 ROF) y de hecho lo están. También puede valerse del personal del mismo Cabildo para su funcionamiento (art. 432 ROF)

VIII. LAS RELACIONES ENTRE LAS DOS PROVINCIAS

No se olvidó el legislador de prever la conexión entre las dos Provincias, tan intensamente relacionadas y con tantos intereses comunes, a cuyo fin se indica que «las dos Mancomunidades podrán coordinar, de mutuo acuerdo, la administración de los intereses que afecten a ambas Provincias» (art. 429 ROF). Sin embargo, esta facultad ha sido muy escasamente utilizada por las Mancomunidades canarias. En contadas ocasiones han llegado a reunirse para adoptar decisiones conjuntas (en 1936, para tratar de un Estatuto de autonomía regional; en 1948, para solicitar un régimen especial económico-administrativo para Canarias; en 1954, para formular una petición conjunta al Gobierno sobre cuestiones económicas que afectaban al conjunto del Archipiélago; y alguna vez más).

La triste realidad es que frecuentemente las Autoridades de una Provincia defienden puntos de vista ante el Gobierno o las Cortes en asuntos de interés común para todo el Archipiélago con total desconocimiento de las de la otra Provincia, y lo peor de todo, sin tener en cuenta sus características peculiares.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Que el sistema no es perfecto es algo que siempre ha estado en el ánimo de los canarios, como lo prueba la larga serie de in-

tentos de reforma.¹ Las Mancomunidades Provinciales Interinsulares son el producto de las luchas enconadas de las que se habló al principio de este trabajo, de los recelos contra toda instancia suprainisular que pudiera recordar la antigua y combatida Diputación Provincial. Se ha querido preservar a toda costa la autonomía de cada Isla. El resultado son estas Mancomunidades sin vida propia. Pero la experiencia de más de cuarenta años de funcionamiento del sistema nos enseña que no pueden ni deben olvidarse los intereses comunes, so pena de sufrir graves perjuicios. El ejemplo más acusado de este desajuste, de esta falta absoluta de coordinación, lo tenemos en las Haciendas Insulares. Cada Cabildo dispone de su propia Ordenanza del Arbitrio de importación y exportación, de su propia tabla de valoración de las mercancías, sin que haya habido medio de que se pongun de acuerdo para suprimir las barreras interinsulares, para agilizar el comercio interno de Archipiélago, es decir, para establecer nuestro «mercado común canario». Con la situación actual no es posible proyectar una industria que cuente con el marco mínimo de las siete islas para desarrollar sus actividades. Esta es, sin duda alguna, una situación lamentable. Las Mancomunidades no tienen medios de establecer la debida coordinación entre las Islas; ninguna intervención tienen en los actos de los Cabildos Insulares en ese sentido.

Para que fuera viable una función coordinadora habría que constituir la Mancomunidad con representantes de la Provincia, directamente elegidos, no con representantes de los Cabildos. Puede decirse que, en la práctica, los representantes de los Cabildos son portadores de un mandato imperativo, aunque teóricamente deba entenderse como mandato representativo.

Para que pudiera pensarse seriamente en la gestión de servicios por las Mancomunidades habría que estructurar sobre bases más sólidas su hacienda, aunque probablemente no sea muy necesario ampliar los servicios de las Mancomunidades.

Sin embargo, entendemos que esas medidas serían insuficien-

¹ Vid. Leopoldo de la Rosa, op. cit. págs. 130 y 131. También del mismo autor «La administración local en las islas Canarias: evolución y régimen actual», en la Provincia, dimensión administrativa, Barcelona 1966. Instituto de Ciencias Sociales de la Diputación Provincial, págs. 111 y 112.

tes. Las Corporaciones provinciales deben partir de supuestos radicalmente distintos a los de esas Mancomunidades nacidas de las luchas entre Islas y de recelos. Lo mismo que esas Mancomunidades nacieron del deseo de salvaguardar a toda costa la autonomía insular, es decir, de una actitud negativa, las Corporaciones provinciales del futuro deberían orientarse hacia una meta positiva, la de fomentar los intereses comunes. Ello nos llevaría a un conjunto de funciones muy distintas de las que actualmente tienen asignadas. Quizá hay ideas fecundas en aquel modelo de Asamblea territorial que imaginaban los Asambleístas de 1911, o quizá en el proyecto de Ley de Bases elevado al Gobierno el 18 de febrero de 1948. Lo cierto es que hay que bucear en aguas distintas.

Por último, no debe perderse de vista que si el éxito de la Ley de 1912 es haber reconocido que la Isla es una unidad de intereses y haber creado el instrumento adecuado para la gestión de esos intereses —los Cabildos insulares—, también existen unos intereses comunes a todo el Archipiélago para cuya defensa no ha previsto el legislador el instrumento eficaz. Hay intereses insulares y regionales, lo que no hay es intereses provinciales. La división de la Provincia, consecuencia de las circunstancias históricas y sociales conocidas, no ha podido impedir que siga existiendo una comunidad de necesidades, de problemas y de aspiraciones de todo el Archipiélago. Se carece, sin embargo, del instrumento capaz de asumir la función de elaborar las soluciones pertinentes. Si las Mancomunidades actuales son el producto de aquellas luchas, el ordenamiento futuro, superadas esas luchas, debe partir de la conciencia de esa insuficiente protección a los intereses comunes.

VI

CONSIDERACIONES SOBRE LOS ASPECTOS ADMINISTRATIVOS DEL PLAN DE DESARROLLO PARA CANARIAS

por JUAN-JOSÉ MARÍ CASTELLÓ-TÁRREGA

I SIGNIFICADO DE LA LEY APROBADORA DEL PLAN DE DESARROLLO

La Ley 194/1.963, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el Plan de Desarrollo Económico y Social, así como sus Anexos para Canarias y Guinea Ecuatorial, y por la que se dictan normas relativas a su ejecución, tiene una importante y especial significación. Supone la adopción por parte del Estado español de un nuevo método regulador de toda su actividad económica: «la planificación». Se quiere que en adelante sea la «planificación» el único método de elaboración y desarrollo de la política económica del Estado.

La literatura económica moderna ha puesto de relieve los efectos derivados de la aplicación estricta del principio de la doctrina económica liberal que pretendía marginar al Estado de la actividad económica de los particulares, por estimar que el libre juego de las fuerzas económicas era el mejor medio de conseguir el desarrollo del conjunto nacional. No es esta la ocasión para entrar a examinar las razones aducidas en contra de aquel principio, las consecuencias del mismo, ni los motivos que justifican la intervención del Estado en el campo de la economía.¹

¹ Sobre la intervención económica del Estado, formas y técnicas de que se vale, su actitud ante el desarrollo, fases por la que ha atravesado su intervención: Aurelio Guaita, «Derecho Administrativo especial», tomo III, Zaragoza, 1.964, págs. 15, 18, 62, 63. José-Luis Villar Palasí, «La intervención administrativa en la industria», tomo primero, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1.964, págs. 15, 24 a 29.—Ramón Tamames, «Estructura económica de España», Sociedad de Estudios y Publicaciones; Madrid, 2.ª edición, 1.964, págs. 765 y 766.—Fernando de Lifián, «La Administración, factor de desarrollo», Documentación Administrativa, n.º 61, Madrid, Enero, 1.963, págs. 129-134.—Luis de la Morena: «La planificación como función: su concepto y primacía sobre las demás funciones administrativas», Documentación Administrativa, n.º 89, Madrid, Mayo, 1965.—Informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, Madrid, 1.962, pág. 108.

Basta una simple ojeada a la realidad de aquel entonces para comprender que, incluso en pleno triunfo de la doctrina económica liberal, el Estado se vió obligado a intervenir en alguna medida en la actividad económica de sus ciudadanos.¹

La adopción de medidas de policía encaminadas a mantener el «orden público», son una demostración de lo dicho. La seguridad, la solubridad, la moralidad, parecen ser razones lo suficientemente poderosas para mover al Estado a abrir brecha en el principio sacrosanto del «laissez faire, laissez passer». Luego, la intervención del Estado se iría produciendo cada vez con mayor intensidad. Se impulsa la actividad económica de los particulares hacia determinados sectores o campos de la producción mediante las llamadas medidas de «fomento». Se asume luego por el Estado la realización —bien por sí o acudiendo al concurso de los particulares— de determinadas actividades encaminadas a la satisfacción de necesidades colectivas mediante el montaje de los «servicios públicos». Se llega más tarde a intervenir de una manera directa en la economía, con la finalidad de paliar los efectos de las crisis económicas o de evitarlas en el futuro. Se termina, al fin, por asumir la dirección misma del desarrollo económico como medio para acelerarlo y de que se realice en forma armónica y coherente.²

En nuestros tiempos el Estado ya no se limita solo a corregir los defectos de orden coyuntural que aparezcan en la vida económica de la nación, sino que va a incidir también en los problemas estructurales que esa economía padezca. Del principio liberal se ha pasado a otro muy diverso: el desarrollo económico de un país únicamente puede alcanzarse en forma armónica, coherente y equilibrada en la medida en que el Estado asuma el control y dirección de las fuerzas económicas. Y este principio se predica muy especialmente de los países en desarrollo.

El fenómeno de la planificación económica únicamente lo en-

¹ Se ha dicho incluso que el triunfo mismo de la doctrina económica liberal fue posible al decidido apoyo del Estado. En éste sentido, Villar Palasi, *ob. cit.* pág. 24.

² No se nos oculta que éste esquema adolece de excesiva simplicidad, pero creemos que tiene un valor expositivo y didáctico de las fases por las que ha pasado la intervención del Estado en la vida económica.

contraremos con el Estado intervencionista. Pero contrariamente a lo que pudiera pensarse, no supone un mayor grado de intensidad de esa intervención, sino un método perfeccionado de la misma. La intervención del Estado en el campo de la economía ha venido realizándose hasta tiempos relativamente recientes de una forma esporádica y no sistemática; pero a medida que las técnicas interventoras han ido adelantando, la acción coordinadora del Estado de toda la actividad económica de la nación se ha ido racionalizando cada vez más. Surge así la teoría de la planificación, con la que se pretende que esa acción interventora del Estado en el mundo de la economía se inspire en principios de la máxima racionalidad.¹

Por eso el fenómeno de la planificación aparece en Estados de ideología muy diversa en orden a la intervención que le corresponde en la actividad económica. Frente a los Estados socialistas, en los que el poder público asume en exclusiva el dominio de las fuerzas de producción, los Estados con economía de mercado comparten esa función, en mayor o menor medida, con el sector privado. Pero en uno y otro caso, aceptado un determinado grado de intervención, se adopta la planificación como el método más racional y lógico de ejercer la política económica. Se halla completamente superada la controversia surgida hace unas décadas sobre la validez de la idea misma de la planificación y de su compatibilidad con las concepciones de un Estado no socialista. Hoy la controversia parece limitarse al sistema adecuado para conseguir la planificación más perfecta posible.²

¹ Manuel Ballbé Prunes: «La proyección del Derecho en la Administración económica», n.º 46, Madrid, Octubre 1.961, págs. 17 y 18.—José Luis Meilán: «La organización administrativa de los planes de desarrollo». Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Madrid 1.966; pág. 16.—Luis García de Diego: «La organización administrativa de la planificación económica», Documentación Administrativa, n.º 44 y 45, Madrid, Agosto - Septiembre, 1.961, págs. 21 y 22.

² John Friedman: «Etude et pratique de la planification. Introduction». «Revue Internationale des sciences sociales», v. XI, n.º 3, 1.956, pág. 339.—J. Tinbergen: «La planification de la politique économique». Revue Internationale des sciences sociales; v. XI, n.º 3, 1.956, 374-375.—Giuseppino Treves: «La organización gubernamental para el desarrollo económico». Documentación Administrativa, núm. 52, Madrid, Abril, 1.962, pág. 68 y siguientes.

Valgan las simples reflexiones anteriores para llegar a comprender el significado que debe buscarse en la Ley por la que se aprueba el primer Plan de Desarrollo español. Supuesta la necesidad de que el Estado español intervenga en la economía del país, con la promulgación de esta Ley su intervención se quiere inspirar en criterios más racionales. Frente a intervenciones esporádicas, a remolque de las necesidades, y respondiendo a criterios cambiantes impuestos por la coyuntura del momento, se quiere en lo sucesivo actuar con previsión de futuro. Racionalidad y previsión son características esenciales de la planificación económica, en la que intervienen numerosos factores a tener en cuenta. Esto es lo que hace de ella una tarea sumamente compleja.¹

El Estado español se ha considerado a sí mismo capacitado para llevar a cabo esta árdua tarea planificadora. Ello le exigirá el estructurar una ágil y eficiente Administración; pero también el asumir un compromiso político serio, consciente y consecuente de respeto a las directrices y principios inspiradores del Plan. El éxito de todo Plan —y, por supuesto, también del Plan español— dependerá tanto de su perfección intrínseca como del cumplimiento por parte del Estado de ese compromiso político. Tan solo así el Plan podrá llegar a ser expresión máxima de un Estado de Derecho, en cuanto implique para la Administración el deber de respetarlo, y sea para los ciudadanos un instrumento de garantía.²

II EL PLAN DE DESARROLLO Y SU ANEXO PARA CANARIAS

El Plan de Desarrollo Económico y Social español contiene dos anexos: uno para Canarias y el otro para la Guinea Ecuatorial.

La existencia, en nuestro caso, de éste Anexo para Canarias, nos plantea el problema de saber cual sea el carácter y naturaleza del mismo con referencia al Plan Nacional. Admitido por los redactores del Plan de Desarrollo la conveniencia de elaborar un Plan específico para Canarias, posiblemente pudo haberse adopta-

¹ Luis de la Morena, ob. citada — Informe citado, pág. 87.

² Villar Palasí, ob. cit. pág. 53.

do por los mismos tres soluciones distintas. En primer lugar, limitarse a hacer del Plan para Canarias una concreta y particular aplicación a las Islas del Archipiélago de las técnicas que para el desarrollo regional se propugnan en el Plan Nacional. En segundo lugar, hacer en el Plan Nacional una simple sección más en la que se diera un tratamiento específico a aquellas determinadas materias de la economía canaria que ofrecieran más acusadas peculiaridades frente a la economía peninsular. En tercer lugar, cabría hacer en el Plan para Canarias un tratamiento de conjunto de la economía del Archipiélago, configurándolo como un completo y auténtico plan. en todo similar al nacional, si bien reducido a escala regional y matizado por las características económicas de las Islas.

Podemos afirmar que el Plan para Canarias no se limita a ser una mera aplicación en el ámbito regional del Archipiélago de las directrices y medios que en orden al desarrollo regional se propugnan en el Plan de Desarrollo. Esta afirmación exige hacer unas precisiones previas sobre la idea que el Plan de Desarrollo tiene del desarrollo regional, puesto que éste es susceptible de ser entendido de diversas formas, bien como un objetivo a conseguir con el Plan, bien como un criterio ordenador del mismo.

Sabemos que —frente a la opinión sustentada en el informe del Banco Mundial¹— el Plan de Desarrollo confiere especial relieve al desarrollo regional, hasta el punto que la promoción del desarrollo regional se define como uno de los criterios que deberá inspirar la acción del Estado.² Al efectuar el análisis de la situación económica española,³ los redactores del Plan reconocen la existencia de regiones que «en términos relativos» pueden clasificarse como «desarrolladas» frente a otras «insuficientemente desarrolladas»⁴, y estiman que esa acusada diferencia de nivel eco-

¹ En el informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento se defiende una acción global del desarrollo de la economía española, y no estima aconsejable acciones directas sobre zonas geográficas atrasadas para elevar aceleradamente su postración económica (págs. 93 y 94).

² P. D. E. S., pág. 64.

³ El Plan dedica el Capítulo VIII al análisis de esta cuestión del desarrollo regional y al estudio de los medios técnicos adecuados para acelerar el desarrollo de las zonas atrasadas (págs. 149 a 153).

⁴ P. D. E. S., pág. 150.

nómico entre las regiones y provincias españolas es uno de los graves problemas que presenta nuestra estructura económica. De aquí que el Plan de Desarrollo se proponga como uno de sus objetivos al corregir en lo posible ese desnivel entre las provincias, promoviendo una aceleración del desarrollo de las zonas más atrasadas¹, para lo que propugna la utilización de un determinado método de actuación que se ha considerado como el más adecuado para conseguir esa finalidad.²

¹ P. D. E. S., pág. 42.

² El Plan de Desarrollo, ante las diversas posibilidades de actuación que se le ofrecían para el desarrollo de las regiones o zonas económicamente atrasadas, se inclinó—por criterios de oportunidad y eficacia y dada la limitación de los recursos disponibles» (P. D. E. S., pág. 150)—por utilizar como método de actuación lo que denomina «introducción de nuevos factores capaces de desencadenar por sí mismos una rápida evolución» (P. D. E. S. pág. 150).

Este método de acción regional se centra en la utilización de las siguientes técnicas; a) instalación de polos de crecimiento, con el fin específico de fomentar la industrialización de determinadas zonas; b) acciones sobre el sector agrario, con objeto de obtener la mejora agrícola de manera preferente en aquellas zonas que no reúnan un mínimo de condiciones favorables para la industrialización a corto plazo; c) modernización y racionalización de los servicios; d) promoción de zonas turísticas (P. D. E. S., págs. 64 y 150).

Las acciones concretas que se propugnan sobre el sector agrario son muy diversas. De entre ellas, parece haberse dado a la acción sobre la infraestructura un especial relieve, lo que supone una continuidad en la política de grandes obras de colonización y transformación en regadío, contrariamente a las recomendaciones hechas en el informe del Banco Mundial (Planes de Badajoz, Jaen, Tierra de Campos, grandes zonas regables, planes provinciales). También se insiste en la política de repoblación forestal, concentración parcelaria, conservación de suelos, mejora ganadera, etc. Estas acciones, que suponen grandes inversiones, se quieren complementar con una acción eneaminada a la capacitación profesional agrícola.

Para la realización de esta política de desarrollo regional que propugna nuestro Plan nacional, era necesario elaborar el marco jurídico de actuación de la Administración, por lo que la Ley que aprueba el Plan contiene un conjunto de medidas legislativas básicas que permiten realizar la acción programada, y que se hallan inspiradas en las «directrices» y «criterios operativos» de esa política de desarrollo regional. En general éstas normas tan solo regulan en líneas muy generales estas actuaciones del Estado, como ocurre con los polos de crecimiento y con las medidas por las que se realizará la mejora agraria. Por eso se califican de básicas, necesitadas de ulterior regulación que las complementa, como así se ha hecho, por ejemplo, con los polos de crecimiento.

El Plan para Canarias no se ha limitado solamente a ser una aplicación concreta al territorio insular de esas técnicas de acción regional encaminadas a obtener el desarrollo de la zona geográfica a la que se aplican. Si se hubiera querido tener del Plan para Canarias un concepto tan limitado, habría bastado con señalar cuales de esas técnicas iban a ser utilizadas en nuestro caso como las más adecuadas para acelerar el desarrollo de la región canaria. Con ello hubiera sido suficiente —según las previsiones de los redactores del Plan— para obtener un ritmo más rápido en la expansión económica del Archipiélago. Por el contrario, su contenido es mucho más amplio y complejo, y las razones que justifican su existencia responden a ideas diversas de las que motivan en el Plan de Desarrollo el llamado desarrollo regional, con lo que no se excluye que también el Plan para Canarias tenga como finalidad el promover y acelerar el desarrollo económico de la región, así como que sea posible encontrar en él la utilización de métodos de acción de naturaleza similar o idéntica a las técnicas de acción regional adoptadas en el Plan Nacional.¹

No es tampoco el Plan Canarias una sección particular del Plan nacional, referido tan solo a aquellos determinados sectores económicos que en Canarias ofrezcan unas acusadas características, o en la que se detallen ciertas inversiones específicamente a realizar en el Archipiélago. Si éste hubiera sido su objeto habría bastado que en el Plan Nacional de Inversiones se señalarán aquellas que

En ocasiones éstas normas contienen declaraciones tan generales, que más bien son normas meramente programáticas que auténticas normas de actuación concreta de la Administración. En especial, ello ocurre en aquellos artículos de la Ley destinados a regular la acción del Estado en el sector agrario.

¹ Como luego veremos, la elaboración del Plan para Canarias descansa en la idea de la complejidad y peculiaridad de la economía canaria, y no en la idea que del desarrollo regional se tiene en el Plan nacional, en donde éste tiene el sentido de promover el acelerado desarrollo económico de las zonas o regiones más atrasadas o subdesarrolladas. Ahora bien, el hecho de que haya sido la complejidad de la economía canaria el motivo de la redacción de este Plan, no quiere decir por sí sólo que no se dé la circunstancia de tratarse de una zona «relativamente» atrasada. Lo que se quiere decir es que esta circunstancia, de darse (ya veremos la contradicción en que se ha incurrido), no es la que ha justificado su elaboración, sino las singularidades económicas de las islas.

fueran a ser localizadas en Canarias, o bien que al estudiar dentro del Plan Nacional cada una de las materias o sectores económicos, se propugnaran, junto con las medidas arbitradas con carácter general para promover su expansión, otras medidas de aplicación más conveniente para Canarias en atención a las características que ese sector ofreciera en las Islas.

Por el contrario, el Plan para Canarias se configura como un auténtico y completo «Plan de Desarrollo», que actúa al lado del Plan nacional con plena autonomía, si bien se halla dotado de unas características similares a las de éste. Así entendido, el Plan para Canarias podría considerarse como una manifestación de la llamada «planificación regional», en la que el «plan» parece articularse no tanto por sectores económicos como por zonas geográficas, y que en nuestra «planificación» tendría carácter excepcional, limitada tan solo a las dos regiones antes mencionadas, ésto es, Canarias y la Guinea Ecuatorial.¹

A esta conclusión se llega si tenemos en cuenta las razones que han justificado su elaboración, los objetivos que persigue y el carácter global con que se estudia en él la economía canaria.

El Plan para Canarias tiene su razón de ser en la complejidad que presenta la economía canaria y que la singularizan del contexto general de la economía nacional. Estas peculiares características económicas del Archipiélago canario derivan del hecho de su localización geográfica, de un lado alejado del territorio nacional

¹ La «planificación regional» es un criterio de ordenación del «Plan», por el cual éste se desarrolla preferentemente y de manera fundamental no tanto por sectores económicos contemplados en su conjunto nacional, como descentralizado y articulados por zonas geográficas, de forma tal que el Plan nacional vendría a estar integrado por la conjunción de los diversos planes regionales. Este criterio ordenador de la planificación económica no es comunmente adoptado, pues, al parecer, la regionalización de los planes de desarrollo ofrece numerosas dificultades no satisfactoriamente resueltas por ahora, entre las que no es la menos importante la necesaria articulación de cada uno de esos planes regionales con el conjunto nacional, y la posible organización administrativa centralizadora del país. (José-Luis Meilán, «La organización administrativa de los planes de desarrollo» ya citado, págs. 27 y 28). Esta mayor complejidad técnica y la tendencia mercadadamente centralizadora de la Administración española, explican que el Plan de Desarrollo español no se atenga al principio de la planificación regional como criterio ordenador del mismo.

peninsular, y de otro situado en un punto importante para las grandes travesías marítimas. De éste hecho derivan dos consecuencias: a) que sus interconexiones con la economía nacional no pueden ser iguales que las que entre sí puedan tener el resto de las regiones o provincias peninsulares; y, b) que se haya desarrollado una economía de carácter comercial orientada fundamentalmente hacia el exterior,¹ lo que ha llevado a que se configure un régimen comercial muy distinto al peninsular. Ante éstas realidades pronto se comprendió por los redactores del Plan de Desarrollo la necesidad de un plan específico para las Islas Canarias, ya que no era previsible que las islas participaran de la expansión económica general con la misma intensidad que las restantes provincias peninsulares, al no ser sus interconexiones con el resto de la nación del mismo grado que las imperantes entre las demás provincias², y, muy especialmente, por estimar que ese «acervo de peculiaridades» que ofrece la economía canaria, «exigían» un tratamiento específico³,⁴.

También el Plan para Canarias busca un objetivo particular. El objetivo «programático» del Plan nacional — consignado en el art. 1 de la Ley aprobadora del mismo— es el «conseguir la elevación del nivel de vida de los españoles dentro de las exigencias de la justicia social y favorecer el desenvolvimiento de la libertad y de la dignidad de la persona». Junto a ese objetivo programático y último —idea central sobre la que debe descansar todo programa de desarrollo— el «objetivo económico primordial» del Plan es el promover una adecuada expansión económica, «orientado... al bienestar social», es decir, a conseguir una «equitativa distribución de la renta».⁵ En nuestro Plan de Desarrollo el promover la «expansión económica» es «objetivo económico primordial», al tiempo que constituye el instrumento por el que se va a conse-

¹ P. D. C., pág. 21.

² P. D. C., págs. 11 y 19.

³ P. D. C., pág. 11.

⁴ También ha sido razón que ha movido a la elaboración del Plan Canarias la consideración de que las islas no tienen un alto nivel de renta (P. D. C., pág. 11), pero ésta razón es secundaria y los redactores del Plan se han limitado a estimarla como un reforzamiento de la razón principal.

⁵ P. D. S. pág. 41.

guir el último u objetivo central del Plan: el elevar el nivel de vida y una mas equitativa distribución de la renta.

Todos estos objetivos se hallan implícitos en el Plan para Canarias. También su fin último —u objetivo central del Plan— es elevar el nivel de vida y obtener una equitativa distribución de la renta; y también su objetivo económico primordial es el promover la expansión económica de las islas Canarias como medio para alcanzar esos propósitos. Mas, como Plan de carácter específico regional, tiene un objetivo peculiar: el promover la expansión económica del Archipiélago en forma tal que se consiga elevar la renta de las islas a un ritmo más acelerado que el propugnado en el Plan nacional, con la finalidad de alcanzar la media nacional en un determinado período de tiempo¹,².

Al igual que hace el Plan nacional con la economía general de la nación, así el Plan para Canarias considera con caracteres de totalidad a la economía canaria conforme a criterios propios. Es decir, no se limita a dar un tratamiento peculiar a aquellas materias o sectores económicos que en la economía de las islas ofrezcan acusadas y específicas características, sino que contempla en bloque su economía y hace de ella una programación de conjunto. Precisamente porque en él se estudia la economía canaria como un sistema económico, no solo se ha procedido a efectuar un análisis de las estructuras de cada uno de los sectores económicos y a estudiar los problemas que afectan a cada uno de ellos, sino que se ha tenido en cuenta las interconexiones de todo el sistema y se ha abarcado tanto el sector privado como el sector público.³

¹ P. D. C., págs. 50 y 514.

² Parece existir una contradicción entre las conclusiones a que se llega en el Plan nacional y las que se obtienen en el de Canarias. En aquel, al analizarse el desarrollo regional español, se estime que el Archipiélago canario es una de las regiones que «en términos relativos» puede clasificarse entre las desarrolladas (P. D. E. S., pág. 150). Sin embargo, en seguida se nos dice que las islas no destacan por su alto nivel de renta y las sitúa por debajo de la media nacional (P. D. C., págs. 11 y 43 a 50), hasta el punto que el objetivo del plan es alcanzar la media nacional. Para que ello sea posible en el año 1.970 se ha señalado una tasa anual acumulativa de crecimiento tan alta (13,83 por 100), que los propios redactores del Plan reconocen ser muy elevada y de difícil realización (P. D. C., pág. 50).

³ El carácter global del Plan nacional viene en él expresamente reconocido (P. D. E. S., pág. 46). E implícitamente en el Plan para Canarias. (P. D. C., pág. 11).

Esta característica global diferencia netamente el Plan para Canarias de los planes de ordenación para el Hierro y Fuerteventura, que si bien son planes de ordenación económica, sin embargo se hallan limitados a una pequeña zona geográfica y a la realización de obras materiales concretas a efectuar en el sector público. Carecen, por lo tanto, de ese carácter general con el cual se contempla la economía canaria en el Plan de Desarrollo.

En definitiva, en el Plan para Canarias nos encontramos con un tratamiento «peculiar» de la economía canaria de «carácter global», es decir, unitario y de conjunto, lo que explica que en él se contengan unos objetivos propios a alcanzar —aparte de los que implícitamente se derivan de la existencia misma de todo Plan de Desarrollo—, y que las medidas en él propugnadas y el desarrollo del programa de inversiones públicas en él consignado, en cuanto orientados a la consecución de esos objetivos propios, no coincidan necesariamente con las medidas señaladas en el Plan nacional, así como que esas inversiones respondan a unos principios o criterios también diferentes.¹

Ahora bien, las diferencias del Plan nacional y del Plan para Canarias son tan solo de orden económico, al responder cada uno de ellos a particulares situaciones económicas. Pero son similares por lo que se refiere a las características jurídicas que las inspiran, pues, además de su carácter global, ambos tienen carácter indicativo y son de contenido extrajurídico.

El Plan para Canarias, como el Plan nacional, tiene un carácter meramente indicativo para el sector privado, es decir, deja en absoluta libertad a dicho sector para programar sus propias inversiones. Para el sector privado, el Plan tiene un valor de orientación y previsión, al ayudar a los empresarios a adoptar decisiones correctas en cuanto les da a conocer la probable evolución de la economía y les garantiza los propósitos del Gobierno. Pero este principio no excluye el que el Estado ejercite una acción indirecta sobre el sector privado, estimulando y orientando las inversiones

¹ Para el desarrollo del programa de inversiones a realizar en las islas, el Plan contiene una serie de principios o criterios operativos particulares (P. D. C., págs. 511 y 512).

privadas conforme a los criterios generales por medio de un sistema de incentivos.¹

Por el contrario, el Plan es vinculante para el sector público, de forma tal que las inversiones públicas deben realizarse de acuerdo con el programa de inversiones contenido en el Plan.² Mas este carácter vinculante del Plan no lo es solo para el sector público, sino también para las empresas privadas que libremente se concierten con la Administración en la consecución de determinados objetivos, mediante el llamado «régimen de acción concertada».³

En art. 2 de la Ley de 28 de diciembre de 1963, por el que se aprobó el Plan de Desarrollo, afirma el carácter meramente indicativo que éste tiene para el sector privado, y su carácter vinculante solo para el sector público.⁴ Este precepto es enteramente aplicable al Plan para Canarias, ya que la Ley antedicha no contiene excepción alguna en cuanto a su ámbito territorial, ni excluye de su aplicación a los planes específicos para Canarias o Guinea Ecuatorial.

De aquí que en el Plan para Canarias no se contenga una programación de las inversiones privadas. En él se lee que el «criterio de no planificar las inversiones privadas... tiene su plena justificación en el carácter indicativo del Plan». Solo son objeto de especificación aquellas inversiones privadas en las cuales parte de su financiación se realiza con auxilios del Estado en concepto de subvenciones o anticipos.⁵ El plan para Canarias, en razón a su carácter vinculante tan solo para con la Administración, únicamente contiene una programación de las inversiones públicas, para cuya ejecución se señalan una serie de criterios y principios operativos. Expresamente se afirma que las cifras consignadas en el programa

¹ La planificación ha sido calificada como la versión moderna del fomento (Luis de la Morena, ob. cit., pág. 71).

² «Todo Plan de desarrollo económico es un programa de gastos e inversiones públicas» (Informe del Banco de Reconstrucción y Fomento, ob. cit., pág. 85).

³ En el Informe del Banco de Reconstrucción y Fomento, ob. cit., se recomendó la adopción del carácter indicativo del Plan como inspirador del Plan a adoptar (pág. 85). Este carácter está expresamente reconocido en el propio P. D. E. S., (pág. 46).

⁴ Art. 2, párrafos 1 y 2 de la Ley 194/1.963, de 28 de Diciembre.

⁵ P. D. C., pág. 511.

de inversiones públicas para las Islas Canarias tienen el carácter de inversiones mínimas que el Estado se compromete a realizar.¹

De igual manera que el Plan nacional, el Plan para Canarias no es un conjunto de medidas legislativas, sino de directrices y criterios operativos que deberán inspirar la política económica —social del Estado para el desarrollo. Es inútil buscar en el Plan un conjunto de normas jurídicas: su contenido es extrajurídico. La actuación del Estado en el cumplimiento y ejecución de esos principios enunciados en el Plan, se realizará con los medios habituales que la Administración posee. El Plan no contiene sino la programación general de una política económica que el Estado se compromete a realizar.

De aquí que la Ley de 28 de Diciembre de 1.963 por la que fué aprobado el Plan de Desarrollo tuviera como una de sus finalidades el crear el marco institucional jurídico a través del cual se van a realizar esas directrices político-económicas, y que habrá de ser complementado, a su vez, por todo el conjunto de disposiciones legislativas ya vigentes al tiempo de la publicación de dicha Ley y por todas aquellas otras disposiciones que en el futuro se pudieran dictar para la ejecución de los objetivos y directrices de la política de desarrollo establecida en el Plan.²

En ningún caso el Plan para Canarias contiene normas jurí-

¹ P. D. C., pág. 512.

² En la propia Exposición de Motivos de la Ley aprobadora del Plan de Desarrollo se nos dice que «para la aprobación del Plan de Desarrollo y facilitar el cumplimiento del mismo, resulta imprescindible articular un conjunto de medidas legislativas básicas que, inspiradas en las directrices y criterios operativos de la política de desarrollo, definan el marco a que se habrá de ajustar la acción del Estado dentro del equilibrio presupuestario y ofrezcan el cuadro de derechos y oportunidades en que podrá desenvolverse sin incertidumbre la acción del sector privado». Igualmente se afirma en dicha Exposición de Motivos que todas las disposiciones reguladoras del sistema financiero, tributario, arancelario, del régimen de contratación administrativa, etc., junto con las medidas legislativas contenidas en la Ley aprobadora del Plan y complementadas con la Ley de Presupuestos del Estado —en cuanto recoge el Programa de Inversiones públicas— «constituyen el cuadro fundamental de la acción del Estado para promover el logro de los objetivos del desarrollo económico». Y en la disposición final primera de la Ley se autoriza al Gobierno a dictar o proponer en su caso las disposiciones que exija la ejecución de la misma y «de los objetivos y directrices de la política de desarrollo establecidos en el Plan».

dicas reguladoras de la acción del Estado, ni menos susceptibles de modificar o derogar las existentes a su publicación. El Plan únicamente propugna las medidas de orden económico que estima deben adoptarse para la realización de los objetivos propuestos, y en este sentido, y solo en éste sentido, puede «aconsejar» la adopción de determinadas disposiciones legislativas, o la modificación o derogación de las vigentes. El Estado deberá después, a través de sus vías legislativas y administrativas ordinarias, dictar las disposiciones oportunas propugnadas en el Plan.¹

¹ No podemos entrar aquí en el examen del problema de la naturaleza o alcance jurídico del Plan de Desarrollo. Sobre esta cuestión puede verse: Villar Palasi, ob. cit., págs. 52, 53, 55; Konstantin Katzarov, «Théorie de la nationalisation», Editions de la Bacconnière, Neuchatel, 1.960, págs. 336, 338, 340, 341.; José Luis Meilán, «La organización administrativa de los planes...», ob. cit., págs. 41 y 42; Leandro Benavides, «Organización administrativa del plan de desarrollo económico francés», Documentación Administrativa, n.º 16, Madrid, Octubre 1.961, pag. 44.

El problema de alcance jurídico del Plan no puede ser planteado en el sentido de su posible valor normativo, ya que, como hemos visto, no es un conjunto de disposiciones que regulen la actuación jurídica de la Administración, ni tampoco que cree por sí solo derechos u obligaciones para los particulares. No puede afirmarse que el Plan sea una fuente de derecho. Katzarov, en la obra citada, ha puesto de relieve como esta característica diferencia la planificación de tipo indicativo —cual la nuestra— de la planificación rígida propia de los países con economía socialista. En ellos el Plan se eleva a la categoría de fuente superior de derecho, y, por lo tanto, susceptible de modificar las normas de actuación de la Administración y de afectar a los derechos y obligaciones del ciudadano en la medida en que no estén en armonía con él. Por el contrario, en una planificación indicativa —en cuanto es solo un conjunto de directrices y criterios operativos de la política económica del Estado— el Plan se ejecutará conforme a los medios habituales que el ordenamiento jurídico concede a la Administración, sin que, a su vez, se eleve a la categoría de norma reguladora de las relaciones jurídicas de los ciudadanos. En consecuencia, será necesario dictar todo aquel conjunto de disposiciones jurídicas que aconseje el cumplimiento de esos fines en la medida que las normas vigentes no se adapten a los principios que inspiran el Plan. Para ello habrá que recurrir a las vías legislativas y modos de actuación administrativa ordinaria.

Por otra parte, limitar el Plan al simple valor de una declaración programática de principios parece contradecir el significado mismo de la planificación. Por ello el problema del alcance jurídico del Plan, en nuestro caso, debe mas bien ponerse en relación con la naturaleza jurídica del compromiso asumido por el Estado, y con el posible valor cualificado de las normas contenidas en la Ley aprobadora de aquellas otras dictadas para la ejecución «de los objetivos y directrices de la política del desarrollo contenida en el Plan».

III LA ORGANIZACION ADMINISTRATIVA DEL PLAN DE DESARROLLO PARA CANARIAS

La existencia de un Plan de Desarrollo económico implica una organización administrativa encargada de su elaboración y ejecución. La complejidad de la tarea planificadora ha planteado el problema de saber cual es el órgano más adecuado para llevarlo a cabo, tanto en la fase de su elaboración como en la de su ejecución.

Por lo que se refiere a los órganos encargados de la ejecución del Plan, la cuestión se ha resuelto fácilmente, pues en general se estima que debe quedar en manos de los diversos Departamentos Ministeriales. En este punto el problema que se plantea es el conseguir una adecuada coordinación tanto entre los diversos órganos administrativos encargados de la ejecución del Plan, como entre éstos y el órgano al que se le ha encomendado su elaboración.

Por el contrario, en lo que se refiere a la tarea planificadora propiamente dicha, es decir, de formulación del plan, se ha disenido con respecto a cual sea el órgano más adecuado. Parece ser mayoritaria la posición de quienes propugnan la creación de un órgano «ad hoc», que reuna en sí toda la compleja tarea que implica la elaboración de un Plan, al objeto de conseguir la máxima coordinación. Se ha dicho que uno de los principios que deben inspirar la organización del desarrollo es «la coordinación» en la elaboración del programa.¹

En nuestro caso, y siguiendo el sistema francés, se ha optado por crear un órgano «ad hoc» encargado de la elaboración del Plan: este órgano es la Comisaría del Plan de Desarrollo; e igualmente siguiendo el modelo francés, corresponde la ejecución del Plan a los diversos Departamentos Ministeriales.

Sin tratar de resolver el problema, no parece que estemos mas que ante un compromiso de naturaleza política; y tampoco es fácil encontrar en nuestro sistema jurídico vigente base suficiente para atribuir a la Ley aprobadora, y demás leyes dictadas para su ejecución, rango superior a las demás.

¹ «Eficacia económica y reorganización administrativa», resumen del artículo publicado con ese mismo nombre en el número 47 de «Promotions», Documentación Administrativa, núm. 22, Madrid, octubre 1.959, pág. 102.

La existencia de un Plan específico para Canarias ¿supone también la existencia de una organización administrativa propia, especialmente encargada de su elaboración y ejecución? Para buscar una respuesta a este interrogante conviene examinar, aunque sea someramente, la organización administrativa de nuestro Plan de Desarrollo, buscando las posibles especialidades que en ella pueden existir con relación al Plan para Canarias.

1.—Organos de elaboración del Plan

En la elaboración de todo Plan de Desarrollo inciden una serie de factores políticos y técnicos. Corresponde toda decisión sobre los primeros a los órganos políticos de la nación, mientras que los segundos quedan en manos de los expertos. Pero el problema no se plantea con tal simplicidad, porque en la compleja economía moderna esos factores se entremezclan entre sí, haciendo muy difícil, en ocasiones, diferenciar los aspectos políticos de los meramente técnicos. A su vez éstos condicionan la decisión política. Es decir, al economista no solo le corresponde elaborar y disponer los medios para la ejecución de una determinada política económica, sino que ilustra al órgano político sobre la posibilidad de poder alcanzar los objetivos deseados. Resulta así que la decisión política sobre dichos objetivos a conseguir viene determinada por los problemas técnicos.

A) *Organos políticos*

Toda decisión sobre una política del desarrollo es una decisión fundamentalmente política. Corresponde, pues, al órgano que encarna al poder político de la Nación el señalar los objetivos y las directrices generales que van a inspirar la política de desarrollo económico de la nación.¹

En nuestro caso concreto, la determinación de los objetivos que se pretende alcanzar con el Plan Canarias y los criterios generales que lo inspira, fue adoptada —al igual que en el Plan Na-

¹ Ver José-Luis Meilán, «La organización administrativa de los Planes...», ob. cit., págs. 17 a 21.

cional— por el Gobierno, que en nuestro ordenamiento jurídico está integrado por el Consejo de Ministros. No existe, por lo tanto, particularidad ninguna por lo que hace a los órganos políticos a quienes corresponde señalar los objetivos y las directrices generales que van a inspirar la política de desarrollo económico para Canarias. El Consejo de Ministros acordó, previamente a la redacción del Plan, los objetivos que debían alcanzarse con él y las directrices que habían de presidirlo.¹ Una vez elaborado el Plan, el Consejo de Ministros procedió a la aprobación del mismo para su remisión a las Cortes. Éstas, al aprobar por el art. 1.º de la Ley de 28 de Diciembre de 1.963 el Plan de Desarrollo, aprobaron igualmente el Plan para Canarias, que fue presentado a las Cortes formando parte de uno de sus capítulos, y que luego fue publicado como Anexo.²

B) *Organos técnicos*

La tarea propia de la elaboración del Plan Canarias correspondió, al igual que en el Plan Nacional, a la Presidencia del Gobierno (art., 5, 3.º L. R. J.), que delegó esta función en la Comisaría

¹ Arts. 10, 1, 11 y 13. 6 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Decreto-Ley de 27 de febrero de 1.959, por el que se crea la Comisión Delegada de Asuntos Económicos.

² Es evidente que las Cortes tenían facultades para introducir enmiendas en el texto del proyecto de Ley que les fué remitido por el Gobierno, es decir, en la Ley que sirve de marco jurídico para la ejecución de la Política de desarrollo que se programa en el Plan. La intervención de las Cortes para que el proyecto de Ley alcanzara valor normativo era jurídicamente indispensable. Pero lo que ya parece más dudoso es que el contenido de esa política programada, y, por lo tanto, el conjunto de directrices y criterios operativos que van a inspirar la política de desarrollo, pudiera ser modificado y necesitara de la aprobación de las Cortes. La presentación del Plan a las Cortes no parece tener otro valor que el de conseguir su referendo político. (José-Luis Meilan, «La organización administrativa de los planes...», ob. cit., págs. 38 y siguientes; ver igualmente la citada obra de Villar Palasi).

Por otra parte, el Anexo es una versión ampliada del análisis económico de las Islas que en forma resumida se contiene en el Capítulo XXXI del P. D. E. S. que fué presentado a las Cortes, y en donde se expresaban los objetivos a alcanzar en él, las medidas a adoptar y los criterios que debían inspirar el desarrollo del programa de inversiones públicas a realizar en Canarias.

del Plan de Desarrollo, como órgano técnico especialmente encargado de la elaboración y vigilancia del Plan, y que ejerce éstas funciones de acuerdo con las instrucciones que reciba de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos. (Art. 1.º, D. 1-2-1962).

La Comisaría del Plan de Desarrollo ha sido el órgano que ha elaborado el Plan para Canarias. En este sentido al Comisario le ha correspondido la tarea de impulsar y coordinar su elaboración (art. 3, 1 del Decreto 1-2-62, por el que se creó dicha Comisaría). A su vez, el Comisario se halla auxiliado —entre otros órganos estructurados dentro de la Comisaría— por las llamadas «Comisiones» encargadas del estudio de los principales sectores económicos (art. 5). En la elaboración del Plan, estas Comisiones cumplen una doble función:

—son órganos de estudio e investigación de la realidad del sector económico que se les ha encomendado (6, a, b), y

—son órganos de formulación del Plan en cuanto a ellas les corresponde, dentro del sector correspondiente, proponer los objetivos y las medidas que se estime conveniente para alcanzarlos, para cumplir así la más eficaz realización de los fines señalados por el Gobierno (art. 6, c).

Como único órgano específico dentro de la Comisaría para auxiliar (o asistir) al Comisario en la elaboración del Plan para Canarias tenemos a una de éstas Comisiones, establecida por Orden de la Presidencia de Gobierno de 5 de Mayo de 1.962, a la que se le encomendó el estudio económico de las islas Canarias.

Salvo su especialidad, ni su función, ni su estructura, ni su carácter se diferencian en nada de las otras comisiones encargadas del estudio de los diversos sectores económicos contemplados en el Plan.

2.—Órganos de ejecución del Plan

A) *Órganos generales, no específicos.*

Por lo que respecta a la ejecución del Plan para Canarias tampoco existe ningún órgano específico encargado de su ejecución, por lo que habrá que atenerse a los principios generales que inspiran la ejecución del Plan.

a) Por lo tanto, la ejecución del Plan Canarias se realizará por los diversos departamentos Ministeriales, dentro del ámbito de sus respectivas competencia (art. 3.º, 2, Decreto 1-2-62).

b) A la Comisión Delegada de Asuntos Económicos le incumbirá en su ejecución.

—adoptar las medidas conducentes al logro de los objetivos propuestos en el Plan para Canarias.

—establecer la debida coordinación de los órganos encargados de su ejecución, y

—vigilar su efectiva realización (art. 3, 1 Ley aprobadora del Plan).

c) A la Comisaría del Plan de Desarrollo —como órgano de trabajo de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos para estas tareas (art. 3, 2 Ley aprobadora)—, le incumbe con respecto al Plan para Canarias las mismas funciones que con carácter general le están atribuidas en esta fase de la planificación. Esto es:

—impulsar su ejecución, proponiendo a los Ministros o a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos la adopción de medidas conducentes a alcanzar los objetivos propuestos en el mismo (art. 3, 1, D. 1-2-1962).

—coordinar su ejecución, proponiendo igualmente a los diversos Ministerios o a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos, las medidas que estime necesarias para alcanzar la debida coordinación en la ejecución de dicho Plan, (art. 3, 1. D. 1-2-62) y

—vigilar su desarrollo, informando de su ejecución (art. 3, 1. D. 1-2-1962).

d) A la Comisión para el estudio económico de las islas Canarias le corresponde, como única tarea en la ejecución del Plan Canarias, informar sobre su desarrollo, que, por lo demás, es la exclusiva función que se le reserva a dichas Comisiones en la ejecución del Plan de Desarrollo. (Art. 6, 1. D. 1-2-1962). A este respecto se constituyen en órgano auxiliar del Comisario, asistiendo a éste en su función de vigilar y controlar la ejecución del Plan.

En base a los informes que el Comisario recibe de esta Comisión —junto con los de las otras Comisiones y Ponencias— la Comisaría redactará la memoria anual que se debe elevar a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos sobre la ejecución del Plan (art. 40, Ley por la que se aprobó), y que es lógico que en ella haga expresa referencia a la ejecución del Plan para Canarias.

B) *Organos específicos del Plan Canarias: la gerencia del Plan.*

Con posterioridad a la publicación de la Ley aprobadora del Plan ha surgido un órgano específico encargado de la vigilancia, control y coordinación de la ejecución del Plan para Canarias. Este órgano es la gerencia del mismo, y se constituyó por Orden de la Presidencia de Gobierno de fecha 23 de Septiembre de 1964.¹

La gerencia del P. C. se ha configurado como un órgano periférico de la Administración del Estado. Actúa como representante de la Comisaría del Plan de Desarrollo dentro del ámbito territorial de las islas Canarias y se halla únicamente vinculado con la Comisaría, de la que depende directamente y a cuyas instrucciones está obligado a atenerse (párrafo Segundo, 1) citada Orden).

Si bien la denominación parece indicarnos que estamos ante un órgano similar al de la gerencia de los polos de crecimiento, creado con anterioridad, lo cierto es que ni por su encuadramiento orgánico, ni por su función, ni por las atribuciones que le han sido conferidas cabe establecer un paralelismo entre ambas instituciones, que no sean otras que la de su denominación y este carácter de ser órgano periférico de la Administración Central del Estado y representante directo de la Comisaría, características éstas que igualmente se dan en la gerencia de los polos de crecimiento, aunque allí sea distinto su encuadramiento orgánico, en cuanto están integradas en las Comisiones Provinciales de Servicios Técnicos y subordinadas también al Gobernador Civil de la Provincia respectiva, lo que no ocurre en nuestro caso.²

Ya hemos dicho que la ejecución del Plan es función extraña a la Comisaría, puesto que corresponde a los diversos Departamen-

¹ Esta orden no fue publicada en el Boletín Oficial del Estado entre las «Disposiciones Generales», sino en la sección de «Autoridades y personal».

² Sobre el régimen jurídico de los polos de promoción y desarrollo, y, en concreto, sobre la gerencia de los mismos, vease: José-Luis Meilán, «Observaciones acerca del régimen jurídico de los polos de promoción y desarrollo», Documentación Administrativa, n.º: 77, págs. 30 a 50, Madrid, mayo 1964; y Rafael de Mendi-zabal Allende, «La gerencia de los polos de promoción y desarrollo», Documentación Administrativa, n.º 89, Madrid, mayo 1.965.

tos Ministeriales y a las Corporaciones Locales y Organización Sindical, en la medida que les obliga. La función de la Comisaría en la ejecución del Plan queda limitada a impulsar, coordinar y vigilar su ejecución. Siendo el Gerente un representante del Comisario para la ejecución del Plan para Canarias, sus funciones se corresponderán con las que le están atribuidas al Comisario en esta fase del Plan, limitadas a impulsar, coordinar y vigilar su ejecución. Para el ejercicio de esa función genérica de impulsar, coordinar y vigilar la ejecución del P. C. se le atribuyen en concreto al Gerente determinadas funciones. Estas son:

—informar y proponer a la Comisaría del P. C. la adopción de medidas adecuadas para alcanzar la debida coordinación en la ejecución del Plan y los objetivos propuestos (párrafo Segundo, 2), citada Orden),

—gestionar que el programa de inversiones públicas se lleve a cabo coordinadamente por los organismos oficiales y autónomos a quienes corresponda su realización (párrafo, Segundo, 4), indicada Orden).

—conocer el estado de ejecución del programa de inversiones públicas (párrafo Segundo, 4), para lo que podrá recabar de los Organismos oficiales y autónomos a quienes corresponda su realización la información que sea necesaria, como asimismo de los demás organismos públicos y Entidades y Empresas privadas (Segundo, 3), y

—promover la difusión del P. D. de las Islas Canarias y cuando contribuya al logro de sus objetivos sociales y económicos (Párrafo Segundo, 5).

Para el ejercicio de esas funciones se le confieren concretas facultades, pero no por ello puede decirse que tenga potestades jurídicas sobre los órganos encargados de la ejecución del Plan y sobre las entidades y empresas privadas.

Las atribuciones que se le confieren se entiende que serán desempeñadas sin perjuicio de la facultad de iniciativa propia de las respectivas delegaciones de los Departamentos Ministeriales, Organismos insulares y Organización Sindical, a quienes les corresponde la ejecución del Plan.

Únicamente posee potestades jurídicas en la medida necesaria para obtener la información que precise para el ejercicio de su fun-

ción. Es decir, recabar en general de los Organismos públicos, así como de las entidades y empresas privadas la información que sea necesaria para conocer la marcha del Plan, y, en particular, para conocer el estado de ejecución del programa de inversiones públicas por parte de los diversos organismos oficiales y autónomos.

3.—Función de las Corporaciones locales y de la Organización Sindical.

Queda por señalar cual es la función que les corresponde a las Corporaciones locales y a la Organización Sindical en la tarea planificadora. La problemática de esta cuestión vamos a plantearla en el sentido de si tales Corporaciones pueden configurarse como órganos planificadores integrados en la organización administrativa del plan.

A) *Corporaciones Locales*

La conveniencia de que las Corporaciones Locales acomoden su acción a los objetivos y directrices del Plan aparece evidente si tenemos en cuenta que la existencia de los servicios fundamentales de la peculiar competencia de dichas Corporaciones —como el abastecimiento de agua o el suministro de energía eléctrica, etc.— puede promover el desarrollo regional, creando las condiciones favorables para hacer posible la instalación de industrias, al fomento de turismo, etc.¹

Mas la integración de dichas Corporaciones en el Plan de Desarrollo ofrece ciertas dificultades derivadas de la necesidad de respetar su autonomía propia. Toda fórmula que pretenda la acomodación de las Corporaciones Locales a los objetivos y directrices del Plan debe de partir del previo reconocimiento de esa autonomía de las Corporaciones Locales en la realización de las obras y servicios que le están atribuidas por la Ley.² Por lo tanto, la par-

¹ P. D. E. S., pág. 367; P. D. D., pág. 503.

² «...si bien las Corporaciones locales han de coordinar su actividad político-administrativa con la correspondiente al conjunto de la vida nacional, ello ha de ser sin perjuicio de la autonomía necesaria para el cumplimiento de sus fines». P. D. E. S., pág. 367.

participación de los órganos de la Administración Local en las tareas planificadoras no puede realizarse por vía de imposición por parte de la Administración del Estado, sino por vía de colaboración entre ambas.

Nuestro Plan de Desarrollo busca la participación de las Corporaciones Locales en su política de desarrollo regional. En el art. 6, n.º 5 de la Ley por la que se aprueba el Plan podemos leer que el Estado procurará la colaboración activa de la Provincia, como unidad política y administrativa, y de los municipios en la acción del desarrollo regional.

Al mismo tiempo pretende que dichas Corporaciones Locales acomoden su acción a los objetivos propugnados en el Plan en relación a ellas, que sigan sus directrices y respeten el programa de inversiones formulado (art. 2-1).¹

Más estos principios quedarían en meras declaraciones programáticas si no se encontrara la fórmula concreta que haga efectiva esa deseable participación de las Corporaciones Locales en el desarrollo de su comarca o territorio y su acomodación a los planes de desarrollo.

En nuestro caso, el Plan ha elegido como fórmula un medio de acción indirecto, mediante ayudas económicas y subvenciones a las Corporaciones Locales que permitan la realización de aquellas obras y servicios que se estima pueden beneficiar más eficazmente a la política de desarrollo programada en el Plan.²

Para ello, el Plan de Desarrollo ha procedido a efectuar un análisis de los servicios propios de las Corporaciones Locales que se estiman de más urgente necesidad, y ha programado las inversiones que el Estado va a destinar a su financiación mediante ayudas y subvenciones en favor de aquellas Corporaciones que las ejecutan.³

¹ Pero ello «sin perjuicio —se nos dice en ese mismo artículo— de realizar las obras y servicios de su competencia con arreglo a la Ley de Régimen Local». Es decir, respetando siempre su autonomía propia en la realización de aquellas obras o servicios que según dicha Ley sean de su competencia.

² «Para esta misión, las Corporaciones locales cuentan con la colaboración del Estado, mediante la realización directa por éste de importantes obras en el ámbito local o por la concesión de subvenciones que complementan la capacidad financiera de aquellas» (P. D. E. S., pág. 368).

³ P. D. E. S., págs. 365, 368 y 378.

Por lo que se refiere al P. C. se sigue idéntico criterio operativo. En él se contiene una delimitación de aquellas obras y servicios de las Corporaciones Locales a las que se les atribuye carácter prioritario en este primer Plan —centrando su atención preferentemente en el abastecimiento de aguas, instalación de servicios de alcantarillado y construcción de mataderos municipales—, y se contiene el programa de inversiones que el Estado va a destinar a su financiación en la forma expresada.¹

B) *La Organización Sindical*

En ningún caso la Organización Sindical interviene directamente en la elaboración o ejecución del Plan por cuanto se halla constituida al margen de la Administración del Estado, de la que no forma parte. Pero, dada la especial configuración que la organización Sindical tiene dentro de la estructura política del actual Estado Español, es fácil comprender que no se la podía dejar totalmente desligada del Plan.

Su actuación en relación con el Plan se manifiesta en un triple sentido:

—en que se le otorga una función asesora de los órganos planificadores, constituyéndose así en órgano consultivo de la administración. El informe de la Organización Sindical —junto al del Consejo de Economía Nacional— es preceptivo para que la Comisaría Delegada de Asuntos Económicos pueda adoptar las medidas pertinentes para introducir en el Plan los ajustes que estime precisos.²

—en segundo lugar, coordinando la actuación de sus servicios y obras con las directrices del Plan.³

—y en tercer lugar, se le atribuye determinadas funciones en relación con los polos de crecimiento: a), incorporando a diversos miembros de la Organización Sindical en las Comisiones Provinciales de Servicios Técnicos de aquellas provincias donde se han

¹ P. D. C., págs, 503-508.

² Art. 40, Ley 28 dic. 1.963 por lo que se aprueba el Plan Desarrollo.

³ Art. 2. 3, de la Ley 28 de Dic. 1.963.

localizado dichos polos de crecimiento,¹ y b), encomendado a los Consejos Económicos Sindicales la función de informar y divulgar cuanto se refiera a dichos polos, de proceder a la estimación de los resultados alcanzados con ello, y de proponer, a través de las Comisiones Provinciales de Servicios Técnicos, cuantas iniciativas se estimen convenientes para la mejor consecución de los objetivos perseguidos con el polo.²

Por lo que se refiere a las Islas Canarias, la falta de localización de polos de crecimiento limita la intervención de la Organización Sindical a su obligación genérica de colaborar activamente en la realización del Plan para Canarias y coordinar la actuación de sus servicios y obras con las directrices del mismo.

Para poder cumplir adecuadamente esta misión, la Organización Sindical ha encomendado al Consejo Económico Sindical Interprovincial de Canarias —constituido en Noviembre de 1965,³— a más de la realización de los fines que con carácter general se le atribuyen a los Consejos Económicos Sindicales, determinadas funciones directamente relacionadas con el Plan de Desarrollo para Canarias, fundamentalmente dirigidas al estudio e investigación de los problemas económicos y sociales de las provincias Canarias directamente o indirectamente relacionados con la planificación.⁴

¹ Art. 2, Decreto 30-1-64, sobre localización de los polos de promoción y de desarrollo y polígonos de descongestión industrial.

² Art. 3 del Decreto citado, nota anterior.

³ Orden General de Delegación por la que se constituye el Consejo Económico Sindical Interprovincial de Canarias y se aprueban las normas de ordenación, composición y funcionamiento del mismo.

⁴ Podemos sistematizar las funciones que se le encomiendan al Consejo Económico Interprovincial de Canarias en relación con el Plan de Desarrollo para las Islas, de la siguiente manera:

—el estudio, previos los oportunos análisis y recopilaciones de datos, de los problemas económicos y sociales de las provincias canarias (art. 2, 2, Orden citada nota anterior), y, en especial, de aquellos problemas concretos, estructurales y coyuntales, directa o indirectamente relacionados con la planificación económica y social, y con el ritmo y formás o modalidades de su ejecución (art. 2, 4 citada Orden General de Delegación).

—la promoción del desarrollo económico y social de la región (art. 2, 3 misma Orden General).

—formular proposiciones que, referidas a problemas concretos, estructurales o

El Consejo Económico Sindical Interprovincial de Canarias no es un órgano que intervenga en forma directa en la elaboración ni ejecución del Plan. Su función, con respecto al mismo, es meramente de investigación y estudio, y, además, realizando desde fuera de la Administración y desligada de ella. Los resultados obtenidos con dichos estudios podrán luego concretarse en las propuestas que el Consejo pueda formular, y que, en su día, pueden contenerse en el informe que preceptivamente la Organización Sindical debe elevar a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos cuando ésta pretenda introducir en el Plan los ajustes que estime precisos.¹

Igualmente podrán ser tenidos en cuenta en la elaboración del Plan, en cuanto en las «Comisiones» encargadas de esta misión entran a formar parte de ella miembros de la Organización Sindical.²

IV EL ANEXO AL PLAN DE DESARROLLO PARA CANARIAS Y LA REFORMA DE LA ADMINISTRACION

Un problema que preocupa a la hora de la programación del desarrollo es la capacidad de nuestra administración para llevar a cabo tan compleja tarea.

coyunturales, incidan en la planificación económica y social, y en el ritmo y forma o modalidades de su ejecución (art. 2. 4, indicada Orden General de Delegación).

¹ Art. 40 Ley de 28 de diciembre de 1.963, por la que se aprueba el Plan de Desarrollo.

² De la referencia publicada por el diario «YA», de fecha 24-11-1965, del discurso pronunciado por el Sr. Solís, Delegado Nacional de Sindicatos, en el acto de constitución del Consejo Económico Sindical Interprovincial de Canarias, se pueden concretar los propósitos de dicho Consejo, con relación al Plan de Desarrollo para el Archipiélago, de la siguiente manera:

—comparar la evolución real de las Islas durante la vigencia del Plan con las previsiones en él contenidas.

—considerar los obstáculos que se oponen a la puesta en práctica de las medidas de política económica propugnadas en el Plan.

—analizar aquellas cuestiones que no han sido suficientemente tratadas en el Plan.

—estudiar los aspectos y repercusiones sociales del Plan, tanto en la acción propugnada en él como en lo efectivamente realizado.

—propugnar, en su caso, la modificación o cambio de los criterios y directrices que inspiran el Plan Canarias, cuando se estime conveniente o necesario un nuevo replanteamiento de los mismos.

Sabido es —y el tema se le ha dedicado una extensa bibliografía— la importancia que tiene la existencia de una Administración eficaz, ágil y flexible que haga factible alcanzar los objetivos propugnados en el Plan. Se ha dicho que la Administración es factor esencial del desarrollo económico y que una Administración defectuosa es un freno para ese desarrollo.¹ «El subdesarrollo va de la mano de la subadministración», afirmará K. William Kapp.²

La razón es evidente. Todo Plan de desarrollo económico requiere una serie de cambios en la estructura del sistema económico-social. Es más, el propio Plan señala como objetivo esa modificación de estructuras. Para ello se hace necesario señalar una serie de directrices, conseguir el control de los factores económicos y estimular a los particulares. Y sabido es que esa acción de gobierno se realiza por medio de la Administración. Por otra parte los fenómenos y problemas económicos son fructuantes en grado sumo, lo que requiere una Administración ya no solo capaz y responsable, sino también dotada de la suficiente flexibilidad y agilidad para poder seguir el movable mundo de la economía. Solo así la actuación de la Administración en este campo podrá ser eficaz.

De aquí la necesidad de organizar a la Administración y de dotarla de unos métodos y procedimientos de actuación adecuados a la función que le incumbe en la realización de la programación económica.

No es extraño —por lo tanto— que en el informe del Banco Mundial se contuvieran numerosas recomendaciones al Gobierno Español sobre la reforma administrativa,³ y que el planificador na-

¹ K. William Kapp, «Desarrollo económico, planeamiento nacional y Administración pública», resumen de un artículo publicado en la revista «Kyklos», v. XIII, fascículo 2, 1960; Documentación Administrativa, n.º 55, Julio 1962, págs. 104 a 106.

² Lugar y ob. cit., pág. 106.

³ El Informe del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento contiene frases como éstas:

«La organización de la Administración es importante para el éxito del desarrollo económico en todas las fases de preparación y ejecución» (del Plan), pág. 126.

«La administración ha de adaptarse a las necesidades del Plan de desarrollo;... es el Plan de desarrollo el que debe determinar la estructura de la Administración, no viceversa», (pág. 109).

Ante estas afirmaciones no debe extrañar que el citado informe hiciera una serie de recomendaciones al Gobierno español sobre:

cional se halle preocupado por este problema. Considerando que la Administración es un medio o instrumento para la ejecución del Plan, era necesario propugnar una reforma de la Administración orientada a conseguir su adaptación a las necesidades del mismo.

Por ello, uno de los objetivos que en él se propugnan —y que se califica de «instrumental»— es el de «la racionalización administrativa».¹

También más adelante, cuando se señalan las directrices que van a inspirar la política del desarrollo, se nos dice que uno de los criterios que van a inspirar la acción del Estado es el de «activar el proceso de reforma administrativa».² En concreto, se señala la urgente necesidad de conseguir una adecuada remuneración de la función pública como medio de dotarse de un funcionariado eficiente, de suavizar la rigidez de la contratación administrativa y de mejorar la estadística.

No podemos detenernos aquí en el análisis de estas cuestiones, ni en la efectiva realización de estos propósitos. Únicamente vamos a hacer referencia a los criterios y directrices inspiradores de las medidas propugnadas en el Plan Canarias en orden a la reforma de la Administración en el Archipiélago, tanto con respecto a los órganos periféricos de la Administración Central, como de los órganos de la Administración Local; y así cómo en qué medida estos criterios difieren de los propugnados con carácter general para esos mismos órganos en el resto del territorio nacional.

- la dirección central del Plan,
- la delegación de facultades decisorias en su ejecución,
- la coordinación de los diversos Ministerios para adecuar su política al plan general,
- la obtención de unas correctas estadísticas,
- y la necesidad de dotar a la Administración de un funcionariado eficiente, lo que —a su juicio— se ve dificultado por los sistemas vigentes de retribución.

¹ «Acometer las necesarias reformas estructurales y funcionales en la Administración Pública para aumentar su eficacia de modo que pueda satisfacer las exigencias del desarrollo económico y social, especialmente en aquellos servicios mas directamente ligados a la ejecución del Plan», es este «objetivo instrumental» que se denomina «racionalización administrativa» (P. D. E. S., pág. 42).

² «...con objeto de infundir espíritu de empresa de un modo especial a los servicios encargados de ejecutar el programa de inversiones públicas, racionalizar sus estructuras y asegurar que su gestión responda a criterios de economía, celeridad y eficacia». (P. D. E. S., pág. 62).

1.—La reorganización de los órganos periféricos de la Administración Central.

El Plan de Desarrollo señala las directrices que deben inspirar la reforma de la Administración Central, haciendo especial referencia a los medios o procedimientos de actuación de los órganos que la integran, con objeto de dotarlos de una mayor flexibilidad y eficacia. En este sentido se orientan los criterios antes apuntados sobre la reforma de la función pública, mejora de la estadística y suavización del régimen de contratación administrativo.¹

Estas son las únicas medidas propugnadas en el Plan de Desarrollo con respecto a la Administración Central. Quedan en olvido medidas tan importantes hoy en día para conseguir una Administración eficaz como son la coordinación de los órganos periféricos, la desconcentración de funciones y la creación de organismos de acción regional, recomendados éstos últimos muy particularmente por el Banco Mundial. Es decir, las medidas propugnadas en el Plan Nacional hacen mas bien referencia a los medios de acción de los órganos de la Administración que a la organización de sus propias estructuras.

Por el contrario, en el Anexo del Plan para Canarias nos encontramos con mayores precisiones. Aquí se propugnan tres medidas encaminadas a la reorganización de los órganos periféricos de la Administración Central en las Islas Canarias, que podríamos denominar de carácter estructural.

A) Conveniencia de que exista un Delegado para cada Departamento Ministerial.

En primer lugar se postula la existencia en cada una de las provincias Canarias de un representante de los distintos Departamentos Ministeriales Civiles de tal forma que se encuentre jerár-

¹ En el cumplimiento de estos objetivos y directrices, la propia Ley por la que se aprobó el Plan contiene una serie de disposiciones encaminadas a conseguir dichas finalidades, como así mismo se han ido dictando con posterioridad otras disposiciones con igual finalidad (Ley de Contratos del Estado, Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Ley de remuneración de Funcionarios Civiles, etc...)

quicamente situado por encima de los posibles representantes de las Direcciones Generales u Organismos Autónomos del propio Ministerio.¹

Es ésta la única medida de tal naturaleza propugnada no tan sólo en el Plan para Canarias, sino también en el Plan Nacional. Mas la referencia a esta medida no la encontramos en las directrices que se señalan como inspiradora, de la reforma administrativa, sino en las disposiciones finales de la Ley por la que se aprueba el Plan, en donde se «faculta al Gobierno para integrar, en Delegaciones Territoriales unificadas, todos los servicios y dependencias periféricas de los Departamentos Ministeriales actualmente existentes».²

Esta medida viene propugnada por la necesidad de conseguir la máxima coordinación entre los distintos órganos periféricos de la Administración del Estado, que hasta el presente no ha sido logrado pese a que el Decreto de 10 de Octubre de 1958, regulador del Estatuto jurídico de los gobernadores civiles, pretende atribuir a éstos funciones coordinadoras.

El defecto se agrava ante la existencia de diversos órganos periféricos de un mismo Departamento Ministerial, a los que se les encomienda determinados servicios y que actúan en total desconexión.³ El informe del Banco Mundial —que contiene observaciones muy precisas respecto a la estructura general del Ministerio de Agricultura— recomienda unificar en una sola Delegación los diversos servicios regionales de un Ministerio.

No es, por lo tanto, esta medida a que nos estamos refiriendo, propugnada con carácter excepcional para las Islas Canarias.

B) *Desconcentración administrativa*

La desconcentración de competencias en los órganos periféricos de la Administración Central ha sido propugnada por la doctrina como medida especialmente eficaz para conseguir la necesaria celeridad en la actuación administrativa, tan precisa en la acti-

¹ P. D. C., pág. 498.

² Disposición final segunda, Ley 28 diciembre 1.963.

³ Claro ejemplo es el Ministerio de Agricultura.

vidad económica de la Administración. Uno de los inconvenientes que se suelen atribuir a la desconcentración administrativa —la posible disparidad de criterios interpretativos entre los diversos órganos periféricos— queda paliada en el caso de la planificación económica por la existencia de unas directrices inspiradoras de la actuación de la Administración que asegura la unidad de criterio y actuación.¹

Aunque el informe del Banco Mundial recomienda desconcentrar las funciones de ejecución en los órganos periféricos, atribuyendo a las Delegaciones Provinciales la competencia de dirección inmediata en los distintos proyectos, el Plan de Desarrollo no propugna medida alguna de este tipo. Por el contrario, el Anexo del Plan para Canarias propugna la desconcentración de las facultades propias de los Directores Generales de los distintos Departamentos Ministeriales Civiles —con la salvedad de las relativas al personal y las excepciones que específicamente el Gobierno señale— en los Delegados Provinciales de aquellos en cada una de las Provincias Canarias.²

Ante el fracaso de la política desconcentradora propugnada en la Ley de Procedimiento Adm.^o y la Ley de Régimen Jurídico de la Adm.^o del Estado,³ el Anexo del Plan para Canarias acude a una técnica inversa a la utilizada en dicha Ley para implantar la desconcentración. En esta última Ley se facultaba al Gobierno para que procediera a desconcentrar las funciones que estimara oportuno. La consecuencia parece haber sido que tal oportunidad no ha existido. Ahora se propugna que la medida desconcentradora se adopte con carácter general y aplicación inmediata, quedando concentradas en los órganos superiores tan solo aquellas competencias que excepcionalmente el Gobierno considere que no es oportuno desconcentrar.⁴

¹ Juan Alfaro y Alfaro, «La organización administrativa española y el desarrollo económico», Documentación Administrativa, n.º 58, pág. 45, Madrid, Octubre 1.962.

² P. D. C., pág. 498.

³ L. R. J., disposición adicional 1.ª

⁴ «Dicha medida se estima que podría consistir en disponer que las facultades propias de los Directores generales de los distintos Departamentos ministeriales,

C) *Provincialización de los órganos de la Administración Central.*

El Anexo del P. para C. propugna la provincialización de aquellos órganos de la Administración Central que están estructurados sobre base super-provincial.¹

Esta medida está en abierta contradicción con las ideas que se propugnan para la estructuración de los organismos periféricos encargados de la política de desarrollo, que se estima deben tener un ámbito regional más amplio. Parece olvidarse que el Archipiélago Canario es, no ya sólo una unidad geográfica, sino, sobre todo, una unidad económica. De aquí que no sea convincente la afirmación contenida en el Anexo del Plan para Canarias de estar fundada esa medida en «ideas de eficacia»,² y aunque trata de justificarse por el «carácter insular»,³ que pudiera ser cierto de no existir los medios rápidos de comunicación y transporte de hoy en día, las razones parecen estar inspiradas en recelos localistas.

La medida tendría su aplicación con respecto a aquellos servicios que, extendiendo su competencia sobre el Archipiélago canario, no obstante tienen su sede en territorio Peninsular (es el caso de la Jefatura Regional del Patrimonio Forestal del Estado, y de la Inspección Regional de la Subdirección de Montes y Política Forestal, que tienen su sede en Sevilla).⁴ Admitido el principio de la «insularización» de esos organismos, el problema queda centrado en saber si es más conveniente la «provincialización» o la «regionalización» para todo el Archipiélago.

Esta medida que se propugna para el Archipiélago tiene, por lo tanto, un doble carácter excepcional:

con la salvedad de las relativas al personal y las excepciones que el Gobierno establezca a propuesta de tales Ministerios en el plazo de tres meses, se considerarán, una vez transcurrido dicho plazo, automáticamente desconcentradas en los Delegados provinciales de aquellos en cada una de las provincias canarias y por lo que a ellos se refiere. No es necesario advertir que la medida consignada se aplicaría tan sólo a la Administración Civil». (P. D. C., pág. 499.)

¹ P. D. C., pág. 498.

² P. D. C., pág. 497.

³ P. D. C., pág. 498.

⁴ P. D. C., pág. 498.

—porque en el Plan de Desarrollo no se propugna medida alguna de carácter general para la división de los órganos periféricos de la Administración Central sobre base regional, pese a haber sido recomendada por el Banco Mundial, en especial en carreteras y en agricultura, y a pesar de que esta división territorial puede permitir la dirección unitaria de la actuación administrativa en zonas del territorio de características comunes.¹

—y porque esta medida de «provincialización» pugna con «la tendencia existente a regionalizar la organización administrativa», lo que expresamente reconocen los propios redactores del Anexo.²

2.—Reorganización de la Administración Local en el Archipiélago.

Antes indicamos que el Plan de Desarrollo pretende —según sus propias palabras— «coordinar la actividad político-administrativa de las Corporaciones Locales con la correspondiente al conjunto de la vida nacional», y «ello ha de ser —se nos sigue diciendo— sin perjuicio de la autonomía necesaria para el cumplimiento de sus fines».³

No se les ocultó a los redactores del Plan de Desarrollo las dificultades en que se mueven los órganos locales para la realización de sus funciones, por lo que no parece factible que su participación y colaboración en la política del desarrollo sea eficaz si estas instituciones no son vigorizadas al máximo. Por ello, propugnaron una serie de medidas de política financiera y de política administrativa. Por las primeras, se trata de dotar a los órganos locales de los recursos necesarios, y van encaminadas a solucionar

¹ Juan Alfaro y Alfaro, «La organización administrativa española y el desarrollo económico», ob. cit., pág. 45.

² P. D. C., pág. 498.

³ P. D. E. S., pág. 367. La Ley de 28 de diciembre de 1.963 atribuyó a las Corporaciones locales una doble función: de un lado, deben acomodar su acción a los Objetivos, Directrices de la política de desarrollo y Programa de Inversiones públicas del Plan. (art. 2.º, 1); de otro, deberán colaborar activamente en la acción de desarrollo regional (art. 6.º, 5).

el problema de las Haciendas Locales, hasta el presente no resuelto satisfactoriamente.¹ Por las segundas, su adopción tenía por finalidad el «conseguir la mayor eficacia de las obras y servicios locales.»² La intención que inspiraba a los redactores del Plan al propugnar toda esta serie de medidas era el conseguir la deseada coordinación de la actividad de las Corporaciones Locales con la política del desarrollo.³

También en el Anexo del Plan para Canarias se propugnan

¹ Su finalidad es adoptar el sistema financiero de los entes locales a las necesidades derivadas del fortalecimiento de su estructura económica, que, como se sabe, descansa casi exclusivamente «en una economía agrícola poco progresiva» (P. D. E. S., pág. 369). (Las medidas que de este orden se propugnaron puede verse en dicho lugar y página).

² «...tanto de los realizados directamente por estas entidades como las llevadas a cabo por el Estado y sus organismos autónomos» (P. D. E. S., pág. 369). (Las medidas que de éste orden se propugnaron puede verse en dicho lugar y página).

³ La búsqueda de una fórmula que permita la deseada coordinación de las Corporaciones Locales con la política de desarrollo parece ser absolutamente precisa. Como hace notar Tamames (ob. cit., pág. 779), el desarrollo regional —al que se le da un especial énfasis en nuestro Plan—, se halla impulsado desde la Administración Central, cuando quizá fuera conveniente una mayor participación en la mejora de su propio medio. Si realmente se quiere interesar de manera eficaz a las Corporaciones Locales en el desarrollo regional, es necesario que intervengan y participen en la tarea de elaboración del Plan. Solo de esta forma se hará posible que el plan de actuación de las Corporaciones Locales se acomode a los objetivos y directrices propugnados en el Plan general, y que se sientan solidarios de la política del desarrollo al intervenir directamente en el Plan de actuación del Estado en su territorio respectivo.

Los redactores del Plan no desconocieron este problema y tratan de remediarlo parcialmente. Para ello propugnan intensificar la participación de las Corporaciones locales en los programas de inversiones públicas integrados en planes nacionales o regionales y que vayan a ser localizados en su territorio (P. D. E. S., págs. 367 y 369); pero no se concreta medida alguna por la que se haga efectiva esta deseada participación.

Por lo demás, esta coordinación de las Corporaciones locales y la Administración del Estado cabe afirmarla aún más con respecto al Archipiélago canario, en donde las Corporaciones Insulares tienen una mayor capacidad económica y de actuación que las Diputaciones Provinciales peninsulares. No parece aconsejable que esas fuertes inversiones que pueden realizar las Corporaciones insulares canarias queden al margen del Plan general del Estado, por lo que debiera meditar sobre la forma adecuada de integrar sus planes en el Plan de Desarrollo.

una serie de medidas en relación con los entes locales del Archipiélago canario con esta misma finalidad, y que ofrecen dos notas características que no se dan en las propugnadas en el Plan nacional para los órganos locales peninsulares.

a) En primer lugar, el «panorama de la Administración Local en el Archipiélago»¹ (en frase que se utiliza en dicho texto) no es idéntico al peninsular en cuanto se refiere a los entes provinciales. Si la Diputación es el órgano en que se manifiesta «la provincia, como unidad política y administrativa»,² en el Archipiélago encontramos los Cabildos y las Mancomunidades interinsulares. Mas lo que ahora nos interesa es constatar la distinta eficacia de su actuación y la diferencia de recursos con que cuentan. Si las Corporaciones Provinciales peninsulares llevan una vida lánguida y escasa de recursos, no parece ser ésta la tónica de las Corporaciones insulares Canarias, donde, en general —y salvo el caso de las Mancomunidades— cuentan con unas mayores fuentes de ingresos.

De aquí que si en el Plan de Desarrollo se contienen toda una serie de propuestas de reforma con respecto a los órganos de la Administración Local en general, contemplando tanto a las Corporaciones de ámbito provincial como local, por el contrario, las propuestas de reforma propugnadas en el Anexo se refieren exclusivamente a los órganos municipales, por entender que la situación de éstos es similar a la de los municipios peninsulares y su panorama no tan optimista como el de los órganos de ámbito insular.³

b) En segundo lugar, si gran número de las medidas propugnadas en el Plan de Desarrollo con referencia a la Administración Local exigen la modificación de las normas jurídicas hoy vigentes, por el contrario, la mayoría de las medidas que en el Anexo para Canarias se contienen en relación a las Corporaciones Locales «son perfectamente viables dentro del marco del Derecho Positivo vigente».⁴

¹ P. D. C., pág. 499.

² Art. 6.º, 5 de la Ley de 28 de Diciembre de 1.963.

³ P. D. C., pág. 499.

⁴ P. D. C., pág. 499.

Las medidas que se propugnan son las siguientes:

A) *Agrupación forzosa de municipios para la prestación de determinados servicios.*

Esta medida está ya propugnada con carácter general en el Plan de Desarrollo,¹ y viene justificada por la insuficiencia de medios de determinados municipios para prestar los servicios mínimos que les vienen impuestos por la Ley.²

B) Revisión de los términos municipales. Esta medida se propugna para el caso de que la agrupación forzosa de municipios resulte «notoriamente insuficiente para estructurar una administración local idónea a los efectos de la realización de un Plan de Desarrollo.»³ Se estima que esta revisión puede practicarse conforme al Derecho vigente, por fusión de municipios, incorporación de uno a otro ya existente, o por segregación de parte de uno para su incorporación a otro limítrofe, pero nunca por la creación de nuevos municipios por segregación de parte de los ya existentes.⁴

C) *Insularización de funciones y servicios.*

Por último, se propugna también que determinados servicios y funciones, hoy de la competencia municipal, sea traspasados a los Cabildos, como igualmente la supresión de todos los municipios de algunas islas —en concreto los de la isla del Hierro—, pasando todas sus funciones al Cabildo correspondiente.⁵

¹ P. D. E. S., pág. 369.

² El P. D. C. propugna que deberá «acordarse en el plazo de un año la agrupación forzosa de municipios para la prestación de determinados servicios»; y establece que deberá realizarse por el Gobierno en dicho plazo conforme a las facultades que al respecto le atribuyen la Ley de Régimen Local y su Reglamento de población y demarcación territorial, siguiendo los trámites que los citados textos prescriben (pág. 499).

³ P. D. C., pag. 499.

⁴ Se estima que esta revisión debe ser realizada de oficio por el Gobierno en el plazo también de un año (P. D. C., pág. 499).

⁵ P. D. C., pág. 499.

Esta medida, al contrario que las dos anteriores, supone una auténtica innovación no prevista en el Derecho vigente.

3.—Reformas relativas al personal.

Por último, contiene el Anexo de P. para C. unas medidas relativas a los funcionarios públicos. No es la finalidad de estas medidas el propugnar unas directrices generales inspiradoras de la reforma de la función pública, que por ser problema de índole nacional debe tener un tratamiento también general. Su finalidad es más modesta. No es otra que el corregir la principal dificultad que en orden a la función pública se tropieza en el Archipiélago Canario: la inestabilidad de los funcionarios.¹

Las medidas que se propugnan son de un doble orden:

—de un lado, facilitar el ingreso en la Administración Pública de los residentes en el archipiélago, mediante la desconcentración de las oposiciones a ingreso en los Cuerpos Generales de la Administración Civil del Estado y de las Corporaciones locales, así como por la organización en el Archipiélago de los cursos de perfeccionamiento.²

—y, de otro lado, compensar al funcionario del alejamiento impuesto por la situación geográfica mediante un régimen especial en orden a indemnizaciones por residencia, permisos, viajes, estudios familiares y vivienda.³

¹ P. D. C., pág. 499.

² P. D. C., págs. 499-500.

³ P. D. C., pág. 500.

BIBLIOGRAFIA

- ARDANT, Gabriel.—«La planification régionale et le problème de l'économie régionale». *Revue Internationale des sciences sociales*, Vol. XI, n.º 3, 1956, pág. 386.
- ALFARO ALFARO, Juan.—«La organización Adm.^a de la programación económica». *D. A.* n.º 16; págs. 6-14 (Documentación Administrativa). Madrid, abril, 1959.
- ALFARO ALFARO, Juan.—«La organización adm.^a española y el desarrollo económico». *D. A.* n.º 58, págs. 37-46. Madrid, octubre 1962.
- BAUFIELD, Edward C.—«Les fins et les moyens en matière de planification». *Revue Internationale des sciences sociales*. vol. XI, n.º 3, 1956, pág. 376.
- BALLBÉ PRUNES, Manuel.—«La proyección del Derecho en la Administración económica». *D. A.* n.º 46. Madrid, octubre 1961.
- BENAVIDES, Leandro.—«Organización administrativa del plan de desarrollo económico francés». *D. A.* n.º 46. Madrid, octubre 1961.
- BASSOLS COMA, Martín.—«Las disposiciones adoptadas en virtud del Decreto de 23 de noviembre de 1962 sobre medidas previas al plan de desarrollo económico». *D. A.*, n.º 65, págs. 33-45. Madrid, mayo 1963.
- BAENA DEL ALCAZAR, M.—«La supresión de intervenciones como medida preliminar al desarrollo económico». *D. A.*, n.º 74, págs. 47-58. Madrid, febrero, 1964.
- DAHL, Robert, A.—«La politique de planification». *Revue Internationale des sciences sociales*, vol. XI, n.º 3, 1956.—pág. 353.
- DIEZ HOCHLEITNER, Ricardo.—«La programación Administrativa». *D. A.* n.º 19. Madrid, Julio 1959.
- «DESCONCENTRACION de funciones». *A. L.*—*D. A.*, págs., 71-74, n.º 86. Madrid, febrero 1965.

- «DESARROLLO regional y crecimiento acelerado». Crónica. D. A. n.º 85, págs. 105-114. Madrid, enero 1965.
- «EFICACIA económica y reorganización administrativa». Resumen artículo n.º 47 «Promotions». D. A., núm. 22. Madrid, octubre 1959.
- FRIEDMAN, John.—«Introduction» (Etude et pratique de la planification). Revue Internationale des sciences sociales.—Vol., XI, n.º 3. 1956. pág., 337.
- GUAITA, Aurelio.—«Derecho administrativo especial». T. III. Zaragoza, 1964.
- GLASS, Ruth.—«L'évaluation de la planification: considérations sociologiques». Revue Internationale des sciences sociales.—Vol., XI n.º 3.—1956. pág., 411.
- GARCÍA DE DIEGO LÓPEZ, Luis.—«La organización administrativa de la planificación económica». D. A., n.º. 44-45. Madrid, agosto-sept. 1961.
- GONZÁLEZ RIVERO, Angel.—«La Cassa per il Mezzogiorno». D. A., 65, págs. 57-69. Madrid, mayo 1963.
- GREGORIO, Domenico de.—«Apuntes para la reforma: la desconcentración de funciones». (resumen del artículo «Apunti per la reforma», revista «Burocracia» (año XVII, n.º 6, Junio 1962). D. A. n.º 58, págs. 113-114. Madrid, octubre 1962.
- INFORME del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento sobre el desarrollo económico de España, editado por la Oficina de Coordinación y Programación Económica, núm. 35, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid 1962.
- KATZAROV, Konstantin.—«Théorie de la nationalisation». Éditions de la Baconnière, Neuchatel. 1.960.
- KAPP, K. William.—«Desarrollo económico, planeamiento nacional y Administración pública». (resumen de la «Economie development, National Planning and Public Administration», «Kyklos», v. XIII, fascículo 2, 1.960. D. A., n.º 55. Madrid, Julio 1962.
- LA MORENA, Luis de.—«La planificación como función: su concepto y primacía sobre las demás funciones administrativas». D. A. núm. 89. Madrid, mayo 1965.
- LA organización gubernamental para el desarrollo económico en Portugal». D. A., n.º 46. Madrid, octubre 1961.
- LA organización administrativa del desarrollo económico en España». Crónica, D. A. n.º 51 (págs. 60-63) Madrid, mayo 1962.

- «LAS funciones de la Comisaría del Plan de Desarrollo Económico» Resumen recomendaciones Informe Banco Mundial respecto a éstas funciones. D. A. n.º 56-57. Madrid, agosto, sepb. 1.962.
- LIÑAN, Fernando de.—«La Administración, actor de desarrollo». D. A. n.º 61, págs. 129-134. Madrid, enero 1963.
- LOZANO IRUESTE, José-María.—«La estructuración de la Comisaría del Plan de Desarrollo Económico». D. A., n.º 61, págs. 135-138. Madrid, enero 1963.
- LÓPEZ RODÓ, Laureano.—«Administración pública y desarrollo económico».—D. A. n.º 65, págs. 9-27. Madrid, mayo 1963.
- LAUVERSIN, Jacques de.—«L'aménagement du territoire» Juris-Classeur Administratif. Fascs. 443-8, 1965.
- MARTIN LOBO.—«Realidad y perspectiva de la planificación regional en España». Resumen trabajo publicado en la «Revista de Estudios Agro-sociales», n.º 33 oct. nov. 1960. D. A. n.º 42, págs. 84-87. Madrid, Junio 1961.
- MEILAN, José-Luis.—«La organización administrativa de los planes de desarrollo». Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios. Madrid 1966.
- MEILAN GIL, José-Luis.—«Planificación del desarrollo e información». D. A. 87-88, págs. 39-52. Madrid, marzo-abril 1965.
- MEILAN, José-Luis.—«Observaciones acerca del régimen jurídico de los polos de promoción y desarrollo». D. A. n.º 77, págs. 30-50. Madrid, Mayo 1964.
- MENDIZABAL ALLENDE, Rafael de.—«La gerencia de los polos de promoción y desarrollo». Doc. Adm.^a n.º 89. Madrid, mayo 1965.
- PÉREZ OLEA, Manuel.—«Los entes locales en la planificación del desarrollo económico». Revista de Estudios de la Vida Local, año XXV, n.º 145, enero-febrero 1966, págs. 1 a 21.
- PLAN de Desarrollo Económico y Social 1964-1967, editado por la Presidencia del Gobierno, Comisaría del Plan de Desarrollo Económico y Social, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado.—Madrid, 1963 (en el texto P. D. E. S.).
- PLAN de Desarrollo, Anexo para Canarias del Plan de Desarrollo económico y social, edictado por la Presidencia del Gobierno, Comisaría del Plan de Desarrollo Económico-Social, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1963 (en el texto P. D. C.).

- ROMERO NAVARRO, Luis.—«El desarrollo económico-social y la reforma de la Administración periférica en Francia». Secretaría General Técnica del M. de la Gobernación.—Madrid, 1965.
- RODRIGUEZ ESPINOSA, Antonio.—«Polígonos Industriales». Secretaría General Técnica — Ministerio Vivienda. Madrid, 16 enero 1965.
- SANCHEZ PINTO, Lázaro.—«El Desarrollo económico-social y la reforma de la Administración periférica en Francia». Secretaría General Técnica del Ministerio de la Gobernación.—Madrid 1965.
- SIERRA, Vicente.—«Etapas legislativas del desarrollo económico». D. A. n.º 65, págs. 28-32. Madrid, mayo 1963.
- TAMAMES, Ramón.—«Estructura económica de España». Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid, 2.ª edición, 1964.
- TINBERGEN, J.—«La planification de la politique économique». Revue Internationale des sciences sociales.—vol. XI, n.º 3, 1956.
- TOURETSKI, Ch.—«La planification régionale de l'économie nationale en U. R. S. S. et le régionalisme». Revue Internationale des sciences sociales.—Vol. XI, n.º 3 1956.
- TREVES, Giuseppino.—«La organización gubernamental para el desarrollo económico». D. A. n.º 52 (resumen general presentado en la reunión de I.I.C.A. de Lisboa (1-16. sept. 1961). Madrid, abril 1962.
- VILLAR PALASI, José-Luis.—«La intervención administrativa en la industria» —Tomo primero— Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1964.
- VARELA, Félix.—«El modelo francés de planificación económica». D. A. 69, —págs. 46-56. Madrid, mayo 1963.

VII

LA HACIENDA ESTATAL EN LAS ISLAS CANARIAS

por JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ

I RAZON CENTRICA DE LAS PECULIARIDADES FISCALES DEL ARCHIPIELAGO

Constituye un hecho conocido que determinados tributos de nuestro sistema general no se aplican o lo son con ciertas modalidades en las dos provincias del archipiélago canario. Este trabajo pretende dar una visión de conjunto de esas singularidades tributarias y de su razón de ser.

Es bien cierto que no existe (o existía) en nuestro Ordenamiento una norma legal que genéricamente acotase a estas Provincias como integrando una zona territorial de carácter singular a efectos fiscales. Parece inútil buscar un parangón con otras áreas cual las Provincias de Alava y Navarra que, por razón del arraigo de unas peculiaridades histórico-políticas, han tenido asimismo un trato fiscal de excepción. Este ha consistido precisamente en una excepcionalidad tributaria típicamente territorial, determinante de que el Ordenamiento impositivo general no se aplicase en estas provincias exentas y ellas organizarasen el propio de modo autónomo aunque subordinado y contribuyesen a las cargas generales del Estado mediante aportaciones globales fijadas a través de los llamados Concierdos o Convenios económicos. Trátase por tanto de algo muy distinto de lo que acontece en nuestro Archipiélago. Diferente es también con respecto a las de otros territorios españoles cual los de Ceuta y Melilla y Provincias Africanas, cuyo régimen se fundamenta asimismo en Leyes Generales que señalan lo que es aplicable a aquéllos, leyes de origen reciente, al contrario de lo que ocurre en Alava y Navarra, y no determinadas por las mismas razones histórico-políticas sino por otras de situación geográfica y de singularidades administrativas, perfectamente actuales. Haciendo abstracción de las Provincias Africanas, donde el Ordenamiento

General (incluso el tributario) ha venido siendo adaptado mediante la ulterior promulgación de las disposiciones precisas, en Ceuta y Melilla ocurre que el Ordenamiento es en principio el Peninsular con ciertas peculiaridades. Se asemeja por ello de un lado al de aquéllas provincias africanas en cuanto se apoya en una Ley general de adaptación dada para su territorio (L. de Bases de 22 diciembre de 1955) ¹ la cual contiene todas sus singularidades, y en ello mismo se diferencia del canario. Se acerca a este, por el contrario, en que la principal razón de sus singularidades radica en el carácter de Puertos Francos que les fue otorgado.

No existen en nuestro país otras peculiaridades fiscales con delimitación geográfica. El art. 229 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964 (Tít. VI-Disposiciones Comunes) establece que «a los efectos de la aplicación en el territorio de esta Ley, se procederá en la siguiente forma:» y en sus diversos apartados determina como únicas áreas territoriales especiales la de Alava y Navarra, Canarias, Plazas de Soberanía española del Norte de Africa y Provincias españolas en Africa.

El modo de aplicación es, sin embargo, diferente: Respecto de Alava y Navarra, el respeto al régimen foral y como consecuencia, la autorización al Gobierno para determinar la aportación al sostenimiento de las cargas generales del Estado; respecto a las Plazas de Soberanía, otra autorización para adaptar la Ley a la que estableció su régimen especial (L. Bases de 22 diciembre de 1955); en cuanto a las Provincias de Africa, la ulterior regulación de la aplicación de la Ley a esos territorios, sin perjuicio asimismo de la Ley

¹ Según el art. 229-3 de la Ley de 11 de junio de 1964, la aplicación de esta Ley a las plazas de soberanía española del Norte de Africa se regulará por Decreto; dichas plazas continuarán rigiéndose por las disposiciones contenidas en las Bases 3.^a y 6.^a de la Ley de 22 diciembre de 1955, reguladora del régimen económico y financiero de Ceuta y Melilla. La Base 3.^a de esta Ley declara «territorios Francos a efectos aduaneros» los términos de estas ciudades como exterior circundante y sus dependencias de Alhucemas, Vélez de la Gomera y Chafarinas. Pero aparte las franquicias aduaneras, que expresamente se detallan, se reconocen otras exenciones y privilegios fiscales que afectan a diversos tributos: contribución territorial rústica y urbana, contribución industrial, utilidades de la riqueza mobiliaria, contribución general sobre la renta, algunos aspectos del impuesto de derechos reales, timbre, Contribución de usos y consumos, y algún otro aspecto concreto.

de Bases sobre el régimen autónomo de la Guinea Ecuatorial, de 20 diciembre de 1963; y en lo relativo a Canarias, la expresa exención en cuanto a la aplicación de determinados preceptos de dicha Ley Tributaria. Hay por tanto una patente diferencia de técnica, y a nuestro modo de ver la razón de ello es que, al contrario que en Canarias, en los restantes de esos territorios existe, de una ú otra forma, con origen y alcance diferentes, un régimen fiscal territorial de carácter singular con expresa formulación en el Ordenamiento general mientras que en Canarias no ocurre otro tanto. Aquí lo único que hasta la fecha ha existido ha sido simplemente unas exenciones territoriales con respecto a determinados tributos.

Sin embargo, estas exenciones no han tenido carácter particular e inorgánico, sino que derivan de una razón tributaria común que las hace exceder de los limitados términos de una singular exención, insertándolas por el contrario de modo orgánico en la serie de normas y principios generales que afectan a aquélla común razón originaria. Esta no es otra que la declaración de Puertos Francos hecha para los del Archipiélago Canario por el R. D. L. de 11 de julio de 1852, confirmada y ampliada por L. de 22 de junio de 1870 y L. de 6 de marzo de 1900; conservada y reiterada por el R. D. L. de Bases de Puertos, Zonas y Depósitos Francos de 11 de julio de 1929, el Reglamento de 22 de julio de 1930 y las Ordenanzas de Aduanas del D. de 17 de Octubre de 1947.

Pero todos esos preceptos no crean un régimen territorial especial, sino unas singularidades respecto de determinados aspectos fiscales en el archipiélago canario. La diferencia consiste en que el territorio es pura delimitación geográfica de un área de exención de ciertos aspectos fiscales, no determinante genérico de un régimen especial como en los restantes casos mencionados. Mas como el supuesto de singularización no es específico, o sea, no consiste en una pura exención legal caso por caso respecto de varios tributos, sino genérico como veremos para su régimen de aplicación, ello comporta consecuencias más amplias que si de aquél caso se tratara.

Lo que en síntesis trata de demostrarse es lo siguiente:

1.º Que las singularidades canarias no constituyen un régimen fiscal territorial, sino un conjunto de peculiaridades limitadas por su área geográfica.

2.º Que sin embargo existe una razón común origen de tales singularidades y ella es el régimen de Puertos Francos.

3.º Que a tal razón común se reconducen todas sus especialidades, mas por ello y tratarse de un régimen singular, si bien limitado, el mismo puede o ha podido comportar por razón de sus propios principios peculiaridades que expresamente no figuren en Leyes generales posteriores a las cuales sin embargo se deben imponer.

Lo dicho lleva de la mano a empezar el análisis con

II LOS PUERTOS FRANCO DE CANARIAS

A) *Concepto y caracteres de los Puertos Francos*

Es útil tratar de hallar un concepto de los Puertos Francos según el Ordenamiento positivo, ya se halle en él de modo expreso, ya disperso en varias disposiciones, ya inducido de los preceptos que en el conjunto de normas estructuran la institución. Y tal definición será útil como medio para rastrear los principios jurídicos en que la institución se apoya y las consecuencias tributarias de los mismos. Resulta tanto más importante si se advierte que ni el R. D. L. de 11 de julio de 1852 ni la L. de 22 junio de 1870, y ni siquiera la de 6 marzo de 1900 contienen un concepto. La primera y segunda de esas disposiciones se limitan a formular la declaración de Puertos Francos para los del archipiélago. La de 1900 contiene mayores precisiones aunque tampoco contenga una definición.¹ A nuestro propósito, son de capital interés los artículos 2 y 3: Dice el 2:

¹ Art. 1 del R. D. L. de 11 julio de 1852: Se declaran Puertos Francos en las Islas Canarias los de Santa Cruz de Tenerife, La Orotava, Ciudad de Las Palmas, Santa Cruz de la Palma, Arrecife de Lanzarote, Puerto de Cabras y San Sebastián de la Gomera». Art. 1 de la Ley de 22 de junio de 1870: «Se confirma el R. D. L. de 11 de julio de 1852, haciendo extensiva esta gracia al de Valverde en la isla de Hierro». Los arts. 1 y 2 de la Ley de 6 de marzo de 1900 establecen mayores precisiones pero tampoco dan una definición genérica: «Se confirma y ratifica la declaración de Puertos Francos hecha en favor de las Islas Canarias por el R. D. L. de 11 julio de 1852 y ampliación de la Ley de 22 de junio de 1870... El Gobierno po-

«Serán libres de todo derecho o impuesto, sea cual fuere su denominación, y quedarán exceptuados de los monopolios establecidos o que puedan establecerse, todas las mercancías que se importen o exporten en Canarias, a excepción de las siguientes» (y aquí se contiene una lista).

El art. 3 reza así: «Sobre cada una de las mencionadas, el Estado podrá percibir, en concepto de arbitrio, una cuota que no excederá en ningún caso de las que respectivamente gravan la introducción, fabricación y consumo de las mismas mercancías en la Península e Islas Baleares»...

Estas Leyes establecen un régimen especial para los puertos canarios; no se tratará ya de puertos habilitados para el comercio en el sentido que viene utilizándose en la época, sino de Puertos Francos, término que entraña el otorgamiento de unas especiales franquicias aduaneras, pero cuyo concepto no precisan las normas que las establecen. Se hace preciso recurrir a otras fuentes normativas de la época. Pero tampoco en sus textos se encuentra la buscada definición legal. Asimismo se halla ausente de la L. de 18 de mayo de 1863 (y su posterior redacción según la de 14 de julio de 1894) que declaró puertos francos las plazas de Ceuta, Melilla e Islas Chafarinas.

Las Ordenanzas de Aduanas de 19 noviembre de 1884 tampoco añaden nada, aunque ya definen los Depósitos de Comercio en su art. 7.¹ En el Apéndice 17 se contiene el Reglamento de los

drá aumentar o disminuir el número de los Puertos habilitados para el comercio». Art. 2: «Serán libres de todo derecho o impuesto, sea cual fuere su denominación...». Cfr. más adelante.

¹ Ordenanzas de Aduanas de 19 noviembre 1884; el art. 7 define los Depósitos de Comercio: «los almacenes en donde pueden conservarse, sin pagar los derechos de importación, las mercancías extranjeras y coloniales que no estén exceptuadas de dicho beneficio». Art. 8: «Las mercancías admitidas a depósito están bajo la salvaguarda de las Leyes y en ningún caso se usará con ellas de represalias...» «Tampoco podrán, en ningún tiempo ni bajo pretexto alguno mientras no se destinen al consumo, ser objeto de imposición de cualquier clase en beneficio del Estado, la Provincia o el Municipio, fuera del tanto por ciento de depósito que en estas Ordenanzas se prescribe». El art. 185, que en el lugar donde trata del comercio de cabotaje, hace referencia a los Puertos Francos: «el comercio con los Puertos Francos de Canarias se considerará como cabotaje de entrada cuando se trate de las mercancías que en la disposición 9.^a del Arancel se determinan en el concepto de productos de

Puertos Francos declarados tales en las Leyes mencionadas, pero se limita a regular el régimen administrativo general sin expresar definición alguna, y menos referencia al sistema de franquicias que pudiera orientar sobre sus peculiaridades tributarias.

Las Ordenanzas de Aduanas aprobadas por P. D. 15 octubre de 1894 tampoco formulan el deseado concepto. Si contiene el de Depósitos de Comercio, basado en el de las Ordenanzas anteriores al que se añade algún perfil de interés.¹ Sobre todo, el art. 41 suministra un dato, al decir que «toda mercancía necesita para ser legalmente importada o exportada DE LA PENINSULA E ISLAS BALEARES pasar por una de las Aduanas autorizadas al efecto..... para su comprobación y para el pago de los derechos de arancel si estuviese sujeta;» por consiguiente, se desprende que en Canarias y demás Puertos Francos las mercancías, para ser legalmente importadas, no han de pasar por la Aduana ni pagar derechos de Arancel.² El Apéndice 9.º de estas Ordenanzas contiene también el Reglamento de Puertos Francos, con especial referencia a los canarios, pero sin que tampoco de sus preceptos sea inducible un concepto ni el régimen tributario de los mismos.

Seguimos, pues, sin poseer una definición legal de la época,

aquellas islas. Todas las demás mercancías deberán documentarse como procedentes del extranjero».

¹ Arts. 4 y sigts. «Son Depósitos de Comercio los almacenes en donde pueden conservarse, sin satisfacer los derechos de Arancel, *los impuestos especiales o equivalentes al de Consumos*, las mercancías extranjeras y las coloniales que no estén exceptuadas de ellos».

² Art. 227, «Comercio de Cabotaje, con relación al régimen de las Aduanas, es el que se hace directamente por mar, entre Puertos de la Península o de las Islas Baleares. El comercio con los Puertos Francos de las Islas Canarias y con Ceuta, etc. y Fernando Poó y sus dependencias se considerará como de cabotaje de entrada cuando se trate de productos de dichas islas, porciones y dependencias que por el Arancel de Aduanas se admitan con franquicia de derechos. Todas las demás mercancías que vengan de las indicadas islas, posesiones y dependencias, se documentarán como si procediesen del extranjero. El comercio desde la Península e Islas Baleares con destino a aquellas islas, posesiones y dependencias, se considerará y documentará como de cabotaje». Art. 353: «El impuesto de carga y descarga y el de embarque y desembarque de viajeros se exigirán a los buques en todos los puertos habilitados para la carga y descarga haya o no en ellos obras artificiales, incluso los de las Islas Baleares y Canarias y los de Ceuta y demás Puertos Francos de África... La exacción de estos impuestos se verificará por las Aduanas respectivas...»

al menos en cuanto conocemos. Únicamente poseemos la de depósitos de comercio. El paso siguiente deberá consistir en tratar de formularla según todos los elementos que el ordenamiento proporciona, extrayendo de los preceptos reguladores de la institución los principios esenciales que le caracterizan, pues de otra suerte se haría imposible conocer el verdadero alcance y contenido de la misma.. Ello es lícito puesto que en esto consiste la ordinaria labor de investigación doctrinal y de exégesis legal. Por otra parte, porque parece evidente que el Ordenamiento, en un determinado momento cronológico, resulta constituido por normas de sucesiva aparición y entonces los caracteres de una institución determinada pueden hallarse dispersos entre fuentes de distintas fechas que es preciso integrar.

Esta observación marginal tiene interés porque, como veremos, los fundamentales caracteres de la institución de los Puertos Francos se hallan en disposiciones de fecha posterior a las de su creación. Desde tal punto de vista, el conjunto de fuentes legales relativas a los mismos es el siguiente: R. D. L. de 11 julio de 1852 y L. 22 junio de 1870,¹ en cuanto antecedente histórico de la de

¹ R. D. L. 11 julio 1852: «atendidas las circunstancias especiales de decadencia en que se encuentran las Islas Canarias, se declaran Puertos Francos los de... (Cfr. más atrás)... estableciendo las bases para llevar a efecto la franquicia».

La Ley de 18 mayo de 1863 declara Puertos Francos los de las plazas de Ceuta, Melilla e Islas Chafarinas. Seg. su art. 1, «en consecuencia quedan libres de derechos y arbitrios en favor del Tesoro Público todos los géneros, frutos y efectos que en ellas se introduzcan, incluso los que se hallen estancados en la Península. Únicamente satisfarán derechos de puerto y sanidad los buques conductores de las mercancías. Art. 2: «Los géneros, frutos y efectos de producción nacional que desde esos Puertos Francos se importen en los de la Península e Islas adyacentes serán considerados como extranjeros y sujetos por tanto al pago de los derechos que establece el Arancel». (Redacción de L. de 14 julio 1894). La R. O. de 13 noviembre de 1880 contiene una curiosa resolución del Ministerio de Hacienda: «Noticiosa la Dirección General de Aduanas de que en los Puertos Francos de Canarias se cometen abusos perjudiciales para el Tesoro», prohibió que los buques extranjeros cargasen en ellos y adoptó otras medidas a fin de contener los excesos advertidos, instruyendo expediente que resuelve el Ministro mandado que se suspenda la ejecución de tales acuerdos del centro directivo y que, con arreglo al art. 3 de la Ley de 22 junio de 1870, se nombre la junta que ha de estudiar las modificaciones que conviene introducir en la legislación de los Puertos Francos de Canarias.

1900, o en los elementos no derogados por esta, si los hay. Ley (fundamental) de 6 de marzo de 1900.

R. D. L. de 11 de julio de 1929, de Bases de Puertos, Zonas y Depósitos Francos (Bases 1.^a a 6.^a, 13.^a, 15.^a y 21.^a Reglto. de la misma, R. D. 22 de julio de 1930 arts. 1 y sigts.)

Ordenanzas de Aduanas de 17 octubre de 1947 (arts. 1, 4, 9, 200, 201, 203, 206, 214, 225, 229, 379...) L. Arancelaria de 1 mayo de 1960.

De tal complejo de fuentes, conjunto normativo actual de la Institución, será preciso inducir los elementos que la definen e integran, su régimen propio, según el cual deberán determinarse la vigencia y alcance de las franquicias concedidas por la legislación de Puertos Francos en relación con las leyes posteriores, especialmente las que han reformado el régimen tributario. Y ese es el único procedimiento para lograr la armónica integración en el Ordenamiento tributario actual de todos los preceptos sobre la materia que se han ido sucediendo.¹

A la luz de tales fuentes, creemos debe partirse de una base que, según las mismas, parece demostrada: que los Puertos Francos son UN TIPO DE LO QUE GENERICAMENTE PODRIA DENOMINARSE AREAS ADUANERAS EXENTAS: «Estas están constituidas por los Puertos, Zonas y depósitos Francos.»² La definición

¹ Para ello deben tenerse en cuenta, además de los principios de interpretación, colisión y sucesión de las Leyes en el tiempo; la naturaleza de cuantos tributos puedan estar afectados por aquél régimen especial, así como la naturaleza, alcance, contenido y vigencia de este específico régimen de los Puertos Francos, en relación obligada además con las normas y principios generales de la interpretación positiva y del Ordenamiento en general; sólo así podrá llegarse a conclusiones dotadas de la necesaria armonía jurídica respecto a los diversos sectores del Ordenamiento tributario que, como tal Ordenamiento unitario, repugna las discordancias. Quiérese decir que esta investigación es el arranque para determinar las especialidades tributarias vigentes en Canarias siendo para ello fundamental determinar el contenido y alcance de la institución de los Puertos Francos.

² Según la Base 1.^a del R. D. L. de 11 julio de 1929, además de los depósitos de comercio y combustibles... existirán Puertos Francos, Depósitos Francos y Zonas Francas, con las funciones que allí se les atribuyen. El art. 9 de las Ordenanzas de Aduanas de 17 octubre de 1947 establece que «Las mercancías admitidas a depósito de comercio o franco no podrán,... mientras no se destinen a consumo, ser objeto de exacción de ninguna clase en beneficio del Estado, la Provincia o el Municipio, excepto los derechos que por el concepto de depósito estén obligadas a pagar».

genérica de las áreas aduaneras exentas que podría extraerse de aquél complejo normativo sería: ZONAS DE PRIVILEGIO FISCAL: PRINCIPALMENTE ADUANERO, CUYA FINALIDAD ES CREAR AREAS DE LIBRE COMERCIO EXTERIOR AL AMPARO DE DICHO PRIVILEGIO.

Las Bases 3.^a y 4.^a del R.D.L. de Bases citado de 11 julio de 1929 y los arts. 214 y 225 de las Ordenanzas de Aduanas de 17 octubre de 1947, definen los Depósitos y las Zonas Francas:

«Por Depósito Franco se entiende una porción limitada de terreno enclavada en el lugar donde exista Aduana Marítima de 1.^a Clase, con locales adecuados para introducir y almacenar toda clase de mercancías extranjeras de importación permitida y las españolas de exportación autorizada».¹

La Base 13 de la primera y los arts. 217, 225 y 229 de las Ordenanzas, establecen la exención fiscal de esos lugares.² No así

¹ Base 3.^a del R. D. L. citado: «Por Depósito Franco se entiende una porción limitada de terreno enclavada en lugar donde exista Aduana marítima de primera clase, con locales adecuados para introducir y almacenar toda clase de mercancías extranjeras de importación permitida y las españolas de exportación autorizada. Dentro podrán realizarse las operaciones que determina el art. 219 de las Ordenanzas de Aduanas». Esta definición se reproduce en el art. 214 de las Ordenanzas de Aduanas de 1947. La Base 4.^a de aquél R. D. L. define la Zona Franca: «una franja o extensión de terreno situada en el litoral, aislada plenamente de todo núcleo urbano, con puerto propio o al menos adyacente, y en el término jurisdiccional de una Aduana marítima de primera clase; en cuyo perímetro podrán realizarse las operaciones que el art. 222 de las ordenanzas de Aduanas autoriza para los Depósitos Francos y además instalarse»... (los tres tipos de industrias que especifica). Asimismo reproduce esta definición el art. 225 de las Ordenanzas de Aduanas citadas, añadiendo: «...en cuyo recinto entrarán las mercancías con exención de derechos arancelarios y las demás que en cada caso se determinen y en el que, además de las operaciones autorizadas para los Depósitos Francos, podrán instalarse toda clase de industrias sin más restricciones que las que aconseje la natural defensa de la economía nacional. En las Zonas Francas que además tengan puerto propio será completamente libre de intervención aduanera el tráfico de buques y mercancías de todas las naciones, salvo en los casos que se señalen».

² Base 13 del cit. R. D. L.: «Tanto en las Zonas como en los Depósitos Francos podrán introducirse las mercancías extranjeras cuya importación no se halle prohibida de un modo absoluto por el Arancel vigente y las nacionales de exportación autorizada. Unas y otras estarán exentas del pago de derechos de Aduanas, impuesto de transportes, arbitrios de obras de puerto y cualesquiera otros tributos establecidos por el Estado, la Provincia o el Municipio directamente sobre la mercancía

respecto de los Puertos Francos, puesto que la Base 2.^a, el art. 2 del Reglamento y el 200 de las Ordenanzas se limitan a enumerarlos y confirmar las disposiciones que los declararon tales. Sin embargo, ya es un considerable paso saber que su lugar se halla entre esas que hemos denominado áreas aduaneras exentas, y otro, el criterio diferencial que es posible establecer en ellas. Por otro lado, del art. 2, apartados B y D de la Ley Arancelaria de 1960 se desprende una diferenciación entre los Puertos Francos de Canarias y los restantes creados o que se creen, porque precisamente considera de modo específico a todo el Archipiélago como territorio exento.

El criterio diferencial distintivo que se desprende de esas normas y la declaración de Puertos Francos sería el siguiente:

EN EL DEPOSITO FRANCO, lo exento son solamente determinados locales o instalaciones completamente aislados de la ciudad. A su vez, se denominan Depósitos de Comercio si se trata de establecimientos dependientes de la Administración en los que se permite almacenamiento temporal, y Depósitos Francos si se trata de almacenes de particulares concedidos por la Administración, permitiéndose entrada de mercancías y libertad de comercio, pudiendo salir para importarse o exportarse por la Aduana.

EN LA ZONA FRANCA lo exento es un área territorial (en cuyo perímetro puede haber industrias) aislada de todo núcleo urbano.

EN EL PUERTO FRANCO no existe aislamiento de los núcleos urbanos por lo cual toda la ciudad o ciudades (incluso el territorio) están exentas del régimen aduanero y en ellas puede comerciarse libremente.¹

satisfarán al introducirse en España los derechos arancelarios, impuestos y arbitrios mencionados como si vinieran directamente del extranjero, salvo lo dispuesto en el párrafo 4.º de esta Base. Las que se reexporten no pagarán ningún impuesto». El 229 añade algo para las Zonas Francas: ...«no pudiendo (las mercancías) ser gravadas con impuestos locales más que las que se introduzcan en la población. Asimismo libres de derechos y tributos fiscales las mercancías almacenadas en la Zona que por su naturaleza sean necesarias para el funcionamiento de alguna industria (combustibles, lubricantes) previa justificación ante la administración de la Zona extranjera.

¹ Véase A. Carretero: «El sistema tributario español reformado», pág. 328. Sentencia de la Sala de lo Contencioso de Santa Cruz de Tenerife de 27 noviembre de 1963.

De lo anterior derivan importantes consecuencias:

1.^a Identidad de naturaleza y fin genérico de esos tres tipos de áreas exentas.

2.^a Los Puertos Francos no se han reducido al estricto régimen estatuido para las otras, a causa sin duda de la peculiar problemática derivada del hecho de abarcar en su extensión zonas pobladas a las que no sería oportuno aplicar en su integridad los privilegios, por lo que requieren un régimen específico que en cada caso establece su legislación propia, a la cual la general siempre se remite.

3.^a Los preceptos reguladores de las Zonas y Depósitos Francos no se limitan a establecer una franquicia del impuesto aduanero, sino además una exención general respecto de «cualesquiera otros tributos establecidos por el Estado, la Provincia o el Municipio, directamente sobre la mercancía misma», satisfaciéndose no obstante unos y otros «como si vinieran directamente del extranjero... al introducirse en España»... o al destinarse al consumo; es decir, su régimen consiste en una exención general de todos los impuestos que tengan por presupuesto la existencia de la mercancía y, naturalmente, su introducción en el área exenta. De aquí que con respecto a los Puertos Francos no resulte extraño a la lógica jurídica que el suyo pueda establecer exenciones no exclusivamente aduaneras y por otra parte que aquéllas amplísimas otorgadas a las otras zonas requieran una adaptación que en cada caso realiza su legislación específica.

Así lo corrobora un singular precepto, el art. 203-c de las Ordenanzas de Aduanas, al prever y permitir el establecimiento de Depósitos Francos dentro de los Puertos Francos de Canarias para conservar en ellos mercancías que estén sujetas a exacción por Arbitrios de dichos Puertos Francos.¹

¹ Dice el precepto: «Se permitirá en Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas el establecimiento de Depósitos en donde puedan conservarse, sin satisfacer Arbitrios, las mercancías extranjeras sujetas a ellos». El plazo de estancia es de un año, y durante él es obligatorio introducirlas a consumo o remitirlas a la Península, Baleares o extranjero. No se admitirán en los Depósitos más que los efectos que paguen Arbitrios o impuestos de entrada en Canarias. Es evidente que se trata de Depósitos dentro de los Puertos Francos con respecto a lo que constituyen tributos específicos de estos,

Con los anteriores datos creemos estar en condiciones de inducir lo que, según nuestro ordenamiento, es un Puerto Franco:

UN TIPO DE ZONA EXENTA CON PRIVILEGIO FISCAL PRINCIPALMENTE ADUANERO, QUE ABARCA NUCLEOS URBANOS, CUYO FIN ES CREAR UN AREA DE LIBRE COMERCIO Y QUE LLEVA CONSIGO UN REGIMEN TRIBUTARIO PROPIO EN CIERTOS ASPECTOS DIRECTAMENTE DERIVADOS DE SU NATURALEZA.

Idea esta que no aspira quizá a constituir un verdadero concepto, pero que nos va a servir para caracterizar la institución y que difiere de otras que solamente tienen en cuenta el aspecto aduanero cual la del Prof. Alvarez de Cienfuegos, quien los define diciendo: «Zonas o Puertos Francos no son sino partes del territorio a las cuales se considera fuera del control aduanero».¹

B) *Origen de los Puertos Francos de Canarias*

Pese a dicha especialidad de régimen fiscal que no se refiere sólo al impuesto aduanero, es con respecto a las Aduanas, como hay que buscar el nacimiento histórico de esos privilegios. Quizá resulte útil aclarar ahora (más adelante se insistirá) que las Aduanas no son otra cosa que la organización administrativa precisa para el cobro de un tributo que, así, se ha venido denominando impuesto aduanero o Renta de Aduanas. Pero la Renta de Aduanas no constituyó un solo impuesto ni tuvieron los que lo integraban idéntica naturaleza y finalidad. Nos hallamos frente a un conjunto tributario cuyo presupuesto jurídico objetivo lo constituyen los actos del comercio de importación y exportación.² Incluso haciendo abstracción de otros impuestos y tasas tradicionalmente unidos al gravamen específicamente aduanero en su modalidad de importación, dentro de éste cabe descubrir dos facetas: los llamados derechos o gravámenes económicos y los fiscales, con finalidad distinta (instrumento de política económica o simple fuente productora de in-

¹ Alvarez de Cienfuegos. «Hacienda Pública»: Prieto, 1958. Pág. 495.

² Sáinz de Bujanda; «Estructura jurídica del sistema tributario». —Revista de D.º Financiero y de la Hac. Pública, n.º 41-Marzo de 1961— pág. 146.

gresos.¹ En la Ley Arancelaria de 1 mayo de 1960, aparte su general orientación aluden expresamente a esa distinción: el preámbulo, al señalar el carácter de instrumento económico del Arancel; el art. 8, que establece un deslinde de competencias entre los Ministerios de Hacienda y Comercio, la Disposición adicional 4^a, que se refiere a las desgravaciones de derechos «de renta» o fiscales y de los gravámenes complementarios.

Estas ideas, según veremos, serán de utilidad para interpretar la institución que nos ocupa.

Así configurada, sabemos que el sistema se forma en nuestra patria por superación del de las Aduanas interiores y, en cuanto a su orientación, mediante la del régimen aduanero que llega a los comienzos del siglo XIX con un carácter rígido, consecuencia de las ideas del mercantilismo económico que habían venido minando.² Pero cuando comienzan a triunfar los criterios del librecambismo se dictaron diversas leyes de este signo, entre ellas las que otorgaron su régimen a los puertos canarios y del N. de Africa (1852-53). El librecambismo se orienta a crear facilidades al comercio y una de ellas es suavizar el gravamen aduanero. Trátase, pues, del manejo del Arancel como instrumento la política económica.

¹ La finalidad de los gravámenes económicos es de política económica, manejándose como instrumento para dificultar o facilitar las importaciones en la medida que interese por razones de economía nacional, y si indudablemente producen ingresos, ello es de modo indirecto y accesorio: en los derechos fiscales el fin es el mismo de cualquier otro tributo, o sea proporcionar ingresos presupuestarios y constituyen una faceta o sector complementario de los impuestos sobre el consumo al someter a tributación mercancías no producidas en el país. La discriminación de unos y otros no es fácil, pero a veces tiende a establecerse con mayor o menor claridad. Por lo tanto, resalta el hecho de que en los derechos económicos debe darse mayor flexibilidad que en los fiscales para permitir el adecuado manejo según las necesidades coyunturales de la política económica. Algún autor (Cfr. Carretero, ob. cit., pág. 323) no vacila en distinguir la Renta y el Impuesto de Aduanas: la Renta sería un conjunto de impuestos que gravan el tráfico exterior y se recaudan por medio de un servicio público especial llamado Aduana; el Impuesto en sentido estricto es un tributo que grava el consumo nacional de artículos importados, en el momento de su introducción en la economía del Estado.

² A. de Cienfuegos. Ob. cit., pág. 495.—J. C. de Ory y Aranaz. «Nueva Enciclopedia Jurídica Selx». Voz «Aduanas». Pág. 352.

Pero, además, la elección del emplazamiento territorial no es puro azar. Obedece sin duda a circunstancias geográficas, políticas e histórico-fiscales concretas. En lo relativo a Canarias, de la Rosa¹ ha señalado cómo desde el fin de la conquista del archipiélago se había otorgado a este una total exención de tributos durante 25 años por los Reyes Católicos, privilegio confirmado por disposiciones posteriores y que se refiere precisamente a los gravámenes de tráfico o de consumo («alcabalas, monedas, ni otros pechos, ni derechos, ni tributos algunos de lo que vendiesen o comprasen dentro de las dichas islas») y que finalmente fué confirmada a perpetuidad en 1528, si bien obligando al pago del 6% del valor de las

¹ Leopoldo de la Rosa Olivera «Evolución del Régimen Local en las Islas Canarias». Señala que al terminar la conquista de las Islas y para estimular su población, los Reyes Católicos les concedieron total exención de tributos por 25 años, posiblemente sin documento formal, por lo que los Cabildos de las Islas solicitaron insistentemente su confirmación. En el de Tenerife (su archivo hoy en su heredero el Ayuntamiento de La Laguna) se conserva la confirmación más antigua, que data del 20 de marzo de 1510, dada en Madrid y firmada por D. Fernando el Católico, por su hija la Reina doña Juana. Dice: «Por quanto al tiempo que las Islas de Tenerife y La Palma fueron conquistadas por mandado del Rey mi señor e padre e de la Reina mi señora madre, que sancta gloria haya, por el Adelantado don Alonso Fernández de Lugo, mi governador della, el dicho governador, porque mejor se poblasen las dichas Islas, prometió a las personas que a ellas se fuesen a poblar que serían francos e esentos de pagar alcavalas, ni monedas, ni otros pechos ni derechos, *ni tributos algunos de lo que vendiesen e comprasen dentro de las dichas islas* de Tenerife e La Palma e porque mi merced e voluntad es que la dicha esención e voluntad sea guardada a los vecinos de las dichas islas e a los que a ellas se fueren a vivir con su casa poblada... por tiempo de veinte e cinco años, contados desde que las dichas islas se ganaron. Por ende mando... que no prendan ni demanden... alcavala alguna, ni monedas, ni otros pechos, ni derechos, ni tributos algunos... con tanto que esta franqueza no pare perjuizio a la renta de las otras Islas de Canaria e que los vezinos de las dichas islas hayan de pagar e paguen la moneda forera...» Como este privilegio era sólo por 25 años, siguieron las gestiones hasta conseguir por nueva Real Carta de 19 de septiembre de 1528 se confirmase a perpetuidad, si bien obligando al pago del 6 por ciento del valor de las mercancías que entrasen y saliesen de las islas. Esta exención, como señala, no limitaba a los Cabildos su derecho al cobro del impuesto llamado «Haber del peso», concedido a Gran Canaria por Real Carta de 26 junio de 1501 y hecho extensivo luego a las restantes Islas. Recaía tanto sobre la importación como sobre la exportación y se percibía sobre una tarifa que comprendía 137 epígrafes, que oscilaban entre dos cornados a 25 maravedís.

mercancías que entrasen y saliesen de las islas. No sería difícil hallar analogías entre este rancio régimen histórico y el configurado en las Leyes que estructuraron el de los Puertos Francos.¹

La finalidad de los mismos, dentro del cuadro general de la política librecambista, apuntada a la creación de unas áreas territoriales de comercio exterior exento, orientadas, sin duda, no sólo al beneficio general del país, sino especialmente al de la zona afectada a quien se trataba de favorecer, con las exenciones para que al amparo de estas se produjese un florecimiento comercial que impulsase el desarrollo de las Islas.

C) *Régimen de los Puertos Francos según sus normas propias*

Dadas las deficiencias conceptuales ya señaladas en esta legislación, es preciso determinar el alcance de las exenciones tributarias que otorga y el régimen fiscal que instaura para las zonas exentas.

Vamos a prescindir de las Leyes de 1852 y 1870, de cuyos balbuceantes y escuetos preceptos poco o nada queda vigente.² El ré-

¹ La razón de estos privilegios, «porque mejor se poblasen las islas», es derivación de sus peculiares circunstancias geográfico-históricas. La mayor importancia se atribuye a los impuestos de consumo, con una exención general para el tráfico realizado en las islas. No sería difícil hallar alguna analogía entre este rancio régimen histórico y el configurado en las Leyes que otorgaron el de Puertos Francos.

² El R. D. L. de 1852 instaura una exención respecto de las Rentas de Aduanas y Tabacos; «Cuando cesen los efectos de las franquicias, quedarán de nuevo restablecidos en las Canarias los Aranceles de Aduanas y el estanco del tabaco» (art. 7 y 15). Para cubrir el déficit resultante de la supresión de aquéllas rentas, el mismo art. 7 establecía unos determinados derechos de importación que fueron luego suprimidos por la Ley de 1900. La recaudación de los derechos e impuestos que el D. L. citada se encomendó a la Diputación, la cual se obligaba a satisfacer el déficit que pudiera resultar si los derechos e impuestos que han propuesto y se establecen no alcanzasen a cubrir el cálculo de su rendimiento 1.215.811 reales, 17 maravedís). En la Ley de 22 junio de 1870 se extiende la franquicia a los demás puertos de las Islas Canarias cuyos Ayuntamientos se comprometan a sufragar de su cuenta los gastos de recaudación y administración del ramo (art. 2). El 3 contiene una importante declaración, aunque sin carácter normativo: «Se autoriza al Ministerio de Hacienda para que, oyendo a una Junta... adopte las modificaciones que convenga hacer en el citado R. D. (de 1852) para ampliar el beneficio de las franquicias, sin

gimen actual se apoya en la de 6 de marzo de 1900, mucho más expresiva y clara y de la cual es posible extraer los elementos del régimen jurídico de los Puertos Francos de Canarias.

Su art. 2 es fundamental: «Serán libres de todo derecho o impuesto, sea cual fuere su denominación, y quedarán exceptuados de los monopolios establecidos o que puedan establecerse, todas las mercancías que se importen o exporten en Canarias, a excepción de las siguientes:» (la lista de mercancías que sigue viene a coincidir sustancialmente con los artículos a la sazón gravados por los impuestos interiores sobre el consumo y esta es una precisión importante, según veremos).

El art. 3 establece una imposición especial sobre esta lista de mercancías: «El E. podrá percibir sobre cada una de ellas, en concepto de Arbitrio, una cuota que no excederá en ningún caso de las que respectivamente gravan la introducción, fabricación y consumo de las mismas mercancías en la Península e Islas Baleares».¹

El art. 9 establece un régimen específico para la administración y gestión de los Arbitrios.²

perjuicio de los intereses del Tesoro, para mejorar el sistema administrativo y económico de la misma provincia en provecho de ella y de la metrópoli y para liquidar el déficit que actualmente existe contra aquélla provincia...»

¹ El art. 5 suprime los gravámenes establecidos por el R. D. L. de 1852 (1 por ciento sobre el valor de las mercancías, y recargos del 20 por ciento sobre la Contribución Territorial y 50 por ciento sobre la comercial). El 6 contiene una excepción al régimen: «La producción, circulación y venta en las Islas Canarias de los alcoholes, aguardientes y licores, así como la de la achicoria y demás sustancias que se emplean en las imitaciones o adulteraciones del café o del té, quedarán sujetas a las reglas y disposiciones que rijan en la Península e Islas Baleares». El 7; «Los productos y manufacturas de las Islas Canarias quedarán sujetos a su importación en la Península e Islas Baleares a los mismos derechos e impuestos que gravan a sus similares de producción extranjera».

² El Gobierno podrá arrendar en concurso la recaudación de los Arbitrios a que se refieren los arts. 2, 3 y 4 de esta Ley, sobre las bases siguientes: (En ellas se establece el régimen general con las condiciones de ese arriendo; una de ellas es que el arrendatario no podrá en ningún caso percibir mayores derechos ni gravámenes sobre los artículos y conceptos comprendidos en el arriendo, que los que respectivamente se exijan en la Península e Islas Baleares. La Hacienda ejercerá intervención constante sobre la recaudación por medio de funcionarios que al efecto nombre y con sujeción al Reglamento que se dicte. Este es el promulgado por R. D. de 20 marzo de 1900).

El art. 201 de las Ordenanzas de Aduanas de 1947 no introduce novedad sustancial en los anteriores preceptos.¹

De ellos y los restantes de aquélla Ley fundamental se desprende lo siguiente:

1.^a Establecen una exención tributaria general para cuantos tributos, sea cual fuere su denominación, tengan como presupuesto jurídico objetivo los actos de importación o exportación. Exención que no se refiere solamente al impuesto aduanero sino a cuantos tengan tal presupuesto, sea cual fuere su incidencia económica.

2.^a Asimismo establecen una exención al régimen de los monopolios para las mercancías importadas. Ello supone, de una parte, régimen de comercio libre no sometido a la acción del monopolio: así no les afecta la parte de precio político inserta en todo monopolio fiscal; de otra, tampoco recaerá sobre ellas el impuesto de consumo que viene a incluirse en el precio de monopolio y que administra el arrendamiento del mismo.²

3.^a La frase «todas las mercancías que se importen o expor-

¹ Art. 201: «El azúcar de todas clases, la glucosa, las mieles y melazas y la sacarina y sus análogos que se produzcan en Canarias quedarán exentos del impuesto sobre el azúcar y la glucosa de producción nacional. La producción circulación y venta de los alcoholes, aguardientes y licores así como la de la achicoria y demás sustancias (igual redacción que en el art. 6 de la Ley de 1900, cit.). Formula asimismo la excepción del art. 7 cit., reproduciendo su texto, y añadiendo:» se exceptúan todas las mercancías que sean libres de derechos a su importación en la Península e Islas Baleares, con arreglo a lo prevenido en la Disposición 7.^a de los vigentes Aranceles de Aduanas. El tabaco en rama producido y cultivado en Canarias y la elaboración por la industria del país se considerarán como producción española, quedando por tanto comprendido entre los productos exceptuados siempre que sea destinado a las fábricas del Monopolio y el elaborado a la venta en comisión por la entidad arrendataria. Los géneros, frutos y efectos de la Península y Baleares exportados a las Canarias que traten de reimportarse quedarán sujetos a su llegada a las reglas de la disposición 7.^a de los Aranceles o a las que en sustitución pudieran establecerse».

² La prevención de futuro «establecidos o que puedan establecerse» solamente abarcará, naturalmente, al caso de que tales monopolios no lo sean en virtud de una Ley que expresamente los extendiera al Archipiélago; pero por lo menos ya contiene la garantía de que habría de tratarse de una disposición con rango formal de Ley, cosa por otra parte evidente según los principios generales.

ten en Canarias» sería susceptible de otra interpretación más amplia, según la cual estarían exceptuados los productos importados de todo tributo aunque su presupuesto objetivo no fuese el acto de importación.

4.^a Se establece un tributo específico para la importación de las mercancías comprendidas en la lista, o sea no exentas: no exentas de este tributo específico pero sí de los demás. Este impuesto específico se denomina Arbitrio sobre los Puertos Francos de Canarias.

5.^a Todo lo anterior supone un régimen especial, consistente en:

a) Exención impositiva en las circunstancias dichas y del régimen de monopolios.

b) Establecimiento de un gravamen a la importación de ciertas mercancías. Este, que no puede exceder de los impuestos interiores sobre el consumo y coincide con los productos a la sazón gravados, es un auténtico derecho fiscal, un impuesto de compensación de los gravámenes interiores sobre esas mercancías.¹

c) Se establece asimismo un régimen especial de administración de este nuevo tributo en las normas relativas a su arriendo, etc. Va a tener consignación presupuestaria especial: «Arbitrios sobre los Puertos Francos de Canarias».

D) *Consecuencias del régimen especial*

El que los Puertos Francos sean una institución encuadrada en el régimen de las Aduanas no debe inducir a pensar que sus exenciones solamente son válidas para el impuesto aduanero. La Aduana es un servicio de la Administración fiscal al cual se encomienda la exacción de diversos tributos, y aún dentro de la Renta de Aduanas no hay uno, sino varios impuestos de distinto fin.

¹ «La cuota de los Arbitrios sobre los Puertos Francos a pagar por la importación de cada uno de esos productos» no excederá de las que respectivamente gravan la introducción, fabricación y consumo de las mismas mercancías en la Península e Islas Baleares» (art. 3 Ley de 1900).

El acto de importación o exportación deviene así presupuesto jurídico objetivo único para una serie de tributos de naturaleza, fin, alcance e incidencia diferentes; es decir, un hecho que, respecto de todos ellos, genera la obligación de tributar. Y a efectos jurídicos este hecho es el preponderante sobre la fuente tributaria o el objeto de la imposición, que tienen sólo relevancia económica. Este presupuesto, que produce la obligación de tributar, es el que se determina formalmente en las leyes sin perjuicio de la repercusión del gravamen sobre las fuentes deseadas económicamente.¹ En nuestro caso, desde el punto de vista de la importación o exportación, la relación tributaria nace con estos actos y se traba con el sujeto que los realiza. Así que al establecer la Ley de 1900 una exención general con respecto a las «mercancías que se importen o exporten en Canarias», como mínimo hay que entender que se refiere a dichos actos de comercio exterior como presupuesto objetivo de todos los tributos que los graven, y no sólo del aduanero, sea cual fuere su naturaleza fiscal y fines económicos. Y ello, pese a que la exención se derive de leyes específica o principalmente aduaneras, porque para su virtualidad jurídica basta con que tengan el adecuado rango normativo, como en efecto ocurre.²

¹ Esta fase ulterior ya no interesa, o interesa de modo secundario, a los efectos de establecer la relación tributaria original que ligará a la Hacienda con el sujeto pasivo jurídico, o sea el que se relacione con el presupuesto objetivo determinado en la Ley. (V. Giannini....) La repercusión del tributo puede ser puramente económica, o también jurídica o sea expresamente establecida en la Ley.

² De este modo hay que entender la legislación sobre Puertos Francos como estatuyendo no sólo sobre el impuesto específicamente aduanero sino sobre otros de distinta naturaleza fiscal, pese a que la exención y régimen no aparezca en las Leyes tributarias generales o en las especiales de esos tributos, sino en otras que se refieren a las Aduanas.

La Ley de 1900 exime como hemos visto de los impuestos aduaneros y el régimen de monopolios y además monta un sistema de exenciones genéricas sobre la base del presupuesto de hecho gravado cuando este sea la importación en Canarias estableciendo al mismo tiempo un específico impuesto de compensación de otros gravámenes interiores (los Arbitrios) equivalente como máximo a la tributación interior sobre el consumo en aquél momento, y además un verdadero régimen especial para estos gravámenes; los Arbitrios quedan configurados como un especial tributo que recae sobre el hecho de la importación por los Puertos Francos de Ca-

En síntesis, pues, podríamos establecer los puntos siguientes:

1.º La institución de los Puertos Francos es, desde el punto de vista del Derecho positivo, la única razón de todas las peculiaridades tributarias del archipiélago.

2.º Que tal como esa institución fue formulada por la Ley de 1900 y sigue vigente supone un principio de exención genérica de una serie de tributos indirectos y no sólo de los impuestos aduaneros sobre el comercio exterior.

3.º Que esa exención genérica parece dirigirse al hecho de la importación como presupuesto objetivo común de varios tributos, pero tampoco puede excluirse la hipótesis de que además se exima a los productos importados de todo otro gravamen interior cuyo objeto sea la propia mercancía, aunque con presupuesto distinto.

4.º Que se instituye un régimen especial tributario para ciertos productos importados con carácter compensatorio y normativa propia. Los artículos no sometidos a éste serán libres.

5.º Que no existe un especial régimen tributario territorial, sino un límite territorial a las especialidades anteriores, lo cual no es lo mismo.

6.º Que el régimen especial de los Puertos Francos de Canarias se orienta principalmente a la libertad del comercio de importación y exportación y a exenciones tributarias de impuestos indirectos.

De aquí que nuestra investigación deba desde ahora orientarse a determinar las repercusiones que la especial legislación en materia aduanera, de monopolios fiscales e imposición sobre el consumo haya podido tener en el régimen especial de los Puertos Francos, para comprobar la autenticidad de los puntos anteriores.

En los restantes tributos no afectados por esta legislación, es obvio que el Archipiélago, como parte del territorio nacional, está sometido al régimen tributario general.

narias de los productos relacionados en el artículo 2, tributo cuyo régimen tiene incluso su Reglamento propio (R. D. 20 de marzo de 1900) regulador del procedimiento, tarifas, etc. Los Arbitrios se articulan además en los Presupuestos del Estado en el Capítulo 2, artículo 1, Grupo 5.

III EL REGIMEN TRIBUTARIO SINGULAR DE LOS IMPUESTOS INDIRECTOS AFECTADOS POR LAS FRANQUICIAS, EN RELACION CON LAS MISMAS

A) *El impuesto aduanero*

1.—Caracterización

Según se ha apuntado, trátase de un impuesto indirecto que grava el comercio exterior, o sea los actos de importación y exportación¹ Estos actos constituyen el presupuesto objetivo del tributo y se liquida al paso por las fronteras por el órgano administrativo fiscal llamado Aduana.² Genéricamente se halla integrado por una serie de tributos, e incluso específicamente en los propios derechos arancelarios cabe distinguir los económicos o protectores con fin extrafiscal de intervención en el comercio exterior, de los derechos fiscales con fin de gravamen tributario, que se sujetan a una parificación con los gravámenes interiores sobre los mismos artículos. En este particular sentido admiten una discriminación legal, hoy vigente en nuestro sistema.

La fundamental orientación aduanera de los Puertos Francos, la integración de sus normas propias en las generales de aduanas y su caracterización como áreas exentas, determina que desde el punto de vista de los tributos aduaneros, tanto de arancel como menores, tasas, etc. no ofrezca duda la general exención de los actos de comercio exterior realizados por los puertos del Archipiélago.

El desenvolvimiento histórico de la legislación aduanera nada añadiría a nuestro estudio. Pero desde el punto de vista de la normativa actual sí ofrecen interés las disposiciones más recientes.

¹ Véase: A. Carretero, *Obs. Cit. Ed. Tecnos*, 1964-págs. 322 sigts., 685 sigts.—A. de Cienfuegos. «Hacienda Pública». Prieto, 1958, págs. 491 y sigts.—Ory y Aranz. *Nueva Enciclopedia Jurídica Selx*, voz «Impuesto de Aduanas», págs. 514 y sigts.—Sáinz de Bujanda. «Estructura jurídica del sistema tributario». *Rev. de D.º Financiero y de la Hac. Públ.*, n.º 41, marzo de 1961, págs. 126 y 146.

² En lo económico, es repercutible sobre el consumidor y por consiguiente se comporta como un impuesto de consumo. No obstante, jurídicamente se le clasifica como impuesto de tráfico porque no son los actos de consumo sino los de tráfico (del comercio exterior) los que constituyen objeto y presupuesto de hecho.

2.—**El D. L. de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959.**— Se orienta según su preámbulo hacia renovados criterios de liberalización económica, y se pretende que el Arancel sea uno de los instrumentos de esa política. Por ello se trata de separar los derechos económicos de los fiscales, tal como estatuye el art. 13-2.º, facultando al Gobierno para establecer sobre las mercancías de importación «los derechos fiscales que correspondan a mercancías similares producidas en España».¹

3.—**El Derecho Fiscal a la Importación.**—Se reguló por el D. de 3 de junio de 1960, dictado por el Gobierno en uso de aquella delegación. (Al procedimiento legislativo seguido, en materia fiscal, podrían hacerse serias objeciones en las que ahora no vamos a entrar pero a las que se aludirá más adelante).

El preámbulo alude también a la política de liberalización del comercio exterior así como al art. 1 de la Ley Arancelaria de 1960 y a la publicación del nuevo Arancel de 30 mayo de 1960, en relación con lo cual señala que «por la identidad de objeto, las mercancías importadas, está claro el paralelismo existente entre el Arancel de importación y los derechos fiscales que han de gravar aquella». Se establece un impuesto, el «Derecho Fiscal a la Importación» con la finalidad de equiparar el trato fiscal de las mercancías nacionales y de las que se importen, para lo cual SE HAN TENIDO EN CUENTA los impuestos indirectos estatales, los arbitrios e impuestos del mismo carácter correspondientes a las Haciendas Locales y, en general, las tasas y exacciones parafiscales que gravan dichas mercancías nacionales como objeto tributario inmediato». (Preámbulo y art. 10). De esa consideración queda al margen el Impuesto de Lujo, que se exigirá independientemente. Por otra parte, la Disposición transitoria deroga expresamente los preceptos relativos a la importación contenidos en los Reglamentos de los Impuestos sobre el Gasto.

El nuevo tributo se integra en el grupo tercero de los Impuestos sobre el Gasto.

¹ Su artículo 12, ap. 2-c) señala además un gravamen transitorio para la exportación al extranjero de ciertas mercancías canarias que señala, encomendando su recaudación a los Cabildos insulares.

Se exigirá conforme a las prescripciones de este Decreto, sin perjuicio del Impuesto de Lujo que recaiga sobre las mercancías importadas y de los de Timbre y Derechos Reales que graven los documentos, actos y contratos referentes a las mismas...

Grava las mercancías de origen extranjero relacionadas en la tarifa aneja, QUE SE IMPORTEN EN LA PENINSULA E ISLAS BALEARES INCLUSO CUANDO PROCEDAN DE LAS ISLAS CANARIAS o de Plazas o Provincias africanas (art. 2).¹

De este Decreto se desprende, por una parte, el intento de separar los derechos fiscales de los económicos en el gravamen aduanero. Aquéllos se contienen en esta disposición, pero cobran un carácter diferente: el de impuestos de compensación de gravámenes interiores sobre el gasto, y así se articulan en la organización de la Hacienda. Por eso establece una derogación expresa de los preceptos que, en los diversos impuestos sobre el Gasto, gravaban los actos de importación, ya que en aquélla legislación específica se había desarrollado este aspecto compensatorio con respecto a las mercancías importadas.

Otra importante consecuencia es que CANARIAS QUEDA EXCLUIDA DE LA APLICACION DEL NUEVO IMPUESTO. Esta exención resulta del sentido del art. 2 antes citado y además, de que las disposiciones derogatorias de los D.D. relativos a la imposición sobre el gasto no hagan salvedad alguna para el Archipiélago. Antes de entrar en vigor el nuevo impuesto, SE SUPONE que los preceptos de aquéllos no habrían sido aplicados en él; después del mismo, NO PODRAN APLICARSE, porque la derogación se

¹ En su preámbulo se refiere también a la política de liberalización del comercio de importación y exportación, así como al precepto de la Ley Arancelaria de 1 mayo 1960 que establece el principio de libertad del tráfico internacional y a la publicación del nuevo Arancel de 30 de mayo 1960. Nace la obligación de pago del impuesto cuando las mercancías entren en el territorio de la Península o Islas Baleares, y sean despachadas a consumo por las Aduanas correspondientes. La liquidación tiene lugar en las Aduanas, simultáneamente a la de los derechos arancelarios. La disposición transitoria establece: «Quedan derogados los preceptos relativos a la importación de mercancías contenidos en los Decretos de 28 diciembre de 1945 (Productos transformados), 8 febrero 1946 (Producto bruto de las minas, pólvora y mezclas explosivas) y 22 octubre de 1954 (alcohol, azúcar, achicoria y cerveza)». No deroga en cambio el reglamento de Impuestos de Lujo.

refiere a todo el territorio, ni tampoco serán suplidos por su equivalente económico (el Derecho Fiscal creado) puesto que el mencionado art. segundo del Decreto no lo permite.¹

4.—**La Ley Arancelaria de 1 de mayo de 1960.**—Aparte ideas ya aludidas acerca de la política comercial, flexibilidad del arancel, separación de derechos económicos y fiscales, en esta Ley cristaliza una importante precisión con respecto a los Puertos Francos.

Así, el art. 2 contiene una clasificación del territorio nacional a efectos arancelarios y es curioso observar que establece tres categorías privilegiadas diferentes y no una general que hiciera referencia al régimen común para aquellos puertos.

Además del territorio común de la Península y Baleares y del de las Provincias Africanas (no puede olvidarse que en éstas la razón de la especialidad es distinta: su régimen habrá de establecerse por Decreto, según la Adicional 2.^a), existen otras dos zonas:

Las Islas Canarias.

Los puertos, Zonas y Depósitos francos que actualmente existen o que se creen en el futuro con arreglo a lo previsto en el apartado b) art. 7 de la presente Ley.²

Y su régimen respectivo también varía: en cuanto a estas últimas zonas en general, será el especial arancelario vigente o el que se establezca de acuerdo con la disposición adicional segunda de la Ley (Art. 2, ap. 2.^o, c).

Pero respecto a Canarias (idem., apt. B) será el de TERRITORIO EXENTO QUE HOY DISFRUTA, de acuerdo con su PECU-LIAR CONDICION, confirmándose las disposiciones por las que se viene rigiendo. Y esto significa:

¹ Las razones de la exclusión de Canarias vienen de varios antecedentes: por un lado, este nuevo impuesto tiene el carácter de derecho fiscal aduanero, cuyo presupuesto es la importación, y ello le hace seguir el mismo régimen de los derechos arancelarios; por otra parte, al recaer sobre la importación, extenderlo a los Puertos Francos supondría vulnerar el art. 2 de la Ley de 1900; por último, en Canarias ya existe un impuesto de compensación con el mismo objeto, los Arbitrios, y establecer además éste sería gravar dos veces el mismo objeto y presupuesto por idéntica razón fiscal.

² Según el precepto anotado, «La materia relativa a las áreas nacionales aduaneras exentas, con el fin de favorecer su desarrollo o crear otras nuevas, será objeto de regulación mediante Ley o Leyes especiales».

1.º, que los Puertos Francos de Canarias gozan de régimen singular incluso respecto de los demás puertos francos.

2.º, que éste sigue siendo el de su legislación específica, que de nuevo se integra en la aduanera.

3.º, que eso supone una exención arancelaria total.

4.º, que la alusión o su condición peculiar comporta una referencia a las circunstancias territoriales, pero también a la incidencia del privilegio respecto a otros tributos, como demuestra el que,

5.º, se le califique tajantemente como territorio exento, con todo lo que ello supone respecto de las Aduanas y demás tributos relacionados con ellas.

B) *Los monopolios fiscales*¹

1.—**Caracterización.**—Según Carretero, «Monopolio Fiscal es el empleo de la técnica del monopolio económico realizada por el Estado con el fin de conseguir un precio superior al del monopolista privado en el cual incluye un impuesto indirecto sobre el consumo del artículo monopolizado. «Son monopolios establecidos legalmente a favor de la Administración, con la finalidad de obtener ingresos, no de atender al interés general». Dos elementos integran el concepto: «actividad económica explotada por el Estado o concedida por él y un impuesto indirecto conexo a ella; hay una combinación de ingresos patrimoniales del Estado y de tributo. No son empresas con fin asistencial, sino que su finalidad es hacer tributar el consumo de los artículos monopolizados». «Lo esencial en todo monopolio fiscal es la regulación de las ventas, sustituyendo el Estado el beneficio que obtendrían los intermediarios por un impuesto indirecto que se atribuye a la Administración». «La nota característica es que en el precio del artículo va embebido un impuesto de consumo». Presupuestariamente, los ingresos de los Monopolios se comprenden entre los ingresos indirectos y los ingresos patrimoniales del Estado.

Desde el punto de vista jurídico no suele ser posible separar en un monopolio la parte que constituye ingreso patrimonial del

¹ A. Carretero y A. de Cienfuegos. Ohrs. citadas, págs. 539 y 484 respectivamente.

Estado del impuesto embebido en el precio. La fijación de los precios de venta se realiza unilateralmente por la Administración y en su formación se tiene presente ese tributo indirecto, que así viene a ser administrado y gestionado por el concesionario del monopolio; en esa facilidad de gestión tributaria es donde suele hallarse, junto a la posibilidad de establecer un precio político, una de las mayores ventajas del monopolio fiscal.

Por otra parte, dada la naturaleza del monopolio, que lo hace recaer sobre artículos de consumo muy generalizado, el impuesto anejo al mismo es precisamente un impuesto sobre el consumo que adopta, para esos artículos, esa forma especial.

2. – Efectos de la Ley de Puertos Francos de 1900.—La declaración de su artículo 2.º es terminante: «quedarán exceptuadas..... y de los monopolios establecidos o que puedan establecerse, todas las mercancías que se importen o exporten en Canarias...» La primera conclusión que se obtiene es que el archipiélago constituye un área territorial donde los Monopolios no tienen vigencia. Pero conviene precisar más, porque el contexto legal, en fuerza de ser amplio y comprensivo, puede no resultar enteramente claro.

Es evidente la inaplicabilidad a Canarias de los monopolios, en el sentido dicho de reserva de comercio y fijación unilateral del precio. Los artículos monopolizados en el resto del territorio son en Canarias de comercio libre. En consecuencia, no recibe aplicación en absoluto la parte del precio imputable a impuesto puesto que va incluida en aquél. No es posible tampoco una fijación uniforme de los precios por la Administración con base en preceptos fiscales.

Pero es el caso que en nuestro sistema el impuesto absorbido por el precio de monopolio no es el único que grava el consumo de los artículos monopolizados, reducidos hoy a dos: tabacos y petróleos. En uno y otro, y casi simultáneamente, se estableció un impuesto adicional ¹ sobre el consumo, anejo en todo momento al monopolio respectivo, gestionado y cobrado por el concesionario del mismo, y cifrado constantemente como parte del precio del

¹ Cfr. Ley de 17 marzo de 1932. Pero véase después, al tratar de estos impuestos especiales, la diferencia entre uno y otro en cuanto a su origen.

producto no discriminada para el consumidor pero liquidada independientemente respecto de la Hacienda por la compañía gestora. La evolución de estos impuestos de consumo agregados al monopolio es sumamente curiosa, y en su caracterización y cuantía han influido circunstancias sorprendentes; más adelante habrá de hacerse la oportuna referencia. Por ahora, es bastante señalar que la razón de ese desarrollo de un tributo indirecto al margen y paralelo al comprendido en el monopolio respectivo parece hallarse simplemente en el hecho de que el Estado ha pretendido separar al ente administrador de los beneficios económicos que para él podía suponer el incremento de ingresos por los productos vendidos a causa de la elevación tributaria que esos nuevos gravámenes comportan; en consecuencia, las disposiciones de creación y elevación de estos otros tributos constantemente hacen referencia a que se trata de impuestos establecidos «en beneficio exclusivo del Estado» y que el ente gestor del monopolio no tendrá en ellos la participación que para los restantes ingresos monopolísticos se establece en las correspondientes cláusulas del contrato; no obstante, se le atribuye siempre la cobranza y gestión del tributo, este se fija formando parte del precio de los productos, y se liquida con la Hacienda independientemente de los ingresos del monopolio y con procedimiento diferente. Claro está que la caracterización de estos impuestos no ha podido evadir su peculiar naturaleza jurídica de impuestos de consumo y como tales se les califica expresamente. Pero, sin duda para diferenciarlos del tributo incluido en el precio (que es también de consumo) se han encuadrado entre la imposición general sobre el consumo, evolucionando más tarde hacia el Gasto, Lujo y Especiales. En ese lugar se les hará particular referencia.

Por ahora baste con señalar que han sido razones de oportunidad o política fiscal las que han llevado a separarlos de su inclusión en el monopolio y más tarde a clasificarlos en uno u otro lugar sistemático de la tributación sobre el consumo, sin que ello sea bastante a cambiar su peculiar naturaleza según los principios jurídico-fiscales.

Otra curiosa circunstancia que es preciso indicar aquí es que la aplicación en Canarias no ha seguido criterios uniformes; los que gravan el petróleo no se han aplicado (amén de las normas

contenidas en la regulación general del monopolio, las que se refieren al impuesto sobre el petróleo y sus derivados, especialmente el Reglto. de 8 febrero de 1946, O. 23 diciembre 1949, D. 21 diciembre 1951, dispusieron se exigiese solamente por los productos expendidos a través de CAMPSA y la no aplicación a Canarias de las modificaciones de aquella Orden Ministerial); en cambio, se aplica en el Archipiélago el impuesto sobre el lujo o que grava el tabaco, pese a que, obviamente, no puede satisfacerse a través del monopolio.

Sin perjuicio de volver sobre la cuestión en el lugar oportuno, no es ahora ocioso subrayar que esa diferencia radical de criterio no presenta ninguna justificación aparente a la luz de los principios jurídicos, y solamente cabe hallarle o una razón de oportunidad o una motivación económica, ambas extrajurídicas. Pero aquellos principios son sin duda los mismos respecto al monopolio de tabacos y al de petróleos, idénticos los que rigen los impuestos adicionales sobre el consumo en uno y otro, y hasta paralela la regulación positiva de ambos monopolios y ambos tributos indirectos. Únicamente preceptos muy concretos (por expresión ú omisión) en la regulación de uno y otro grupo de impuestos han podido determinar la diferencia, no unas normas o principios que afecten al régimen de los monopolios.

No obstante, si la razón de la exención de uno de esos impuestos sobre el consumo estuviere en el privilegio canario respecto al régimen de los monopolios fiscales determinado por la legislación de Puertos Francos, debería igualmente abarcar a unos y otros. Si hubiera de hallarse, no en ese privilegio sino en la peculiar normativa de cada uno de esos monopolios, estaríamos seguramente en el mismo caso porque como hemos dicho y a continuación analizaremos, ambas son análogas y paralelas.

A esta analogía no afectan, en el particular aspecto que aquí interesa, las genéricas diferencias entre uno y otro de los monopolios fiscales vigentes; Carretero (ob. cit. p. 544) señala algunas: «El monopolio de tabacos es totalmente fiscal y con él pretende el Estado obtener los mayores ingresos posibles, mientras que el del petróleo está influido por razones de interés general, de ahí que sea más bien un servicio público desconcentrado, dotado de mayor flexibilidad en las concesiones y tendente a fomentar la investigación de hidrocarburos».

3.—**El Monopolio de Tabacos.**—Según el autor últimamente citado, es un monopolio comercial porque no se refiere a la materia prima, sino a su distribución, procurando en ella obtener el máximo beneficio posible.

Desde el estanco acordado en 1634¹ había funcionado con diversas vicisitudes (estanco, libertad de producción y comercio, régimen de administración directa) y cobra su actual forma por primera vez en 1887 (arrendamiento del monopolio al Banco de España, que creó para su administración una sociedad denominada Compañía Arrendataria de Tabacos). Desde este momento se concibe con un **AMBITO LIMITADO A LA PENINSULA E ISLAS BALEARES**, que continúa en cuanto a la Renta de Tabacos en la actualidad.

La Ley de 18 de marzo de 1944 autoriza al Gobierno para la concesión del Monopolio. Según la Base III, se extenderá a las 47 Provincias de la Península y a las Islas Baleares. En el caso de que una Ley posterior² dispusiera su ampliación a las Plazas de soberanía y posesiones de África e Islas Canarias, la Compañía tendrá la obligación de aceptar la explotación y gestión del Monopolio.

Entre las obligaciones de la Compañía Arrendataria, señala la Base IV la de adquirir la total producción; la cuantía de la adquisición de labores en Canarias se fijará por el Gobierno. La de recaudar los impuestos actuales que gravan el tabaco y los demás productos que expendan, sin devengo de comisión (Base X).³

¹ Según señala Carretero (ob. cit. p. 546 sigts.) «Cuando el tabaco se hizo de uso general después del descubrimiento de América, el Gobierno en un principio dejó libre su comercio gravándolo con un impuesto sobre el consumo, pero en 1632 se consideró regalía de la Corona declarando su tráfico prohibido o estancado. Establecido el monopolio en Castilla, se extendió luego y fué explotado unas veces por gestión directa y otras por arrendamiento general o provincial, fluctuándose durante todo el siglo XIX entre dos tendencias: la librecambista o desestancadora que propugnaba un impuesto sobre el consumo de tabaco y la monopolista que triunfó finalmente.»

² Actualmente, el (art. 10, ap. h) de la Ley General Tributaria de 26 diciembre de 1963 establece que se regularán, en todo caso, por Ley... h) El establecimiento y la fijación de las condiciones esenciales de los Monopolios Fiscales.

³ La Base XXIII autoriza al Gobierno para refundir en un nuevo impuesto sobre el tabaco el recargo de la Ley de 17 marzo de 1932, el impuesto de Lujo de la Contribución de Usos y Consumos que grava dicho producto, los derechos de rega-

El D. de 3 de marzo de 1945 aprueba el Contrato del Estado con el concesionario, «Tabacalera, S. A.». En el régimen del contrato se establece que el Monopolio de tabacos comprende la explotación de su venta y de los derechos anejos, de venta de efectos timbrados, papel de fumar y recaudación de impuestos sobre los artículos monopolizados.

La diferencia entre los precios de costo y los de venta fijados por el Estado constituye el beneficio, que se distribuye entre aquél y la compañía arrendataria, según el sistema establecido. Esta última percibe además una comisión por su gestión, pero no sobre la recaudación de los impuestos independientes que gravan el tabaco (son los impuestos sobre el consumo —hoy Lujo— a que antes hemos hecho referencia).

4.—El Monopolio de Petr6leos.¹

Es de creaci6n m6s reciente: D. L. de 28 de junio de 1927 (ratificado con fuerza de Ley por la de 9 septiembre de 1931).

Seg6n Carretero, la tributaci6n sobre el petr6leo se inicia por los derecho aduaneros, al haber fracasado los impuestos transitoriamente establecidos sobre su consumo. El Monopolio se cre6 por razones de pol6tica econ6mica, pues de hecho exist6a un monopolio comercial de las compa6as importadoras extranjeras y se trataba de nacionalizar el servicio p6blico de distribuci6n de combustibles l6quidos al que se le asignaban fines de fomento como la

l6a por importaci6n de tabaco para consumo de particulares y las cantidades que se satisfacen a la Renta por las importaciones destinadas a la venta en comisi6n. La recaudaci6n del nuevo impuesto refundido, en su caso, se verificar6 por la empresa sin percibo de comisi6n alguna. (V. Base 13, D. 31 mayo 1944).

En el D. citado, se modific6 la proposici6n hecha por la C6a. Arrendataria de Tabacos, quedando esta como sociedad en liquidaci6n y debiendo constituir una nueva sociedad con la obligaci6n de someter sus estatutos al Ministerio de Hacienda. Las normas citadas, junto con el D. de 13 abril de 1956 que modific6 el contrato entre Tabacalera S. A. y el Estado y la O. de 20 mayo de 1959 sobre tesorer6a de Tabacalera S. A., son las fuentes principales que regulan el Monopolio fiscal del tabaco. (Carretero, ob. cit.)

¹ Cienfuegos, Carretero, obrs. cits.

adquisición de yacimientos extranjeros y el transporte en flota española del mineral bruto para ser refinado en España.

Abarca la importación, producción y distribución del petróleo y sus derivados, extendiendo su acción a la obtención en el país de los productos de la misma especie mineral y la explotación de toda clase de combustibles líquidos partiendo de primeras materias nacionales. Tiene naturaleza de servicio público productivo. La Compañía tiene a su cargo, entre otras, la obligación de recaudar los impuestos sobre productos del Monopolio. Obra, pues, por gestión administrativa y además como organismo recaudador. Al Gobierno corresponde la fijación de los precios de los productos. El régimen de los dividendos, participación del Estado en los beneficios de la explotación y la rescisión del contrato son semejantes a los establecidos para el Monopolio de Tabacos; una particularidad es la que se congelan los impuestos locales a la fecha de creación de Monopolio.

Según el art. 1 del R. D. L. de creación, 28 junio de 1927 antes citado,¹ el Monopolio tendrá jurisdicción (sic) sobre las cuarenta y siete provincias de la Península y en las Islas Baleares. El Gobierno podrá extenderlo a Canarias y territorios de soberanía del N. de África. (Este precepto no establece como el correlativo del monopolio de tabacos, la necesidad de Ley formal; sin embargo, sería necesaria para derogar el precepto de la de 1900; hoy, confróntese además el art. 10, ap. h de la Ley General Tributaria antes citado en nota).²

Según la cláusula 1.^a del contrato con la CAMPSA aprobado

¹ Según el art. 1 se establece el monopolio del Estado sobre la importación, las manipulaciones industriales de todas clases, el almacenaje, la distribución y la venta de los combustibles minerales líquidos y sus derivados.... Art. 2.... será administrado por la compañía que, reuniendo los requisitos exigidos en esta disposición, resulte adjudicataria del servicio en virtud del concurso público que al efecto ha de celebrarse. A. 14. Duración del contrato, 20 años y derecho de tanteo de la compañía. A. 17. Las preinsertas bases serán desenvueltas por el contrato que, previa aprobación del Consejo de Ministros, deberá publicarse por Real Decreto.

² El R. D. de 17 octubre de 1927 adjudicó el Monopolio. El R. D. de 27 diciembre de 1927 fija la fecha de funcionamiento: 1 enero de 1928. El art. 7 establece que los productos que se declaran monopolizados se venderán con arreglo a los precios que previamente señale el monopolio...

por R. D. de 10 enero de 1928 si el Gobierno acordara la extensión del Monopolio a Canarias y territorios de soberanía del N. de África, corresponderá asimismo a la Compañía Arrendataria su administración. Esta extensión fue acordada por O. de 1 diciembre de 1932, que dispuso la aplicación a Canarias y fue pronto derogada por el D. de 19 abril de 1934.

La cláusula 11 fija el premio de recaudación para la compañía en el cuatro por ciento. Fue reorganizado el Monopolio por la Ley de 17 de julio de 1947.¹ El art. 10 establece que la Compañía Administradora del Monopolio tendrá a su cargo, además de las obligaciones enumeradas en el R. D. L. de 28 de junio de 1927 (a. 9), la de recaudar, por cuenta del Estado, los impuestos establecidos o que se establezcan sobre los productos constitutivos del Monopolio en la forma que disponga el Ministerio de Hacienda; esta prescripción se reitera en el art. 19 del Reglamento 20 de mayo 1949.

Seg. art. 13, por lo anterior percibirá el 0'25 por ciento de la cantidad que recaude para el Estado. Según el art. 18, corresponde al Gobierno fijar los precios de venta de los distintos productos.

Los citados impuestos cuya recaudación se encomienda al ente gestor del monopolio son los que antes hemos citado, surgidos al margen y paralelamente, y que ahora constituyen el único problema de aplicación en Canarias en esta materia, porque en cuanto a los Monopolios en General, la especialidad canaria consiste en su inaplicación en bloque, según también se dijo.

C) *Los impuestos sobre el consumo* ²

1.—**Concepto y naturaleza.**—Desde el punto de vista económico, son el conjunto de impuestos que gravan la renta individual

¹ Art. 2. El monopolio abarcará la importación, etc. (como se ha visto en nota anterior, 3. La explotación continuará atribuida a la CAMPSA, que tendrá el carácter de administradora del mismo. El D. de 30 enero de 1948 regula la intervención en la Refinería de Santa Cruz de Tenerife. El D. de 20 mayo de 1949 promulga el Reglamento de la Ley de 17 julio de 1947. El D. L. de 5 abril de 1957 modificó el art. 2 de la Ley de reorganización.

² A. Carretero, obr. cit. pág. 338 y sigts. Sáinz de Bujanda, art. cit. págs. 123 y sigts. F. J. Mañas. «Impuestos sobre el gasto». R. D. F. n.º 41, marzo de 1961, págs. 639 y sigts.

al manifestarse en cada acto concreto por el cual el contribuyente usa o consume algo para satisfacer sus necesidades. (Carretero). Por consiguiente, no gravan el objeto usado o consumido, sino la renta que lo adquiere, que es su fuente. Ante la imposibilidad de fiscalizar un impuesto sobre el consumo universal se producen los impuestos sobre grupos de objetos de consumo tomando así el nombre del objeto gravado; hay tantos impuestos de consumo como objetos gravados y de aquí parte su caracterización jurídica plural, según veremos.

Se trata de impuestos indirectos y reales porque no se da en nuestro sistema una individualización del presupuesto subjetivo, no se contempla el gasto de cada sujeto, sino que gravan los actos de consumo sin consideración a quien los realiza, sin tener en cuenta sus circunstancias personales.

Son impuestos plurales, o sea varios tipos de impuestos gravando el gasto necesario, útil o suntuario. Pero, (según Sáinz de Bujanda y Mañas) trátase en realidad de tributos diversos, una agrupación de diferentes impuestos desde el punto de vista jurídico. Hay unidad en su objeto (el gasto) pero pueden ofrecer estructuras jurídicas muy distintas, según el tipo de presupuestos objetivos.

Se configuran como indirectos normalmente por erigirse en sujeto pasivo, no el sujeto que consume la renta sino otro (fabricante, importador, almacenista, minorista, otro intermediario...) a quien la Ley faculta para repercutir el gravamen sobre el sujeto que realiza el gasto. Son impuestos especiales sobre consumos determinados, no un impuesto general. Los hechos sometidos a imposición son específicos (presupuestos específicos) o sea que vienen acotados por la norma de ese modo. Falta un régimen uniforme de gestión y falta también una unidad formal legislativa. (Hoy, en algunos aspectos corregida por la Ley de Reforma Tributaria de 1964 según veremos).

Sáinz de Bujanda asegura, en consecuencia, que tanto el Impuesto General sobre el Gasto como el de Lujo constituyan un conglomerado de impuestos reales autónomos (con diferentes presupuestos específicos), reales, sobre el consumo de determinados productos y servicios. Reaen sobre un ciclo económico (producción, cambio y consumo) pues unas veces se grava la fabricación o

importación, otras el producto semimanufacturo en el período intermedio de la producción, otras la venta y otras el uso. Son esencialmente repercutibles, pues por la dificultad de gravar cada acto de consumo aislado se les hace recaer sobre los objetos donde sea más favorable para la Administración (y la Ley regula la repercusión y en ocasiones la impone; se trata de repercusión jurídica y no meramente económica).

2.—Evolución

Claro está que no podemos hacer aquí una exposición del origen y desenvolvimiento de estos tributos, pero desde el punto de vista concreto que motiva este estudio resulta interesante señalar, aunque someramente, algunos aspectos de su evolución. Conocidos son sus antícuísimos orígenes en la Alcabala y la supresión de esta por las Cortes de Cádiz. Sin embargo, no desaparece hasta 1845 mas creándose en sustitución el Impuesto de Consumos, cuyos antecedentes a su vez se hallan en los Derechos de Puertas o Aduanas Interiores: ¹ se gravaba la entraga en las poblaciones de determinados artículos. Sabida es también la larga lucha histórica por la abolición de estos tributos tan criticados, y sus vicisitudes. En 1870 el impuesto fue municipal y culmina su expansión en 1885, en que prácticamente estaban gravados todos los artículos de comer, beber y arder. La decadencia se produce mediante la exención del consumo necesario y la creación de nuevos impuestos independientes, que gravan formas singulares del gasto (alcoholes, gas...). La tendencia culmina en la Ley de 1911 que generaliza la supresión gradual del Impuesto de Consumos, cediendo a los Ayuntamientos en compensación impuestos estatales y creando nuevos arbitrios locales. Se exceptuaron de la supresión los impuestos segregados del de Consumos, que tenían autonomía propia.

Por esto ha podido afirmarse ² que el verdadero antecedente de estos impuestos (los Impuestos sobre el Gasto) está en la reforma de 1845; para esta fecha, divide los impuestos interiores

¹ Acaso en algún lugar de este sistema sea posible hallar antecedente en cuanto a la lista de artículos gravados por los arbitrios sobre los Puertos Francos.

² Mañas. Impuestos sobre el Gasto. R. D. Fin. y H. P. n.º 41, marzo 1961.

sobre el consumo vigentes en dos categorías: los percibidos a través de un monopolio (tabacos, sal, salitre y pólvora); los que gravaban el consumo de artículos de comercio libre. Entre estos últimos, a su vez, distingue: 1.º, los derechos de puertas en capitales de provincia y puertos habilitados; 2.º, el derecho general sobre el consumo de las especies de vino, sidra, chacolí, cerveza y aguardiente, licores, aceite de oliva, jabón y carnes; y el impuesto que refundía las rentas provinciales: derechos de alcabala, cientos y millones, parte del catastro, equivalente y talla. A partir de esta situación tiene lugar la fluctuación antes aludida de estos impuestos, con modificaciones, supresión de conceptos, creación de otros, supresión genérica, renacimiento, etc.¹ hasta la supresión definitiva de 1911, pese a lo cual en 1940 aún subsistían algunos restos. Entre tanto, como también se ha dicho, van surgiendo una serie de impuestos que gravaban consumos determinados y que estaban vigentes al producirse la reforma de 1940. Entre estos, es oportuno citar algunos de los surgidos antes de la Ley de 1900 de Puertos Francos: el de alcoholes, creado en 1888; el de azúcares, 1892 y 1899; el de achicoria y sucedáneos del café y del té, en 1899.² Y es

¹ Según señala el autor citado, en 1848 se suprimen algunos conceptos y modifican otros. Se suprime en 1855, restableciéndose en 1856. En 1862 cesa en las poblaciones del interior y se transfieren a la renta de Aduanas los derechos de consumo y recargos municipales que gravaban la entrada del azúcar, bacalao, cacao, café, té, clave de especia y canela. En 1868 se suprime de nuevo así como los derechos de consumo que se percibían en las Aduanas. En 1870 constituye ingreso de las Haciendas Locales. En 1874 vuelve al Estado: «Impuesto sobre el consumo de las especies de comer, beber y arder». En 1889, nuevas tarifas; añade a los artículos gravados el pescado, conservas de frutas, carbón, hortalizas verduras, aves y sus conservas, huevos, leche, quesos, manteca, nieve y hielo, paja y leña. 1904, se suprimen los del trigo, harina, pan, y derivados del trigo. 1907, desgravación de las bebidas espirituosas y alcohólicas. 1911, normas para supresión definitiva.

² Según datos tomados del mismo autor, las fechas de nacimiento de estos impuestos especiales son las siguientes: En 1864, el de transportes, estructurado en marzo de 1900 (Tr. por mar y a la salida de las fronteras-Aduanas-Tr. por vías terrestres y fluviales). En 1888, alcoholes, aguardientes y licores. En 1892-1899, el de azúcares. 1893, pólvoras y mezclas explosivas. 1898, gas, electricidad y carburo de calcio. 1899, achicoria y sucedáneos del café y del té. 1917, cerveza (consumo interior). 1932-39, gasolina y gas-oil. 1900-1917, producto bruto de las minas. 1922, cajas de seguridad. 1927, Patente Nacional de automóviles A y D. En forma de mo-

de notar asimismo que, en 1862, al cesar el impuesto de consumos en las poblaciones del interior, fueron transferidos a la Renta de Aduanas los derechos de consumo y recargos municipales que gravaban la entrada del azúcar, bacalao, cacao, café, té, clavo de especia y canela.

Nos hemos detenido en este punto, porque aquéllos jalones citados en la evolución de estos impuestos y las precisiones hechas sobre alguno de ellos revelan un dato importante, y es la sustancial analogía que existe entre la lista de productos que el art. 2 de la Ley de 1900 señala como sometidos a los Arbitrios sobre los Puertos Francos de Canarias y los que, para esa fecha, se hallaban sometidos a una imposición especial de consumo o habían antes sido transferidos a la Renta de Aduanas.¹ De ahí el que no sea aventurado pensar que, atendida además la especial circunstancia de las Islas, el conjunto de productos sometidos a imposición por los Arbitrios aspirase a ser, en el Archipiélago, la única imposición sobre el consumo de la Hacienda estatal o sea la excepción única a la general desgravación que suponía la aplicación de la citada ley reguladora del régimen de Puertos Francos.

3.—Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940.— Tal era la situación al promulgarse esta Ley. Es unánime la opinión de que mediante ella se produjo una ampliación de los gravámenes de consumo, por necesidades de la Hacienda, marcando

nopolio, tabacos, cerillas fosfóricas y petróleos. Dentro del Timbre y con naturaleza de I. sobre el Lujo se gravaban otra serie de artículos. (Cfr. L. del Timbre de 17 marzo 1932).

¹ Copiamos la lista de la Ley de 1900 (art. 2) de los artículos gravados por los arbitrios cuya comparación con las dos notas anteriores permitirá comprobar las afirmaciones del texto: Aguardientes, alcoholes y licores. Azúcar y glucosa. Bacalao (y pez palo, añadido por Or. Aduanas de 1947). Cañao en grano y pasta y manteca de cacao. Café en grano, el tostado y molido y sus imitaciones, incluso raíz de achicoria tostada y sin tostar. Chocolate (bombones, dulces, galletas, confituras, conservas con azúcar, mermeladas, pasta de frutas y jarabes no medicinales, estos añadidos por Ord. Aduanas 1947). Mielés y melazas de caña y remolacha. Canela, pimienta y las demás especias. Té y sus imitaciones. Tabaco, «que continuará pagando los mismos derechos que en la actualidad». El art. 3 de la misma Ley, añade: El azúcar, la glucosa y sus análogos que se produzcan en Canarias quedarán exentos del impuesto sobre el azúcar y glucosa de producción nacional».

el resurgimiento de los antiguos impuestos indirectos. Pretendió coordinar los impuestos interiores sobre el consumo creando la que llamó «Contribución de Usos y Consumos», antecedente próximo de los ulteriores Impuestos sobre el Gasto. Aquélla, pese a su aparente aspecto unitario, constituye simple yuxtaposición de diversos impuestos de consumo subsistentes y dispersos (los últimos vestigios del Impuesto general de Consumos y los independientes nacidos después) del llamado «subsidio» (al combatiente, al ex-combatiente después) y de 23 nuevos gravámenes que creó su artículo 72.¹ Cobra especial importancia para nuestro objeto lo establecido en el art. 78: si son importados del extranjero los productos gravados por el art. 72 de esta Ley, sufrirán la aplicación de los aludidos tributos en las Aduanas de importación. Si se reexportan, quedarán exceptuados.

En rigor, con este precepto se estaba creando un impuesto de compensación con el fin de parificar los artículos importados con los nacionales, señalando a las Aduanas como órgano de exacción. De esta fuente surgirá más tarde el Derecho Fiscal a la Importación, que antes hemos examinado y por tal motivo su regulación propia derogó los reglamentos de los que ahora comentamos.

Pero este precepto no alude en lo más mínimo al régimen especial de Canarias y con base en él van a aplicarse también en el Archipiélago estos gravámenes a la importación merced a una ampliación territorial de vigencia que llevaron a cabo los Decretos posteriores dictados para aprobar los Reglamentos refundidos de los tributos integrantes de la Contribución de Usos y Consumos.²

¹ El art. 73 establece que el impuesto (Los impuestos articulados en ese denominador común) será exigible: a) Del productor o fabricante. b) De los criadores o elaboradores...en los casos que señala. c) De los abonados, en el servicio telefónico. Seg. el 74, podrá repercutirse por el pagador hasta alcanzar al consumidor final. 78: Si son importados del extranjero los productos gravados por el art. 72 de esta Ley, sufrirán la aplicación de los aludidos tributos en las Aduanas de importación. Si se reexportan, se entenderán exceptuados. El 93 autoriza la redacción de un texto refundido con las disposiciones reguladoras de los impuestos que integran la Contribución de Usos y Consumos.

² D. de 28 diciembre de 1945. Reglamento (del Libro I) de la Contribución de Usos y Consumos sobre Productos Transformados. Art. 2 (Personas obligadas al pago). Los impuestos a que se refiere el art. 1 son de aplicación a todo el territorio

Estos Reglamentos contienen un precepto que expresamente establece que los impuestos que regula son de aplicación a todo el territorio nacional, comprendido el Archipiélago Canario; y, naturalmente, reiteran la exhibibilidad en el momento de su importación para los productos que vengan del extranjero. Así se vino aplicando, hasta el momento que se señalará.

4.—**Ley de Reforma Tributaria de 26 de diciembre de 1957.**—Articuló esta Ley todos los conceptos de la Contribución de Usos y Consumos en un nuevo tributo que habría de denominarse Impuestos sobre el Gasto, subdividido en tres grupos: Impuesto General sobre el Gasto, Impuesto sobre el Lujo e Impuesto de Compensación.¹

Su regulación había de ser la hasta entonces vigente, con las modificaciones introducidas por esta Ley y las que, en virtud de

nacional, comprendiéndose por tanto el de la Península, Islas Baleares, Archipiélago canario y Plazas de soberanía de España en Marruecos. Se hallan exentos la Zona del Protectorado, Sahara y el Golfo de Guinea. El impuesto será exigible de los fabricantes, productores, transformadores, embotelladoras o manipuladores, y en su caso, de los importadores. Art. 5 (Base). En los casos de importación, la base se estimará en la forma siguiente:... A. 9. (Nacimiento de la obligación tributaria) ...Para los artículos importados, en el momento de ser despachados por la Aduana. A. 21: Productos sujetos: Los productos gravados con arreglo al capítulo I que se importen del extranjero para su consumo en el interior de España, o sea las importaciones que se realicen en el territorio español de la Península, en las Islas adyacentes y plazas de soberanía.

D. 8 febrero de 1946. Libro II de la Contribución de Usos y Consumos. Reglamento de la C. de U. y C. sobre Energía y Primeras materias. Como en el anterior en los aspectos referidos. Y así, todos estos Reglamentos.

¹ El Impuesto General sobre el Gasto abarcaba cuatro grupos: Productos transformados. Energía y Primeras materias. Comunicaciones. Alcoholes, azúcares, achicorias y sucedáneos del café y del té; sobre la cerveza y bebidas refrescantes y jarabes. —Los Impuestos sobre el Lujo, integrados por los conceptos del Libro V de la Contribución de Usos y Consumos y toda una serie de gravámenes nuevos que estableció el Decreto de 7 de marzo 1858 en uso de la autorización (amplísima y genérica) otorgada por el art. 79 de la Ley. Dicho Decreto los estructuró en cuatro tarifas: Productos en régimen especial (tabacos y supercarburente). Adquisiciones. Tenencia y disfrute. Servicios y consumiciones—. Los gravámenes de compensación. Su ampliación se debió asimismo a la autorización del artículo 80 de la Ley. Son los de: Compensación de precios de cereales adquiridos en el extranjero. Publicidad. Compensación de precios por alcoholes industriales. Derecho fiscal a la importación (más tardío).

sus autorizaciones, se produjeron más tarde en normas de otro rango.¹ Se han completado y modificado también por Leyes posteriores.

Siguen sin constituir un impuesto unitario. En realidad, no se trata de un solo impuesto ni tampoco lo son cada uno de los tres que según la Ley lo integran. Se trata de un conjunto de tributos diferentes, que gravan diversas manifestaciones del gasto. Sus presupuestos son específicos y diferentes en cada caso. Su percepción es varia, si bien generalmente indirecta, de los importadores, fabricantes, comerciantes, aunque a veces se perciba del consumidor (tributación en origen o mixta origen-venta y tributación en venta).

5.—**Aplicación en Canarias.**—Según hemos anticipado, todos los gravámenes del nuevo tributo fueron aplicados en el Archipiélago, sin duda con base en el criterio económico de que, por gravar en definitiva el gasto final consuntivo, poco importaba el momento jurídico de la percepción, o sea el presupuesto objetivo de cada caso (importación, fabricación, transformación, venta). Por otra parte, las normas legales que los establecieron no contenían limitación expresa aplicable y tenían por tanto vigencia general, formalmente consideradas; y los Reglamentos ulteriores, según se ha visto, acentuaron más ese matiz con la cita singular de las Islas. Pero se olvidó la obligada referencia a la legislación que había otorgado las franquicias a las Islas y la integración de los nuevos preceptos con los de aquélla.

a) *La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1964* vino a resolver la cuestión en cuanto a las importaciones, dando el adecuado encaje dentro del sistema a la legislación de Puertos Francos. Su tesis consistió, sintéticamente dicho, en interpretar que el art. 2 de la Ley de 1900² había de entenderse como una exención a los impuestos que gravasen el acto de la importación fuesen cuales fueren, y no solamente el aduanero, por constituir aquél acto presupuesto jurídico objetivo de varios tributos de naturaleza,

¹ Como más adelante se verá, resulta bastante dudosa la constitucionalidad de la delegación y, por supuesto, la legalidad de las disposiciones que la aplicaron.

² Serán libres de todo derecho o impuesto, sea cual fuere su denominación... todas las mercancías que se importen o exporten en Canarias, a excepción de las siguientes...».

estructura y fin diferentes. El alcance de las disposiciones reguladoras de los Puertos Francos no se detiene en las exacciones aduaneras sino que establece un régimen fiscal específico para los mismos consistente en eximir de todos los impuestos que tengan aquél presupuesto de hecho y gravar la introducción en Canarias de las mercancías que para la fecha constituyan objeto de imposición interior con un tributo llamado Arbitrio sobre los Puertos Francos de Canarias, que tiene carácter compensatorio y regulación propia. La Ley de 1940 se limitó a sistematizar la imposición sobre el Gasto, y como Ley general no pudo derogar a la especial de 1900 pues no introdujo modificación sustancial en la institución regulada por esta singularmente;¹ la disposición derogatoria general es, pues, compatible con la subsistencia de la Ley de Puertos Francos.² Esa interpretación armoniza con las disposiciones ulteriores como el D. L. de Ordenación Económica, Ley Aduanera de 1960, Arancel del mismo año y D. regulador del Derecho Fiscal a la Importación (sustitutivo del impuesto sobre el gasto a la importación) que no tiene aplicación en Canarias según su propia normativa, continuando el antiguo régimen de Arbitrios sobre los Puertos Francos.

En Sentencias ulteriores se insiste además en que una Ley (la de 1900) no podía ser válidamente contradicha por los Reglamentos de la Contribución de Usos y Consumos, de rango inferior. (S. S. 30 abril y 14 mayo de 1965).

Tal ha sido el criterio jurisprudencial, reiterado además en las Sentencias de 2 de marzo y 17 de abril de 1965. Con el mismo quedó clara la no sujeción a gravamen por gasto de las importaciones en Canarias y así se reconoció por la Hacienda en la O. de 6 abril de 1964 respecto a los tributos del Libro 1.º de la antigua Contribución de Usos Consumos, y la exacción para la compensación de precios del papel prensa de fabricación nacional.³

¹ Su régimen singular no significa solamente exención, sino también regulación singular del tributo aplicado a los artículos no exentos.

² Por consiguiente, aún después de las Leyes de 1940 y 1957, los impuestos sobre el Gasto que gravan el momento de la importación no serán aplicables en Canarias.

³ Otras Sentencias han insistido en el tema. La de 30 abril de 1965: Cons. Que...

Aún así, queda en pie un segundo punto dudoso que las Sentencias predichas no pudieron considerar por haberse planteado la cuestión únicamente con respecto a las gravámenes en el momento de la importación. Esta duda surge de la letra del art. 2 de la Ley de 1900, que exime de todo derecho o impuesto, cualquiera que sea su denominación, a «las mercancías que se importen», locución que puede hacer pensar si lo que se trataba de otorgar no era una exención general respecto a todos los actos de comercio sobre las mercancías importadas y no solamente el de introducción en Canarias. El texto legal da pie, por consiguiente, para investigar una solución más amplia que la hasta ahora consagrada. Por otra parte, más amplia ha sido la solución adoptada por la última

es de tener en cuenta que los precedentes jurisprudenciales, en casos de evidente analogía, han establecido la doctrina de que la Ley de 6 de marzo de 1900, al conceder a las Islas Canarias el beneficio de los Puertos Francos, lo estableció con el alcance más amplio, no disminuído ni limitado por la legislación posterior, sobre todo si se tiene en cuenta que una Ley no podía aparecer contradicha por el Reglamento de Usos y Consumos ni por disposiciones de rango inferior, y si además la propia administración estatal ha reconocido la exactitud de esta doctrina al disponer posteriormente con carácter general la no exigencia del impuesto general sobre el Gasto en la importación de mercancías en el archipiélago canario, en relación a los conceptos que se concretan, al mismo tiempo que la Ley de Reforma Tributaria de 11 junio de 1964 declara la no aplicación en Canarias de determinados impuestos, ello no significa otra cosa que el reconocimiento de la pervivencia de aquélla normativa, que disponía un régimen especial y que lleva a la consecuencia de reiterar una vez más la doctrina contenida en las Sentencias de febrero de 1964 y 2 de marzo de 1965».

Sent. 11 mayo de 1965. Consid.: Que la vinculación entre las imposiciones del gasto y del Arancel ha traído como consecuencia el que, existiendo por medio lo que para las Islas Canarias constituye una legislación especial aduanera por virtud de las disposiciones sobre Puertos Francos de aquéllas Islas que tienen su expresión principal —no su primera ni su última— en la Ley de 6 de marzo de 1900..... Consid.: Que entre la primera de las Sentencias citadas —la de 8 febrero de 1964— y las de fechas del corriente año se dictó por el Ministerio de Hacienda la Orden de 8 de abril de 1964, que dejó puesto en consonancia el criterio de aquel Departamento Ministerial con el de la Sala; y finalmente, que en la Ley de Reforma Tributaria de 11 junio de 1964 ha venido a suprimirse del cuadro de imposiciones fiscales el Impuesto sobre el Gasto, en el concepto y forma en que venía existiendo, lo cual, si bien no puede producir —retroactivamente— efectos en la cuestión presente, sí es de enunciarlo por lo que puede significar en cuanto a la mayor o menor transcendencia del criterio adoptado».

Ley de Reforma tributaria (11 junio 1964) respecto a la nueva estructuración del Impuesto sobre el Gasto, como veremos.

b) *Los impuestos sobre el lujo*.—La Jurisprudencia y O. M. citada no los han tenido genéricamente en cuenta. Los Impuestos sobre el lujo tenían problemática en cierto modo especial, al no hallarse comprendidos en el D. de 3 junio de 1960.

Sin embargo, cuanto se argumente sobre la antigua imposición sobre el gasto ha de verse ahora con la perspectiva derivada de la última reforma de nuestro sistema tributario y para ese momento lo dejamos.

IV. LA PROBLEMÁTICA ACTUAL. LEY DE REFORMA TRIBUTARIA DE 11 JUNIO DE 1964

A) *Vigencia territorial.*

Intencionadamente hemos ido suspendiendo los diferentes aspectos del análisis precedente en el momento previo a esta reforma. La nueva Ley da por primera vez una visión del sistema fiscal relacionada con las especialidades canarias.

A la vista del art. 229, relativo a la aplicación de aquella en el territorio, parece que nos hallamos ante el reconocimiento de la peculiaridad tributaria territorial del Archipiélago, puesto que lo cita junto a las restantes regiones con régimen singular. No es sin embargo así y lo único positivo es la formulación genérica de la existencia de peculiaridades. Incluso tal precepto podría constituir un escollo interpretativo si se entendiese que las únicas especialidades canarias quedaban circunscritas a las allí mencionadas. Sostenemos que este artículo no supone la formulación del régimen singular del Archipiélago y menos, que todo él se encuentre ahí comprendido. «A los efectos, dice, de la aplicación en el territorio de esta Ley, se procederá en la siguiente forma». Empezamos por no hallar una definición de territorios fiscalmente singulares, ni menos una formulación completa de sus peculiaridades.

1.—Territorios con singularidades fiscales

Al enumerarlos, la Ley emplea técnicas distintas de las que se deduce una diversificación.

A) *Territorios respecto a los cuales se faculta al Gobierno para dictar disposiciones sobre su régimen fiscal.*

a) Fijando solamente su aportación global, por tratarse de inaplicación general del sistema común-Territorios forales (Alava, Navarra).

b) Regulando la aplicación que ha de recibir la Ley mediante su adaptación a las que establecen un régimen especial (Plazas del N. Africa. Provincias africanas).

B) *Territorio para el cual se establece que no tengan aplicación ciertas modalidades de algunos tributos (Canarias).*

A nuestro juicio la diferencia es notable, porque solamente en los dos primeros casos cabe hablar de territorios exentos o territorios especiales; no respecto de Canarias pues aquí lo preceptuado equivaldría a eximir, en la regulación singular de cada tributo, su aplicación en el Archipiélago. Pero el resumirlos todos aquí presenta algún inconveniente ya que podría pensarse que, en lo no comprendido, la legislación sobre Puertos Francos ha quedado derogada o que en el art. 229 se han incluido todas las singularidades que afectan a Canarias. Ninguna de esas hipótesis en cierta.

2.—**La Ley de Reforma Tributaria de 11 junio de 1964 no ha derogado a la de 6 de marzo de 1900.**¹—El art. 242 formula la cláusula derogatoria general respecto de «las disposiciones anteriores que la contradigan y sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final de esta Ley». Esta establece que «el Gobierno publicará la tabla de vigencias y disposiciones derogadas». Dicha tabla ha sido publicada por *el D. 4132 de 1964, 23 de diciembre*, por cierto separando sistemáticamente las integramente derogadas de las modificadas por el nuevo texto legal y la Ley de 1900 no aparece en ninguno de esos grupos; hay que entender pues que se halla plenamente en vigor e inmodificada.

¹ La ley contiene una serie de preceptos dedicados a señalar los tributos que quedan suprimidos (arts. 233 y 238 principalmente) sin perjuicio, en algún caso como en el del Gasto, de la aplicación de sus normas a los que les sustituyen. Autoriza al Gobierno (241) para publicar un texto refundido de todas las Leyes que regulan los tributos vigentes, y las normas reglamentarias precisas.

Aunque se pretendiese lo contrario al amparo de la cláusula derogatoria general en relación con la expresa mención de exenciones del art. 229-2,¹ a este argumento cabría oponer idéntica razón que la empleada por la Jurisprudencia con respecto a la Ley de 16 diciembre de 1940 o sea el principio de que la Ley general posterior no deroga a la especial anterior ni a las excepciones legales del régimen precedente más que en el caso de que esa norma posterior haga desaparecer la institución jurídica a que las excepciones se refieren;² en este caso, la Ley especial al configurar la institución de los Puertos Francos canarios estatuyó excepciones al régimen tributario general (Monopolios, Aduanas, actos de importación o exportación, etc.) y creó un especial tributo sobre las importaciones (los Arbitrios) con un régimen asimismo especial. Tales instituciones no han sido abrogadas por la nueva Ley general. Ninguna de sus normas se refiere a los Arbitrios. En ella subsisten los impuestos aduaneros, los Monopolios y las otras diversas formas de imposición sobre el consumo.³

3.—El art. 229-2 no ha incluido, y ello deliberadamente, todas las excepciones que afectan a Canarias.—No parece pura coincidencia que sus prescripciones se refieran todas a tributos que desaparecen o han recibido sustanciales modificaciones; dice: «En Canarias no tendrá aplicación lo establecido en los apartados a) b) f) g) h) i) del n.º 1 del art. 186 (Imp. sobre el Tráfico de Empresas)

¹ Por entender que en lo no previsto por este las especialidades que de aquella Ley resultasen contradirían a la de 1964.

² Principio que, aún no entendido con el rigor de una antigua Jurisprudencia que lo aplicara literalmente (S. de la Sala de lo Civil del T. S. de 10 octubre de 1894, v. gr.) sino del modo más flexible entendido por la doctrina moderna, supone idénticas consecuencias para el caso contemplado.

³ Para que las excepciones al régimen tributario general establecidas por la Legislación de Puertos Francos quedasen derogadas —tácitamente— por la nueva Ley hubiera sido preciso que la misma abrogase las instituciones a que se refieren y ello no ha ocurrido así. Por una parte, ninguna de sus normas se refiere al régimen singular de los Arbitrios. Por otra, en la nueva Ley subsisten los impuestos Aduaneros, los Monopolios y la Imposición sobre el Consumo en diversas formas y alguna de ellas gravando los actos del comercio de importación. Solamente el Impuesto General sobre el Gasto desaparece para dejar su lugar económico a otro, el Impuesto sobre el Tráfico de Empresas. Y el Aduanero sufre importantes modificaciones.

así como tampoco lo dispuesto en los arts. 210 n.º 2 (Impuestos que ahora integran la Renta de Aduanas), 211 (I. de compensación de gravámenes interiores) y 233 (supresión del arbitrio sobre la riqueza provincial).

Parece clara la interpretación según la cual este precepto, lejos de dirigirse a la derogación de las excepciones derivadas de la Ley de 1900 que en él no aparecen, tiene el opuesto designio: subrayar con una formulación expresa que en los casos de supresión o modificación sustancial de alguna institución tributaria persisten no obstante las singularidades derivadas de la legislación de Puertos Francos, traducidas a las nuevas instituciones. En los restantes supuestos, o sea allí donde las instituciones permanecen inmodificadas, los preceptos de la Ley singular habrán de seguir integrados en el sistema general y continuarán produciendo situaciones de excepción con respecto a los mismos tributos y en iguales circunstancias que hasta ahora.

Y es evidente que subsisten tributos con el mismo régimen precedente, no incluidos en las expresas excepciones del art. 229-2. Véanse los ejemplos que lo confirman en la propia Ley.

a) *El Impuesto sobre el Lujo* adquiere sustantividad independiente, pero un somero examen del art. 209 revela:

—Que subsiste el régimen anterior, con modificaciones de detalle.

—Sigue sin ser un impuesto unitario, constituyendo una serie de impuestos sobre diversos actos del consumo calificado por la ley de suntuario.

—La lista es sustancialmente la misma.¹

b) *Los Monopolios Fiscales*. Se les dedica solamente al art. 213 para declarar la subsistencia del régimen anterior.² Este es un excelente ejemplo testigo de nuestro argumento. Nada más claro que la inaplicabilidad a Canarias de los Monopolios y sin embargo, ni el art. 213 ni el 229-2 lo mencionan.

¹ Aunque se elimine alguno, ello sería inoperante a estos efectos porque lo impuesto vale para los que subsistan, dado que se trata de diversos impuestos singulares.

² Y autorizar al Ministro de Hacienda a adaptar el régimen fiscal de las compañías concesionarias a la nueva Ley.

c) *Impuestos especiales*. Se crea esta nueva categoría, pero el exámen de los arts. 212 y sgtes. revela que lo único nuevo es el nombre y encaje sistemático, pues se trata de impuestos antes encuadrados entre los de Gasto y Lujo, que seguirán percibiéndose «con arreglo a las normas por las que actualmenté se rigen». Subsiste, pues, la Institución en cada caso y con ella, las excepciones que pueda comportar la Ley especial de 1900.

d) *Tasas Fiscales y Tributos Parafiscales*. (a 214 sigts. y 223 sigts.).

Cabe decir otro tanto, porque es constante la referencia a la Ley de Tasas y exacciones Parafiscales y Decretos de convalidación. Introduce las referencias a la Ley General Tributaria y otras de detalle, pero la institución no recibe modificación sustancial.

Aquí será más difícil hallar ejemplos de las consecuencias de excepción de la Ley de 1900, pero no imposible. Valga el relevante del D. 4 de febrero de 1960 que convalida y regula la exacción sobre la gasolina en Canarias. Y el de la L. de 28 enero de 1966 (Régimen Financiero de los Puertos Españoles) dis. Adic. 3.^ª Con lo anterior creemos probado que el art. 259-2 no contiene todas las exepciones afectantes a Canarias, sino solamente las que era necesario expresar en los casos de abrogación o cambio sustancial de instituciones. En el resto, la Ley singular de Puertos Francos debe aplicarse en relación con los demás tributos cuando afecten a sus prescripciones.

B) *Singularidades del archipiélago en el nuevo régimen tributario*.

El estudio de éstas, pues, no debe limitarse a las que resultan de la Ley general sino extenderse a las que subsisten por integración en el Ordenamiento de la especial de 1900.

1.—Expresas en la Ley de Reforma Tributaria.

a) *Impuesto Aduanero*.—Recibe ahora una estructura diferente. El a. 210 elimina derechos de gran tradición fiscal: Impuesto de transporte por mar, aéreo y a la entrada y salida de las fronteras, Impuesto de tonelaje, Recargo sobre el té y el café.

La Renta de Aduanas queda solamente integrada por: Derechos de Importación y Exportación, Impuesto de compensación de gravámenes interiores (antes, D.º Fiscal a la Importación) y Derechos e Impuestos de finalidad compensatoria, percibidos con ocasión del tráfico exterior, excepto los de regulación del precio de productos agrícolas.

La excepción legal para Canarias abarca todos esos tributos, con lo cual se confirma su configuración como área territorial exenta desde el punto de vista aduanero en consonancia con la Ley de 1900 y la Arancelaria de 1960.

b) *Impuesto General sobre el tráfico de Empresas.*— Ahora sí parece estatuirse un solo tributo unitario en sustitución de toda la serie diferente que gravaba el gasto. El nuevo recae sobre «las ventas, obras, servicios y demás operaciones específicas que (las Empresas) realicen y que aparezcan sometidos a dicho tributo por normas de rango legal». Este impuesto constituye una fusión de varios anteriores según un nuevo sistema.¹ Trátase de un impuesto indirecto de consumo y jurídicamente repercutible como la Ley expresamente establece en el a. 189.

Al abrogar el régimen anterior, lo ha hecho también con la legislación de Puertos Francos en lo que expresamente no la respeta. Pero el efecto, curiosamente, ha sido el contrario, como demuestra:

—De la de lista operaciones gravadas del art. 186, aquéllas en que el impuesto se extiende a Canarias son solamente las que implican prestación de servicios o de obra (con o sin materiales) y arrendamiento de bienes (aptdos. c, d, e)

—Las restantes están en el Archipiélago exentas de este impuesto, según la expresa exclusión del art. 229-2.

¹ Es evidente que nos hallamos ante una transformación sustancial de los impuestos de consumo. El de tráfico de empresas constituye la culminación evolutiva de los impuestos sobre el Gasto. Toda la serie de tributos que antes los integraban se han transformado en este (que a su vez englobará aspectos del de Timbre y Derechos Reales de idéntica finalidad) que por primera vez parece un impuesto unitario. El procedimiento ha sido gravar las operaciones del giro de las empresas que de algún modo intervengan en el tráfico de bienes de consumo, mediante unas tarifas que recaen sobre esas operaciones.

Y lo interesante es que esos *supuesto exentos abarcan todas las operaciones del tráfico comercial* (exterior e interior). (Téngase en cuenta que las entregas por comerciantes minoristas quedan exentas en todo el país por el apartado a).

Luego lo que la reforma ha venido a otorgar a Canarias ha sido una exención general de estos impuestos de consumo, y no sólo con respecto a los actos del comercio exterior sino también a todas las operaciones del ciclo mercantil incluso dentro de su territorio. Quedan sin embargo fuera de esta exención legal los impuestos de lujo y especiales.

Cobra así mayor cuerpo la hipótesis de que no sería descabellado admitir una interpretación amplia de la letra de la Ley de 1900 según la cual la misma abarcaría todos los actos de tráfico sobre las mercancías importadas y no solamente el hecho de su importación.

2.—Por aplicación de la Ley de Puertos Francos.

a) Impuestos sobre el Lujo.

Ya hemos anticipado que aquí la nueva Ley no ha introducido una innovación sustancial. Nos hallamos frente a la misma (o casi la misma) serie de impuestos diferentes que gravan un conjunto de actos de tráfico sobre artículos o servicios en razón de ser estimados por el ordenamiento como gasto suntuario. Como dice Sáinz de Bujanda, el lujo no es un presupuesto objetivo de la obligación tributaria, ni aparece definido (cosa imposible por otra parte) por los textos positivos para individualizar después sus distintas aplicaciones. Lo que existe es un conglomerado de presupuestos específicos que generan otros tantos impuestos autónomos, aún cuando a efectos de reglamentación positiva y de gestión administrativa queden cubiertos bajo la designación genérica de Impuestos sobre el Lujo. La estructura jurídica de cada uno es diferente. En términos generales, se trata de impuestos indirectos en los que la obligación nace a cargo de quienes fabrican los productos o prestan los servicios sin perjuicio de la repercusión. En ocasiones, gravan efectivamente al consumidor (situándole en la posición de sujeto pasivo) pero en otros casos este es el productor o la empresa que presta los servicios y el consumidor queda fuera de la rela-

ción tributaria. En algunos supuestos, no obstante, el consumidor o usuario es verdadero sujeto pasivo (impuestos que gravan la tenencia o disfrute de bienes). Lo dicho por este autor sigue siendo aplicable ahora, porque el conjunto tributario que cubre la rúbrica general sigue siendo sustancialmente el mismo (aunque haya atraído impuestos antes gravados por Timbre) y, sobre todo, continúa teniendo exactamente las mismas características y naturaleza.

Ello tiene importantes consecuencias porque es evidente que no se ha producido derogación ni alteración esencial en la estructura de estas instituciones tributarias con la nueva Ley general y de aquí que, respecto de ellas, sigan vigentes las exenciones determinadas por la Ley de 1900 a pesar (y también a causa de) no hacerle expresa mención la de 1964.

Y como también es cierto que, respecto de varios de los tributos comprendidos entre los Impuestos sobre el Lujo se prevee el supuesto de su exacción en el momento de la importación, es este el principal problema que respecto de ellos se plantea en nuestro estudio.

a) *La importación en el Impuesto sobre el Lujo.*—Según la caracterización antes apuntada, los diversos tributos que integran este epígrafe siguen siendo gravámenes sobre el consumo que recaen sobre determinadas cosas o servicios. Si se aplica con motivo de los actos de comercio exterior, su presupuesto objetivo lo constituirán los actos de importación o exportación y en aplicación de la jurisprudencia antes citada estarán exentos como comprendidos en el art. 2 de la Ley de 1900.

A ello cabe una objeción, y es que el D. de 3 junio de 1960 (Derecho Fiscal a la Importación) expresamente excluyó de sus cálculos (en orden a su carácter compensatorio) y de la inclusión en su régimen, al impuesto sobre el Lujo que recaiga sobre las mercancías importadas y en consecuencia no derogó los preceptos correspondientes del Reglamento como hizo con los del Gasto. Sin embargo, ello no sería obstáculo a la tesis propuesta. En primer lugar, el D. mencionado no era aplicable a Canarias, que tenía su propio régimen de tributos compensatorios (los Arbitrios) aunque arcaico y sin que se tuviese en el mismo en cuenta el aspecto sunuario, de aparición posterior. Por otra parte, aquél gravamen ya no se integra en la imposición sobre el consumo, sino en las Aduanas, y sigue siendo inaplicable en Canarias.

Aún podría aducirse la razón económica de que del modo expuesto los consumidores suntuarios de Canarias resultarían de mejor condición, máxime cuando, a partir de la creación del Derecho Fiscal a la Importación, ya no pueden parificarse en sus efectos los gravámenes sobre el lujo y del gasto en el momento de importación o exportación. Pero esta razón es en su mayor parte extra-jurídica porque la aplicación jurisprudencial del art. 2 de la Ley de 1900 se basa en el argumento del presupuesto jurídico de los tributos, cuando el mismo lo constituyan los actos de comercio exterior y ello sigue siendo válido. Incluso desde el punto de vista económico podría también argumentarse que el diseño de aquella Ley, como el de los anteriores privilegios históricos, fué precisamente crear en las Islas un área beneficiada con respecto a los gravámenes de tráfico y consumo para favorecer su desarrollo.

La tesis sustentada ha recibido ya formulación en dos Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Las Palmas, de fechas 4 novbre. 65 y 10 de noviembre del mismo año, que se apoyan en los mismos razonamientos que la del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1964 así como en la no derogación de la Ley especial de Puertos Francos por la de Reforma Tributaria de 1964, por lo que el Impuesto sobre el lujo sigue afectado por los supuestos de exención de aquélla. El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 16 de mayo de 1966, no entró en el fondo (se trataba de un recurso en interés de la Ley) permaneciendo por tanto todavía inédita su doctrina en la materia; sin embargo, cuando en los considerandos se alude a la cuestión, ello es de un modo vacilante pero que al mismo tiempo parece dejar traslucir una postura no muy acorde con la extensión a los Impuestos sobre el Lujo de la Interpretación reiteradamente establecida anteriormente respecto de los del Gasto. Así, en el 2.º Considerando: «Que se está, asimismo, ante una cuestión que, aunque para un recurso de carácter ordinario no habría que conceptualarla necesariamente idéntica o equiparable a las resueltas en las Sentencias dictadas por la Sala a partir de la de ocho de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, siguiendo el criterio sentado en la citada; ello es lo bastante para que, al examinar la resolución de un Tribunal inferior en una apelación extraordinaria, no se pueda ya tan fácilmente pasar a la calificación de Sentencia gravemente errónea, como, en cambio, en

las apelaciones puede calificarse de simplemente errónea y revocarse una Sentencia recurrida». No obstante, el párrafo final del penúltimo Considerando dice: «y, en el presente caso, como ya se deja dado a entender, la Sentencia de la Sala de lo Territorial recurrida, si bien no pueda decirse que sea invulnerable a las objeciones, tampoco cabe afirmar que constituya una indefendible tesis, cual para este recurso —insistimos— se requeriría».² En consecuencia, y por motivos procesales relativos al recurso extraordinario, se confirmó la de la Audiencia Territorial.

b) *Impuestos especiales*.—El art. 212 de la última Ley de Reforma Tributaria incluye en una rúbrica común varios impuestos sobre el consumo totalmente heterogéneos: sobre la fabricación de alcoholes, sobre la fabricación de azúcar, sobre la cerveza y bebidas refrescantes, sobre el petróleo y sus derivados (sin perjuicio de su peculiar régimen de exacción), y el impuesto sobre el uso del teléfono, en el cual se refundirán los hasta ahora contenidos en el Impuesto sobre el Gasto y en la Ley del Timbre.

Estamos, pues, ante una agrupación, a los solos efectos sistemáticos, de impuestos diferentes tomados de la antigua tarifa IV de Impuestos sobre el Gasto. Esto no supone modificación alguna en esas instituciones y, por consiguiente, valen respecto de ellos las mismas consideraciones hechas para Lujo y Gasto en la medida que por su especial estructura les sean aplicables. En cuanto al del Petróleo, tendremos ocasión de añadir mayores precisiones.

V EXAMEN ESPECIAL DE LAS PRINCIPALES SINGULARIDADES TRIBUTARIAS

Destaca de todo lo dicho la existencia de un genérico régimen de peculiaridades tributarias canarias, derivado de la integración en el sistema tributario general de los efectos de las franquicias otorgados por la Legislación de Puertos Francos. Se ha hecho asimismo notar la posibilidad de una interpretación que, dando un valor más literal al artículo 2 de la Ley de 1900, extendiera el privilegio a toda la imposición sobre el consumo en las Islas, cualquiera fuese el momento del ciclo económico elegido como presupuesto objetivo de nacimiento de la obligación de contribuir,

cuya interpretación enlazaría con el origen más remoto del especial trato fiscal otorgado al Archipiélago. Esos momentos del ciclo económico (producción, importación, venta, consumo) elegidos como presupuesto objetivo en cada caso por razones de oportunidad para la gestión de la Hacienda vienen determinados en los respectivos reglamentos y podría parecer que, con alterarlos convenientemente en los textos positivos, quedaría solventado el problema que puede plantear, según lo expuesto, el que en algunos casos se hayan establecido en el momento de la importación. Acaso esta consideración sería bastante para indagar la viabilidad de esa aludida solución extensa que parece estar en germen en el precepto al principio citado, en los antecedentes históricos remotos y en la peculiar problemática de las Islas. Pero no va a ser ahora ese nuestro propósito. Únicamente indicaremos, en cuanto a la posibilidad de alteración de los presupuestos de hecho, que ello no puede ser materia de pura táctica recaudatoria y por consiguiente sometida simplemente al arbitrio de la reglamentación administrativa, y menos desde la Ley General Tributaria de 28 diciembre de 1963. El art. 10, ap. a) establece que en todo caso deberá regularse por Ley la determinación del hecho imponible y del sujeto pasivo.¹

¹ A primera vista, aquéllo parece ser lo llevado a efecto por el «TEXTO REFUNDIDO DEL IMPUESTO SOBRE EL LUJO», aprobado por Decreto n.º 3180/1966, de 22 de diciembre. Tal disposición es de aparición posterior a la elaboración de este trabajo y de aquí que no se le haya hecho una referencia con la amplitud que merece. Sin embargo, dada su importancia, es obligado constatar aquí al menos su promulgación y las importantes dudas que su contenido suscita con relación al tema.

La primera se refiere a la forma de aplicación de la delegación legislativa contenida en la disposición Transitoria Primera de la Ley General Tributaria de 28 diciembre de 1963 y art. 241 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 junio de 1964, que son los preceptos delegantes aplicados y que se refieren a la promulgación de textos refundidos. Los problemas se plantean respecto del rango normativo de los preceptos refundidos en cuanto hayan incluido, junto a otros consignados primitivamente en Leyes, algunos que figuraban simplemente en Reglamentos de aplicación de los tributos; y también en cuanto a las posibles modificaciones de unos y otros. Deberán confrontarse los preceptos citados con los arts. 10 y 11 de la Ley General Tributaria. Véase también lo que en otro lugar se dice acerca de la legislación delgada.

Análogas dudas se plantean ante determinados preceptos del Texto refundido

Tras las consideraciones que anteceden, procede ahora examinar, según la proyección del Derecho positivo, las peculiaridades más notables que presenta en el Archipiélago la aplicación del sistema general. Estos aspectos no van a ser diferentes radicalmente de los analizados puesto que serán los mismos, contemplados ahora no desde una perspectiva genérica sino desde la singular de las normas reguladoras de cada uno de los tributos que presentan singularidades con respecto a Canarias.

Estos son: la llamada Patente Nacional de circulación de automóviles; los Impuestos sobre el Petróleo, (hoy sistematizados en dos lugares diferentes según se trate del que grava el supercarburente o los restantes productos); el Impuesto de Lujo sobre el Tabaco y los escasos ejemplos de Tasas o exacciones Parafiscales que es posible hallar con singular régimen para Canarias. No es necesario insistir en que, al referirnos ahora a impuestos sobre Petróleos y Tabacos no vamos a insistir sobre los incluidos en el precio de monopolio, sino que vamos a tratar de aquéllos, ya aludidos al referirnos a ese capítulo, y que entonces veíamos que se habían desarrollado como impuestos independientes sobre el consumo de los productos monopolizados si bien administrados y recaudados por el ente gestor del monopolio respectivo. Aquí se va a plantear la problemática que en aquél lugar se apuntaba. Solamente razones de sistema expositivo han llevado a hacerlo así, y también a dedicar capítulo aparte a unos impuestos que tenían perfecto encaje cuando se trató de la imposición sobre el consumo, pero que preferimos extraer de allí para no enturbiar la exposición de los principios más generales que en aquél momento se exponían.

de referencia que se remiten al mismo otorgándole calificación de Ley (v. gr., art. 1.º: «El impuesto..... grava..... que se especifican en esta Ley», etc.).

Por último, es útil confrontar el dicho Texto Refundido con las disposiciones que refunde, y especialmente las sustanciales, porque se advierten diferencias que acaso puedan resultar innovaciones de bulto. Cfr. el Decreto de 6 de junio de 1947, que aprobó el texto refundido del Libro V de la Contribución de Usos y Consumos de Lujo, oficialmente denominado «Reglamento de la Contribución de Usos y Consumos de Lujo», sobre todo en sus arts. 1 a 5, 14, 18, 20-9, 37, 40, etc. Y compárense estos preceptos con los de los arts. 1, 2, 4, 5, 8 a 11, 13, 15-C), etc. del nuevo texto de 1966.

A) *La patente nacional de circulación de automóviles (y patente complementaria).*

1.—Caracteres

La evolución de este impuesto es sumamente curiosa y lo es asimismo su modo de desaparecer en el territorio sometido al monopolio de petróleos, tanto más cuanto que este último momento viene decisivamente afectado por el impuesto sobre el carburante y es muy difícil desligar enteramente ambos tributos en su desarrollo legislativo.

Se crea el impuesto por el R. D. L. de 29 abril de 1927, y es importante señalar que ya en este momento queda caracterizado como impuesto sobre el consumo, puesto que expresamente señala el art. 1 de esa disposición que va a gravar «la tenencia o circulación de vehículos de tracción mecánica». Jurídicamente, pues, el presupuesto de hecho que determina el nacimiento de la relación tributaria lo constituye la mera tenencia de esos vehículos, sin ninguna referencia a circunstancias de otro tipo (consumo de carburante, etc.) a las que pueda darse relevancia jurídica, como no sea la potencia de los vehículos, que solamente la tiene a efectos de tipo de imposición. Desde el punto de vista económico, no obstante, se revela que el nuevo tributo constituye una refundición de otros: «se establece un impuesto único»... en el cual «se refundirán todos los del Estado, Provincia y Municipio que actualmente gravan la tenencia o circulación de vehículos de tracción mecánica»... «incluyéndose también la tasa de rodadura creada... con destino a nutrir los fondos del Patronato del Circuito Nacional de Firms Especiales». Así que, en la razón económica de este tributo cuenta, junto al uso de los vehículos (que a su vez agrupa tributos de los distintos Entes) también el uso de las vías o caminos públicos del Estado. Esta última razón, que hubiese constituido claro presupuesto de hecho para una tasa, no tiene el mismo valor en cuanto al impuesto que se crea y por ello resulta, desde este punto de vista, jurídicamente irrelevante.¹

¹ Art. 1: «Se establece un impuesto único con la denominación de Patente Nacional de Circulación de Automóviles... En dicho impuesto se refundirán todos los del Estado, la Provincia y el Municipio que actualmente gravan la tenencia o circulación de vehículos de tracción mecánica, tanto los de Lujo como los destinados

Este es uno de los impuestos encuadrados por la Ley de Reforma Tributaria de 16 de diciembre de 1940 en la Contribución de Usos y Consumos (art. 93; el 86 estableció nuevas tarifas) y fué regulado en el D. de 26 de julio de 1946 (Texto refundido del Libro Tercero de la Contribución de Usos y Consumo, apartado B). En este Reglamento se precisa aún más el presupuesto de hecho: «el uso y, salvo excepciones expresas, la simple tenencia de vehículos de lujo o turismo...»

Y el art. 6 configura una especialidad para Canarias (y también Baleares, Ceuta y Melilla), que consiste en la reducción del 50% de la tarifa para los vehículos matriculados en esos territorios. Pero lo curioso es que esta reducción de tarifas tiene lugar en función de las posibilidades de uso del vehículo o de las de utilizar caminos públicos, porque si el territorio insular o de soberanía en que radiquen cuenta con menos de 300 kms. de vías estatales, provinciales o locales, la tarifa se reduce al 25% (siempre que no salgan de allí).¹

a usos industriales, incluyéndose también en la cuota de dicha Patente la tasa de Rodadura creada por el R. D. de 26 de julio de 1926 con destino a nutrir los fondos del Patronato de Circuito Nacional de Firms especiales. Únicamente se exceptúan de esta refundición los impuestos y arbitrios establecidos por las Diputaciones y Ayuntamientos de las Provincias Vascongadas y Navarra sobre los vehículos matriculados en cualquiera de los municipios que comprende el territorio de aquéllas.

La Ley de 22 de junio de 1932 establece las normas a que debe sujetarse la distribución de participaciones en el rendimiento de este tributo, entre el Estado, los Ayuntamientos y las Diputaciones. Cfr. más adelante, al tratar de la exacción sobre la gasolina en Canarias.

¹ El régimen de reducción es también aplicable a la Patente Complementaria, según lo dispuesto en Orden de 31 de julio de 1958. Según los arts. 8 y 9 de Decreto cit. de 26 de julio de 1946, «el documento que acredita el pago de los deberes fiscales que se derivan del uso o tenencia del vehículo sujeto a este impuesto, se denomina Patente. Deberá acompañar inexcusablemente al vehículo y colocarse en lugar visible desde el exterior. Ningún vehículo de los expresados podrá circular por el territorio nacional sin llevar la Patente que le corresponda, expedida por las Oficinas de Hacienda. Las cuotas especiales para Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla, sólo dan derecho a circular por el respectivo territorio a que se refieren. Al salir el vehículo de dichas provincias o territorios deberá satisfacer la Patente Nacional sin reducción alguna».

Este Reglamento se modificó por D. 21 diciembre de 1951 que no introduce innovaciones, limitándose a modificar las tarifas, aumentándolas.

2.—Evolución de este impuesto y aplicación en Canarias.—

Siendo como hemos dicho un tributo cuyo presupuesto viene exclusivamente constituido por la tenencia de vehículos de motor, va no obstante a refundirse después en el concepto económico del consumo del carburante y, desplazándose de este modo su justificación financiera, se reducirá y suprimirá a medida que se desarrolla el impuesto sobre la gasolina, no sin gran resistencia de la Hacienda puesto que aún siendo esa razón económica una de las que reiteradamente explican las exposiciones de motivos como justificación para elevar la tributación de los carburantes y resultando a todas luces claro que los rendimientos de esta habían de compensar con creces y aún exceder mucho de las recaudaciones por Patente; ésta continuó aplicándose bastante tiempo después de las elevaciones y refundiciones de las tarifas de aquéllos. Cuando por fin fué suprimida totalmente, su aspecto no fiscal, o sea el de identificación del vehículo y su propietario, fué transferido (valga la expresión) a un nuevo documento carente de fin tributario que no obstante se denominó «cédula de identificación fiscal». Sin embargo, en rigor no puede establecerse la menor analogía jurídica entre los impuestos sobre el petróleo y la patente, salvo la del carácter de impuestos de consumo aplicable a ambos, puesto que su presupuesto de hecho es claramente distinto (consumo de carburante, tenencia del vehículo) y por tanto toda su pretendida asimilación es exclusivamente económica (referida a la fuente del tributo o sea la renta revelada por el uso de estos vehículos) y aún podría ello discutirse en general puesto que los carburantes no solamente se usan para los vehículos automóviles; aunque de ésto se prescindiera, lo que queda claro es que toda posible razón de asimilación es extrajurídica. Lo acaecido, simplemente, fué la supresión de un impuesto (el de Patente) y la creación previa de otro que supliera e incrementase los rendimientos de aquél (refundición y elevación de tarifas en el de carburante), hechos ambos que no precisaban de unas explicaciones y justificaciones tan ampliamente dadas en las exposiciones de motivos como después veremos. Pero lo más singular es que, pese a que dichas disposiciones se apoyaron en esa pretendida asimilación, todas sus afirmaciones cayeron en el vacío y fueron conscientemente ignoradas por la propia ordenación tributaria, ya que al mismo tiempo que se su-

primía la Patente se creaba un nuevo impuesto con sus mismas características y parecido alcance, que se llamó Patente complementaria. Parece obvio que toda esta confusión normativa estaba de sobra pues hubiese bastado con mantener el primitivo impuesto sin mención alguna al de petróleos ni justificar la elevación de estos en analogías que sólo estuvieron en las explicaciones dadas y de las cuales ni siquiera se hizo aplicación. Posiblemente la única razón de todo ello pueda hallarse en el procedimiento normativo adoptado para algunas fases de esa nueva imposición, no surgió como veremos de cauces legislativos formales enteramente claros. Pero en cualquier caso los efectos respecto del Archipiélago han sido bien singulares: dada la justificación adoptada para suprimir la Patente, esta supresión solamente afectó al ámbito del Monopolio de Petróleos puesto que fuera de él no experimentó alteración el régimen tributario de los productos petrolíferos y por tanto la Patente siguió aplicándose en Canarias con su modalidad propia (reducción de tarifas); pero, curiosamente, ello no constituyó obstáculo para que en este territorio se aplicase desde el primer instante el pretendidamente nuevo gravamen que sustituyó en rigor a aquélla, o sea la Patente Complementaria.

La evolución así esquematizada tuvo lugar por efecto de las siguientes disposiciones:

El Decreto de 21 diciembre de 1956 fué el que estableció, simultáneamente, una reducción de las tarifas por Patente y una elevación del precio de los carburantes.¹ La Patente Nacional de

¹ El preámbulo trata de justificar la medida conjunta: «En la actualidad, la mayoría de los productos monopolizados por la CAMPSA vienen suministrándose al público a precios inferiores a los de coste, con el consiguiente quebranto para la Rentía de Petróleos y por tanto, para el Estado.... Por otra parte, es una aspiración antigua de los usuarios de automóviles y de las empresas de transportes con vehículos automóviles, trasladar los impuestos que gravan estos medios de locomoción al carburante utilizado por los mismos, y aunque de momento esta aspiración sólo pueda atenderse parcialmente, parece aconsejable ensayar la transformación progresiva de dichos impuestos, compensando esta desgravación con un aumento en el impuesto sobre el carburante utilizado. Y con el fin de lograr el restablecimiento del equilibrio entre los precios de coste de los productos monopolizados por la Campsa y de compensar las desgravaciones en favor de los contribuyentes de los impuestos unificados de transportes y de la Patente Nacional, resulta indispensable

las clases B y C queda reducida en un 75 por ciento y la de las clases A y D, en un 50. El art. 2 establece un aumento, a partir de la misma fecha de esa reducción, de *los precios de venta* al público de los carburantes en la cuantía que detalla el anexo, pero con la singularidad (art. 3) de que este aumento de precio quedará a beneficio exclusivo de la Hacienda del Estado, autorizándose al Ministerio de Hacienda para distribuir esos aumentos entre la Contribución de Usos y Consumos y la Renta de Petróleos, en la proporción que se estime pertinente.¹ En rigor, pues, y bajo esa denominación de aumento de precio de los carburantes, lo que tuvo lugar fué un incremento de los dos tributos que gravaban su consumo, es decir, el incluido en el Monopolio por una parte, y el que habíamos llamado independiente o paralelo por otra y lo curioso es que este aumento tarifario tuvo lugar por Decreto para ambos y la Administración quedó autorizada para distribuir entre ellos la proporción que a cada uno correspondía, lo que en rigor resulta equivalente a autorizarla para fijar las tarifas del impuesto del consumo denominado entonces sobre el petróleo y sus derivados, y para fijarla con elevación sobre las que venían rigiendo. Esto fué lo que se concretó en la O. M. de 11 enero de 1957 que, al desarrollar el Decreto anterior, fijó con la reducción prescrita en él las tarifas de la Patente Nacional y las del Impuesto sobre el Petróleo y sus derivados de la Contribución de Usos y Consumos, estableciendo además que la diferencia entre los aumentos de precio aprobados por el antes citado Decreto de 21 diciembre de 1956 y detallados en el anexo del mismo y la parte que se aplica a la Contribución de Usos y Consumos, se considera en beneficio del Estado por la Renta de Petróleos.²

aumentar los precios de venta al público de determinados carburantes, especialmente de la gasolina y del gas-oil».

¹ Art. 4. En los casos en que los productos a que se refiere el art. 3 hubieren de ser sometidos a cupo fijo o proporcional, no podrá establecerse, bajo ningún concepto, recargo o sobrepeso de ninguna clase, ni aún tratándose de la concesión de cupos extraordinarios, considerándose y sancionándose como exacción ilegal estas percepciones, encomendándose a los Delegados de Hacienda la vigilancia del cumplimiento de esta prohibición.

² Las tarifas de la Patente quedan establecidas con las reducciones del 75 y 50 por ciento otorgadas, reiterándose que en ellas va incluido el canon por inspección

La desgravación en las tarifas de la Patente Nacional (así como en el impuesto de transportes y tarjetas de circulación) no afectará a las zonas del territorio español en que no se hallen monopolizados los carburantes, según establecen tanto el Decreto como la Orden citados ¹ y por consiguiente en Canarias siguieron percibiéndose según las modalidades anteriormente establecidas, o sea con la tarifa reducida a que en su lugar hemos aludido. Pero adviértase que la simple confusión que tiene lugar en las disposiciones que ahora comentamos entre los aspectos jurídico y económico de todos los impuestos a que se refieren va a tener trascendencia en cuanto al Archipiélago porque en aquéllas va a ligarse sin motivo alguno a tributos jurídicamente diferentes; si lo que se pretendía era simplemente desplazar el ingreso económico obtenido en uno de ellos a otro más oportuno, siendo ambos como eran distintos, la técnica adecuada era llanamente la de reducir o suprimir aquél e incrementar el otro. Con esto, la reducción tarifaria de la Patente debió extenderse a Canarias y más tarde su supresión, pero no la elevación de tarifas de los que gravan los carburantes, por las razones en que venimos insistiendo. Al no hacerlo así y erigir en razón jurídica lo que no constituía más que una justificación financiera (y sin motivo bastante) aquélla desgravación y ulterior supresión quedó limitada al ámbito del Monopolio. Pero es bastante dudoso que esa justificación de fondo de las disposiciones comentadas en motivos económicos tenga fuerza suficiente para el efecto pretendido. En ello insistiremos después.

El Decreto de 14 de junio de 1957, insistiendo en su exposición de motivos en las mismas razones que los anteriores (compensación de los aumentos de precio de carburantes con la supresión de patente e impuesto de transportes) incrementa los precios de venta de algunos productos petrolíferos y suprime la Patente Nacional de las clases B y C y los impuestos unificados de transporte en algunos vehículos.

y conservación de carreteras y que sobre ellas no podrán establecer, directa ni indirectamente, ninguna clase de arbitrios o tasas las Corporaciones Locales.

¹ «Las modificaciones establecidas en las normas primera y segunda... no afectarán a los vehículos matriculados fiscalmente en aquellas zonas de territorio español en que no se hallen sujetos a monopolio los carburantes utilizados por dichos vehículos».

La Ley de Reforma Tributaria de 26 diciembre de 1957, al clasificar en las tres categorías ya citadas los Impuestos sobre el Gasto (integrando en ellos los de la Contribución de Usos y Consumos), y sobre todo al otorgar autorización al Gobierno para *someter a imposición* dentro de los impuestos sobre el Lujo la adquisición o disfrute de «bienes superfluos o que representen mero adorno, ostentación o regalo» ... tuvo asimismo importancia en los tributos de que estamos tratando, especialmente en el aspecto formal de la validez de esas autorizaciones legislativas en blanco en materia reservada a la Ley, cual la fiscal de creación de impuestos. Nos referiremos a ello al tratar de la Patente Complementaria.

Consecuencia inmediata de los arts. 76 y 77 Ley fue el Decreto de 7 de marzo de 1958 que, en el concreto aspecto de los tributos que estamos analizando, contiene dos innovaciones fundamentales:

La primera consiste en desglosar del Impuesto General sobre el Gasto y pasar a integrarlo en el de Lujo el de Patente Nacional de las clases A (automóviles de turismo) y D (motocicletas) en su totalidad, si bien manteniendo las tarifas reducidas de la O. de 11 enero de 1957.

La segunda es aún más trascendente: sin perjuicio y con independencia de la Patente Nacional, sujeta la tenencia o disfrute de automóviles de turismo a un nuevo gravamen dentro del Impuesto sobre el Lujo, al cual denomina Patente anual complementaria.¹

Lo primero que en estas disposiciones resalta es que se están desvirtuando totalmente las pretendidas razones que determinaron la reducción y prometida supresión del impuesto de Patente, puesto que lejos de eliminarlo ahora que ya están en vigor las nuevas tarifas de los que gravan el carburante, se le mantiene y además se crea otro nuevo que, no por incluirse en diferente epígrafe clasifi-

¹ Tarifas: Los primeros 9 cv., 100 ptas. por cv.

De 10 a 13 cv., 150 ptas. por cv.

de 18 a 21 * 200 * *

de 22 a 25 * 400 * *

de 26 en adelante 1.000 * * Sumándose los cv. de todos los

vehículos de un titular, su cónyuge e hijos no emancipados.

catorio es diferente, sino que es en todo idéntico al que se pretendía suprimir salvo en el detalle de que empieza gravando solamente los vehículos de determinada cilindrada lo suficientemente baja como para que se puedan considerar comprendidos la mayoría de los automóviles: Nos hallamos pues no ante la creación de un nuevo impuesto sino frente a un simple cambio de denominación del anterior con la agravante de que el antiguo subsiste.

Pero hay algo más, y es que el Decreto comentado (simple disposición reglamentaria), al expresar en el preámbulo los fundamentos de la misma, asegura que está haciendo uso de la autorización contenida en el art. 79 de la Ley de 26 diciembre de 1957, y por ello se «amplían los conceptos sometidos a gravamen, se elevan los tipos de imposición en algunos epígrafes ya existentes, se establecen unas nuevas tarifas y SE INCORPORAN CONCEPTOS TRIBUTARIOS que por la naturaleza de los bienes afectados no deben continuar incluidos dentro del Impuesto sobre el Gasto sino pasar del primero al segundo de los grupos que señala el art. 77 de dicha Ley».¹

Este Decreto autorizaba al Ministro de Hacienda para dictar normas reglamentarias necesarias para su aplicación y cumplimiento.

Desde el punto de vista general afectante al nuevo tributo creado (y los demás que se hallen en igual caso) llamado Patente Complementaria, LA LEGALIDAD DEL DECRETO es bastante dudosa, como lo era la constitucionalidad de la autorización del art. 79 de la Ley de 1957. Porque pese al intento de sistematización de esta Ley, existe un hecho básico en los Impuestos sobre el Gasto que su agrupación racional no puede desvirtuar: no se trata (según ya dijimos) de un impuesto único, sino de múltiples variedades tri-

¹ Según el preámbulo de este Decreto, el art. 79 de la Ley de 26 diciembre de 1957 *autoriza al Gobierno para someter a imposición*, dentro de los impuestos sobre el Lujo, la adquisición o disfrute de bienes superfluos o que representen mero adorno, ostentación o regalo, así como aquéllos servicios que tengan el mismo carácter o supongan una comodidad manifiestamente superior a la normal». «Haciendo uso de tal autorización.... respondiendo no solamente a fines fiscales sino también a procurar una mejor distribución de la riqueza, se amplían los conceptos sometidos a gravamen...» etc. Véase el texto.

butarias reunidas en una sola denominación por razón de su elemento común único (que es de carácter económico y no jurídico) el cual consiste en que gravan el consumo de renta revelado por su empleo, o sea la renta gastada según sus manifestaciones; pero en rigor siguen siendo un conglomerado de impuestos individualizados, con elementos jurídicos distintos. De aquí que la pretendida «ampliación de conceptos sometidos a gravamen» suponga la creación «ex novo» de una serie de impuestos y en este caso se halla la Patente Complementaria; en este caso se halla formalmente, pues ya hemos dicho que en puridad no es otra cosa que la misma Patente Nacional.¹ Por consiguiente cabe hacer serios reparos a la legalidad del establecimiento de estos nuevos impuestos.

Evidentemente, nos hallamos ante un típico ejemplo de LEGISLACION DELEGADA EN MATERIA TRIBUTARIA, en los que tanto abunda la Ley de 1957.² El principio de legalidad tributaria, garantía fundamental de los derechos de los contribuyentes, en uno de sus dos aspectos fundamentales (según Sáinz de Bujanda) supone que todo tributo debe establecerse y regularse en una Ley formal, en base a la cual es aplicado por la Administración. Tal formulación se encuentra en nuestro Derecho positivo, porque el

¹ Como escribe Sáinz de Bujanda (art. cit.) No existe un impuesto sobre el lujo de carácter unitario. El lujo no es un presupuesto objetivo de la obligación tributaria ni aparece definido (cosa imposible) en los textos positivos para individualizar después sus distintas aplicaciones. Lo que existe es un conglomerado de presupuestos específicos que generan otros tantos impuestos autónomos aún cuando, a efectos de reglamentación positiva y de gestión administrativa, queden cubiertos bajo la designación genérica de impuestos sobre el Lujo. La estructura jurídica de cada uno de estos gravámenes es, naturalmente, muy diferente, atendida la variedad de los objetos gravados.

² La legitimidad constitucional de la Legislación delegada en general en nuestro sistema positivo ha merecido el reparo de algunos autores (Cfr. Entrena, Gómez Acebo).

El primero ha alegado la inconstitucionalidad del ap. 4 del art. 10 de la Ley de Régimen Jurídico (único fundamento positivo) (Competencia del Consejo de Ministros para «someter al Jefe del Estado proyectos de disposiciones con fuerza de Ley cuando el Gobierno cuente para ello, en cada caso, con expresa delegación por Ley votada en Cortes y previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno»). Sin entrar ahora en el planteamiento genérico del problema, lo veremos sistemáticamente desde el ángulo más limitado de la legislación tributaria en especial.

art. 9 del Fuero de los Españoles prescribe que «nadie estará obligado a pagar tributos que no hayan sido establecidos con arreglo a la Ley votada en Cortes» y el art. 10 de la Ley Constitutiva de las Cortes incluye la materia tributaria entre las reservadas a la Ley.

La aplicación estricta del principio de legalidad tributaria supone que la Ley debe establecer «todos los elementos esenciales de la relación jurídico-tributaria en cuya configuración por Ley estriba precisamente aquél» (Arche) o sea, según Sáinz de Bujanda, los presupuestos de hecho y la medida, término y modo con sujeción a los cuales la obligación tributaria debe ser cumplida, o, según Zanobini, la materia imponible, el tipo aplicable, y el procedimiento de determinación. Actualmente esas precisiones no son ya solamente doctrinales. El art. 5 de la Ley de 26 diciembre de 1958 las estableció para las tasas y exacciones parafiscales; los arts. 2 y 10 de la Ley General Tributaria de 28 diciembre de 1963 las regulan en general para toda clase de tributos.¹

El problema surgía, no obstante, en la época que nos ocupa, con respecto a la legislación delegada (no, respecto a los Decretos Leyes). Sáinz de Bujanda admitía su legitimidad en materia tributaria a condición de que se tratase de delegación expresa. Igualmente y de modo más amplio, otros como Oliart a propósito de la Ley de Tasas. También Giannini, pero en base al derecho italiano, donde la Constitución lo admite expresamente. En nuestro sistema, Arche la nega de modo categórico por estimar que su único fundamento derivaba de los arts. 10 y 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración, ambos inconstitucionales desde este punto de vista; el párrafo de éste «salvo aquéllos casos en que expresamente lo autorice una Ley votada en Cortes» vulnera los arts. 10 de este organismo y 9 del Fuero de los Españoles que exigen Ley formal en todo caso. Estos preceptos constitucionales prohíben que el Poder Legislativo autorice al Gobierno a establecer tributos.

¹ Art. 2. La facultad originaria de establecer tributos es exclusiva del Estado y se ejercerá mediante Ley votada en Cortes.

Art. 10. Se regularán en todo caso por Ley... a) La determinación del hecho imponible, del sujeto pasivo, de la base, del tipo de gravamen, del devengo y de todos los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria.

Para aquellas fechas podía llegarse a una solución conciliadora. Admitiendo (como de hecho ocurría) la legitimidad genérica de la legislación delegada, incluso podía aplicarse al Derecho Tributario a condición de que los elementos esenciales de la relación en el tributo a crear aparecieran clara y expresamente determinados en la Ley de delegación. En lo que así no fuere o la norma delegada hubiera excedido o desvirtuado aquélla, su regulación había de estimarse ilegítima. La simple delegación genérica necesariamente habría de determinar la invalidez del precepto administrativo que la desenvolviese.

El centro de gravedad quedaba no obstante desplazado a la eficacia práctica de este criterio; únicamente existiría en el caso de que los Tribunales Contenciosos se decidieran a fiscalizar la legislación delegada con el fin de determinar hasta dónde se había cumplido con la delegación y, considerando el resto como «disposición de categoría inferior a la Ley», entrasen a pronunciarse sobre su legitimidad. Esta es la normativa actual, según el art. 11 de la Ley General Tributaria,¹ precepto que sin embargo plantea también problemas en orden a su eficacia práctica, en los cuales no vamos a entrar.

Lo que ahora interesa resaltar es que el Decreto de 7 marzo de 1958, en uso de la autorización del art. 79 de la ley de 1957 creó un nuevo tributo dando vida desde la nada legislativa a todos sus elementos y esto es ilegítimo jurídicamente.

Claro está que ello es una cuestión afectamente a todo el territorio nacional y no constituye especialidad para Canarias en este aspecto, por lo cual no interesa insistir sobre el tema sino únicamente ver si sus términos comportan algún argumento que interese a las peculiaridades del Archipiélago.

¹ Art. 11.—1). Las delegaciones o autorizaciones legislativas que se refieran a las materias contenidas en el apartado a) del artículo 10 de esta Ley, precisarán inexcusablemente los principios y criterios que hayan de seguirse para la determinación de los elementos esenciales del respectivo tributo.—2). El uso de las autorizaciones o delegaciones se ajustará a los preceptos de la Ley que las concedió o confirmó. Habrá de darse cuenta a las Cortes de las disposiciones que a su amparo se dicten.—3). Sus preceptos tendrán la fuerza y eficacia de meras disposiciones administrativas en cuanto excedan de los límites de la autorización o delegación o esta hubiere caducado por transcurso de plazo o hubiera sido revocada.

En el ámbito general, a partir del D. de 7 marzo de 1958 un mismo hecho impositivo (desde el punto de vista económico) cual es la tenencia o disfrute de automóviles de turismo y motocicletas va a estar gravado por tres impuestos idénticos: la Patente Nacional clases A y D reducida en su tarifa por el D. 21 diciembre de 1956 y la O. de 11 enero 1957; la imposición sobre el carburante incrementada por esas disposiciones como simple variación del momento del gravamen pero cuyo hecho impositivo según la justificación dada por esas normas se pretende ser el mismo (tenencia o disfrute); y por último, la Patente Complementaria que no es otra cosa que la misma Patente Nacional con un mínimo exento; dentro del impuesto sobre el Gasto solamente se dejaba el del carburante y los otros dos se integraron en el de Lujo, con lo cual su identificación era total. Para estos dos, incluso se da una perfecta identidad jurídica además de la económica que solamente se refiere al de los carburantes, toda vez que el presupuesto de hecho de ambas patentes es la tenencia o disfrute del vehículo.

La Orden del Ministerio de Hacienda de 31 de julio 1958 dicta normas para el cumplimiento de los Decretos de 7 marzo y 28 de abril de 1958 y en su virtud da nueva redacción a las disposiciones que cita relativas a Impuesto sobre el Petróleo y sus derivados, Patente Nacional y Patente Complementaria. En su virtud, el impuesto sobre el supercarburante pasa a integrarse en los de LUJO, así como la Patente Nacional y la Patente Complementaria,¹ quedando sólo en gasto el impuesto sobre los restantes carburantes.²

¹ Patente Nacional.... Art. 6. A continuación del apartado a) se insertará lo siguiente: El régimen de reducción de la Patente Nacional establecido en el párrafo anterior será de aplicación igualmente a la Patente complementaria, no siéndolo para las patentes clases B y C.

Patente Complementaria.—Se adiclona lo siguiente: Grava el uso así como la simple tenencia de vehículos de lujo o turismo que, sujetos a tributación por la Patente clase A, posean una potencia fiscal individual o conjunta superior a 7 cv, en la cuantía y circunstancias establecidas por el epígrafe 20 de las tarifas aprobadas para los impuestos sobre el Lujo.

² La situación en este momento es: Gravado por impuesto sobre el gasto: los carburantes. Idem. Idem. sobre el Lujo: La Patente Nacional, la Patente complementaria, el supercarburante. Al suprimirse después enteramente la Patente Nacional, quedaron los dos últimos.

En lo que a Canarias se refiere, la única especialidad expresa es que, tanto la Patente Nacional como la Complementaria, se beneficien de la reducción tarifaria del 50 por ciento.

El D. Ley de Ordenación Económica de 21 de julio de 1959 ¹ suprimió la Patente Nacional en el territorio afecto al Monopolio de Petróleos solamente (a más de dos años del D. que así lo preconizó y razonó) y por tanto la dejó subsistente en Canarias con la bonificación de que se beneficiaba. La razón expresa fué económica, es decir, relativa al hecho impositivo como fuente tributaria; según la técnica que al parecer se venía siguiendo, el gravamen se desplazaba desde la tenencia del vehículo al consumo de la gasolina y no afectando a Canarias el último gravamen, debía subsistir el antiguo.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico había ocurrido un cambio sustancial porque había variado el presupuesto de hecho del impuesto, pues como ya dijimos, jurídicamente, pese a todas las justificaciones alegadas, lo único real es que ese presupuesto de hecho dejaba de ser relevante y se suprimía el impuesto que lo gravaba y al mismo tiempo se elevaban las tarifas de otro impuesto que recaía sobre un presupuesto diferente. La supresión debió, pues, hacerse extensiva al Archipiélago, pero no fué así.

Ya hemos resaltado la dudosa legalidad de la creación del impuesto de Patente Complementaria, y que de este criterio participaba la propia Administración lo demuestra el art. 16 de la Ley de 23 diciembre de 1959, de modificaciones tributarias.² Aparte darle una nueva denominación («Impuesto de Lujo sobre la tenencia o disfrute de automóviles») con la cual parece querer resaltar tardía e inexactamente su diferencia con la Patente Nacional, contiene un singular precepto que parece convalidar, confiriéndoles

¹ Art. 11.—El Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda, determinará la cuantía y forma con arreglo a las cuales el Estado participará en los nuevos precios de los productos petrolíferos y tabacos. Art. 12.—Se introducen las siguientes modificaciones en el régimen impositivo: a) A partir de 1960 quedará definitivamente suprimida, dentro del territorio que constituye el ámbito del Monopolio de Petróleos, la Patente Nacional que grava los vehículos a motor....

² Art. 16. El impuesto creado por Decreto de 7 marzo de 1958 se denominará en lo sucesivo «Impuesto de Lujo sobre la tenencia y disfrute de automóviles».

un implícito rango legal, todas las disposiciones reguladoras de los impuestos a que esta Ley se refiere, pero con las modificaciones en ella establecidas y las que resulten de autorizaciones otorgadas.¹ Resulta de todos modos bien extraña esta manera de dar cumplimiento al principio de legalidad tributaria, y muy dudosa su eficacia en este orden, toda vez que no conteniendo expresamente las normas a que se refiere, se ha sustraído en rigor su conocimiento y regulación a los órganos legislativos, únicos competentes al efecto.

Después de las últimas disposiciones, el régimen para Canarias queda establecido en la siguiente forma:

Inaplicación de los impuestos sobre carburantes y sus aumentos.

Subsistencia de la Patente Nacional y aplicación como en el resto del territorio del Impuesto de Lujo sobre la tenencia o disfrute de automóviles, (ambos, impuestos sobre el Lujo), beneficiados ambos de la reducción tarifaria antes citada.

Es decir, aplicación simultánea de dos tributos jurídicamente idénticos en todos sus elementos si bien uno venga configurado como gravamen complementario para los tipos de automóviles de mayor cilindrada. En rigor, uno de ambos no debería tener vigencia puesto que ya hemos demostrado que se trata del mismo cuya subsistencia indirecta y en cierto modo modificada (sólo en sus tarifas y mínimo exento y no en su estructura sustancial) recibió nombre distinto únicamente por un respeto externo a las razones que se alegaron como justificación de la elevación de los impuestos sobre los carburantes. Estas razones económicas no poseen efecto jurídico alguno y constituyen mera fundamentación de los preceptos, no parte de los mismos.

Después de la supresión de la Patente Nacional, el efecto identificativo de la misma se cumple por la llamada Cédula de Identificación Fiscal, creada por la Ley de 23 diciembre de 1959, no extensiva a Canarias y demás territorios de régimen especial donde

¹ La exacción de todas las contribuciones e impuestos se realizará en lo sucesivo según las normas por las que actualmente se rigen, con las modificaciones establecidas en los arts. siguientes y las que resulten del uso de autorizaciones conferidas al Gobierno y al Ministro de Hacienda.

aquella subsiste; O. M. 28 diciembre 1959, disposición transitoria segunda.¹

B) *Los impuestos sobre petróleos.*

1.—**Ordenación y características.**—Ya hemos indicado antes que, como artículos en régimen de monopolio, los productos petrolíferos vienen por esa razón sometidos a un impuesto indirecto sobre su consumo que se incluye en el precio monopolístico, sin perjuicio del ingreso patrimonial que para la Hacienda supone la participación en los beneficios de las empresas gestoras del Monopolio.² En cuanto a aquél, existe una imposibilidad jurídica de separar, desde el punto de vista del consumidor gravado, la parte de precio que constituye ingreso patrimonial de la que se configura como ingreso fiscal a pesar de que, desde el punto de vista interno de la Administración, quepa establecer una diferenciación en cuanto a su fijación y a la atribución de sus ingresos en el lugar presu-

¹ «Mientras subsistan las diversas clases de Patente de circulación de automóviles en los territorios de Canarias, Ceuta y Melilla, este documento sustituirá a la cédula de identificación fiscal para dichos vehículos».

² Hoy se reconoce así explícitamente. Ver Ley de Presupuestos de 26 diciembre de 1957, que califica a los Monopolios Fiscales como impuestos indirectos. En el Estado letra B del presupuesto pueden advertirse claramente las consecuencias; así, en el aprobado para el bienio 1966-67 (B. O. 24-XII-65) los ingresos por productos monopolizados se atribuyen en tres lugares distintos.

- A) Capítulo 2, Impuestos indirectos.—Art. 1, sobre el tráfico y gasto
 - Grupo 3, Impuesto especiales
 - Concepto 5—Petróleo y sus derivados (12.000.000.000 ptas.)
 - Grupo 4, Impuestos sobre el Lujo
 - Concepto 1, Tarifa 1.^a, Productos en régimen especial (Aquí se incluye supercarburante y tabacos) (10.500.000.000 ptas.)
- B) Capítulo 2, Impuestos Indirectos
 - Art. 2, Monopolios Fiscales
 - Grupo 1, Tabacos (con 4.260.000.000 ptas.)
 - Grupo 2, Petróleos (con 8.200.000.000 ptas.)
- C) Capítulo 8, Ingresos Patrimoniales
 - Art. 1, Participaciones en beneficios de empresas a título de propietario o accionista.
 - Grupo 1, Concepto 1.— CAMPSA. (con 83.000.000 ptas.)
 - Grupo 2, Concepto 1.— Tabacalera S. A. (con 150.000.000 ptas.)

puestario que corresponda, pero esto no se trasluce en la liquidación al consumidor. Acaso no se ha pensado lo suficiente en la enorme disminución de garantías que el aludido efecto comporta para el contribuyente, que paga indiscriminadamente el precio total del producto. Pero no es ahora nuestro propósito estudiarlo.

Establecido el Monopolio de Petróleos en 28 junio de 1927, el contrato con la CAMPSA aprobado por R. D. de 10 enero de 1928 señala (cláusula 11) que el premio de recaudación para la Compañía se fija en el 4 por ciento *del producto líquido de la renta*. Es de hacer resaltar la diferencia con el art. 10 de la Ley de 17 de julio de 1947 reorganizadora del Monopolio, el cual establece que «La Compañía Administradora del Monopolio tendrá a su cargo, además de las obligaciones enumeradas en el R. D. L. de 28 de junio de 1927 (art. 9), las de *recaudar, por cuenta del Estado, los impuestos establecidos o que se establezcan sobre los productos constitutivos del Monopolio*», percibiendo por ello (art. 13) el 0'25 por ciento de la cantidad que se recaude para el Estado. La diferencia citada es manifiesta: revela que al establecerse el monopolio el impuesto de consumo va embebido en el precio de monopolio mientras que actualmente existen además otros impuestos que también gravan el consumo de los artículos monopolizados pero que no se integran en la Renta. Como ya dijimos, esos tributos han nacido y se han desarrollado al margen.

Surgen poco después de constituido el Monopolio, por virtud de la *Ley de 17 marzo de 1932*, cuyo art. 22 establece un impuesto *transitorio* a beneficio exclusivo del Estado sobre las gasolinas que expenda el Monopolio y lo fija en cuantía de 0'10 pts. por litro.¹ Es evidente el designio de gravar esos productos al margen

¹ Art. 22. Se establece un impuesto transitorio a beneficio exclusivo del Estado de 0'10 ptas. por litro sobre las gasolinas que expenda el Monopolio de Petróleos.—Art. 23. La CAMPSA será la encargada de la exacción de este impuesto, que se sumará al precio de la gasolina y aquélla liquidará su producto al Tesoro sin que su importe se compute con el producto líquido de la renta a efectos del premio de la Cláusula 11 del Contrato.—Art. 24. El Ministro de Hacienda, de acuerdo con la CAMPSA y por medio de las Cofradías y Pósitos de pescadores, establecerá el procedimiento técnico-administrativo para limitar al consumo de las industrias pesqueras la exención de este impuesto especial.—Art. 25. El precio de la gasolina y el de los demás productos monopolizados será uniforme, libre de todo impuesto de ca-

del monopolio, pero (art. 23) encomendando la exacción a la propia compañía gestora de aquél aunque sin atribuirle el derecho al premio general establecido sobre el producto líquido de la Renta (el 4 por ciento citado). Acaso por un lado este designio de sustraer a la participación de la compañía gestora una importante parte del tributo y por otro quizá el de dar a su aplicación una flexibilidad mayor, han sido los determinantes de que pueda originarse y desarrollarse de modo marginal y paralelo al monopolio un impuesto de consumo idéntico que, lógicamente, debía permanecer embebido en el mismo.¹

En esta Ley de 1932 está pues el antecedente de lo que después ha de constituir los impuestos de Gasto y Lujo sobre el Petróleo y sus derivados y el Supercarburante respectivamente y actualmente, impuesto especial con aquella denominación y el de Lujo sobre el supercarburante. (Cfr. para aquél, el art. 212, n.º 2 de la Ley de 11 junio de 1964). Creado con carácter transitorio, no iba a desaparecer pese a esa denominación sino que habría de afianzarse y desarrollarse como un complemento del incluido en el monopolio aún siendo idéntica su naturaleza de impuesto sobre el consumo, y así hasta alcanzar un volumen económico muy superior (en el Presupuesto para 1966-67, 12.000.000 excluyendo el supercarburante, contra 8.200.000). Puede decirse que, en esta materia, existen hoy dos impuestos sobre el consumo gravando los

rácter local en todo el territorio comprendido por el Monopolio, y éste abonará anualmente a los Ayuntamientos y Diputaciones que perciban derechos sobre dichos productos y se vean privados de tal ingreso a consecuencia de esta disposición, una cantidad igual a la que por tal concepto hayan percibido en el año 1931, que se deducirá de lo recaudado por el impuesto que se crea por esta Ley.

Como más atrás se ha visto, la Patente Nacional nace asimismo (en 1927) con el carácter de impuesto único que refunde los del E., Prov. y Municipio (y la llamada tasa de rodadura) pero gravando uno y otros la tenencia o circulación de vehículos, o sea un hecho distinto del consumo de carburantes. Hacemos esta observación por la relación que ulteriormente se dio a la evolución de estos dos tributos diferentes.

¹ La O. de 22 de junio de 1932 regula la gestión del tributo por la CAMPSA, su ingreso en el Tesoro y rendimiento de cuentas. Contiene asimismo normas para el percibo por los Ayuntamientos y Diputaciones que disfrutasen de ingresos por arbitrios o recursos sobre el consumo de los productos monopolizados, de la equivalencia determinada por su supresión.

mismos productos y por idénticos presupuestos de hecho según ya hicimos notar.

2.—*Evolución y aplicabilidad en Canarias.*—La ley de 25 de mayo de 1939 elevó el impuesto sobre la gasolina en 24 céntimos por litro, haciéndolo además aplicable a sus mezclas y creó, con el mismo carácter de aquél, un impuesto sobre el gas-oil y las especialidades de este producto expendidas por el monopolio, de 20 céntimos por litro. El art. 4 establece la recaudación por CAMPSA que liquidará al Tesoro su producto íntegro ajustándose al art. 23 de la Ley de 17 marzo de 1932, sin que esa cantidad forme parte de la Renta en ningún caso.

Pero he aquí que las circunstancias anómalas por que atravesó después el país determinaron el nacimiento de un nuevo impuesto sobre los carburantes, que se llamó de restricción y, según lo que señalan sus normas, carecía en rigor de finalidad fiscal puesto que se orientaba a desalentar el consumo; no obstante, su persistencia y notable importancia económica (llega a ser muy superior en cuantía al de la Ley de 1932) harán asimismo que el carácter transitorio que sus disposiciones originarias le atribuyen desaparezca y quede refundido en aquél como permanente.

Este *Impuesto transitorio de restricción sobre la gasolina* se crea por la Ley de 13 mayo de 1940, cuyo preámbulo señala que el «complemento obligado del Decreto sobre restricción del consumo de gasolina es el establecimiento de un impuesto o recargo de restricción...durante el tiempo que las circunstancias aconsejen». El art. 1.º expresa el carácter transitorio, señala la cuantía del impuesto sobre las gasolinas y sus mezclas en 1'75 ptas. el litro y prescribe que será en beneficio exclusivo del Estado. Pero también se encomienda la recaudación a CAMPSA aunque asimismo sin computarse en el producto líquido de la Renta a efectos del premio señalado en la cláusula 11 del contrato.

El D. de 13 de mayo de 1940, que da normas de restricción del consumo de gasolina, establece que en los cupos de particulares habrá precios diferentes para la gasolina del cupo corriente (suministrada con vales) y para el exceso, sobre el cual se cargará el impuesto de restricción.

La Ley de 28 de julio de 1940 eleva el tipo del impuesto de restricción a 3'75 ptas. el litro.

En esta situación se promulga la Ley de Reforma-Tributaria de 16 diciembre de 1940 que, como sabemos, pretende llevar a cabo una sistematización de los impuestos interiores sobre el consumo pero que en realidad lo que verifica es una recopilación de los existentes, integrando los autónomos que se han ido desarrollando y creando otros nuevos dando al conjunto una denominación unitaria no obstante la cual cada impuesto subsiste con sus propios caracteres y estructura jurídica. En la Contribución de Usos y Consumos quedan integrados, según cita expresa del artículo 93, el impuesto «sobre las gasolinas y sus mezclas, gas-oil, transportes terrestres y fluviales, patente nacional de automóviles, clases A y D...» autorizándose al Ministro de Hacienda para «redactar un texto común a base de las disposiciones legales reguladoras de dichos impuestos». La O. de 6 de marzo de 1941 da normas para el impuesto sobre la gasolina, de acuerdo con los arts. 93, 142 y 147 de dicha Ley, disponiendo que el impuesto se aplique a la Contribución de Usos y Consumos y gestione por la Dirección General correspondiente y mencionando que seguirán en vigor, en cuanto no se opongan a aquella Ley, los preceptos legales que regulan este impuesto, o sea los arts. 22 al 25 de la Ley de 1932, la O. de 22 junio de 1932, las Leyes de 25 mayo 1939, 13 mayo 1940 y 28 junio 1940 y disposiciones concordantes.

La Ley de 2 agosto de 1941 contiene una mención legislativa conjunta de los dos impuestos que, fuera del monopolio, vienen gravando los carburantes. Su artículo primero es interesante porque, además, contiene una expresa limitación del ámbito de vigencia para ambos al territorio que abarca el Monopolio de Petróleos, limitación territorial no derogada después sino reiterada por normas ulteriores.¹

¹ Establece también aumentos de precio y modifica los impuestos de restricción buscando acentuar la finalidad de restricción al modificar los tipos del gravamen. Art. 1. Los precios de venta, en el Territorio que abarca el Monopolio de Petróleos, serán: 5 ptas. el litro de gasolina destinada a coches de turismo con tarjeta de aprovisionamiento tipo A.; 2 ptas. el litro, la destinada a los demás usos. Art. 2. El impuesto extraordinario de restricción sigue en 3'75 ptas. el litro para los primeros, y 0'75 para los demás usos. Además, el impuesto transitorio de 34 céntimos por litro (de las Leyes de 1932 y 1939) vendrán obligados a satisfacerlo sin excepción todos los consumidores no exceptuados por el art. 3 de esta Ley. Ambos impuestos son

El D. de 6 noviembre de 1941 extiende la restricción y consiguiente intervención de la Comisaría de Carburantes Líquidos a Canarias y Marruecos, pero no hace referencia expresa a los impuestos.¹

La Ley de 13 marzo de 1942 extiende el impuesto sobre la gasolina, que ya lo había sido al gas-oil, al petróleo, benzol y sustitutos del aguarrás, en las mismas condiciones de recaudación y liquidación que aquéllos, y fija el tipo en 0'75 ptas. por litro.

La Ley de 31 diciembre de 1942 tiene singular importancia, porque con ella comienza a perfilarse lo que después ha de ser la fusión de los impuestos de consumo y de restricción sobre los carburantes, empezando a olvidar que este último comenzó teniendo carácter transitorio (también el otro) y, sobre todo, evidente fin extrafiscal de limitación del consumo.² El impuesto se denominará en lo sucesivo «Petróleo y sus derivados», subsistiendo la imposición existente en la actualidad para el consumo y para el de restricción y sus normas reguladoras. Al mismo tiempo crea otro gravamen de 0'25 ptas. litro sobre el petróleo (keroseno) en las mismas condiciones ya conocidas.

Por la Ley de 30 diciembre de 1944, art. 7, se transforman en impuestos de carácter permanente «el de 34 cts. sobre el litro de gasolina así como el de 20 cts. sobre el litro de gas-oil que con carácter transitorio han venido rigiendo hasta el presente». Precepto no fácilmente explicable en cuanto a esa «transformación», que parece debió entenderse tácitamente operada por la Ley de 16 diciembre de 1940; sirve, sin embargo, para salvar el silencio de ésta.

La ley de 17 julio de 1945 (de Bases del Régimen Local) lleva a cabo la radical separación de estos impuestos con respecto a las participaciones locales que, de acuerdo con su origen, incidían en

en beneficio exclusivo del Estado. Art.: 3 establece un precio reducido para los servicios oficiales que señala, que es de 0'60 ptas. el litro, revisable por el Ministerio de Hacienda.

¹ Véase al tratar de la exacción sobre la gasolina en Canarias

² Art. 5. El impuesto sobre el consumo de restricción que grava la gasolina y sus mezclas y el gas-oil, se denominará en lo sucesivo «Petróleo y sus derivados», subsistiendo para la gasolina y sus mezclas y el gas-oil la imposición existente en la actualidad (LL. de 17 de marzo 1932, 25 mayo 39, 2 agosto 41, para el de consumo; L.L. 13 mayo y 23 junio 1940 y 13 marzo 42, para el de restricción).

sus rendimientos. Así, la Base 22 suprime la participación municipal en la Patente Nacional y en el impuesto sobre venta de gasolina y la Base 48, la participación provincial en todas las contribuciones e impuestos del Estado excepto la Rústica.

Como desarrollo de la Ley de 1940 y consecuente con sus prescripciones, se dictan las normas reglamentarias para cada una de sus tarifas. La que afecta al impuesto que nos ocupa es la Tarifa 2.^a, correspondiente al Libro II y se contiene en el Decreto de 8 febrero de 1946 (Texto Refundido de los Libros I y II de la Contribución de Usos y Consumos). El impuesto se denomina «sobre el Petróleo y sus derivados» y se «subdivide en dos conceptos»: «Impuesto de consumo», de carácter permanente, e «Impuesto de restricción». Solamente se exige por los «productos expendidos a través de la CAMPSA, que es la encargada de su recaudación e ingreso en el Tesoro».¹

A consecuencia de la supresión, por D. de 23 septiembre de 1946, de la Comisaría de Carburantes Líquidos, la O. de 13 diciembre del mismo año dicta normas para la recaudación del impuesto de restricción, cuya gestión va a pasar de aquél organismo a la Dirección General de Usos y Consumos y cuyas normas de administración y gestión se contienen en la O. de 28 diciembre del mismo año. Estas normas son de la mayor importancia, porque revelan peculiaridades de este impuesto de restricción que desvirtúan completamente su carácter para convertirlo, en rigor, en un verdadero impuesto sobre la tenencia de los vehículos, toda vez que es este el hecho que se erige en presupuesto objetivo de la tributación y al mismo tiempo se liga con el documento de la Patente Nacional en tal forma que explica las ulteriores disposiciones sobre la reducción y supresión de éste al elevar el impuesto sobre el carburante. Lo explica en cuanto al territorio comprendido en

¹ Art. 2. Se exige del consumidor por los productos expendidos a través de la CAMPSA... Art. 4. Tarifas.—1.^a Impuesto permanente de consumo: a) Gasolina y sus mezclas, 0'34 ptas. litro. b) Petróleo (keroseno), 0'25 ptas. litro. c) Gas-oil y sus especialidades, 0'20.—2.^a, Impuesto transitorio de restricción. d) Gasolina y sus mezclas para automóviles de turismo con tarjeta de aprovisionamiento clase A, 3'75 ptas. litro. e) Idem. destinada a los demás usos, 0'75. f) Petróleo (keroseno) 0'75. g) Bencol, 0'75. h) Sustitutivos del aguarrás, 0'75.

el Monopolio, pero precisamente lo hace inexplicable respecto a Canarias.

Seg. el art. 2 se percibirá una parte (0'75 ptas. litro) incluida en el precio de la gasolina suministrada libremente y otra, de 3 ptas. litro, aplicable solamente a los cupos. De este recargo son sujeto pasivo «los propietarios de vehículos de turismo sujetos a la Patente Nacional clases A y D» y no exentos. SE EXCEPTUAN LOS VEHICULOS CUYOS PROPIETARIOS RESIDAN EN CANARIAS Y PLAZAS DEL NORTE DE AFRICA. Gira sobre el cupo forzoso señalado para el consumo mensual de gasolina, pero sus tarifas se refieren a la potencia fiscal de los vehículos en relación con ese cupo, formándose así una escala de tributación paralela a la de la Patente. Por último (como quiera que la exacción tiene lugar mediante cupones que deben adherirse periódicamente) existe obligación de abonar el importe trimestral del tributo, se consuma o no el carburante, puesto que la omisión da lugar a la privación de la renovación de la Patente.¹ Parece que lo que venía

¹ O. 28 diciembre de 1946. Normas de administración y gestión del I. transitorio de restricción, Art. 2. Se percibirá en cuanto a los vehículos de turismo, en la forma siguiente: a) 0'75 ptas. por litro, incluido en el precio ordinario actual de 2 ptas. litro de la gasolina que se suministra libremente. b) 3 ptas. por litro sobre el precio del apartado anterior, aplicable únicamente a los cupos señalados a los automóviles de turismo... que se detallan en la regla 4.^a Este último recargo, en beneficio exclusivo del E., es el que se regula por medio de la presente orden.—Regla 2.^a Se hallan sujetos al impuesto complementario de restricción sobre el consumo de la gasolina, de 3 ptas. litro, todos los *propietarios de vehículos* de turismo sujetos a la Patente Nacional A y D no exceptuados. Es responsable, en primer lugar, el vehículo, cualquiera que sea su dueño,..... y el propietario, si no se encuentra o no es bastante. Se exceptúan los vehículos cuyos propietarios residan habitualmente en Canarias y plazas del Norte de África: pero tributarán a su entrada en la Península del modo establecido para los extranjeros. Regl. 3.^a, Base. Gira sobre el cupo forzoso señalado para el consumo mensual de gasolina.—R. 4.^a, Tarifas: según dos escalas paralelas de potencia fiscal de los vehículos y cupo mensual obligatorio que les está respectivamente atribuido, una tercera establece el importe mensual de impuesto para cada categoría de potencia y cupo (desde 45 a 750 ptas. mensuales).—R. 6.^a Cartillas. Se paga con sellos que se van adheriendo a estas y existe obligación de reintegrarlas con el importe correspondiente a cada trimestre en todo caso —se consuma o no— incluso a efectos de recoger la patente.

La Ley de Presupuestos de 27 diciembre de 1947, art. 22, autorizó al Ministro de Hacienda para elevar las tarifas de la Contribución de Usos y Consumos en

concebido como un impuesto no fiscal sobre el consumo de carburante con finalidad de restringir el mismo se ha transformado formalmente en un impuesto sobre la tenencia de vehículos.

En aplicación del art. 26 de la Ley de Presupuestos de 22 diciembre de 1949, la O. del día siguiente estableció la *unificación de todos los impuestos que gravan en la actualidad la gasolina* con arreglo al Reglamento de 8 febrero de 1946, al tipo de 3'09 ptas. el litro. Continuarán obligados al pago del impuesto de consumo de gasolina sobre los cupos establecidos para cada vehículo, cuando el consumo no llegue dentro de cada semestre al cupo señalado los automóviles y motocicletas con patente A. y D. El pago se hará en metálico en las Delegaciones de Hacienda antes de retirar la Patente del semestre siguiente. EN LAS ISLAS CANARIAS Y TERRITORIOS DE SOBERANÍA DEL NORTE DE AFRICA continuarán rigiéndose por la legislación vigente, no siendo de aplicación las modificaciones establecidas en este texto, salvo en lo referente a las tarifas de la Patente nacional, en que se aplicarán las detalladas, con las reducciones establecidas reglamentariamente.

La Ley de Presupuestos de 19 diciembre de 1951, art. 17, autoriza al Ministro de Hacienda para introducir determinadas innovaciones en la Contribución de Usos y Consumos y entre ellas, en el Impuesto sobre el Petróleo y sus derivados, cuyas tarifas se señalan.¹ Crea además un gravamen dentro de este impuesto sobre el

cuantía que no exceda del 25 por ciento, con las excepciones que estimase conveniente establecer. En consecuencia, la Orden de la misma fecha eleva los tipos en la gasolina para uso corriente en 0'25 ptas. por litro y la denominada de restricción en 1 pta. por litro, así como el gas-oil en 0'05 ptas. litro. Las tarifas quedan así: TARIFA 1.^a (Impuesto permanente de consumo): Gasolina y sus mezclas. 0'34 ptas. litro. Petróleo (keroseno), 0'25 Gas-oil y sus especialidades, 0'25.—Tarifa 2.^a (Imp. transitorio de restricción): Gasolina y sus mezclas para automóviles y motocicletas de turismo con patente A y D, 4'75 litro. Petróleo (keroseno), 0'75 ptas. litro Benzol, 0'75 litro. Sustitutivos del aguarrás, 0'75 el litro.—La diferencia de 3'75 ptas. litro entre el precio corriente de gasolina y el de restricción, se percibirá por medio de sellos o timbres que se fijarán en la «cartilla de restricción»...

¹ Las tarifas se fijan en la siguiente cuantía: a) Gasolina y sus mezclas, cualquiera que sea su destino, con excepción del epígrafe b), 3'60 ptas. el litro. b) gasolina y sus mezclas para consumo en usos agrícolas y pesca de bajura, 2'60 ptas litro. c) Petróleo (keroseno), 1'13 ptas. litro. d) Gas-oil y sus especialidades, 0'98 ptas. litro. e) Benzol, 2 ptas. litro. f) Sustitutivos del aguarrás 3'28 ptas. litro.

fuel-oil y los lubricantes.¹ Establece además un recargo extraordinario de 1'50 ptas. por litro de gasolina para toda la que se suministre sobre los cupos ordinarios.

A consecuencia de las autorizaciones de esa Ley, el D. de 21 diciembre de 1951 modificó los preceptos reglamentarios de la Contribución de Usos y Consumos, dando nueva redacción a los que resultaban afectados. En el Impuesto que nos ocupa refundió las variadas modificaciones introducidas desde el Reglamento de 8 febrero de 1946 en un nuevo texto, ya en el modo establecido por la citada Ley de Presupuestos.² Queda perfectamente claro que el presupuesto objetivo lo constituye el consumo de los productos petrolíferos relacionados; se exige el tributo del consumidor por medio de la CAMPSA; el gravamen queda a beneficio exclusivo del Estado; se recauda conjuntamente con el precio de los productos.

En esta situación tiene lugar la promulgación del Decreto de 21 diciembre de 1956³ que, como ya vimos al tratar de la Patente Nacional, envuelve en una razón económica única dos medidas sobre otros tantos impuestos diferentes sin un nexo jurídico suficiente. Dentro del ámbito territorial a que abarca el Monopolio de Petróleos se reduce en un 75 por ciento la Patente de las clases B y C y en un 50 por ciento la de las clases A y D; también reduce el Impuesto unificado de transportes. Al mismo tiempo, dispone el aumento de los precios de venta al público de los carburantes, aumento que se establece a beneficio exclusivo del Estado y que por tanto es impuesto y no precio, si bien se establece que habrá de distribuirse entre el Impuesto de Usos y Consumos y la Renta de Petróleos en la proporción que el Ministro de Hacienda

¹ Fuel-oil, al tipo de 32'70 ptas. por Tonelada. Lubrificantes, al del 10 por ciento sobre el precio de venta en origen por CAMPSA o por las casas importadoras. También modifica la Patente Nacional: en la Tarifa 5.^a, por cada caballo que exceda de 22 se pagarán 500 ptas. anuales.

² Las tarifas son las mismas citadas en las notas anteriores. Seg. el art. 7, CAMPSA es la encargada de la exacción, recaudándola conjuntamente con el precio de los productos gravados pero sin que el importe del impuesto se compute con el producto líquido del mismo a los efectos del premio que establece la cláusula 11 del contrato.

³ Véase el texto de su preámbulo en la página 205.

estime oportuna. En consecuencia, fija los precios totales de venta al público de los productos expendidos por el Monopolio.¹

Según antes señalamos, incluso la justificación económica aducida resulta bastante dudosa porque el gravamen por patente va a subsistir no sólo íntegro sino incrementado, si bien con otro nombre. Pero aún antes de ello, los aumentos señalados para el combustible son, obviamente, muy superiores a la reducción de la Patente. Incluso desde el punto de vista económico, trátase simplemente de una elevación de los varios impuestos de consumo que gravan esos productos, aumento de tarifas que ha tenido lugar por medio de un simple Decreto.

Desde otros puntos de vista, ha tenido lugar el final de la evolución de los dos impuestos que recaían sobre el consumo de los carburantes, pues en los nuevos precios y tarifas encontramos refundidos los de consumo y de restricción. El art. 4 lo declara de un modo indirecto: «En los casos en que los productos a que se refiere el art. 3.º hubieren de ser sometidos a cupo fijo o proporcional, no podrá establecerse, bajo ningún concepto, recargo o sobreprecio de ninguna clase ni aún tratándose de la concesión de cupos extraordinarios, considerándose y sancionándose como exacción ilegal estas percepciones, encomendándose a los Delegados de Hacienda la vigilancia del cumplimiento de ésta prohibición».

La Orden de 11 enero de 1957, que aplica y desarrolla el Decreto anterior, establece las nuevas tarifas de la Patente Nacional y el Impuesto sobre el petróleo y atribuye la diferencia entre este y los aumentos de precio a la Renta, pero en beneficio exclusivo del Estado.²

¹ Gasolina auto, 6 ptas. litro. Supercarburante, 7 id. Gasolina 80/100, 12 idem. Gasolina éter y especiales, 6 id. Eter puro para análisis, 36'50. White spirit, 6'45 id. Gasolina avión 30 N. O., 7 id. Id. id. 91 N. O., 7'10 id. Jet. avión, 3'40 id. Petróleo corriente, 3'25 id. Id. faros, 3'35 id. Idem. Rayos X, 11'75 id. Idem. agrícola. 4 id. Gas-oil, 4. Etc.

² El impuesto sobre el Petróleo y sus derivados queda fijado en la cuantía siguiente: (art. 8): Gasolina auto, especiales. éter, white spirit, y del 80/100, impuesto 4 ptas. litro. Supercarburante, 4'50 id. Gasolina avión 80, 91,100/130 y 115/145 N. O., 4'80 id. Petróleo corriente, faros y Rayos X, 1'33 id. Idem. agrícola, 1'50 id. Gas-oil, 1'50 id. Fuel-Oil industrial, 43'50 la Tonelada. Idem, ligero (usos domésticos), 451 id.

En cuanto al régimen canario, la Patente Nacional subsiste como vimos con sus antiguas tarifas reducidas; pero, dada la justificación alegada para estas disposiciones, en esas zonas del territorio no afectas al monopolio no tendrá lugar la elevación del precio del carburante (obvio pues se trata de fijación de precio a los productos monopolizados) ni de los impuestos de Usos y consumos sobre el Petróleo que no podrá aplicarse por recaer, según sus normas propias, sobre el consumo de carburantes expendidos a través del Monopolio.

El Decreto de 14 junio de 1957 eleva los precios de algunos tipos de carburantes y suprime la Patente de las clases B y C así como el Impuesto Unificado de transporte en algunos tipos de vehículos.¹

Como ya hemos hecho repetidamente notar, la Ley de Reforma Tributaria de 26 diciembre de 1957 suprime la denominación del Impuesto de Usos y Consumos y trata de estructurar la imposición sobre el consumo dividiendo los gravámenes en tres categorías (Gasto, Lujo, Compensación) bajo las cuales continúan viviendo una serie de impuestos jurídicamente independientes. A consecuencia de las autorizaciones otorgadas por el art. 79 de esta Ley se promulga el D. 7 marzo de 1958.² Ya nos hemos referido extensamente a la dudosa constitucionalidad de dichas autorizaciones y no menos dudosa legalidad de las disposiciones dictadas a su amparo, así como a la pretendida convalidación a posteriori a través

¹ Su preámbulo alude a razones económicas de parecida naturaleza que las del D. de 21 diciembre 56. Art. 1. En lo sucesivo se producirán y venderán, a medida que el abastecimiento pueda tener lugar, en todo el territorio a que abarca el Monopolio de Petróleos, es decir, en la Península e Islas Baleares, las siguientes clases de gasolina para automóviles: Gasolina blanca de 62 octanos, al precio total de 6 ptas. litro —4 ptas. de impuesto. Idem. especial de 70 a 72 octanos, a 6'25 ptas. litro Impuesto 4 ptas. Idem. supercarburante de 90 octanos, a 7 ptas. litro —4'50 de impuesto. Gas-oil a 5 ptas. litro— 1'85 de impuesto (1'50 en concepto de I. sobre el P. y derivados, y 0'25 por imp. unificado de transportes).

² V. más atrás las razones de su preámbulo. Art. 1. Se desglosan del Impuesto General sobre el Gasto pasando a integrarse en los impuestos sobre el Lujo, los siguientes conceptos tributarios: el supercarburante; Patente Nacional de las clases A y D en su totalidad. Tarifas: Patente Complementaria, una escala que va desde 100 ptas. por C.V. a 1.000 según los C.V. de los vehículos. En el Impuesto sobre el Pe-

de la Ley de modificaciones tributarias de 23 diciembre de 1959. En el concreto aspecto a que ahora nos referimos, el citado Decreto de 1958 «desglosa» (sic) del impuesto General sobre el Gasto pasando a integrarlo en el de Lujo el del supercarburante, sin modificación en su estructura jurídica y tarifas; otro tanto y con el mismo alcance dispone para la Patente Nacional clases A y D. Y crea el gravamen de Patente Complementaria. La Orden de 31 de julio de 1958 dicta normas para el cumplimiento de este Decreto y el de 28 abril de 1958, refunde las disposiciones relativas al tributo de que tratamos.¹

El Decreto de 27 de julio 1959 establece nuevos precios para determinados productos petrolíferos según la tarifa que contiene² en los cuales se incluye el importe del impuesto; este viene asimismo señalado en dicho Decreto estableciéndose además (art. 2) «que los aumentos de precio a que se refiere el artículo anterior quedarán a beneficio exclusivo del Tesoro público, manteniéndose para cada producto, dentro del precio total que para su venta se señala, el impuesto correspondiente, cuya cuantía será»³ Los pre-

tróleo y sus derivados, repite las tarifas de la O. de 11 enero 1957, con ligera variación en algunos de sus conceptos, no en todos.

¹ Sus tarifas son las citadas en la (pág. 227, nota 2).

² El precio para el público de los carburantes y combustibles que a continuación se expresan, impuesto incluido, en el ámbito del Monopolio de Petróleos, es decir, en la Península e Islas Baleares, será el siguiente: (art. 1 Gasolina 62 octanos, 9 ptas. litro. Id. 80, 9'25 Id. 90, 10 id. Id. ligeras y especiales, 9 id. Id. avión, 10 id. Avión 91 octanos, 10'10 id. Id. 100/130 octanos, 10'20. 108/135 octanos 10'30 id. 115/145 octanos, 10'40 id. etc. etc.

³ Art. 2. Gasolina de 62 oct., 5'75 ptas. litro. Id. de 72, 5'95 id. Id. de 90, 6'25 id.—Supercarburantes: Gasolina avión (a particulares) 6'55 ptas. litro. White spirit, 5'55 id. Gas-oil, 2'75 id. En el valor del impuesto sobre este último producto, 2'50 ptas. corresponden al concepto de petróleo y sus derivados y 0'25 al de impuestos unificados de transporte. Se autoriza al Ministro de Hacienda para poder fijar los precios de las gasolinas y petróleos para aviación, con destino a líneas de navegación aérea y necesidades del Ejército, manteniendo la debida correlación con los precios internacionales. Se le autoriza asimismo para detraer anualmente de la Renta de Petróleos hasta un máximo de 700 millones de ptas. a fin de atender las inversiones que precise el desarrollo normal del monopolio, en cuanto no puedan justificadamente ser cubiertas por la compañía administradora. Serán aportaciones en concepto de capital. Quedan subsistentes las normas dictadas por el D. de 14 junio de 1957 en cuanto no se opongan a las del presente.

cios señalados, y por consiguiente los impuestos en ellos incluidos solamente afectan al ámbito del Monopolio de Petróleos, es decir, la Península Ibérica e Islas Baleares; así lo determina, ya de una manera expresa y absolutamente clara, el art. 1 del Decreto referido.

De este modo culmina el proceso evolutivo a que nos venimos refiriendo. En el ámbito territorial a que abarca el Monopolio de Petróleos la imposición sobre el consumo de los productos monopolizados tiene lugar simultáneamente por medio del tributo incluido en el monopolio y además por el de los impuestos especiales hoy refundidos en su totalidad en el I. sobre el Petróleo y sus derivados y el de Lujo sobre el Super-carburante. Ya nos hemos referido al principio a ello. Las notas anteriores demuestran además que ni uno ni otro aspecto de esta tributación tienen aplicación en Canarias.

C) *Los impuestos sobre el tabaco.*

1.—**Origen y características.**—Son válidas aquí las consideraciones generales hechas al hablar de los Monopolios y de los Impuestos sobre el Petróleo. Del mismo modo, nos enfrentamos ahora con un producto monopolizado respecto del cual, y por idéntico fenómeno fiscal, ha nacido y se ha desenvuelto un impuesto de consumo paralelo e independiente al que venía incluido en los precios monopolísticos y que ha llegado a cobrar enorme importancia económica.

Ya apuntamos que el Monopolio de Tabacos, desde su nacimiento en la forma actual, se configura con un ámbito territorial no extendido a Canarias y así continúa en la actualidad.¹

Es también la Ley de 17 de marzo de 1932 la que establece un impuesto independiente sobre el tabaco, lo mismo que para la gasolina. Pero aquí seguirá el sistema típico de los monopolios de incrementar el precio con el mismo fin de lograr un mayor ingreso

¹ Seg. la Ley de 18 marzo de 1944 se desprende que para su extensión a las plazas de soberanía y posesiones de África e Islas Canarias sería precisa una Ley. Véase en Monopolio de Tabacos. Cfr. con R. D. 28 junio 1927 (en nota 38) según el cual «el Gobierno» podrá extenderlo a Canarias, etc.

fiscal por su consumo. El art. 26 de dicha Ley lo formula diciendo que «se autoriza al Ministro de Hacienda para establecer un recargo, en beneficio exclusivo del Estado, sobre los precios de venta de las labores que constituyen la Renta de Tabacos», recargo que será hasta de un 20 por ciento como término medio en relación con el producto total de las ventas de labores realizadas en el año 1930 autorizándose también al Ministro de Hacienda para individualizar ese aumento de precio respecto de las diferentes unidades y a establecerlo en una o varias veces así como a fijar los nuevos precios de venta de las labores dentro de los límites del recargo autorizado.¹ La Orden de 22 de marzo de 1932 fijó los nuevos precios en aplicación de esos preceptos legales y la de 25 de marzo del mismo año lo hizo respecto de las labores de Canarias, cuyo

¹ Art. 26. Se autoriza al Ministro de Hacienda para establecer un recargo, en beneficio exclusivo del Estado, sobre los precios de venta de las labores que constituyen la Renta de Tabacos. Este recargo será hasta de un 20 por ciento como término medio en relación con el producto total de las ventas de labores realizadas en 1930. Art. 27.—La revisión y fijación de los nuevos precios de venta de las unidades, en cumplimiento del art. anterior, se hará por el Ministro de Hacienda, quien podrá establecer el recargo en una o varias veces, según lo exigiere, a su juicio, el interés del Estado y lo demanden las necesidades del Tesoro. Art. 28.—El recargo establecido en el art. 26 será de aplicación a los precios de venta de las labores de cigarros y cigarrillos de Canarias adquiridos por la Cia. Arr. de Tabacos, en virtud de los contratos celebrados con los Sindicatos de fabricantes de las Islas Canarias y aprobados por el Ministerio de Hacienda. Para la fijación de los precios de las unidades de venta de estas labores será oída la representación oficial de los expresados sindicatos. Art. 29.—Se elevarán en proporción equivalente al recargo que autoriza el art. 26 de la presente Ley los derechos que actualmente percibe la C.A. T. por la venta en comisión de los cigarros, cigarrillos y picadura importados del extranjero. En tanto no se alteren los derechos de regalía establecidos, el aumento afectará solamente a los de comisión. La CAT. denunciará sus actuales contratos de ventas en comisión, y en la renovación de los mismos establecerá los nuevos tipos que resulten de lo establecido en el párrafo anterior. Art. 30.—Los dueños de establecimientos en que se expendan labores no consignadas en el cuadro de las que constituyen la renta de Tabacos o de ilegítima procedencia, cualquiera que sea su relación con las personas que realizan la venta, serán considerados como cómplices o encubridores a los efectos de las sanciones establecidas en la vigente Ley de contrabando y Defraudación. Art. 31.—Los nuevos precios de venta de labores de tabacos serán fijados por el Ministro de Hacienda dentro de los límites del recargo autorizado, y deberán comenzar a regir en el plazo máximo de un mes, a contar de la fecha de publicación de la presente Ley en la Gaceta de Madrid.

recargo de precio (para las adquiridas por el Monopolio) había también autorizado el art. 28 de la antedicha Ley.

Queda patente el paralelismo de este impuesto con el de la gasolina, si bien con la notable diferencia de que aquí se integra como un recargo en el precio de monopolio.

2.—Evolución y aplicación en Canarias.—A partir de ese origen puede notarse una paralela evolución incluso en el aspecto de que también las circunstancias anómalas del país a consecuencia de la guerra civil determinan el nacimiento de otro impuesto especial que finalmente se refunde con el anterior. Estos tributos irán a clasificarse entre la imposición sobre el Lujo y, como dato diferencial anticiparemos que, contra lo anotado en el de petróleo, van a aplicarse en Canarias pese a ser territorio ajeno al ámbito del Monopolio.

La Orden de 8 enero de 1937 creó el llamado Subsidio a familias de voluntarios, y para crear los fondos necesarios estableció un «recargo» del 10 por ciento sobre una serie de productos y servicios entre los cuales se hallaba «la venta de tabacos de todas clases».¹ El Decreto de 25 abril de 1938 publicó el «Texto único fundamental» de este «impuesto o recargo», texto que fué modificado por el D. de 20 enero de 1939² sin alteración en ninguno de ambos por lo que al tabaco se refiere. Las Ordenes de 15 abril de 1939 promulgaron el texto refundido; se incluye el procedimiento de recaudación en lo que se refiere el tabaco, y la tarifa queda en el 20 por ciento fijado por el D. de 20 enero. Una de las peculiaridades que resaltan es la de que la recaudación se efectuará en lo sucesivo sin tickets, cobrándose en la representación de la Cía. Arrendataria en el momento de realizar la «saca». En las expendurias se fijará en sitio visible una lista con los precios de las labores, el importe del recargo del 20 por ciento y la cantidad que debe satisfacer el consumidor.³

¹ «Para facilitar este auxilio se establece un impuesto o recargo de tipo indirecto que, gravando determinadas formas de consumo, que pueden estimarse superfluas, sirva para constituir un fondo destinado a....» (El tecnicismo jurídico-fiscal no es muy depurado, como se ve).

² El art. 6 eleva el tipo al 20 por ciento en la venta de tabacos de todas clases.

³ Según vamos viendo, este impuesto, no llamado así al principio, tiene un origen puramente reglamentario, no mediante Ley formal.

El Decreto de 16 mayo de 1939 creó, en sustitución del anterior, el «Subsidio al ex-combatiente» con los mismos medios que el anterior y declarando la vigencia de las normas reguladoras de aquél. Tienen lugar algunas pequeñas modificaciones ulteriores que nada de interés añaden a nuestro propósito actual¹ y por fin sobreviene la promulgación de la Ley de Reforma Tributaria de 16 diciembre de 1940 que, como ya hemos repetido, con los restos del Impuesto de Consumos, los independientes surgidos a lo largo del tiempo, el ultimamente reseñado subsidio y los nuevos gravámenes que crea el art. 72, forma la llamada Contribución de Usos y Consumos, una de cuyas tarifas es la del Impuesto de Consumos de Lujo en la cual va a integrarse, entre otros, el gravamen o recargo por subsidio sobre el tabaco a que nos venimos refiriendo. Ello queda perfilado en el Reglamento de 14 diciembre de 1942, del Impuesto de Consumos de Lujo. Adviértese por la cuantía del gravamen (sigue en el 20 por ciento, seg. el n.º 17 de la tarifa, 1.º de la de Consumiciones) que no ha tenido lugar una refundición del impuesto independiente creado por la Ley de 1932 con el llamado subsidio, sino que ha sido únicamente este el que ha pasado a constituir un nuevo impuesto sobre el consumo del tabaco, con carácter independiente y calificado como imposición sobre el consumo suntuario, o sea como impuesto sobre el lujo. En cuanto a aquél recargo de la Ley de 1932 no experimentó un desarrollo paralelo puesto que ya inicialmente se configuró como aumento de los precios de monopolio (si bien a beneficio exclusivo del Estado lo cual lo caracterizaba íntegramente como impuesto, y así ha continuado, o sea subsumido en los precios.²

La exposición de motivos del citado Reglamento de 14 diciembre de 1942 señala los jalones normativos que han dado lugar al

¹ O. de 30 mayo de 1939, D. de 9 de noviembre 1939.

² L. 18 marzo de 1944, Base IV, Obligaciones de la Compañía Arrendataria. 2. c) La recaudación de los impuestos actuales que graven el tabaco y los demás productos que expendan. D. 6 junio 1947. (Reglto. Contr. U. y C.), Regl. Cons. de Lujo, art. 34. Las oficinas de la representación de la CAT percibirán el impuesto en el momento de la venta a los expendedores, liquidándolo por unidad vendida.... En las expendedorías se fijará en sitio visible una lista autorizada por el Delegado de Hacienda con los precios de las labores, importe del impuesto y cantidad que debe satisfacer el consumidor.

nacimiento de la tarifa V o sea al Impuesto de Consumos de Lujo: «El antiguo arbitrio creado por el D. de 8 enero de 1937 con el nombre de subsidio al ex-combatiente, se incorporó como impuesto estatal al régimen tributario por la Ley de 5 de noviembre de 1940». He aquí una confesión paladina del origen simplemente reglamentario de estos tributos. Sigue diciendo que «la Ley de 16 diciembre de 1940 acordó en relación con el nuevo impuesto modificaciones sustanciales, integrándole en la tarifa V de la Contribución de Usos y Consumos y autorizando al propio tiempo al Ministro de Hacienda para variar en ciertos casos los procedimientos de exacción del citado tributo». Ya hemos advertido someramente que la exacción tenía lugar en el momento de la venta de los productos gravados o del empleo de los servicios y por medio de tickets; la innovación va a consistir en lo que el mismo preámbulo citado señala: «La misma finalidad que ha guiado la celebración de conciertos (dificultades de la exacción por medio de tickets, fraude, repulsión por el contribuyente) ...recomienda se utilice el cobro del impuesto en origen, es decir, en el punto de producción en aquéllos casos en que este sistema sea viable, haciendo a este efecto uso de la autorización concedida en el art. 90 de la Ley de 16 diciembre de 1940».

La transformación ha sido decisiva, y las notas anteriores ponen de relieve los motivos por los cuales este impuesto, contrariamente a lo que aconteció con el de Petróleos, ha podido ser aplicado en las zonas extrañas al monopolio. Surgido con un carácter muy peculiar, prácticamente un gravamen extrafiscal con una justificación de emergencia provocada por la guerra y un destino concreto extrapresupuestario (las familias de los combatientes o ex-combatientes) así como una gestión que en su origen tampoco se encomienda a la Hacienda, tales características hacían inicialmente muy difícil calificarlo como impuesto y en rigor debió haber evolucionado hacia su desaparición con las circunstancias que lo originaron. Pero no fué así, y al revelar la existencia de una nueva fuente de imposición, se afianzó como tributo sin tener en cuenta esas características, fenómeno que encaja en un tiempo en el cual una Hacienda falta de recursos extiende desmesuradamente la tributación sobre el consumo con el designio de lograrlos y sin demasiadas preocupaciones jurídicas o de sistema, lo cual ocasiona

no poca confusión en el terreno de los principios jurídicos, de lo cual son ejemplo cualificado los tributos que estamos examinando. Así es posible que el recargo sobre el tabaco pase como un tributo más al sistema general conservando las mismas características que tenía cuando no lo era y entre ellas, como la de mayor importancia aquí, la de exigirse en todo el territorio nacional. Así lo estableció el art. 1 del citado Reglamento de 14 diciembre de 1942 que respecto a todos los Impuestos que integran el de Consumos de Lujo, los declara «exigibles en la Península, Islas Baleares y Canarias y Plazas de Soberanía de España en Marruecos...» (sin perjuicio del régimen especial de Alava y Navarra); al mismo tiempo, el art. 17 establece que la Administración, haciendo uso de la facultad concedida por el art. 90 de la Ley de Reforma Tributaria, podrá acordar la exacción del impuesto de los productores o fabricantes, en lugar de hacerlo de los vendedores, sin perjuicio del derecho de repercusión sobre el consumidor... El tabaco se incluye en el n.º 17 de la tarifa general, 1.º de la de «consumiciones», bajo el epígrafe: «Tabacos de todas clases»: Sobre el valor de venta al público de cada unidad, el 20 por ciento». De este modo, y sin tener en cuenta que el tabaco es un producto sometido a un monopolio fiscal en cuanto a su distribución y venta, estos actos han quedado sometidos a un impuesto independiente ajeno a la administración del monopolio en los territorios a que el mismo no abarca, como es obvio, pero sin el efecto que comportó respecto del de Petróleos o sea la no aplicación del tributo en estos territorios.

Acaso pudiera aducirse la justificación de que en ambos casos (Petróleos y Tabacos) existen notas diferenciales, puesto que el impuesto sobre estos últimos productos ha nacido y se ha desarrollado siempre dentro del capítulo de los impuestos sobre el Lujo que han venido gravando el consumo suntuario en todo el territorio nacional desde el momento de su origen. Tal justificación no sería sin embargo suficiente, pues existe una perfecta identidad jurídica entre los impuestos de tabacos y petróleos según la evolución antes expuesta deja patente y la única diferencia anotada, o sea la de que el subsidio empezó exigiéndose en todo el territorio nacional, nada añade en contra por la fundamental razón de que ya tal diferencia es precisamente efecto y no causa, pero además porque según hemos hecho notar, al pasar el subsidio a integrarse

definitivamente en la imposición sobre el consumo se produce también una alteración en su naturaleza jurídica. Trátase de impuestos de igual naturaleza, o sea impuestos sobre el consumo, a lo cual no es obstáculo su clasificación dentro de los apartados que se refieren al lujo o a otras de las categorías clasificatorias adoptadas por sus normas reguladoras pues como ya se dijo el Lujo no es un presupuesto objetivo de imposición y dentro de su razón tributaria, como de todas las demás, se halla un conjunto de impuestos diferentes con otros tantos presupuestos de hecho gravando el consumo de diversos artículos, ya sea por la simple razón económica de su simple gasto o utilización, ya porque esta se considere suntuaria; pero se trata de tributos diversos con la misma naturaleza y características, lo cual, naturalmente, es de predicar también de los que gravan los productos petrolíferos y los tabacos; y alguna más, aplicable específicamente a estos dos y absolutamente relevante a nuestro efecto porque ambos recaen sobre artículos sobre los que existe un monopolio fiscal, ambos gravan el consumo de productos monopolizados y se recaudan del consumidor por medio de la compañía concesionaria del monopolio según lo prescrito por las bases de su explotación,¹ razón por la cual las tarifas del impuesto vienen calificándolos últimamente como «productos en régimen especial».² La circunstancia de gravar el consumo del producto monopolizado ni siquiera viene desvirtuada en cuanto a los tabacos por las normas reglamentarias del impuesto, que establecen de modo general la repercusión legal y señalan que gravan al consumidor aunque se recauden de otras personas.³ Por último, la circunstancia de venir incluidos en los impuestos sobre el Lujo o el Gasto (hoy, especiales), intranscendente jurídicamente como hemos dicho, no ha sido parte a establecer idéntica discriminación dentro de los impuestos sobre el petróleo, toda vez que, pese a haber sido imputada a Lujo la imposición sobre el super-

¹ V. antes y en Monopolio de Tabacos.

² Cfr. pág. 216, nota 1.

³ Art. 4 del Rgto. cit. de 6 junio 1947. Grava al consumidor, «aunque se recaude por el comerciante o industrial que facilite el consumo o preste el servicio...» «...el detallista queda autorizado para englobar el importe del impuesto en el precio de venta del artículo gravado».

carburante según vimos, ello no ha determinado la extensión del mismo a Canarias. La única razón válida que para la diferencia podría aducirse sería la de que mientras el monopolio de petróleos alcanza a todas las fases industriales y comerciales de estos productos, el de tabacos se refiere solamente a su distribución y consumo y no a la fabricación; sin embargo, ya hemos visto que el presupuesto objetivo del tributo lo constituye el consumo lo mismo que en aquél otro y de idéntica manera se configura su exacción, encomendándola a la compañía administradora del monopolio, que lo recauda al vender los artículos; la diferencia en el régimen de exacción se limita a los territorios ajenos al monopolio de tabacos y sin una razón jurídica válida. Esta se halla exclusivamente en los preceptos positivos que, en lo que respecta a los petróleos, se han referido siempre al ámbito del monopolio como límite a la aplicación del impuesto especial de consumo, mientras que los que han regulado el de tabacos (tanto cuando se incluía en el subsidio como cuando se integró en la imposición sobre el Lujo) no han establecido tal limitación sino que prescribiendo la aplicación general de ese grupo de tributos en todo el territorio incluso Canarias, ninguna salvedad hicieron que se refiriese concretamente al que grava el tabaco, pese a hacer referencia a su régimen especial de exacción.

No obstante, existe una misma razón jurídica de obligación o de exención y ello fuerza a poner en tela de juicio el distinto régimen que las normas positivas han seguido. Si el art. 2 de la Ley de Puertos Francos de 1900 en relación con las normas reguladoras de la extensión del monopolio tuvo la virtualidad precisa para eximir al territorio del Archipiélago de la aplicación de los impuestos especiales sobre los productos petrolíferos, la misma debió tener en cuanto a los sometidos al monopolio de tabacos; o viceversa: si por tratarse de impuesto especial no incluido en el régimen del monopolio pudo aplicarse el de tabacos, asimismo debió serlo el de petróleos.

Nos parece no obstante que actuó la legislación reguladora de este de modo más consecuente con los principios, puesto que aquél precepto de la Ley de Puertos Francos, si bien se limitó a eximir de la aplicación de los monopolios, se hallaba no obstante inserto en un sistema de exención de la imposición sobre el consumo se-

gún más atrás se vió con detalle y por ello lo que sin duda pretendía era eximir también a las zonas privilegiadas del impuesto sobre el consumo incluido en los precios de los artículos que en esa fecha se hallaban monopolizados, ya que para entonces, según la técnica aplicada al hacerlo, no era fácil concebir que al margen del monopolio se desarrollase un impuesto paralelo como después ha ocurrido.

Las disposiciones posteriores completan el cuadro de la evolución positiva de este tributo, a cuyos caracteres jurídicos sin embargo nada añaden de relieve.

La Ley de 31 diciembre de 1942 introduce algunas modificaciones en la Contribución de Usos y Consumos y entre ellas, eleva los tipos de gravamen sobre las labores de tabacos de la Península e Islas Canarias del 20 al 30 por ciento y en las importadas al 50 por ciento (art. 12).

El Decreto de 6 de junio de 1947 aprueba el Texto Refundido del Libro V de la Contribución de Usos y Consumos de Lujo.¹ La Ley de Presupuestos de 19 diciembre de 1951, art. 17, autoriza al Ministro de Hacienda para introducir ciertas modificaciones en esta Contribución, entre ellas, nuevas tarifas para el Impuesto sobre el Petróleo y sus derivados (ya anotadas) y en los de Consumos de Lujo autoriza asimismo para establecer conciertos con los organismos económicos que representen a los contribuyentes sujetos en aquéllos casos en que por la índole especial del artículo ofrezca dificultades notorias para su fiscalización, y autoriza también para elevar tarifas, entre ellas las del epígrafe 14 (Tabacos).²

El Decreto de 21 diciembre de 1951 modifica algunos preceptos reglamentarios a consecuencia de las autorizaciones de la Ley

¹ Comprende los reglamentos del Impuesto de Consumos de Lujo y del Impuesto sobre el uso de Cajas de seguridad. Las tarifas del impuesto sobre el tabaco se fijan así: Sobre el valor de venta al público de cada unidad. Labores peninsulares y de Canarias, 30 por ciento. Labores importadas, ya sean de venta en comisión o de compra directa (tabaco rubio, de Habana, etc.), 50 por ciento.

² Las establece así: Se elevará el impuesto en la forma siguiente: a) Cigarros Faria, en 20 cts. por unidad. b) Id. Marca Chica, en 15 íd. c) Entrefinos cortados, en 10 íd. d) Cigarrillos rubios de importación, al 100 por ciento de su precio de venta al público.

precedente y entre ellas fija las tarifas del impuesto sobre el tabaco.¹ El Decreto de 7 marzo de 1958 aprueba unas nuevas tarifas para aplicación del Impuesto sobre el Lujo, usando la autorización del art. 79 de la Ley de 26 diciembre de 1957² y entre ellas, formando parte de la Tarifa 1.^a, «Productos en régimen especial» (sólo contiene tabacos y supercarburante), el Epígrafe 1, Tabacos, contiene las tarifas completas de este impuesto³, tal como han seguido aplicándose. Sin embargo, una última disposición legislativa tiene singular relieve, en cuanto ha venido a reconocer expresamente que las singularidades tributarias no siempre constituyen un privilegio histórico o de puro derecho positivo, sino que suelen obedecer a razones económico-sociales o geográficas que en ocasiones las hacen necesarias: el preámbulo del Decreto Ley de 18 de mayo de 1961 comienza diciendo que «Las peculiares condiciones en que se desenvuelve la actividad económica en las Islas Canarias han determinado en ocasiones modalidades especiales en el régimen tributario aplicable a aquel territorio». Estas peculiaridades, originadas principalmente por la Geografía, sin duda determinaron efectos tales al aplicarse algunos epígrafes del impuesto sobre el tabaco, que fueron bastante a provocar la promulgación de este Decreto Ley, que reduce de modo decisivo la tarifa sobre los cigarrillos rubios importados en las Islas Canarias por las razones paladinamente expuestas en los restantes apartados del citado preámbulo.⁴ Del 100 por ciento con que se venían gravando

¹ Señala y aplica los porcentajes de aumento de la nota anterior.

² Acerca de su legalidad, véase lo dicho al tratar de la Patente.

³ Sobre el valor de venta al público, por cada unidad, se aplicarán los tipos siguientes: Cigarrillos de Canarias, 33 por ciento. Cigarros de Canarias, 27 por ciento. Id. peninsulares Farias, 47'50 por ciento. Id. Peninsulares Marca Chica, 56'40‰. Cigarros peninsulares entrefinos cortados, 58‰. Las demás labores peninsulares y de Canarias, 43'125‰. Labores importadas, ya sean de venta en comisión o de compra directa, con excepción de los cigarrillos rubios y labores de tabaco torcido habano, 71'875‰. Cigarrillos rubios de importación, 100‰. Labores de tabaco torcido habano, 55‰.

⁴ Sigue diciendo: «Por lo que al tabaco se refiere, las vigentes tarifas del Impuesto sobre el Lujo establecen tipos de gravamen especiales para los cigarros y cigarrillos producidos en aquéllas Islas, más reducidos que los que se aplican a las labores peninsulares y las de importación, cuyos tipos impositivos llegan a alcanzar

todos los cigarrillos rubios de importación, los que sean importados en las Islas Canarias tributarán solamente al 33 por ciento, es decir, al mismo tipo que los cigarrillos de fabricación canaria.

D) *Las tasas y exacciones parafiscales*

Ya dijimos que, aunque difícil, no resultaba imposible hallar ejemplos de excepciones canarias al régimen general en este apartado. La más relevante es, sin duda, la llamada «Exacción sobre la gasolina en Canarias».¹

1.—La exacción sobre la gasolina en Canarias

La primera duda que se plantea aquí (y no son pocas las que surgen en relación con esta llamada exacción) es de carácter sistemático, puesto que acaso el lugar adecuado se hallaría entre los impuestos y, probablemente, al tratar de los que gravan el petróleo.

hasta el 100 por 100 para los cigarrillos rubios importados. El elevado gravamen sobre esta última clase de labores ha determinado en las Islas Canarias un incremento extraordinario en la introducción clandestina de cigarrillos rubios, que compete muy ventajosamente en el mercado interior con las producidas en el archipiélago y hace imposible la importación legal de tabaco rubio. Para evitar en lo posible esta competencia desleal se considera oportuno establecer inmediatamente, al igual que anteriormente se hizo con otras labores insulares, una reducción del tipo impositivo que grava los cigarrillos rubios importados en aquellas Islas, en cuantía semejante a la que rige actualmente para los que allí se producen». En cuanto al gravamen en general de arts. importados en Canarias, véase lo dicho más atrás en los Impuestos sobre el Lujo.

¹ Según antes se ha indicado, la Ley de 28 enero de 1960, sobre régimen financiero de los Puertos españoles, puede ser origen de especialidades en la materia de Tasas. Su disposición Adicional establece: «Esta Ley sera de aplicación a los Puertos regidos por Juntas y Comisiones Administrativas, teniendo la consideración de puertos (incluidas instalaciones marítimas y portuarias en régimen de concesión) los lugares definidos como tales en la Ley de Puertos. No obstante, el Gobierno queda autorizado:... Tercero: Para establecer por Decreto, a propuesta del Ministro de Obras Públicas, las modalidades peculiares, complementarias de esta Ley, aplicables a los Puertos de Ceuta, Melilla y Archipiélago Canario».

Ello puede acaso determinar, según hemos dicho, singularidades en ciertas exacciones cuales los llamados Arbitrios por Servicios Indirectos, que tienen naturaleza de Tasa Fiscal, etc.

Quizá ni siquiera así se esclarecerían algunas de sus oscuras cuestiones. Esto último y la calificación normativa que se le ha dado nos ha inducido a traerla a éste lugar, y no porque esa calificación responda claramente a la naturaleza del tributo.

A la luz de los principios jurídicos, nada aparece diáfano en cuanto al mismo: ni su origen, ni su evolución, naturaleza verdadera y ni siquiera el auténtico alcance y circunstancias de su normativa. Orgánicamente, acaso sea uno de los fenómenos más extraños que puedan hallarse en nuestro sistema, y todo en él aparece determinado por criterios de oportunidad y no de rigor jurídico-impositivo. Hasta su misma regulación actual, una más de las normas encajadas en el marco de legalidad de la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales a lo largo de la carrera de Decretos convalidatorios que se produjo a su entrada en vigor, y otro entre los ejemplos que esos Decretos ofrecen en cuanto a rigor jurídico-tributario en el nacimiento de exacciones y su calificación impositiva.¹

¹ Acaso fuese interesante realizar un estudio pormenorizado de todos los Decretos de convalidación a la luz de los principios del Derecho Fiscal. Antes de comenzar su promulgación, F. Vicenta Arche (Notas de Derecho Financiero a la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales —R.A.P. n.º 29— págs. 377 sigts.) ya había advertido el fenómeno y sus riesgos. La tributación con arreglo a Ley, y por ende también la tributación por tasas, se basa en el art. 9 del Fuero de los Españoles. La ley de Tasas prescribe la supresión de las que no hayan sido establecidas (antes de su vigencia) por una Ley, a no ser que se convaliden. El art. 3 de esa Ley debe considerarse como desarrollo del 9 del Fuero. Pero, por el contrario, no parece posible considerar vigente el principio de legalidad tributaria en cuanto a las exacciones parafiscales, por tratarse de deducciones establecidas al margen del sistema tributario. Si las tasas establecidas por normas con rango inferior a Ley constituyen violaciones al principio de legalidad, no ocurría otro tanto con las exacciones parafiscales establecidas por D.D. ú O.O.M.M. (el principio de legalidad se refiere a los tributos y las exacciones parafiscales no lo son). Pero a partir de la vigencia de la Ley de 26 diciembre de 1958, estas exacciones han quedado equiparadas a los tributos a efectos de su establecimiento por Ley (arts. 3 y 5). Sin embargo, el propio autor señala que de la Ley no es posible obtener notas distintivas que realmente diferencien las tasas de las exacciones parafiscales, las cuales por ello, con arreglo a un criterio formal —y no sólo sustancial— aparecen configuradas como tributos (de aquí que después las asimile). La califica de figura anómala e imperfecta, al igual que en todos los ordenamientos que la conocen. Cita la Exposición de Motivos de la Ley: «Dentro de ellas encontramos figuras económico-fiscales que van desde los impuestos especiales y los llamados impuestos con especial afectación, hasta figuras que

a) *Origen y evolución.*—Es bastante curiosa la historia de esta exacción que podríamos de entrada calificar como impuesto de consumo porque, pese a lo que hoy pudiera parecer según su denominación legal, en sustancia trátase más bien de un impuesto.¹

Según el Decreto de convalidación, de 4 febrero de 1960, Disposición Final 2.^a, se está convalidando «el impuesto» (sic) creado por R. D. L. de 7 de enero de 1927 así como en el R. D. de 3 de julio de 1930. La locución ya parece bastante extraña, porque cho-

se confunden con las tasas, tomando este término en sentido estricto». En estricta relación con el principio constitucional de legalidad tributaria se hallan las normas de la Ley sobre la convalidación de tasas y exacciones para fiscales existentes, contenidas en las disposiciones transitorias. La primera de ellas establece: «Las tasas y exacciones parafiscales actualmente existentes que no hubieran sido establecidas por una Ley quedarán suprimidas a no ser que se convaliden con o sin modificación en el plazo de seis meses contados desde la entrada en vigor de esta ley». De nuevo se observa una infracción del ordenamiento constitucional al fijar la transitoria 2.^a el procedimiento de convalidación, que se hará según ella por Decreto, el cual regulará todos los puntos establecidos en los arts. 5 y 6. Pero por disposición administrativa con rango de Decreto no puede regularse la materia financiera, y en especial la tributaria. Este sistema de convalidación supone incurrir en el mismo vicio de nulidad de las normas que instauraron las tasas y exacciones parafiscales que se pretende convalidar. Respecto a las tasas (sobre todo estas, por ser tributos) y exacciones parafiscales existentes con anterioridad a la Ley de 1958 y no establecidas por Ley, más que de convalidación debe hablarse de creación, pues no se convalida lo que no existe e inexistentes hay que estimar en nuestro ordenamiento a las tasas y exacciones parafiscales establecidas por normas con rango inferior a Ley. Si deben quedar convalidados, ello no puede hacerse sino a través de la Ley. Lo contrario equivale a perpetuar la inexistencia en nuestro Ordenamiento de todo un conjunto de tasas y exacciones parafiscales. Las tasas existentes que hubiesen sido creadas por Ley seguirán reglándose por las normas reguladoras de su régimen peculiar (Adicional 1.^a).

¹ No es preciso insistir demasiado en la diferencia, desde el punto de vista jurídico-tributario (no el económico-financiero que como es sabido presenta matices diferenciales, si bien tampoco ellos supondrían alteración de lo que se dice). La principal analogía es que una y otra figura son dos formas distintas de tributos (detracción coactiva del Estado sobre las economías particulares) como la doctrina había señalado y fue establecido en nuestro Derecho por la Ley de Tasas primero y la Ley General Tributaria después. La distinción resulta hoy del art. 26 de esta última: La única razón del impuesto es la potestad impositiva de los Entes Públicos. En la Tasa, la detracción se produce a consecuencia de la utilización del dominio público o de una prestación que se reflera, afecte o beneficie al obligado.

ca un poco que precise de convalidación por Decreto al amparo de la Ley de Tasas, un impuesto establecido por Decreto Ley con su correspondiente desarrollo reglamentario; si se trata de un impuesto legalmente establecido, como de esa frase parece deducirse, su lugar no está entre los tributos a convalidar al amparo de la dicha Ley de Tasas y Exacciones parafiscales, puesto que los impuestos tenían ya su lugar o debían tenerlo en el Ordenamiento tributario y para nada precisaban de la convalidación.

No obstante, la propia Disposición final tímidamente apunta la razón: «...queda derogado específicamente el Acuerdo del Mando Económico del Archipiélago Canario por el que se elevó el impuesto creado por R. D. L. de 7 de enero de 1927, así como el R. D. de 3 de julio de 1930». Veamos, pues, como nació exactamente esta exacción.

El R. Decreto Ley de 7 de enero de 1927¹ suprime «provisionalmente» en las Islas de Tenerife y Gran Canaria la aplicación del «impuesto» de rodaje establecido por el R. D. L. de 26 de julio de 1926 y en sustitución del mismo «autoriza» el de 8 céntimos por litro de gasolina «consumida» por los elementos de transporte mecánico. Ya es curioso también el nacimiento de este impuesto, en sustitución de otro de características diferentes, sustitución que se ha tenido muy en cuenta a efectos económicos puesto que se ordena vigilar sus rendimientos comparándolos con lo que hubiera podido obtenerse del de rodaje (art. 5). Sin embargo, su naturaleza es diferente puesto que el que se implanta grava el consumo, tal como expresamente dice el art. 3 y resulta de sus propias características. Porque es sabido que la razón económica o política del tributo afecta solamente al legislador y una vez creado ha de estarse a la naturaleza que resulta de su regulación, y aquí precisamente nos hallamos ante un impuesto sobre el consumo de la gasolina, cuyo ámbito territorial se circunscribe a Canarias, independientemente de que haya o no sustituido a otro impuesto o tasa de rodaje. El efecto de esa regulación ha sido una divergencia en

¹ El autor citado señala que en materia de tributos con destino determinado puede sostenerse que el principio de legalidad se extiende también a la aplicación concreta que haya de darse al producto de los mismos, que por ello debe fijarse en su Ley instauradora si bien su desarrollo sea propio del Reglamento.

la evolución de ambos, puesto que el de rodaje peninsular, por diversos caminos siguió la suerte de la Patente Nacional y el Impuesto sobre el Petróleo, mientras que en las Islas permanecía aquél autónomo y distinto. Aquí surge la primera dificultad, puesto que desde su mismo origen este impuesto viene a gravar en Canarias un artículo monopolizado en la Península con todas las consecuencias que este hecho comporta, ya señaladas anteriormente.

Además de esa primera caracterización, este impuesto presenta otros perfiles singulares:

En primer lugar, se trata de un impuesto con destino determinado.¹ Así se desprende del art. 4 del citado R. D. L., en el cual se

¹ Art. 1.—El servicio de reparación y conservación de carreteras, encomendado en la Península al Patronato del Circuito de Firms Especiales, correrá en las Islas de Tenerife y Gran Canaria a cargo de las Sociedades denominadas Automóvil Club. 2.—El expresado servicio se realizará bajo la inmediata inspección de las Jefaturas de Obras Públicas correspondientes, con sujeción a las instrucciones que se dicten por el Ministerio de Fomento —Art. 3.—Queda suprimida provisionalmente en las mencionadas Islas la aplicación del Impuesto de rodaje establecido por el R.D.L. de 26 de julio último (1926) autorizándose en su sustitución el de 8 céntimos por litro de gasolina consumida por los elementos del transporte mecánico, verificándose el cobro del mismo por los Cabildos Insulares. Art. 4.—El importe del anterior impuesto se distribuirá entregándose a los Automóviles Clubs el 65 % y reservándose el 35 % restante para dichos Cabildos, los cuales vendrán obligados a invertirlo en la conservación y reparación de los caminos a su cargo. Art. 5.—Las Jefaturas de Obras Públicas revisarán semestralmente los resultados del impuesto sobre la gasolina, comparando su producto con el que se hubiera obtenido aplicando el de rodaje. Art. 6.—En tanto se dicten las disposiciones a que hace referencia el art. 2, podrán los Clubs realizar los trabajos de conservación, dando previamente cuenta de ellos a la respectiva Jefatura de Obras Públicas; pero los de reparación no podrán llevarse a cabo sin la aprobación del correspondiente proyecto. Art. 7.—Trimestralmente remitirán los Clubs a la Jefatura correspondiente la documentación de gastos, ajustada en lo posible a la vigente para el servicio de Obras Públicas.

La R. O. de 10 diciembre 1929, aclaró la de 3 febrero 1928, en el sentido de: eximir del pago de la Tasa (impuesta a los Ayuntamientos para el Patronato de Firms Especiales) a los Ayuntamientos de Baleares y Canarias, Ceuta y Melilla; determinar las circunstancias que deben concurrir en los Ayuntamientos para que nazca en ellos la obligación de contribuir por la Tasa.

Es útil traer a colación ciertas *disposiciones originarias de la Patente Nacional*, pues en sus orígenes parece existir gran concomitancia entre todos estos tributos, y del parangón de estas disposiciones pueden extraerse conclusiones interesantes. La Ley de 22 junio de 1932 dicta las normas para *distribuir las participaciones*

establece que se destinará a la conservación y reparación de carreteras; en consecuencia, el 35 por ciento lo retienen los Cabildos para este fin en los caminos a su cargo y el 65 por ciento se entregará a los Automóvil Club de las Islas, encargados de aquéllas atenciones en las carreteras nacionales (se sobreentiende) por el art. 1, papel que en la Península se atribuye al Patronato del Circuito de Firms especiales.

La singularidad más notable es que no viene precisado si se trata de un impuesto estatal o local, ni se designa por tanto el órgano ordenador y gestor ni tampoco en qué presupuestos debe ingresarse y contabilizarse. Es cierto que el art. 3 dispone que se verificará «el cobro del mismo por los Cabildos Insulares» y el 4,

en los rendimientos de la Patente entre el Estado, los Ayuntamientos y las Diputaciones, y en dichas normas se establece asimismo la participación de los Cabildos y Diputaciones de Canarias. No podemos olvidar que en *la Patente se incluyó la «tasa de rodadura»* creada por el D.L. de 26 de julio de 1926 con destino a nutrir los fondos del Patronato de Firms especiales (ver página 202, nota 1), es decir, *la misma tasa que, para Canarias, se sustituyó por el impuesto de 8 cts. por litro de gasolina*. Como la disposición que creó la Patente Nacional es posterior en fecha a la que originó este impuesto, hay motivos más que suficientes para pensar que, puesto que se extendió a Canarias, debió absorber también el impuesto de que tratamos y que este fue después resucitado en los momentos ulteriores a que se hace referencia en el texto. La Ley citada de 1932 establece: el total recaudado en cada semestre se distribuye: 50 % al Estado; 35 % a distribuir entre los Ayuntamientos y el 15 % a las Diputaciones. (Ayuntamientos, los que tuviesen arbitrios antes de la Ley y lo solicitasen). El 15 % que ha de distribuirse entre las Diputaciones y Cabildos de Canarias, se divide en dos porciones iguales: la 1.^a, dividida por el total de kms. de carreteras y caminos vecinales a su cargo, dará el coeficiente por km. La 2.^a, por n.º de automóviles matriculados en las provincias de régimen común. Según la transitoria segunda, *Mientras subsistan las Juntas Administrativas de O. P. de Tenerife y Las Palmas se abonará a cada una de ellas, en concepto de participación en la Patente Nacional, la cantidad que resulte de multiplicar el n.º de tales vehículos matriculados dentro de la respectiva jurisdicción por el coeficiente que se obtenga de dividir el importe del 25 % del rendimiento de la dicha Patente en la totalidad de las provincias de régimen común, que estaba destinado al suprimido Patronato de Firms Especiales, entre todos los automóviles matriculados en esas mismas provincias. Las sumas que a tenor de esta disposición sean abonadas a las referidas Juntas serán deducidas de la participación del Estado en el rendimiento de la Patente*. Esta disposición parece confirmar lo dicho acerca de que la Patente sustituyó también a este tributo especial.

que el importe se distribuirá entre esos Entes y los Automóviles Clubs en la proporción señalada; los 2 y 7 establecen una fiscalización de las Jefaturas de Obras Públicas, pero se refiere al servicio de reparación de carreteras y a la documentación de gastos, es decir, al resultado económico de ese mismo servicio, no, por tanto, a la gestión del tributo. Esta queda por consiguiente sin regulación expresa. Lo bien cierto es que a la Hacienda del Estado no se le señala intervención específica y a la local únicamente se le atribuye la competencia para el cobro que, lógicamente, había de ser total, pues es impesable que se otorgasen tácitamente funciones fiscales a entidades particulares cual el Automóvil Club. Parece pues natural que los Cabildos fuesen quienes ordenasen y gestionasen el tributo, distribuyendo más tarde sus rendimientos y contabilizándolo en sus presupuestos, no en los del Estado. He aquí pues el singular efecto: tributo con destino determinado, creado directamente por el Estado pero que se organiza y vive como local y singular del Archipiélago canario.

Veamos cómo ha evolucionado.

El Decreto de la Presidencia de 8 julio de 1940¹ crea la Comisaría de Carburantes Líquidos (suprimida luego por D. de 23 septiembre 1946)² con amplias facultades de intervención para la regulación del consumo de estos productos. No se le atribuyen sin embargo potestades fiscales en orden a la creación o modificación de tributos, si bien las circunstancias que motivaron la creación de ese órgano habían de determinar a su vez el nacimiento paralelo del llamado impuesto transitorio de restricción sobre la gasolina, como ya dijimos. En este orden de disposiciones (de intervención administrativa, no fiscales), el Decreto de 6 de noviembre de 1947³

¹ V. Impuesto de petróleos.

² Idem. Idem.

³ Se extiende la restricción en el consumo de carburantes líquidos a las Islas Canarias, Melilla, Ceuta y Zona del Protectorado, encargándose de llevar a cabo aquélla en Canarias El Capitán General del Archipiélago y en Marruecos el Alto Comisario de España, quienes adoptarán las medidas oportunas para su implantación, formulando mensualmente a la Comisaría de Carburantes Líquidos las peticiones de productos petrolíferos con que atender a las necesidades tanto civiles como militares de las respectivas zonas, así como las cantidades de reserva que esti-

extiende a las Islas Canarias, Ceuta, Melilla y Zona del Protectorado (es decir, el territorio no comprendido en el Monopolio de Petróleos) la restricción en el consumo de carburantes líquidos. Tampoco en este Decreto aparece ninguna norma fiscal, pues se refiere a la intervención para la regulación de la producción y el consumo. El Art. 1 establece que en Canarias se encargará de llevar a cabo aquélla el Capitán General del Archipiélago y en Marruecos, el Alto Comisario, quienes «adoptarán las medidas necesarias para su implantación»; tampoco se desprende potestad o prerrogativa alguna de carácter fiscal. La atribución en cambio de las potestades de intervención es consecuencia de dos Decretos, los *de 15 de agosto y 27 de septiembre de 1941*, previos al comentado y de singular importancia a nuestro objeto: *estos Decretos organizaron el llamado Mando Económico de las Islas Canarias* y concretaban las atribuciones que en su ejercicio se asignaban al Capitán General de Canarias. *Estas dos disposiciones no fueron publicadas en el Boletín Oficial*, mas vinieron aplicándose hasta su derogación por el Decreto de 7 de febrero de 1946.¹ La no publicación de las prime-

men necesarias para que la Comisaría autorice y ordene los suministros. Art. 2.—La Comisaría de C. L. intervendrá toda la producción de estos, ya sean obtenidos partiendo de primeras materias nacionales o bien importadas y las instalaciones de almacenamiento o manipulación que radiquen en la Península, Islas Baleares, Islas Canarias y plazas de soberanía en África. Art. 3.—Las empresas y particulares afectados por esta intervención quedan obligados a cumplir las medidas que la Comisaría dicte encaminadas a esta intervención, a efectuar las entregas de productos que está les ordene y a las comprobaciones y vigilancia que estime oportuno ejercer por medio de agentes nombrados a tal fin.

¹ D. 7 febrero de 1946. Restablece el régimen económico normal en el Archipiélago Canario.—Preambulo: Por D.D. de 5 agosto y 27 septiembre de 1941 se dictaron normas de carácter transitorio exigidas por las circunstancias especiales existentes en el Archipiélago Canario, Organizando el Mando Económico en dichas Islas y concretando las atribuciones que, al ejercer dicha función, se asignaban al Capitán General de Canarias. Modificadas fundamentalmente aquellas circunstancias, y aunque la labor realizada por el Mando Económico es digna de todo elogio, se considera conveniente dar por terminado este régimen especial, restableciendo la normalidad económica en el citado territorio.—Art. 1 Quedan *derogados los Decretos reservados* de esta Presidencia del Gobierno de *5 de agosto y 27 de septiembre de 1941*, así como las disposiciones concordantes dictadas con posterioridad, cesando, por tanto, el Capitán General de Canarias en el ejercicio del Mando Económico del Archipiélago Canario.—Art. 2. Se restablece en las Islas Canarias el régimen eco-

ras consta expresamente en el art. 1 del último: «Quedan derogados los Decretos *reservados* de esta Presidencia del Gobierno de 5 agosto y 27 de septiembre de 1941, así como las disposiciones concordantes dictadas con posterioridad, cesando, por tanto, el Capitán General de Canarias en el ejercicio del Mando Económico del Archipiélago Canario». Tampoco de esta última disposición se desprende indicio alguno acerca de una atribución de potestades tributarias al Mando Económico, cosa por otra parte imposible por medio de disposiciones sin rango legal y menos, no habiendo recibido publicación oficial.

No obstante, parece que dichas potestades tributarias se ejercitaron realmente y precisamente en materia de reserva legal cual la de elevación de tipos, aunque debemos confesar nuestro desco-

nómico normal anterior a la fecha de las disposiciones mencionadas, volviendo los servicios y organismos entonces existentes y que no hayan sido suprimidos en el resto del territorio nacional por disposiciones de tipo general, a actuar bajo la dependencia de las autoridades centrales y provinciales correspondientes, de acuerdo con la legislación actualmente en vigor.—Art. 3. Los Gobernadores Civiles de las Provincias de Tenerife y Las Palmas que, como delegados de la Comisaría General de Abast. y Transportes, han de hacerse cargo de los correspondientes servicios en el Archipiélago, se atenderán a las instrucciones de detalle que, en relación con los mismos, serán dictadas por el Comisario General ajustándose a la legislación vigente y a la finalidad de mantener sin solución de continuidad el abastecimiento del territorio. Por lo que se refiere al comercio exterior, la Delegación de comercio en las Islas se atenderá a las órdenes que reciba de los organismos competentes del Ministerio de Industria y Comercio.—Art. 4. En plazo de un mes los servicios a que se refiere este D. quedarán restablecidos en toda su normalidad, en la forma que en los arts. anteriores se establece. Dentro de dicho plazo, el Capitán General de Canarias ordenará la entrega a los respectivos Gobernadores Civiles, como Delegados de los servicios centrales en aquéllas provincias, de los recursos de toda índole existentes, procedentes de la actuación del Mando Económico, así como de la documentación expresiva de las operaciones realizadas y de los compromisos adquiridos.—Art. 5. El Cp. Gral. de Canarias, al que queda encomendada la ejecución de lo que en este D. se dispone, dará cuenta de su cumplimiento a la Presidencia del Gobierno. Efectuadas las entregas a que se refiere el art. 4, los Gobernadores Civiles darán, a su vez, cuenta detallada de las mismas a los Departamentos Ministeriales afectados, de los que recibirán las pertinentes instrucciones. Art. 6. Por la Presidencia del gobierno y los Ministerios correspondientes se dictarán las disposiciones complementarias conducentes al cumplimiento de cuanto en este D. se dispone.

nocimiento acerca de la razón y regulación de su empleo.¹ Aquello viene dicho de modo expreso «a posteriori» en el D. De 4 de febrero de 1960, de convalidación, en la disposición Final 2.^a: El presente Decreto entrará en vigor... y desde esta fecha queda derogado específicamente el *Acuerdo* del Mando Económico del Archipiélago Canario por el que se elevó el impuesto creado por R. D. L. de 7 enero de 1927, así como el R. D. de 7 de junio de 1930.² De aquí resulta que la elevación de este llamado impuesto (inicialmente de 8 céntimos por litro) tuvo lugar en virtud de un simple acuerdo del Mando Económico, y sin duda así siguió aplicándose hasta su convalidación por el Decreto referido.

b) *Naturaleza*.—Ya se apuntó que la primera duda se planteaba en orden a la convalidación, si es que efectivamente se trataba de un impuesto; a este obstáculo acude la disposición citada (contradictoria en esto consigo misma) llamando «exacción» sin especificar más (art. 1) a lo que luego llama impuesto en la disposición final. El genérico y poco preciso nombre de exacción sigue administrándose hasta la saciedad y la reiteración en el Decreto mencionado, casi en cada artículo y cada párrafo.

Parece sin embargo evidente que lo primero que debió resolver fue la naturaleza del tributo, presupuesto insoslayable de su convalidación, y ello aunque no desease entrar en el más arduo problema de su legitimidad, y no ya a la luz de la Ley de Tasas sino del Ordenamiento General Tributario aplicable a Canarias tal como aquí se está considerando. Pero debió esclarecer la naturaleza específica de esa llamada exacción, puesto que la Ley de 26 diciembre de 1958 circunscribe su ámbito de aplicación a las Tasas y Exacciones parafiscales (art. 1) y para nada se refiere a los impuestos, que ya tienen su propia articulación en el Sistema Tributario.³

¹ En esta materia la investigación es por fuerza vacilante en orden a las fuentes normativas, al no haber sido las mismas publicadas. Por otra parte, derogadas hace tiempo, no es fácil hallar datos orientadores acerca de su aplicación y la ordenación y gestión del tributo, lo cual exigiría una busca en archivos de diversas dependencias, de no fácil acceso en ocasiones y quizá con dudosos resultados ya que, evidentemente, lo esencial son aquéllas fuentes para el fin aquí perseguido.

² Este R. D. de 3 julio de 1930 no aparece en el Alcubilla. Al menos lo hemos buscado infructuosamente.

³ Véase art. 1 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 julio de 1911.

ni tampoco a los tributos de los Entes Locales, expresamente excluidos por el art. 2. La determinación previa se planteó sin duda para el Decreto comentado exclusivamente respecto de la alternativa entre tasa y exacción parafiscal, y como es obvio que no podía encajar en la definición de la primera dada por la Ley ni en las suministradas por la doctrina,¹ dicha alternativa ofrecía la única y fácil solución de que se trataba de una exacción parafiscal (de ahí la reiteración del término) la cual sin embargo vendría calificada por una sola de las notas que la norma emplea en su dificultosa definición, o sea la de no figurar en los presupuestos generales del Estado.² Sin embargo, resulta ya bastante dudoso que al menos en parte no le sean aplicables las normas que regulan los impuestos del Estado, sobre todo teniendo en cuenta que en el D. L. de su

¹ Cfr. el párr. 1.º del citado art. 1: «Se considerarán tasas las prestaciones pecuniarias legalmente exigibles por la Administración del Estado, Organismos Autónomos, Entidades de Derecho Público, Funcionarios públicos o asimilados como contraprestación de un servicio, de la utilización del dominio público o del desarrollo de una actividad que afecte de manera particular al obligado».

² Cfr. párr. 2 del art. 1: «Se considerarán exacciones parafiscales los derechos, cánones, honorarios y demás percepciones exigibles por la Administración del Estado y por los Organismos y personas citados en el párrafo anterior, que no figuren en los presupuestos generales del Estado ni les sean aplicables, en todo o en parte, las normas que regulan los impuestos de la Hacienda Pública y que se impongan para cubrir necesidades económicas, sanitarias, profesionales, o de otro orden». Como señala F. Vicente-Arche (Art. cit.) en la definición de exacción parafiscal la Ley consagra la anarquía e imprecisión terminológica propias de la falta de técnica de algunas de nuestras leyes financieras y administrativas. Critica las notas que, según la Ley, las diferencian de los tributos: no figurar en Presupuestos del Estado, inaplicabilidad de normas que regulan los impuestos de la Hacienda Pública, y (el jurídicamente irrelevante de los motivos) financiación de necesidades económicas, etc. Llega a una conclusión negativa en cuanto a su definición y la de la tasa: su inclusión en el art. 1 debe considerarse como un defecto de técnica legislativa. Otra conclusión sería la de que la ex. parafiscal se define también por sus caracteres negativos: será tal que no pueda definirse como impuesto ni como tasa (conclusión a que parece llegar Oliart) pero, añadimos, no pueda definirse como impuesto ni tasa caso de que proceda su inclusión en el ámbito de la Ley, que es lo que respecto al D. de 1960 se ha planteado. Vicente-Arche llega a la conclusión de que el principio de legalidad financiera no es aplicable a la exacción parafiscal (a efectos de convalidación) si bien desde la Ley de Tasas han quedado equiparadas a los tributos a efectos de su establecimiento por Ley.

creación se la calificó de modo terminante como impuesto. Y lo que es más importante, lo que el Decreto debió inexcusablemente analizar y determinar, es que ese impuesto o exacción no venía excluido del ámbito de la Ley de Tasas y constituía verdadera exacción parafiscal y no un tributo de las Haciendas Locales, pues en este supuesto de ningún modo hubiese podido convalidarse al amparo de dicha Ley. Únicamente en el caso contrario habría ello procedido y en tal caso nos hallaríamos ante un supuesto de exacción creada por norma con rango de Ley, a que alude el art. 6 de la de Tasas. Pero en la inteligencia de que el Decreto debería seguir (sobre todo, en cuanto a los elementos esenciales de la relación tributaria, entre ellos el tipo de gravamen) los preceptos de la Ley de creación. Algo distinto ha ocurrido sin embargo, según veremos, en el Decreto de 4 de febrero de 1960.

Volviendo no obstante al problema de la naturaleza, la escueta regulación del D. L. de 1927 más parecía apuntar, según dijimos, a la creación por el Estado de un impuesto que, en su aplicación, se configuraba como de los Entes Locales. Por dificultosa que esa configuración resultase, parecía más lógica a la luz de los principios fiscales que la dada por el D. de 1960 que, sin razón alguna expresa, dio tratamiento de exacción parafiscal a algo que nació, se calificó expresamente y se reguló, como un impuesto con destino determinado.

c) *Régimen*.—De aquéllas vacilaciones en la determinación de la naturaleza unidas a deficiencias de la regulación primitiva y a ciertas innovaciones del Decreto de convalidación, nace un régimen extraño, híbrido y de difícil caracterización, según los preceptos de esta disposición.

Ya es dudoso el alcance del régimen legal atribuido por el art. 1, ap. 2, según el cual «esta exacción queda exclusivamente sometida a la Ley de 26 diciembre de 1958 y al presente Decreto de convalidación». Estamos, no cabe duda, ante una norma derogatoria del régimen precedente, lo cual sería lícito en cuanto a las que se hayan dictado en la materia con rango inferior al de Ley, pero no lo es en cambio respecto al Decreto Ley de creación que no puede derogarse por un simple Decreto. El art. 6 de la Ley de Tasas no puede por sí mismo (ni lo pretende) autorizar esta derogación, que iría contra los principios constitucionales en materia

tributaria; el Decreto de convalidación debió adaptarse a los preceptos del D. Ley de creación, y en lo que el cambio de circunstancias orgánicas lo haya hecho imposible, establecer claramente la razón. (V. gr. destino de una parte del importe de los rendimientos al Automóvil Club, que además hubiera postulado solución distinta, pues el órgano encargado de efectuar la reparación de los caminos debía entrar como simple destinatario de una parte de los fondos recaudados).

En la determinación del *sujeto activo de la relación tributaria*, la imprecisión y falta de técnica es aún mayor que en el D. L. de creación. Si verdaderamente se trata de una exacción parafiscal, ya vimos que habrá de ser estatal y no local pues en este caso no procedía tratarla dentro de la aplicación de la Ley de Tasas. Pero si es estatal, la Hacienda Pública del Estado no aparece en parte alguna con un papel definido; sólo se mencionan las «facultades que en este orden competan al Ministerio de Hacienda»¹ en el art. 7, sin perjuicio de las cuales se ejercerán las que expresamente atribuye a los Cabildos y la Junta Administrativa de Obras Públicas. Aclaremos: sería normal en los supuestos de exacciones parafiscales administradas por Servicios Públicos estatales esta simple supervisión del Ministerio de Hacienda sobre la gestión de los órganos del servicio público de que se trate, pues precisamente la no inclusión en Presupuestos del Estado es uno de los caracteres de tales exacciones y la Ley no pretendió sustituir ese régimen, sino regularlo, someterlo a orden y control, conocerlo, intervenirlo... Pero nótese (y vuelve a resaltar la diferencia) que nos hallamos ante un caso en que la intervención de una Corporación Local venía siendo la única establecida anteriormente, si bien parte del tributo se destinase a financiar (directamente, sin control de la Hacienda) un servicio público estatal, y ello introduce una vez más la duda: ¿no se tratará de un tributo local destinado en parte a financiar ese servicio?

En el Decreto intervienen *otros órganos y sujetos*, a más del Ministerio de Hacienda en ese puro papel fiscalizador. El Cabildo

¹ Supresión en los casos en que es posible hacerla por Decreto (art. 14 de la Ley de Tasas), intervención en las cuentas (art. 15), vigilancia sobre el cumplimiento de la Ley (a. 17), etc.

Insular de cada Isla será el «organismo encargado de su gestión» (a. 1, párr. 3 y también el art. 7, que habla de «organismo gestor».) La Junta Administrativa de Obras Públicas de la Provincia respectiva interviene «auxiliando» a dicho organismo gestor en la inspección de la recaudación que se obtenga.¹ La razón de esta inspección fiscal atribuida a un órgano del Estado no vinculado con la Hacienda es que, según el art. 6, «la recaudación obtenida por esta exacción se aplicará a la reparación y conservación de las carreteras de las Islas Canarias y se repartirá en la siguiente forma:

a.—Cuatro céntimos por litro de gasolina del importe obtenido en la recaudación de cada Isla se ingresará en el Cabildo Insular de la propia Isla que lo haya producido.

b.—Veintinueve céntimos por litro de gasolina del importe obtenido en la recaudación de cada Isla se ingresará en la Junta Administrativa de Obras Públicas de la Provincia respectiva». Nótese los siguientes detalles importantes: En primer lugar, se produce la sustitución del Automóvil Club por la Junta Administrativa de Obras Públicas, cosa lógica según hemos dicho, pero que debió limitarse al mismo papel de simple destinatario de una parte del tributo. En el régimen antiguo existía también una intervención de la Jefatura de Obras Públicas, limitada a la inspección del servicio realizado por el Automóvil Club y la vigilancia de la documentación de gastos y aprobación de los proyectos; la intervención sobre el impuesto les era atribuida exclusivamente a efectos de comparar sus rendimientos con los que hubiera producido el de rodaje (cfr. art. 5 del D. L. citado). No existía, pues, una intervención fiscal de los órganos del Ministerio de Obras Públicas y sin embargo, les resulta atribuida ahora, si bien como auxiliares de los Cabildos.

El destino previsto para el tributo permanece. Pero es muy importante hacer notar que se han alterado los porcentajes de ingresos asignados a los Cabildos y al órgano encargado de las ca-

¹ Este precepto (art. 7) dice: «Será el organismo gestor de esta exacción en cada una de las Islas Canarias el Cabildo respectivo que, auxiliado por la Junta Administrativa de O. P. de la correspondiente provincia, inspeccionará la recaudación que se obtenga, sin perjuicio de las facultades que en este orden competen al Ministerio de Hacienda.

reteras del Estado, como pone de relieve la comparación de los fijados por aquél D. L. (35 por ciento y 65 por ciento respectivamente) y los del art. 6 del D. de convalidación: 4 y 29 céntimos por litro de los 33 del total, o sea solamente algo más del 12 por ciento para los Cabildos. Y nótese también lo antes dicho acerca del principio de legalidad tributaria respecto de los tipos impositivos.

Por último, según expresa dición del art. 2, que en poco ha variado la primitiva, nos hallamos ante un auténtico impuesto sobre el consumo al que tan sólo se ha modificado el nombre: «Es objeto de esta exacción el consumo de gasolina en todo el territorio del Archipiélago Canario». Tributo que, según sus más salientes caracteres, se puede configurar como de los Cabildos, quienes no obstante deben entregar una parte para la realización de un servicio de competencia estatal. ¿No cabría hablar de cooperación económica entre Entes Públicos en esta particular faceta?

VI. CONCLUSIONES

En una síntesis muy apretada, creemos que los principales puntos que como tales pudieran formularse, serían los siguientes:

1.º—Las peculiaridades tributarias del Archipiélago tienen su origen en la Legislación especial de Puertos Francos.

2.º—No existe en Canarias un régimen fiscal territorial especial, sino unas excepciones al régimen común, delimitadas por su territorio.

3.º—Tales excepciones derivan sin embargo de una institución jurídica propia con plena vigencia actual: los Puertos Francos de Canarias.

4.º—Resulta fuera de toda duda que la vigencia de esta institución determina una exención impositiva para cuantos tributos tengan como presupuesto jurídico objetivo los actos de comercio exterior y para los Monopolios fiscales. Y ello, incluso ante el silencio del artículo 229 de la Ley de Reforma Tributaria de 1964, que no menciona expresamente más que aquéllos supuestos en que era preciso formular la exención por haber sido modificadas las instituciones precedentes.

5.º—Cabe plantear al menos la duda de si las franquicias derivadas de los Puertos Francos tendrán más amplia aplicación y podrán ser referidas a todos los actos de tráfico y consumo que tengan por objeto mercancías importadas.

Y como resumen de lo dicho surge la evidencia de que la formulación actual de las especialidades tributarias canarias es insatisfactoria por complicada y poco precisa, lo cual, obviamente, la hace proclive a la inseguridad y los conflictos. Se hace obligado el parangón con el régimen de Ceuta y Melilla, ciudades cuyas primeras peculiaridades se originaron asimismo en una declaración de Puertos Francos y unas circunstancias geográficas muy singulares, pero que a partir de ello han visto configurarse un verdadero régimen particular de carácter territorial. Con más razón sería deseable algo semejante para el Archipiélago. Un régimen especial territorial, única manera de coordinar de modo claro y sistemático todas las especialidades locales, ponderados debidamente los factores jurídicos, sociales y económicos y abarcando todas las diversas y hoy dispersas facetas, con las evidentes ventajas de claridad y seguridad para administradores y administrados. Porque no es posible olvidar que las especialidades canarias presentan diversas vertientes que es preciso actualizar y armonizar; valgan, en rápida enumeración, los siguientes aspectos:

La institución de los Puertos Francos, en el momento histórico de su nacimiento no suponía tan sólo el otorgamiento de unas franquicias tributarias, porque para entonces toda la intervención en el comercio exterior se ejercitaba a través del régimen aduanero y por consiguiente la concesión de franquicias aduaneras suponía, nada menos que la consagración de una libertad de comercio exterior en el ámbito de la zona exenta. Como es sabido, las técnicas administrativas de intervención en general y de intervención económica en especial se desarrollan muy posteriormente a aquellas fechas y se aplican al comercio exterior a través de instrumentos que no son ya solamente el Arancel aduanero, sino toda la gama de las técnicas de intervención: licencias, prohibiciones, reglamentación de dicho comercio... Por consiguiente, aunque no se hayan derogado los privilegios, la aplicación de todos estos nuevos instrumentos no los ha tenido en cuenta y con ello el efecto de liber-

tad comercial que en su origen supusieron ha quedado notablemente recortado. Sería, pues, preciso formular las normas que armonizasen debidamente ambos aspectos, en la adecuada proyección actual.¹

Existen unas exenciones territoriales al régimen tributario estatal según se ha visto, originadas por la misma institución de los Puertos Francos, que apuntaba aquí hacia la imposición sobre el consumo; pero, a causa de determinadas razones económicas (tanto generales del país como singulares del archipiélago) la propia institución creaba unos tributos especiales, los Arbitrios sobre los Puertos Francos de Canarias, también de carácter estatal y no local. Junto a tales exenciones y privilegios, y paralelamente a esos ar-

¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 febrero de 1965, insistiendo en el criterio de otras que cita, parece inclinarse por la independencia entre el régimen de franquicias de los Puertos Francos y la intervención administrativa en el comercio exterior. Dicen sus Considerandos: «Que la necesidad de licencia de importación se extiende a todo lo que constituya expedición comercial, lo que, indudablemente es, por su número, volumen y valor lo aprehendido, sin excluirse de ello las Islas Canarias, por lo estatuido en la Orden Ministerial de Hacienda de 20 febrero de 1941, precisión que se ratifica en la de 20 de marzo de 1944, al conferirse competencia de recibir y tramitar las peticiones de tales licencias a la Delegación Regional de Comercio de Canarias para las dos provincias insulares.—Consid.: Que dichas órdenes no suponen modificación alguna del Régimen de Puertos Francos que hay para Canarias, porque la Ley de 6 de marzo de 1900 fija, en su art. 2.º, en qué consiste el beneficio, extendido sólo a materia tributaria, es decir, dándosele un alcance estrictamente fiscal y compatible, por tanto, con la posibilidad de ser sometido aquél territorio al régimen de licencia de importación, que ni anula ni limita, en modo alguno, el referido estado especial.—Consid.: Que la doctrina expuesta es coincidente con la ya establecida por esta Sala en su Sentencia de 2 de octubre de 1959, sin que suponga contradicción con ella la de 8 de febrero de 1964, por referirse esta última a cuestión impositiva relativa a determinada exacción, caso de distinta naturaleza del aquí contemplado». (Sala Tercera).

Acaso hubiera sido deseable un mayor desenvolvimiento de los argumentos para que definitivamente quedase fijada la doctrina en materia de tanto interés para las Islas, sobre todo teniendo en cuenta que, en su origen, como hemos apuntado, parecía existir una equivalencia entre régimen de franquicias y libertad de comercio exterior. Claró está que, a lo que parece desprenderse de los Considerandos, la Sentencia anotada actuaba con el pie forzado derivado de tratarse de un caso de contrabando, lo cual sin duda hubo de suponer notoria dificultad para abordar el problema del modo dicho.

bitrios estatales, han subsistido en la esfera de los Entes Locales una serie de tributos específicos del archipiélago con base en razones históricas y tradicionales, tributos de a veces no muy clara formulación y que otras afectan a presupuestos objetivos paralelos a los de las exenciones o los arbitrios estatales; tributos que, además, en cada reforma de la legislación local se ven seriamente amenazados (como ejemplo, valga la discusión de la reciente Ley de reforma de las Haciendas Locales). Pues bien; parece necesaria una formulación legal que tuviese en cuenta todos esos factores porque probablemente un estudio jurídico y económico adecuado revelaría como factible y necesaria la actualización de los Arbitrios sobre los Puertos Francos unida a una clara definición de las exenciones de impuestos del Estado; y además, una clarificación definitiva de la imposición local en los aspectos en que roce con los mismos presupuestos objetivos, la cual no necesariamente habría de determinar un cegamiento de las fuentes financieras de las Corporaciones Locales ya que las mismas podrían nutrirse con los rendimientos de aquéllos Arbitrios estatales, actualizados como hemos dicho y otorgados a la potestad de aquéllos Entes. Aparte las ventajas de claridad evidentes desde el punto de vista jurídico y la seguridad que en el orden económico comportaría un estudio conjunto, posiblemente resultaría que, en el aspecto financiero, apenas había ocurrido otra cosa que una mera traslación de conceptos de los Presupuestos del Estado a los locales, es decir, que se habrían logrado grandes resultados a muy poco o ningún precio.

· Pero en fin, no es este el propósito del presente trabajo y por ello resulta inútil insistir en tal dirección, para la que basta con las anteriores sugerencias.

VIII

LAS HACIENDAS LOCALES EN LAS ISLAS CANARIAS

por LEOPOLDO DE LA ROSA OLIVERA

Cuando la mal llamada Ley de Cabildos de 1912 se gestaba, tuvo que constituir verdadera preocupación, tanto para los que en las Canarias procuraban dar una solución a su ruidoso pleito provincial, como para los que desde el Gobierno y en las Cortes se vieron obligados a hacer frente a un hecho nuevo, como lo era el nacimiento de unas entidades territoriales que no encuadraban en las ya clásicas de Provincia y Municipio, la de la manera en que iban a ser dotadas económicamente las Corporaciones insulares.

Si las Diputaciones provinciales españolas arrastraban una precaria vida por falta de una Hacienda suficiente y, además, se daba la circunstancia de que en Canarias, junto a los nuevos Cabildos, subsistiría la Diputación provincial, era obvio que a las nuevas Corporaciones, si no se quería que naciesen como cuerpos sin vida, había que dotarlas de medios suficiente para que cumpliesen lo que de ellos se esperaba.

Y ante la mayor agilidad de la Ley Municipal entonces vigente, el n.º 3.º del párrafo dedicado a la Hacienda de los Cabildos insulares, en el art.º 5.º de la citada Ley de 11 de julio de 1912, dispuso que estaría constituida, además de los recursos procedentes de rentas y productos de toda clase de bienes, derechos o capitales y de las subvenciones voluntarias de los Ayuntamientos, «Por los arbitrios y demás recursos autorizados por la Ley Municipal a los Ayuntamientos, previo informe de los mismos».

Naturalmente, nuestros políticos canarios del 1912, que habían vuelto la cara al pasado, rememorando los antiguos Cabildos municipales isleños, y los veían, al menos en el nombre, restablecidos, recordaron también que se nutrían aquellas Corporaciones del llamado «Haber del Peso» y, como no podía menos, pensaron en la posibilidad de restablecerlo.

El «Haber del Peso» había sido uno de los clásicos arbitrios

de los municipios castellanos, consistente en la exacción de cantidades fijadas en el arancel autorizado por los Reyes sobre los productos incluidos en él que entraban o salían de su término. Pero si el mismo tuvo en los municipios continentales, entre otros defectos, el de su dificultad de exacción, ante lo fácil del contrabando, este hecho resultaba por completo diferente en Canarias, por su naturaleza insular y al darse la circunstancia de que cada una de sus siete islas pobladas constituyera una sola entidad municipal, con un único órgano de administración, su Cabildo. Además, aun contando con las profundas alteraciones que ha sufrido su economía a lo largo de su historia, ésta ha girado siempre en torno a la exportación de productos agrícolas subtropicales y de su pequeña industria y a la importación de los muchos que no produce o produce insuficientemente y son precisos para una población de elevado porcentaje por km².

El «Haber del Peso» había sido concedido a la isla de Gran Canaria por Real Cédula de 26 de junio de 1501, que le fijó como arancel el que tenía la ciudad de Sevilla. A la de Tenerife le fué otorgado, en nombre de los Reyes, por el conquistador don Alonso Fernández de Lugo, el 20 de julio de 1506 y lo confirmó don Fernando el Católico por Cédula fechada en Madrid el 23 de febrero de 1510.

Creados los Cabildos de 1912, los de Gran Canaria y Tenerife, a los que siguen los de las restantes islas, inician los trámites para que le sea autorizado este antiguo arbitrio, adaptándolo a las circunstancias del momento. Pero así como Tenerife, más fiel al precedente histórico, interesó su autorización a base de un arancel por unidad de peso o medida, Gran Canaria, con más acertada visión, solicitó le fuese autorizado en un porcentaje sobre el valor de la mercancía.

Circunstancias posteriores motivan al establecimiento de otros arbitrios, cuyo origen y evolución vamos a estudiar.

Arbitrio sobre la importación y exportación de mercancías en Gran Canaria y Tenerife

Cuando se dictó el Decreto de 25 de enero de 1946, que reformó las Haciendas locales españolas y en virtud de lo que dis-

puso la Orden del Ministerio de Hacienda de 14 de marzo siguiente, que obligó a solicitar la convalidación de aquellas exacciones especiales o extraordinarias que tuvieran concedidas las Corporaciones, el Cabildo Insular de Tenerife, como los de las restantes islas, se vió obligado a solicitar de dicho departamento la de los cuatro arbitrios a los que vamos a referirnos y en el escrito en que así lo hiciera se refleja su evolución en esta isla.

«Este arbitrio —dice la solicitud— fue creado por Real Orden de 14 de febrero de 1914 y modificado por Reales Ordenes de 31 de mayo de 1915 y 18 de mayo de 1918. La base de este arbitrio está referida al peso y al no haberse modificado sus tarifas desde el 1918, obligaron a la Corporación, al amparo del art.º 14 del Decreto de 4 de diciembre de 1931, en relación con el párrafo 3.º de la Exposición de motivos del mismo y en virtud de acuerdo adoptado en sesión celebrada el 10 de diciembre de 1936, a establecer un recargo de 100 % sobre las ocho tarifas que gravaban la importación de mercancías y que, ante las alteraciones motivadas por la guerra, el Cabildo, en sesión de 27 de octubre de 1938 y con base en las facultades que le concedía el ya citado Decreto de 4 diciembre de 1931, modificó la tarifa del arbitrio sobre importación, excluyendo de la misma los tejidos de algodón, lana, seda, cáñamo, yute y otros, así como los artículos de droguería y los productos medicinales no sujetos al Timbre del Estado y los gravó con un arbitrio ad valorem del 2 %.

Por Real Orden de 18 de junio de 1926 se estableció un recargo sobre este arbitrio, para destinar su producto a obras del puerto de Santa Cruz de Tenerife y para atender al convenio con el Estado para las obras de mejora de determinadas carreteras».

Vamos a ver ahora con detalle algunos particulares de la historia de este arbitrio. La solicitud formulada por el Cabildo de Tenerife a fines del 1913 lo fue para imponer un «Arbitrio extraordinario y transitorio sobre la carga y descarga de mercancías por los puertos de la isla», con el fin de cubrir el déficit del presupuesto para 1914 y basaba su petición en la facultad que le concedía el art.º 53 del Reglamento provisional de los Cabildos, de 12 de octubre de 1912, que reproduce el ya transcrito párrafo 3.º del art.º 5.º de la Ley de 11 de julio, en relación con el art.º 136 de la Ley Municipal de 2 de octubre de 1872, entonces vigente. Al propio

tiempo la Corporación insular acordó acudir al reparto entre los Ayuntamientos de su territorio, al estimar que el producto de aquel arbitrio no cubriría el déficit previsto.

Por la citada Real Orden de 14 de febrero de 1914 se autorizó a este Cabildo para establecer dicho arbitrio, al considerar que así lo facultaba el apartado 3.º del art.º 5.º de la Ley de 11 de julio de 1912 y el último párrafo del art.º 136 de la citada Ley Municipal, que permitía para los Ayuntamientos de municipios de más de 200.000 habitantes, si renunciaban al repartimiento general, a acudir a «otros impuestos, recargos o arbitrios, además de los enumerados en las leyes, con la aprobación del Gobierno», al tener la isla mayor número de habitantes que el señalado y al haber renunciado el Cabildo, como así lo había ya hecho, a acudir al repartimiento entre los Ayuntamientos de la isla y cumplido el requisito de oír a los mismos, pero rectificando la denominación con la que se había solicitado de «Arbitrio sobre la carga y descarga de mercancías», ya que, dice, «no hubiera podido ser autorizado en ningún caso, porque recae sobre el uso de los muelles de los puertos y, si bien alguno de ellos podían ser municipales, el principal es costeado con fondos del Estado y sobre este servicio tiene establecido el Estado los correspondientes arbitrios» y, añade, «aún cuando alguno fuese municipal, no sería de la competencia del Ministerio de la Gobernación, sino del de Fomento, con arreglo al art.º 47 de la Ley de 13 de octubre de 1877». Por el contrario, el Ministerio estimaba que el art.º 53 del Reglamento provisional de los Cabildos insulares autorizaba a éstos a establecer arbitrios sobre el transporte de mercancías y otros análogos ¹, «no pudiendo

¹ El texto de esta disposición es como sigue:

Art. 53.—Los Cabildos formarán todos los años sus presupuestos, comprendiendo todos los gastos que hayan de hacer y los ingresos destinados a cubrirlos.

Tienen como recursos ordinarios de su Hacienda:

1.º—Los que procedan de rentas o frutos de toda clase de bienes, derechos o capitales que por cualquier concepto pertenezcan a los Cabildos y no formen hoy parte de la Hacienda Provincial.

2.º—Rentas o productos de bienes y derechos pertenecientes a establecimientos que dependan de los Cabildos.

dudarse que dentro de este precepto se halla comprendido el arbitrio del que se trata, supuesto que guarda perfecta analogía con el de transportes», si bien excluye de la autorización al carbón, ya que «no siendo las Islas Canarias país productor de carbón, ni consumiéndose en Tenerife tampoco, sino destinándose el mismo al aprovechamiento (sic. por «aprovisionamiento») de buques, resultaría, en la forma en que se establece el arbitrio, gravado dos veces, una al importarse y otra al surtirse de él los vapores», además de que el carbón había estado siempre exceptuado, «como así lo habían declarado las Reales Ordenes de 16 de octubre y 21 de noviembre de 1874, la de 6 de mayo de 1892, el art.º 27 del Reglamento de 11 de octubre de 1898, así como la Real Orden de 8 de julio de 1913, al conceder determinados arbitrios al Ayuntamiento de Barcelona».

Por consecuencia de todo ello y al haberlo ya autorizado para el Cabildo de Gran Canaria por Real Orden de 2 de febrero de 1914, por otra de 14 del mismo mes, lo concedió al de Tenerife, con el carácter de «extraordinario y transitorio» y *sobre la exportación e importación de mercancías, exceptuando el carbón mineral*.

Al cerrar los primeros ejercicios económicos con déficit, el Cabildo de Tenerife solicitó y obtuvo, por Real Orden de 31 de mayo de 1915, autorización para modificar determinadas bases y

3.º—Arbitrios sobre obras públicas, instituciones o servicios costeados con sus fondos.

4.º—Subvenciones voluntarias de los Ayuntamientos.

5.º—Las subvenciones que les otorgue el Gobierno para realizar obras y servicios determinados.

6.º—Arbitrios y demás recursos autorizados por la Ley Municipal a los Ayuntamientos, previo informe de los mismos.

Entre estos recursos se cuenta el repartimiento general que autoriza el art. 136 de la Ley Municipal, y que en este caso gira sobre los Ayuntamientos de la Isla.

Al repartimiento no se podrá acudir sino mediante imposibilidad demostrada documentalmente de completar la dotación del presupuesto con los demás ingresos.

7.º—Los arbitrios que el Estado les autorice sobre transporte de mercancías y otros análogos.

8.º—Cualquier participación o beneficio que el Estado pueda otorgarles, ya en los impuestos que perciba, ya como premio o remuneración de servicios especiales que se les encomienden.

tarifas del arbitrio, también análogas a las ya autorizadas para Gran Canaria.

Tanto contra el proyecto de establecimiento del arbitrio en 1913, como de su modificación en 1915, se opuso la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de la Provincia, basándose en considerarlo «improcedente e inaceptable, por ilegal y lesivo para los sagrados intereses del comercio, la industria y la navegación», argumentos que refuerza en 1915 con base en la anomalía de la vida mercantil ocasionada por la guerra iniciada el año anterior, que había acarreado grave crisis económica a las Islas. Al rechazar estos argumentos la Real Orden de 31 de mayo de 1915 dice que el escrito de la cámara de Comercio, «más que protesta contra el arbitrio, es la exposición de lo que estima debe hacerse para dotar de recursos a los Cabildos.»

De nuevo en 1918 el Cabildo Insular de Tenerife solicitó del Ministerio de la Gobernación autorización, ahora para duplicar las tarifas de este arbitrio en las importaciones, por la notoria insuficiencia de sus ingresos para atender hasta sus obligaciones de beneficencia y una vez más se opone la Cámara de Comercio de Santa Cruz de Tenerife, recurso al que se adhiere «otras Cámaras insulares de otras Provincias», dice la Real Orden resolutoria, recurso que basa en la «enorme carestía de la vida», en su incompatibilidad con las leyes de Puertos Francos de Canarias, por equivaler, dice «el arbitrio al establecimiento de una verdadera aduana» y en la desgravación de trigos, harinas y vinos, de 19 de junio de 1904 y 3 de agosto de 1907, respectivamente, razón por la cual interesaba se excluyeran los trigos y harinas, así como las mercancías gravadas por los arbitrios de Puertos Francos y las mercancías destinadas tanto a la Península, como a otras islas del Archipiélago.

El Ministerio de la Gobernación, oída la Delegación de Hacienda de la Provincia y basándose en que «los artículos comprendidos en la ley de Puertos Francos se refieren a impuestos del Estado y de ningún modo a arbitrios que puedan establecerse por los organismos provinciales e insulares», visto también el informe favorable del Gobernador Civil, autorizó los recargos así pedidos, por nueva Real Orden de 18 de mayo de 1918,

Para poder atender el Cabildo de Tenerife a las obligaciones derivadas de su convenio con el Estado para la modernización de

la red de carreteras de la Isla, así como a la mejora de los servicios del puerto de la capital, la Real Orden de 18 de junio de 1926, le autorizó para establecer determinados recargos sobre la importación de alcoholes, cervezas, abonos y automóviles, así como sobre la exportación de plátanos, tomates, cebollas, patatas y tabaco elaborado.

Pese a todas estas modificaciones, la situación económica del Cabildo de Tenerife seguía resintiéndose de su sistema basado en un arancel en que se fijaba el arbitrio por unidad de peso o medida, ya que no seguía el ritmo de fluctuación del valor de la moneda y de otras circunstancias, lo que hacía ver cada vez en forma más acuciante la necesidad de modificar el sistema, acudiendo al más adecuado del *ad valorem*, establecido por el Cabildo de Gran Canaria y, primero en forma parcial, sin expresa aprobación del Ministerio y sólo con base en la autorización que podía estimarse concedida por el Decreto de 4 de diciembre de 1931, acordó el Cabildo, en sesión de 10 de diciembre de 1936, establecer un recargo del 100 % sobre las ocho tarifas que gravaban la importación de mercancías y el 27 de octubre de 1938, acudió, si bien limitadamente, al sistema *ad valorem*, para la importación de tejidos y artículos de droguería y medicinas no sujetas al Timbre del Estado.

Por escrito de 30 de abril de 1946 inició el Cabildo de Tenerife solicitud de convalidación, tanto de este arbitrio, como de los que luego hemos de hablar, limitándose a interesar su convalidación en los términos en que los tenía establecidos, pero, fue la propia Corporación la que, antes de que resolviera el Ministerio de Hacienda, el 16 de mayo de 1947, pide se considerase «modificado el Suplica del anterior, en el sentido de que se autorice el cambio de base y tarifa del arbitrio especial y extraordinario que grava la importación y exportación de mercancías, que, como sabemos, está establecido sobre el peso, por el de un 3 % *valorem*».

Expuesto al público el expediente, con sus bases y tarifas, fue aprobado por la Comisión Gestora del Cabildo, en sesión de 4 de junio de 1947, con un voto en contra y una abstención y remitido el expediente al Ministerio de Hacienda, éste, con fecha 18 de diciembre del mismo año, dictó Orden por la que lo autorizaba, en los siguientes términos:

«Convalidar el arbitrio sobre la importación y exportación de

mercancías, con la modificación de que el tipo de gravamen sea el del 3% del valor de las mercancías, bien entendido que esta modificación se autoriza con carácter provisional y en tanto se regula el régimen económico especial de las Islas Canarias, debiendo someterse la oportuna ordenanza rectificadora a la aprobación del Delegado de Hacienda de la Provincia».

Es de notar que a pesar de que la Real Orden de 14 de febrero de 1914 que autorizó por primera vez este arbitrio al Cabildo de Tenerife lo condicionó a la previa renuncia del repartimiento entre los Ayuntamientos, la Orden Ministerial de 27 de noviembre de 1947, ante la difícil situación económica que atravesaba, le autorizó para efectuar tal reparto por dos ejercicios económicos.

La evolución de este tributo en la isla de Gran Canaria es mucho más sencilla y uniforme. Como ya hemos indicado, se autorizó inicialmente por Real Orden de 2 de febrero de 1914 por el sistema de ad valorem y el tipo del 1% sobre el precio de la mercancía. Por acuerdo del Cabildo de 17 de marzo de 1937, acordó elevar el tipo al 2% e incluir en él varias mercancías hasta entonces excluidas, por lo que se generalizó, a excepción de los carbones para el suministro de buques.

La Capitanía General de Canarias, por Bando de 17 de marzo de 1937, dispuso que tanto los arbitrios que efectivaba este Cabildo, como los de las restantes islas, sobre la exportación de plátanos, se redujesen en un 5%, resolución que dejó sin efecto Orden del Subsecretario del Interior de 26 de marzo de 1939.

Posteriormente los Ayuntamientos de la Isla interesaron la elevación del tipo de este arbitrio del 2 al 3'5%, con el fin de que distribuyera el incremento del 1'5% entre las Corporaciones municipales, que difícilmente se defendían. Después de diversos trámites se llegó a la aprobación de una Carta económica intermunicipal, a la que luego nos hemos de referir, y en sesión del Cabildo de 30 de septiembre de 1957 se elevó el tipo del impuesto insular del 2 al 3%, mereciendo la sanción favorable del Delegado de Hacienda en 12 de diciembre siguiente.

Una Junta de Valoraciones, que tiene por finalidad, como la de Tenerife, la fijación de las tablas de valores, está formada por el Presidente, los Presidentes de las Cámaras Oficiales Agraria y de Comercio, dos Consejeros del Cabildo, el Interventor de Fondos

y dos personas, una, residente en la Isla y con reconocida competencia en materia de frutos del país destinados a la exportación y la otra un comerciante de notoria competencia en materia mercantil. Los dos Consejeros y las dos personas peritas serán designadas por la propia Corporación, «debiendo restringirse el voto de los Consejeros, para que las minorías tengan asegurada su representación».

Como ocurre con la de Tenerife, está dispuesto se reúna trimestralmente o antes, a resolución del presidente, si concurren circunstancias extraordinarias que lo aconsejen.

El arbitrio de importación y exportación en La Palma

El Cabildo de La Palma obtuvo, por Real Orden de 4 de diciembre de 1915, autorización para percibir el arbitrio sobre importación y exportación por el sistema de ad valorem y el tipo del 1% sobre el precio de las mercancías. Otra Real Orden, de 4 de noviembre de 1924, hizo extensiva la imposición a determinados productos antes excluidos, como lo eran el aceite, el arroz, dátiles, etc. Cinco años después, la de 6 de mayo de 1929, autorizó la elevación del tipo del 1 al 2%, pero excluyendo del incremento a las mercancías incluidas en la de 1924. Justificó tal autorización, análoga a la lograda por Tenerife, la necesidad de hacer frente a los gastos que significaba el convenio con el Estado para la construcción de carreteras y el fomento de los caminos insulares.

A la inversa de lo que ocurriera en Tenerife, la isla de La Palma pensó que resultaría más beneficioso para la hacienda insular acudir al sistema del viejo Haber del Peso y, basándose en la autorización que concedía el ya nombrado Decreto de 14 de diciembre de 1931, sustituyó el sistema ad valorem por el del peso bruto de las mercancías, con sujeción a una tarifa que aprobó el 30 de diciembre de 1936. Pero, naturalmente y al igual que había ocurrido en Tenerife, la devaluación de la moneda repercutió muy desfavorablemente en la hacienda insular y al tener que convalidar sus arbitrios, en 1946, vuelve al sistema de ad valorem, con el tipo del 2% y un recargo de otro 2% sobre determinadas mercancías.

La Junta de Valoraciones la constituyen el Presidente, Secretario, Interventor y Administrador de Arbitrios del Cabildo, dos

Consejeros y dos miembros de los Ayuntamientos de la Isla, elegidos por el Cabildo, con obligado respeto a las minorías, por lo cual los miembros de la Corporación insular sólo podrán emitir su voto por un número menor del de puestos a cubrir y tres representantes de los intereses agrícolas, industriales y comerciales de la Isla, también nombrados por el Cabildo, previa propuesta de las entidades representativas de tales intereses.

La Ordenanza vigente fue aprobada por el Delegado de Hacienda el 14 de febrero de 1957.

El arbitrio de importación y exportación en La Gomera y El Hierro

El Cabildo de La Gomera obtuvo la aprobación de este arbitrio por Real Orden de 20 de noviembre de 1915, modificado por Real Orden de 28 de abril de 1928 y la Orden Ministerial de 15 de septiembre de 1954, prorrogada por otra de 21 de noviembre de 1945. Su convalidación fue sancionada por Orden del Ministerio de Hacienda de 24 de junio de 1947.

El tipo del 4% ad valorem fue elevado al 5%, mereciendo la aprobación del Delegado de Hacienda de la Provincia el 26 de noviembre de 1960.

Las tablas de valoración las aprueba el propio Cabildo y una Junta de Arbitrios falla los recursos que se interpongan contra las valoraciones y conoce y sanciona las faltas que puedan cometerse en el pago de este arbitrio. Contra su resolución cabe «recurso de alzada ante quien corresponda». Es de presumir lo sea la propia Corporación insular.

El Cabildo de la isla de El Hierro fue autorizado para percibir este arbitrio por Real Orden de 11 de octubre de 1927, modificada la ordenanza por acuerdo de la Corporación de 31 de octubre de 1937 y de nuevo el 21 de diciembre de 1963 y aprobada por el Delegado de Hacienda el 31 de enero de 1964.

El tipo es del 5% ad valorem y para el conocimiento y sanción de las faltas en su exacción existe una Junta de Arbitrios, constituida, al igual que la de La Gomera, por el Presidente, dos Consejeros, el Secretario-Interventor y un vecino designado por la Corporación.

Islas de Lanzarote y Fuerteventura

No nos ha sido posible seguir detalladamente las incidencias del arbitrio de importación y exportación en estas dos islas, que seguramente siguieron, aproximadamente, las incidencias de la de Gran Canaria. En la actualidad en ambas el Cabildo está autorizado para su percibo ad valorem, con el tipo del 5^o/o en Lanzarote y del 4^o/o en Fuerteventura.

Características generales del arbitrio de importación y exportación

Veamos ahora las principales características de este arbitrio, según las Ordenanzas vigentes en el Cabildo de Tenerife, sin que difieran sustancialmente de las de cualquiera de los restantes:

1.^a—Quedan sujetas al mismo todas las mercancías o efectos que se importen o exporten por cualquier punto de la isla, con excepción de los siguientes:

A) La correspondencia pública, el metálico, los efectos timbrados, el material de guerra y los demás efectos y mercancías que viajen por cuenta del Estado.

B) Los equipajes de los viajeros, así como el mobiliario y enseres que constituye el ajuar de la casa.

C) Los carbones minerales.

D) Los aceites pesados para el consumo de buques.

E) Los víveres y repuestos para el aprovisionamiento de buques.

F) Los libros y revistas.

G) Los que sean objeto de donaciones benéficas a personas o entidades radicadas en la Isla.

H) El mobiliario que se importe directamente para la dotación de los templos católicos y demás objetos para el culto.

I) Las muestras de todas clases.

J) Los frutos y los productos elaborados en cualquiera de las Islas que constituyen la provincia, como lo son los agrícolas, el ganado, aves y derivados, el tabaco en rama, los bordados, calados y demás productos de artesanía, el pescado fresco, salado y no congelado y otros.

K) Los productos fabricados por industriales legalmente establecidos en la provincia.

L) Las mercancías o efectos concretamente exceptuados por tratados comerciales, disposiciones del Estado, contratos celebrados con el mismo y los consignados a la Mancomunidad Provincial Interinsular, al propio Cabildo y a los Ayuntamientos de la Isla.

LL) Las mercancías o efectos que se importen o exporten con carácter temporal.

La ordenanza regula también los supuestos de mercancías que se transborden para continuar viaje a su destino, así como las que lleguen consignadas a depósitos comerciales, mientras no salgan de los mismos, casos en los que, naturalmente, no han de satisfacer el arbitrio. De la misma forma aquellas mercancías que hayan satisfecho el arbitrio al ser importadas no lo devengarán a su exportación y viceversa, y los mayoristas que importen para reexportar a cualquiera de las otras islas del Archipiélago, podrán solicitar la devolución de lo satisfecho, probando que lo han pagado en la isla de su destino.

Considera como base de imposición el precio de la mercancía o efecto, incluidos comisión, seguro y flete hasta el puerto, pero hay una serie de mercancías cuyos precios base están fijados en la ordenanza o lo son por la llamada Junta de Valoraciones y publicados en el Boletín Oficial de la Provincia.

Para determinar los precios de los artículos la Junta de Valoraciones se tomará como base la media aritmética que resulte de las declaraciones que los contribuyentes hayan hecho de cada uno de ellos en el trimestre anterior, debidamente comprobadas, no pudiendo ser inferiores a los legalmente establecidos, si lo estuvieran.

Están directamente obligados al pago del arbitrio por importación los consignatarios de las mercancías o efectos y, subsidiariamente, los agentes de aduanas y aquellas personas, naturales o jurídicas, por cuenta de las cuales se efectúe la introducción. Y por la salida de la Isla, directamente, los cargadores, remitentes, exportadores o personas, naturales o jurídicas, legalmente autorizadas que los representen y, subsidiariamente, aquellas otras por cuenta de las cuales se efectúe la exportación.

Pese a lo dispuesto en la ordenanza, de hecho no suele reunirse la Junta de Valoraciones trimestralmente y en casos hasta han

transcurrido varios años sin celebrar sesión, pero las facultades concedidas a la misma han permitido la fijación de precios políticos, especialmente en artículos de primera necesidad, como en los siguientes ejemplos:

<u>Mercancía</u>	<u>Gran Canaria</u>	<u>Tenerife</u>
Aceite a granel	10'00	5'00
Arroz	6'00	7'00
Azúcar	7'60	5'00
Café	20'00	30'00
Garbanzos	4'50	5'00
Harina de trigo	4'00	5'00
Maíz	1'38	1'50
Judías	3'00	3'00
Lentejas	2'00	3'00
Patatas para consumo	0'50	1'00
Trigo	1'50	1'50

Exportación

Plátanos, peso neto	2'00
Tomates » »	1'00
Patatas » »	1'00
Tabacos » »	10'00

Por otra parte y en virtud de acuerdo del Cabildo, la maquinaria que se importa con destino a instalación de nuevas industrias o a la ampliación o modernización de las mismas y bienes de equipo, se bonifican en un 90 % sobre el precio base, satisfaciendo solamente sobre un 10 % de su valor.

Como antes dijimos, análogas son las excepciones previstas en las ordenanzas de las otras islas. En la de Gran Canaria, se precisan, algunas otras, como las primeras materias para industrias establecidas en la Isla, cuyos productos se destinen exclusivamente a la exportación; el pescado salado, salpreso y fresco procedente de pesquerías canario-africanas con destino al consumo local; los artículos destinados al consumo de buques y aviones; los aceites pe-

sados con destino al suministro de buques; el material de la Compañía Telefónica Nacional de España; el material consignado a Italcable y alguna otra, pero unas de ellas, por expresa disposición legal y las otras por comprenderse en epígrafes análogos o de carácter más general, nos permiten llegar a la conclusión de que, para el conocimiento general de los caracteres de este arbitrio, las ordenanzas de cualquiera de sus Cabildos nos basta.

Las Cartas económicas intermunicipales

Los Ayuntamientos de la isla de Gran Canaria tramitaron una carta económica intermunicipal, que fue aprobada en Consejo de Ministros de 4 de diciembre de 1941, por Orden Ministerial de 27 del mismo mes, inserta en el Boletín Oficial del Estado del 18 de enero del siguiente año, en virtud de la cual se les autorizó el percibo de un recargo hasta del 100 % sobre el arbitrio del 2 % ad valorem sobre la importación y exportación de mercancías, dentro de cuyo límite máximo podría ser distinto, según se trate de importación o de exportación, «como recurso ordinario» de sus presupuestos, fijándose anualmente el importe de la participación de cada Ayuntamiento por acuerdo entre todos ellos y resolviendo, en su caso, sobre las posibles diferencias una Junta compuesta por el Gobernador Civil como presidente, el Delegado de Hacienda y el Abogado del Estado y como secretario, sin voto, el Jefe de la Sección Provincial de Administración Local. El recargo será exaccionado por el Cabildo, a la vez que el arbitrio, que percibirá el 0'50 % en concepto de gastos de administración y cobranza y la parte correspondiente a cada Ayuntamiento habrá de ser ingresada mensualmente en los mismos. La Agrupación intermunicipal se reserva el derecho de fiscalización de la recaudación del recargo, a cuyo efecto puede designar dos Interventores de Fondos que la practiquen y el Cabildo se obliga a poner a su disposición toda clase de antecedentes que se relacionen con el mismo. Se condicionó a la supresión de los arbitrios sobre inquilinato y productos de la tierra, así como del impuesto de consumo y su recargo municipal, y el período de su vigencia se fijó «hasta tanto se provea de manera definitiva el régimen de las Haciendas locales mediante la legislación oportuna». La Orden Ministerial aprobatoria rechazó

dos de las propuestas contenidas en el proyecto de carta: la de que se suprimiera en el Repartimiento general de Utilidades la estimación de las bases que no excedieran de 1,200'00 pesetas y la que representaba un convenio mediante el cual podían los Ayuntamientos oponerse para el futuro a cualquier modificación por el Cabildo de este arbitrio.

Ante el indudable éxito que para los municipios de Gran Canaria significó la exacción de este recargo, la isla de Tenerife tramitó expediente de carta económica intermunicipal, que fue aprobada por Orden Ministerial de 2 de junio de 1953 y contiene algunas particularidades que la distinguen de la de Gran Canaria, que vamos a exponer:

1.^a—Como el Cabildo de Tenerife tenía autorizado el impuesto de un 3 % ad valorem, con el fin de igualarlo al de aquella isla, cedió un 1 % de su producto con destino a los municipios y en virtud de la Carta se le autorizó un recargo de otro 1 %, con lo que quedaba en un 4 %, un 2 % para el Cabildo y otro 2 % para los Ayuntamientos.

2.^a—La distribución ha de hacerse, en un 60 % para el Ayuntamiento de la capital y el resto en proporción a la población de derecho, según el último censo publicado; al promedio de los presupuestos municipales en el trienio precedente; a los líquidos imponibles por rústica y urbana y a las cuotas por industrial y comercio, ambas del año precedente al en que se hace el reparto, que lo será en el mes de noviembre de cada año. Por acuerdo del Cabildo de 23 de diciembre de 1959, se modificó esta base, en el sentido de que tanto los líquidos imponibles por rústica y urbana, como las cuotas del Tesoro por industrial y comercio se refiriesen a las del año en que se hace el reparto, no al precedente.

3.^a—El producto de esta participación municipal ha de ser, destinado por el Ayuntamiento de la capital a obras de primer establecimiento; en los restantes municipios, para dicha clase de obras, pero dejando un 15 % como recurso ordinario de sus presupuestos. Prevee también la medida tutelar por parte del Cabildo de poder retener el producto de la participación de los municipios de población inferior a los diez mil habitantes, para que sea el propio Cabildo el que realice en los términos respectivos obras del primer establecimiento.

4.^a—En una disposición adicional se prevee que en el supuesto de que cualquiera de los otros Cabildos Insulares del Archipiélago obtuviese autorización para percibir (entre los mismos y los Ayuntamientos de su isla) más de un 4 % ad valorem, automáticamente queda autorizado para elevarlo hasta tal cuantía, destinando su producto al pago de sus «obligaciones legales».

Cuando se dio esta circunstancia, el Cabildo de Tenerife, por acuerdo de 21 de enero de 1959, elevó el arbitrio al 4 %, más el recargo del 1 % de la Carta intermunicipal, con efectos del 1.º de enero de dicho año.

La isla de La Palma tramitó también su Carta intermunicipal económica, que aprobó el Consejo de Ministros en 10 de agosto de 1954, si bien ordenaba a la Corporación insular la introducción de determinadas modificaciones sobre su propuesta, que acordó introducirlas el Cabildo en sesión de 14 de diciembre siguiente y que fueron elevadas al Ministerio de la Gobernación el 21 de enero de 1955.

Las bases de distribución entre el Cabildo y los Ayuntamientos son idénticas a las de Tenerife; el tipo es el del 2 % ad valorem y la cuantía a destinar por las Corporaciones municipales a gastos de primer establecimiento se fija mediante acuerdos entre cada Ayuntamiento y el Cabildo, resolviendo, caso de disconformidad, el Gobernador Civil, oído el Jefe del Servicio Provincial de Inspección y Asesoramiento.

En virtud de la Carta intermunicipal económica de la isla de La Gomera, el Cabildo cede a favor de los Ayuntamientos una quinta parte del producto del arbitrio (o sea un 1 % del valor de la mercancía); las Corporaciones municipales han de destinar su participación en un 30 % como mínimo a obras de primer establecimiento y la distribución entre los municipios se realiza mediante acuerdo entre el Cabildo y los Ayuntamientos.

También la isla de Fuerteventura tiene aprobada su Carta económica intermunicipal, en virtud de la cual los Ayuntamientos perciben un recargo de un 100 % sobre el primitivo tipo del arbitrio insular del 2 %, o sea otro 2 % sobre el precio de la mercancía,

Las islas de Lanzarote y El Hierro no tienen aprobadas Cartas intermunicipales, pero si tienen autorización ministerial para dis-

tribuir una parte del importe de sus arbitrios sobre importación y exportación entre los municipios de la isla respectiva. En la primera de éstas, de la recaudación del 5 % ad valorem destina un 36'75 % para distribuir entre los Ayuntamientos, en porcentajes que van descendiendo desde el de Arrecife, que es de un 45'918 % del 36'75 % hasta el de Tinajo, que es de un 6'196 %. En la de El Hierro del producto del 5 % ad valorem distribuye un 10 % entre los dos Ayuntamientos, en razón de un 6 % para el de Valverde y un 4 % para el de Frontera.

Arbitrio sobre alcóholes y aguardientes

La Real Orden de 22 de noviembre de 1916, dictada a solicitud de los Cabildos insulares de Gran Canaria, La Palma y Tenerife, autorizaba a estas corporaciones, a «gravar con un impuesto los alcóholes y aguardientes de importación y fabricación en dichas islas», cuya cuota era de 0'20 ptas. por litro que se importara y con 0'10 el de elaboración en las islas, basándose en lo que disponía el apartado 3.º letra C) del artículo 50 de la Ley de 11 de julio de 1912, en relación con el párrafo 4.º del artículo 136 de la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877 y precisaba que su autorización no habría de menoscabar en ningún caso las facultades y competencias que al Ministerio de Hacienda concedía la Ley de Puertos Francos de 6 de marzo de 1900.

La tarifa sufrió diversas alteraciones y al solicitar el Cabildo de Tenerife su convalidación en 1946 era de 0'20 ptas. para los alcóholes hasta de 60 grados y de 0'60 para los de graduación superior.

La ordenanza establece que tendrán derecho a la devolución del impuesto los fabricantes, comerciantes y almacenistas, por los alcóholes y aguardientes neutros y cofiacs, licores y demás aguardientes compuestos que exporten, en los siguientes términos:

A) Los que exporten alcóholes y aguardientes neutros y aguardientes compuestos que hayan sido importados, percibirán lo que hubiesen satisfecho a la importación respecto al primer cupo, siempre que no se altere su graduación.

B) Los que exporten alcóholes de fabricación insular la cuota que corresponda a su graduación, siempre que ésta no haya sido alterada después de elaborada.

C) Los que exporten aguardientes compuestos, el derecho correspondiente al volumen real de alcohol invertido en su elaboración, según la cuota que proceda conforme a su graduación.

El Cabildo Insular de Tenerife aprobó en 1966 una modificación de la ordenanza, en la que especificando que se tomará como base el precio cif, dispone que se aplicarán los siguientes tipos, por importación.

1.—Alcóholes neutros, sea cual fuere su graduación y naturaleza: el 6‰ los de procedencia nacional y el 8‰ los de procedencia extranjera.

2.—Aguardientes y licores de todas clases, con inclusión de cualquier especie de alcóholes compuestos, según la siguiente escala: de precio inferior a 25'00 ptas. litro, el 8‰; entre 25'00 y 50'00, el 10‰, de precio superior a 50'00, el 12‰.

Para los de fabricación insular, alcóholes y aguardientes hasta de 60 grados, por litro 0'50; de graduación superior 0'90 litro.

Este arbitrio sólo lo tienen establecido, como se dijo, los Cabildos insulares de Gran Canaria, La Palma y Tenerife.

Arbitrio sobre el tabaco

El arbitrio sobre el «consumo del tabaco elaborado» fue autorizado al Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, al serle aprobada una Carta municipal económica, por Orden Ministerial de 20 de julio de 1934. La Junta Técnica del Estado, con fecha de 26 de mayo de 1937, lo hizo extensivo a todo el Archipiélago Canario, condicionándolo a que «sean los Cabildos Insulares los encargados de su exacción y administración y a que su rendimiento se dedique, exclusivamente, a remediar las necesidades derivadas del paro obrero involuntario, beneficiando así tan sólo y de modo directo a las personas afectadas por esta situación».

La misma resolución autorizó también para establecer un ar-

bitrio de 10'00 ptas. kg. de «tabaco elaborado que se importe en las Islas»,¹ dedicando su producto al mismo fin.

Los gastos de recaudación son de cuenta de los respectivos Cabildos y su producto se distribuye en un 30% a las Corporaciones insulares, para la realización de obras con el indicado fin y el 70% restante a repartir mensualmente entre los Ayuntamientos, en proporción al número de habitantes del Municipio, según el último padrón quinquenal aprobado.

Los Cabildos están autorizados para la inspección de las obras que los Ayuntamientos realicen con el producto de este arbitrio.

Impuesto sobre la gasolina

El Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927 dispuso que la reparación y conservación de las carreteras, que estaba en aquellos momentos encomendada en las provincias de la Península al Patronato de Firms especiales, lo estaría en las islas de Gran Canaria y Tenerife a las sociedades denominadas «Real Automóvil Club», bajo la inmediata inspección de las Jefaturas de Obras Públicas.

Dicha disposición suprimía en las islas el impuesto de Rodaje, establecido por el Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1926 y lo sustituía en el Archipiélago por un «impuesto de 0'08 ptas. litro de gasolina consumida por los elementos de transporte mecánico», impuesto que se cobraría por los Cabildos insulares, distribuyendo su producto en un 65%, a entregar, con el indicado fin, al Real Automóvil Club, reteniendo el 35% restante las Corporaciones insulares, que «vendrían obligadas a invertirlo en la conservación y reparación de los caminos a su cargo».

A partir del año 1936 y basándose en la autorización que con-

¹ Las bases de percepción y tipo de gravamen, son las siguientes:

Cajetilla de cigarros, hasta de 15 unidades, cuyo precio sea inferior a 0'40, ha de abonar 0'05; si excede de 15 cigarrillos, por dicho número o fracción, 0'05 más; si el precio es superior a los 0'40, el gravamen es de 0'20. Los cigarros puros hasta 0'40 ptas. unidad, abonarán 0'05, si exceden de dicho precio, 0'10. Cualquier otra forma en que se presente el tabaco, por cada 100 gramos, 0'10 ptas.

cedía el Decreto de 4 de diciembre de 1931, aumentó el Cabildo Insular de Tenerife este impuesto en 0'03 pts. con destino a sus atenciones ordinarias.

Cómo grava la gasolina consumida por los transportes mecánicos terrestres, queda exenta la que entre en las islas y sea reexportada y la que se destina a otros fines distintos de aquéllos.

Las graves repercusiones que la Guerra civil española y la segunda Guerra mundial produjeron en la economía de las Islas, motivó la creación en el Archipiélago, en la persona del Capitán General, del denominado Mando Económico, que dió lugar entre otros organismos, a la llamada Junta de Carburantes Líquidos, que percibió el impuesto sobre la gasolina, modificándolo en algunos particulares y resolviendo sobre el destino de su producto, aun que, antes de su creación, por acuerdo de la Junta Provincial del Paro Obrero de Santa Cruz de Tenerife, de 17 de julio de 1941, acordó conceder al Capitán General de Canarias la cantidad de 250'000'00 ptas. «para obras de carreteras de interés militar en la provincia», con cargo a la participación del Cabildo de Tenerife.

Continuó en vigor este sistema, en cuyo detalle no entramos, por no tratarse durante este tiempo de un arbitrio que percibieran los Cabildos, hasta que el Decreto de 4 de febrero de 1960, convalidó la «exacción establecida en las Islas Canarias sobre la gasolina consumida por el transporte mecánico», declarándola sometida a la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 26 de diciembre de 1958.

Con arreglo a la misma, son órganos gestores de esta exacción los Cabildos Insulares, «auxiliados por la Junta Administrativa de Obras Públicas», para la inspección de la recaudación, sin perjuicio, añade, de las facultades que le competen al Ministerio de Hacienda.

Declara que es «objeto de la presente exacción el consumo de gasolina en todo el territorio del Archipiélago canario»; que son sujetos directamente obligados los consumidores de este producto; que el devengo se realizará en el momento del suministro, que la base y tipo de gravamen es 0'33 pts. el litro, que se distribuye en 0'29 a ingresar en las Juntas Administrativas de Obras Públicas y el 0'04 corresponde al Cabildo de la isla en que se haya producido el acto del devengo; que la «recaudación se aplicará a la

reparación y conservación de las carreteras de las Islas Canarias» y que los actos de gestión son recurribles en vía económico-administrativa y, en su caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En las Disposiciones finales establece que la modificación de esta exacción sólo podrá hacerse por Ley votada en Cortes, a excepción de las normas relativas a su administración y que desde su entrada en vigor, a los 20 días de la publicación, «queda derogado específicamente el Acuerdo del Banco (sic) Económico del Archipiélago canario, por el que se elevó el impuesto creado por Real Decreto de 3 de julio de 1930.»

Es de notar que la Orden de convalidación de los arbitrios insulares de 18 de diciembre de 1947, a que ya no hemos referido, en su resolución primera declara que convalidaba «los arbitrios sobre alcóholes y sobre el consumo de gasolina y tabaco, en las condiciones en que vienen haciéndose efectivos en la actualidad».

Los arbitrios especiales y las Cartas económicas de las Islas y su repercusión

Como antes dijimos, la mayoría de las islas del Archipiélago lograron la aprobación de Cartas económicas que abarcan la totalidad de sus respectivos municipios, que se nutren con recargos o participaciones sobre el arbitrio de importación y exportación de su Cabildo, lo que ha permitido a los Ayuntamientos canarios un desenvolvimiento más desahogado de su vida o los cabildos están autorizados a cederle parte de su productos.

Tales circunstancias determinaron que, al establecerse en el texto refundido de la Ley de Régimen Local, de 24 de junio de 1955, las obligaciones de cooperación y nivelación de los presupuestos municipales por parte de las Diputaciones provinciales, los Cabildos no se considerasen afectados por la misma y en tal sentido se dirigen al Ministerio de la Gobernación, el que resolvió, por Orden de 18 de octubre de 1956, declararlos exceptuados.

Esta disposición, en la que se recogen los antecedentes y características de las Cartas, merece ser conocida. Dice así:

«Varios Cabildos insulares de Canarias han dirigido a este

Ministerio razonados escritos solicitando que se les declare relevados de las obligaciones que sobre cooperación y nivelación de presupuestos municipales establece de una manera general sobre las Diputaciones provinciales de régimen común la vigente Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955, en sus artículos 255 y 573.

Al decidir sobre ambas cuestiones, preciso es considerar, de una parte, que el artículo 210 de la expresada Ley consagra las peculiaridades del Archipiélago canario, que viene disfrutando de un régimen especial de Cartas intermunicipales que excluye, por ahora, la exacción del arbitrio sobre riqueza provincial, por lo que parece indudable que las disposiciones legales sobre nivelación y cooperación no son aplicables a los Cabildos afectados por aquel régimen, máxime cuando ambas obligaciones constituyen las finalidades esenciales del expresado arbitrio.

Por otra parte, las Cartas intermunicipales vigentes en el Archipiélago contienen la obligación para los Cabildos de destinar importantes cantidades a obras y servicios municipales, que tienen la consideración de gastos de primer establecimiento, con lo que la misión obligatoria e inexcusable de cooperación impuesta por el artículo 156 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 viene cumpliéndose en forma de subvenciones y participaciones en determinados recursos, percibiendo los Ayuntamientos un recargo hasta del 100 por 100 sobre el arbitrio insular de importación y exportación, y sin que en la reforma operada en las Haciendas locales en 1953 se haya reforzado la de los Cabildos, que tampoco recibieron compensación alguna con motivo de la supresión de los Fondos de Corporaciones locales y de cooperación provincial y del recargo sobre las cuotas de la Contribución Territorial, riqueza rústica; por todo lo cual es indudable que si a ellos se aplicara el régimen general de las Diputaciones provinciales en cuanto a las obligaciones de nivelación y cooperación, se provocaría colapso de sus Haciendas y obligaría a someter a revisión el problema económico del Archipiélago canario.

Finalmente, preciso es reconocer que en el régimen actual los Cabildos insulares no tienen necesidad de acudir a nuevos dispositivos para continuar otorgando a los Ayuntamientos su tradicio-

nal apoyo, que implica una auténtica labor de cooperación, amplia y eficazmente prestada, sin que sea, por lo tanto, aconsejable variar o dislocar un régimen y una organización ya de antiguo establecidos con el beneplácito y hasta la gratitud de los Municipios afectados.

En consideración a lo expuesto, este Ministerio ha tenido a bien declarar que los Cabildos insulares de Canarias, afectados por el régimen de Cartas intermunicipales, están exceptuados de las obligaciones que sobre cooperación a los servicios municipales y nivelación de presupuestos municipales deficitarios establecen para las Diputaciones provinciales los artículos 255 y 573 de la vigente Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955».

A consecuencia del régimen económico especial de los Cabildos, no se aplicó en el Archipiélago el Impuesto sobre la riqueza provincial y al dictarse la Ley de reforma del sistema tributario de 11 de junio de 1961, al sustituir aquél por el del Tráfico de empresas, tampoco tuvo efectividad en las Islas.

La disposición final 3.^a de la Ley 85/1962, de 24 de diciembre, dispuso que «El Gobierno dictará las medidas especiales que sean precisas para la aplicación de esta Ley en las provincias del Archipiélago Canario, así como en Ceuta y Melilla, atendidas las peculiaridades de su régimen local», las que se concretaron en el Decreto 239/63 de 7 de febrero, que dispuso la aplicación de la Ley en Canarias y en los Ayuntamientos de Ceuta y Melilla, aunque señalando la siguiente excepción con respeto a este Archipiélago: «En las Islas Canarias continuará en vigor el régimen actual para la percepción de recargos o participaciones municipales en los impuestos sobre importación y exportación de mercancías, establecidos en favor de las Corporaciones locales».

El proyecto de Ley de Reforma de las Haciendas Locales de 1966

La publicación en el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* del 26 de abril de 1966, del proyecto de ley de «Reforma de las Haciendas Locales», que establecía en el n.º 2 de la Disposición final

2.ª, con carácter general, la supresión de los «impuestos especiales, tradicionales o extraordinarios sobre el consumo», preocupó grandemente a los Cabildos Insulares canarios.

Los borradores de enmiendas al proyecto, que excluyese de la norma general al Arbitrio sobre importación y exportación de mercancías de estas Islas, fueron de distintas tendencias, desde las que limitaban su contenido a interesar se incluyese una norma en virtud de la cual se respetasen «los arbitrios de importación y exportación atribuidos a los Cabildos Insulares y los recargos municipales establecidos sobre los mismos», pasando por las que interesaban se autorizase al Gobierno, o al Ministro de la Gobernación, para adaptar la nueva ley a las modalidades económicas de las Corporaciones del Archipiélago, hasta las más ambiciosas que aspiraban a que se reconociese en la nueva ley expresamente, no sólo la subsistencia de dicho arbitrio, sino también el de otros «peculiares que tienen establecidos y en vigor». Por último algunas destacadas personalidades consideraban que, para evitar cualquier posible interpretación, debiera solicitarse una declaración expresa derogatoria para las Corporaciones locales canarias, de la norma de la vigente Ley de Puertos Francos de las Islas, que establece la exención de toda clase de impuestos por la entrada y salida de mercancías por los puertos del Archipiélago.

Por último se presentaron dos, una cuyo primer firmante lo era el Presidente del Cabildo Insular de Gran Canaria y la otra el del de Tenerife, cuyos contenidos, respectivamente, fueron los siguientes:

«Disposición final tercera.—*Régimen de Canarias*.—No siendo de aplicación en Canarias en artículo 233 de la Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964, a tenor de lo prevenido en el artículo 229-2 de la misma, ni por tanto, lo establecido en el artículo 3.º de esta Ley, los Cabildos insulares y los Ayuntamientos de las dos provincias del Archipiélago continuarán percibiendo los arbitrios y demás recursos que vienen exaccionando, sin perjuicio de la aplicación de los restantes previstos en el presente ordenamiento».

Y, la presentada por el Presidente del Cabildo Insular de Tenerife decía:

«*Régimen de Canarias*.—Los Cabildos Insulares y los Ayunta-

mientos de las dos provincias canarias continuarán percibiendo los arbitrios y demás recursos que viene exaccionando, sin perjuicio de la aplicación de los previstos en la presente Ley a excepción del establecido en el artículo 233 de la de Reforma Tributaria, de 11 de junio de 1964, y el 3.º de la presente norma, a tenor de lo prevenido en el 229-2 de aquéllas».

Además de las enmiendas mencionadas, suscritas en primer término por los titulares de las presidencias de los nombrados Cabildos, como Procuradores en Cortes por las Mancomunidades Provinciales Interinsulares de las dos provincias, Don Federico Díaz Bertrana y Don José Miguel Galván Bello, se presentó otra cuyo primer firmante, Don Ramón Muñoz González Bernaldo de Quirós, proponía se declarase que,

«Quedan liberados de la anterior anulación /prevista en la Disposición final 2.ª-2/ todos los impuestos y arbitrios, tradicionales o no, que tengan establecidos los Cabildos Insulares de las Islas Canarias», enmienda que justificada en que «Los arbitrios sobre la importación y exportación establecidos en favor de los Ayuntamientos y Cabildos de las Islas Canarias son casi la única asistencia económica a sus presupuestos ordinarios, lo que motiva que no se puedan suprimir, pues ello equivaldría a decretar el cierre de todos los Organismos locales de Canarias, a no ser que se estableciese la compensación en la forma regulada por la Ley».

La Comisión especial de las Cortes nombrada para dictaminar este proyecto de ley propuso se incorporase una Disposición final segunda redactada en los siguientes términos:

«*Delegaciones legislativas.*—Al amparo de lo establecido en el artículo 10, apartado 4, de la vigente Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, se autoriza al Gobierno para que, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno, someta al Jefe del Estado proyectos de disposiciones con fuerza de ley cuyo contenido consista:

3.º—En las normas necesarias para la aplicación de esta Ley en las provincias del Archipiélago Canario..... atendidas las peculiaridades de su régimen local».

Rechazada, al tiempo, la Comisión la enmienda del Sr. Muñoz Bernaldo de Quirós y proponía que la Disposición final tercera

de supresión de arbitrios provinciales sobre el consumo quedase redactada en los siguientes términos: «A partir de la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sin efecto los impuestos especiales tradicionales o extraordinarios sobre el consumo implantados por las Diputaciones provinciales a tenor del artículo 654 de la Ley de Régimen Local vigente».

A pesar de la duda que planteaba el empleo del verbo *implantados*, los Procuradores en Cortes por las Islas, y algunos otros nacido en ellas, como Don Rafael Díaz-Llanos y Lecuona, intervinieron en las discusiones del proyecto en la Comisión, y lograron la inclusión de una Disposición final 9.^a a la Ley que se aprobó con el n.º 48/1966, de 23 de julio, y el nombre de «Ley sobre modificación parcial de la de Régimen Local», inserta en el Boletín Oficial del Estado-Gaceta de Madrid, de 25 del mismo mes, que dice:

«APLICACION DE ESTA LEY A CANARIAS, CEUTA Y MELILLA. Los preceptos de esta Ley son de aplicación a las islas Canarias, Ceuta y Melilla, con las salvedades que a continuación se expresan en razón de su peculiar régimen local.

a) Los Cabildos Insulares no percibirán el arbitrio provincial sobre el tráfico de empresas.

b) Los Ayuntamientos de las provincias de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife no participarán en el Fondo Nacional de Haciendas Municipales, sin perjuicio de las compensaciones que procedan conforme al artículo séptimo de esta Ley.

c) Los Ayuntamientos de Ceuta y Melilla sólo percibirán el cincuenta por ciento de lo que, por aplicación de la Ley, les correspondería del citado Fondo.

Todas las Corporaciones insulares y municipales a que esta disposición se refiere, continuarán recaudando los mismos arbitrios, percepciones y recargos sobre la importación y exportación de mercancías que actualmente vienen percibiendo».

Con su inclusión logran se reconociese la excepción al principio general de supresión de arbitrios sobre el consumo, al tiempo que la inseguridad de regulación por nueva disposición emanada del Gobierno.

Como se observa, esta disposición hace referencia expresa a los «arbitrios, percepciones y recargos sobre la importación y ex-

portación de mercancías que actualmente vienen percibiendo», tanto los Cabildos, como los Ayuntamientos de las dos provincias canarias, pero no hay norma expresa que mencione los arbitrios sobre tabacos, alcóholes y gasolina.

Por lo que al de la gasolina se refiere, como más atrás se dijo, está hoy regulado por el Decreto de 4 de febrero de 1960, que lo declara sometido a la Ley de Tasas y Exacciones Parafiscales de 26 de diciembre de 1958 y de cuya exacción estatal perciben determinada participación cada uno de los siete Cabildos y no parece que la Ley de 23 de julio de 1966 pueda afectarle.

En cuanto a los arbitrios sobre el tabaco y los alcóholes, si bien directamente no los menciona dicha norma legal, como la Disposición final 6.^a, en su párrafo 2.^o, remite para las compensaciones por arbitrios que se suprimen, al artículo 233, párrafo 6.^o, de la Ley 41/1964, de once de junio y el mismo no es de aplicación a los Cabildos Insulares, ha de entenderse que tampoco ha querido suprimirlos.

Veamos ahora cual sea la actual situación de los distintos arbitrios especiales a los que nos venimos refiriendo:

Arbitrio sobre importación y exportación

Los Cabildos de las islas de Gran Canaria y Tenerife efectivan un 5 % sobre el valor de la mercancía, del que un 2 % corresponde a los Ayuntamientos de las respectivas islas.

El de El Hierro percibe también un 5 % y cede a los Ayuntamientos un 10 % de su producto.

El de La Gomera también percibe un 5 % y del mismo participan en un 1 % los Ayuntamientos.

También el de Lanzarote efectiva un 5 %, del que cede a los Ayuntamientos un 36'75 % de su producto.

El de La Palma percibe un 4 %, del que un 2 % está destinado al Cabildo y el otro 2 % a los Ayuntamientos.

Y el de Fuerteventura percibe también un 4 %, con igual distribución que el anterior.

Pero, además, los Cabildos de Tenerife y La Palma están autorizados para efectivar unos recargos, cuyo producto está destina-

do especialmente a determinados fines: el de Tenerife, por Real Orden de 18 de julio de 1926 y consiste en los de 0'10 por litro de cerveza; 4'00 por 100 Kg. de abono, 1 % ad valorem por automóvil, camión, motocicleta, bicicleta, etc.; un recargo de 0'30 por litro de alcohol, aguardientes y licores, todos ellos por importación, y 0'10 por huacalito de plátano con peso hasta de 15 Kg.; 0'30 por bulto de plátanos racimos sueltos, con peso máximo de 85 Kg.; 0'15 por bulto de tomate, con peso hasta de 15 Kg.; 0'10 por bulto de cebollas, con peso máximo de 50 Kg., y de 10'00 por cada 1,000 Kg. de tabaco elaborado. Su producto se destinará «exclusivamente a la construcción y terminación de las carreteras que cita y a subvencionar a la Junta de Obras del Puerto para la terminación de éste, cesando en cuanto queden cubiertas aquellas atenciones en la forma y cuantía que se expresan». En la solicitud del Cabildo se interesó también un recargo de 0'20 litro de vino que se importara, que quedó limitado, por la R. O. citada, a los de procedencia extranjera.

Para el Cabildo de La Palma, la Real Orden de 6 de mayo de 1929, le autorizó para percibir un recargo de 1 % ad valorem sobre los arbitrios de importación y exportación y sobre alcoholes, pero excluyendo los que se mencionaban en la Real Orden de 4 de noviembre de 1924, como lo son el arroz, aceite, y otros considerados de primera necesidad. El destino, como en el caso de Tenerife, es el de hacer frente a la participación del Cabildo en el convenio con el Estado para la construcción de carreteras de la isla, así como para el plan de caminos vecinales.

Naturalmente, en el anterior resumen se han indicado los porcentajes que de hecho perciben Cabildos y Ayuntamientos, sin repetir los que, como ya se ha dicho, proceden de cesión por las Corporaciones insulares o de recargos autorizados por las respectivas Cartas.

Arbitrio sobre alcóholes

Sólo lo perciben los Cabildos de Gran Canaria, La Palma y Tenerife, con los indicados recargos en estas dos últimas islas, según se ha señalado en el párrafo anterior y en virtud de las citadas Reales Ordenes de 18 de julio de 1926 y 6 de mayo de 1929.

EJERCICIO ECONOMICO DE 1.965

CUADRO EN EL QUE SE RESUMEN LOS **INGRESOS** DE LOS CABILDOS INSULARES Y AYUNTAMIENTOS DE LAS 7 ISLAS; DISCRIMINADOS LOS INGRESOS PERCIBIDOS POR CARTA MUNICIPAL Y ARBITRIOS ESPECIALES

CABILDOS	Presupuesto liquidado de 1.965	Importe del Capítulo I	Porcentaje	Liquidado por					Porcentaje con relación al total del Presupuesto	Importación y Exportación liquidado con destino a los Ayuntamientos	Tabaco liquidado para los Ayuntamientos	TOTAL participaciones de los Ayuntamientos
				Alcoholes	Tabaco	Gasolina	Recargo para carreteras	Totales				
GRAN CANARIA	216.823,449' =	69.129,153' =	31,88	5.644,933' =	1.500,000' =	1.047,792' =	4.340,854' =	165.505,989' =	76	101.981,606' =	3.500,000' =	105.481,606' =
LA PALMA	38.526,791' =	8.360,774' =	21,70	46,722' =	180,221' =	130,936' =	9.200,000' =	21.926,404' =	56	12.368,525' =	420,516' =	12.789,041' =
TENERIFE	239.564,506' =	49.136,248' =	20,51	2.187,750' =	812,430' =	2.467,018' =	5.663,548' =	216.446,171' =	90	120.864,679' =	3.818,301' =	124.682,980' =
EL HIERRO	2.767,170' =	1.028,384' =	37,16	—	15,535' =	7,488' =	2,171' =	2.091,211' =	75	229,557' =	36,253' =	265,810' =
FUERTEVENTURA	3.580,000' =	1.319,159' =	36,84	—	29,769' =	31,375' =	9,098' =	2.742,675' =	76	2.672,432' =	69,460' =	2.741,892' =
LA GOMERA	10.733,876' =	2.778,846' =	25,80	—	53,426' =	19,400' =	5,626' =	5.248,715' =	48	3.446,841' =	124,660' =	3.571,501' =
LANZAROTE	16.675,000' =	4.973,845' =	29,83	—	82,500' =	589,448' =	170,939' =	11.456,106' =	68	6.166,573' =	192,500' =	6.359,073' =

Arbitrio sobre el tabaco

Lo efectivan los Cabildos de las siete islas, con iguales tarifas y participaciones de los Ayuntamientos.

Arbitrio sobre gasolina

También lo perciben los siete Cabildos insulares y su participación, así como la de las Juntas Administrativas de Obras Públicas es igual. Además, el Cabildo Insular de Tenerife cobra otro 0'03 por litro, desde el año 1936, con destino a sus atenciones ordinarias.

Palabras finales

Concientemente nos hemos limitado al hacer esta exposición de los arbitrios especiales de las Islas Canarias, a estudiar su evolución y regulación, sin entrar en el espinoso campo de su calificación, ni de su posible interferencia con las normas de desgravación de la Ley de Puertos Francos.

Nos encontramos en los momentos en que hacemos esta exposición en Las Palmas con un hecho cierto: la convalidación expresa por la Ley de 23 de julio de 1966 de los Arbitrios sobre la importación y la exportación de los Cabildos y de las percepciones y recargos que en los mismos efectivan los Ayuntamientos de las siete islas.

También nos hallamos ante una convalidación tácita de los arbitrios sobre el tabaco y alcoholes, para los que, además de la razón ya expuesta, habría que considerar la extensión que la citada Ley haya querido dar a sus normas de supresión de los que recaen sobre el «consumo»: si la restrictiva, que invocó el Ministerio de Hacienda con ocasión de la Ley 85/1962, que lo refería a los de los artículos de «comer, beber y arder» núcleo originario de la llamada Contribución de Usos y Consumos, o la extensiva, que entendiera a todos aquellos que habían estado comprendidos en la citada Con-

tribución, que habían abarcado a otros muchos, aparte de los de «comer, berber y arder».

Aparte de este problema, que consideramos aun no resuelto, quiero destacar que para todos estos arbitrios especiales, o al menos para la mayoría, se siente la necesidad de una regulación igual para las siete islas, tanto en la estructura, bases y tarifas, como en la valoración de productos ¿Cómo afrontarlo? ¿Serán capaces de hacerlo las propias Corporaciones insulares a través de reuniones conjuntas de sus Mancomunidades? ¿Será necesario que sea impuesto desde el Gobierno? Consideramos que no cabe dudar que el primero de estos sistemas es el más deseable.

Pero antes de terminar queremos dejar reflejados unos datos estadísticos, referidos a los presupuestos liquidados de 1965, que comprenden la recaudación por cada uno de estos arbitrios, tanto por lo que efectivan los Cabildos, como los Ayuntamientos, el porcentaje que representa la recaudación de los mismos en el total de sus presupuestos, como igualmente el de sus capítulos primeros de gastos, reflejo, aunque incompleto, del coste de recaudación de estos arbitrios. De su contemplación se deduce, así como de los cálculos hechos sobre el posible rendimiento del Arbitrio provincial sobre el tráfico de empresas, que también vamos a dar, que cualquier intento de modificación del vigente sistema en estas islas requiere un muy detenido y meditado estudio, si no quiere producirse un colapso en la economía de las Corporaciones locales canarias.

Daremos, por último, cuenta de una moción elevada al Cabildo de Tenerife referida a la Ley de 27 de diciembre de 1962, que refleja circunstancias y fundamentos merecedores de ser conocidos, sin que ello signifique que las suscribamos íntegramente, así como de un estudio hecho por la propia corporación en 1966, que también contiene datos de notorio interés.

Estudio sobre posibilidad de acogerse al régimen común Cabildo de Tenerife - 1966

En caso de supresión de estos arbitrios se implantaría automáticamente el régimen común, representado en este aspecto por

el arbitrio provincial sobre el tráfico de empresas creado por el artículo 233 de la Ley de Reforma Tributaria, en sustitución del extinguido arbitrio sobre la riqueza provincial. Sin embargo, ya la citada Ley de Reforma Tributaria ha tenido en cuenta la especialidad fiscal existente en las Islas Canarias, por cuanto su artículo 229 establece que, para ellas y con referencia al arbitrio estatal, solo tendrán vigencia los epígrafes c), d) y e) del 186 del citado texto legal. Por tanto, al recaer el expresado arbitrio provincial sobre las mismas bases que el estatal, con las excepciones previstas en el mismo artículo 233, solamente se exaccionarían en las Islas los citados epígrafes c), d) y e), más los impuestos especiales del n.º 1 del artículo 212 de la invocada Ley de Reforma Tributaria, en la cuantía resultante de aplicar un tipo no inferior al 30 ni superior al 40 % con relación al estatal.

Según datos suministrados por la Delegación de Hacienda de esta Provincia, la recaudación por este arbitrio en el pasado año de 1.965 produjo un total de 40,046.395 ptas. discriminado en los siguientes epígrafes:

Obras (art. 186, c)	7.064.262	
Servicios (art. 186 e)	8.190.888	
Servicios Bancarios art. 196	6.078.026	} 13.066.960.—
Seguros (art. 197)	1.729	
Transportes (art. 198)	6.987.205	
Hostelería	4.360.192	
Espectáculos	29.385	
Otros espectáculos	5.573	
Convenios nacionales	691.602	
Convenios provinciales	<u>6.637.533</u>	
Total	40.046.395	

De ellos hay que deducir los relativos a servicios bancarios, seguros y transportes, excluidos del ámbito del arbitrio provincial por el artículo 233, 2) de la Ley de Reforma Tributaria, y que importan pesetas 13.066.960.—, restando solamente 26.979.435 ptas., cifra que aun debe ser corregida por la parte que en los convenios nacionales y provinciales corresponda a los epígrafes deducidos, pero que sirve como base de estimación. Los datos correspondien-

tes a los impuestos especiales no han podido ser obtenidos con exactitud, ya que las cifras incluyen los impuestos de importación y fabricación, pero puede hacerse también una estimación aproximada con arreglo al siguiente cuadro:

Impuestos especiales

	<u>Fabricación</u>	<u>Importación</u>	<u>Total</u>
Alcoholes	20%	80%	7.583.447.—
Achicoria	—	100%	185.553.—
Cerveza y bebidas refrescantes	80%	20%	10.076.866.—

Restando por tanto para el arbitrio provincial una cuota estatal de 9.578.182 Ptas. aproximadamente, que sumada a la anterior de 26.979.435 Ptas. arroja un total de 36.557.617 Ptas. Esta cantidad es la cuota del arbitrio estatal, siendo la del provincial el 40%, como máximo, por lo que obtendríamos para este último un rendimiento de 14.623.046 Ptas. en toda la provincia.

Por contra, los arbitrios insulares sobre importación y exportación de mercancías en el mismo ejercicio, incluido el recargo correspondiente a los Ayuntamientos, produjeron, solamente en la Isla de Tenerife, una recaudación de 256.076.134 Ptas.; correspondiente 207.675.603 Ptas. al de importación, y 48.400.531 Ptas. al de exportación. La comparación de estas cifras evidencia el quebranto que supondría para la economía de las Corporaciones Locales Canarias la desaparición de los repetidos arbitrios sobre exportación e importación de mercancías y su sustitución por el arbitrio provincial sobre el tráfico de empresas.

Moción al Cabildo de Tenerife en 1962

El Boletín Oficial del Estado, Gaceta de Madrid, número 310, de 27 de diciembre de 1962, publica la Ley número 85, de 24 de diciembre próximo, conocida por el nombre de Ley de Reforma de las Haciendas Locales.

Su disposición final tercera establece: «El Gobierno dictará las medidas especiales que sean precisas para la aplicación de esta

Ley en las Provincias del Archipiélago Canario, así como Ceuta y Melilla, atendiendo las peculiaridades de su Régimen Local».

Por otra parte, llega hasta nosotros, en forma oficiosa, el informe emitido por el ilustrísimo señor Presidente de la «Ponencia de Financiación del Plan de Desarrollo Económico», al que nos vamos a referir, concretando nuestra exposición a aquellos párrafos que de manera directa afectan al porvenir económico de nuestra Hacienda insular, por plantearse en los mismos la cuestión de subsistencia o no de nuestro histórico arbitrio, que gravita sobre la entrada y salida de mercancías por los puertos y aeropuertos de esta Isla.

Efectivamente; el informe a que aludimos consta de once párrafos y cuatro conclusiones, en las que se expresa el criterio de dicha Ponencia con respecto a las franquicias de Canarias; pero, por referirse concretamente al arbitrio de entrada y salida de mercancías, transcribiremos al pie de la letra los párrafos 7, 8, y 9, por el interés que encierran.

«Párrafo séptimo.—Por esta razón, no resulta aplicable a estos impuestos, el texto legal que se invoca: *«Serán libres de todo derecho o impuesto, sea cual fuere su denominación, todas las mercancías que se importen o exporten en Canarias»*, texto que, por otra parte, *no ha impedido a las propias Autoridades locales, basar precisamente en estas operaciones de tráfico, la percepción de una parte importante de sus ingresos»*.

«Párrafo octavo.—Y no parece justificado que mientras para los impuestos estatales se propone pura y simplemente su supresión, tanto a la fabricación como a la entrada en las Islas, la propuesta admite la subsistencia del arbitrio Insular a la importación como principio general, con determinadas excepciones».

«Párrafo noveno.—La Ley de Reforma de las Haciendas Locales, en su disposición final tercera, parece ofrecer marco adecuado para resolver esta cuestión de los arbitrios insulares teniendo en cuenta las condiciones particulares del Archipiélago».

De estos tres párrafos que acabamos de transcribir, podemos sacar estas conclusiones:

a).—Que son las Autoridades locales las que han creado el arbitrio que comentamos.

b).—Que existe manifiesta incompatibilidad entre nuestro arbitrio y los impuestos estatales, y

c).—Que la disposición final tercera es el arma de que puede valerse el Ministerio para dejar sin efecto la vigencia de este nuestro histórico arbitrio.

Estas tres conclusiones, que condensan los tres párrafos aludidos, constituyen un peligro de amenaza a nuestra Hacienda insular, lo que nos obliga a que salgamos al paso de cualquier solución contraria a nuestros privilegios o fueros fiscales, mediante los siguientes razonamientos:

— I —

1.º—Las operaciones de tráfico que han permitido a esta Corporación la percepción de una parte, no solamente importante de sus ingresos, como dice el párrafo séptimo, sino la más importante, como podemos asegurar nosotros, tiene sus antecedentes en el «Haber del Peso», que fue concedido al Cabildo de Gran Canaria por Real Cédula de 26 de Junio de 1501, bajo la forma de un impuesto directo, que gravaba la entrada y salida de mercancías y productos por los puertos de aquella Isla, sujetos a un arancel, que era copia fiel del otorgado al Cabildo de Sevilla.

El Adelantado Fernández de Lugo, conquistador de Tenerife, lo concedió al Cabildo de esta Isla en 20 de Junio de 1506, concesión ésta que fue ratificada por Reales Cédulas de los años 1510 y 1520.

2.º—Al publicarse la «Ley de reorganización administrativa del Archipiélago Canario» de 11 de Julio de 1912, se restablecen los antiguos Cabildos al amparo del artículo 5.º de dicho cuerpo legal, al afirmar, en una redacción fría y escueta, que desentona de la importancia y grandeza que tuvieron antaño dichas Corporaciones: se crean Corporaciones administrativas, denominadas Cabildos Insulares, en cada una de las siete Islas del Archipiélago Canario».

En cuanto al contenido de estos organismos, los remite a los que el artículo 74 de la Ley provincial de 29 de Agosto de 1882 atribuye a las Diputaciones provinciales; circunscribiendo sus facultades, en todo cuanto es propio y peculiar de cada Isla (Apartado A del artículo 5.º) y dándoles la consideración de Corporacio-

nes de categoría superior a los Ayuntamientos (Apartado B del mismo artículo); todo ello sin perjuicio de supeditar sus Haciendas a subvenciones voluntarias de los Ayuntamientos y a los demás arbitrios y recursos autorizados por la Ley Municipal, condicionando su uso al previo informe de las dichas Corporaciones municipales.

Esta mencionada Ley, que intentó solucionar el problema planteado al constituirse la Diputación Provincial del Archipiélago Canario, ante la expresa oposición de la Isla de Gran Canaria, dejó subsistente a la dicha Diputación, pero al absorber los Cabildos las facultades de ésta, en cuanto a los asuntos propios y peculiaridades de cada Isla, como hemos dejado dicho, dejaba sin efecto la razón de su existencia.

Por otra parte, la subsistencia económica de los Cabildos, gravitando a precario sobre los municipios, les imposibilitaba al hacer frente a las obligaciones que, por precepto de dicho cuerpo legal, les eran impuestas, dándose la paradoja, entre otras, de las establecidas, la de consignar en sus Presupuestos y como *primera partida*, el contingente repartido por la Diputación Provincial.

3.º—No ha de extrañar, pues, que ante este estado de cosas, esta inexplicable laguna, en cuanto a medios económicos propios, de la tan repetida Ley, fuesen los propios Cabildos los que volviendo la vista a su propia historia, solicitasen la reivindicación del histórico «Haber del peso», cuya importancia, según datos obtenidos en el Cabildo Insular de Tenerife, de las recaudaciones verificadas desde los años 1518 a 1883, ambos inclusivos, arrojaban para el primero 10.000 maravedises, y para el último 2.663.352 maravedises.

En consecuencia, esta Corporación, cumpliendo acuerdo de su Pleno en sesión celebrada el día 18 de Octubre de 1.913, elevó escrito en sentido reivindicatorio al Ministerio de Hacienda, que por Real Decreto de 14 de Febrero de 1.914 accedió a lo solicitado, resurgiendo, desde aquel momento el histórico arbitrio, teniendo como base de imposición la tonelada métrica y ocho tarifas que hacemos gracia mencionar:

Ahora bien, las dichas tarifas, que debiendo ser calculadas sin una base cierta, por tratarse de una nueva imposición, no fueron suficientes para hacer frente a las obligaciones que debía afrontar este Cabildo, que se encontró *con todo por hacer*, lo que le obligó

a actualizarla y, en consecuencia, le fué autorizado el aumento de las primitivas por Reales Ordenes de 31 de Mayo de 1.915, 12 de Marzo de 1.916 y 18 de Mayo de 1.918; es decir, conforme la práctica de los primeros pasos lo venía aconsejando.

La situación creada por el Movimiento Nacional de Liberación de 18 de Julio de 1.936; la guerra mundial de 1.939 a más de las disposiciones de nuestro Gobierno limitando la libertad del comercio, produce un colapso en la Hacienda insular, debido, precisamente, a la base del arbitrio, que hemos dejado establecido era el peso. Sin embargo, el Cabildo de Gran Canaria tenía como base de imposición el «ad valorem», y esta circunstancia le permitía compensar, en un elevado porcentaje, la disminución del comercio de entrada de mercancías, debido a las circunstancias extraordinarias que hemos señalado, con el aumento del valor que aquéllas venían experimentando por las mismas causas.

También hacemos gracia de describir la situación angustiosa que creó a la vida económica y administrativa de la Corporación, el discurrir de aquellos años, lo que la obligó a meditar sobre la conveniencia de seguir el ejemplo de Gran Canaria, y al publicarse el Reglamento provisional de las Haciendas locales de 25 de Enero de 1.946, en el que se establecía la obligación de convalidar ante el Ministerio de Hacienda los arbitrios tradicionales, se propuso, por acuerdo de la Comisión Gestora de esta Corporación, en sesión celebrada el 18 de Octubre de 1.946, la modificación de la base del «peso» al «ad-valorem» y la dicha convalidación, que se obtuvo por resolución del dicho Ministerio de 18 de Noviembre de 1.946, estableciéndose, en consecuencia, la tarifa del 3 por 100 sobre el valor de las mercancías o productos que entrasen o saliesen, no solamente por los puertos de la Isla, sino también por el aeropuerto, que ya se hallaba establecido.

4.º—Por otra parte, el desorbitado aumento demográfico de la Isla, que en el período comprendido entre los años 1.860 al 1.960, ambos inclusive, representan un 313'8 x 100, consecuencia de comparar los 93.709 habitantes que figuraban en el censo primero de los citados, con los 387.767 en 31 de Diciembre de 1.960, repercute de manera ostensible en los treinta y un Ayuntamientos de esta Isla, en especial, a partir del año 1.936, en que dicho incremento adquiere una amplitud desusada, aunque en distinta

proporción, entre dichos municipios, y si exceptuamos el de Vilaflor, que en la actualidad cuenta con 1.691 habitantes, podemos establecer el siguiente promedio de población:

<u>N.º de municipios</u>		<u>N.º de habitantes</u>	<u>Total habitantes</u>
1	con	1.691	1.691
8	«	2.311	18.488
10	«	4.623	46.230
2	«	6.935	13.870
2	«	9.247	18.494
2	«	11.559	23.118
2	«	16.183	32.366
1	«	17.783	17.783
1	«	22.377	22.377
1	«	57.530	57.530
1	«	136.000	136.000
			<hr/>
			387.767

En dicho cuadro hemos pretendido dejar patente cuáles son los núcleos de población más importante, pudiendo calificar a casi el resto como diseminados, y si a más agregamos que la superficie útil de la Isla es de 1.376'47 Km²., comparándola con los 387,767 habitantes que hemos dejado expresados, tenemos una densidad de población de 281'7 habitantes por Km².

También es necesario considerar, como consubstancial al hecho demográfico, la orografía de nuestro terreno y así nos explicamos las dificultades con que casi todos los municipios tropiezan por la diversidad de rasantes y condición volcánica del subsuelo, para la ejecución de obras de urbanización y salubridad como: alcantarillados, aceras, apertura de calles, abastecimientos de agua, alumbrado eléctrico, etc.

Para hacer frente a estas obligaciones mínimas, no son suficientes los medios económicos que autoriza a dichas Corporaciones municipales de Ley de Régimen Local vigente, y en consideración a la nueva corriente turística, que en ritmo acelerado afluye cada año en mayor número a estas Islas, era cuestión de principios y de propia estimación, como adelantados de España en el Atlántico, transformar sus pueblos, modernizándolos y dotándolos de aque-

llos servicios al menos indispensables y propios del siglo en que vivimos.

5.º—Ante estas necesidades económicas, estos municipios acostumbrados a resolver sus problemas, a través de la historia, por medio del Cabildo, vuelven sus ojos a esta Corporación, la cual, atenta siempre a su prestigio tradicional, consigna en su Presupuesto del año 1.951 un crédito de 10.000.000 de pesetas —aproximadamente un 1 por 100 de su recaudación por el arbitrio de entrada y salida de mercancías—, para distribuir en las Haciendas municipales, a fin de que, con esta aportación, hagan frente a las nuevas obras.

Más no era esto suficiente, y dichos Organismos, celosos de su autonomía, tras diversas reuniones y una asamblea, acuerdan una Carta Económica, dotada con un 1 por 100 más sobre el arbitrio que comentamos. Pero con el fin de no gravar más al contribuyente, el Cabildo cede otro 1 por 100 del 3 por 100 que tenía autorizado, a costa de su propia economía, cuyos resultados no se hicieron mucho de esperar, como lo demuestra el resumen de lo distribuido durante el año 1.962, conforme aparece en el anexo n.º 1 que se acompaña.

La expresada Carta Económica fué sancionada en el Consejo de Ministros, en reunión celebrada el día 20 de Marzo de 1.953, previo informe del Ministerio de Hacienda y dictamen del Consejo de Estado; publicándose el texto íntegro de la resolución aprobatoria en el Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife, número extraordinario, con fecha 25 de Julio del dicho año 1.953.

La cesión del 1 por 100 de los ingresos que esta Corporación venía percibiendo por el arbitrio que comentamos, en favor de la dicha Carta Económica Municipal, repercutió gravemente en la Hacienda insular, constriñendo sus créditos presupuestarios a la realidad de un 2 por 100, e impidiéndole desarrollar su ambicioso, a la vez que fundamental y urgente, plan de carreteras y caminos vecinales, así como el hidráulico, eje fundamental sobre el que gira el sistema económico de la Isla.

Es decir, que durante los años 1.955, 1.956, 1.957 y 1.958 este Cabildo se limitó a la ejecución de un Presupuesto, integrado, casi en su totalidad, por obligaciones forzosas y ordinarias, pero el

amparo del artículo 654 de la Ley de Régimen Local de 24 de Junio de 1.955, texto refundido, cuyo particular 2 establece: «Las Diputaciones podrán revisar, previa justificación de las necesidades que lo aconsejan, las exacciones especiales o tradicionales que actualmente tengan establecidas y autorizadas, cuyos acuerdos, con las Ordenanzas fiscales respectivas, se someterán a la aprobación del Delegado de Hacienda, siguiendo el procedimiento señalado en el Capítulo VII del Título III de la presente Ley». En sesión celebrada por el Pleno de la Corporación el día 17 de Septiembre de 1.958, se acordó aumentar la tarifa de un 1 por 100 más, e introducir algunas modificaciones y ampliaciones tanto para su exacción, como en materia de exenciones, que la práctica había aconsejado.

La nueva Ordenanza fiscal, sancionada por el Ilmo. Sr. Delegado de Hacienda de la Provincia por resolución de 30 de Diciembre de 1.958, entró en vigor en 1.º de Marzo del mismo año.

II

NATURALEZA Y CARACTERISTICAS DEL IMPUESTO

El Artículo 119 de la Ley Provincial de 29 de Agosto de 1.882 dice, copiado a la letra: «*Las Provincias que de antiguo hayan utilizado algún arbitrio especial, ordinario o extraordinario, con la aprobación del Gobierno y la aquiescencia de los pueblos de su demarcación, podrán continuar aplicando sus productos a cubrir las atenciones de sus Presupuestos en la forma que lo hayan hecho hasta hoy, y siempre que medien las expresadas condiciones. Las Diputaciones provinciales podrán establecer con la aprobación del Gobierno y el consentimiento de los pueblos, arbitrios de la misma índole y de fácil recaudación, cuando lo juzguen conveniente.*».

El contenido de este Artículo, es harto elocuente para justificar el acuerdo de esta Corporación adoptado el 18 de Octubre de 1.913 ya que, por todo lo que llevamos expuesto y lo que vamos a exponer es adaptación al espíritu de aquél.

NATURALEZA

En realidad, se trata de un impuesto indirecto, que grava la entrada y salida de toda mercancía o producto por los puertos y aeropuerto de la Isla, sin distinción de naturaleza *ni de origen*; pero en cuanto a la salida, en determinados productos (concretamente plátanos y tomates), tiene los efectos del impuesto directo, ya que por la modalidad del comercio de dichos frutos —venta en comisión—, no influye en el precio de venta, y como la obligación de contribuir nace en el momento en que entran o salen aquellos productos o mercancías no cabe confundirlo ni como impuesto sobre el consumo ni sobre la producción. En cuanto a su finalidad, hemos de considerarlo como ortodoxamente «Fiscal», ya que carece de sentido proteccionista, pues sus exenciones son de carácter general.

CARACTERISTICAS

Sencillez de recaudación

Debido a la condición geográfica de la isla, todo lo que entra o sale de ella, sean personas, mercancías o productos, lo han de hacer forzosamente por los puertos o aeropuertos instalados en la misma, y, a los fines fiscales, con una simple declaración, que normalmente presenta un agente de Aduanas, en la que se consigna el nombre del buque o avión, bandera y lugar de procedencia, se procede a la liquidación y al inmediato pago de los derechos; siendo conveniente hacer la salvedad de que, en muchas ocasiones, por no decir la mayoría, dicha declaración ampara a numerosos consignatarios de las tan repetidas mercancías o productos, hecho éste que resalta la simplicidad de la exacción.

PROPORCIONALIDAD

La aplicación, como base, del valor de la mercancía, le concede a este impuesto tal flexibilidad que lo *convierte en matemáticamente proporcional al costo de la vida*; es decir, que los valores de las mercancías o productos se elevan, automáticamente se eleva la recaudación, y a la inversa en caso contrario.

Esta característica es de suma importancia en la marcha administrativa de la Corporación, ya que le permite prescindir del engorroso trámite de proponer las modificaciones de tarifas, cada vez que por aumento o disminución del costo de vida mundial así lo exige, permitiéndole atemperar su marcha económica, tanto en los Presupuestos de las obras que realiza, como en los gastos de entretenimiento y conservación de los servicios que presta, al índice de recaudación.

GENERALIDAD

Otra de las características de dicho impuesto es el sujeto; pues dada su condición de «Impuesto indirecto», al repercutir en los precios, obliga tácitamente, tanto a las personas naturales como a las jurídicas, sin distinción de edad, sexo, condición, vecindad y naturaleza. Y en cuanto al objeto, no distingue su procedencia, origen ni nacionalidad.

ECONOMIA DE EXACCION

El precedimiento de exacción, que, como hemos dicho al hablar de la sencillez de la recaudación, se estructura en las declaraciones que presenta el sujeto de imposición, figurando en ella la clase de mercancías o producto y su valor, sobre el que recaer la liquidación de la cuota a satisfacer, por aplicación directa de la tarifa, tenemos, que fundamentado en el dicho valor, el aumento de recaudación puede tener tres razones:

a).—Aumento de las importaciones y exportaciones, pero manteniéndose la base de imposición.

b).—Aumento de la base de imposición, o sea el valor de la mercancía o producto.

c).—Incremento de las importaciones y exportaciones y aumento de la base de imposición.

Como se verá por estas razones y por las que ya hemos dejado expuestas, no se hace necesario el aumento de funcionarios, ya que el número de declaraciones no varía y, si varía, es en un número fácilmente absorbibles con la plantilla existente, lo que comparado con la recaudación obtenida en el año 1.962 y el importe

de las nóminas de los funcionarios de Investigación, Administración de Rentas y Recaudación, en igual período, nos permite establecer un módulo de gastos de recaudación constante, con el que se puede hacer frente a cualquier incremento que en ella se produzca; representado en un 2'168 por 100 del total recaudado, con respecto al dicho año 1.962.

PRESION FISCAL

Existe una costumbre inveterada, y la llamamos así por no encontrar otra palabra más apropiada, de determinar la presión fiscal de un impuesto, usando la «media aritmética»; es decir, dividiendo el montante del impuesto por el número de contribuyentes.

Este sistema nos conduce a conclusiones erróneas, pero que da sus resultados cuando se quieren exagerar los hechos; y, si empleamos este procedimiento con nuestro impuesto, produciría perplejidad al considerar que clases económicamente débiles soportaban el mismo módulo que las económicamente fuertes y que los grandes negocios e industrias. Pero aún llegaríamos a falsear la verdad, pues en esa media no habríamos incluido ni a los 40.000 turistas que nos visitan anualmente, ni los 30.000 pasajeros que hacen escala en nuestro Puerto y que, tanto unos como otros, fundamentado en el principio de «generalidad» que hemos glosado, contribuyen con sus compras, y posiblemente en índice bastante elevado, a la Hacienda Insular, por la calidad y especialidad de aquéllos, sin que haya ostensible apercibimiento y molestias personales por su exacción a dicha población flotante, que permanece ajena a su valiosa cooperación. Este razonamiento nos impide el poder cifrar con exactitud proporcional el monto de repercusión fiscal por este concepto sobre cada uno de los habitantes de la Isla.

Por otra parte existe, prevista en las Ordenanzas, la Junta de Valoración, que bajo la presidencia de la de esta Corporación y asistido por el Secretario e Interventor de la misma y los señores presidentes de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y Sindical Agraria, como Vocales natos, y de dos Consejeros de este Cuerpo y dos personas de reconocida solvencia moral y técnica en frutos del país y en el comercio, como Vocales electos, vigilan a los fines de no llegar al límite de presión fiscal en la determina-

ción de valores, de las mercancías y productos, siendo sus decisiones ejecutivas, limitándose el Cabildo a conocerlos y ordenar su publicación para general conocimiento.

Y llegamos al final. Pero antes de dar por conclusa esta exposición, no podemos dejar pasar desapercibido un aspecto, har-to delicado, que la Ponencia nos plantea en el párrafo 8.º, antes transcrito, de su informe; y éste es el político.

Políticamente se pretende que la supervivencia de nuestro histórico arbitrio quede condicionado a la desaparición o no del impuesto del Gasto; pero del contenido de dicho párrafo no se desprende que somos nosotros, es decir, el Cabildo, quien lo tiene que decidir.

Así propuesto el problema, su solución, a la forma de ver de la Ponencia, es cuestión que debemos de discutir con las personas naturales y jurídicas afectadas por ambos impuestos, y no tendríamos más remedio que reconocer la habilidad con que aquel Organismo pretende «echarse fuera del fondo del asunto», si dicha habilidad hubiese estado asentada en una base cierta.

Esta cuestión que acabamos de plantear, desde el punto de vista de entendimiento real, lo podemos traducir al legal.

Efectivamente, la Ponencia sustenta, en dicho párrafo, el criterio de manifiesta incompatibilidad entre ambos impuestos; incompatibilidad ésta que resalta en su párrafo 7.º, al aludir con bastante énfasis el artículo 2.º de la Ley de 1900.

Para contrarrestar ese estado de opinión, proponemos por nuestra parte unos argumentos basados en los siguientes.

Fundamentos de Derecho

1.º—Que al crearse las «Franquicias de Canarias», según Real Decreto de 22 de Junio de 1852, confirmado por Ley de 22 de Junio de 1870, por el nunca bien ensalzado Sr. Bravo Murillo, leemos en su intachable «exposición de motivos» el siguiente párrafo que transcribimos:

«El déficit de ambas rentas, descontados los gastos que en los mismos causa, apenas pasan del 1.800.000 rls. Para cubrirlo, hasta el punto compatible con los recursos de aquellos naturales, de ma-

nera que la gracia que se les conceda no resulten ilusoria, se proponen arbitrios cuyo producto líquido se calcula en 1.300.000 rls. y que si no llegan a esta cantidad se suplirán por las Diputaciones provinciales y Juntas de Comercio al paso que si pasan quedará el beneficio en favor de la Hacienda».

De su lectura deducimos claramente el espíritu de aquel Decreto, que no es otro que, mediante un pequeño sacrificio económico, cifrado en 500 mil reales, que en principio se le impone al Real Tesoro en favor de unos súbditos españoles, establece una renta, de 1.300.000 reales, que da por efectiva y segura, ya que obliga a la Diputación Provincial y a otros organismos a cubrir el déficit que pudiera producirse, *con sus propios medios económicos, sin señalar ni condicionar cuáles serían éstos.*

2.º—Que por Ley de 6 de Marzo de 1900, confirmando el Decreto de Bravo Murillo y la Ley de 1870, se perfila de una manera más concreta el alcance de aquellas franquicias, en un sentido racional condensado en su artículo 2.º, ya que por tratarse de un régimen especial para cumplir el fin previsto en el tan repetido Decreto de 1852, era necesario desgravar de *impuestos estatales* las mercancías y productos peninsulares, a fin de que pudieran concurrir al mercado de competencia extranjera en igualdad o en superiores condiciones, ya que era la única manera de contener la pérdida del comercio Nacional con estas islas.

Tampoco en esta Ley aparece disposición alguna que limite o regule las facultades discrecionales de las Corporaciones Locales de aquella época en materia de imposición, ni tampoco la hemos encontrado en ninguna de las que hemos hecho referencia al hablar de las vicisitudes del arbitrio, y la realidad es que cuando la Ley quiere distinguir, distingue expresamente y de ello podríamos invocar múltiples preceptos.

3.º—Que por Ley de 11 de Julio de 1912 se les concede el carácter de «producción española» al tabaco en rama y elaborado, obtenido y producido en las Islas Canarias, y tampoco en dicha disposición se alude a las imposiciones locales, pero sí en cambio lo exceptúa de las exacciones de la Hacienda del Estado.

4.º—Por Real Decreto de 10 de Febrero de 1916 se exonera de los derechos de exportación al azúcar de producción peninsular, con destino a las Islas Canarias, que por el precepto 2.º de la

Real Orden de 30 de Enero de 1916 era preceptivo su abono; sin que esta resolución produjese controversia en cuanto a su posible supervivencia, ya que en dicho año estaba establecido por el Excmo. Cabildo el arbitrio de entrada y salida de mercancías y productos, en la forma que hemos dejado historiado.

CONCLUSION

Hemos pretendido, a través de este escrito, en el que no hemos querido profundizar determinados extremos, para no darle una mayor extensión, al historiar las vicisitudes por las que ha atravesado esta Corporación desde el año 1.912, fecha de su creación y que como resúmen de su contenido, aclaración de conceptos confusos de la Ponencia y expresión de nuestras aspiraciones, pretendemos condensar en los siguientes puntos:

PUNTO 1.º—Que el comentado arbitrio que grava las mercancías que entran y salen por los puertos y aeropuertos instalados en la Isla, no ha sido una invención de las autoridades locales, puesto que hemos dejado puntualizado sus antecedentes históricos.

PUNTO 2.º—Que, como se ve, a través de toda la historia reseñada del mencionado arbitrio, estas autoridades locales han actuado siempre dentro del marco más ortodoxo de la legislación dictada por el propio Estado.

PUNTO 3.º—Que tanto la reivindicación del Haber del Peso y sus sucesivas modificaciones; reivindicación del recargo sobre determinadas mercancías y creación del impuesto de la gasolina, se han efectuado bajo el más escrupuloso control del Ministerio de Hacienda.

PUNTO 4.º—Que no existe incompatibilidad de este arbitrio con ningún otro del Estado, ya que, a mayor abundamiento y como principio general de Derecho, establece la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Abril de 1.930 que: «El principio de que la identidad del objeto de base o de contribuyente no entraña duplicación de tributos, si los conceptos de imposición entre los arbitrios provinciales a que se refiere son distintos, *es aplicable a los arbitrios y tributos en general*».

PUNTO 5.º—Al no hacer distinción alguna el citado arbitrio,

en cuanto a la procedencia u origen de las mercancías o productos que grava, afirmamos solemnemente la ausencia de carácter proteccionista, ni directa ni indirectamente, por cuya razón, aún con miras al Mercado Común Europeo y de conformidad con el artículo 95 del Tratado de Roma, *puede subsistir*.

PUNTO 6.º—Que no pueden en manera alguna achacársele al dicho arbitrio el encarecimiento del coste de vida que injustamente se le atribuye, por las siguientes razones:

a) Porque no grava los productos propios del país, ya que la obligación de contribuir nace a la entrada en esta Isla.

b) Porque sostenidos los precios base sobre los que se gira la tarifa, por una Junta de Valoraciones, que resuelve con toda responsabilidad de sus actos, nunca se llega al límite de la presión fiscal.

c) Porque en el mercado de origen de las mercancías que entran en estas Islas, es donde se señalan los precios y la función fiscal de esta Corporación no puede controlarlos, ya que termina en los límites geográficos de la Isla, y

d) Porque debido a las características del comercio de sus frutos más importantes —plátanos y tomates— realizados bajo la fórmula de «venta en comisión», no es el mercado de origen el que señala los precios, sino el de recepción, que los valora con arreglo a su calidad, estado y demanda.

PUNTO 7.º—Que consecuencia de lo dicho en los puntos anteriores se consideren aquellos impuestos de entrada y salida de mercancías, recargos autorizados sobre determinados productos y participación en el arbitrio de la gasolina, como recursos propios y en cuanto a los dos primeros el reconocimiento de Fuero Fiscal.

PUNTO 8.º—Que la práctica y observancia de las operaciones comerciales realizadas con países extranjeros, que a su vez absorben nuestros frutos, nos permiten asegurar «que aquellos productos o mercancías importadas vienen desgravadas desde sus puntos de origen de toda clase de impuestos; exceptuándose de este beneficio, precisamente, los de origen Nacional».

PUNTO 9.º—Que si en el año 1.940 esta Isla no invocó el artículo 2.º de la Ley de 6 de Marzo de 1.900 para que se le exonerase del impuesto del gasto, fué por razones de orden patriótico, pues en aquellas circunstancias todo era poco; pero precisamente,

el volver hoy por nuestros privilegios, es consecuencia de la normalidad imperante y en esta última razón fundamentamos nuestra petición del restablecimiento de la Ley de Puertos Francos de 1.900 y disposiciones complementarias, en todo su vigor, en la seguridad, de que como se preveía en la exposición de motivos del Decreto de Bravo Murillo, ha de ser para el bien de la Patria, de su Hacienda y de esta Isla.

Es cuanto debo someter a la consideración de esta Corporación.

IX

«LA REGION CANARIA»

por ALEJANDRO NIETO

1. ACTUALIDAD DE LOS PROBLEMAS REGIONALES

Durante muchos años el tema de la región ha desaparecido casi por completo de la bibliografía española como consecuencia fundamentalmente del riguroso unitarismo que inspira el Movimiento Nacional, tal como queda expresado en la Declaración I de la Ley de Principios de 17 de mayo de 1958.

No obstante, desde hace algún tiempo puede apreciarse una auténtica resurrección del tema, aunque planteado, naturalmente, en unos términos muy diferentes a los de antes de 1936. Este fenómeno, a mi modo de ver, ha sido provocado por la concurrencia de una serie de factores de distinta naturaleza, que conviene separar debidamente, ya que, aun refiriéndose todos a un mismo objeto: la región, se apoyan en perspectivas muy poco semejantes, que es forzoso aislar.

a) En primer lugar, han intervenido razones *técnicas* de índole administrativa, derivadas de la indiscutible observación de que el Municipio —célula base del Estado español— ofrece hoy una base territorial y estructural notoriamente insuficiente para la gestión de los modernos servicios públicos. Por ello, y en un primer momento, llegó a pensarse que la solución de este problema podría encontrarse en una revitalización de la provincia. En tal sentido se ha orientado la política local de los últimos diez años, como lo prueban diversas medidas, de entre las que basta recordar, por su paradigmática significación, las sucesivas reorganizaciones de las Comisiones provinciales de servicios técnicos. Ahora bien, la enorme magnitud de los actuales servicios públicos ha demostrado inmediatamente que ni siquiera el área provincial es ya suficiente para proporcionar una base territorial adecuada. De aquí la necesidad de seguir buscando áreas territoriales de mayor ex-

tensión, que obviamente solo pueden encontrarse en la región (sobre esta evolución municipio-provincia-región, véase, por todos, García de Enterría, «Problemas actuales del régimen local», Sevilla, 1958, esp. págs. 29 y ss. y 78 y ss.).

En esta misma línea hay que colocar la extraordinaria influencia que sobre nosotros ha causado el reciente ejemplo francés de vigorización regional, cuyas experiencias se ha pretendido reiteradamente introducir en España, poco menos que literalmente (Sobre la situación en el país vecino, véase, por todos, Romero Navarro y Sánchez Pinto, «El desarrollo económico-social y la reforma de la Administración periférica en Francia», 1965).

b) En segundo lugar podría también hablarse de determinadas circunstancias de «información psicológica», que también han cooperado, y en no escasa medida, en la resurrección del tema regional, elevado ahora incluso a la categoría de mito. Con ello me estoy refiriendo a la formación de ciertos «mitos administrativos», que han venido a sustituir a los antiguos «mitos políticos» con objeto de mantener la tensión psicológica de los pueblos, especialmente en aquellos países que han renunciado, consciente o inconscientemente, a la vida política tradicional. Estos mitos —utilizados habilmente como instrumentos de información y propaganda en circunstancias coyunturales—, al carecer de una base real por haber sido creados artificiosamente, se desgastan con suma rapidez, haciendo precisa una periódica renovación. En España, después del largo período neoimperialista, la tecnificación de las perspectivas impuso el mito de la reforma administrativa, al que ha sucedido luego el mito del desarrollo, que cobija y fomenta el mito del neoregionalismo. El cual, depurado así de sus antiguas adherencias políticas, se asoma en el horizonte psicológico español como la panacea técnica del momento (Sobre estos mitos administrativos, véase, por todos, Henri Déroche, «Les mythes administratifs», 1966).

c) Y, en fin, no menor importancia están teniendo causas de indudable carácter *político*. En 1966 la coyuntura política española es algo diferente que en 1939, hasta el punto de que hay indicios de un cierto deshielo dogmático. De la manera más solemne se ha declarado el carácter evolutivo —dentro de su permanencia natural— de los principios del «movimiento» nacional. La Ley orgáni-

ca del Estado, al eliminar de las otras leyes fundamentales toda referencia a FET y de las JONS, al abandonar el sistema de la unidad sindical, y al garantizar la libertad religiosa, ha dado la mejor prueba de esta evolución, facilitando la rehabilitación política de temas que anteriormente estaban rigurosamente proscritos. Más aún, en ella se hace una referencia expresa a las fórmulas regionales, posibilitando así de forma inequívoca la discusión pública de sus problemas.

Añádase a ello, la reflexión histórica del enorme peso que la cuestión regional ha tenido siempre —con signo positivo o negativo, según los casos— en cualquier coyuntura de la vida española. Sería negar la evidencia el desconocer la importancia del tema regional en las crisis de 1833, 1868, 1917, 1931 y 1936.

He aquí, pues, en conclusión, que dentro de la presente coyuntura histórica, la política tradicional y la tecnocracia moderna parecen darse la mano inesperadamente en este terreno, al habilitar unánimemente la resurrección del tema regional. Pero no nos engañemos. Aunque desde ambos campos se maneja la misma palabra —región— la realidad es que se está pensando en cosas muy distintas. Precisamente uno de los objetivos de la primera parte de esta conferencia es aclarar este punto. (La problemática se encuentra planteada en mi conferencia «Regionalismo y regionalización», pronunciada en Peñíscola dentro del ciclo «Problemas políticos de la vida local», de próxima publicación).

II. LAS SOLUCIONES REGIONALES

A la hora de determinar el papel que la región ha de desempeñar en las estructuras del Estado, puede acudir a dos fórmulas, en principio muy distintas, que convencionalmente denominaremos regionalización y regionalismo.

1.—Regionalización.

Es el resultado de una visión técnica de la región, la cual aparece, a estos efectos, como una simple demarcación física distinta de la provincia. Lo único que aquí se trata es de organizar de una

manera más eficaz los servicios públicos; rompiendo para ello los límites provinciales y dejando a un lado el artículo 3 de la Ley de Régimen local: «la distribución de los servicios del Estado se acomodará en lo posible a los límites de las provincias... de forma que sus territorios no queden sometidos a jurisdicciones distintas de un mismo orden».

A esta fórmula alude directamente el artículo de la Ley orgánica del Estado al determinar que «podrán establecerse divisiones territoriales distintas de la provincia».

En cualquier caso, esta fórmula puede revestir diferentes variedades, que no son incompatibles entre sí. Concretamente:

a) *Desconcentración de servicios estatales* en otros órganos (periféricos) de la Administración del Estado de base regional, con objeto de descongestionar los servicios de los órganos centrales. Esta variedad es tan antigua como la propia organización provincial, ya que desde el primer momento se tuvo conciencia de que, aun siendo deseable estructurar los servicios sobre base provincial, ésto no era posible, y había que acudir en ocasiones a una base territorial más amplia (la regional) bien sea porque las circunstancias geográficas así lo exigían (por ej., en el caso de los Departamentos marítimos) bien sea porque así se deducía de la naturaleza del servicio, que no podía sin perjuicios fragmentarse a nivel provincial, haciéndose necesaria, por tanto, una instancia intermedia (por ej. las Capitanías Generales respecto de los Gobiernos militares, y las Audiencias Territoriales respecto de las Audiencias provinciales y Juzgados de primera instancia). He aquí, pues, que en esta primera y más simple fórmula de regionalización ya aparecen las dos taras que habían de acompañar constantemente a la organización provincial: su insuficiencia o inadaptación geográfica, y su imposibilidad, en casos, de vincularse directamente a los órganos de la Administración sin la intervención de instancias intermedias.

b) *Descentralización de servicios estatales* o descentralización funcional, que consiste igualmente en una transferencia de funciones de los órganos de la Administración del Estado, pero no en favor de otros órganos periféricos, sino en favor de otras personas jurídicas distintas. Esta fórmula fué considerada en los primeros decenios del siglo como una novedad técnica revolucionaria, capaz por si sola de descongestionar los servicios del Estado, y de dotar-

los de una elasticidad hasta entonces desconocida. Como es lógico, la descentralización funcional no está vinculada directamente con las soluciones regionales, ya que puede aplicarse sobre cualquier base territorial. Lo que sucede es que se ha ido aplicando cada vez con más frecuencia a servicios regionales, debido fundamentalmente a que en los últimos años estos servicios han ido proliferando de forma progresiva. En cualquier caso, a la hora de organizarlos se acudía con preferencia a esta fórmula, en lugar de utilizar los viejos moldes provinciales y municipales. Igualmente ha colaborado a ello —y aquí entra un factor inédito, propio más bien del regionalismo— la posibilidad de dar cabida en las nuevas estructuras a un elemento democrático o de participación de los interesados, lo que es radicalmente incompatible con la esencia misma de la Administración del Estado, de naturaleza, como es sabido, rigurosamente no representativa. El ejemplo más característico de estas tendencias (e incluso del peligro de su degeneración) se encuentra en las Confederaciones Hidrográficas.

c) *Regionalización económica.*

Responde esta fórmula a la necesidad —hace tiempo demostrada— de estructurar la economía sobre una base «natural» de índole socio-económica, que ciertamente no puede coincidir con unas demarcaciones realizadas hace casi ciento cincuenta años.

Esta fórmula, en principio, no merece sino elogios y tiene un futuro prometedor; pero en España ha tenido la desgracia de nacer tarada con dos graves inconvenientes: el seguir literalmente al modelo francés y el estar vinculada al Plan de Desarrollo (artículo 6 de la ley de 27.12.1963). Con la consecuencia de que el fracaso y descrédito de éste ha repercutido directamente en aquélla. (Para una crítica más detallada, véase la conferencia, antes citada, y, sobre todo, el importante libro de Comín, «La España del Sur», 1966 esp. págs. 203 y ss.).

d) *La región como unidad administrativa intermedia.*

Añádase a lo anterior, que la región económica de tipo francés o de desarrollo, ha experimentado una rápida evolución, para convertirse en una unidad administrativa intermedia, eslabón entre

el Gobierno y el Departamento en todos los fines universales de éste, y no ya, por tanto, solamente en un limitado objetivo de desarrollo económico.

Entre nosotros también se ha recibido alegremente esta nueva fórmula, sin parar mientes, que aquí, al margen de la letra de la ley, ni siquiera ha llegado a ensayarse la variante regional en su estadio anterior (la económica) y, sobretudo, desconociendo las seculares experiencias a este respecto de otros países, como Inglaterra y Alemania, que en la actualidad se manifiestan muy escépticos sobre su utilidad.

He aquí una cuestión que debiera examinarse con todo cuidado antes de introducir en España, como se ha pretendido, un modelo extranjero, sin reparar en la eficacia del mismo en su país de origen y, mucho menos, en su utilidad dentro de España. Porque es sabido —y aquí se encuentra el peligro más grave de esta fórmula— que en nuestra patria no hay defecto, sino todo lo contrario, exceso de organizaciones, que se superponen, entrémezclan e interfieren. Por ello, a la hora de pensar en crear una nueva instancia administrativa, habría de ponderarse su utilidad, y hasta qué punto no iba a implicar una inútil y costosa reiteración administrativo. A mi modo de ver, este peligro es muy cierto, si no se establece una auténtica descentralización, que es algo más que la creación de una unidad administrativa intermedia, y, además, si no se suprimen las organizaciones paralelas.

2.—Regionalismo.

En el regionalismo, a diferencia de en la regionalización, no se considera a la región como un simple soporte geográfico de los servicios públicos sino como una realidad social. Según ésto, la región existe fuera del ordenamiento jurídico o, si se quiere, del Poder político, al cual solo corresponde adoptar una actitud ante ella. Las actitudes posibles son cuatro, como mínimo pero, de ellas, solo las dos últimas son propiamente regionalistas.

a) El ordenamiento jurídico puede, en primer lugar, *negar la existencia jurídica de la región*, imponiendo un régimen unitario para todo el territorio nacional. Pero bien entendido que esta oposición de índole jurídica no implica, ni mucho menos, negar

su existencia social (lo que, además, no estaría al alcance de ningún legislador, cuya esfera de actuación es puramente normativa) sino, más bien, todo lo contrario. Las leyes pueden combatir el regionalismo, como el comunismo o el tráfico de drogas; pero al obrar así vienen a reconocer implícitamente la existencia social de la región, el comunismo o la morfinomanía.

b) Una actitud radicalmente contraria consiste en el reconocimiento de esa realidad social, y el otorgamiento subsiguiente de una *personalidad constitucional*. Esta solución admite dos variantes: el llamado Estado regional, que supone la parcelación total del territorio en regiones; y el llamado Estado integrador, que señala un régimen unitario común, pero admite la posibilidad de constituir jurídicamente regiones especiales. (Sobre este punto, véase, por todos, Ferrando Badía, «Formas de Estado desde la perspectiva del Estado regional», 1965).

c) La postura intermedia —ya propiamente regionalista— consiste en reconocer la realidad social de la región, a la que otorga una *personalidad meramente política y administrativa*.

Aparte de sus obvias diferencias con la figura anterior, nótese que ésto es bastante más que una regionalización de servicios. Aquí interviene un elemento social, la región, y el objetivo de la fórmula consiste precisamente en integrar esa fuerza social en una estructura político-administrativa, lo mismo que se hace, por ejemplo, con el Municipio. No se trata, por tanto, solamente de una reestructuración burocrática sino de un esfuerzo por canalizar la participación de los administrados en un marco regional. Como se ha dicho muy gráficamente «no se trata de poner a la Administración a la puerta de los administrados sino de que éstos entren a participar en el mecanismo de la Administración». A tal efecto, esta fórmula ha de inspirarse en líneas generales en el principio de descongestionar los órganos centrales, mediante una desconcentración en favor de unos entes —aquí está la gran novedad— de representación regional. Por ello, en frase de Quermonne, «el regionalismo se encuentra a mitad de camino entre las abstracciones nacionales y la política de campanario».

A mi modo de ver este regionalismo político-administrativo (que, insisto, no hay que confundir con la usual regionalización administrativa, ya que allí interviene un elemento democrático o

de representación que en ésta no aparece) es perfectamente lícito en España, dado que la unidad nacional, consagrada en las leyes fundamentales, solo se refiere a la personalidad constitucional. Y aunque esta tesis no se encuentra muy generalizada, creo que es irrefutable, desde el momento en que ha sido aceptada sin vacilar después de la guerra civil, como es el caso de Alava, Navarra y Canarias. Podrá discutirse ciertamente la oportunidad de extender esta fórmula a otras regiones, así como la amplitud y la organización de las competencias regionales; pero lo que es indudable es que la fórmula, en cuanto tal, es jurídicamente irrefutable.

d) Una variante de la anterior — que por su carácter transicional puede ser extremadamente útil — consiste en armonizar la regionalización y el regionalismo, dado que no son incompatibles sino complementarios, haciendo que la regionalización de servicios coincida, en primer lugar, con los límites geográficos de la región, allí donde exista, y, en segundo lugar, que se adapte a las instituciones regionales, con objeto de simplificar la organización administrativa y aprovechar las energías democráticas locales y aliviar las tensiones que puedan surgir entre la región y el Estado.

3. — Riesgos y ventajas del regionalismo.

La circunstancia de que el regionalismo sea expresión de una realidad social anterior, supone una importante garantía respecto de las alegres improvisaciones en que puede caer la regionalización y; además, su mayor aliento político hace que sus ventajas desborden la simple esfera de las reformas administrativas; pero no por ello deben olvidarse los gravísimos riesgos de que está amenazado siempre un regionalismo mal encauzado o mal desarrollado. Por que, en efecto,

a) el regionalismo implica, en principio, un freno para la ingente burocracia estatal; pero, por otra parte, si su organización no está contrabalanceada por una reducción de la Administración del Estado, puede representar una superposición de las estructuras existentes, ya de por sí complicadas y costosas; que es, como aludía antes, lo que está sucediendo con los ensayos regionalizadores.

b) el regionalismo implica también un freno del absolutismo estatal (el control horizontal de que habla Loewenstein); pero cuan-

do se desarrolla fuera de un auténtico ambiente democrático o cuando no llega a conseguir una cierta madurez administrativa, puede degenerar en una política de clientelas, e incluso en un rastro caciquismo local, al que tan inclinados somos los españoles, y que en tantas ocasiones ha hecho necesaria la tan temida intervención estatal.

c) y, en fin, un regionalismo generoso suele servir de freno a las tendencias separatistas de las regiones (como se intentó en América durante la época de Carlos III, y se ha actualizado conscientemente en la Italia moderna, respecto de Sicilia, y en la Alemania de Bonn respecto de Baviera; pero, por otro lado, el regionalismo puede convertirse en un instrumento oportunista de un partido político, tal como se ha manejado en ocasiones de ordinario por los partidos radicales de derecha (tradicionalismo) o de izquierda (comunismo).

Todos estos peligros son muy reales, y el incurrir en cualquiera de ellos basta para esterilizar los esfuerzos más desinteresados y para hacer caer en el descrédito una idea que, en principio, merece el mayor respeto.

4.—Separatismo.

Este término, aunque muy extendido, no es nada feliz, puesto que no significa necesariamente la creación de un Estado independiente o separado, sino, a todo lo más, el reconocimiento de la condición nacional de una región. En cualquier caso, el separatismo no es regionalismo, y ya aludi antes a él, en cuanto significa el reconocimiento de la personalidad constitucional de la región. Aquí se trata, dicho con otras palabras, de la dimensión constitucional del problema regional, como el regionalismo es su dimensión político-administrativa, y la regionalización es la perspectiva técnica de una distribución regional de los servicios públicos.

Jurídicamente el separatismo es inadmisibile en España, al estar rechazado por las leyes fundamentales, después de haberse desmontado, a raíz de la guerra civil, el sistema del Estado integrador propio de la Constitución republicana de 1931.

III LA REGION CANARIA

1.— Existencia regional.

Al hablar de regionalismo, indicando que se basa en la realidad social previa de una región, he dado por supuesto que en España existen regiones. Afirmación que puede parecer arriesgada, puesto que reiteradamente se ha negado su existencia; pero que a mí me parece indudable, ya que adoptar otra postura implicaría no solo desconocer la historia de España (dada la presencia y gravitación constante de algunas regiones, como Cataluña y Basconia) sino desconocer también el ordenamiento jurídico vigente, supuesto que las leyes actuales reconocen, en mayor o menor medida, pero desde luego de forma inequívoca, la existencia de algunas regiones, con sus correspondientes Derechos público y privado. Así sucede con Alava, Navarra, Canarias, Cataluña, Aragón, Galicia, etc.

2.— Determinación tradicional de la región.

Otra cosa es el problema de determinar con alguna precisión la existencia y contornos de cada una de estas regiones. Porque sucede, como en tantas otras ocasiones, que después de haber hecho una afirmación rotunda, y poco menos que instintiva, a la hora de hacer precisiones nos encontramos con la desagradable sorpresa de que esta tarea parece poco menos que imposible de cumplir. Lo cual puede resultar admisible cuando se trata de conceptos abstractos, pero no cuando se trata de auténticas realidades que se califican de sociales.

En mi entender, sin embargo, el problema no es insoluble ni mucho menos, aunque sea, bien es verdad, difícil de aclarar. Lo que ocurre es que esta cuestión viene siendo planteada de modo habitual sobre unas bases falsas, y este error metodológico inicial ha conducido siempre a unos resultados completamente insatisfactorios.

De acuerdo con este método tradicional, que se rechaza, pretendía justificarse la existencia de una región sobre la base de un elemento natural que caracterizaba su esencia y que:

a) En unas ocasiones se suponía que era la *raza*. Dato evidentemente insatisfactorio, al menos en España, incluso en el supuesto más optimista de la «raza vasca», ya que la unidad racial de nuestra patria quedó asegurada desde el tiempo de los Reyes Católicos.

b) En otras ocasiones se suponía que el elemento diferenciador se encontraba en la *historia*. Lo que tampoco es convincente en España, y por las mismas razones. Para comprobarlo basta comparar un mapa ideal de las actuales regiones españolas con un mapa de los antiguos reinos históricos. En Italia, por ejemplo, esta teoría puede ser válida. Pero no hay que olvidar que en este país la unidad estatal no cuenta siquiera con un siglo de antigüedad, y por ello nada tiene de extraño que aun no se hayan borrado por completo las antiguas diferencias nacionales, que ahora se intenta canalizar en el marco regional. En España, sin embargo, el caso es muy diferente.

c) En otras ocasiones se ha pretendido encontrar el criterio definidor en la *cultura* (y en su expresión más importante, la lengua). Pero este argumento tampoco tiene un peso decisivo, puesto que termina cerrando el paso a ciertas regiones, como Canarias, cuya comunidad de cultura con el resto de la nación es absoluta. Y además, incluso en las regiones que cuentan con lengua propia, ésta no suele coincidir con sus límites territoriales habitualmente reconocidos.

d) También se habla a veces de la *geografía* como factor determinante. Lo que evidentemente tampoco es cierto, ya que la mayor parte de las «regiones naturales» españolas (como la pirenaica o la castellana) nunca han tenido pretensiones regionalistas; y, en cambio, una región tan inequívoca como la catalana dista mucho de poseer una geografía homogénea.

El repertorio de esta lista podría alargarse indefinidamente (atendiendo, por ejemplo, a la economía, a la flora y hasta a la geología), pero sin alcanzar por ello resultados más positivos. Por qué, en definitiva, por este camino solo hemos de llegar a la determinación de la región racial o de la región histórica o de la natural o de la geográfica, e incluso de la botánica. Pero este no es nuestro objetivo. Es más, alguna de estas regiones se encuentran en el simple terreno de las ciencias naturales, y yo estoy hablando

de la región como fenómeno social, que es la única que puede tener una significación jurídica o, si se quiere, político-administrativa, que es la única que nos interesa.

3.—Moderna determinación del fenómeno regional.

El fracaso de todos estos métodos tradicionales de determinación regional ha impulsado a los autores modernos a proceder a un cambio metodológico de ciento ochenta grados, actuando de una manera en cierto modo inversa (Valga de ejemplo, por todos, la monumental obra de Pierre Vilar, «La Catalogne dans l'Espagne moderne», SEVPEN, 1962). Ahora ya no se considera a la región como un fenómeno natural o histórico, sino como un fenómeno social, basado por tanto en un elemento social y aprehensible solamente, en consecuencia, con instrumentos proporcionados por las ciencias sociales.

Más precisamente: nos encontramos en el campo de la «sicología social». Y dentro de ésta, a mi modo de ver, la región existe desde el momento en que aparece una *conciencia diferenciadora de nivel regional*.

Me explico. Cada grupo humano tiene una cierta conciencia diferenciadora que le separa de sus vecinos: el funcionario respecto del comerciante, el urbanita (por emplear el neologismo de Ramón Martín Mateo) respecto del campesino, el hombre del mar respecto del del interior, el asturiano respecto del gallego y el ovetense respecto del gijonés. Pues bien, la región surge cuando esta conciencia diferenciadora se sitúa cualitativamente en un nivel regional y adquiere cuantitativamente una intensidad suficiente como para sentir incomodidad dentro de los marcos políticos y administrativos unitarios, exigiendo estructuras propias.

He aquí, pues, que nos encontramos ya ante un fenómeno social, detectable con los instrumentos de las ciencias sociales. Conviene insistir sobre esto, porque los excesos de una sociología, rudimentariamente aplicada, junto con una injustificable confusión terminológica, han hecho caer entre nosotros a las ciencias sociales en general en un descrédito, que solo en parte es merecido; con la consecuencia de que se mira con excesiva prevención alguna de sus conquistas más notables. Concretamente, por lo que a

nuestro caso se refiere, pudiera entenderse que esta «conciencia diferenciadora de nivel regional» terminaría convirtiéndose en el resultado de una simple intuición subjetiva y arbitraria. Lo cual no es cierto, y basta examinar la citada obra de Vilar para comprender hasta que punto son necesarios los análisis más rigurosos para llegar a la determinación exacta del fenómeno.

Añádase a ésto que, una vez determinada la conciencia diferenciadora regional, procede a continuación examinar los elementos tradicionales que ha provocado su formación. La conciencia diferenciadora —y por tanto la región— no surgen por un capricho histórico, más o menos espontáneo. Una auténtica región no se improvisa ni se elabora en una retorta intelectual o política o administrativa, sino que va madurando en el transcurso de los siglos al calor de determinados elementos o concausas, que hay que analizar debidamente si se quiere justificar la existencia regional. El error de los pensadores tradicionales consistía en considerar como esencia o resultado lo que solo eran causas (o concausas). Y, además, causas ni suficientes ni necesarias, puesto que ni justificaban por sí solas la existencia de la región ni desembocaban necesariamente en ella.

No puedo profundizar aquí más sobre el tema; pero para dar una mayor precisión a los contornos de la conciencia regional, podría afirmarse, siguiendo las observaciones de Palazzolli («Partis politiques et régions autonomes» en «Administration traditionnelle et planification régionale», 1964, pág. 128) que la misma consiste en una conciencia, en primer lugar, de que existe una dimensión regional de los «problemas», que deben por tanto, ser afrontados de acuerdo con tal dimensión, y, en segundo lugar, que existe una dimensión regional de los intereses, es decir, que existe un grupo humano, regionalmente diferenciado, que tiene interés en participar en la esfera de las decisiones. Descripción tanto más acertada, cuando que en ella se recogen las dos vertientes de la estructura regional: la administrativa o técnica (los problemas) y la política (los intereses y los interesados).

4.—La región Canaria

Sobre la base de cuanto antecede, es hora ya de entrar en el análisis de las causas que han podido provocar la conciencia regional canaria. Una conciencia tan marcada y vigorosa como cualquiera de las más caracterizadas regiones peninsulares, aunque nunca haya alcanzado un tono de aspereza. Lo cual es debido no tanto a la pretendida suavidad de carácter de sus ciudadanos como a otras circunstancias más concretas que irán apareciendo seguidamente.

Durante el siglo XIX los poetas neorománticos isleños se hicieron eco ya, con estudiada melancolía, de la individualidad canaria. Sirvan de ejemplo las conocidas estrofas de Nicolás Estebanez y Murphy (1838-1914): «Mi patria no es el mundo /mi patria no es Europa/ mi patria es de un almendro/ la dulce, fresca, inolvidable sombra/. La patria es una fuente/ la patria es una roca/ la patria es una cumbre/ la patria es una senda y una choza/ mi patria es una isla/ mi patria es una roca».

Y a finales del siglo todavía alimentaba la intelectualidad lagunera un regionalismo exaltado, con resabios románticos e influencias catalanistas, que no llegó a cuajar en las masas populares, no obstante haber sido atizado por la reacción contra los corrompidos burócratas de la Administración cubana, que intentaron por un momento continuar aquí sus sistemas coloniales. (Como exponentes de estas corrientes, véase, por todos, Manuel de Ossuna, «El regionalismo en las islas canarias», I, 1904, II, 1916).

Parece claro que en la formación de esta conciencia nada han intervenido ni la cultura (lengua) ni la historia. Ni tampoco el folclore que, no obstante sus interesantes peculiaridades, nunca ha tenido aquí más fuerza que, por ejemplo, en Asturias o Andalucía.

Mayor influencia ha debido tener, en cambio, la orientación europeísta del archipiélago. Canarias siempre ha estado abierta a Europa, no sólo por las visitas y enlaces familiares con extranjeros (la abundancia de apellidos de este origen es extraordinaria) sino por los viajes de los propios insulares. Al canario que abandona sus puertos casi le es indiferente dirigirse a la península que a otro lugar de Europa, puesto que la distancia no es mayor ni las relaciones comerciales menos intensas. La educación en el extranjero ha sido desde antiguo normal en las clases acomodadas. Con el

resultado de que el carácter canario ha perdido en parte la fiera soberbia del peninsular; el liberalismo y la masonería han arraigado aquí con mayor persistencia que en el resto de España y, en definitiva, como consecuencia de este contacto con Europa el canario, recordando sentimentalmente su isla, no se ha dejado arrastrar por el riguroso principio de la «unidad de España». El canario se siente quizá más español que ningún otro, pero nunca puede olvidar que es canario. Máxime cuando el peninsular se lo da a entender con alguna frecuencia.

Pero mayor importancia tiene aún la economía. Suele afirmarse que en todo fenómeno regionalista hay un germen económico. Sea como sea, es un hecho indudable que la economía canaria presenta ciertas peculiaridades que empujan al regionalismo. Por lo pronto, su agricultura es pobre. Los famosos cultivos especiales (plátano y tomate) ofrecen una excepcional inelasticidad de explotación y mercado, que les hace particularmente sensibles a las oscilaciones económicas. Aquí solo es rentable la tierra (y el agua) en determinadas condiciones, y la menor alteración acarrea una catástrofe; lo que no suele suceder en la península, en la que es posible, con más facilidad, sustituir unos cultivos por otros. De aquí la imperiosa necesidad de una legislación especial, no ya plantanera o tomatera, sino canaria, sin la cual la agricultura no puede subsistir. La industria, por su parte, no se encuentra en situación menos comprometida, ya que su mercado es extraordinariamente reducido (el archipiélago, y quizá solo la propia isla), con el resultado igualmente de que su estructura no puede compararse a la peninsular, y depende de una legislación especialísima. En este punto, la ley de puertos francos ha tranquilizado la conciencia diferenciadora regional, dotando al archipiélago de una estabilidad que nunca se ha visto amenazada, como por ejemplo, la catalana, con las tradicionales rivalidades entre textiles y trigueros, que podían conseguir en cualquier momento un cambio de actitud en la política económica del gobierno.

Pero tampoco hay que olvidar, sin embargo, que algunas de las peculiaridades de la actual industria canaria, a su vez, no son causa sino consecuencia del ordenamiento jurídico regional, a cuyo amparo han brotado. El ejemplo más característica es la industria tabaquera.

En cualquier caso, la economía ha jugado en Canarias un papel regionalista muy diferente que en el resto de las regiones españolas. Habiendo sido siempre la agricultura su factor más importante, hay que tener en cuenta que los cultivos especiales solo empiezan en una época muy tardía, habiéndose limitado antes fundamentalmente a los pobres cultivos de medianía. Lo cual significa que la especialidad regional económica no podía existir antes ni operar como estímulo para la conciencia diferenciadora, ni fomentar el progreso de los otros elementos y concausas, que es lo ha sucedido, por ejemplo, en Cataluña. Añádase a ésto, que la estructura social del archipiélago —marcadamente jerarquizada, y hasta «feudal», que aún conserva los trazos del repartimiento de la conquista— ha mantenido separadas a las masas populares de las clases propietarias. Con el resultado de que las aspiraciones regionalistas de éstas no contagiaban fácilmente a aquéllas. Piénsese que en Cataluña las aspiraciones económicas de los fabricantes coincidían con las de los obreros, en cuanto el trabajo de estos dependía del sostenimiento de las fábricas. Esto no ha sucedido en Canarias, ya que la implantación de los cultivos especiales no podía entusiasmar a los trabajadores de medianía, quienes con ellos perdían su relativa independencia. Lo cual puede explicar que el regionalismo canario fuera, en principio, patrimonio exclusivo de las clases superiores, sin tener un enraizamiento popular. Máxime cuando el pueblo no tenía prácticamente contactos con la península y no podía, por tanto, sentir diferenciación alguno respecto de lo que no conocía.

Ahora bien, para mí, el factor regionalista más poderoso no se encuentra en la economía, sino en la circunstancia —absolutamente inédita en España— de su *insularidad alejada*. La condición insular provoca, poco menos que automáticamente, una conciencia diferenciadora. Tal es el caso de Cerdeña y Sicilia en Italia, tal es el caso de las islas Hawai o de Puerto Rico en los Estados Unidos, y tal es el caso de las islas minúsculas que han terminado afirmando su personalidad en el Commonwealth británico al lado de otros miembros de territorios gigantescos. La condición insular provoca una doble reacción que desemboca en una conciencia diferenciadora: por un lado, aísla del exterior, que se considera extraño; y, por otro lado, empuja hacia el interior al obli-

gar a una concentración de energías. El tortosino puede sentir veleidades valencianas que le alejen de Cataluña, pero al vecino de la Orotava (al margen, claro está, de las pequeñas rivalidades de campanario) no le cabe otro remedio que solidarizarse con Santa Cruz de Tenerife. Y en cualquier caso, los hombres y los problemas de Madrid y de la península se sienten ajenos.

Pero la insularidad no basta. El caso de Baleares podría servir de ejemplo a contrario. El archipiélago canario presenta la nota complementaria del alejamiento. Se trata, en suma, de una insularidad alejada, que evita concretamente el verse arrastrado en otra órbita regional concreta, como puede ser Baleares respecto de Cataluña. El alejamiento cataliza, por su parte, reacciones psicológicas sorprendentes. Probablemente el alejamiento de Canarias sea el mejor fomento del acendrado españolismo de los canarios. Parece obvio imaginar que si estas islas se encontraran frente a Liverpool o Buenos Aires su destino nacional hubiera sido muy distinto. Pero Canarias es un islote frente al Sahara africano, y el canario reacciona negativamente frente a su situación geográfica, aferrándose desesperadamente a su condición europea y española. A la vista diaria de un mapa africano, el canario a de afirmar cada día su españolismo.

En definitiva, del entrecruzamiento de todas estas líneas complejas, y de otras muchas que podrían citarse, surge la conciencia diferenciadora de la región canaria. Esta es el dato esencial de su regionalismo, y aquellas son las base en que se apoya y de que se alimenta.

5.—Dificultades del regionalismo canario

No parece arriesgado afirmar que Canarias es la región española de características más definidas. Y, sin embargo, resulta curioso constatar que su regionalismo nunca ha llegado a expresarse violentamente ni ha despertado en Madrid las suspicacias ya tradicionales respecto a otros regionalismos peninsulares.

Como he insistido antes, esto es debido en gran parte a que las aspiraciones del archipiélago han sido recogidos parcialmente desde hace mucho tiempo en un ordenamiento jurídico regional —basado fundamentalmente en la ley de puertos francos y en la

ley de Cabildos— que ha servido de freno a aspiraciones más radicales.

Pero no es ésto solo. También han operado aquí desde siempre dos circunstancias que han impedido que el regionalismo alcance mayores vuelos.

La primera de ellas consiste en la peculiar actuación de los políticos canarios. Es evidente que las aspiraciones regionalistas, para poder realizarse, han de tener un portavoz político. Pero resulta que Canarias no ha encontrado sus hombres. En esta tierra ha habido naturalmente grandes políticos que han influido decisivamente en la vida nacional. Pero, apurando las cosas, no han actuado como políticos canarios, sino simplemente como políticos nacidos en Canarias. Los canarios nunca han hecho política propia sino política nacional. Basta comparar la actuación de O'Donnell, Bertrán de Lis y León y Castillo con la de Figueras, Pi y Margall y Cambó, quienes en Barcelona como en Madrid lucharon constantemente en favor de los intereses catalanes. Analizar las razones de esta dependencia política respecto de Madrid nos llevaría muy lejos.

La segunda circunstancia paralizadora aludida se encuentra en la tradicional rivalidad interinsular, tan funesta en todos los aspectos de la vida canaria. Por lo que a nuestro tema se refiere, esta rivalidad ha esterilizado cuantos esfuerzos regionalizadores se han ensayado. Y no solo por no haber sabido presentar un frente único de aspiraciones y de actuación, sino porque el Poder central ha sabido frenarles mediante el simple juego de contrabalancear y oponer los intereses de una isla contra los de la otra. Más aún, y por doloroso que sea confesarlo, en más de una ocasión los habitantes de una isla han preferido renunciar a ciertos progresos generales antes que consentir que tales progresos beneficiasen particularmente a la isla vecina. Y tampoco me parece oportuno extender los comentarios sobre un punto tan vidrioso y, por lo demás, perfectamente conocido.

6.—Conclusiones.

1.^a Existe una región canaria, en cuanto realidad social caracterizada por la presencia de una conciencia diferenciadora de nivel regional.

2.^a Esta conciencia diferenciadora ha surgido como consecuencia de causas muy variadas, que se interfieren reciprocamente, y de entre las que se destaca la condición de insularidad alejada propia del archipiélago.

3.^a El poder central ha aceptado desde hace muchos años, y como algo perfectamente normal, la existencia de esta región, a la que ha dotado de un ordenamiento jurídico público propio. Las características más importantes de tal ordenamiento han sido analizadas en el presente curso, y fundamentalmente se apoyan en medidas orgánicas (Cabildos) y medida fiscales (puertos francos).

4.^a Dado el carácter evolutivo que todo ordenamiento jurídico tiene, parece conveniente su progreso y modernización dentro de esta línea regional.

5.^a Esta evolución no puede desembocar legalmente en una fórmula separatista. Las soluciones legales consisten en la regionalización y en el regionalismo. Ambas soluciones, en cualquiera de sus variedades, no son incompatibles, sino que pueden complementarse.

6.^a No ha sido objeto del presente curso precisar el posible contenido de nuevas técnicas regionalistas canarias. Estas técnicas no pueden elaborarse abstractamente, sino que precisan de una referencia íntima con las estructuras económico-sociales del archipiélago. Y mientras estos estudios previos —o simultáneos— no hayan sido realizados, resultaría arriesgado proponer nuevas fórmulas jurídicas.

7.^a Dada la perfecta delimitación de la región canaria y de sus problemas, las experiencias que aquí se realizasen podrían resultar doblemente interesantes, en cuanto servirían de ensayo y ejemplo para la aplicación posterior de sus fórmulas regionales (regionalizadoras o regionalistas) en el resto de España.

Sumario del
II Volumen
(en prensa) de

ESTUDIOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
ESPECIAL CANARIO

TELESFORO BRAVO, Catedrático de Petrología de la Universidad de La Laguna: «El problema de las aguas subterráneas en el Archipiélago Canario»

ALEJANDRO NIETO, Catedrático de la Universidad de La Laguna: «Derechos sobre el subsuelo»

ALONSO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO MACHADO, Profesor Ayudante de la Universidad de La Laguna: «El procedimiento administrativo en materia de alumbramiento de aguas»

LÁZARO SÁNCHEZ-PINTO Y SUÁREZ, Secretario General del Gobierno Civil de Santa Cruz de Tenerife: «Abastecimiento de agua a poblaciones»

JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ, Magistrado de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife: «Expropiaciones de aguas»

JOSE ANTONIO MARTÍN PALLÍN, Fiscal de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife: «Infracciones en materia de aguas»

ALEJANDRO NIETO: «Ideas para una reforma del régimen jurídico de las aguas canarias»

Ediciones

AULA DE CULTURA DE
TENERIFE

SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

DIRECTOR: Dr. ALEJANDRO NIETO

ESTUDIOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
ESPECIAL CANARIO

(Régimen de las aguas)

II



CABILDO INSULAR DE TENERIFE
AULA DE CULTURA

1968

Colaboran en el
I Volumen de

ESTUDIOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
ESPECIAL CANARIO.

por el Seminario de Derecho
Administrativo de la Universi-
dad de La Laguna

ALEJANDRO NIETO GARCÍA: «Intro-
ducción al Derecho Administra-
tivo Especial de Canarias»

LEOPOLDO DE LA ROSA OLIVERA:
«Antecedentes históricos del ré-
gimen orgánico insular»

LÁZARO SÁNCHEZ-PINTO Y SUÁREZ:
«Especialidades de las estructu-
ras administrativas estatales en
las Islas Canarias»

JOAQUÍN VALLE BENÍTEZ: «Los
cabildos insulares»

ALONSO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO
MACHADO: «Las mancomunida-
des provinciales interinsulares»

JUAN JOSÉ MARÍ CASTELLÓ - TÁ-
RREGA: «Consideraciones sobre
los aspectos administrativos del
plan de desarrollo para cana-
rias»

JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ: «La ha-
cienda estatal en las Islas Ca-
narias»

LEOPOLDO DE LA ROSA OLIVERA:
«Las haciendas locales en las
Islas Canarias»

ALEJANDRO NIETO GARCÍA: «La
región canaria»

**ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ESPECIAL CANARIO**

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL CANARIO

(Régimen de las Aguas)

II

(Curso 1966-67)

por el

SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

DIRECTOR: Dr. ALEJANDRO NIETO

Catedrático de Derecho Administrativo



CABILDO INSULAR DE TENERIFE
AULA DE CULTURA

I N D I C E

I.—TELESFORO BRAVO:	
El problema del agua subterránea en Canarias.	9
II.—ALEJANDRO NIETO:	
Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico.	27
III.—LAZARO SANCHEZ-PINTO:	
Abastecimiento de poblaciones	121
IV.—JOSE GABALDON:	
Expropiaciones de aguas.	141
V.—JOSE ANTONIO MARTIN PALLIN:	
Infracciones en materia de aguas	181
VI.—ALEJANDRO NIETO:	
Ideas para una reforma del régimen jurídico de las aguas canarias	219

Los estudios que aparecen en este segundo volumen de «Derecho Administrativo Especial Canario» fueron realizados durante el curso 1966-67 en el Seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna.

La versión que aquí aparece corresponde, más o menos literalmente, al texto de una serie de conferencias pronunciadas al final del Curso, bajo los auspicios del Aula de Cultura del Cabildo Insular de Tenerife, en las que se desarrolló públicamente, en forma de lecciones sumarias, el resultado del trabajo académico.

En el volumen tercero, ya en prensa, se recogen los estudios del curso 1967-68, dedicados al examen especial de las Comunidades y Heredamientos canarios. El Director del Seminario y sus colaboradores van así progresando en la inmensa tarea que se han impuesto, de analizar con perspectiva universitaria una larga serie de problemas canarios.

Por otro lado, con el transcurso de los años se ha ampliado notablemente la base de los colaboradores y se han afinado los métodos de trabajo, de tal manera que las lecciones que se publican, si bien lo son bajo la individual responsabilidad y mérito de sus firmantes, pueden considerarse como el resultado de un esfuerzo de equipo, puesto que solo se ha llegado a las tesis expuestas al cabo de un lento proceso de maduración e intercambio de ideas entre los autores y los demás participantes anónimos del Seminario.

El problema de las aguas canarias dista mucho de encontrarse resuelto; pero quizá este libro contribuya a su esclarecimiento. Además, hay que ser conscientes de que no se trata de

un problema aislado del archipiélago. En toda España existen situaciones paralelas de escasez, que se están agravando a cada momento. A estos efectos, es muy significativo recordar que hace unas semanas, es decir, después de haberse compuesto el libro, se ha publicado en el Boletín Oficial una serie de normas que limitan rigurosamente los aprovechamientos de aguas subterráneas en algunas cuencas peninsulares (Segura, Guadalquivir). Piénsese, por ejemplo, en el rotundo tenor del Decreto-Ley de 16 de Agosto (norma por tanto del mismo rango formal que el Código civil y la ley de aguas), donde se prohíbe de momento, durante seis meses, la ejecución de obras de alumbramiento y captación de aguas subterráneas en la isla de Mallorca, en razón a que «el grave problema planteado por las especiales características naturales y geológicas de la isla de Mallorca, carente de corrientes continuas de aguas superficiales, y el crecimiento vertiginoso de la demanda hidráulica registrado en los últimos años, justifican la implantación de un régimen administrativo que planifique y discipline los alumbramientos de aguas subterráneas, superando el sentido absolutista que de la propiedad de éstos profesa el artículo 23 de la vigente ley reguladora».

Ante la proliferación de estos casos de imposición de «régimenes administrativos», hay que pensar seriamente en el castigo refrán de «cuando las barbas de tu vecino...». El Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de La Laguna considera un deber el examinar científicamente las cuestiones derivadas de este posible régimen, «antes» de que el mismo llegue a aplicarse a Canarias.

Por último, y al igual que el año pasado, quisiera dejar aquí pública constancia de mi agradecimiento a cuantos han hecho posible la continuación de esta obra: al Ministerio de Educación y Ciencia, al Instituto de Estudios Canarios, al Aula de Cultura del Cabildo Insular de Tenerife y a esta última Corporación; pero, sobre todo y muy especialmente, a mis colaboradores: a los autores de estos trabajos y a quienes, con constancia ejemplar, asisten periódicamente a las reuniones del Seminario, aportando su ciencia y su experiencia en la discusión de cada una de las ponencias.

La Laguna, Agosto de 1968

Alejandro Nieto

I

EL PROBLEMA DEL AGUA SUBTERRÁNEA
EN CANARIAS

por TELESFORO BRAVO
Catedrático de Petrología de la
Universidad de La Laguna

El actual uso y el abuso del agua en el consumo humano, agrícola e industrial en cada una de las islas Canarias, con una precipitación de lluvia y nieve no muy elevada en superficies relativamente pequeñas, presenta un problema de graves perspectivas. Sabemos perfectamente que las aguas de que disponemos son de caudal limitado y por lo tanto tenemos que administrarlas cuidadosamente hasta tanto el proceso de potabilización del agua del mar sea lo suficientemente asequible a nuestra sobrecargada economía.

Mi misión en este Seminario es indicar la procedencia, cual es el ciclo de las aguas, como se encuentra en el subsuelo y como se capta, así como otros puntos de interés del problema.

1.—Procedencia del agua subterránea

Antes que nada voy a indicar la procedencia del agua subterránea, ya que existen desde hace mucho tiempo criterios erróneos, arraigados popularmente y que tienen su origen desde mediados del Siglo XIX. Muchas gentes se inclinan más a lo misterioso e imposible que a un franco y realista criterio. Cientos de personas de todos los estratos sociales preguntan una y otra vez cual es el origen de las aguas subterráneas. En la respuesta de que la totalidad de las aguas tienen procedencia meteórica, —agua de lluvia infiltrada— y algunas condensaciones en zonas arboladas y en el subsuelo cuando éste es poroso, se nota una profunda desilusión. Lamento tener que deshacer este criterio imposible.

Para aclarar esto solo explicaré que las aguas de origen mágico y aguas ascendentes desde focos calientes en el subsuelo,

dejan numerosas sustancias mineralizadoras típicas por donde han pasado y que en ningún momento se han encontrado en las estructuras de nuestros subsuelos, siendo en cambio numerosos los procesos originados por las aguas atmosféricas en su ciclo normal de infiltración. Muchas personas experimentan un choque de incredulidad cuando ven los caudales extraídos del subsuelo, y para su conocimiento, puedo decir que poniendo de ejemplo la isla de Tenerife, el caudal total explotable lo estimo en un millón quinientos mil metros cúbicos al día, de los cuales se están ya explotando novecientos mil y todas estas aguas proceden de aguas infiltradas desde la atmósfera.

2.—Factores hidrológicos externos

El caudal de agua que se infiltra en las islas depende de varios factores externos entre los que figuran como más importantes los siguientes: 1.—Altura del edificio insular, ya que cuanto más alta sea la isla, las precipitaciones provocadas por el relieve son muy grandes y frecuentes. 2.—Permeabilidad de los suelos, puesto que las superficies cubiertas por materiales volcánicos recientes, malpaíses, arenas volcánicas (lapilli), escorias, etc., favorecen la rápida infiltración. 3.—Superficies cubiertas de bosque, especialmente de laurisilva, ya que detiene durante largo tiempo el agua precipitada permitiendo una infiltración tranquila e impidiendo la escorrentía tumultuosa. 4.—Extensión superficial, puesto que esto significa una mayor área de superficie receptora de lluvias. 5.—Edad geológica, ya que las islas jóvenes son más permeables y cuando son muy antiguas, los suelos están muy compactados y «sentados», impidiendo la infiltración y favoreciendo la escorrentía y por tanto, el desarrollo de embalses. 6.—Espesor de la cubierta volcánica reciente que permite el intercambio de masas de aire húmedo y tibio entre atmósfera-subsuelo alcanzando zonas más frías, entre 13-15 grados centígrados, lo que permite una condensación de unos 5 a 9 gramos de agua por metro cúbico de aire que ha penetrado.

Una clasificación de las islas por estos factores conjugados podría ser la siguiente:

- 1.º—Tenerife.—Gran extensión.—Gran infiltración.—Gran altura. Escorrentía mínima.—Gruesa cubierta de rocas recientes.
- 2.º—Gran Canaria.—Gran extensión.—Pequeña infiltración.—Altura media.—Gran escorrentía.—Cubierta delgada de materiales recientes.
- 3.º—La Palma.—Extensión media.—Gran infiltración.—Altura grande.—Pequeña escorrentía.—Gruesa cubierta de materiales recientes.
- 4.º—Gomera.—Extensión pequeña.—Infiltración pequeña.—Altura media.—Escorrentía grande.—Cubierta delgada de materiales recientes.
- 5.º—Hierro.—Extensión pequeña.—Gran infiltración.—Altura media.—Escorrentía mínima.—Gruesa capa de materiales recientes.
- 6.º—Lanzarote.—Extensión media.—Gran infiltración.—Pequeña altura.—Pequeña escorrentía.—Gruesa cubierta de materiales modernos.
- 7.º—Fuerteventura.—Gran extensión.—Pequeña infiltración.—Altura pequeña.—Escorrentía muy grande.—Cubierta delgada de materiales recientes.

De todas las islas, Tenerife, Gran Canaria, La Palma y Gomera, tienen cultivos permanentes y por lo tanto exigencias de un caudal en progresiva demanda a medida que se extienden las zonas cultivadas. Por otra parte, el uso doméstico, industrial y Puestos, en continua expansión, impone la necesidad de explotación hasta el límite máximo.

3.—Factores hidrológicos internos

Los edificios volcánicos insulares no se parecen en nada a los terrenos continentales y han sido poco estudiados hidrogeológicamente, siendo muy rara la literatura referida a las aguas subterráneas. Se precisa el conocimiento de la distribución de las diferentes formaciones que están en los subsuelos, armazón que tenemos que estudiar como si se tratara de la detallada anatomía de un cuerpo humano. Por otra parte, cada una de las islas tiene estruc-

turas comunes pero en otros casos difieren totalmente e incluso en áreas de cada isla hay profundas diferencias que exigen un conocimiento estructural detallado que nos muestre cada uno de sus rasgos «anatómicos». En la clasificación indicada conjugando los factores hidrológicos externos, vemos ya la gran variedad que existe, no habiendo dos islas que se asemejen. Estas diferencias son todavía más acusadas si tratamos de los factores internos, por lo que en esta exposición se indicarán solamente los factores comunes, pues es imposible en un tiempo limitado estudiar los de cada isla por separado.

Una isla se ha formado por acumulación y superposición de materiales arrojados por los volcanes en un espacio y superficie limitados. Suelos de cenizas y escorias se transforman en tierras vegetales que luego se cubren por nuevas coladas volcánicas dando lugar a los «almagres». Las emisiones posteriores se inyectan en su camino ascendente dentro del edificio de forma particular dando origen a los diques. El mismo peso de los materiales que se van superponiendo determinan roturas y fallas, compactaciones y fracturas de las rocas subyacentes. Se producen fenómenos mecánicos como desplazamientos de masas de roca así como fenómenos físico-químicos que influyen notablemente en la repartición, fluencia, acumulación y velocidad de desplazamiento del agua.

De los elementos comunes indicamos los diques, que son paredones que cortan de abajo a arriba las formaciones volcánicas. Son inyecciones laminares o tabulares de lavas que tienen presión suficiente para abrirse paso hacia la superficie a lo largo de una línea débil de los subsuelos. En general son muy largos, entre 500 metros y dos o tres kilómetros y no siempre son verticales ni completamente rectos, ya que son muy numerosos los inclinados y acostados, especialmente en los núcleos de las cordilleras principales de las islas. Los rumbos de los diques son variados y pueden clasificarse en vagabundos y orientados. Entre estos últimos hay dos sistemas paralelos, uno de NE a SO siguiendo el eje de la mayor longitud de las islas y otro de NNO a SSE, pero hay muchas variaciones locales puesto que se encuentran sistemas orientados de N a S y de E a O.

Lo más característico de los diques es su asociación con grietas, casi siempre en la cara interna, que afecta a la totalidad del

dique tanto en la vertical como a lo largo de su recorrido. Estas grietas tienen una importancia tremenda en las captaciones, circulación del agua y de relación entre perforaciones contiguas, así como en el almacenamiento y regulación natural de las reservas.

Más del 50 % de los diques está afectado por su correspondiente grieta determinando la comunicación directa entre bajas y altas zonas del subsuelo.

Otras formaciones de interés hidrogeológico son las capas llamadas «almagres» que como hemos indicado son antiguos suelos vegetales que se han recocido e impermeabilizado a consecuencia de lavas ardientes que se le superpusieron. Actúan como capas impermeables y son de longitud y anchura muy limitadas. Estos almagres están intercalados entre capas de rocas masivas, pero en general no son uniformes pues tienen numerosas ventanas o son permeables cuando el material de que están formados es arenoso o escoriáceo. Constituyen el elemento hidrogeológico más importante en las islas de subsuelos muy viejos y sentados. En los acantilados y laderas, cuando asoman, suelen tener fuentes de caudal moderado.

Otro de los elementos comunes de mayor importancia son las gruesas capas de «ignimbritas». Son rocas masivas que se presentan en enormes espesores intercaladas en los subsuelos y a veces en superficie. Son impermeables y actúan como capa receptora encontrándose las aguas sobre ellas, pero impidiendo la infiltración a zonas más profundas, por lo que son casi secos los subsuelos que estas capas cubren. Se puede asimilar a este tipo de roca, otros aglomerados volcánicos de enorme espesor, a veces plásticos, que constituye un infranqueable obstáculo a la infiltración. Están presentes en todas las islas menos en Lanzarote y Hierro.

Por todo lo dicho, se comprende que dentro de cada edificio insular hay formaciones más antiguas que otras, afectadas por diques o carente de ellos, con áreas cubiertas de ignimbritas con suelos estériles, de forma que pueden establecerse campos donde las aguas subterráneas se comportan peculiarmente. Pero esto no puede dar pie a pensar que existe una anarquía en la distribución de las aguas subterráneas, puesto que su ciclo obedece a una serie de leyes físicas que no se pueden olvidar. Donde si existe anarquía es en las perforaciones pues éstas son empresas para la ex-

plotación económica y ante ésto, las explotaciones racionales se olvidan. Rendimos tributo de admiración a los iniciadores de esta ingente labor de investigación, pero no a todos, ya que un mayor grupo, al amparo de los que obraron de buena fé, han motivado que más del 50 % de las obras de captación sean inútiles o injustificadas.

4.—El ciclo de las aguas en el subsuelo

Las aguas de lluvia, nieves, condensaciones en zonas boscosas o en subsuelos porosos a las que hay que añadir las que proceden de riegos de cultivos permanentes, se infiltran comenzando su camino hasta alcanzar el mar. El caudal infiltrado puede deducirse de los factores hidrológicos externos ya indicados, alcanzando el inmediato subsuelo por múltiples vías, gotas que resbalan por las rocas y grietas de las arenas y cenizas volcánicas con una velocidad media pequeña que no supera los 8 ó 9 metros por día. Estas finas y casi inapreciables láminas de agua que apenas parece que humedecen el suelo se reúnen al llegar a pequeñas capas impermeables más extensas formando un caudal mayor. Si los subsuelos están afectados por sistemas de diques inclinados, las aguas resbalan por sobre ellos y si las capas donde se reúnen son extensas e impermeables, almagres u otro tipo, asoman al exterior en los acantilados o laderas, originan fuentes en aquellos puntos donde la capa ocupa una posición más baja, con caudal importante o moderado según los casos, constituyendo las llamadas «Fuentes de ladera». Las aguas colgadas y las fuentes de ladera pueden denominarse también «aguas de capa».

Si en el camino se interponen diques enteros verticales o poco inclinados, las aguas se acumulan detrás de ellos almacenándose, constituyendo las «aguas represadas» o reservas, o bien «agua de dique». Cuando las aguas represadas alcanzan una presión suficiente se infiltran a través del dique pues ninguno es totalmente impermeable pues tienen siempre finas fisuras o diaclasas de retracción producidas en el momento de su enfriamiento. Cuando las presiones son muy elevadas la filtración a través del dique se compensa con las nuevas aportaciones, de forma que el nivel del agua permanece casi constante. En ocasiones la presión puede

ser de 12 y más atmósferas cuando los diques son muy compactos y gruesos.

Estas aguas pueden representar el caudal de 5 a 8 años pero no se pueden considerar como aguas fósiles puesto que la renovación es constante. Si el dique está afectado por una grieta por su cara interna, la columna de agua puede llegar a ser muy grande y la capacidad de almacenamiento puede deducirse de los huecos que dejan los materiales volcánicos poco compactados.

En los subsuelos volcánicos recientes y de edad media, puede estimarse que el 30 % de volumen es hueco entre los cero metros y los 350 metros de carga o montera. De 20 % entre los 350 y 500, el 10 % entre 500 y 600, el 5 % entre 600 y 700, disminuyendo a medida que aumenta la montera. A los 1000 metros, las rocas muy compactadas aparecen casi secas y solamente fluye el agua por las grietas que afectan a los diques o a la estructura rocosa. En terrenos muy viejos, que han sufrido una compactación durante un largo tiempo geológico, estas cifras varían notablemente.

Una vez que las aguas han vencido todos los obstáculos, que en algunas zonas francas tardan de 10 meses a un año, pero que en otras tardan tres o más y si hay diques enteros, de 5 a 8 años, alcanzan las zonas costeras constituyen la reserva de «aguas basales». Esta tardanza en recorrer el ciclo explica el porque muchos manantiales tienen caudal fijo. Hay una regulación natural en el subsuelo, pues en los ciclos climáticos secos, el caudal infiltrado es menor y la velocidad de traslación sufre un retraso. En los ciclos climáticos lluviosos el caudal infiltrado aumenta, la velocidad de fluencia en el subsuelo, también es mayor, alcanzando a las aguas de ciclos anteriores.

Las aguas basales forman un depósito en la proximidad de la costa desplazando a las aguas saladas hacia el subsuelo con arreglo a una serie de leyes perfectamente establecidas. Estas aguas constituyen una reserva enorme y está incrementada por los aportes procedentes de los riegos de los cultivos permanentes. Por lo menos el 50 % de las aguas vertidas en riegos, se filtra incrementando las aportaciones naturales.

Las aguas basales se pierden, cuando no son aprovechadas, en el mar a nivel inferior al de las bajas mareas. Esto se aprecia perfectamente durante las mareas vivas.

Las aguas basales sufren variaciones periódicas en su nivel cuando llenan subsuelos que han sido ganados al mar por invasión de productos volcánicos en tiempos relativamente recientes, debido a las mareas que hacen subir o bajar la masa de agua potable. Como dato explicativo, hay puntos separados de la costa hasta tres kilómetros donde el nivel del agua basal refleja el movimiento de las mareas, mientras que en otros casi junto a la orilla no se percibe, dependiendo de la estructura del subsuelo.

En la actualidad, el ciclo natural de las aguas subterráneas está profundamente modificado y perturbado por las obras de captación, galerías y pozos que se han perforado en los últimos 60 años.

5.—Explotación de las aguas de «capa» y de «dique»

La explotación de estas aguas se ha efectuado y se sigue investigando con largas galerías en aquellas islas que tienen una gruesa cubierta de materiales recientes y con pozos en las islas de subsuelos muy antiguos. Las galerías tienen que atravesar a veces miles de metros horizontalmente para encontrar las reservas. En general tienen que alcanzar puntos con una montera superior a los 350 metros para obtener agua de capa o dique entero que represe agua. Los pozos alcanzan profundidades superiores a los 50 metros en las islas de viejos subsuelos. No son raros los pozos de 200 a 300 metros de profundidad. Del fondo de estos pozos parten galerías más o menos largas para interceptar aguas de capas próximas o fisuras por donde circule agua. Con frecuencia se practican catas con taladros de pequeño diámetro hasta de 200 metros de longitud, radialmente e incluso hacia arriba de cualquier punto del pozo o de sus galerías, de forma que la investigación puede ser exhaustiva. Estas son una de las razones que aconsejan que la distancia entre ejes de pozo y galerías (contados horizontalmente) sea superior a los 400 metros. Hasta el momento estas catas se practican libremente. En realidad deben considerarse como reconocimientos de igual valor que una galería.

No existen problemas de captación cuando las instalaciones están suficientemente espaciadas. Los problemas se presentan cuando son muy numerosas en un espacio reducido, produciéndose

multiplicidad de perforaciones para obtener el mismo caudal con sustracción de caudales ya alumbrados. En general en estas zonas existe una desordenada disposición, por lo que podríamos clasificar a pozos y galerías de la forma siguiente:

- 1.—Galerías y pozos legales con Exp. de aguas.
- 2.—Galerías y pozos con Exp. de aguas, parcialmente legales.
- 3.—Galerías y pozos con Exp. de Minas, para obtener «minerales» inexistentes y en realidad para obtener agua. (Exp. a extinguir).
- 4.—Galerías y pozos sin Expediente alguno.
- 5.—Galerías y pozos, legales, parcialmente legales o ilegales con largas catas, desconociéndose dirección y longitud de las mismas.

Esto supone un desorden en los aprovechamientos de agua, un gasto a veces doble o múltiple para obtener el caudal alumbrado en obras contiguas, una base especulativa de los valores y una base especulativa de las aguas. Nuestra economía hidráulica no brilla por su perfección. Es curioso que hasta ahora, al hacerse la petición de nuevos expedientes de perforación, el peticionario «desconoce» la situación de los pozos y galerías que se encuentran en la proximidad. Cuando aparece un nuevo expediente se alza un clamor de todos los contiguos con razón o sin ella. Hay oposiciones que se presentan «por sistema», otras con razón justificada y otras porque el hacerlo cuesta sólo una instancia. ¿Se hacen o no a pesar de esto las nuevas obras?

Y al decir todo esto me mueve la intención de indicar que en grandes sectores insulares existe una sobre-explotación inadecuada, mientras quedan otras donde la explotación racional queda por hacer.

En mi opinión, ha llegado el momento en que se precisa la explotación mancomunada, por zonas, para realizar una explotación constructiva y para evitar la enorme carga económica de gastos inútiles. Hay grandes áreas donde las nuevas perforaciones en cuanto se alargan dañan los intereses de las contiguas, estableciéndose una lucha legal-ilegal, —cabe este concepto— para obtener el caudal.

Desde un punto de vista hidrogeológico, las aguas de capa o

colgadas pueden ser interceptadas por perforaciones superiores a otras situadas a más baja cota siendo la sustracción total o parcial. En cuanto a las aguas de dique, galerías inferiores que corten el par dique-grieta, afecta a la galería superior que se alimenta del mismo. No obstante, por muchas razones de la disposición del subsuelo, hacen falta galerías y pozos unos debajo de otros en cotas altas, medias y bajas para la total explotación de las aguas, pero esto precisa que sean explotadas mancomunadamente.

Hemos estudiado el ciclo del agua. La infiltración se efectúa en una superficie física de un propietario, sea el Estado o un particular. Indudablemente el agua infiltrada en tal área pertenece a su propietario, pero este caudal si no es aprovechado en superficie, a lo largo de su ciclo pasa al subsuelo de otro, incrementado con el que se filtra en su propio suelo y así sucesivamente. Estimo que el caudal en un punto cualquiera del subsuelo es la suma de las infiltraciones en superficies que no le pertenecen, salvo los poseedores de suelos donde se inicia el ciclo. En cada metro cuadrado puede infiltrarse una media de una pp/año.

Cualquier obra de investigación de agua subterránea, legal, ha pagado al Estado para que le permita la explotación del agua que se encuentre en su concesión —sin daño a tercero— pero en general, las aguas alumbradas no son las que se infiltraron en el subsuelo adquirido o concedido, pues pueden proceder de regiones mucho más lejanas de las cuales no tiene concesión, ni los ha adquirido ni tiene acceso legal.

Un pozo abierto legalmente en el lindero de una finca impide que el dueño de la propiedad contigua abra pozos a una distancia que dictamina la Administración, 100, 200, 300 o más metros, y que conste que he visto dictámenes en que la Administración ha decretado afección entre pozos separados 700 metros. Desde el momento que esto sucede, el dueño del pozo ha adquirido un derecho total, desde un punto de vista hidrológico, de las aguas que están en subsuelos que no le pertenecen sin indemnización alguna. Todo esto es absurdo, pero cobra vida desde el momento en que pensemos en una explotación mancomunada.

Dejando aparte la discusión de estos conceptos que nuestros administrativistas pueden resolver, indicaré que para diagnosticar la posibilidad de alumbramientos en una nueva galería o pozo o am-

pliaciones de sus trazas, se tiene que saber, además de la «anatomía» del subsuelo, la posición exacta de las instalaciones contiguas y de la situación de sus manantiales, so pena de hacer una diagnosis errónea, motivando gastos inútiles o sustrayendo aguas alumbradas. El desconocimiento de lo que hace cada Comunidad en sus investigaciones, trae males irreparables.

6.—La explotación de las aguas basales

La explotación de las aguas basales requiere la aplicación de una técnica precisa, especialmente en aguas que tienen variaciones periódicas en su nivel estático a causa de las mareas. Las leyes para la explotación de estas aguas han sido estudiadas suponiendo un nivel del mar invariable, por lo que en Canarias se ha tenido que modificar para su aplicación, pues tenemos mareas que sobrepasan los dos metros.

Un principio general es que a nivel fijo del mar, si existe por ejemplo, un metro de agua potable sobre el citado nivel, existen de 35 a 37 metros de agua útil por debajo. Si retiramos medio metro del metro que existe, el agua salada se sitúa a 17.5 metros por debajo y si retiramos la totalidad de la capa de agua, el agua salada llega hasta el aspirador. Todo esto está de acuerdo con los trabajos experimentales basados en la diferente densidad de las aguas. Con la variación de nivel, las precauciones deben ser muy grandes.

La explotación del agua basal requiere un estudio topográfico perfecto, saber la amplitud de los movimientos del nivel del agua alumbrada, análisis químicos durante la perforación, estudio de los subsuelos atravesados y montaje de dispositivos que limiten la explotación si las circunstancias obligan a ello, todo con el objeto de evitar la contaminación con aguas saladas.

Las aguas basales pueden clasificarse según el tramo donde se explotan. Estos tramos pueden ser denominados de la siguiente forma:

1.—Tramo de turbulencia, donde la explotación es muy delicada, con grandes variaciones de nivel, aguas que pueden tener sales por difusión iónica aún cuando estén por encima del nivel del mar.

2.—Tramo de explotación limitada, donde la variación de ni-

vel es moderada, la difusión iónica de las sales es inapreciable a causa de la renovación del agua potable, pero con dispositivos que limiten la explotación para evitar que se produzca la contaminación.

3.—Tramo de explotación de seguridad, donde no hay que tomar precauciones por ser imposible la contaminación.

El caudal de este tipo de agua, explotable, es realmente importante, estando en vías de explotación algunos sectores del archipiélago, faltando aún mucho por hacer.

7.—El concepto de «Unidad hidrogeológica explotable»

La necesidad de mancomunar grupos de galerías por acuerdo tácito entre ellas tropieza con la dificultad de que las galerías con abundante caudal, no desean esta unión. Lo mismo me refiero a pozos o pozos y galerías cuando están distribuidos en pequeños espacios. Esto es completamente humano. Pero es necesario recordar que galerías y pozos con abundante caudal disfrutado durante muchos años, lo han perdido de pronto, mientras los contiguos lo han ganado. La fusión es un certificado de seguridad, puesto que en amplios sectores se podrían hacer las correspondientes investigaciones en las mejores condiciones para alumbramientos, suspendiendo las perforaciones inútiles. En las condiciones actuales de investigación ninguna prospección tiene la seguridad de la continuación permanente de sus caudales. En los B.O. vemos muchos escritos que solicitan legalizar tramos que han sido ejecutados ilegalmente y sin embargo cada Comunidad conoce su obligación de solicitar, antes de ejecutarlas, las obras que proyecta, se les aconsejen o no, y revisar frecuentemente si sus trabajos se adaptan a lo solicitado.

Por esto y por muchas cosas que se dejan de decir, es preciso la fusión de todas las comunidades en una unidad, con zonas laterales comunes donde las aguas sean repartidas entre unidades contiguas. Pueden ser zonas que abarquen municipios enteros. Hay muchas soluciones razonables y adecuadas. Pero no se puede seguir en la forma actual. Es un lamentable espectáculo que nuestra economía hidráulica no tenga una base segura, ni para los propietarios ni para los usuarios.

8. — Gases en el subsuelo

La frecuente presencia de gases que invaden algunas instalaciones en amplios sectores de las islas, y que desgraciadamente han sido causa de accidentes mortales, implica que se conozca y difunda las causas y efectos y la forma de combatirlos para aplicarlos al entrenamiento del personal. Los gases que se han podido identificar son los siguientes:

- 1.—Gas carbónico.
- 2.—Concentración de Nitrógeno (ausencia de Oxígeno).
- 3.—Gases explosivos (Hidrógeno).

1.º — *Gas carbónico*

Este gas en pequeña concentración produce disnea, es decir, una aceleración de la respiración, pero cuando está en mayor concentración, se produce además dolor agudo en la cabeza, vómitos y aún la muerte cuando se permanece un tiempo inadecuado en este ambiente. Este gas es de origen volcánico y afecta a algunos sectores de las islas. Invade pozos y galerías a través de los subsuelos o viene disuelto en las aguas alumbradas, deprendiéndose de ellas cuando el agua corre por los canales interiores. Otras veces está en forma de bicarbonatos, principalmente de cal, de forma que al brotar el agua y perder presión en boca de manantial, el gas se desprende, precipitándose la cal en concreciones.

Ocurre frecuentemente que hay días que en estas galerías no hay vestigio de gases, mientras que en otros es tal la concentración que no se puede permanecer en su interior. Lo mas corriente es que durante el período de 24 horas se producen máximos y mínimos en la concentración de la forma siguiente:

Entre las 3 y 4 de la madrugada hay una fuerte presencia de gas, que va disminuyendo hasta casi desaparecer entre las 9 y 10 de la mañana, aumentando progresivamente hasta alcanzar el mayor máximo entre las 3 y 4 de la tarde, para volver a disminuir hacia las 10 de la noche. Muchos obreros observadores, que han descubierto este proceso, trabajan solamente durante los períodos de mínima concentración, es decir, entre 8 y 1 de la tarde o entre 9 de la tarde y 1 de la madrugada. Este proceso corresponde en tiem-

pos normales a las diferencias de presión barométrica durante la marea barométrica diaria. Durante este ciclo, masas de aire penetran dentro de la galería durante las máximas presiones (mínima concentración de gas).

Pero este proceso se perturba cuando reinan tiempos, durante varios días, del Sur, Sureste y Suroeste, habiendo diferencias en las perturbaciones en una y otra vertiente de cada isla.

El montaje de un sistema de extracción y de inyección, sistema reversible es de gran utilidad, pero siempre hay que obrar con grandes precauciones pues durante los grandes mínimos barométricos este sistema no llega a ser efectivo. En galerías y pozos con terrenos muy compactos son más efectivos que en aquellas obras perforadas en terrenos muy porosos y fracturados.

2.º—*Concentración de Nitrógeno (carencia de oxígeno)*

La concentración de Nitrógeno en las obras de perforación profundas ha causado gran número de accidentes mortales. Una atmósfera de nitrógeno en muchas personas produce euforia, optimismo e incluso hilaridad, en otras, estupor y torpeza. La presencia de Nitrógeno en las galerías se debe a que las aguas alumbradas carecen de Oxígeno en disolución. No existe este fenómeno en galerías secas. La explicación es sencilla: las aguas que se infiltran al comenzar su ciclo subterráneo tienen en disolución aire, que es una mezcla de Oxígeno y Nitrógeno. A lo largo de su recorrido, el Oxígeno se queda al oxidar minerales de hierro que se encuentran en los basaltos, de forma que el agua queda desprovista de él, quedando sólo el Nitrógeno, gas inerte. (La proporción de O. y N. que se disuelve en el agua es de 64 % de N. y 34 % de O.).

Al manar esta agua desoxigenada en el interior de la galería trata de recuperar el oxígeno que ha perdido, tomándole del aire que está en la galería. Como la corriente de agua es continua, la sustracción es también continua, de forma que al cabo de cierto tiempo todo el oxígeno respirable ha sido sustraído, quedando sólo el nitrógeno. En las galerías que presentan este fenómeno, aparecen manchas amarillas y masas gelatinosas rojizas en las bocas de los manantiales. Son hidratos de hierro. El síntoma más característico de la presencia de Nitrógeno en alta concentración es

la debilitación de la llama de la lámpara, apagándose cuando no existe oxígeno alguno, llegando a la zona donde no es posible continuar. El caso es que el organismo humano, mientras tenga oxígeno disuelto en la sangre, no siente alarma cuando está sumergido en esta atmósfera y si tiene una lámpara eléctrica, continúa su camino hasta que cae bruscamente y esto se produce a los 10 o 15 minutos de penetrar en la zona peligrosa.

Una simple aireación forzada devuelve todo a la normalidad. El peligro se presenta cuando se suspenden los trabajos de perforación y no se ha aireado durante varios días.

3.º—*Gases explosivos e incendiarios*

Son muy poco frecuentes y solo se han desprendido en pequeñas áreas de Tenerife. Se les ha identificado como Hidrógeno volcánico. Cuando la concentración ha sido muy pequeña, se ha producido el incendio de la grieta por donde ha salido este gas o bien se ha incendiado un tramo de galería sin mayores consecuencias. En ocasiones la llama de las lámparas ha crecido desmesuradamente, pero en general estos gases desaparecen completamente. En un solo caso, la concentración ha sido tan intensa y momentánea, que se ha producido una violenta explosión. Es imposible prever la presencia de este gas.

9.—**Conclusión**

Por último, vuelvo a recordar que el limitado caudal de que disponen las islas, exige una ordenación definida en las explotaciones. Algunas de las islas están llegando al límite de sus posibilidades, a otras les queda un margen sustancial y otras han comenzado ahora la explotación. Nuestra «cabaña» hidráulica está francamente desordenada pues se atiende más al beneficio individual que al colectivo —no hay cooperación— sabemos que si diez propietarios necesitan llevar agua de un punto a otro, construyen diez canales o diez tuberías, aunque todas crucen el mismo camino. La conducta en las explotaciones subterráneas adolece del mismo grave defecto, todos quieren ir al mismo punto, no importa como, el caso es obtener agua para sí, aunque el vecino la pierda.

Esto es una economía ruinosa y hay que sanearla de alguna forma. Importa meditar sobre estos problemas antes de que la iniciativa privada, desbordada por el desorden, sea drásticamente y radicalmente modificada. La Administración se llegará a cansar de las infinitas rencillas que se le están presentando continuamente. Esto es como decir que los canarios tienen capacidad para el trabajo, pero no tienen capacidad ordenadora ni administrativa. Han realizado una obra que admira a propios y extraños, pero desordenadamente, y los extraños se dan cuenta que con la mitad del trabajo se pudo hacer una obra mejor que la realizada. El defecto es solo de no-cooperación. Creo que merece la pena intentar una clara postura de este capítulo de nuestra economía.

II

AGUAS SUBTERRÁNEAS: SUBSUELO ÁRIDO Y SUBSUELO HÍDRICO

por **ALEJANDRO NIETO**
Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de La Laguna

Sumario.—I. INTRODUCCION. 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. PERFORACION DEL SUBSUELO ARIDO. 1. Práctica. 2. Suelo y subsuelo. 3. Usque ad sidera, usque ad inferos 4. Profundidad del suelo. 5. La jurisprudencia. 6. El Reglamento de 14.1.1965. V. SUBSUELO HIDRICO. 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. INTRODUCCION

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 grupos económicos, que no solo 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 solo a medias, puesto que, por ejemplo, es compartida por autores de un individualismo tan poco sospechoso como

¹ Cfr., por todos, la clásica formulación de KAUTSKY en *Das Erfurter Programm*, 17 ed. 1922 (reproducción fotomecánica de la Ed. Dietz, Hannover 1964), págs. 68 y 69.

² «La clase dominante moldeará la ley a su favor y el código que llegará a estar más cerca del ideal de justicia de cada ciudadano será el que favorezca de una manera más perfecta a la clase dominante». (Brooks ADAMS, *Centralitation and the Law*, 1906, págs. 63-64, *apud*, Roscoe POUND, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. esp. Ariel. Barcelona, 1950, pág. 129).

Ihering¹ 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 estimulada 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».²

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 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

¹ «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 solo la guerra a todos los intereses, se intenta arrancar un pólipo 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).

² Ob. cit. pág. 150.

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, frutos) 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 supera con mucho los índices de su alimentación y 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.¹

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

¹ Cfr. sobre esta evolución jurídica Jean BARALE, *Le régime juridique de l'eau, richesse nationale*, en «Revue du Droit Public», 1965, págs. 587-640, donde se cita a León Aucoc (1890), como el primer autor que protesta contra la equiparación de los regimientos del agua y de la tierra.

que siempre han sido estudiadas las aguas superficiales. Esto se debe, en parte, a la menor importancia económica de aquellas 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 resolver los 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, pero 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. Pero 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 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.¹ Añáda-

¹ 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 las más bien modesta ley de 16. 12. 1964, escribe BARALE (ob. cit. pág.

se a ello que todavía 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 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.¹

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 minimamente 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 vé como 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

593): «la causa del abandono de esta idea no fue sólo la dificultad de la empresa la revisión general del derecho de las aguas afectaba demasiado unos intereses particulares solidamente defendidos».

¹ Cfr. mis *Bases para una reforma del régimen de aguas*, cap. VII de este Volumen.

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 descansa en un principio jurídico (las aguas no alumbradas carecen de dueño) y en dos principios físicos: la movilidad 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 una 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 vio 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 preexistente, que hace completamente ilusorio este pretendido derecho de propiedad.

Estas insistentes desviaciones han terminado enturbiando por completo la cuestión, que no fue 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 subjetivos privados 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 O. M. de 2.7.1952, cuyo artículo primero, regulando los alumbramientos de aguas (privadas) en la zona de la Sierra Callosa (Alicante) impone la necesidad de obtener 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 precedente».¹

¿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 este 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 suele entenderse así, y una parte de la doctrina confunde ambas cuestiones, aplicando arbitrariamente preceptos de la Ley de aguas, dictados pensando solamente en aguas subte-

¹ ROCA ROCA (*Las comunidades de Regantes y las aguas subterráneas*, II Congreso Nacional de Comunidades de Regantes, Sevilla, 1967, 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 mismas a los superiores intereses de las necesidades de la zona regable, y si no establece un dominio eminente sobre las mismas, sí dispone una utilización preferente por el Instituto Nacional de Colonización en aras del bien público». En efecto, esta simple O.M. 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, preve la debida indemnización.

rráneas, al subsuelo árido. Las consecuencias de este desenfoque 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 solo la facultad de perforación— se impone hacer una serie de distinciones:¹

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

¹ Como ya se ha iniciado por algunos autores. Cfr., por ejemplo, MARTINEZ BLANCO, *La propiedad de las aguas subterráneas y el abastecimiento de las poblaciones* en «Revista de Estudios de la Vida Local», n.º 136, julio-agosto, 1964, págs. 488-89, 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*).

no suponen una interpretación heterodoxa y novedosa de los textos, ni tampoco un pio 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 rango 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 sea su contenido.

e) Por razones de espacio queda 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 todos 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 severamen-

te criticado, incluso por el propio legislador,¹ 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 contraponen el Estado-gendarme del siglo XIX al Estado social del siglo XX, cuando la verdad es que la Administración española del siglo pasado no fue, 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 parte² 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

¹ Cfr. concretamente la durísima exposición de motivos de la ley de minas de 19. 7. 1944.

² Sobre los inconvenientes de una jurisprudencia inmovilizada por la maraña de las prácticas antiguas, frente a la libertad de una jurisprudencia sin pasado véase, por todos, el testimonio de Melendez 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 desafiase en el día, o quisiere contradecir, sería al punto mal visto, censurado, desatendido de sus compañeros y tenido por todos por orgulloso novador». (*Apud* SERRAILH, *La España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*. Ed. Fondo de Cultura económica, México, 1957, pág. 96).

Administrativo moderno, no es un simple afán de «erudición 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*¹ 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 fue consecuencia de dos anteproyectos, redactados por Cirilo Franquet y Antonio Rodríguez de 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, constituyeran soluciones mucho más aceptables que las de la ley de aguas de 1879 e incluso de la modernísima ley de 24.12.1962, 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,
- (b) derecho a perforar el suelo, y
- (c) derecho sobre el subsuelo o derecho a perforar.

Pues bien, a continuación vamos a ver como 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, sentado una doctrina, que luego se expresa en los arts. 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:

¹ 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.

Los depósitos de aguas subterráneas no son del dueño de la superficie: el dominio de éste solo alcanza a la profundidad necesaria 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 regular desarrollo de las plantas, ninguna legislación ha osado marcar metricamente 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 a través de grandes riesgos y sacrificios para arrojar los tesoros de su seno a la superficie... De este derecho pudiera, no obstante, abusarse en perjuicio del dueño superficiario y de los dueños de otros trabajos y propiedades subterráneas garantizadas 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 por donde pueden abrirse paso. Tan respetable debe ser ante la ley la propiedad y riqueza superficiaria 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 garantizados 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 superficiario, 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 cuanto son más difíciles de vigilar.

B) *Anteproyecto 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 artesanos o galerías exige comunmente 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 al-

gundo 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 análogo al de nuestra minería estableciendo pertenencias hidroscópicas, dentro de las cuales, solo el que las haya obtenido, y nadie más ni aun el dueño del terreno, pueda ejecutar tales trabajos. Más 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, fue 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 que 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 aquella. 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 anteproyecto 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 calcatas 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, dadas 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 solo 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» solo pueden ser atributos del suelo y no del subsuelo. Y a mayor abundamiento, así lo declara expresamente la luminosa exposición de motivos: «solo 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 29.12.1868 radicaliza aun 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 solo 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 mi-

nas 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 concertarán libremente con los dueños de la superficie acerca de la extensión que necesitan 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).

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

Las substancias de la tercera sección solo podrán explotarse en virtud de concesión que otorgue el Gobierno, con arreglo a las prescripciones de este Decreto. La concesión de las substancias 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 quinto, ni a determinadas substancias, como precisa el artículo noveno; 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 a pertenencias, o sea, a volúmenes y no a substancias minerales concretas. Y, por otro lado, la trascendental sentencia de 4.12.1906 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 acuer-

do 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».¹

Por último, es aleccionador recordar la historia de las relaciones entre el D-L 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 dio por supuesto la R. O. aclaratoria de 30.3.1872, 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 R. O. de 5.12.1876 dispuso el criterio contrario, es decir, el de la no derogación 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.

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 bus-

¹ En el campo doctrinal se encuentra corroborado este criterio jurisprudencial en la opinión de PÉREZ y ALGUER (*Derecho de cosas* de Wolff, 8 ed. I. Barcelona, 1936, págs. 312-313), para quienes 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.

case 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 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 solo muy difícilmente podría haber cabido dentro de la legislación general, entonces vigente, de la expropiación forzosa.

Esta laguna fue luego cerrada en parte por los RR. DD. de 15.7.1905 y 2.6.1910, que declararon la posibilidad de expropiación forzosa de los suelos debajo de los cuales se encontrasen, 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 de pozos artesianos 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.º—*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 ofrece la compatibilización de los principios básicos que recoge: las aguas subterráneas no pertenecen al dueño del suelo; pero solo 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, solo 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 hoy 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 aún 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 solo puede hacer comodamente desde nuestra perspectiva actual—; pero, puesto que se decidió hacerlo, fue 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), anfibiología 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 las aguas de dominio privado» sino que les dedica una sección especial (art. 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 de artículo 419 hacen los autores, aplicándolo a las aguas subterráneas.

b) En segundo lugar, nos dice el artículo 418 que las aguas alumbradas conforme a la ley especial de aguas pertenecen al que las alumbró.

c) En tercer lugar, el artículo 417 nos dice solo que 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 mi-

nas y *aguas* y en los 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 a donde nos vamos es a la ley de aguas, el problema se complica aun 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 declarado 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 encontrarnos, 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 quien pertenece el subsuelo y, por tanto, quien 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 propieta-

rio 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 ésto 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 obras tan profundas. 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 está obligado a pagar el alumbrador.

IV. PERFORACION DEL SUBSUELO ARIDO

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 Goytisoló) 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,¹ en la jurisprudencia del Tribunal Supremo también encontramos abundantes referencias a esta práctica. Valga de ejemplo la sentencia de 14.4.1956, 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 20.10.1958, donde se discute precisamente la posibilidad de un retracto sobre el subsuelo, enajenado antes separadamente; o, en fin, en la sentencia de 24.3.1959 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 el subsuelo.

Por otro lado, esta práctica ha llegado a ser sancionada normativamente en el Reglamento para la ejecución de la ley de 24.12.1962, sobre aprovechamientos de aguas y auxilio 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 correspondiente 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 corres-

¹ GUIMERÁ 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 CASTAN (*Derecho civil español, común y foral*, tomo 2.º, 10ª ed., Madrid, 1964, págs. 114 y 115) deduce del mismo precepto que la propiedad sobre el suelo es limitada como la del subsuelo.

pondientes, 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 los 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 28.11.1903: «lo mismo las 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 lo tanto, sigue 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 objetivado. 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 los

distintos derechos de propiedad: supuesto, a mi modo de ver, jurídicamente inadmisibles.

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 aquel no puede ni enajenar éste ni gravarlo con servidumbres ni excluir su utilización por terceros.

La sentencia (civil) de 28.10.1958 (en un retracto de comuneros ejercitados 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:

qualquiera 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 y 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 c. c.¹

¹ Art. 258: «Quedan derogadas todas las Leyes, Decretos, Ordenes y demás disposiciones que acerca de la materia comprendida en la presente ley se hubiesen

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 solo podía justificarse en la medida en que se dirigía a una justa distribución de los bienes».¹

dictado con anterioridad a su promulgación y estuviesen en contradicción con ella». La no aplicación de la ley de minas con posterioridad a 1897 ha sido declarada por una jurisprudencia reiterada y unánime (ss. 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 RR. OO. de 5.6.1883 y 1.8.1891.

¹ Cfr., por todos, Peter LIVER, *Usque ad sidera, usque ad inferos*, en «Melanges Philippe Meylan», II, Lausanne, 1963, págs. 182 y ss. La genealogía de la frase es como sigue: la primera versión identificada es de Cino de Pistoia, pero quien le 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 nos-

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 modernos romanistas (Scialoja, Bonfante, Sohm, Ferrini) son unánimes en afirmar la inexistencia de fuentes romanas que apoyen la tesis.¹

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:

art. 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».

art. 840 del código civil italiano: «el propietario del predio no puede oponerse a la actividad de los terceros que se desarrolle a tal profundidad en el subsuelo... que no tenga interés en excluirla.»

art. 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

otros, BENEYTO, (*Configuración jurídica del hombre sobre la tierra*, en «Revista General de la Legislación y Jurisprudencia», 1933, I, pág. 569) ha encontrado pruebas de su aplicación en documentos asturleonés y del Levante español en el siglo XIII.

¹ Cfr. LIVER, ob. cit. esp. 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 1.35.II.66— el derecho del agricultor termina bajo la reja del arado».

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»,¹ puesto que, incluso en ellos, superadas las crisis del peligro feudal y del paroxismo liberal, la jurisprudencia ha interpretado el precepto en términos más justos, que son aleccionadores en razón a 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 misma profundidad que igualmente el 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 esté 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

¹ Los primeros glosadores del Código de Napoleón admiten, en efecto, el principio de la propiedad usque ad inferos. Así DEMOLOMBE (*Cours de Code Napoléon. Traité de la distinction des biens*. 3 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 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.

suelo apropiado. Pero este no es, para ellos, accesible y utilizable más que de una manera colectiva... Cuando la ley de 8.4.1898 modificó los artículos 641 y ss. 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 recientemente Despax ha aludido 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 afecta a la parte más próxima de la superficie del suelo, el valor del subsuelo permanece elevado. 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 conciencia de la propiedad se esfumase con la profundidad y acabase por desaparecer».¹

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 del nuestro código civil, es en este punto prácticamente unánime. Desde que Jerónimo González² desarrolló entre nosotros la cuestión dogmática, los autores —bien en verdad que sin profundidad demasiado en sus análisis (qui-

¹ CARBONNIER: Droit civil. II, 1. *Les biens*. París, 1957, pág. 154; SAVATIER, *La propiedad del espacio* en «Revista de Derecho Urbanístico», enero-febrero 1967, págs. 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, pág. 78.

² *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 refieren en todos los trabajos especializados.

zá por considerarlo innecesario)— han insistido siempre en lo mismo.¹

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, esta fue 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 4.12.1906 (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 1.2.1909, 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 los derechos de propiedad del suelo, no aparece prohibida en nuestro derecho». Doctrina que se formula con no menos rotundidad en los R. R. D. D. de competencias de 26.5.1915 y 27.4.1925, 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

¹ Por citar solamente a los más dignificativos, dentro de cada época, cfr. IZQUIERDO LAGUNA, *La teoría de la propiedad potencial*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», 1935, págs. 194 y ss., PÉREZ Y ALGUER, en el «Derecho de cosas», de WOLFF, I, 1936, pág. 311, ESPIN, *Manual de Derecho civil español*, II, 1960, pág. 72; ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*, II, 1964, pág. 165.

medieval (puesto que no romana) de la propiedad. Así por ejemplo, la sentencia de 16.10.1959: «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 RR. OO. dictadas para Canarias de 27.11.1924 y 23.5.1938, es la consagración del principio *cujus est solum ejus est ad coelum usque ad centrum*». Ahora bien, aparte de que aquí solo se trata de un *obiter dictum*, la invocación que se hace el art. 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 1.12.1960 (expediente n.º 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 29.12.1868, 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 nuestra península, nunca se han seguido, que yo sepa, expedientes 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 4.9.1892 y R. 12.1.1917) y de Barcelona, o las obras del túnel de Guadarrama (ley de carreteras de peaje de 26.2.1953, 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 y subterráneas de co-27.3.1919 y que, como se ha visto, sólo es preciso imponerla cuan- rrientes eléctrica (regulada hoy por la ley de 18.3.1966 y Decreto de 20 de octubre del mismo año). Siendo de notar que, de acuerdo 12 de la ley y 32 del Reglamento, el montante de la indemnización comprenderá: «a) el valor de la superficie de 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 predio sirviente ocasione la servidumbre».

Y, en fin, también es de tenerse presente el artículo cuarto de la ley de navegación aérea de 21.7.1960; «los dueños de bienes subyacentes soportarán la navegación aérea con derecho a ser resarcidos de los *daños y perjuicios* que ésta les cause».

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 instrusión 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 1902 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 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 Brugi¹, «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, y resuelto, con toda precisión el problema: «el dominio (del dueño de la superficie) sólo alcanza a la profundidad neces-

¹ *Della proprietà*, (en «Il diritto civile italiano», dirigido por Fiore. Napoli e Torino, I, 1911) pág. 431.

ria 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 quinto —también ya citado— de la ley minera de 1868, rechaza del mismo modo un rígido criterio de separación.¹

En definitiva, el Derecho especial, lo mismo que los extranjeros, se ha acogido a la teoría del interés desarrollado por Jhering,² 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 pueda ser varia, siempre será diferente el espesor del suelo.³

¹ 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.

² *Zur Lehre von den Beschraenkungen des Grundeigentums im Intereze sse der Nachbarn* (JJ., 1863, págs. 81-130). Posteriormente, la doctrina romanista ha demostrado que esta teoría del interés fue la manejada por los 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 ss.). 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 (*Instituzioni di diritto romano*, 2 ed. pág. 205), Para FERRINI (*Manuale di Pandete*, 4 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* LIVER, ob. cit. págs. 180-181).

³ De forma quizá inconsciente, pero expresa, la R. O. de 5.12.1876 maneja también la teoría del interés, puesto que al argumentar los derechos del propietario sobre las 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, LOPEZ DE HARO, en sus tan breves como luminosos comentarios a la legislación de aguas subterráneas: «(el agua) que el subsuelo con-

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. Observéese 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 afectan 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, pues 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.¹

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?

tiene, *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 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...»

¹ 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 *Staudingens Kommentar, Sachenrecht*, 11 ed. Berlín, 1956, pág. 405. Por cierto que en esta obra (págs. 400-413) se citan más de tres trabajos monográficos dedicados especialmente al estudio del tema de la extensión vertical de la propiedad.

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 yerba; 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 económico-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.¹

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 amplian 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 ésto, qué interés es el que hay que atender ¿el actual o el futuro? Tal cuestión que ha preocupado a los juristas desde la

¹ Para la jurisprudencia francesa, italiana y alemana, así como bibliografía, cfr. LIVER, ob. cit. pág. 174, DUALDE, *La posesión civilísima*, ed. Aries. Barcelona, 1989, págs. 45-46 y GABBA, *Questioni di diritto civile*, 2. ed. I, Torino, 1909, págs. 113 y ss.

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 ¹ lo reconoce sin reservas, ya que, de otro modo, la teoría del interés sería sencillamente inaplicable. 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 ²: el interés del propietario del suelo solo debe medirse por relación a la utilización que le sea posible *en las actuales condiciones* del arte y de industria.

Si la determinación de la extensión vertical de la propiedad se hiciera depender de un factor tan hipotético ² 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 19.5.1958)— «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 imprevistos e imprevisibles. Admitir otra cosa sería ne-

¹ *Dei beni* en «Commentario del codice civile», III, «De la proprietà» (arts. 810-956), 2. 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 condizioni giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo nel diritto romano e odierno*, en «Archivio giuridico», 48, 1892, págs. 32-60, conforme a una cita traslaticia que aparece en todos los estudios posteriores.

² BARASSI llega a emplear a este propósito el término de «quimérico». Cfr. su *Proprietà e comproprietà*, 1951, pág. 525.

gar esta característica esencial de la propiedad moderna y sobre todo provocar problemas de imposible solución; de aquí que quienes admiten la posibilidad de intereses futuros, lo hagan con toda clave de precauciones. Así Brugi¹ 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 Laguna² 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 allí se irradia a los puntos colindantes, lo que constituye la «propiedad potencial». Esta irradiación es en principio indefinida y solo se detiene cuando choca con otro derecho de propiedad que paraliza su avance. De esta manera la propiedad se autoorganiza. El propietario tiene siempre 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

¹ *Della proprietà* (en «Il diritto civile italiano», dirigido por FIORE) I, Napoli y Torino, 1911, pág. 427. Con no menores reservas, cf. también el Studingers 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».

² *La teoría de la propiedad potencial* en «Revista general de la legislación y jurisprudencia», 167, 1935, págs. 194-205. La tesis de este autor se encuentra directamente influenciada por la 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 cuando la ocupación originaria solo tiene lógicamente un sentido superficiario.

la cual el dueño del suelo lo es desde el cielo a los infiernos. Lo que nosotros hacemos es nada mas 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,¹ 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, sí 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 su 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 aprovecha-*

¹ Ob. cit. esp-págs. 171-174.

miento 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 de 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 manera 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. 9.12.1958), en otros casos al amparo del código civil y de la ley de aguas (ss. 26.10.1949 y 4.5.1950 y 12.2.1953 ¹) y en otros, en fin, al amparo de la legislación específica de Canarias, es decir, de las RR. OO. de 27.11.1924 y 23.5.1938 (ss. 264.1961 y 16. 10.959.²)

¹ Ad. exemplum, s. 26.10.1949: «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.

² Por otro lado, se matiza este requisito declarando que los terceros no están legitimados para solicitar la nulidad de la autorización por falta de este requisito, lo que, en su caso, solo corresponde a los propietarios del suelo, sin cuya autorización se ha contado. Así, la sentencia de 24.6.1957: «el hecho, que en la demanda se alega, de no ser el peticionario dueño del suelo, sino del subsuelo del terreno en

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 O. de 23.5.1938, que rige para Canarias, exige para alumbrar aguas justificar la propiedad del suelo en que se hayan de alumbrar (s. 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 23.5.1938 exige la obligación de justificar el dominio del terreno» (s. 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 1789 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 R. O., aún vigente, de 5.6.1883, y la integrante de los artículos 417 y 419 del código civil, quedase desorbitada y exigiese la promulgación de nuevos preceptos especiales que coonestasen 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 ley de minas de 28.12.1868 y con las normas que para la apertura de pozos y galerías sub-

que se pretende realizar las obras de alumbramiento de aguas de que se trata, es evidente que solo podría (¡simple hipótesis argumentativa, por tanto!) ser invocado con eficacia por el propietario de dicho suelo y no por otra persona».

terráneas trazó e impulsó el artículo 18 del Reglamento de policía minera de 28.1.1910» (s. 10.5.1951).

6.—El Reglamento de 14.1.1965

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 24.12.1962 de fecha 14.1.1965, 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 excavarse 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, ésto 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 en 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. Concretamente, por lo que a nuestro tema se refiere, las RR. OO. de 27.11.1924 y 23.5.1938 (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 5.7.1967 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 primero de la ley de 1962, que desarrolla dicha Orden y en el artículo quinto 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 cuarto 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 exigen-

cia debatida ha sido impuesta por la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria. Tal hipótesis resulta inadmisibles por cuanto la exigencia de la autorización implica, en el fondo, una configuración del derecho de propiedad; lo que evidentemente no corresponde a la potestad 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, 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

excavarse las galerías. Autorización que, a la postre, va a resultar irrelevante:

art. 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 invadiesen propiedades ajenas, sin el consentimiento de sus respectivos dueños.¹

c) Pero la mayor paradoja del Reglamento de 14.1.1965 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 le 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, a falta de industria, constituyen la única riqueza del país, ¿no resulta contradictorio dificultar la obtención de esas aguas y encarecer su alumbramiento 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.

¹ 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 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 al 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 notarios 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 no habría modo de realizar una sola transferencia.

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.¹ Medida que despertó una reacción muy justificada entre los propietarios canarios, quienes, 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 fue 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 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 expresión 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. 13.10.1965);

—solo puede impugnar este defecto quien alega un derecho de propiedad afectado por las obras (s. 13.10.1965); tal como declara con todo detalle la sentencia de 10.4.1967:

lo que si es inadmisibles 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 in-

¹ Cfr. Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, *Aguas públicas y Obras hidráulicas*, ed. Tecnos, Madrid, 1965, pág. 117.

terés 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, aún en la hipótesis de que no se haya publicado en el BOE la O. M. de 17.5.1945, 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 exigió, 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 inmediata-

mente caducada, siendo imposible la realización de las obras (s. 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. 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 en 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, habrán 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 solo 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 14.1.1965; 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 solo 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, solo importa en cuanto masa que hay que perforar para llegar a la vena.

V. SUBSUELO HIDRICO

En el epígrafe anterior ha quedado demostrado que el dominio del suelo no se extiende sobre el subsuelo árido, o sea, sobre el que no contiene agua. Cuestión cuyo tratamiento en un simple presupuesto dogmático de lo que verdaderamente interesa: la determinación de quien 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 será, por tanto, la aplicable. 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 superficie, 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 12.6.1915:

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 alumbradas¹

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 *communis* o, más precisamente todavía, de *res nullius*, es tan antigua como constante:

En 1861 Cirilo Franquet escribía lo siguiente:²

Así el Ponente como el que suscribe consideraron aguas subterráneas como *res nullius*, pues siendo desconocidas, nadie pudo habérselas apropiado por medio del trabajo, y no formando parte de ningún patrimonio privado, debían considerarse como del dominio público del Estado,

¹ 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, p. 100, 1879): «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 opinión debe ser la base de la definición, pues no creo, como algunos, que para que un agua se considere alumbrada deba salir al exterior.»

² Voto particular durante las deliberaciones preparatorias de la ley de 1866, transcrito por Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, en *La ley de aguas de 1866*, cit., págs. 610-613

con arreglo al título 22, lib. 10 de la Novísima Recopilación y con arreglo a los artículos 1 y 2 de la ley de 16.5.1836. 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 lo tanto debía aplicarse el principio general que las aplica al Estado como administrador de las cosas nullius que pertenecen a la comunidad social para disponer al Gobierno lo más conveniente a su destino.

—En la doctrina extranjera De Page-Dekkers,¹ 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».

—En la doctrina extranjera Heimstaett² 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 cuatro de este mismo epígrafe.

c) El agua subterránea constituye, por cuencas, una unidad fluída 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 ordi-

¹ *Traité élémentaire de Droit civil belge*, V. Bruxelles, 1952 págs. 862 y ss.

² Karl PEYRER Ritter von HEIMSTAETT, *Das oesterreichische Was serrecht*, 2 ed. Viena, 1886, pág. 145.

nariamente 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 deslizan hacia el espacio vaciado, bien sea rodando libremente o por absorción capilar a través de capas generales.¹ Las últimas consecuencias de este argumento son resumidas así por Jean Barale:²

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.

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 mina, es prueba evidente de que el legislador no considera al dueño del suelo como propietario de ellas.³

e) Dado que las aguas subterráneas después de alumbradas pertenecen a quien las alumbró (véase, más adelante, el número tres de este mismo epígrafe), forzosamente hay que admitir que no pueden pertenecer al propietario del suelo, antes del alumbramiento, pues dicha atribución al alumbrador, caso de no ser due-

¹ 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, esp. págs. 4-7 y 16.

² Jean BARALE, ob. cit. pág. 613.

³ Argumento utilizado ya por HEIMSTAETT (ob. cit. pág. 146) al comentar la ley de aguas austriaca de 30.5.1869, tan próxima a la nuestra en el tiempo y en el espíritu. Véase, más adelante, el epígrafe VII de este trabajo.

ño 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 encuentra debajo de su fundo (véase, más adelante, el epígrafe correspondiente 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 se encuentran necesariamente debajo del fundo donde se produjo el alumbramiento; con la consecuencia de que quien lo ha realizado no solo 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 a 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 accesibilidad 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 suficiente para explicar este fenómeno la tesis de la servidumbre.¹

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:

¹ Para GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO (*Las relaciones de vecindad*, Barcelona, 1967, 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.

—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 solo 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 potestad de perforación y apropiación posterior: unas veces en beneficio de investigadores anteriores (artículos 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 2.7.1952 para la sierra de Callosa de Segura, D. 5.2.1954);

—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 distancias 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.

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 substancia

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;¹ y para este caso se declara que pertenecen al alumbrador. De hecho puede suceder que el alumbrador sea al tiempo el propietario del suelo; pero su apropiación se deriva entonces no de su condición de propietario sino de la de alumbrador.² 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 doctrina³ en el sentido de que el alumbrador es

¹ 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 «hiciere 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 ésto 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 27.12.1956, para Canarias, cuyo artículo quinto 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.

² Así ya en la exacta formulación de LÓPEZ DE HARO, en 1917 (*Aguas subterráneas*, en «Revista de Derecho Privado», pág. 22).

³ Por tratarse de un problema especialmente agudo Canarias, vale la pena transcribir aquí inextenso la opinión de un autor canario, OROZCO (*Los heredamientos de aguas de Canarias*, Santa Cruz de Tenerife, 1926, págs. 83-85):

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 esquivo cuidadosamente toda alusión al propietario del terreno.

«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 bastantes metros de profundidad poco o nada puede afectar al propietario. Se ha dicho, para justificar ese exclusivismo a favor del dueño, que solo a éste pertenecen las aguas que existan 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; más nada tan móvil 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 aún con mayor motivo, pasa con las subterráneas. Las absorbe la tierra, y quien 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 art. 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 había 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 fue gran lástima que la práctica administrativa, y un sector de la doctrina moderna, hayan olvidado esta magnífica lección de justicia y de dogmática.

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 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, aun 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 venero 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 del 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.¹

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

¹ Cfr. la sentencia de 17.6.1966: «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 ésto, que conduciría al absurdo, no es ni ha sido el espíritu de la ley».

del agua ya separada y apropiada (art. 22); y por otro lado, 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 posteriores 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 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 del 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 le garantice, pero solo en la medida que le garantice.¹ Un curioso y significativo ejemplo de todo ésto, se encuentra en el artículo 192,2 de la ley de aguas, donde refiriéndose a las subvalveas, se determina que

los regantes o industriales inferiormente situados que por prescripción o por concesión del Ministerio de Fomento

¹ Cuestión distinta es la de determinar si esta 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 aeronautico, 8, 1939, págs. 26 y ss.) para quien el subsuelo no es una cosa, ni nullius ni omnium communis, puesto que solo 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 este «un fisico 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).

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 segundo del Decreto de 23.8.1924 (desarrollado en el Decreto de 12.3.1935 y O.M. 22.3.1935), 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*, 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 primero del Decreto de 12.11.1954: «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 aquellas 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 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 —aún tratándose de un mismo caudal— son perfectamente posibles 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 solo 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.¹ Aún admitiendo que esta actitud se encuentra hoy supera-

¹ Los testimonios son tan abundantes que hacen inútil, por excesivamente larga, su enumeración. Cfr., por todas, las amplísimas listas bibliográficas que dan CAPOGROSSI COLOGNESI (en *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto*

da 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 depende 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 c. c.); con la única salvedad del artículo 408, 1, es decir, cuando se trate de «aguas que *nazcan* en predios de dominios privado, mientras discurren 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 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; solo 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 solo trata del régimen de la perforación. En cambio, cuando han aflorado a la superficie, hace declaraciones sobre el dominio.

Por esto he dicho antes que el régimen dominical de las aguas subterráneas se reconduce en el de las superficiales. De acuerdo con

romano. Ed. Giuffrè, Milano 1966, págs. 55 nota 96) y HEIMSTAETT (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.

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) —artículo 407,6 c. c.— 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 a los artículos 5, 7 y 10 prescritos para las aguas superficiales.

De esta manera esquiva 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,¹ «el artículo 2340, dentro de la amplitud de su contenido (dice: son bienes públicos de la nación o de las provincias...: 3 los ríos y sus 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 alveos definidos y conocidos, queda comprendida dentro de la definición 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

¹ *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).

Derecho español vigente, que acepta sin vacilar la posibilidad de aguas privadas corrientes por sus cursos naturales (art. 408,1 c. c. y 24 de la ley de aguas, entre otros).

Entre nosotros, Eduardo Roca Roca,¹ 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 —aún 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 estancadas. Con el resultado de que la alimentación de muchas galerías se produce ya por filtración 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 extraída 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 solo interesa el lugar de la afloración y no el de la captación. Y en se-

¹ *Las comunidades de regantes y las aguas subterráneas*, II, Congreso Nacional de Comunidades de Regantes, Sevilla, 1967, págs. 12 y 13.

gundo 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.¹ 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. Segundo, y consecuencia de lo anterior: el absurdo jurídico de que las aguas corrientes superficiales estén 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, ahora es que el legislador de hoy remedie esta situación.

No se opone a la tesis anterior, sino que la confirma, el régimen jurídico vigente de las aguas subterráneas (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 excepción aguas públicas, incluso aunque discurren bajo predios de propiedad particular, tal como declara la sentencia de 29.5.1967.

¹ «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 del 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 solo 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. esp. Allianza editorial, Madrid, 1967, pág. 187).

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) solo 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 reconocidos en el artículo 23. 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 importantísima, facultad exclusiva de perforación con todas sus consecuencias* o, como dice la sentencia de 19.10.1954, 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 encuentra limitado, 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 menor 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 sobrevenga realmente una merma, 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.¹

¹ 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 dél, puédelo fazer, e non puede el otro devedera; como quier que menguasse porende el agua de

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.¹

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 reciprocamente. Así sucede con la Orden de 21.7.1944 sobre expedientes de legalización de obras abusivas y expedientes de ampliación de obras de alumbramiento en 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 27.11.1924, 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 primero de la ley de 24.12.1962 reitera y aclara lo dispuesto en la ley de aguas en los siguientes términos:

la fuente, o del su pozo. Fuera de ende, si este que lo quisiesse fazer, non lo oviesse menester, mas se moviesse malizosamente, por fazer mal, o engaño al otro, con la intención de destejar, o de menguar las venas, por do viene el agua a su pozo o a su fuente. Ca entonces vien lo podría vedar, que lo non fizlesse, e si lo ovie sse fecho, podriángelo fazer derribar, e cerrar» (part. 3, tit. 32, ley 19). —Lo que se deriva directamente del Derecho romano. En efecto, según Ulpiano (Dig. lib. 39, tit. 3, ley 1 §82): Marcellus scribit, cum eo, qui un 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, tit. 2. lib. 24, §12; Pomponius, lib. 29, tit. 3. ley 21).

¹ Cfr. sobre este punto, ECHEVARRÍA HERNÁNDEZ, *La suspensión por la Administración de obras para alumbrar aguas subterráneas*, en «Revista de Administración Pública», 43, 1964, págs. 195-235.

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 aprovechamientos 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 aquella 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 primero de la Orden de 2.7.1952: «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 30.12.1954 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 que, 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 OO. MM. de 27.11.1924, 23.5.1938 y 21.7.1944.

Doctrinalmente se justifica la necesidad de esta autorización por la circunstancia de que, en virtud del principio de la 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.¹

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

¹ Así HEIMSTAETT, ob. cit. pág. 189.

por la sentencia de 3.11.1967, 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 derogadas* 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 accederse 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 23.5.1938, 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 solo 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 de la recta y legal razón con el incondicional arbitrio personal a lo informado.

Sétima.—El artículo segundo de la citada ley canaria de 1962 establece otra limitación: ¹ 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:

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

¹ En el artículo ya citado del gran historiador y jurista local, GUIMERA PÉRAZA (*Auxilios...*, págs. 433-441 del Anuario) puede verse un repertorio de opiniones canarias contra el Proyecto de la ley de 1962, que preveía la reversión 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.

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 aun quedan por explotar. Pero la verdad es que contra su posible utilización se ha levantado una cerrada opinión por parte de las oligarquías 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 al deber de indemnizar que en ellas se consigna, en los términos detallados del artículo 26 del Reglamento de 14.1.1965: «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 fue 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 Nacional de Colonización, ni los saharianos, no obstante el valor de sus aguas; es decir: un derecho a ser indemnizador por las aguas que se encuentran por debajo de sus propiedad.¹

¹ El Procurador VILLALTA CARALT había propuesto la siguiente adición, que fue rechazada, al artículo del proyecto referente a las reservas: «Tales aprovechamientos (las reservas) solo podrán ser realizados cuando se hayan cumplido los si-

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 solo 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 es estos supuestos de aguas subterráneas, ya que según declara su artículo primero, solo 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 el propietario del suelo no tiene derecho a las aguas del subsuelo, haya que dejar bien sentado que no se le priva de ellas, y que en consecuencia no debe ser indemnizado. Como ha subrayado la doctrina,¹ 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».

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 GUIMERÁ PEREZA, *Auxilios...* cit. págs. 435-436).

¹ Sebastián MARTÍN-RETORTILLO *Dictámen sobre deslinde y expropiación de aguas nacidas en montes de propios*, en el n. 53 de la «Revista de Administración Pública», 1967, págs. 495-498.

Hasta aquí el razonamiento es correcto pero incompleto. Cierro que la indemnización no se refiere al valor de las aguas; pero también es evidente que la ley, cualquiera que sean sus implicaciones sociológicas, impone normativamente un deber indemnizatorio, que hay que identificar. A tal efecto, el artículo primero 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 primero 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 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 ello 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 registrarán: 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 primero, por las disposiciones generales de la ley y 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, aún 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 la Península y en Canarias 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 bajos 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 R-D, de 28.6.1910, cuyo artículo sexto 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, atendiendo 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 solo 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 ésto 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 segundo 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 solo 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 subyacen 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 fue inadvertencia o desconocimiento del tema (ya que se presentaron enmiendas proponiendo tales indemnizaciones)¹ sino denegación consciente de tal solución.²

Octava.—Hay ocasiones, en fin, en las que la Administración

¹ Tal como se subraya en la nota primera de la página 104.

² 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, 4 del R. D. L. de 25.4.1928: «Si alguien pretendiera realizar obras encaminadas al descubrimientos de manantiales de aguas minero-medicinales en *terrenos* de propiedad ajeno 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».

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 R.D.L. de 25.4.1928 (Estatuto sobre la explotación de manantiales de agua minero-medicinales):

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 5.2.1954:

para impedir que los caudales alumbrados por las obras que el Instituto realice con éxito sean derivados, mediante obras que posteriormente se propusieren 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 a Ifni y Sáhara, la O. 26.1.1965 ha terminado extendiendo a toda la provincia del Sáhara el perímetro de protección que las OO.MM. de 22.10 y 3.12.1963 habían señalado en 40 y 20 kilómetros de radio para los yacimientos de Villa Cisneros y el Aaiun respectivamente:

—en la práctica administrativa se tiene noticia de OO.MM. no publicadas en el Boletín Oficial del Estado, por su carácter singular, en las que se establecen perímetros de protección. Así, el artículo tercero del D. 28.11.1963 hace referencia a una Orden del Ministerio de Industria de fecha 23.8.1958 «por la que se concedía un perímetro de protección en la zona de 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:

art. 24,2: tampoco podrán ejecutarse estas labores, dentro de una pertinencia minera sin previa estipulación de resarcimiento de perjuicios. En el caso de que no hubiera avenencia, la autoridad administrativa fijará las condiciones de la indemnización, previo informe de los peritos nombrados al efecto.

art. 26: los concesionarios de pertinencias 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 alumbraador, 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.¹

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. Por que sucede que tanto para evitar limitaciones impuestas por la exigencia de una distancia y el respecto 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,

¹ El sistema se respeta sustancialmente en los artículos 39 de la ley de minas de 19.7.1944 y 128 del reglamento de 9.8.1948.

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 acogido 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 ha. muy superiores a las de las provincias españolas mineras por excelencia.

En cualquier caso, el artículo tercero de la ley de 24.12.1962 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 art. 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 afectadas como consecuencia del alumbramiento llevado a cabo en la mina. Los sobrantes deberán ser en todo caso vertidos a un cauce público¹ 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.

¹ Nótese, por tanto, que no se entregan al propietario del suelo sino que se consideran como de dominio público.

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 solo 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 V. Por consiguiente, el propietario del suelo carece de la facultad de perforar su subsuelo y de aprovechar las aguas que en él 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 8.6.1907 y 29.10.1908, 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 en la ley (s. 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 respecto debido a otros derechos preexistentes; de manera, que en ningún caso pueden válidamente invocarse los preceptos de declarar aquellos, sí con su ejercicio se lesiona el anterior y más privilegiado, resolviendo así la ley semejante conflicto solo reductible cuando hubiese compatibilidad entre unos y otros derechos (s. 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 al absolutismo romanista que se proyectaba sobre el derecho dominical privado de las aguas sin restricción alguna.—Que de tal manera ha quedado incrustado en el confin 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 fundos interesados en el conflicto e incluso de 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 quinientos ha. 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 solo 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 a los particulares, y ni siquiera, aún 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, por que si es claro que el artículo 23 solo 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 obtenga, autorizaciones con el exclusivo objeto de bloquear las posibles peticiones de los colindantes. La cuestión ha si-

do repetidamente estudiada, y el estado actual de la misma aparece descrito con toda claridad en la sentencia de 18.2.1967:

...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 transtornar el sistema sustantivo de la ley de aguas en relación con la atribución de aguas subterráneas, lo cual la Orden de 23.5.1938 ni quiso ni ha podido hacer dado su rango normativo, por lo que la prioridad a 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 precisa 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 duda, 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 solo opera en algunas épocas del año, o
- la afección solo opera al cabo de varios años.¹

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— va a trascender al subsuelo de las otras parcelas, bloqueando, en defensa del volúmen de su influencia, posteriores alumbramientos. Es decir, que si prospera tal pretensión, los propietarios colindantes perderán la facultad de realizar posteriores alumbramientos.

¹ Ejemplos de casos extremos pueden verse en FURTÓN, 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 USA, 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 validamente 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 solo 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 3.11.1967, ya citada.

Tercera.—Quizá resulte interesante, por último tener en cuenta la solución que la jurisprudencia americana¹ ha dado a este problema.

¹ Apud SPOTA, ob. cit. págs. 444-449.

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 apresurado 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 «razonable 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 importancia 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 alumbrado no es propietario del subsuelo que ha de atravesar para llegar al caudal. Y conviene advertir que este supuesto no solo 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 atravesase 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 lo 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 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 impermeable. 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, solo 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 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 solo 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 substancia, 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 impedirsele 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 hídrico

Variadas todas ellas practicadas en las islas Canarias, y que tienen un grave inconveniente en el que no ha reparado la doctrina, a saber, que en estos casos el propietario no dispone solo 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.¹

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 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; facultad de exclusión que puede, por tanto, ser enajenado o expropiada; y facultad enormemente potenciada en cuanto de hecho se extiende no solo 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 aun 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 que 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, resultando de una concepción patrimonial individualista de las aguas, que los autores han denunciado reiteradamente.

¹ Sobre las expropiaciones de aguas y las reservas de caudales en las islas canarias, cfr. GABALDON, *Expropiaciones de aguas*, (en este mismo volumen), donde se analizan de forma sistemática y exhaustiva algunos de los problemas tocados en el presente artículo.

III

ABASTECIMIENTO DE POBLACIONES

por LÁZARO SÁNCHEZ-PINTO

I.—EL ABASTECIMIENTO DE AGUA A POBLACIONES EN LA HISTORIA

Uno de los más antiguos servicios que se prestaron a las comunidades humanas, han sido, con certeza, los que se relacionaban con el abastecimiento de agua. Apenas podemos pensar en un grupo humano, con alguna organización, donde no se hubiesen establecido reglas para un mejor aprovechamiento de los caudales de agua de que dispusieran; se racionasen en épocas de sequía, y se emprendieran aquellas obras más imprescindibles para lograr su limpieza, y más fácil acceso a los manantiales y abrevaderos.

Por ello, no es extraño, que ya en la antigüedad aparezca este servicio con una casi completa organización. Toda la arquitectura clásica, especialmente en Roma, aparece sembrada de grandes obras hidráulicas: acueductos, termas, depósitos, etc., que son expresión de una organización, que alcanzó, en los esplendores del Imperio, relevante importancia. La Edad Media, —y con ella el desarrollo de las Ciudades—, patentiza, igualmente, un incremento de estos servicios, aprovechando la técnica —llegada a través de los árabes—, que permitía el transporte a través de tuberías, y la solución de problemas, hasta aquel momento casi insoslayables, mediante la construcción de sifones.

Pero es en el siglo XIX, especialmente en su segunda mitad, con el advenimiento de la revolución industrial, cuando se nos plantea el problema, con dimensiones análogas a las actuales.

El nacimiento de las grandes Ciudades, la técnica que permite el abastecimiento domiciliario, y el progreso que, como consecuencia del desarrollo económico, se inicia en las comunidades

humanas, obliga a una acción administrativa, para hacer frente a los problemas que esta realidad social le plantea. Es en París, en el año 1860, cuando se logra el convenio entre la Ciudad y la antigua Compañía de Aguas, y se resuelve definitivamente el problema del abastecimiento de este enorme conglomerado humano. Unos años antes, en 1857, se monopoliza por el Municipio, el servicio de aguas de Bruselas. En el 1888, se hace cargo la Administración en Milán; y en 1842, queda resuelto el problema de abastecimiento, del enorme conglomerado urbano, de Nueva York, con la construcción del acueducto de Croydon, que trae el agua del norte.

En Madrid aproximadamente por esta misma época, se plantea también el problema del abastecimiento de la ciudad. En 1848, Bravo Murillo, trae las aguas de Lozoya y se construye el canal de Isabel II.

En Canarias el problema se plantea en términos análogos. En el periodo de la conquista y posterior colonización, al fundarse las Ciudades —La Laguna, Santa Cruz de La Palma—, se dota a las mismas de las aguas públicas necesarias para el abasto de fuentes. A mediados del siglo XVIII, y primera década del siglo XIX, se constituyen en algunas de estas Ciudades, unas Sociedades, que ofrecen mejorar las conducciones para aprovechar el sobrante de las aguas, garantizando, como es natural, con carácter preferente, el caudal que alimentaba las fuentes públicas. Tal es el caso de la Hidráulica de la Concepción en Santa Cruz de La Palma, y de la Dula o Heredamiento de La Orotava.

En otras Ciudades, como ocurre en La Laguna, se afectaron al abasto de las mismas, las aguas alumbradas en un monte inmediato —el de Las Mercedes— de las fuentes del Llano de los Viejos, Casa del Agua, Barranco del Carmen, etc. Estas aguas surtieron la Ciudad, con carácter exclusivo hasta el año 1924, año en que se alumbraban trescientos metros cúbicos. Posteriormente a esta fecha se municipaliza el servicio, y al transformarse este en domiciliario, se hace necesaria la adquisición de aguas para completar la dotación.

En las Ciudades que se desarrollaron de forma espontánea, al margen de una «fundación» formal, como ocurre con Santa Cruz de Tenerife, desde el principio se vieron los Municipios, en la ne-

cesidad de alumbrar aguas, o transportar las desde fuentes públicas situadas en zonas, más o menos próximas.

Todos estos suministros se referían a fuentes públicas, pues el abastecimiento domiciliario es muy posterior y en la mayoría de las Ciudades canarias, no tiene lugar, hasta bien entrado el siglo XX. Tanto es así, que aún hoy en La Orotava y Santa Cruz de La Palma, el abastecimiento domiciliario es particular, suministrando sólo los Municipios los caudales de las fuentes públicas. Actualmente en estas Ciudades, se hallan en ejecución sus respectivos Planes de Abastecimiento.

Se produjeron, en muchas de estas Ciudades litigios sobre el carácter de las aguas afectadas a su abastecimiento. El caso de La Orotava, es en este aspecto expresivo. Como quiera que con carácter patrimonial se cedieron aguas y tierras a la Villa, al cederse las tierras en censo o figura análoga, se entendió acompañada de las aguas correspondientes, de las cuales, en muchas ocasiones, se dispuso con independencia de la tierra. Esta situación, especialmente por la retención de aguas, para realizar con su importe obras de conservación en las acequias, fue rompiendo el nexo del agua y la tierra, dando lugar, como antes dijimos, a dilatados litigios, uno de los caudales en el año 1675, se sentenció por la Real Audiencia, declarando que las aguas del llamado Rió eran propiedad del vecindario para el abasto público, y no un complemento de la tierra, que había de seguir el destino de esta.

Pero los problemas del abasto de poblaciones se produce en las Ciudades canarias, como hemos indicado, ya entrado el siglo XIX, que es cuando, como consecuencia del abastecimiento domiciliario, se evidencia la insuficiencia de los caudales que cada una tenía afectas a este fin, y la necesidad de conseguir por otros medios —nuevos alumbramientos, compra, etc.— las aguas precisas para las necesidades de la población, cada vez más exigentes en este aspecto, como consecuencia del desarrollo económico de la región.

Si con carácter general todos los problemas relacionados con el abastecimiento de poblaciones tienen importancia, en Canarias, este aumenta considerablemente, pues el tránsito del sistema del abasto público con fuentes, al domiciliario, constituye aquí un importantísimo cambio en la forma de abordar el problema. La ca-

rencia de corrientes naturales —las existentes son muy raras y escasas— da lugar a que la demanda de aguas se produzca sobre el sector privado, que es el que había venido logrando nuevos caudales, bien mediante obras de perforación de pozos y galerías, bien mejorando las captaciones de las corrientes naturales, como hemos visto anteriormente, para hacer suyos los sobrantes. Cuando la demanda de la población, como consecuencia del abastecimiento domiciliario aumenta, es necesario acudir a la compra de aguas para satisfacerla, lo cual matiza el abastecimiento de las poblaciones canarias, con caracteres tan especiales, que obliga a considerar la acción de la Administración, de forma también peculiar, en este sector de su actuación.

II. EL REGIMEN DE AUXILIOS PARA EL ABASTECIMIENTO DE POBLACIONES

La acción del Estado para impulsar el abastecimiento de las poblaciones, se ha desarrollado en dos sentidos. De un lado ha estructurado un conjunto de normas jurídicas, que habían de permitir a las Municipalidades —a cuya competencia se atribuye este servicio— su regulación; y de otro ha establecido un régimen de auxilios, que les permitiera hacer frente, a su, normalmente costosa, financiación.

La regulación jurídica de este servicio, se ha manifestado especialmente en nuestra legislación municipal, a lo largo de los siglos XIX y XX. La Ley Municipal de 1887, atribuye a la exclusiva competencia de los Ayuntamientos el abastecimiento de agua a las poblaciones, pero sin considerar a este servicio con el carácter de obligatorio, por cuanto lo excluye de las obligaciones mínimas, que regula en su art.º 72. En el estatuto Municipal de 1924, se recoge con el carácter de obligatorio este servicio, y así se regula en el art.º 201 del mismo. La Ley Municipal de 1935, mantiene igual criterio, en su art. 110. La Ley de Régimen Local vigente, matiza esta obligación mínima, en función al número de habitantes del Municipio. Para aquellos de menos de cinco mil habitantes, esta obligación, según el art.º 102, se reduce al abastecimiento en fuentes públicas, mientras que para los superiores a este número de

habitantes, es obligatorio, según el art.º 103, el abastecimiento domiciliario.

La Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, regula esta obligación, y establece una serie de condiciones de carácter sanitario, que habrán de tener las aguas, destinadas al abastecimiento de poblaciones.

Aparte de estas declaraciones de carácter general, en nuestro ordenamiento jurídico, en especial en el Reglamento de Servicios de las Entidades Locales de 17 de Junio de 1955, se establecen las diferentes formas de prestar esta obligación, en las que cabe distinguir la gestión directa, la municipalización, la concesión, el arrendamiento y el concierto. Igualmente, al regularse en nuestra legislación, el rendimiento de servicios y explotaciones municipales, se indican la existencia de derechos y tasas por aprovechamientos especiales, de aplicación a este tipo de suministros.

No es muy explícito nuestro ordenamiento jurídico, acerca de la cantidad de agua que se considera indispensable para una población. La Ley de Aguas, lo fija en cincuenta litros, por persona y día. El Decreto de 21 de Noviembre de 1933, de especial aplicación a las Provincias Canarias, establece que los Proyectos que pueden ser auxiliados, no podrán exceder de un abastecimiento de cien litros, por habitante y día. La Ley de Bases de Sanidad Nacional, antes citada, señala que el abastecimiento estará en función a los núcleos de población. *Por otra parte, en las distintas disposiciones regulando la concesión de auxilios para abastecimiento de poblaciones, se señala que podrán ser solicitados cuando el suministro no alcance la cifra de doscientos litros por habitante y día.*

La acción de la Administración encaminada a la progresiva mejora de los abastecimientos de poblaciones, se ha reflejado en una vastísima legislación reguladora de la concesión de auxilios, que contribuyeran a su financiación. Se ha establecido, con carácter general, que es condición indispensable para la obtención de estos auxilios, otorgados por el Estado, que el Municipio que lo solicite, disponga de las aguas, bien como propietario o usuario de las mismas; haya obtenido la correspondiente concesión administrativa; o haya adquirido su propiedad mediante la expropiación.

En nuestro vasto panorama legislativo, hemos de distinguir dos tipos de auxilios: los destinados exclusivamente al abasteci-

miento; y aquellos otros encaminados a ayudar las obras de captación de las aguas precisas para las necesidades de la población.

Los auxilios destinados a obras de captación, se hallan regulados por el Decreto de 28 de Junio de 1910, modificado por Decreto de 23 de Agosto de 1934, Orden de 15 de Octubre de ese mismo año, y Decreto de 23 de Octubre de 1941.

Esta clase de auxilios son prestados por el Ministerio de Industria, a diferencia del régimen general, que atribuye la concesión de ayudas para el abastecimiento de poblaciones, al Ministerio de Obras Públicas. El auxilio prestado, comprende, la redacción del correspondiente Proyecto, así como el asesoramiento técnico preciso, a más de una ayuda económica, en función al número de habitantes del Municipio. En todo caso, la subvención otorgada, se aminora, en un quince por ciento que se ha de entregar al Instituto Geológico en el momento de la concesión; así como otro cinco por ciento que ha de entregar la Corporación Municipal, también a dicho Organismo, al ritmo de las certificaciones que hagan efectiva la subvención.

Para este tipo de auxilios se distinguen tres aspectos diferentes:

a) Municipios de población inferior a dos mil habitantes, a los cuales se otorga una subvención en cuantía igual al importe del Proyecto.

b) Municipios con población comprendida entre seis mil a diez mil habitantes, a los cuales se les concede un auxilio reintegrable, por el importe del cincuenta por ciento del Presupuesto.

c) Municipios con población superior a diez mil habitantes, a los que solamente se les presta auxilio informativo.

Pero como hemos ya señalado, la más importante acción de la Administración se ha desarrollado fomentando la ejecución de abastecimientos, mediante la concesión de auxilios. Se ha fijado al Ministerio de Obras Públicas, este cometido, que lo ha realizado mediante una copiosa legislación, recogiendo los diversos aspectos en que se presenta.

Con carácter general, distingue esta legislación, regulándolos de forma diferente, los auxilios que se prestan a los Municipios de menos de doce mil habitantes, y a los que rebasan esta población.

1.—Auxilio para abastecimiento de poblaciones inferiores a doce mil habitantes.

Regula esta clase de auxilios, el Decreto de 17 de Mayo de 1940, modificado posteriormente por el Decreto de 31 de Octubre de 1963. La primera de las citadas disposiciones fija el presupuesto máximo protegible en novecientas mil pesetas, cifra que es elevada a dos millones de pesetas, por el Decreto de 31 de Octubre de 1963.

Comprende el auxilio, las obras de captación y distribución de las aguas, y se descompone, en una cantidad, en concepto de subvención, que asciende al cincuenta por ciento del Presupuesto protegible, y en otra partida, del cuarenta por ciento, en concepto de anticipo reintegrable.

2.—Auxilio para abastecimiento de poblaciones superiores a doce mil habitantes.

En 27 de Julio de 1944. se promulga un Decreto, regulando la concesión de auxilios, para poblaciones de este número de habitantes. Comprende este auxilio, como en el caso anterior la redacción del Proyecto, la toma y captación de aguas, así como la distribución interior. Se establece en este Decreto, que la subvención ascenderá a la tercera parte del Presupuesto protegible, pero sin que el importe de esta subvención pueda exceder de quinientas mil pesetas.

La insuficiencia de esta subvención, dio lugar a la publicación del Decrero de 1 de Febrero de 1952, concediendo más amplios auxilios a los Municipios superiores a los doce mil habitantes, cuando los mismos tuviesen una dotación diaria por habitante, inferior a los doscientos litros.

Podían ser objeto de auxilio, la toma, captación, conducción y depósitos reguladores; así como la captación de aguas subterráneas y acopio de las fluviales. También se comprendía en el auxilio las arterias de distribución y red interior de la población.

Autoriza la citada disposición los siguientes auxilios:

a) Subvención hasta el límite máximo del cincuenta por ciento, del Presupuesto de las obras, sin que el importe de ésta pueda exceder, en ningún caso, de una cantidad igual a la que el Municipio se haya comprometido a aportar.

b) Exacción de la décima de las contribuciones urbana y rústica, que se aplicará a garantizar las operaciones de crédito que realice el Municipio, para realizar su aportación.

c) Imposición de un canon de mejora sobre las tarifas que fije el Ministerio de Obras Públicas, con igual fin; y

d) Anticipo reintegrable, para cubrir la diferencia que exista, para completar la anualidad del empréstito concertado, hasta que pueda ser aplicado el canon de mejora señalado.

Las obras se ejecutan por el Ministerio de Obras Públicas, mediante, subasta, concurso, o concurso de destajos, según proceda.

Se autoriza a las Diputaciones Provinciales para sustituir a los Ayuntamientos o grupos de éstos, para solicitar y obtener los auxilios regulados en esta disposición.

Con carácter excepcional, se conceden en este Decreto, auxilios especiales, a poblaciones de menos de cincuenta mil habitantes, que hubieren ejecutado a su exclusiva costa obras de abastecimiento, con anterioridad a su publicación: El importe de este auxilio se cifra en el cincuenta por ciento del Presupuesto, en concepto de subvención, y en otro cincuenta por ciento como anticipo. Pero el Proyecto sólo podrá comprender las obras de la red de distribución interior.

A su vez el Decreto de 27 de Mayo de 1649, faculta a las Diputaciones Provinciales, para solicitar en nombre de los Ayuntamientos de su demarcación, los auxilios del Decreto de 27 de Julio de 1944, a que hemos hecho mención anteriormente, si bien, en principio, este régimen es menos beneficioso, que el regulado por el Decreto de 1 de Febrero de 1952.

3.—Auxilios excepcionales

El Decreto de 25 de Febrero de 1960, determina, que a propuesta del Ministerio de Obras Públicas, el Gobierno, puede acordar auxilios excepcionales a los Municipios, en que justificado el interés general, y acreditado la imposibilidad de los mismos de acudir al crédito, se considere que es necesario elevar los beneficios, de los límites establecidos en las disposiciones que hemos analizado anteriormente. Al amparo de esta disposición se han otorgado ayudas a las dos Capitales de las Provincias Canarias.

III. EL REGIMEN DE AUXILIOS PARA EL ARCHIPIELAGO CANARIO

Como es natural, las Provincias Canarias se hallan comprendidas, dentro del régimen general de auxilio para el abastecimiento de poblaciones. No obstante ello, la escasez de corrientes naturales en las mismas, ha dado lugar, a la promulgación de una legislación especial para el Archipiélago, que facilita la financiación, por las Corporaciones Locales, de esta clase de obras, en general, muy costosas.

El Decreto de 21 de Noviembre de 1.933, fue publicado con este propósito, y ya en su preámbulo se justifica, por la situación especial de las Islas. Posteriormente, los artículos 2, 4, 6 y 10 del mismo, fueron actualizados por el Decreto de 8 de Marzo de 1.946.

La solicitud de auxilios la tienen que formular los Cabildos Insulares, en concepto de «representante único del país afectado», y se otorga por el Consejo de Ministros. Esta actuación del Cabildo, como representante de los Ayuntamientos, lo es sin perjuicio de los acuerdos que concierte con éstos, para la administración de los servicios.

Los Proyectos son redactados por el Ministerio de Obras Públicas, y los mismos pueden comprender obras de captación, almacenamiento y conducción. Pueden ser auxiliadas también, las redes de distribución interior y la depuración de las aguas.

El artículo 4.º del Decreto señala que en el Proyecto, se habrá de incluir un estudio técnico y económico del problema que se pretende resolver, en el cual se tendrá en cuenta: núcleos de población a que afecta el suministro, censo de cada uno, zonas de captación, así como número, distribución y capacidad de los depósitos. La dotación será como máximo, de cien litros por habitante y día, justificándose en cada caso con rigor la necesidad de la que se proponga, con el fin de no causar perjuicios a los aprovechamientos agrícolas existentes.

El auxilio otorgado asciende, en principio, a la totalidad del Proyecto, pero debiendo reintegrarse, durante la ejecución de las obras el cinco por ciento del importe de las certificaciones. Al terminarse la ejecución del Proyecto aprobado, deberá ser reintegrado, el veinte por ciento del Presupuesto, en veinte anualidades al dos por ciento de interés.

Las obras se ejecutarán por el sistema de subasta, bajo la inspección del Ministerio de Obras Públicas.

Las dificultades que para el abastecimiento normal de sus poblaciones, han tropezado las Municipalidades Canarias, en especial, las que corresponden a los núcleos urbanos más importantes, ha dado lugar a que el Gobierno haya hecho uso de las facultades, que con carácter extraordinaria, le otorgaba el Decreto de 25 de Febrero de 1.960, para conceder auxilios especiales a los abastecimientos de las Ciudades de Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife.

El Decreto de 18 de Junio de 1.964, concede un auxilio excepcional para el abastecimiento de Las Palmas de Gran Canaria. Dicho auxilio abarca todas las obras necesarias para completar el abastecimiento de dicha Ciudad, y se ejecutará por el Ministerio de Obras Públicas con cargo a su Presupuesto.

El Municipio reintegrará el cincuenta por ciento del importe de las obras, en veinte anualidades, a partir de la terminación de las obras, a cuyo efecto podrá establecer el recargo sobre las tarifas, en concepto de canon de mejora, que autoriza el artículo 3.º del Decreto de 1 de Febrero de 1.952, antes analizado.

Las obras que se preven son las siguientes:

a) Terminación del Plan de Abastecimiento de la Ciudad redactado en el año 1.946.

b) Aprovechamiento y recuperación de las aguas residuales; y

c) La instalación de una planta potabilizadora del agua del mar, si el Ministerio de Industria, autoriza al Ayuntamiento para ello.

Como se ha indicado, la realización de los proyectos corresponde al Ministerio de Obras Públicas, quien también tomará a su cargo la contratación, inspección y dirección de las obras.

Por el Decreto de 10 de Septiembre de 1.966, se conceden también auxilios excepcionales, para el abastecimiento de Santa Cruz de Tenerife. Al igual que en el caso de Las Palmas, estos auxilios se conceden al amparo del Decreto de 25 de Febrero de 1.960.

Comprende el auxilio concedido, todas las obras e instalaciones necesarias para completar el abastecimiento de la Ciudad, sal-

vo las correspondientes a distribución interior. Se prevee la ejecución de canales de conducción, depósitos reguladores estacionales y estaciones de tratamiento.

Se estima el coste de las obras a realizar, en trescientos millones de pesetas, y su ejecución, en cuatro anualidades, la realizará el Ministerio de Obras Públicas, con cargo a sus Presupuestos. El Ayuntamiento deberá reintegrar el cincuenta por ciento del coste de las obras, en veinte anualidades, a partir de su terminación, quedando facultado para establecer un recargo sobre las tarifas, en concepto de canon de mejora, al amparo de lo dispuesto en el artículo 3.º del Decreto de 1 de Febrero de 1.952.

La realización de los Proyectos corresponde al Ministerio de Obras Públicas, quien también tomará a su cargo la contratación, inspección y dirección de las obras, programando su terminación en un plazo de cinco años.

Se hace referencia en el Decreto a la aportación por el Municipio, de los terrenos que han de ocupar las instalaciones y se señala que las obras se declaran de reconocida urgencia, a los efectos de aplicación del artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa.

Pero no han sido sólo estas, las excepciones al régimen general de auxilios, que se han dado en las Provincias Canarias. La Ley de 12 de Mayo de 1.956, por la que se aprueban los Planes de Obras de las Islas de Fuerteventura y Hierro, contiene preceptos que permiten la ejecución de obras de abastecimiento a diferentes localidades de aquellas Islas, con total financiación por parte del Estado, sin que exista obligación de reintegro por la Corporación Local, que posteriormente administre el servicio. Obedece ello, al carácter singular y especialísimo, que con respecto a los abastecimientos de agua existe en aquellas Islas, lo que unido a la pobreza de su suelo, dio lugar a su Adopción por el Jefe del Estado, y a la subsiguiente promulgación de la Ley, antes mencionada, que aprobaba el Plan de obras a ejecutar en las mismas.

Por último, y sólo como mención, destaca la construcción, en la Isla de Lanzarote, de una Planta potabilizadora, cuya financiación ha sido totalmente privada, y que pretende contribuir a resolver la grave escasez de agua existente en la Isla. Ello, evidencia, una vez más, la especialidad de los abastecimientos en el Archipiélago.

Terminado este trabajo, se ha resuelto por el Gobierno, afrontar la construcción de una Planta potabilizadora en la Isla de Fuerteventura, para aliviar, también, el grave problema de escasez de agua existente en dicha Isla.

IV. LA EXPROPIACION FORZOSA DE AGUAS Y LA REQUISA TEMPORAL PARA EL ABASTECIMIENTO DE LAS POBLACIONES

Indicábamos en los anteriores Capítulos, como por el Estado, se ponían a disposición de los Entes Locales, instrumentos, que les permitían afrontar la solución de sus abastecimientos. Estos medios, o instrumentos, podían quedar integrados en dos grupos: los auxilios económicos para contribuir a la financiación de las obras e instalaciones; y los medios jurídicos, que habían de facilitar, a las Corporaciones, la realización de los servicios.

La posibilidad de realizar la expropiación forzosa de las aguas, precisas para el abastecimiento de las poblaciones, y la requisa temporal de éstas, a los mismos fines, constituyen, quizá, la más clara manifestación de estos medios.

El Código Civil, en su artículo 423, establece la posibilidad de expropiar aguas por causa de utilidad pública. También la Ley de Aguas de 13 de Junio de 1.879, prevee la posibilidad de expropiar las aguas precisas para el abastecimiento de las poblaciones, estableciendo dos supuestos: el de la expropiación de concesiones otorgadas con anterioridad, y de expropiación de aguas de propiedad particular.

Se regula el primer caso, en el artículo 164, que establece que cuando el abastecimiento de una población no llegue a cincuenta litros al día por habitante, de ellos veinte potables, podrá concedérsele, de la destinada a otros aprovechamientos, y previa la correspondiente indemnización, la cantidad que falte para completar aquella dotación. Igualmente puede acudir a la expropiación de aguas de propiedad particular, al amparo de lo dispuesto en el artículo 167 de la citada Ley, que establece, que se podrá declarar de enajenación forzosa de las aguas privadas necesarias para el abastecimiento de una población, cuando por el Ministro de Obras

Públicas se haya declarado, a la vista de los estudios practicados al efecto, que no existen aguas públicas que puedan ser racionalmente aplicadas a dicho objeto.

La Ley de Expropiación, regula en su artículo 41, la expropiación de concesiones administrativas, enumerando una serie de reglas para su rescate. Igualmente, en dicho texto legal, al regular la composición de los Jurados Provinciales de Expropiación, le otorga una composición especial, cuando se trata de expropiaciones de aprovechamientos hidráulicos.

Junto a estas normas de carácter general, la Ley de 24 de Diciembre de 1.962, sobre aprovechamiento y auxilios para obras hidráulicas en Canarias, establece, en el Archipiélago, un régimen especial de reserva de caudales subterráneos en zonas, determinadas, con destino al abastecimiento de poblaciones, riegos y abastecimientos industriales. Como quiera que estos caudales pueden corresponder al subsuelo de fundos privados, se prevee el otorgamiento de una indemnización a los propietarios, que en el Reglamento de 14 de Enero de 1.965, que desarrolla dicha Ley, se señala, se concederá, conforme a la Ley de Expropiación Forzosa. La reserva se hace a favor del Ministerio de Obras Públicas, conforme señala el artículo 2.º de la Ley, y ha de ser acordada por el Consejo de Ministros, el cual deberá señalar los límites precisos de la zona cuyos caudales queden reservados, a los fines indicados.

El artículo 168 de la Ley de Aguas, preveía otra forma excepcional, para disponer del agua precisa para el abastecimiento de poblaciones, en épocas de sequía. Ello era la requisita temporal, que podía acordar el Gobernador Civil, oída la Comisión Provincial. Requiere el mencionado artículo varias condiciones, para que pueda hacerse uso de esta facultad excepcional: el carácter extraordinario de la sequía; el que el agua se precise para el abastecimiento de la población; la limitación temporal de la medida; y la indemnización a favor del particular, por la privación de los caudales que se le requisan.

Esta medida excepcional que pueden adoptar los Gobernadores, aparece acogida, en el artículo 33 del Decreto de 10 de Octubre de 1.958, si bien en el mismo no se matiza el carácter temporal de la requisita, ya que le condiciona solo a la necesidad de aguas privadas para el abastecimiento de poblaciones, y a la con-

siguiente indemnización a sus propietarios. No obstante ello hay que referir este precepto a lo dispuesto en la Ley de Aguas, donde sí se fija claramente el carácter temporal y excepcional de la requisa.

En los últimos años, ha sido preciso utilizar la requisa para garantizar el suministro de las principales poblaciones del Archipiélago. En el año 1967, a que se refiere este trabajo, en Santa Cruz de Tenerife, las necesidades del abastecimiento de esta Capital, ascendía a sesenta y seis mil pipas por día (cada pipa asciende a cuatrocientos ochenta litros), es decir dos mil setecientas cincuenta pipas hora. De ellas era propietaria la Corporación sólo de ocho mil pipas; había logrado contratar en mercado libre cuarenta y seis mil ochocientas pipas; y hubieron de ser objeto de requisa, diecinueve mil doscientas pipas, por día necesarias para completar el abastecimiento.

En La Laguna, las necesidades ascendían a veintiún mil seiscientas pipas por día, es decir novecientas pipas-hora. Tenía contratadas cuatrocientas cincuenta pipas-hora, y hubieron de ser objeto de requisa, otras cuatrocientas cincuenta, para completar el abastecimiento diario.

En Las Palmas de Gran Canaria, también hubo necesidad de proceder a la requisa temporal del agua necesaria para el abastecimiento de aquella Capital, y ello ocurrió también en el Puerto de la Cruz, Tenerife, y en alguna otra localidad.

V. CONCLUSIONES

De la anterior exposición podemos, a través de un análisis de las distintas disposiciones invocadas, deducir la persistencia, en nuestra legislación, de una serie de características, que hasta cierto punto, matizan la actuación de la Administración, en este importante campo de su actividad.

1.—Se observa, que ha existido una preocupación por parte del Estado, por cooperar con los Municipios en la resolución de este problema. Desde el Decreto de 27 de marzo de 1.914, que concedía una subvención de sesenta mil pesetas a los Ayuntamientos para el abastecimiento de poblaciones, hasta toda la serie de

disposiciones que hemos analizado, donde el Estado, de forma inmediata hace frente a la obligación de ejecutar las obras, obligando sólo al reintegro de una parte de las mismas, a los fines de una conveniente cooperación, se aprecia una preocupación, a través de toda nuestra legislación, en este sentido; no solamente instrumentando medios: expropiaciones, requisas, etc., sino creando estímulos a favor de los Municipios, para que estos procuren alumbrar agua, modernicen sus instalaciones y las hagan acorde a las necesidades de la comunidad.

2.—Pero hay otro matiz, que se aprecia también a lo largo de nuestra legislación, y es, una tendencia hacia la comarcalización de estos servicios. Esto es, una tendencia de carácter general, por sustraer a los Municipios, como entidades individuales, el planeamiento de estos servicios para llevarlos a áreas más amplias. Ya veíamos en el Decreto de 21 de noviembre de 1.933, sobre auxilios especiales para las Islas Canarias, cómo se encomendaba esta misión a los Cabildos, a la finalidad, precisamente, de que, los abastecimientos de los Municipios canarios, se concibieran sobre áreas territoriales más amplias, siendo los Cabildos los que solicitaban los auxilios, y los que en definitiva redactaban el plan, estableciendo a su vez, unos acuerdos parciales con los Municipios, a los fines de que el abastecimiento resultase más armónico y más lógico que si se planificara aisladamente.

Este criterio, se reitera, por el Decreto de 27 de mayo de 1.949, por el cual se faculta a las Diputaciones Provinciales, en todo el territorio nacional, a solicitar en representación de los Ayuntamientos, de una comarca, los auxilios otorgados por el Decreto de 27 de julio de 1.944.

Dentro del régimen excepcional de auxilios que presta el Estado al amparo del Decreto, de 25 de febrero de 1.960, se favorece el abastecimiento de grandes zonas, urbanas y rurales. Muestra de ello, es el Decreto de 26 de diciembre de 1.963, por el que se aprueba el abastecimiento de los pueblos de la Sierra del Guadarrama. En este plan, redactado por el Ministerio de Obras Públicas se comprenden diecinueve Ayuntamientos de la Sierra, y para su entendimiento con el Ministerio de Obras Públicas se crea una Junta Administrativa, de composición análoga, incluso en su denominación, a nuestras Juntas Administrativas de Obras Públicas,

con intervención de funcionarios de la Administración Central, y de la Administración Local, representaciones, de usuarios, etc.

Criterio análogo se mantiene en el Decreto de 10 de agosto de 1.963, por el que se aprueba el abastecimiento de aguas de Bilbao, en que se faculta a todos los Ayuntamientos de la provincia de Vizcaya, a convenir con dicho Ayuntamiento el abastecimiento de sus respectivos núcleos urbanos, mediante una confederación, y la creación de un organismo mixto por todos los Ayuntamientos.

Ya anteriormente, la Ley de 31 de diciembre de 1.945, por la que se aprueba el Plan de abastecimiento de la Ciudad de Cádiz, comprendía dentro del mismo, todas las localidades situadas en un radio de cuarenta y cinco kilómetros. A su vez la Ley de 30 de julio de 1.959, sobre el abastecimiento a la Ciudad de Barcelona, comprendía dentro del Plan, todos los Municipios que forman su zona de influencia, creando una Junta Administrativa, con representación de los mismos, para un mejor desarrollo del Plan.

Es decir, esta tendencia hacia la comarcalización de los servicios de abastecimiento representa por parte del Estado, un intento de sustraer, de la competencia municipal, propiamente dicha, la realización de las obras de abastecimiento, dejando al Municipio solamente la administración de los servicios, privándole de la ejecución de las obras, para encomendárselas a un ente administrativo de carácter superior, por entender que, los problemas y las necesidades de las comunidades humanas, no pueden resolverse hoy, con los limitados medios técnicos y económicos con que cuentan nuestros Municipalidades.

VI. INDICE DE DISPOSICIONES

Real Orden 28 junio 1910.

Real Decreto 27 de marzo 1914.

Real Orden de 12 de febrero de 1915.

Real Decreto de 20 de diciembre 1919.

Real Decreto 28 de julio 1920.

Real Decreto de 9 de junio 1925.

Real Orden 11 julio 1925.

Real Orden 28 abril y 7 de mayo de 1928.

Real Decreto 8 de junio de 1928.
Decreto de 24 de junio 1932.
Decreto 21 noviembre 1933.
Orden 14 octubre 1937.
Decreto 17 mayo 1940.
Decreto 27 julio 1944.
Ley 31 diciembre 1945.
Decreto 27 mayo de 1949.
Orden del Ministerio de Obras Públicas de 8 de febrero 1950.
Decreto de 27 de marzo de 1950.
Decreto de 1 de febrero de 1952.
Decreto de 14 de abril de 1952.
Decreto de 10 de enero de 1958.
Decreto de 13 de febrero de 1958.
Orden de la Presidencia del Gobierno de 19 de marzo de 1958.
Reglamento de Policía de Aguas de 14 de noviembre de 1958.
Decreto de 8 de octubre de 1958, sobre Comisaría de Aguas.
Orden del Ministerio de Hacienda de 2 de abril de 1959.
Ley 30 de julio de 1959.
Decreto de 25 de febrero de 1960: Auxilios excepcionales.
Decreto de 27 de febrero de 1960.
Decreto 10 de junio 1963.
y Decreto de 31 de octubre de 1963.
Decreto 26 de diciembre 1963.
Decreto 18 de junio de 1964.
Decreto 10 de septiembre de 1966.

IV

EXPROPIACIONES DE AGUAS

por JOSE GABALDON LOPEZ
Magistrado de lo Contencioso-Administrativo

I. PRELIMINAR

A) *El agua, bien expropiable.*

Este trabajo va a referirse al agua como bien expropiable, o sea como objeto de expropiación mediato o inmediato, a lo menos de modo principalísimo. Por eso es necesario puntualizar que vamos a prescindir de la referencia a expropiaciones de otros bienes o derechos relacionados con las aguas y que perfectamente encajarían en la materia, pero en los cuales el agua misma no constituye el objeto expropiado ni la razón determinante, sino un simple motivo clasificatorio para incluirlo en su régimen general, en su legislación específica.

Nuestro estudio va a referirse, pues, a la expropiación de aguas en su régimen general pero con la especial perspectiva derivada de las singulares características de las Islas Canarias, en cuanto a acotamiento material, no conceptual; no significa pues la exclusión de otros aspectos, sino el particular hincapié que habrá de hacerse en estos últimos.

No podemos aquí realizar un completo estudio de la materia expropiatoria, sino solamente de aquéllos aspectos en que, por razón de su objeto singular (el agua) las normas o criterios generales se ven afectados de alguna peculiaridad que justifique aquél, pues en el resto serán válidas las conclusiones de la dogmática general.

Es preciso partir de una afirmación genérica: el agua constituye un bien expropiable. Un bien inmueble, según el artículo 334-8.º del Código Civil, sin perjuicio de que en algún caso pueda

hablarse de porciones singulares de agua con carácter de bien mueble, dada su especial naturaleza.

Un bien que es expropiable como claramente resulta del art. 423 del mismo Código: «La propiedad y uso de las aguas pertenecientes a Corporaciones o particulares están sujetos a la Ley de Expropiación por causa de utilidad Pública». Tal precepto, concreción del 349, tiene sin embargo un alcance más penetrante que este y además deja sentado sin lugar a dudas que, pese a sus especiales características, el agua no se sustrae (ni en su titularidad ni en su uso o aprovechamiento) al condicionamiento general de la Expropiación Forzosa. Sin embargo, únicamente resulta de ahí la configuración genérica del objeto de la expropiación, no el fundamento o presupuesto concreto que habrá de buscarse en Leyes singulares para cada caso, como se verá. Y el condicionamiento general resulta también patente en el art. 1 de la Ley de Expropiación Forzosa: «Es objeto de la presente Ley la Expropiación Forzosa por causa de utilidad pública o interés social a que se refiere el art. 32 del Fuero de los Españoles, en la que se entenderá comprendida cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio». En esta prescripción tan amplia y comprensiva caben pues perfectamente las aguas como objeto, y cualquier figura expropiatoria de las previstas puede ser aplicada en principio a cualquier derecho que sobre las aguas recaiga.

Naturalmente, estas afirmaciones son las que exigen un desarrollo a la luz de los principios derivados de la dogmática de la institución expropiatoria. Según el criterio expuesto, los aspectos que lo requieren por presentar alguna singularidad derivada de su objeto (el agua) o de las especialidades del régimen de esta en Canarias, son las siguientes: La delimitación del objeto expropiable, tanto en la expropiación ordinaria como en la expropiación en estado de necesidad (o sea en las requisas) y distinguiendo en su estudio las aguas públicas de las privadas.

El presupuesto de la Expropiación, su causa legitimadora, o sea la declaración de utilidad pública o interés social y sus diver-

sas manifestaciones en la aplicación a aquéllos objetos (aguas públicas y aguas privadas).

Los sujetos de la expropiación, con las singularidades que respecto del expropiado comporta el régimen canario.

El procedimiento, también sólo en los aspectos afectados por singularidades derivadas del objeto: acuerdo de necesidad de ocupación, aspectos del justiprecio, procedimiento en las requisas civiles.

II. DELIMITACION DEL OBJETO (El agua como objeto de la Expropiación Forzosa)

A) *En la expropiación ordinaria*

1.—Aguas Públicas

a) Precisiones previas.—Antes de caracterizar estas aguas en su aspecto de objeto expropiable, conviene establecer una distinción entre titularidad administrativa y dominio público, porque éste último no existe sino cuando coinciden titularidad y afectación. Hay por ello aguas cuyo titular es un ente público y que sin embargo son privadas y por ende sometidas al régimen privado de la propiedad; según los arts. 1, 5 y 17 de la Ley de Aguas y 407-8.º y 408, 1.º, 2.º y 4.º del Código Civil, serán las aguas que nacen en predios patrimoniales del Estado, Provincia y Municipio mientras discurren por ellos, las pluviales que caen en los mismos y los lagos y lagunas formados en ellos.

En las aguas públicas hay titularidad en mano pública coincidiendo con la afectación al uso público y en ocasiones a un servicio público. Según las prescripciones de la Ley de Aguas y el Código Civil (arts. 1, 4, 5, 12, 13, 17, 21 y 23 de la primera y 407 y 408 del segundo) lo son las aguas que nacen en terrenos de dominio público, las pluviales que caen en los mismos, salen de terrenos de dominio privado o discurren por cauces públicos; las corrientes de ríos, de manantiales y arroyos que corren por sus cauces o que salen de los predios donde nacen; las muertas de lagos y lagunas en terrenos públicos; las subterráneas que existan en terrenos públicos o las alumbradas por la Administración (porque la

obra de captación es pública); las halladas en la zona de trabajos de obras públicas y las sobrantes de fuentes, cloacas o establecimientos públicos.

En las aguas privadas pertenecientes a entes públicos el agua, bien patrimonial, es expropiable y los problemas se refieren solamente al titular, al sujeto pasivo. En su momento se les hará referencia.

En las aguas públicas, la expropiabilidad del dominio constituiría un cambio de la titularidad, un problema de mutación de dominio, a resolver según la técnica de éstas y no según la de la expropiación, según también se verá.

b) Los aprovechamientos.—En realidad, pues, respecto de aguas públicas, el problema de verdadero interés reside en la expropiación de aprovechamientos. Trátase según acabamos de decir de aguas afectadas por disposición legal al uso público y cuya titularidad radica en entes públicos. Su uso, disfrute o aprovechamiento sin embargo es o puede ser de los particulares y al mismo son aplicables los conceptos de la doctrina general. Así, hay en las aguas usos comunes generales ejercitables libremente y establecidos directamente por la ley: son los llamados aprovechamientos comunes (arts. 126-146 de la Ley de Aguas) para el servicio doméstico, agrícola o fabril, la pesca, la navegación y flotación. Hay asimismo usos comunes especiales, aunque quepa la duda de si son típicamente tales: los llamados «aprovechamientos eventuales» de los arts. 5-2, 6, 7, 8, 10, 13 y 14 de la Ley de Aguas, o sea los de las aguas corrientes que entran en otro predio privado, las de manantiales y arroyos en sus cauces, los sobrantes de fuentes, cloacas o establecimientos públicos, el derecho a usar para fuerza motriz aunque se pierda el aprovechamiento... En general, se trata de aprovechamientos que no requieren autorización ni licencia y se ejercen según las prescripciones generales de la Ley. Para lo que aquí interesa, no determinan un derecho dominical, sino un derecho al aprovechamiento y este derecho es susceptible de expropiación según los principios generales de la Expropiación Forzosa y los singulares de la legislación de aguas (arts. 160 y 161).

Por último, fuera de los casos anteriores, los aprovechamientos de aguas públicas implican un uso privativo del Dominio público. En consecuencia, están sujetos a concesión administrativa,

que es una auténtica concesión demanial (y en este sentido y efectos hay que entender algunos preceptos de la Ley de Aguas, como el art. 147, que emplean el término autorización). El art. 409 del Código Civil emplea sin embargo el término exacto y según él, el aprovechamiento se adquiere por concesión administrativa o por prescripción de 20 años. Es preciso aclarar enseguida que lo que en ambos casos se adquiere no es, naturalmente, la titularidad dominical del agua sino el derecho al aprovechamiento, al contenido de la concesión. Trátase de una concesión demanial, una concesión de dominio público, cuya titularidad sigue siendo pública sin perjuicio del uso privativo atribuido a un particular. Por consiguiente, en estos aprovechamientos el objeto de la expropiación es la concesión misma con el contenido de derechos que comporta, mas no la titularidad dominical del agua. Así resulta además del artículo 161 de la Ley de Aguas: «Todo aprovechamiento especial de aguas públicas está sujeto a Expropiación Forzosa por causa de utilidad pública...» etc.

Es útil además señalar ahora que la Ley de Aguas (art. 160) establece un orden de preferencia para el otorgamiento de concesiones de aprovechamientos especiales, orden que asimismo sirve para determinar la expropiabilidad de uno de ellos en favor de otro que le preceda, pero no de los que sigan, salva prescripción de una Ley especial (art. 161); dentro de cada categoría de las establecidas, tienen prioridad las empresas de mayor importancia y utilidad y en igualdad de circunstancias las que primero lo hubieren solicitado; en todo caso, se respetarán preferentemente los aprovechamientos comunes. Apenas es preciso repetir, por conocido, el orden legal (Abastecimiento de poblaciones, abastecimiento de ferrocarriles, riegos, canales de navegación, molinos y otras fábricas, barcas de paso y puentes flotantes, estanques para viveros o criaderos de peces). Lo que sí interesa anotar es que este orden marca una prioridad en los fines según la transcendencia de los mismos con relación al interés público. Se anteponen servicios públicos de importancia primordial y siguen aprovechamientos de interés particular por el orden de su respectiva extensión en el interés colectivo. Ahora nos interesa solamente señalar que este precepto puede tener, como veremos, una eficacia refleja inmediata para la Expropiación forzosa.

2. —Aguas privadas

Según la precisión hecha al principio, repetiremos que puede existir titularidad en mano pública de aguas privadas. Aquí nos vamos a referir a las aguas de régimen privado que, si pertenecen a Entes Públicos, serán bienes patrimoniales de los mismos.

La tesis general es que las aguas privadas constituyen en todo caso un bien expropiable (Código Civil, arts. 334-8.º, 349 y 423). El dominio privado de las aguas es objeto de expropiación según el art. 1 de la Ley de Expropiación (privación singular de la propiedad privada) independientemente de que el sujeto titular sea público o privado, pues el carácter de este, si plantea problemas, lo serán con relación al sujeto pasivo de la potestad expropiatoria, no en cuanto al objeto. Allí se tratarán. También el uso puede ser objeto expropiable según el art. 423 del Código y el 1 de la Ley de Expropiación.

Cabe adoptar la clasificación de las aguas privadas que resulta de los términos legales que las regulan: Aguas pluviales, vivas y estancadas entre las superficiales, y aguas subterráneas. Pluviales: las que caen en terrenos privados mientras discurren por ellos (1, L.A. y 408-4 C.C.) son de su propietario; vivas: las que nacen en un predio, mientras corren por él naturalmente, pues no puede desviarlas y sí perderlas (5,9, 11 y 14 L.A.); estancadas: lagos y lagunas en terrenos privados (17 L.A.); subterráneas de pozos ordinarios, con propiedad plena de las que obtenga el dueño del terreno incluso en perjuicio de otros (18, 19 y 20 L. A.); íd. de pozos artesianos, socavones o galerías, que pertenecen a quien las alumbrare salvo que mermen a otras preexistentes (418 C.C. y 23-25 L.A.)

Parecería, según los términos generales de esa clasificación, que en todos esos casos existe un derecho dominical, una propiedad privada susceptible de expropiarse. Sin embargo, ello no es cierto más que en tesis general y veremos cómo la contemplación de los distintos supuestos revela las importantes correcciones que debe sufrir aquél principio.

a) Aguas estancadas.—Es el único caso en que ese principio se realiza, pero a condición de que no den origen a una corriente natural, que en cuanto tal se vería sometida al régimen de las aguas corrientes. En el primer supuesto, la titularidad dominical se enun-

cia sin limitaciones por el art. 17 L. A. a favor del propietario del terreno y por ello el objeto expropiable sería el derecho de propiedad también sin distingo de todo o parte de esas aguas.

b) Aguas pluviales.—Pertencen al dueño del predio mientras discurren por él y lógicamente, cuando salgan tendrán la misma condición que las corrientes, o sea la de públicas.

c) Aguas corrientes.—No puede hablarse respecto de ellas de una titularidad dominical absoluta, sino de un derecho de propiedad que nace limitado por la propia Ley que lo atribuye. El art. 5 L. A. otorga su propiedad al dueño del predio en que nacen, mientras no salgan del mismo, pues desde este momento pasan a la condición de públicas. Pero tal propiedad viene definida en unos singulares límites en ese mismo artículo y los siguientes. La limitación se produce en una triple dirección, teleológica, en cuanto a la ordenación del curso y cuantitativa. Veámoslo.

—Limitación por el fin o destino: Hay aquí una revelación patente de que esta Ley concibe todo el derecho de las aguas desde el punto de vista de su aprovechamiento y de aquí que el mismo, como fin público prevalente, actúe como transfondo ordenador de toda la regulación; a la par, se trata de coordinar con el respeto hacia los derechos privados en la propiedad o el uso. Por eso el art. 5 solamente otorga una propiedad limitada: «pertencen al dueño respectivo PARA su uso o aprovechamiento», es decir, que puede realizar por sí todos los usos posibles, consuntivos o no, pero no alterar su curso natural para otros fines. De igual manera, el art. 412 del Código sólo habla de que «puede aprovecharlas».

—Limitación en cuanto a la ordenación del curso. Las no aprovechadas deben salir del predio por su cauce natural sin que el dueño pueda desviarlas, (art. 9).

—Limitación cuantitativa. No supone limitación absoluta del caudal sino relativa, en orden a su aprovechamiento; así, en cuanto sean para su uso, pertenecen al dueño aunque agote el caudal (a. 5) pero si sólo aprovecha una parte alícuota conserva el volumen de la misma, aunque el caudal disminuya (art. 10). Tal derecho no es, sin embargo, ni absoluto ni permanente, pues debe ejercitarse y no puede interrumpirse, ya que las aguas no aprovechadas se convierten en públicas y si alguien ejerce un aprove-

chamiento eventual inferior, éste puede prevalecer sobre el primero (arts. 6, 7 y 10 L. A. y 415 C. C.); esta prevalencia se produce al cabo de año y día de no usarse por el propietario y sí por el inferior, aunque aquél conserve los usos no consuntivos (arts. 11 y 14); los inferiores pueden además adquirir derecho al aprovechamiento indefinido por el no uso durante 20 años por el propietario, en la cantidad en que éste dejare de aprovecharlo (415 C. C.)

En resumen, el derecho de propiedad queda limitado en términos tales que su contenido excede poco de un simple aprovechamiento ya que sobre éstos tiene sólo la prioridad, la permanencia caso de que otro no lo haya ejercitado, la pervivencia de los usos no consuntivos y la ausencia de limitación cuantitativa absoluta. Es un derecho concebido en función del aprovechamiento, no de la simple titularidad.

Tan sólo en la medida de esos límites podrá ser objeto de expropiación.

Como se ha visto, el pretendido principio de accesoriedad al fundo queda tan limitado que apenas constituye la regla; se ve desbordado por otro prevalente: el del interés público del aprovechamiento integral del agua, que en gran medida publica su régimen y que puede servir para interpretar todo el sistema.

d) Aguas subterráneas.—Al llegar aquí es preciso introducir una aclaración previa: No existe un acuerdo doctrinal respecto de la atribución de la titularidad de estas aguas y de los derechos que sobre las mismas ostenta el propietario de la superficie del fundo. En este mismo ciclo de trabajos se han manifestado dos teorías contrapuestas, una de las cuales sostiene que el propietario de la superficie es también titular de las aguas del subsuelo, y otra que defiende la tesis de que dichas aguas pertenecen exclusivamente a su alumbrador. Ambas posturas se apoyan en interpretaciones válidas del ordenamiento vigente. Desde nuestro actual punto de vista no resulta oportuno insistir en los argumentos de una y otra, que han sido suficientemente expuestos en los trabajos específicamente dedicados al tema. Pero, desde el momento que estamos tratando del objeto de la expropiación, nuestro estudio podía adquirir dos rumbos: tomar por base ambas hipótesis desarrollando separadamente cada una, o bien elegir como punto de partida aquélla que resultase prevalente en nuestra particular opinión. Co-

mo lo primero podía suponer, aparte una desmesurada extensión de este trabajo, montar un aspecto del mismo sobre bases hipotéticas con todos los riesgos de confusión que ello supone, hemos preferido adscribirnos a una de aquéllas tesis en este particular aspecto de nuestro estudio, y precisamente a la que considera que las aguas subterráneas alumbradas por medio de pozos artesianos o galerías no pertenecen al dueño de la superficie del terreno sino a su alumbrador. Prescindiremos de los argumentos ya suficientemente expuestos en defensa de la misma y nos referiremos tan sólo, incidentalmente, a los que sean precisos desde el concreto punto de vista de la Expropiación Forzosa, alguno de los cuales, a nuestro juicio, sirve también de punto de contraste para reforzar la validez de dicha interpretación.

Partimos, pues, de la afirmación de que las aguas subterráneas no pertenecen al dueño de la superficie sino al alumbrador.

d') De pozos ordinarios.—En este caso, la doble condición de dueño del terreno y alumbrador atribuye la propiedad plena del agua (a. 18) y, si se cumplen los requisitos legales en cuanto a distancias, incluso en detrimento de las aguas de los vecinos (a. 19). La naturaleza del pozo ordinario y su destino pone de relieve que, incluso aquí, actúa el principio del aprovechamiento integral del agua y la prevalencia de los usos vitales; ellos son los que determinan la apropiabilidad absoluta de estas aguas. Y otro tanto ocurre en el caso de pozos ordinarios abiertos en terrenos de dominio público, realizables mediante simple autorización y que asimismo determinan la plena propiedad de las aguas para el alumbrador (a. 21).

e') De pozos artesianos, socavones o galerías.—Según hemos dicho, partimos de que estas aguas son de quien las alumbró, sea o no dueño del terreno (arts. 22 L. A. y 418 C. C.); este último tiene facultad de alumbrarlas y apropiárselas (23. L. A.), facultad excluyente de iniciar la investigación en la superficie de su finca (414, 417 C. C.) y como consecuencia la de autorizar a otro para que las investigue (417 C. C.)

f') Objeto expropiable.—En primer lugar, la titularidad del terreno bajo el cual están las aguas. Claro está que con ello parece que no se consigue más que la potestad necesaria para excluir la

investigación de particulares en el suelo expropiado a menos que se les otorgue concesión.

Más directamente, si la expropiación tiene por objeto aguas y no terrenos, el objeto expropiable se configuraría mejor sobre las facultades del art. 417 del C. C. y se trataría de la expropiación de derechos y no de la integridad del dominio. En consecuencia, sería posible legitimar la expropiación de la facultad del art. citado respecto a una serie de propietarios en toda una zona o trazado apto para la captación de aguas.

Por efecto del ordenamiento general expropiatorio, lo sería también la titularidad de las aguas ya alumbradas que sean privadas y si son públicas, la de su aprovechamiento. En consecuencia, también su uso o cualesquiera otros derechos cedidos en cualquier forma a terceros por el alumbrador (propiedad o uso de partes alícuotas del caudal, de caudales determinados por tiempo o volumen, etc.)

Por último, de las servidumbres necesarias para la utilización de las aguas en el fin determinante de la expropiación.

En general, puede decirse que es en las aguas subterráneas donde se configuran de modo más pleno auténticos derechos dominicales sobre las aguas. De todos modos, también está presente el principio ya aludido, limitando los derechos del alumbrador aunque sea propietario del terreno, ya que no puede perjudicar otros, ni distraer, mermar o apartar aguas de su corriente, destino o aprovechamiento preexistente, lo que determina la intervención administrativa en las obras de perforación. Y así, el derecho de propiedad expropiable resulta ser solamente el consolidado por el alumbrador una vez haya obtenido un caudal que no afecte a otro preexistente. A la inversa, ese derecho de un alumbrador prevalece frente al de otro posterior aunque sea propietario de la superficie del terreno en que el agua se origina.

3.—Supuestos especiales en Canarias.

Uno es el relativo a las Comunidades o Heredamientos, como consecuencia de su régimen peculiar.

Otro, el de los derechos o facultades del propietario del suelo respecto de las aguas que existan bajo el mismo.

a) Las Comunidades o Heredamientos.—Su existencia plantea problemas en orden a los titulares como sujetos pasivos, las formas de expropiación y los derechos expropiables. Al primero se hará referencia al tratar de los sujetos.

En este caso nos hallamos ante uno de los supuestos más claros de aguas privadas porque cualesquiera sean las limitaciones, el alumbramiento confiere verdadera titularidad dominical; podría parecer bastante con decir que el objeto expropiable es el derecho de propiedad sobre las aguas. Sin embargo, la propiedad de estas aguas corresponde a las Comunidades o Heredamientos (regulados por L. 27 diciembre 1956), entes que tienen personalidad jurídica y se constituyen para alumbrar las aguas. Pudiera parecer que una vez alumbrada debiera ser de propiedad de la entidad alumbradora, pero a consecuencia de su naturaleza, fuertemente teñida de los caracteres de la comunidad de bienes civil, ocurre lo siguiente según la opinión más general: Existe un derecho de propiedad sobre un objeto común (pozo o caudal total); otro, sobre los elementos comunes accesorios; otro, sobre las participaciones en el agua, que a su vez puede ser sobre una cuota parte del total (agua no adulada o dividida) o sobre una cantidad concreta (agua dividida). No es que sean derechos esencialmente diferentes, pero dan lugar a consecuencias distintas; existe un patrimonio social del cual forman parte los elementos comunes o accesorios (muchos, inseparables de la explotación), las participaciones no atribuidas a los comuneros y las aguas secuestradas según el art. 8, y existe además una facultad de disposición libre de cada comunero sobre sus aguas. Pero es que, además, tanto la Comunidad como los comuneros, al disponer de sus derechos pueden dar lugar a situaciones complejas, tales como: gravámenes reales sobre las cuotas o las aguas, derechos personales de uso o aprovechamiento sobre partes de las mismas, titularidad real sobre una parte de las aguas que no determina propiedad sobre la cuota (venta de aguas repartidas, seg. Guimerá).

Ello demuestra que los derechos objeto de Expropiación pueden ser varios, pero como aquella se produce por la necesidad de un bien concreto para un fin público (aguas en nuestro caso), podrá ocurrir que se necesiten la totalidad de las de un pozo o galería o una parte de las mismas. En el primer supuesto, claudicarán todos

los derechos existentes sobre ellas e incluso los bienes comunes o accesorios en la medida que formen parte indivisible del pozo, aunque cabe que los meramente accesorios respecto de la explotación (no del pozo, como canales, etc.), no se comprendan a menos que el expropiado lo pida según el art. 23 de la L. E. F. En el segundo caso, la Expropiación podrá adoptar diversas formas según su alcance y la medida de la declaración de necesidad de ocupación del bien (15 L. E. F. que alude a los bienes o derechos estrictamente indispensables para el fin que legitima la medida); la más corriente será sin duda la de una parte del caudal; otra puede ser la de participaciones o derechos singulares; también, la de concretos elementos accesorios o su uso (v. gr., canales). Y aquí hay que tener en cuenta que, según el art. 1 de la L. E. F., esta puede adoptar diversas formas («ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal, o mera cesación de su ejercicio...») y es posible que resulte en ocasiones aplicable aquí no una sola de esas formas, según la peculiar estructura de los derechos que venimos examinando.

Por otra parte, la expropiación de algunos de ellos (casos de una parte alícuota del caudal, del agua del secuestro, de participaciones de comuneros o en poder de la comunidad) podrían dar lugar a singulares consecuencias tales como la de que la Administración adquiriese el carácter de comunero incluso con facultades de intervenir en el régimen interior de la comunidad y sin perder su carácter de persona pública, dado que lo hacía a través de un modo de adquirir de derecho público. Si la expropiación tuviese lugar sobre una cantidad absoluta y no relativa del caudal, otra consecuencia sería la reducción del contenido de las participaciones de los comuneros puesto que, permaneciendo las mismas relativamente, se referirían a un caudal absoluto más reducido.

b) *El llamado derecho de subsuelo.*—Aunque la propiedad de las tierras y cualquier otra de las facultades derivadas del dominio pueda ser objeto de Expropiación Forzosa según la amplia fórmula del art. 1 de la Ley, es lo cierto que cuando la declaración de utilidad pública del fin se haga en función del agua, lo normal no será la expropiación de las tierras bajo las cuales exista o se presume que puede existir, sino la del agua misma o las facultades dominicales que directamente se le refieren. Otra cosa (aparte de inú-

til y antieconómica) podría también resultar contraria a la dogmática de la institución por incidir sobre objeto ajeno a la utilidad pública o interés social que la legitima.

Pero en materia de aguas subterráneas ocurre que sólo una parte ínfima del suelo puede ser necesaria para alumbrar las aguas y en ocasiones incluso bastará con su ocupación temporal; por otra parte, el alumbramiento confiere la propiedad de las aguas alumbradas; y por último, la existencia real de aguas bajo un predio, su volumen y origen y el hecho de que no distraigan otras, no son hechos conocidos ni menos seguros a priori. En consecuencia es importante señalar que en el supuesto de una declaración de utilidad pública de prospecciones o investigaciones de aguas por parte de la Administración, aquélla solamente podrá referirse al derecho de propiedad de las tierras en cuanto esté directamente vinculado con aquél fin, pero no podrá extenderse a la propiedad de los terrenos bajo los cuales su suponga que las aguas existen. Quiérese decir que únicamente se tratará de expropiar las facultades o derechos estrictamente indispensables al fin de la expropiación, según el art. 15 de la Ley.

La expropiación será innecesaria en el caso de que la prospección tenga lugar en terrenos de dominio público o patrimoniales del ente expropiante. Mas si hubiere de tener lugar en otros de propiedad privada, se limitará aquélla a un derecho singular, una facultad derivada del dominio: la del art. 417 del C. C., o sea la facultad exclusiva y excluyente de investigar aguas en terreno propio, y todo lo más, la superficie necesaria para los trabajos (en cuanto al dominio o la ocupación temporal). No se extenderá por consiguiente a la propiedad de la tierra (que no es indispensable) ni a la del agua (que no se adquiere hasta que no se alumbré). Nótese además que esta es la fórmula adecuada desde el punto de vista de la acción pública porque (prescindiendo como es lógico de la existencia del agua, que es tan hipotética como su cuantía) será lo más viable para la Administración por razones jurídicas y económicas y también para el expropiado, quien conserva su finca.

Tales circunstancias no cambian por el éxito del alumbramiento pues las mismas son previas y agotan sus posibilidades antes de que se produzca; además, aquél hecho es precisamente el que atribuye la propiedad al alumbrador y no puede pretenderse que, si-

multáneamente y en contra de lo dispuesto en la Ley, cree también una propiedad en el dueño de la superficie.

Lo expuesto lleva a tratar de

c) *Las reservas del art. 2 de la Ley de 24 diciembre de 1962.*— Según su preámbulo, trata de habilitar «un título legítimo de intervención en determinadas zonas» que permita a la Administración «reservarse en ellas los volúmenes de agua no aprovechados hasta ahora». Son aguas que habrán de tener la consideración de públicas. Parece que en principio trató de emplearse la técnica de las reservas demaniales respecto de unos bienes que inicialmente no tenían esa consideración.

La reserva se refiere a «caudales de aguas subterráneas», seg. el propio artículo 2: «El Ministerio de Obras Públicas podrá reservarse los caudales de aguas subterráneas todavía no alumbrados en aquéllas zonas en que por la escasez de aguas y la importancia de las necesidades a satisfacer lo requiera el interés público o haya razones de utilidad social para ello».

Lo primero que se advierte es que estamos ante una declaración genérica de utilidad pública (art. 10 L. E. F.) a todos los efectos de la reserva, aunque no se deduzca del texto con absoluta claridad; el acuerdo del Consejo de Ministros a que se refiere el art. 21 del Reglamento de 14 enero de 1965 es solamente el reconocimiento de aquél requisito para el caso concreto, según la exigencia común del art. 10 L. E. F. en todos los supuestos de declaración genérica por Ley de la utilidad pública. Así, pues, se trata de una simple aplicación de la L. E. F. Aunque se utilice el término reserva, el art. 2 de la de 1962 no es más que una declaración genérica de utilidad pública. Parece una consecuencia del origen híbrido del precepto que, como se conoce por su historia legislativa, (Guimerá) no refleja una tendencia coherente sino la yuxtaposición de varias deficientemente armonizadas.

Veamos cuáles pueden ser los efectos de esa prescripción legal en el aspecto que nos ocupa, según el texto vigente. Podría sostenerse que del mismo solamente resulta una atribución de potestades para declarar la reserva de caudales y la prohibición de investigar aguas en la zona, siendo la E. F. consecuencia ulterior, determinada por las investigaciones de la Administración, en cuyo momento habría de procederse a expropiar; pero esta tesis sería

excesivamente aventurada y se le opone el último párrafo del precepto: «reserva que se llevará a cabo con las indemnizaciones a que en su caso haya lugar». Mucho menos arriesgado parece admitir que la Ley contiene, como se ha dicho, una declaración genérica de utilidad pública respecto de la propia reserva. Toda la materia queda así encuadrada en la E. F.

a') Derechos objeto de expropiación.—Aún con esta interpretación, no puede ser tan amplio su alcance como para incluir derechos patrimoniales no existentes.

En primer lugar, respecto de las aguas ya alumbradas, parece que la interpretación más adecuada lleva a excluirlas a tenor del fin de la reserva y del texto del precepto que habla de «respetar los aprovechamientos, alumbramientos y derechos preexistentes» y conecta la obligación de indemnizar a la formulación de la reserva. No puede sentarse igual criterio respecto de «otros derechos», en cuanto los mismos pueden resultar indispensables para la reserva (a-15 L. E. F.) y otro tanto, en ocasiones, podrá ocurrir con aquéllos alumbramientos ya efectuados.

En general, pues, y aparte las anteriores consideraciones, «las indemnizaciones a que en su caso haya lugar» a que este art. 2 se refiere se atribuirán en función de los caudales objeto de reserva o de los derechos de los propietarios del suelo, y no especificando el precepto, ello habrá de ser visto según los propios principios del ordenamiento general y la L. E. F., en la medida misma en que pueda hablarse de derechos o intereses expropiados. Alguna orientación puede extraerse de los arts. 23 a 26 del Reglamento de 1965 interpretados con las debidas cautelas puesto que esta disposición reglamentaria no parece en algún punto concretamente acorde, en su extensión, con la normativa legal prevalente.

En este caso podría hallarse el art. 26 que parece llevar consigo una demora en los efectos de la indemnización expropiatoria cuando establece que «el aprovechamiento de las aguas alumbradas en ningún caso podrá llevarse a cabo hasta que se realice el abono de las indemnizaciones que correspondan por ocupación de los terrenos y de las que deban percibir los propietarios de los predios bajo los cuales subyacen las aguas con arreglo a lo establecido en la L. E. F.» Sin embargo, seg. el art. 51 de esta última Ley, la indemnización, salvo declaración de urgencia, debe ser previa a

la ocupación de la finca o al ejercicio del derecho expropiado y la aplicación estricta de este principio lleva a considerar que si, para verificar el alumbramiento, es necesario ejercitar el único derecho concreto que en orden al agua asiste al propietario del terreno, o sea el de buscarla en suelo propio, antes de su ejercicio deberá ser indemnizado. Porque lo que el citado art. del Reglamento no puede hacer es configurar un nuevo derecho del propietario a las aguas alumbradas, no puede otorgar más derechos que los que ya existían en el propietario por virtud de normas legales y según estas el que le asiste es el de perforar en su finca, único de que en realidad se le priva.

Cabe concluir en que esta reserva, concebida inicialmente como reserva demanial de caudales de agua, quedó no obstante configurada como UNA RESERVA, A FAVOR DE LA ADMINISTRACION, DE LAS FACULTADES DE INVESTIGACION Y SUBSIGUIENTE APROPIACION DE AGUAS SUBTERRANEAS.

Los derechos objeto de expropiación serán en consecuencia:

La facultad del propietario de investigar o autorizar a otro; la integridad de los alumbramientos preexistentes; lo mismo, en cuanto a los aprovechamientos preexistentes; la de aguas de minas en la medida en que puedan legalmente ser aprovechadas por el minero; cualquier otro derecho o interés análogo, y entre ellos: las licencias de investigación ya otorgadas por la Administración; las ya otorgadas por los propietarios de las fincas; los expedientes en tramitación.

Y no es ocioso recordar aquí que el R. D. de 28 de junio de 1910 (sobre intervención del Instituto Geológico y Minero y auxilios para alumbramientos) estableció que «Cuando el Estado haya de efectuar trabajos de alumbramientos de aguas en terrenos de particulares, se elegirán desde luego los puntos que reúnan condiciones más convenientes para la realización de las obras, atendiendo además a las ventajas que ofrezcan los propietarios. Si fuera necesario, se procederá a la E. F. y al señalamiento del servicio en la misma forma que para la ejecución de Obras Públicas» (a. 6). Y nótese que no se refiere a expropiación de aguas, sino solamente a la de superficies para la perforación y alumbramiento.

Sigamos con el análisis del objeto expropiatorio, ahora en otro de sus aspectos.

B) *En la expropiación en estado de necesidad (Las requisas).*

La requisa es un procedimiento especial de E. F. por razones de estado de necesidad, lo que determina una legalidad particular. La presencia de un estado de necesidad inmediato exime al ejercicio de la potestad expropiatoria de los requisitos de procedimiento normales, actuándose en un régimen de discrecionalidad casi absoluta (García de Enterría). Se concreta en despojos instantáneos o no procedidos de formas rituales lo cual no excluye el ulterior efecto de garantía patrimonial al equivalente económico, común a nuestro sistema.

Nos hallamos ante un ámbito muy amplio del objeto, limitado solamente por la magnitud y caracteres de la necesidad según la apreciación de la Autoridad Administrativa competente para ordenar la requisa. El art. 120 de la L.E.F. dispone: «Cuando por consecuencia de orden o seguridad pública, epidemias, inundaciones ú otras calamidades hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o *requisas* de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley...»

Esas graves razones o calamidades se reflejan en los concretos preceptos de la Ley de Aguas, arts. 162 y 168: «En casos urgentes de incendio, inundación ú otra calamidad pública, la autoridad o sus dependientes podrán disponer instantáneamente, y sin tramitación ni indemnización previa, pero con sujeción a Ordenanzas y Reglamentos, de las aguas necesarias para contener o evitar el daño. Si las aguas fuesen públicas no habrá lugar a indemnización: mas si tuviesen aplicación industrial o agrícola o fuesen de dominio particular, y con su distracción se hubiese ocasionado perjuicio apreciable, será este indemnizado inmediatamente». 168: «No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, el Gobernador de la Provincia podrá en épocas de extraordinaria sequía, y oída la Comisión Provincial, acordar la expropiación temporal del agua necesaria para el abastecimiento de una población, mediante la indemnización correspondiente en favor del particular». Normas aplicadas por el art. 33-2 del D. de 10 de octubre de 1958 (Estatuto de Gobernadores Civiles) desde el punto de vista de la competencia de éstos.

Examinemos con tales antecedentes normativos los diferentes supuestos:

1. — Aguas Públicas y aguas privadas

Pese al encuadre sistemático del art. 162 (situado en los preceptos relativos a las aguas públicas y sus aprovechamientos) y pese a la prescripción del art. 167, aquél tanto se refiere a aguas públicas como privadas y expresamente así resulta de su párrafo final al tratar de las consecuencias indemnizatorias, referencia que en el mismo aspecto contiene el art. 168. Y la razón es, además, que la circunstancia de estado de necesidad legitimadora de estas medidas generalmente imposibilitará la elección (piénsese en los supuestos más graves como incendios, epidemias, etc.)

Sin embargo, cabe pensar en circunstancias cuyo carácter no es tan gravemente urgente (abasto a grandes poblaciones), como para determinar una aplicación «instantánea» sino que permite una ponderación, aunque la demora no pueda ser suficiente para la incoación de un procedimiento expropiatorio normal. En tales casos, los principios generales de la legislación de aguas deben también reflejarse en el objeto y consecuencias de la requisita porque esta solamente se impone en toda su magnitud en la medida exacta en que lo exija el grado del estado de necesidad que la legitima. Por ello deberá tenerse presente que el art. 167 establece, en la expropiación con destino al abastecimiento de poblaciones, una prioridad de las aguas públicas sobre las privadas, la cual debe respetarse cuando sea posible la elección siempre que exista identidad de circunstancias en orden al cumplimiento del fin. Otro tanto puede decirse en cuanto al orden de prelación de los arts. 160 y 161.

2. — Contenido material. Derechos requisados

La naturaleza de este tipo de expropiación, sin excluir por principio ningún posible derecho ni ninguna de las formas generales, por lo común limitará su contenido al uso de las cosas, la destrucción o el consumo de las mismas. Esta afirmación general se corrobora en el caso de las aguas por el art. 168 citado, «la ex-

propiación temporal del agua necesaria para el abastecimiento de una población», lo cual significa: que la requisita no tiene por objeto la titularidad de las aguas (es decir, ni su propiedad si son privadas ni la de la concesión si son públicas) y se refiere solamente a caudales determinados o susceptibles de serlo, es decir, a la propiedad de cierta parte del agua obtenida (no a la de la fuente, pozo, etc.); ello viene además impuesto por la naturaleza de la institución, cuyo objeto es atender necesidades preteritorias.

3.—Cantidad

Tampoco puede exceder de las necesidades verdaderamente urgentes y graves que la legitiman y de aquí que con esa directriz deban ponderarse la medida y el límite de aquéllas y su naturaleza para determinar el volumen de agua que debe requisarse. Por esta razón entendemos que la Administración expropiante puede imponer al beneficiario condiciones y límites en cuanto a la administración del caudal, como se verá más tarde.

4.—Especialidades canarias

Quizá exista mayor complejidad por razón de la penuria o falta de aguas públicas y el carácter de las privadas y su titularidad.

Con relación a los derechos de las Comunidades y Heredamientos, adquiere aquí relieve la circunstancia de tratarse de expropiación de un caudal temporal y no de la titularidad del bien, lo que permitirá mayor adecuación de las medidas a las específicas circunstancias de necesidad y prelación expuestas. La aplicación de tales principios supone a nuestro modo de ver una discriminación entre las aguas que están en el patrimonio de la Comunidad y las de los comuneros, por un lado y por otro las de las aguas afectadas por su propietario a un destino específico de los del art. 160 respecto de las que no lo estén, criterios que acaso permitan llegar a establecer un orden propio, así: 1: Las que se hallen en el mercado (acciones o caudales ofrecidos en venta) lo cual demuestra su falta de afectación a aquéllos fines; 2: Las que se hallen en manos de comuneros que no las destinen a ninguno de esos fines; 3: Las del patrimonio de la Comunidad; 4: Las restan-

tes. Ello, respecto de una Comunidad concreta; y en el orden respecto de varias, deberían actuar idénticos principios.

Cierto que tales circunstancias serán muchas veces de difícil determinación por la Administración al acordar la requisita; no obstante, cabe hacerlo de alguna de estas formas: dirigiendo la medida en primer lugar a los mercados de aguas; imponiendo a la Comunidad expropiada aquél orden en cuanto al reparto de los caudales requisados entre los comuneros.

III.—EL PRESUPUESTO DE LA EXPROPIACION

La causa que legitima la expropiación es la utilidad pública o el interés social (a. 1 L.E.F.) y su presencia en el caso debe ser declarada preventivamente de modo formal (a. 9). Esta declaración se ha desglosado por la nueva Ley del procedimiento expropiatorio elevándola a presupuesto de la Expropiación y primera garantía de la misma. (seg. García de Enterría). Lo que aquí debe calificarse es el fin a que se afecte el bien expropiado y no la expropiación (a. 9). Esta calificación se hace mediante Ley formal, y ello puede ser de varios modos: Mediante declaración implícita (art. 10) la utilidad pública se entiende inmanente respecto a inmuebles en los Planes de Obras y Servicios de la Administración Central y Local;

Declaración accesoria, que es la que se produce a consecuencia del título de Empresa de interés nacional (a. 14).

Declaración específica, que se hace singularmente por medio de Ley en cada caso (a. 12).

Declaración genérica (10, L. y 11 Regl.) en que la declaración legal se hace en abstracto, o para categorías de obras, servicios o concesiones, quedando el reconocimiento en cada caso concreto cometido al Consejo de Ministros, salvo que la propia Ley haya dispuesto otra cosa.

A) *La declaración de utilidad pública o interés social en la expropiación de aguas.*

Tratándose de bienes inmuebles según el art. 334-8.º del Código Civil, cabe la declaración de utilidad pública genérica (para categorías de obras, servicios o concesiones) y la implícita en Pla-

nes de Obras y servicios seg. el art. 10 L.E.F. El art. 423 del mismo Código no puede tener este carácter habilitante, por cuanto obviamente no realiza una calificación del fin de la Expropiación que no podía tener ahí su lugar y se limita a constituir una declaración general del carácter de bien expropiable de las aguas, colocando además junto a la propiedad el uso de las aguas en la categoría de objeto susceptible de expropiación, lo cual tenía gran importancia en el sistema expropiatorio anterior; por otra parte, incluye también a las concesiones.

Los preceptos legales habilitantes de expropiaciones singulares deberán buscarse, con aquella orientación general, en las normas especiales del Ordenamiento. Los preceptos relativos a expropiación contenidos en la Ley de Aguas y el R.D.L. de 7 enero de 1927 se declaran expresamente vigentes por el D. de 23 diciembre de 1955. Precisamente, los preceptos referentes a la materia que se hallan en estas normas especiales son en su mayoría otras tantas declaraciones habilitantes de Expropiación.

B) *Respecto de aguas públicas*

Aquí los preceptos de la legislación de aguas suelen ser explícitos y en general se halla en ellos la declaración formal genérica de utilidad pública que sólo es preciso concretar más tarde mediante declaración administrativa, al ejercitar la potestad en los casos singulares. No es preciso recordar que la declaración debe referirse a la utilidad pública del fin a que haya de afectarse el objeto expropiado (a. 9 L.E.F.) y esta referencia se encuentra en esos preceptos singulares.

El principio general lo encontramos en el art. 161 en relación con el 160: el orden de prelación de los aprovechamientos fijado por este último determina la declaración de utilidad pública de los que sean preferentes para expropiar los que les sigan.

Rápidamente enumeraremos los demás preceptos especiales en la materia:

Art. 137. Para conversión de un río en navegable.

» 164 a 166. Utilidad pública de los abastecimientos de agua a poblaciones.

» 172. Idem. de ferrocarriles.

Art. 183. Riegos; aprovechamientos inferiores en beneficio de un pantano.

- » 193, 217-3, 200, 214; los 151 y 197 se refieren a expropiación de tierras, no de aguas.

Puede decirse que el sistema general de la Ley en cuanto a los aprovechamientos de aguas públicas se cierra con los preceptos relativos a su expropiación; por eso, en general primero y en casos singulares luego, va formulando la declaración de utilidad pública que servirá de presupuesto a cada expropiación cuando haya de acordarse. Expropiación de la concesión se entiende siempre, porque la titularidad de estas aguas sigue siendo administrativa. Esta declaración de utilidad pública es, por consiguiente, en la regulación de estas aguas, la referencia última del orden de su utilización y sirve a posteriori para seguir escalonando el interés de los aprovechamientos según los mismos criterios utilizados a priori.

En el R.D.L. de 7 enero de 1927, art. 2, se hallan otras tres declaraciones genéricas de utilidad pública complementarias de las de la Ley de Aguas. El que utilice la frase. «Pueden ser declaradas de utilidad pública», no significa nada en contra; simplemente obedece a que, según el sistema de la L.E.F. de 1879 entonces vigente, esa declaración la formulaba la propia Administración formando parte del procedimiento expropiatorio. En la actual debe entenderse como declaración genérica que faculta el ejercicio de la potestad por la Administración.

C) *Respecto de aguas privadas*

Aquí la legislación es menos explícita. Si en las aguas públicas puede decirse que lo excepcional es la necesidad de una Ley específica, no ocurre otro tanto con las aguas privadas. Sin embargo, es posible formular un sistema general. En primer lugar, los arts. 160 y 161, que ciertamente tienen su campo de aplicación en las aguas públicas, ofrecen no obstante una proyección más amplia; el orden de aprovechamientos allí formulado tiene una correlación lógica impecable con la jerarquización de las necesidades sociales (al menos, en sus primeros apartados) y en este aspecto cabe otorgarles un valor de principio interpretativo general (no, naturalmente, de aplicación inmediata) que oriente la actuación administrativa tanto respecto de las aguas públicas como de las

privadas, siempre que no resulte alterado por una formulación legal explícita.

1.—Declaración genérica

Aparte ese principio, existen algunos preceptos que formulan declaración genérica de utilidad pública para ciertos fines.

Así, el art. 175, para empresas de ferrocarriles, respecto de aguas privadas no destinadas a usos domésticos; el 167, pese a su formulación negativa («No se decretará la enajenación forzosa de aguas de propiedad particular para el abastecimiento de una población sino cuando por el Ministro de Fomento se haya declarado, en vista de los estudios practicados al efecto, que no hay aguas públicas que pueden ser racionalmente aplicadas al mismo objeto») y no solamente por deducirse de su contexto cuando se cumplan los requisitos que señala, sino por hallarse sistemáticamente entre preceptos relativos a expropiación. Cumplido el requisito de la declaración de que no existen aguas públicas para dicho fin, se define este como causa de expropiación de aguas privadas.

El art. 16 se refiere a la causa de salud pública, respecto de las aguas minero-medicinales.

El art. 2 de la Ley de 24 diciembre de 1962 contiene asimismo según vimos una declaración genérica de utilidad pública para la reserva de caudales subterráneos a favor del Estado en Canarias.

No se agotan sin embargo ahí las posibilidades, sino que hay que atender también a la

2.—Declaración implícita: Los Planes (a. 10 L.E.F.)

Tratándose de un bien inmueble, la expropiación del agua debe estimarse implícita en todo Plan en cuya formulación ella se considere como un objeto sustancial necesario para su desarrollo porque, según la Exposición de Motivos, «no hay posibilidad jurídica de distinguir el plan de las obras que su ejecución comporta»; la autorización para expropiar se halla ya sobreentendida en el cumplimiento de los requisitos que condicionan la aprobación de aquél. Aunque la afirmación pueda parecer aventurada, debe pensarse que si en el plan se parte de la necesidad del agua para su desarrollo, no hay diferencia con respecto a otros bienes inmuebles.

Ejemplo más relevante es el de abastecimientos a poblaciones. Ciertamente aquí opera la limitación del art. 167 L.A. y por ello a la formulación del Plan habrá de incorporarse la declaración ministerial sobre inexistencia de aguas públicas, previamente obtenida. Por esto en los casos en que se recabe auxilio del Estado, los D.D. de 17 mayo de 1940 y 27 julio 1944 (a. 4 del primero) establecen que «cuando las aguas sean de propiedad privada, se podrá redactar el proyecto de abastecimiento por el Estado, con el fin de que pueda servir de base para la expropiación forzosa de las aguas».

Tradicionalmente se ha partido en esta materia de la utilización de aguas públicas, con lo cual se imponía una consideración distinta para la concesión demanial de estas (competencia de la Administración Central) que a su vez puede ser directamente otorgada al concesionario privado del servicio (a. 169 L. A.), y la concesión de este último, que es de competencia municipal. Pero nada impide que el Municipio e incluso la Provincia asuman la organización y prestación del servicio y las obras necesarias para su establecimiento y en estos casos el Plan de Obras podrá en ocasiones contener los elementos precisos para que el agua se integre en el mismo de tal modo que resulte un bien necesario a su desarrollo y constituya así la declaración implícita habilitante de la expropiación de aguas. El obstáculo se hallaría en el artículo 143 de la Ley de Régimen Local, cuya prescripción de que los planes «implican la declaración de utilidad pública de las obras y la necesidad de la ocupación de los terrenos y edificios...» parece excluir a las aguas por referirse taxativamente a los terrenos y edificios. No obstante, esta especificación parece referirse tan sólo a la necesidad de ocupación y no a la declaración de utilidad pública, y por otra parte, el art. 10 de la L. E. F. debe considerarse prevalente como posterior y en él la referencia es respecto a bienes inmuebles en general. La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1960 se orienta en esa dirección, fundándose solamente en el art. 143 de la Ley de Régimen Local y en la autonomía de los Entes Locales.

Todo lo dicho se supedita, naturalmente, a las aguas que existan dentro de la competencia territorial del Ente autor del proyecto. Cuando se trate de aguas situadas fuera, esos efectos deberán buscarse mediante la formulación del plan por el Estado.

IV. LOS SUJETOS DE LA EXPROPIACION

Como sabemos, la Ley configura tres: expropiante, beneficiario y expropiado.

A) *Expropiante.*

Sujeto expropiante solamente puede ser un ente Territorial (Estado, Provincia o Municipio, pero no un Ente Institucional).

La única cuestión que en este punto plantea la expropiación de aguas respecto de este sujeto es la ya aludida de la expropiación por los Entes Locales en el caso de abastecimiento de aguas a poblaciones, en la que no vamos a insistir.

B) *Beneficiario.*

«Es el adquirente inmediato en la transmisión forzosa, o que de otro modo se beneficia directamente. Según el reglamento (a. 3), la persona que representa el interés público o social para cuya realización está autorizada a instar de la Administración el ejercicio de la potestad expropiatoria y que después adquiere el derecho o el bien expropiado. No hay obstáculo a que el beneficiario sea a su vez un Ente Público (S. del T. S. de 16 noviembre de 1962).

Consecuencia de la posición del beneficiario es que a él corresponde el deber de indemnizar que supone el acto expropiatorio, sin perjuicio de que quien interviene fijando la indemnización sea el «titular del trámite».

La figura aparece frecuentemente en las expropiaciones en materia de aguas, e incluso es idónea para explicar algunos supuestos de la misma no desarrollados en la Ley. Así, en la imposición de las servidumbres de acueducto, estribo de presa, parada o partidur, abrevadero y saca de agua; algunas, no todas, de las inherentes a los predios ribereños, como la de amarre y la del art. 124.

Aparte ello, que excede de la delimitación del tema que al principio se hizo, la figura del beneficiario interviene casi constantemente en los supuestos de expropiación de aprovechamientos de aguas públicas, como fácilmente puede comprobarse tan sólo con la lectura del art. 160 de la L. de A.

Y por último, en el supuesto antes aludido de expropiación de aguas situadas fuera del ámbito territorial de un ente para el abastecimiento de poblaciones, caso de que aquél gestione el servicio por sí y no por concesionario, puede adoptar la postura de beneficiario de la expropiación.

C) *Expropiado.*

Es el sujeto pasivo de la potestad expropiatoria, el titular del derecho o interés sobre el cual recae la expropiación, y en este aspecto también el art. 1 de la Ley es de la mayor amplitud: «cualesquiera fuesen las personas o entidades a quien pertenezcan».

1.—Titularidad en personas públicas.

Los Entes Públicos pueden ser titulares de aguas públicas o privadas, e incluso cabe que lo sean de aprovechamientos de las primeras.

a) *Respecto de aguas privadas.*

Los Entes Públicos titulares del dominio, concesiones ú otros derechos sobre aguas privadas pueden ser sujeto pasivo de la potestad expropiatoria, pero el grado o importancia del Ente, su prevalencia respecto de otros en la organización general, no será lo que determine su posición activa o pasiva en la expropiación. Sujeto activo será aquél a quien pertenezca la potestad expropiatoria según el ámbito de su propia competencia y sujeto pasivo el titular del bien expropiado, sea cual fuere su respectiva posición orgánica.

b) *Respecto de aguas públicas.*

El dominio público no es expropiable. La Ley (a. 1) habla de propiedad privada circunscribiendo así a esta la potestad expropiatoria, porque la inalienabilidad del dominio público impide su expropiación, ya que no siempre tendrá competencia la Administración expropiante para desafectar. Los casos de cambio de titularidad tendrán lugar a través de figura distinta: la de las mutaciones demaniales.

No nos referimos, naturalmente, en lo dicho, a las concesiones, puesto que ellas son derechos reales administrativos perfectamente expropiables según se dijo.

2.—Titularidad en personas privadas.

Respecto de las aguas públicas, su postura será la de concesionario de aprovechamientos. No se trata según vimos de titularidad del bien, sino de un derecho real administrativo que para su titular tiene carácter patrimonial y se concreta a su propio contenido.

Respecto de aguas privadas.—Los problemas que aquí pueden surgir se centran en la Ley de Heredamientos de 27 diciembre de 1966, pues ya se vio la gran variedad de situaciones patrimoniales que pueden ser objeto de expropiación, en conexión o no con la titularidad del alumbramiento. Ahora interesa referirnos a los titulares que pueden resultar afectados por la expropiación, y recordaremos que esta cualidad de expropiado es una cualidad «ob rem», por relación con el objeto real de la expropiación.

Por virtud de lo dispuesto en el art. 3-2.º de la L. E. F., el expediente, cuando el objeto expropiado sea todo el alumbramiento o parte alícuota de su caudal, deberá entenderse con la Heredad o Comunidad que es el titular registral cuya inscripción abarca todos los aspectos patrimoniales y representa además a todos los comuneros; no importa a estos efectos que pueda o no disponer de los derechos de estos, porque la Expropiación tiene lugar por voluntad unilateral de la Administración; pero estos últimos podrán intervenir en el expediente si lo desean (a. 4 L. E. F.)

Tratándose de los elementos del patrimonio común y de las aguas del secuestro, participaciones en cartera, etc., también habrá de entenderse el procedimiento con la Comunidad y asimismo será posible admitir la intervención de los comuneros, que pueden para ello alegar intereses económicos.

Mas si la expropiación tiene por objeto participaciones singulares, o derechos constituídos a favor de terceros por los comuneros sin enajenar su participación, el procedimiento puede entenderse singularmente con el comunero en cuestión o con éste y el titular del derecho transmitido, según los casos.

En la aplicación de la Ley de 24 diciembre de 1962, art. 2, sujeto pasivo de la expropiación serán los propietarios de fincas comprendidas en la zona de reserva, en cuanto al derecho que se dijo (facultad del art. 417 del C. C.). A su determinación se orienta el art. 22 del Reglamento de 14 enero de 1965, así como a la de los titulares de otros derechos, intereses o aprovechamientos, con quienes también habrá de entenderse en su caso cuando se produzca la declaración del art. 25. Las autorizaciones de alumbramientos en trámite se determinarán con referencia a los Registros administrativos.

V. EL PROCEDIMIENTO

A) *Acotamiento.*

No es aquí necesario realizar un recorrido a lo largo de todo el procedimiento expropiatorio, que en principio es el mismo (un cauce general) para toda clase de expropiaciones, salvo las prescripciones especiales de la Ley. Por virtud de alguna disposición singular de la legislación de aguas y sobre todo por la peculiar naturaleza del objeto, pueden surgir peculiaridades y esto es lo único a que vamos a referirnos. En lo restante, baste decir que el procedimiento será el general, con alguna salvedad que pueda derivar del carácter del Ente Expropiante (si es una Corporación Local) o del fin de la expropiación (Obras Públicas).

Seguramente los únicos puntos que merezcan singular referencia sean: una alusión sumaria al acuerdo de necesidad de ocupación y algunos aspectos del justiprecio, en cuanto al procedimiento general; y en el de estado de necesidad, el procedimiento que han de seguir las requisas civiles.

B) *Necesidad de la ocupación.*

Sabemos que este es un acuerdo de la Administración expropiante que inicia el procedimiento expropiatorio (a. 21 L. E. F.), un acto administrativo que concreta la afección de bienes particulares a la expropiación y que, como tal, necesita una tramitación preparatoria. En materia de aguas creemos que las peculiaridades

que pueden hallarse se reducen a estos tres aspectos: el órgano competente para realizar la declaración, el contenido de la medida y la intervención del expropiado.

1.—Órgano competente.

Tratándose de expropiación por efecto de planes de obras o servicios municipales o provinciales, por venir implícito también este acuerdo en el plan (a. 143 y 289 L. R. L.), no se produce alteración alguna en la competencia de los órganos locales, determinada por estos preceptos y el art. 85 de la L. E. F. Asimismo la remisión de este último determina la competencia de los órganos locales en los restantes casos.

En expropiaciones en que el sujeto activo sea el Estado, el principio general de la L. E. F. (a. 20) otorga las atribuciones para declarar la necesidad de ocupación al Gobernador Civil, si bien el trámite interno se realiza por los órganos que tienen la competencia material. En cuanto a las aguas, siempre que se trate de obras públicas habrá de estarse al art. 98, según el cual la competencia corresponde al Ingeniero Jefe del Servicio.

A tales competencias generalmente habrán de reconducirse los casos dudosos o la de órganos desaparecidos o cuya denominación o función se ha visto alterada desde la promulgación de la Legislación de aguas (unicamente la Ley y el R. D. L. de 7 enero de 1927, cuyos preceptos sobre expropiación son los declarados vigentes a partir de la nueva L. E. F.) y también, naturalmente, los contenidos en leyes formales de fecha posterior a esta.

En dicho D. L. no se contiene ningún precepto sobre procedimiento. En la ley de Aguas son escasos: art. 56 sobre la facultad de urgencia del Alcalde caso de inundación; el 172, que, aún señalando la competencia, se ajusta al principio general.

Donde son algo más frecuentes es en la materia de servidumbres, y aunque el tipo general lo constituye la de acueducto que en la competencia se ajusta a aquélla norma genérica, algún otro precepto especial atribuye facultades a los Alcaldes.

El *Reglamento de 14 de enero de 1965* (de la Ley 24 diciembre de 1962 sobre aprovechamientos de aguas en Canarias). En el desarrollo del art. 2 de la Ley, atribuye la competencia del expedien-

te general de la reserva al Ministerio de Obras Públicas, y, como órgano periférico, a la Comisaría de Aguas (arts. 22 y 24). Pero en cuanto al acuerdo de necesidad de ocupación, no se ajusta a la norma general, y ni siquiera contiene una formulación clara; así el art. 25 expresa que «el acuerdo del Consejo de Ministros que declare la reserva... autorizará la declaración de la necesidad de ocupación de los terrenos afectados por las obras de alumbramiento y de los caudales que hayan de ser alumbrados» y «el Ministerio de Obras Públicas declarará la necesidad de ocupación de los bienes afectados por las obras de alumbramiento que se produzcan dentro de la zona de reserva...» Este segundo precepto, pese a contener una alteración de la competencia general de la Ley, es susceptible de una interpretación racional, en cuanto parece que lo que pretende es atribuir al Ministerio de Obras Públicas la declaración de necesidad de la ocupación de bienes afectados por las obras de los alumbramientos exclusivamente. Pero el primero es casi incomprensible, porque no establece que la necesidad de ocupación debe hacerse por el Consejo de Ministros, sino que este «la autorizará», cosa innecesaria y que ya se comprende en la declaración concreta del interés público del art. 21, y que además nos deja sin saber a quién compete declarar esa necesidad de ocupación. Una más de las varias prescripciones extrañas de este Reglamento, que, según dijimos, debe interpretarse con extrema desconfianza pues contiene puntos de dudosa legalidad.

2.—Contenido del acuerdo

Sabemos que el fin de este acto es determinar singularmente los bienes afectados y la Ley prescribe que debe referirse a «los estrictamente indispensables para el fin de la expropiación», lo cual se opone a las extralimitaciones administrativas.

a) Respecto de las concesiones de aguas públicas.—En algunos casos, la expropiación habrá necesariamente de referirse a cada concesión globalmente y la limitación del art. 15 únicamente jugará respecto del número de concesiones que hayan de expropiarse y su situación y singular incompatibilidad con el aprovechamiento que determina la expropiación. Incompatibilidad por razón de emplazamiento excluyente (molinos, fábricas, puentes, saltos, etc., en el lugar donde debe situarse un embalse...) o por

tratarse de un aprovechamiento consuntivo (regantes inferiores en el caso de un pantano, de los arts. 182, 183...)

Pero en otros supuestos, cada concesión determina el aprovechamiento de un cierto caudal que por su volumen puede ser compatible con otro menor si ambos son consuntivos, o incluso mayor si uno es consuntivo y no el otro. (Ej. los arts. 182 y 183 y su prescripción accesoria de respetar los aprovechamientos de riego inferiores al pantano compatibles con él). En tales casos, la expropiación puede limitarse a ciertos derechos o limitaciones que determinen la preferencia sin necesidad de extenderse a la concesión como un todo.

En el caso de aprovechamientos consuntivos cobra mayor relieve el volumen del caudal; la necesidad de ocupar podrá quedar limitada a una parte del que ha de ser expropiado (v. gr. abastecimiento de poblaciones en relación con riegos). Asimismo pueden jugar otros factores para los que el art. 15 de la L. será adecuado temperamento; así, la determinación del caudal para abasto de poblaciones se realiza globalmente, en un número de litros por habitante, y puede darse el caso de que una concreción apresurada de las necesidades incluyera, en el caudal general afecto a una población, otros destinados a usos que deben objeto de concesiones o expropiaciones específicas (v. gr. agastecimientos de ferrocarriles, etc.) por tener tomas en la misma población.

b) Respecto a la expropiación de aguas privadas.—Son válidas para ellas en este aspecto las últimas consideraciones. Además, la especial naturaleza que en general tienen en Canarias (galerías o pozos de los que son titulares Comunidades o Heredamientos) sugiere otras precisiones.

Según vimos, la expropiación puede tener por objeto el manantial o el caudal, en todo o en parte, las participaciones o cuotas de los comuneros, las aguas del secuestro, los derechos singularmente otorgados por aquéllos o por la Comunidad...

De no concebirse la expropiación como medida sobre esas porciones o derechos, lo general será que se adopte en función de necesidades públicas respecto de caudal determinado y en ese caso la necesidad de ocupación lo limitará al volumen estrictamente indispensable para aquél fin, lo que puede llevar a expropiar un

caudal parcial o temporal de un manantial determinado en lugar de todo este.

En cuanto a las reservas de la Ley de 1962, la determinación se produce en función de la extensión territorial de la reserva.

3.—Intervención del expropiado

En realidad, ya nos hemos referido a ella al tratar del sujeto expropiado. Esta fase del procedimiento habrá de entenderse con los titulares que allí se mencionaron, de acuerdo con los arts. 15 y siguientes de la Ley y en especial los 26 y 27.

C) *Justiprecio*

1.—Problemas de procedimiento en el justiprecio.

Son solamente dos y de escaso alcance.

a) La formación de la pieza separada. Surge en relación con los Heredamientos o Comunidades. A tenor de los arts. 24 y 27 de la L. E. F., el expediente deberá ser único cuando afecte a la totalidad o parte alícuota del caudal o el patrimonio de la Comunidad.

b) La composición del Jurado. Los dos únicos detalles consisten en el funcionario técnico que debe intervenir según el art. 32 y si procederá la del representante de la Cámara Agraria o la C. N. S.

2.—La determinación del precio justo

En general, la Ley contiene un doble sistema de valoración: el legal, de los arts. 38 a 42 que prescriben una serie de criterios valorativos sobre diferentes bienes en los cuales el valor fiscal constituye solamente un dato. Y el subsidiario o de equidad del art. 43, que parece un criterio corrector aplicable por insuficiencia del anterior, pero que de hecho constituye el sistema general. Y será el único aplicable respecto de bienes no asimilables a los casos contenidos en aquellos. Viene a ser lo que ocurre con las aguas.

a) *Aguas Públicas*.—La Concesión es el objeto expropiable según vimos. En apariencia serían aplicables las normas valorativas del art. 41, regla 1.^a, que incluye las concesiones demaniales. Pero en el caso de las de aguas, aún prescindiendo de que exista

o no canon concesional, la remisión al art. 39 (relativo a las fincas rústicas), hace imposible el cálculo porque habría que considerar, como uno de los factores, el valor fiscal, elemento que falta porque las aguas no tributan (al menos, independientemente) por rústica ni por otro impuesto alguno directo. En consecuencia, la aplicación del art. 43 no será subsidiaria, sino inmediata.

b) Aguas Privadas.—Con ellas ocurre otro tanto, porque su dominio no puede asimilarse a ninguno de los bienes que la L. E. F. toma como módulos y ni siquiera cabe la analogía con las fincas rústicas.

c) Facultad de investigar o derecho de subsuelo.—Con mayor motivo será aquí aplicable el art. 43.

d) Los criterios de estimación.—Dicho artículo no consagra sin embargo un criterio discrecional, y así reiteradamente lo tiene dicho el Tribunal Supremo (entre otras, s. de 6 octubre de 1959). Aparte de que, formalmente, debe ser motivado, en lo sustancial debe tender a la fijación del valor real aplicando los criterios estimativos que se juzguen más adecuados; entre ellos, el pericial (singular de los técnicos de las partes y colectivo del Jurado), la comparación con otras valoraciones de objetos análogos, el análisis de los diferentes elementos patrimoniales del objeto expropiado suelen ser prevalentes en la jurisprudencia, siempre sobre la base de una aplicación lógica conectada a la realidad económica y suficientemente razonada y atendiendo a huir de dos extremos viciosos: de un lado, que la expropiación pueda convertirse en expolio para el expropiado y de otro, que llegue a constituir un lucro en perjuicio de la colectividad.

La aplicación de estos criterios a la materia de aguas, a través de una serie de ejemplos jurisprudenciales permite decir, en síntesis, que suele atenderse, ya al valor intrínseco del agua fijado pericialmente, ya al que demuestra su aprovechamiento hidroeléctrico, industrial, de riego, etc., según el tipo de aprovechamiento expropiado.

e) Problemas de justiprecio en Canarias.—Las principales cuestiones merecedoras de atención serían las de que la expropiación se refiera a un caudal de aguas, a todo un alumbramiento o

galería, a las participaciones en este. Los criterios de valoración serían susceptibles de distintos matices, así:

El caudal detráido a los comuneros (directamente o en proporción a la expropiación total) sería susceptible de una valoración en función del riego, ya de modo absoluto si dejaba reducida a secano una finca de regadío o proporcionalmente a la disminución de rendimiento en otro caso; salvo que se tratase de comuneros no regantes sino meros tenedores de agua, en que cabría una valoración comercial pero no desvinculada del anterior criterio.

Al caudal expropiado al patrimonio de la Comunidad serían aplicables uno ú otro de aquéllos criterios según los casos (destino a riegos o a arbitrar fondos sociales).

La facultad de investigar aguas en suelo propio (o derecho de subsuelo) tiene una valoración más problemática porque es difícil hallar un criterio verdaderamente objetivo; tanto puede tener (singularmente considerado) un valor negativo (no se hallan aguas) como imprescindible para la captación; tanto puede ser cifrado en un porcentaje del valor del suelo como del agua.

Las dificultades no se alteran por la consideración global de la reserva en la nueva Ley de 1962; pero acaso en este régimen la aplicación de un porcentaje sobre los volúmenes totales que se presumen alumbrables según los estudios previos repartidos proporcionalmente a las superficies afectadas pudiera ser un punto de partida. Claro está que si la Administración espera a los alumbramientos según el art. 26 acaso pudiera utilizar el criterio de indemnizar solamente a los propietarios del suelo bajo el cual se originó la vena de agua... Las hipótesis pueden ser numerosas.

f) Los perjuicios y daños.— Criterio general es que «el dueño debe ser indemnizado de la totalidad de los bienes que pierde al ser expropiado y la totalidad de los daños que de la expropiación se deriven» (S. 19 enero 1960). Pero han de ser ciertos, actuales y concretos, no hipotéticos, eventuales o conjeturables (S. S. de 3 y 13 marzo de 1958, 23 febrero y 27 junio 1959). Es necesario acreditar la existencia real y positiva (S. 17 octubre 1955).

En cuanto a supuestos concretos en la materia, la S. de 13 marzo 1958 dice que deben indemnizarse los perjuicios que se causen a una finca, que, como consecuencia de una expropiación de aguas, se convierte de regadío en secano. En otra de la misma

fecha se rechaza esta indemnización en un caso de disminución de abrevadero por estimar que hay en la finca otros veneros de agua, sin haberse acreditado que sean insuficientes para la aguada del ganado.

D) *El procedimiento en las requisas.*

1.—Autoridad competente.

Ni el art. 120 de la L. E. F. ni el 162 de la L. A. la determinan. El criterio doctrinal es, que tratándose de una de las facultades de la llamada policía general, corresponderá a Autoridades de este carácter: Gobernador Civil y Alcalde. En la primera lo concreta el art. 33-2 del Decreto de 10 octubre de 1958 y, con rango legal, el 168 de la Ley de Aguas. En el Gobernador Civil concurre la doble competencia de Autoridad que ejerce el Poder de Policía General y representante de la Administración Central a efectos de Expropiación Forzosa.

2.—Beneficiario.

Esta medida puede atribuir el carácter de beneficiario a quien previamente no lo había solicitado, como es común en los casos de estado de necesidad. Su consecuencia es el deber de indemnizar (en este sentido, arts. 56, 120 a 123 L. A.). Pero parece que este deber no debe alcanzar a todos los que se benefician personalmente, sino a los que lo hagan patrimonialmente y de modo concreto e inmediato de las requisas efectuadas sobre otros bienes o derechos.

3.—Procedimiento.

Su característica general es la de actuarse sin procedimiento formal alguno; («sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley» 6 a. 120 L. E. F.) «Disponer instantáneamente y sin tramitación ni indemnización previa, pero con sujeción a Ordenanzas y Reglamentos...» (a. 162 L. A.)

Esta sujeción a Ordenanzas no puede evidentemente referirse a las formas del procedimiento; sin duda la prescripción tiene más bien el carácter de una norma de acción material para evitar abusos y cabe concebirla como referida a las reglas de acción propias

del servicio y la calamidad o situación a que atiende (v. gr. normas de actuación del Cuerpo de Bomberos, modo de tomar el agua en los puntos establecidos como bocas de incendio...) De todos modos, en los casos más graves las medidas adquirirán máxima discrecionalidad, solamente atemperada por los dictados racionales de la actuación material o técnica.

Sin embargo, en la gama de situaciones las hay de mayor y menor urgencia; para estas últimas, la adecuación a Ordenanzas y Reglamentos supondrá una auténtica limitación formal que las distingue de una vía de hecho ilícita; por lo menos, cabrá exigir en muchos casos la adopción motivada del acuerdo aunque la tramitación se reduzca a una sumaria constancia de hechos, según la mayor o menor urgencia. Este sería el criterio aplicable a los casos del art. 168 L. A. (agua para el abastecimiento de poblaciones en casos de extraordinaria sequía) puesto que la urgencia no es inmediata; el propio precepto exige que se oiga a la Comisión Provincial (hoy, a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos).

4.—La indemnización.

La prescripción del art. 162 L. A., «si las aguas fuesen públicas no habrá lugar a indemnización, mas si tuviesen aplicación industrial o agrícola o fuesen de dominio particular y con su distracción se hubiese causado un perjuicio irreparable, será éste indemnizado inmediatamente» no debe ser entendida en el sentido de que los aprovechamientos de aguas públicas no sean indemnizables; lo serán las privadas y los perjuicios causados a dichos aprovechamientos.

El 168 prescribe indemnización al particular sin distinguir si es propietario de aguas privadas o concesionario de un aprovechamiento de aguas públicas.

Cabe entender vigente la prescripción de indemnización inmediata de ambos, sin perjuicio de que, por falta de acuerdo, sea necesario pasar al procedimiento de valoración.

5.—Fijación del justiprecio.

El criterio debe ser el valor objetivo del daño, como en la Expropiación ordinaria.

El procedimiento, en las requisas civiles, se presenta bastante dudoso.

El art. 120 de la L. E. F. incluido sistemáticamente en el capítulo relativo a «La indemnización por otros daños», remite a los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles. Los arts. 133 y 134 del Reglamento arbitran un procedimiento especial aplicable a todos los casos de indemnización por daños legítimos de la Administración, con expresa referencia a los arts. 120 y 121 de la Ley. Claro que este es un procedimiento concebido para los daños en general, condicionado por la reclamación previa del particular afectado y con resolución final por la propia Administración, en la cual se contiene el justiprecio. No hay intervención del Jurado de Expropiación; no se concibe para la existencia de un beneficiario a cuyo cargo queda la indemnización; no se otorga la posibilidad del acuerdo previo entre expropiante y expropiado.

Sin embargo, ya hemos hecho notar repetidamente cómo la requisas es propiamente una expropiación especial legitimada por el estado de necesidad y por ello existe mayor similitud con el procedimiento indemnizatorio de esta que con el de los daños. En materia de aguas, en que los arts. 162 y 168 de la L. A. se limitan a hacer referencia a la indemnización inmediata, sobre que ello se vería forzosamente dilatado por el procedimiento aludido, es de resaltar que generalmente existe un beneficiario o una persona favorecida por la medida. Resulta a todas luces necesario y conveniente otorgar la posibilidad de un previo acuerdo en la indemnización.

Parece que, pese a la expresa prescripción del art. 133 del Reglamento, no podrá ser este el procedimiento aplicable sino los de la ocupación temporal que mejor se adapten a estas situaciones, tal como los 110, 112, 114 L. E. F., los cuales permiten el pago inmediato previa tasación por la Administración, el convenio previo sobre su importe y la intervención del Jurado de Expropiación caso de discrepancia, sin perjuicio de la desposesión del bien.

La interpretación no es arbitraria, porque los arts. 133 y 134 del Reglamento por su rango normativo deben supeditarse a los de la Ley y la remisión a los preceptos de la ocupación temporal se verifica en el art. 120 de ésta.

6.—Criterios de valoración.

Dada la naturaleza de estas medidas, su objeto es un caudal de aguas, destinado al consumo. Procede, pues, indemnizar su valor y los perjuicios causados. Los problemas que pueden plantearse se referirán a si a las aguas ha de atribuirse el precio de mercado o el de su valor agrícola; respecto del primero, si sería el del mercado en el momento de adoptar la medida o el medio anual (teniendo en cuenta que la sequía, causa que determina la requisa, puede llevar consigo un sobreprecio de especulación en ese momento); si habría de referirse al precio del mercado de riegos o a la tarifa del servicio público de abastecimiento, teniendo sin embargo en cuenta, en el segundo caso, que esta tarifa engloba los gastos generales de organización y explotación del servicio.

7.—Imposición de condiciones o cargas al beneficiario.

Resulta posible que la Autoridad que acuerda la requisa pueda imponerlas ya que la utilidad pública es de apreciación inmediata y discrecional de la misma y engloba precisamente el fin o destino de las aguas requisadas. Además, pueden a su vez ser consecuencia de la propia naturaleza y fin de la institución: «medidas necesarias para contener o evitar el daño» (162 L. A.)

Esas condiciones o cargas pueden consistir en limitaciones del gasto (globales, temporales, incluso discriminatorias...), determinación de destino o uso del agua, regulación de la distribución; etc., etc.

V

INFRACCIONES EN MATERIA DE AGUAS

por JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN

Conviene delimitar el concepto de infracción para encajarlo dentro del ámbito en que pretende desenvolverse este trabajo, pues su consideración en sentido amplio desbordaría, como es lógico, el contenido, al que, por la enunciación del tema debe circunscribirse.

Partiendo del concepto genérico de la infracción, como el quebrantamiento del ordenamiento jurídico realizado por un acto voluntario del hombre y prescindiendo, por otro lado, de la infracción de normas o imperativos morales o éticos, podemos considerar la infracción que vamos a tratar, como «el quebrantamiento de las normas jurídicas que regulan las aguas en Canarias».

Pero todavía conviene una segunda delimitación, pues no interesa a nuestros fines, incluir dentro del concepto de infracción, todas las vulneraciones del ordenamiento jurídico, sino solamente aquellas que suponen oposición a una obligación impuesta por la ley y cuyo incumplimiento lleva aparejada una sanción.

Las obligaciones impuestas por la ley en esta materia, están recogidas en diversos campos de los que constituyen el total ordenamiento jurídico y así, tanto en el campo del Derecho civil, como en el del Derecho Administrativo o en el del Derecho penal, se contienen preceptos relativos a las Aguas, regulando jurídicamente los derechos que sobre ellas pueden ejercitarse.

Ante esta vasta panorámica vamos a seguir un orden en el análisis de los diversos supuestos que pueden plantearse, estudiando; 1.º—Infracciones de las disposiciones del Código Civil en materia de Aguas, 2.º—Infracciones de las normas del Derecho Administrativo; y 3.º—Infracciones penales.

1.—Infracciones de las disposiciones del Código Civil en materia de Aguas.

No vamos a analizar todos los supuestos que el Código Civil dedica a la regulación de las Aguas, sino solamente aquellos que por sus características pueden ser aplicables a la especial naturaleza de las aguas canarias.

El alumbramiento de aguas subterráneas es la principal fuente de todas, o por lo menos la mayoría, de las que existen en el Archipiélago. Las disposiciones que el Código Civil dedica a las aguas subterráneas, son escasas, artículos 417, 418 y 419, y en ellos se hace una clara alusión a la naturaleza administrativa de las normas que regulan la investigación de las mismas y una remisión expresa a la Ley de Aguas, en orden a la determinación de su propiedad.

Pero una vez alumbradas se sacan a la superficie para ser distribuidas a los propietarios por medio de acequias y canales, con lo cual dejan de ser subterráneas. Como es lógico los canales de distribución son obra de la mano del hombre y por ello no tienen la consideración de cauces naturales, no pudiendo aplicarse en este punto las disposiciones del Código Civil respecto de las obligaciones que pesan sobre los dueños de los predios que encierran los cauces naturales de las aguas y las sanciones que su incumplimiento lleva aparejado. Asimismo las obligaciones derivadas del paso de canales por predios de propiedad particular y los derechos y obligaciones que surgen de la servidumbre de acueducto, en cuanto no establecen una sanción para el caso de incumplimiento, no encajan dentro del contenido específico del tema.

Sin embargo creemos que existe un supuesto en el que puede hablarse de una sanción por quebrantamiento de los derechos derivados de la servidumbre de acueducto. Se hace referencia a él en el artículo 558 párrafo tercero del Código Civil, en relación con el artículo 88 de la Ley de Aguas, al imponer la obligación de indemnizar daños y perjuicios por los desperfectos que se causen con motivo del establecimiento de la servidumbre de acueducto. La sanción puede hacerse efectiva al amparo de este artículo o bien dentro del campo de la culpa extracontractual, que regulan los artículos 1902 y siguientes.

No encontramos, en relación con las aguas canarias, ningún otro precepto que establezca sanción semejante para el caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas.

2.—Infracciones de las normas del Derecho Administrativo.

Antes de examinar concretamente las infracciones que puedan existir en esta esfera del derecho público, creemos necesario unas consideraciones de tipo general sobre la justificación de la intervención del Estado en esta materia, teniendo en cuenta sus especiales características y el ámbito privado en que se desenvuelven las aguas canarias.

Las relaciones económicas derivadas de la libre contratación y ejercicio de los derechos, constituyen, o por lo menos han venido constituyendo la fuente principal de producción de bienes y servicios.

En un principio el poder público se mantuvo al margen de estas relaciones, pero el intervencionismo estatal se va haciendo cada vez más ineludible ante la complejidad de las mismas. Es necesario intervenir en su desenvolvimiento con el fin de encauzarlas y evitar que su libre desarrollo sea causa de desequilibrios en toda de la comunidad. Este desequilibrio, en el caso de que llegue a agudizarse, puede ocasionar un serio trastorno para la estabilidad y el orden que es necesario mantener en la sociedad.

La Administración no puede desentenderse de este problema y se impone como obligación primordial el mantenimiento de ese tipo de equilibrio que ha dado en llamarse, orden público.

Este orden público ha sido definido por M. Malaurie como, «el pequeño haz de marcos fundamentales sobre los que descansa la sociedad, su basamento elemental». Concretando mas esta definición y ahondando en la investigación y análisis de esos marcos fundamentales, el autor citado, los identifica con la moral, la política y lo económico.

Por tanto uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el orden público, es el orden económico, a cuyo mantenimiento deben contribuir los organismos de la Administración del Estado con los medios que estimen mas convenientes. Uno de estos medios es, la limitación de la libertad contractual, hasta tal

punto que ha llevado a decir a un autor que el orden público económico es, la antítesis de la libertad contractual.

Hace notar Gerard Farjat, que el orden público no es una noción legal establecida por el legislador. Esta afirmación tiene indudable importancia ya que para poner en movimiento los principios de orden público y corregir los defectos que de su violación puedan derivarse, no es necesario que los órganos encargados del mantenimiento del orden jurídico, tengan que aplicar preceptos legales, pues no hay inconveniente en que el juez, pueda fundamentar la existencia de la violación del orden público, en principios que no están contenidos en normas jurídicas escritas y que están por encima de ellas.

El Estado puede intervenir en el orden público económico de dos maneras, dictando normas que marquen las directrices de la actividad económica privada, o bien protegiendo aquellas actividades que considera preferentes y más beneficiosas para toda la comunidad.

La intervención del Estado en la actividad económica de los entes públicos se hace de una forma directa e inmediata, pero cuando el intervencionismo estatal invade la esfera de actividad privada, ante la imposibilidad de una inmisión directa en su vida y funcionamiento, tiene que arbitrar otros medios para lograr su efectividad. El Estado no puede permanecer impasible ante la vulneración de estas normas y para ello utiliza el mecanismo de la sanción, aun cuando la infracción de las normas no trascienda del campo administrativo.

Los principios liberales contrarios a la intervención del Estado en la actividad económica privada, han sido superados por la repercusión e interconexión, cada vez mayor, entre las esferas públicas y privadas. Solamente se discute en que forma y de que manera esta intervención puede realizarse, la justificación de la misma, está por encima de toda polémica.

Según Demichel, el Estado puede ejercer tres clases o modalidades de control sobre los organismos privados; a) el control que se deriva de la aplicación de las leyes; b) control sobre los organismos de interés general; c) control de los organismos que tienen relaciones financieras con el Estado.

Examinemos de que modo se manifiestan estas modalidades

de control, en las normas administrativas que regulan las Aguas canarias; Ley de 24 de Diciembre de 1962, sobre aprovechamientos de aguas y auxilios a los mismos en Canarias; Reglamento para la ejecución de la Ley de 24 de Diciembre de 1962, sobre aprovechamientos de aguas y auxilios a los mismos en Canarias de 15 de Enero de 1965, así como las disposiciones de carácter general de la Ley de Aguas de 13 de Junio de 1879 y del Reglamento de Policía de Aguas y sus cauces de 14 de Noviembre de 1958.

A) *Control que se deriva de la aplicación de las leyes*

I.—*Disposiciones relativas a la regulación de las condiciones, distancias, plazos y trazado, de las obras para investigar aguas subterráneas.*

La concesión de la autorización necesaria para investigar aguas exige la presentación de un plano con la determinación de la longitud y rumbo de las galerías. Asimismo, para evitar posibles controversias jurídicas, sobre el ejercicio del derecho de investigación, es necesario presentar los títulos de propiedad de los terrenos por debajo de los cuales han de pasar la galería o bien autorización de los propietarios de dichos terrenos.

Cumplidos estos requisitos previos, teniendo en cuenta las características de esta clase de obras, la vigilancia de la Administración no puede detenerse en este punto, pues debe ejercitarse a lo largo de la realización de las mismas, para que estas sigan los rumbos trazados y evitar los perjuicios que puedan derivarse de la infracción de estas normas, para otros alumbramientos ya realizados o en vías de realización, y que también cuenten con el respaldo administrativo.

El artículo 6 del Reglamento de 14 de Enero de 1.965, introduce variaciones en la norma general del artículo 24 de la ley de Aguas, respecto de las distancias mínimas que deben guardar entre si las galerías, pudiendo incrementarse estas en la medida que se determine la zona real de influencia sensible del pozo, socavón o galería. Para establecer estas variaciones es necesario un informe del Distrito Minero y de la Comisaría de Aguas.

La concesión de la autorización administrativa y la legitimación que supone para su titular de todos los actos que realice siguiendo las condiciones técnicas que le señalan, impone, a los or-

ganismos encargados de concederla, la obligación de adoptar todas las garantías necesarias, para evitar que la autorización constituya una patente que permita irrumpir impunemente en caudales pertenecientes a otros titulares. Se necesita además la coincidencia de los informes técnicos emitidos por el Distrito Minero y la Comisaría de Aguas. En el caso de discrepancia compete a la Comisaría de Aguas otorgar la autorización solicitada, pero como garantía el peticionario tendrá que prestar la fianza que determine la Comisaría, para responder de los perjuicios que puedan originarse a los aprovechamientos preexistentes.

Como veremos más adelante, la existencia de una previa autorización administrativa tiene una decisiva influencia en la posible existencia de alguna de las figuras delictivas que estudiaremos en la parte correspondiente a las infracciones penales, concretamente del delito de usurpación.

II.—*Facultades de la Administración para vigilar el cumplimiento de las condiciones de la autorización.*

A la Administración compete, en primer lugar, la obligación de hacer cumplir los términos de la autorización. Para vigilar su cumplimiento dispone de los Servicios de Guardería de la Comisaría de Aguas. El conocimiento de las infracciones que se cometan puede llegar a la Administración por la vía de sus propios servicios de vigilancia o bien a través de las denuncias de los particulares.

Cuando la denuncia procede de los particulares la Administración exige al denunciante la constitución de un depósito previo cuya cuantía se señalará por la Comisaría de Aguas. La exigencia de esta fianza parece conveniente en una materia tan complicada como la presente y teniendo en cuenta lo costoso de las medidas de comprobación y los perjuicios que de ellas pueden derivarse para los demás aprovechamientos.

Además de esta denuncia administrativa puede existir la denuncia ante un órgano jurisdiccional, ante el que no es necesario prestar ninguna clase de fianza. El juez al tramitar el sumario ordenaría a los servicios técnicos la comprobación de los hechos relatados en la denuncia. Ahora bien, no conviene olvidar que la denuncia presentada ante el órgano jurisdiccional exige una imputación concreta y definida a una persona o entidad de los he-

chos denunciados, pues estimamos que dada la conexión de los problemas jurídicos debatidos con el derecho civil y administrativo, una denuncia genérica de simple «notitia criminis», difícilmente podrá prosperar. Por otro lado las responsabilidades en que incurre el que impute falsamente hechos que den lugar a procedimientos sumariales, puede alejar de muchos la tentación de elegir el fácil camino de la vía penal para perseguir esta clase de hechos.

III.—*Medidas que puede adoptar la Administración, en el caso de que se incumplan los términos de la autorización.*

La medida que se adopta en el caso de infracción de los términos de la autorización es la de suspensión de las obras. La Ley de Aguas, aplicable en este punto a Canarias, en su artículo 23, decreta la suspensión de las obras, cuando la variación o desviación de los límites autorizados, amenazare peligro de distracción o merma de aguas públicas o privadas.

El Alcalde, para adoptar esta medida, debe proceder de oficio cuando se trate de aguas públicas, o a instancia de parte interesada cuando se trate de aguas privadas. Esta facultad concedida a los Alcaldes parece estar reducida a los supuestos en que la obra perturbadora se realiza por una persona o entidad que no está amparada por la pertinente autorización administrativa, pues en el caso de que el perjuicio se derive de una obra legítimamente autorizada, entrarían en juego las disposiciones del Reglamento de 14 de Enero de 1.965, para las aguas canarias. El fundamento legal de la facultad concedida a los Alcaldes, está recogido en el artículo 117 de la Ley de Régimen Local y provienen de la condición de Delegado del Gobierno que el Alcalde ostenta en el término municipal.

La resolución del Alcalde revestirá la forma de providencia que será recurrible dentro del término que marca la Ley ante el Gobernador Civil de la Provincia. El gobernador, previa audiencia de los interesados y reconocimiento y dictámen pericial, dictará la resolución que proceda. El plazo para recurrir, según el artículo 251 de la Ley de Aguas es de quince días. La resolución del gobernador no agota la vía gubernativa pues puede acudirse ante el Ministerio de Obras Públicas, en el término de un mes contado desde la notificación administrativa en forma. Agotada esta vía cabe el recurso contencioso-administrativo.

La ley de Aguas no establece el procedimiento que debe se-

guirse para dictar estas resoluciones por lo que será de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo y en cuanto a la efectividad del acuerdo habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 101 de dicha ley, que establece que los actos y acuerdos de las autoridades y organismos de la Administración del Estado serán inmediatamente ejecutivos. Siguiendo las normas de la citada Ley, la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pudiendo únicamente suspenderse cuando cause perjuicios irreparables.

Al margen de esta medida administrativa, el Reglamento de Policía de Aguas prevee esta conducta como contravención grave y, como veremos en su momento, impone la correspondiente sanción.

La reiterada desobediencia a las órdenes de suspensión, hechas por el Alcalde, puede llegar a constituir un delito de desobediencia o bien una simple contravención grave del Reglamento de Policía de Aguas.

No cabe alegar, para evitar las consecuencias jurídicas que hemos examinado, que el titular de las obras que invaden los aprovechamientos preexistentes sea un mero perturbador de la posesión y que por tanto debe reaccionarse contra el mismo con los medios que establece el derecho privado para la protección posesoria, pues el artículo 252 de la Ley de Aguas establece de forma taxativa que, contra las providencias de la Administración dictadas dentro del círculo de sus atribuciones en materia de Aguas, no se admitirán interdictos por los Tribunales de Justicia.

Los conflictos jurisdiccionales que pudieran surgir en esta materia deberán ser resueltos, con arreglo a la legislación vigente, en favor de la Administración.

B) *El control sobre los organismos de interés general.*

El Estado puede intervenir directamente en la vigilancia y funcionamiento de los organismos a quienes confía la gestión de intereses de carácter general.

El control de las comunidades de Aguas, dada la forma privada con que se constituyen, se ejercita, por un lado, a través de la aplicación de las leyes, y, por otro, mediante normas intervencionistas.

Con relación a las comunidades de Aguas canarias no existe intervención en la gestión y administración de los intereses de los propietarios de aguas que forman la comunidad.

La realidad presente de las comunidades canarias no ofrece ninguna aspecto que permita afirmar que el Estado interviene en la vida y funcionamiento de las mismas.

Quizá forzando extensivamente la interpretación del epígrafe que estamos examinando, podemos incluir dentro del mismo, las medidas que la Administración puede adoptar en la fase de distribución de las aguas cuando razones de interés general hagan necesario sacrificar a éste, los intereses particulares. El control, en este caso, no recae sobre la vida y funcionamiento de las comunidades, sino sobre el producto de su actividad. Ahora bien, es indudable que la medida tiene un claro carácter controlador, como se desprende del artículo 33 del Decreto de 10 de Octubre de 1.958, en el que se regulan las atribuciones y deberes de los Gobernadores Civiles; según el mencionado precepto: «Corresponderá a los Gobernadores Civiles el ejercicio de las facultades que en materia de propiedades especiales les confiere la legislación vigente, con la finalidad de protegerlas, evitando los abusos y encaminando su disfrute a los fines sociales, culturales y económicos a que están destinadas». Como se desprende del texto transcrito, existen en él los elementos que configuran el control estatal sobre el funcionamiento de determinados organismos, y así vemos, que la actividad estatal en esta materia está encaminada a proteger, evitar abusos y encaminar su disfrute, con el fin de que los intereses sociales, culturales y económicos predominen sobre los particulares.

Como ampliación de esas facultades enunciadas, el segundo párrafo del artículo mencionado concede a los Gobernadores Civiles la facultad de acordar la requisa de las aguas privadas que sean necesarias para el abastecimiento de poblaciones, mediante la consiguiente indemnización. Esta facultad aparece matizada en la Ley de Aguas, artículo 168, que la condiciona a la existencia de una grave sequía y previa audiencia a la Comisión Provincial de Servicios Técnicos.

Sin entrar en el análisis de su naturaleza jurídica, creemos que la requisa encaja dentro de las medidas de control que el Estado ejerce sobre la actividad de las comunidades de aguas en cuanto

que el objeto sobre que recae, las aguas, afecta directamente al interés colectivo.

Este interés es indiscutible cuando se refiere al abastecimiento a las poblaciones.

La requisa pende como un elemento coactivo sobre las comunidades de aguas privadas. Cumplidas las condiciones externas, en este caso climatológicas, que facultan a la autoridad para acordarla, las comunidades pueden, mediante un acto voluntario, evitarla, proporcionando los caudales que se estimen necesarios para remediar la situación planteada. La requisa, por tanto, puede ser considerada como la sanción que el Estado impone a los particulares por su falta de cooperación a los fines sociales económicos que debe prestar la propiedad privada y con mayor motivo las llamadas propiedades especiales. La indemnización que la Administración debe pagar por las aguas requisadas no es obstáculo, a mi modo de ver, para considerar esta medida como una auténtica sanción, pues el precio que se fije difícilmente compensará los que podrían obtenerse en el libre comercio de las aguas.

Como hemos visto la intervención estatal en la actividad de las comunidades es muy remota y solo se manifiesta en la fase de administración y disfrute de las aguas ya alumbradas.

Del examen de la actividad de las comunidades canarias no se desprende la existencia actual de otras situaciones que nos permitan hablar de un control estatal en el funcionamiento de las mismas. Sin embargo las disposiciones especiales que regulan las aguas canarias contemplan otros supuestos que pueden presentarse en el futuro y que encuentran acogida en los preceptos que desarrollan las mencionadas disposiciones.

El Reglamento de 14 de Enero de 1.965, en el capítulo II, trata de las reservas de caudales de aguas subterráneas en favor del Estado. La reserva sólo puede hacerse sobre aguas no alumbradas y debe localizarse en zonas en que exista escasez de aguas o necesidades importantes que hagan insuficientes las que existan y tiene por finalidad satisfacer las necesidades derivadas del abastecimiento de aguas a poblaciones, riegos y abastecimientos industriales.

Las aguas así alumbradas tienen el carácter de públicas y sirven a fines de interés general que el Estado no puede abandonar a la libre gestión de los particulares.

Una vez que se cumplan todos los trámites administrativos que previenen los artículos 21 y siguientes del citado Reglamento y conocidos los volúmenes alumbrados, la Administración puede explotar directamente las aguas o bien otorgarlas por medio de concesión a los particulares.

Si se adopta la segunda solución nos encontramos con una entidad o empresa, el concesionario, que va desarrollar actividades cuyo interés general es indudable.

El control de la Administración en este caso es inmediato y directo, imponiendo las condiciones y cláusulas en que ha de desenvolverse la concesión. Pero la Administración no es un mero vigilante del cumplimiento de las condiciones impuestas, imponiendo su realización coactiva, sino que utiliza además la facultad sancionadora cuando se quebrantan las condiciones y términos de la concesión.

La consecuencia natural del incumplimiento de las condiciones de la concesión es la caducidad de la misma, pero al lado de esta solución extrema, que supone la extinción de los vínculos que unían al concesionario con la Administración, existen otros supuestos de infracción que dejan subsistente la concesión.

El Reglamento de Policía de Aguas y sus cauces, castiga en el artículo 33, como contravención grave, el incumplimiento de las condiciones impuestas en las concesiones administrativas de aguas, siempre que no den lugar a la caducidad de las mismas.

Las necesidades futuras cada vez más acuciante, sobre todo en relación con el abastecimiento de poblaciones, harán necesaria la utilización de la facultad de establecer reservas de caudales y planteará una serie de supuestos de hecho en íntima conexión con todo lo que hemos expuesto.

C) *Control de los organismos que tienen relaciones financieras con el Estado.*

Pudiera parecer ocioso tratar de las relaciones financieras de las comunidades de Aguas canarias con el Estado, pues en la realidad presente esta relación resulta desconocida. Sin embargo el Reglamento de 14 de Enero de 1.965, en su capítulo IV, al desarrollar el régimen de auxilios que estableció la Ley de 24 de Diciem-

bre de 1.962, contempla uno de los supuestos de control estatal que encaja perfectamente dentro del epígrafe que encabeza este apartado.

De las tres secciones que contiene el Capítulo IV del Reglamento citado, la tercera se refiere a la ejecución por los particulares de obras de captación, regulando las condiciones en que el Estado concede las ayudas y la intervención de éste en el funcionamiento de los organismos privados que reciben su ayuda financiera.

¿Qué facultades se reserva la Administración a cambio de esta ayuda?

En primer lugar la de intervenir en la fijación de las tarifas de explotación de las aguas que se alumbren con la ayuda financiera del Estado. El organismo encargado de la fijación de las tarifas es el Ministerio de Obras Públicas.

La facultad de fijar las tarifas se reconoce de una manera expresa en el apartado d) del artículo 4.º de la Ley de 24 de Diciembre de 1962. En dicho apartado se refiere a la posibilidad de que los Cabildos Insulares concierten con los particulares y entidades a las que se haya concedido aprovechamiento de aguas públicas, la transferencia de las concesiones para subrogarse en las concesiones y ejecutar a su cargo las obras correspondientes. La aportación económica que el Cabildo efectúa se reintegrará por medio de las tarifas de riego que sean fijadas por el Ministerio de Obras Públicas. Hacemos notar que este artículo se está refiriendo a aguas públicas.

En relación con las aguas privadas que alumbren los interesados con la ayuda financiera del Estado, la facultad de fijar las tarifas de explotación, aparece aludida indirectamente en el artículo 49.2 del Reglamento de 14 de Enero de 1.965. Según este precepto, cuando la Administración, en el caso de incumplimiento de las condiciones y plazos de devolución de la ayuda financiera, se incauta de las obras, podrá explotarlas sin más limitaciones que las impuestas por las leyes y el respeto a las tarifas máximas aprobadas.

Como ya hemos visto, en el precepto transcrito, se establece la incautación de la explotación, como sanción por el incumplimiento de los plazos y condiciones de la devolución del anticipo realizado por la Administración. La incautación durará solamente el tiempo necesario para recaudar las cantidades adeudadas me-

diante la explotación directa de las aguas. El control de la Administración, es, como vemos, muy riguroso y hace escasamente atractivos para los particulares, los beneficios que del auxilio económico puedan derivarse.

El Estado impone además otras dos condiciones para conceder la ayuda financiera solicitada; en primer lugar que en las entidades que lo solicitan no se dediquen a la venta de las aguas, y como consecuencia de ella que adscriban el agua a la tierra.

La infracción de cualquiera de estas normas encuentra adecuada sanción, además de en las medidas ya analizadas, en los preceptos del Reglamento de Policía de Aguas.

3.º—**Infracciones penales**

En este epígrafe trataremos de todos aquellos supuestos en los que el legislador contempla determinados tipos o figuras que describen un hacer u omitir que en el caso de poderse imputar a una persona llevan aparejada una sanción.

Estos tipos o figuras a las que aludimos están contenidas tanto dentro de preceptos administrativos como de preceptos penales. Se caracterizan porque el actuar activo u omisivo del sujeto se contempla por el legislador independientemente y al margen del incumplimiento de deberes contractuales.

Como tendremos ocasión de examinar, muchas de estas figuras han sido contempladas por el legislador desde un doble campo, penal y administrativo. Esta afirmación exige que hagamos un breve estudio del debatido problema de la duplicidad de sanciones derivada de esta política legislativa.

Es imposible, dada la complejidad y trascendencia del tema, tratar con profundidad y detenimiento el tema de la compatibilidad entre la facultad sancionadora de la Administración y la potestad punitiva del Estado, encomendada a los órganos jurisdiccionales. Vamos a analizar por tanto someramente la justificación de la facultad sancionadora de la Administración y los problemas que plantea la coincidencia sobre una misma acción de preceptos penales y administrativos.

Las normas administrativas van destinadas en general a los que la técnica específica del derecho administrativo ha dado en

llamar «administrados». Con mayor precisión podemos distinguir dentro del concepto «administrados», por un lado, aquellos que están unidos a la Administración por vínculos de especial subordinación o sumisión, como los funcionarios, y por otro lado aquellos que solamente tienen deberes genéricos respecto del Estado, derivados únicamente de su condición de ciudadanos.

Todas las normas se dictan para ser cumplidas, y las normas administrativas no son una excepción a este designio. Su cumplimiento incumbe a aquellos a que van destinadas. El cumplimiento puede ser voluntario o coactivo. La Administración dispone de suficientes resortes para conminar al administrado al cumplimiento de las obligaciones legales o de las que se han contraído voluntariamente con la Administración. Si el elemento coactivo que toda norma lleva consigo y que es la sanción, logra el efecto deseado, no será necesario poner en marcha los medios represivos, pero en caso contrario la Administración no puede contemplar impasible el incumplimiento de sus disposiciones y tiene que acudir a su potestad sancionadora para conseguir una reparación de los efectos del incumplimiento.

Cuando la Administración pone en movimiento su mecánica represiva para cartigar las infracciones de sus normas que hayan cometido los funcionarios que a ella están vinculados, nos encontramos ante la potestad disciplinaria, en el caso de que la reacción se dirija contra los ciudadanos en general, ante la potestad sancionadora.

Sin embargo para un sector doctrinal, entre el que incluimos a Montoro Puerto,¹ la potestad sancionadora de la Administración es algo conjunto que comprende todos aquellos supuestos distintos en los que la Administración actúa mediante el ejercicio de la actividad represiva sin que sea viable admitir distinción entre la potestad sancionadora y la potestad disciplinaria.

Entendemos que es más exacta la postura de Garrido Falla, al establecer distinción entre la potestad sancionadora y la potestad disciplinaria y sobre todo al fijar los puntos de coincidencia entre

¹ Montoro Puerto, Miguel.—La infracción Administrativa. Características, manifestaciones y sanción.—Pág. 331.—Ediciones Nauta S. A.

la potestad sancionadora de la Administración y la potestad punitiva atribuída a los Tribunales de Justicia. Su fundamento común radica en la misión de asegurar el cumplimiento de los deberes genéricos de los individuos frente al Estado.¹

Dejando a un lado la potestad disciplinaria que ninguna relación guarda con el tema que estamos desarrollando, vamos a fijarnos únicamente en la potestad sancionadora y los problemas doctrinales que plantea su distinción frente a la potestad punitiva.

Como ya indicamos su finalidad primaria es común, asegurar el cumplimiento de las obligaciones genéricas que los individuos tienen frente al Estado, es necesario, por tanto, analizar la naturaleza de esas obligaciones genéricas para encontrar los puntos diferenciadores.

El individuo obra en primer lugar por imperativos éticos y morales que le impulsan a actuar de conformidad con las obligaciones y deberes que imponen esos principios fundamentales. Además de estas obligaciones existen otras derivadas de las normas jurídicas que dicta el Estado, atendiendo a la protección del orden constituido.

El Estado basándose en estos dos principios, el orden moral y el orden social, dictará las normas cuyo incumplimiento lleva aparejado la utilización de la potestad punitiva. Estas normas están reforzadas por la intimidación que supone la sanción grave que establece para el caso de su quebrantamiento, por su finalidad y por la gravedad de su infracción, estas normas deben ser protegidas por el ordenamiento penal encomendando su efectividad a los Tribunales de Justicia.

Si aplicásemos estrictamente estos principios y solo pudiésemos sancionar al amparo de las normas que reúnan los caracteres descritos, quedarían muchas zonas del ordenamiento jurídico sin la protección adecuada, entre ellas el campo estrictamente administrativo, y, como es lógico, la Administración no puede asistir indiferente a la vulneración de sus normas por los obligados a respetarlas.

¹ Garrido Falla, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II. Instituto de Estudios Políticos.—Madrid 1.960.—Pág. 181.

Para lograr la armonía y claridad necesarias en el ejercicio de la potestad sancionadora, el Estado debe incluir todas aquellas figuras que tiendan a la tutela inmediata del orden moral y social dentro del ordenamiento penal, y reservar para la Policía Administrativa la sanción del incumplimiento de las obligaciones impuestas para realizar los fines de la Administración pública.

Por tanto la distinción entre potestad punitiva y facultad sancionadora, según la naturaleza de las normas infringidas, es de tipo cuantitativo. En este punto seguimos la distinción clásica de delitos y contravenciones, según la mayor o menor trascendencia de los intereses protegidos y la gravedad de su infracción. Esta postura es mantenida por algunos autores que han estudiado esta materia desde el campo administrativista, y así Girola, afirma que, cuando los intereses tutelados se valoran más intensamente se combinan con una sanción penal. En el campo penal, este criterio de distinción basado en la distinta gravedad cuantitativa de la infracción y la mayor a menor intensidad de la sanción, es el que sostiene Pacheco y por influencia suya, de que sigue el vigente Código Penal.

Señalada la diferencia entre ambos campos, creemos que el Estado debe cuidar escrupulosamente que se guarden los límites que separan la infracción penal grave de la contravención o simple infracción de las normas dictadas en el ejercicio de la actividad de policía administrativa. La claridad que debe exigirse al ordenamiento jurídico y aún más en el derecho penal, debe reflejarse en la neta distinción entre las figuras penales y las de policía administrativa, evitando que se contemplen simultáneamente desde ambos campos hechos y conductas idénticas que sean sancionadas por ambas potestades.

El criterio doctrinal para diferenciar las figuras y delimitar los campos ya ha quedado expuesto y estos criterios son los que deben orientar al legislador para adoptar una solución ante el caso concreto.

Pero la realidad es mucho más compleja y variada que los esquemas contemplados por el científico del Derecho y en la práctica existen muchas dificultades para que los preceptos legales reflejen exactamente los principios doctrinales con toda su pureza.

Cuando la realidad lo haga necesario, no hay inconveniente

para que obligaciones que estaban infravaloradas por el legislador e incluidas dentro del campo contravencional, se extraigan del mismo y se lleven él área punitiva, si razones de política general o necesidades prácticas así lo aconsejan. Ahora bien, en este caso, debe desaparecer la dualidad sancionadora suprimiendo su regulación administrativa y evitando la confluencia de normas represivas sobre un mismo ilícito.

Para otro sector de la doctrina, representando entre otros por Merckl, no es posible establecer una distinción esencial entre sanción penal y administrativa, ya que ambas son el reflejo de un solo fenómeno, el quebrantamiento del orden jurídico.

Esta misma postura es la de Gascón y María, para el que el fundamento de las correcciones administrativas es el mismo que el de la penalidad en general: «Se trata, dice este autor, de restaurar el orden jurídico perturbado imponiendo sanciones a ciertos hechos que contravienen las disposiciones de la autoridad y que, en lugar de estar sometido el conocimiento de los mismos a las autoridades judiciales, lo está a las autoridades que tienen a su cargo la función de policía».

Según esta corriente doctrinal, al no haber diferencias cuantitativas entre ambas clases de infracciones, el único dato que nos permite establecer la distinción, es el meramente formal que nos proporciona el saber cual es el organismo competente para conocer de la infracción y aplicar la sanción correspondiente.

Todo lo expuesto tiene indudable trascendencia a la hora de garantizar la seguridad jurídica del ciudadano. El problema de la compatibilidad de la sanción penal y administrativa sobre un mismo hecho, como hemos visto, ha sido ampliamente debatido. Su nacimiento responde muchas veces a criterios de oportunidad variando según que las circunstancias vayan haciendo necesaria la intervención directa de la Administración en determinadas materias.

Según la teoría de la identidad sustancial, la atribución del conocimiento de las infracciones es materia que debe resolver el legislador. Ahora bien éste no puede actuar arbitrariamente transformando caprichosamente en delictivo lo que es contravencional o viceversa, ni tampoco es conveniente que establezca una duplicidad de regulación normativa para una misma conducta.

Las normas jurídicas deben estructurarse con arreglo a un or-

den jerárquico. Este principio de rango constitucional se encuentra, de una u otra forma, recogido en los textos fundamentales de la mayor parte de los países.

En nuestra Patria, el Fuero de los Españoles en su artículo 17 establece un principio semejante. «Los españoles tienen derecho a la seguridad jurídica. Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas, que no podrán, arbitrariamente, ser interpretadas ni alteradas».

Este principio de seguridad jurídica, en el campo del derecho penal, se encuentra plasmado en el aforismo «non bis in idem», según el cual nadie puede ser castigado dos veces por el mismo hecho.

Reconocida la facultad de la Administración para sancionar determinadas infracciones, creemos que debe ejercitarse sin invadir la esfera penal respetando su normativa y supliendo aquellas facetas de la infracción que por su naturaleza y trascendencia deben quedar en la esfera administrativa.

La facultad sancionadora de la Administración aparece reconocida en nuestro ordenamiento por el Código Penal, siempre que se ejercite por medio de una ley especial. Según el artículo 603 de dicho texto legal en su párrafo segundo «...las disposiciones de este Libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competan a los funcionarios de la Administración para dictar bandos de Policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes».

La interpretación literal del precepto transcrito no autoriza a pensar que la Administración goza de un poder omnímodo para sancionar todo género de infracciones sino que debe tipificar aquellas figuras que sirvan de complemento a las que contempla el legislador penal.

Sentados estos principios, veamos a quien compete, en nuestro Ordenamiento jurídico la facultad de determinar en que materias puede la Administración ejercitar su facultad sancionadora y de que modo y con que medida debe manifestarse. Si la facultad sancionadora se manifiesta a través de ordenanzas municipales será de indudable aplicación el artículo 603 del Código Penal pero en el caso de que se recoja en un texto que tengan el carácter de ley

habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y según este precepto, la Administración no podrá dictar disposiciones contrarias a las leyes, ni regular, salvo autorización expresa de una ley, aquellas materias que sean de la exclusiva competencia de las Cortes.

Tenemos que reconocer que las Cortes siempre han admitido la facultad sancionadora de la Administración y su compatibilidad con la sanción penal sobre el mismo hecho. Esta orientación aparece claramente reflejada, entre otras, en la Ley de Montes y Ley de Prensa.

No podemos desconocer una línea jurisprudencial contraria a la compatibilidad entre ambas sanciones que también está reforzada por algunas disposiciones aisladas emanadas de la misma Administración.¹ El Código Penal de 1.928 ha sido el que con mayor claridad ha seguido esta postura, en su artículo 853 decía: «En ningún caso podrá sancionarse un mismo hecho con sanción judicial y gubernativa». Los Reales Decretos sobre Competencias anteriores todos ellos a la vigencia del mencionado Código establecían el principio de que la Administración no podía corregir lo que el Código tipificase como falta. Así el R. D. C. de 16 de Marzo de 1.872 declaró que un Alcalde no puede corregir gubernativamente al particular que le insulta, pues tal hecho constituye el delito de desacato, cuya punición corresponde a los Tribunales de Justicia. En el mismo sentido los RR. DD. CC. de 11 y 30 de Noviembre de 1.897, 26 de Abril de 1.899 y 23 de Julio de 1.921.

Por todo lo expuesto creemos que está suficientemente acreditada la inclusión de estas infracciones administrativas que el legislador recoge como figuras específicas dotadas de la correspondiente sanción, dentro del epígrafe correspondiente a las infracciones penales.

Siguiendo la sistemática esbozada, vamos a examinar en primer lugar los preceptos administrativos que recogen figuras sancionadoras, limitándonos a las que contienen el Reglamento de

¹ Orden de la Presidencia de 23 Marzo 1.945, en su artículo 141, 1.ª: «No pueden incluirse en las ordenanzas los hechos que, como delito o falta, comprende el Código Penal o cualquier otra ley, ni aún cuando sea para copiar íntegramente dichos preceptos».

Policía de Aguas y sus cauces de 5 de Noviembre de 1.958, en la Ley de 24 de Diciembre de 1.962 y Reglamento para su aplicación de 14 de Enero de 1.965 especiales para Canarias, para continuar después con las figuras delictivas del Código Penal.

Un problema previo es el de la aplicación en Canarias del Reglamento de Policía de Aguas y sus cauces debido a la especial naturaleza de sus aguas. El artículo primero, del citado Reglamento, en su letra c), extiende el ámbito de aplicación de sus normas a la vigilancia de las Aguas privadas, y en el artículo 7, se hace una referencia a la subsistencia de las normas peculiares que regulan las Aguas en las Islas Canarias, y, como por otro lado los preceptos especiales no contienen ninguna cláusula derogatoria entendemos que son de indudable aplicación a las Islas Canarias los preceptos del Reglamento de Policía de Aguas. Es obvio que algunas figuras que contempla no encajan dentro de la especial naturaleza geofísica de las aguas canarias, pero aquellas que contemplan supuestos genéricos, serán, como veremos, aplicables a las mismas.

El Reglamento de Policía de Aguas, —R. P. A., en lo sucesivo—, regula las contravenciones en el Capítulo IV, artículos 30 a 35 inclusive.

Siguiendo la denominación tradicional emplea la expresión contravenciones, para designar las infracciones de sus normas, distinguiéndolas por su mayor o menor trascendencia en graves y menos graves.

Nosotros, en su desarrollo, vamos a clasificar las infracciones en 1.º—Típicamente administrativas, y 2.º—De carácter penal.

Consideramos típicamente administrativas aquellas que siendo por su naturaleza auténticas contravenciones, pertenecen a la esfera de los supuestos que la Administración debe regular y sancionar con carácter exclusivo por afectar directa y primordialmente a los vínculos establecidos entre la Administración y los administrados.

Las de carácter penal son aquellas en que, con arreglo a su naturaleza, estimamos que la Administración invade claramente la esfera punitiva que debe reservarse al derecho penal y suponen una duplicidad de sanciones para el mismo hecho. Tenemos que hacer notar que siguiendo la postura de nuestra legislación incluimos dentro de esta clasificación aquellas contravenciones que el

legislador establece en el Libro III del Código penal, cuya verdadera naturaleza y colocación sistemática ha sido muy discutida.

La posibilidad de coincidencia de sanciones administrativas y penales sobre un mismo hecho está explícitamente admitida en el artículo 30 del R. P. A., su contenido no deja la más mínima duda a este respecto: «La sanción administrativa que se consigna en este Reglamento es independiente de las de carácter criminal que en cada caso puedan derivarse, por lo cual los Servicios pasarán el tanto de culpa a los Tribunales de Justicia, cuando corresponda».

La Administración parece contemplar únicamente la esfera de sus atribuciones y procura reforzar su facultad sancionadora para no permanecer inerte frente a las perturbaciones que se producen en los servicios que afectan directamente a la policía de aguas.

En el párrafo final del apartado transcrito se recoge una expresión que metafóricamente pudiéramos denominar «cláusula de estilo», nos referimos a la previsión de que los..... Servicios pasarán el tanto de culpa a los Tribunales de Justicia, cuando proceda. Con ello se consagra una situación que no puede dejar de presentar algunas peculiaridades y que está recogida en la mayor parte de los textos que regulan la facultad sancionadora de la Administración.

¿Qué carácter tiene la expresión, «pasarán el tanto de culpa»? Si tenemos en cuenta el tiempo en que se emplea el verbo de la frase, parece una norma imperativa de inexorable cumplimiento por parte de los servicios correspondientes. Pero la coletilla, «cuando proceda», desvirtúa ese carácter imperativo al que hemos aludido, pues concede a la Administración una previa facultad calificadora, ya que el sentido de la frase, sin necesidad de interpretaciones retorcidas, da a entender que la Administración, una vez que tenga conocimiento de algún hecho de esta naturaleza, tiene en su mano, con carácter discrecional, la posibilidad de poner en marcha la actuación de los Tribunales de Justicia o bien sustraer los hechos a su conocimiento.

Los Servicios encargados de la Policía de Aguas cuando tengan conocimiento de alguna infracción pondrán inmediatamente en marcha el expediente a que se refiere el capítulo V del R. P. A. para depurar las posibles responsabilidades.

El particular perjudicado puede denunciar los hechos a la ju-

jurisdicción ordinaria movilizándolo la actuación judicial para averiguar las posibles responsabilidades. En la práctica para esclarecer los hechos denunciados será necesario acudir a los Servicios de vigilancia de la Administración y puede darse el supuesto que el Instructor compruebe como los organismos de la Administración Pública han estado conociendo de un hecho que reviste indudables caracteres de delito sin ponerlo en conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Los inconvenientes del sistema son evidentes, pues si tratamos de evitar esta posibilidad y se obliga a los organismos administrativos a poner en conocimiento de la jurisdicción ordinaria todas las infracciones de las que tengan conocimiento se correrá el grave riesgo de ocasionar un colapso en la Administración de Justicia al tener que incoar, por lo menos, diligencias previas, para averiguar hechos de escasísima trascendencia y que indudablemente no revisten caracteres de delito. Problema que revestiría caracteres gravísimos si tenemos en cuenta que no sólo sería la Comisaría de Aguas la fuente de este aluvión de diligencias sino también el resto de los organismos de la Administración que ejercen la potestad sancionadora.

Estos inconvenientes están obviados en parte en las disposiciones del Reglamento de 14 de Enero de 1.965, que en el artículo 33 sigue un sistema menos ambiguo, al imponer a la Comisaría de Aguas la obligación de poner en conocimiento de la autoridad judicial las infracciones a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 3.º de la Ley de 24 de Diciembre de 1.962. Claro es que en dicha Ley sólo se contempla la infracción que cometen los concesionarios de minas, al no poner a disposición de la Comisaría de Aguas los sobrantes de los caudales de Aguas alumbradas en las minas y que excedan de los necesarios para las labores mineras. En su momento examinaremos con más detenimiento esta infracción tipificada en el artículo citado.

Entrando en el estudio concreto de las figuras tipificadas en las disposiciones administrativas vamos a distinguirlas según su mayor o menor gravedad.

A) *Contravenciones graves.*

Dentro de esta clasificación genérica vamos a estudiar por separado, conforme ya anunciamos, las infracciones típicamente ad-

ministrativas y las que tienen un matiz penal que lleva aparejado una duplicidad de sanciones.

1.º—**Tipicamente administrativas.**

a) El incumplimiento de condiciones impuestas en las concesiones administrativas, cuando no den lugar a la caducidad de las mismas (Art. 33 apartado a) del R. P. A.)

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de esta institución se observa que ésta reúne todas las características necesarias para que la Administración regule y sancione con total independencia las infracciones que en materia de concesiones puedan realizarse.

El vínculo que surge entre la Administración y el concesionario se desenvuelve a través de una serie de derechos y obligaciones recíprocos entre las partes, que dadas las características de la concesión, están desequilibrados en favor de la Administración. Esta impone las obligaciones y en determinados supuestos extremos, que están taxativamente regulados, establece la caducidad de la concesión por el incumplimiento de las obligaciones impuestas al concesionario. La caducidad supone un perjuicio para el titular de la concesión y no podemos afirmar que sea una típica sanción sino un trasplante al campo administrativo de la institución de la rescisión contractual.

En el desenvolvimiento de una concesión el concesionario puede cometer una serie de infracciones a los términos de la misma que no den lugar a la caducidad y que sin embargo deben ser sancionadas. Como es lógico, dada la diversificación y multiplicidad de obligaciones que pueden ser impuestas al concesionario no es posible describir todos los supuestos considerados como infracciones punibles, sino prevenir, con carácter general, la infracción de los términos de la concesión, para aplicar a cada caso concreto la sanción que establece el párrafo examinado.

b) La omisión de actos y servicios consignados en alguna disposición legal en materia de aguas (Art. 33 d) del R. P. A.)

Contempla también este apartado un supuesto de incumplimiento de una obligación legal impuesta por una norma administrativa. En relación con las aguas canarias, es evidente que las disposiciones administrativas que las regulan no ofrecen la posibili-

dad de utilizar esta clase de sanción, ya que, por el carácter privado de las mismas, la imposición de actos o servicios por la Administración, no tendrá cabida en la fase de explotación de las aguas, salvo el supuesto especial de la requisa.

Creemos que este precepto está contemplando los actos y omisiones nacidos de un vínculo específico entre la Administración y los particulares, y no puede incluirse, sin interpretarlo extensivamente, las omisiones de actos realizada en la fase de actuación ante los organismos administrativos en demanda de algún derecho, ya que la sanción aplicable a esta omisión es la nulidad del acto, sin que lleguen a nacer vínculos obligacionales.

c) La negligencia en el desempeño de servicios que según las disposiciones vigentes sean obligatorios o en el suministro de datos o informes que por dicha causa resulten incompletos o equivocados. (Art. 33 apartado e) del R. P. A.)

Análogo comentario que el anterior, suscita el presente apartado, salvo que en este caso se sanciona no el incumplimiento voluntario sino el cometido por negligencia.

2.º—De carácter penal.

a) La ejecución de obras y trabajos sin la debida autorización administrativa que modifique el curso de las aguas públicas y altere el estado posesorio de los aprovechamientos de las mismas y que no resulten claramente comprendidas en el apartado a).— (Art. 33 apartado b) del R. P. A.)

Pasaremos por alto esta figura ya que, como se indica, se refiere a las aguas públicas y en la realidad presente es inaplicable en la mayor parte de las Islas Canarias.

b) 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 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 la disposición de la Comisaría de Aguas de Canarias, sin que quepa alegar consolidación alguna en el disfrute de los 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.

Las infracciones a este respecto se estimarán como constitutivas de sustracción y, al margen de las responsabilidades a que pudieran dar lugar, podrán ser sancionadas por la Comisaría de Aguas si, realizadas las oportunas notificaciones, no se procede a la rectificación de esta situación, con multas de 500 a 5.000 pesetas por cada día en que persista la infracción. (Art. 3.º de la Ley de 24 de Diciembre de 1.962).

Ante la generalidad y carácter descriptivo de este precepto no hemos podido sustraernos a la necesidad de transcribirlo por entero para poder apreciar cuales son los supuestos que determinan su aplicación. Se refiere a las aguas que se alumbren en una concesión minera calificando como sustracción todas las infracciones a sus preceptos. El empleo del término sustracción no deja lugar a dudas sobre el carácter delictivo que se quiere dar al quebrantamiento de sus normas.

Esta interpretación se refuerza por el hecho de que, siguiendo una línea consecuente con la calificación jurídica dada, el artículo 33 del Reglamento de 14 de Enero de 1.965, dispone que la Comisaría de Aguas, a los efectos previstos en el apartado segundo del artículo tercero de la Ley, pondrá en conocimiento de la Autoridad judicial las infracciones que en esta materia se realicen.

Independientemente del hecho delictivo la jurisdicción administrativa se reserva la facultad de sancionar con multas de cuantía variable de 500 a 5.000 pesetas, la persistencia en la infracción. La posibilidad de esta sanción en el caso de que la Administración cumpliendo las prescripciones del artículo 33 de Reglamento pase el tanto de culpa a la jurisdicción ordinaria, es un tanto dudosa, ya que ésta, haciendo uso de las medidas previas que establece el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y para dar protección a los perjudicados puede acordar la suspensión de las

obras. En este caso estimamos que no será viable la sanción pecuniaria, ya que, lograda la efectividad de la suspensión de las obras, si las mermas o perjuicios son una secuela de las obras realizadas con anterioridad a las medidas judiciales, la valoración de las mismas debe incluirse en la posible responsabilidad civil derivada del delito.

La sanción pecuniaria tiene el carácter de una multa coercitiva, pues la determinación del quantum se hace teniendo en cuenta la conducta persistente del infractor, persiguiendo con este sistema una abstención del infractor ante la acumulación de la multa.

c) La desobediencia a las órdenes del Ministerio de Obras Públicas o de los servicios del mismo en cuestiones de su competencia, salvo que expresamente se calificase en este Reglamento de contravención menos grave, y en especial la inobservancia de los mandatos que provengan conforme a este Reglamento de las autoridades locales, Sindicatos o Comunidades de Regantes y otras entidades similares. (Art. 33 apartado c) del R. P. A.)

El enunciado de este precepto nos pone de relieve su naturaleza penal, pues no es necesario profundizar en su análisis para comprender que en muchos casos esta infracción administrativa puede desembocar en un delito de desobediencia grave a la autoridad —artículo 237 del Código Penal— en el caso de una reiterada conducta de oposición a los mandatos de la autoridad que ejerce su jurisdicción en materia de aguas. Igualmente y con mayor facilidad se dará la coincidencia de la sanción administrativa con la que pueda imponerse por la falta de desobediencia leve del artículo 570 número 5.º del Código Penal.

d) En los tramos donde haya obras de consolidación de los márgenes o de encauzamiento, diques longitudinales, espigones, corazas, muros, obras de defensa, plantaciones, revestimiento de fábrica, pilotajes, enfajinados y obras similares, la sustracción de materiales acopiados para la conservación, construcción, limpieza y monda, o el daño intencional a los mismos.

En este caso no se nos alcanza finalidad de la sanción administrativa, pues tanto en el caso de sustracción como en el de daño, la competencia de la jurisdicción ordinaria no admite discusión, aunque supongamos que los materiales sobre los que se realizan los actos descritos sean patrimonio de la Administración por

tratarse de obras públicas, supuesto éste al que no se alude claramente en el texto transcrito, por lo que estimamos que sería de aplicación tanto en los casos de obras públicas como de particulares.

B).—*Contravenciones menos graves.*

1.º—**Tipicamente administrativas.**

a) La extracción de materiales que, sin causar perjuicio grave a la policía de aguas, se aparte de las disposiciones y mandatos legales, por exceso en la profundidad, proximidad a las obras, acumulación de desperdicios en lugar no autorizado, que no sea un cauce, destrucción de caminos en servicio o práctica de agujeros, cortes, escotaduras e incisiones en un muro. (Art. 34 apartado f) del R. P. A.)

El presupuesto necesario para la aplicación de este precepto es que las infracciones que describe no lleven aparejado un perjuicio grave a la Policía de Aguas. Los mandatos y disposiciones legales no están revestidos de la importancia de las que hemos examinado en el apartado c) de las contravenciones graves, por lo que no podrán dar lugar al delito de desobediencia.

2.º—**De carácter penal.**

a) El daño en las obras sitas en las márgenes de los cauces por los cultivadores ribereños o el adelantamiento por estos de la zona de cultivos, a la zona lateral propia del cauce. (Art. 34 apartado a) del R. P. A.)

La terminología empleada pone de relieve la posible coincidencia de esta figura con el delito de daños. Como es lógico si la conducta del autor responde a los conceptos de dolo o culpa penal la realización de estos hechos desbordaría el ámbito de la infracción administrativa ya que creemos que lo que se sanciona en este apartado es un claro supuesto de culpa extracontractual.

b) El corte de árboles o raíces en las márgenes sin autorización legal. (Art. 34 apartado c) del R. P. A.)

Igual comentario nos merece esta figura con la advertencia de

que el código penal en el artículo 598 sanciona una conducta semejante.

c) Arrojar a los cauces escombros, objetos o animales muertos. (Art. 34 apartado b) del R. P. A.).

El que infringe esta norma incurre en tres clases de responsabilidad o para ser más exactos cae bajo la esfera de tres preceptos sancionadores. Además de la sanción prevenida en el artículo que estudiamos y de conformidad con lo establecido en el artículo 27 del R. P. A., las sanciones y medidas que adopte la autoridad sanitaria no excluyen las que correspondan a la Confederación y Servicios Hidráulicos, en este caso Comisaría de Aguas, conforme a este Reglamento, y tampoco serán incompatibles ambas sanciones con la posible existencia de un delito contra la salud pública del artículo 347 número 2.º del Código penal o de una falta del artículo 577 números 6.º y 8.º.

El R. P. A. termina con una disposición de carácter general referida a las contravenciones menos graves para castigar cualquier otra acción u omisión que afecte en general a la Policía de aguas y deslinde los cauces así como a la vigilancia de las aguas públicas o privadas en función del interés público o de la seguridad de las personas y bienes.

El Reglamento esboza lo que pudiéramos denominar una parte general de la infracción en la que se dan normas sobre, coparticipación y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Coparticipación.—El Reglamento sanciona a los autores, cómplices y encubridores y siguiendo la más ortodoxa técnica penal gradúa las sanciones, estableciendo para los cómplices y encubridores la sanción de la mitad al tanto de lo que corresponde a los autores. Ante la ausencia de los conceptos de encubrimiento y complicidad, tendremos que acudir al Código Penal para calificar las distintas conductas de los sujetos que intervienen en la ejecución de los hechos. En la práctica, los organismos encargados de sancionar las infracciones a pesar de que cuenten con asesoramientos técnicos tendrán que manejar conceptos jurídicos sin una formación específica de sus componentes, lo cual agudiza el problema ya que en el mismo campo penal es evidente la dificultad

de matizar, en algunos supuestos, los distintos grados de participación. La Administración aplicará estos conceptos, ante la ausencia de una definición legal, acudiendo a la interpretación lógica o vulgar de los términos complicidad y encubrimiento. Claro es que este sistema entraña un posible riesgo para el administrado, pero no debemos olvidar que la facultad sancionadora de la administración responde a criterios utilitarios y de necesidad práctica, sin que, dada la escasa trascendencia de las sanciones, deba ser observado estrictamente el principio de legalidad.

Circunstancias modificativas.—El artículo 32 del Reglamento de Policía de Aguas regula las circunstancias modificativas de la responsabilidad aludiendo concretamente a la reincidencia. Para establecer su concepto parte de un presupuesto semejante al del Código penal, exigiendo la existencia anterior de una resolución firme condenatoria, pero en su aplicación práctica en vez de restringir el concepto lo amplía hasta extremos teóricamente ilimitados, ya que basta la existencia de una infracción anterior que sea semejante a la que se sanciona. Creemos no obstante que esta amplitud de concepto debe limitarse interpretando que cuando el precepto se refiere a infracciones semejantes tiene en cuenta la clasificación que más adelante hace entre infracciones graves y menos graves, debiéndose estimar la reincidencia solamente cuando el hecho anterior sea también una infracción de la misma gravedad.

Si se estima la reincidencia cabe la posibilidad de duplicar las sanciones que previene el Reglamento.

El Reglamento establece además otras circunstancias que los Servicios tendrán presentes para graduar la responsabilidad y determinar la sanción, enumera entre ellas: las circunstancias locales; las circunstancias personales; las circunstancias económicas; el grado de malicia especialmente en los casos de simulación; la existencia de simple negligencia; desconocimiento de los preceptos legales; las consecuencias de la contravención; y, por último y con un carácter amplio y generoso, cualquier otra semejante.

3.º—Infracciones penales.

Por último vamos a tratar de la figura específicamente penal y que por gravedad y características está incluida entre los precep-

tos del Código Penal, nos vamos a referir solamente al delito de usurpación, por ser la única figura que se refiere con carácter específico a las aguas.

Usurpación.

La figura delictiva que hace referencia más directa a las aguas es, sin duda alguna, la del delito de usurpación. El delito de usurpación se encuadra, dentro de nuestro vigente Código Penal, en el título XIII, que regula los delitos contra la propiedad.

Es importante, a los efectos de una mejor comprensión de la figura delictiva que nos ocupa, hacer un pequeño análisis crítico de la rúbrica, delitos contra la propiedad, que emplea el Código penal. Sería imposible, dada la abundante literatura que ello ha motivado, intentar delimitar en este trabajo su verdadero y exacto contenido, pero bástenos el dar al concepto propiedad un sentido amplio, incluyendo no sólo la propiedad en sentido estricto sino también los derechos reales que pueden ejercitarse sobre las cosas, aunque no todos encuentren su protección dentro de la rúbrica del título XIII del Código Penal.

Señala Quintano Ripolles, como requisitos del delito de usurpación, que se trate de un inmueble o un derecho real ajeno y la intención de lucro. Trasladando estos dos requisitos a las aguas, nos encontramos con que en nuestro derecho, siguiendo una corriente tradicional, considera a las aguas como inmuebles por su adscripción a la tierra. Esta misma postura se mantiene por la doctrina italiana entre la que podemos citar a Manzini, que comentando el precepto correspondiente del Código penal italiano, sostiene la naturaleza inmobiliaria de las aguas. El ánimo de lucro, como sucede en todos los delitos contra la propiedad, es una presunción que se pone de manifiesto por la realización de la figura típica sancionada.

Dos preceptos dedica nuestro Código a la usurpación, el artículo 517, que se refiere a la usurpación violenta de inmuebles o derechos reales de ajena pertenencia, y el 518 que alude concretamente a la distracción del curso de las aguas.

Según nuestra jurisprudencia para que exista la figura delictiva del artículo 517, cuando se trata de usurpaciones de aguas, es ne-

cesario que esta se realice interviniendo actos violentos en su ejecución. Si no interviene violencia el hecho deberá encuadrarse en el artículo 518. Las sentencias de 3 de Octubre de 1883; 28 de Octubre de 1932, 8 de Mayo de 1932 y 25 de Marzo de 1958 mantienen esta postura.

Para Quintano Ripolles, la línea distintiva debe establecerse en el propósito final que informa las respectivas acciones, que en el caso de perseguir un dominio pleno y definitivo sobre el cauce, determinaría, caso de mediar violencia, la tipicidad de la usurpación del artículo 517, pero que al limitarse a aprovechamientos episódicos y restringidos, como suelen ser los de riego, se ajusta mejor a la parcial del artículo 518, concurra o no la violencia personal, que a esta tipicidad no interesa.

Siguiendo pues la postura anunciada, estimamos fundamental para el estudio de la figura del delito de usurpación de aguas, partir del análisis del artículo 518, en el que se describe la acción delictiva y el objeto sobre el que puede recaer ésta. Se castiga en el citado precepto al que «distraiga el curso de las aguas públicas o privadas». Gramaticalmente el verbo distraer significa, apartar una cosa de la posición normal o de su dirección o camino, aplicando este significado a la figura delictiva que nos ocupa distraer equivale a mudar el cauce por el que el líquido discurre.

Cuando se trata de aguas que discurren por la superficie, a cielo abierto, y siguiendo el curso de sus cauces naturales, cualquier toma o desviación practicada en este cauce con el fin de atraer las aguas hacia el propio patrimonio o proporcionarse alguna utilidad con su utilización, es evidente que constituye un delito de usurpación. Su descubrimiento y persecución en la práctica presenta escasos problemas, pues las pruebas de la existencia del delito, en la mayor parte de los casos, se puede apreciar con toda claridad.

Estudiando la realidad de Archipiélago canario, sobre todo en las islas en que el alumbramiento se realiza por medio de galerías, y aplicando a esta realidad las normas del Código penal vemos que es necesario corregir los conceptos gramaticales y jurídicos que hemos expuesto sobre el verbo distraer. Las aguas subterráneas pueden existir en bolsas, que las convierten en estáticas, o bien en corrientes subterráneas, que siguen los cauces naturales o

los que la obra del hombre les marque, para su mejor aprovechamiento hasta conducirlos al punto donde las aguas van a ser repartidas. Nos vamos a referir únicamente a las aguas corrientes subterráneas, que son a las que se puede aplicar el precepto penal que estudiamos, ya que en relación con las estancadas los ataques a su propiedad encuentran encaje en otros preceptos del código penal, ello sin entrar en el análisis de los problemas que plantea la determinación de su propiedad.

El artículo 518 no hace ninguna distinción entre aguas subterráneas y superficiales por lo que estimamos que la aplicación del precepto a las primeras no plantea problemas insalvables.¹ En relación con la naturaleza pública o privada de las aguas, la protección penal abarca tanto unas como otras. Esta última clasificación en cuanto a las aguas subterráneas se refiere tiene una indudable trascendencia práctica, pues en relación con las aguas públicas la Administración dispone de una serie de medidas de carácter preventivo que hacen bastante difícil la realización de hechos delictivos contra las mismas y en todo caso su persecución y castigo será mucho más eficaz.

El particular dispone de la acción penal y de la facultad de denunciar, en los términos generales en que le es concedida por las leyes, pero su postura respecto a la prevención de estos hechos delictivos es mucho menos eficaz que la de la Administración respecto de las aguas públicas.

Opina Manzini, que el agua que es objeto de protección, en el delito de usurpación, es el agua en estado natural o en otro estado de cosa inmueble, esto es, su masa, renovándose continuamente por causas naturales o artificiales. Los derechos patrimoniales sobre el agua así entendida, tiene por objeto, no una determinada de agua separada de la masa que la contiene, el agua de hoy como la de mañana, el agua en cuanto es susceptible de utilidad en dicho estado y no en cuanto es útil como cosa movilizada.

El delito se consuma, según Carrara, desde que el agua se deriva de su lecho y aún antes de que llegue al sitio al que inde-

¹ S. 25 Marzo 1.958.—El delito de distracción de aguas que sanciona el artículo 518 del Código penal no precisa la previa discriminación de la naturaleza de aquellas ni de la persona o entidad que pertenezcan.

bidamente se quería conducir. En esta misma dirección la jurisprudencia italiana estima que para la consumación de esta figura delictiva no es necesaria la utilización del agua derivada. La jurisprudencia española en alguna resolución parece sostener el criterio contrario respecto el momento consumativo ya que hace referencia al beneficio o utilidad que reporte la distracción a personas no llamadas a su disfrute.¹

Otro elemento imprescindible en toda figura delictiva debe concurrir también en la usurpación, nos estamos refiriendo a la antijuricidad. En relación con este delito referido a las aguas subterráneas su estudio presenta especial importancia debido a que es necesario una previa autorización administrativa para investigar esta clase de aguas. Es muy difícil que en la práctica y dentro de la complejidad técnica que entraña la investigación y captación de aguas subterráneas, pueda producirse una usurpación sin que el sujeto activo tenga refrendada su actuación inicial por una autorización administrativa.

Esto supuesto para comprobar en cada caso concreto si existe el elemento de la antijuricidad es necesario examinar las condiciones y términos en que se concedió la autorización y si las obras se ajustan a la misma. La complejidad técnica, ya aludida, de la investigación de las aguas subterráneas hace necesaria una regulación minuciosa por parte de la Administración y una vigilancia estricta de la forma en que se llevan a cabo las obras de captación con objeto de evitar interferencias en las galerías ya existentes. Si el sujeto activo se ajusta a esas normas, en el caso de producirse una efectiva distracción del curso de las aguas subterráneas, no habría antijuricidad en el acto y serían íntegramente aplicables las normas administrativas que regulan esta materia.

Pero la conducta del sujeto activo puede responder a un ánimo consciente y voluntario de soslayar las directrices de carácter técnico y las normas administrativas, con el objeto deliberado de apropiarse de un caudal de agua que se sabe existente o que se va

¹ S. 8 Mayo 1.952.—La distracción del curso de las aguas públicas desviándolas de su cauce legítimo o natural para hacerlas discurrir por otros, constituye el delito de usurpación, ya que el referido acto supone la apropiación ilegal de un caudal fecundante en beneficio de determinadas personas no llamadas a su disfrute.

buscando con objeto de apartar esas aguas ya alumbradas y pertenecientes a otro patrimonio, de su curso natural o artificial para traerlas hacia el patrimonio propio, o simplemente con la intención de causar un daño en el patrimonio ajeno sin utilidad propia.

El Código Penal sostiene el criterio de que para la punición del delito es necesario tener en cuenta la finalidad última del agente de obtener alguna utilidad en la distracción de las aguas, y así modula la pena pecuniaria en proporción a la cuantía de la utilidad reportada. Es indiferente que la utilidad sea efectiva pues si por causas ajenas a la voluntad del autor, esta utilidad no es patrimonialmente apreciable, no por ello desaparece la penalidad, pues el Código tiene en cuenta para este caso la utilidad que hubiera debido reportar.

Como ya hemos expuesto, puede existir un delito de daños cuando la finalidad del agente no haya sido obtener una utilidad, sino simplemente causar un perjuicio sin utilidad propia.

En el Derecho comparado vamos a analizar en primer lugar la legislación italiana que regula esta figura delictiva con caracteres muy similares a la nuestra. El Código penal de 1.930, en su artículo 632, castiga al que para procurarse a sí o a otro un provecho injusto, desvía las aguas públicas o privadas. Manzini comentando este precepto en relación con el texto anterior a la vigencia del Código citado, dice que el agua es considerada como inmueble. Las aguas pueden ser tanto corrientes como estancadas, públicas o privadas. Sostiene que mientras sobre el agua privada puede cometerse tanto la ususpación como el hurto, sobre las aguas públicas es sólo posible la usurpación, porque es cosa común de todos. Para el citado tratadista «derivar» significa alterar la condición externa y actual del agua, modificando el curso de las que discurren o desviando las estancadas. Los medios utilizados son irrelevantes no siendo necesario que se altere el álveo.¹ También la jurisprudencia y la doctrina italiana estima necesario el requisito de la utilidad del agua desviada para la existencia de esta figura delictiva.²

¹ Manzini Vincenzo.—*Instituzioni di Diritto Penale Italiano*.

² S. Borghese.—*Comentarios al Código Italiano*.

El Código Francés no dedica ninguna figura específica al delito de usurpación en los términos en que se construye por la doctrina española e italiana, pero ello no excluye la posibilidad de incluir los ataques a los derechos existentes sobre las aguas dentro de las figuras genéricas de los delitos contra la propiedad. No obstante en el libro IV del Código Penal, en el que se recogen las contravenciones de Policía, equivalentes a las faltas de nuestro Código, se sanciona a los que voluntariamente hayan desviado o indebidamente utilizado aguas destinadas al riego por la ley o por disposiciones emanadas de la Administración o de los organismos de distribución.

Existe una indudable dificultad práctica para encuadrar las modalidades delictivas que contra las aguas pueden cometerse, dentro las variadas figuras que amparan la propiedad entendida en un sentido amplio. El legislador tiene en cuenta la diversa naturaleza jurídica de los bienes sobre los que recae la acción delictiva para protegerlos con uno u otro tipo de sanción, así, si se trata de bienes muebles su protección es más amplia a través de las figuras tradicionales del robo y hurto, pero en el caso de los inmuebles su protección penal es más restringida, pues la única figura que se destina para protegerlos contra los actos de apoderamiento, es el delito de usurpación, ya que la estafa es una figura ambivalente en la que existe la posibilidad de que su elemento esencial, el engaño, recaiga tanto sobre bienes muebles como inmuebles.

En el caso de aguas subterráneas estancadas, como las que existen en bolsas, la determinación de su naturaleza jurídica y de la propiedad de las mismas, plantea una serie de problemas que van desde su consideración como bienes muebles o inmuebles hasta la posibilidad de ser objeto de dominio cuando se hallen en este estado, ya que si todavía no han sido encontradas no pertenecen a nadie y si, por el contrario, ya han sido alumbradas pertenecen al alumbrador y adquirirán el carácter de corrientes perdiendo el de estancadas en virtud de las obras que se efectúen para lograr su captación y explotación.

Para evitar esta complejidad técnico jurídica, creemos que lo más eficaz desde el punto de vista penal, consiste en ampliar los tipos que protegen la propiedad y aprovechamiento de las aguas, incluyendo dentro del código una figura genérica que proteja to-

dos los derechos que puedan ejercitarse sobre las aguas. Esta técnica es la que sigue el Código Argentino y con él gran parte de los Códigos hispanoamericanos.¹ El artículo 182 del Código argentino en su número 2.º castiga al que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviese sobre dichas aguas. Las aguas a que se refiere son las de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos. La enumeración, a juicio de Rubianes y Rojas Pellerano,² es exhaustiva pues con la expresión otros depósitos, se hace mención a todo caudal de agua.

El Código de Costa Rica, en el artículo 301, después de castigar hechos similares a los del argentino, castiga con carácter general a todos los que usurparen un derecho cualquiera referente al curso de ellas. En este mismo sentido se pronuncian los Códigos de Chile, Ecuador y Nicaragua.

¹ Código Argentino.—Artículo 182: «Será reprimido con prisión de quince días a un año: 1.º—El que ilícitamente y con ánimo de causar perjuicio a otro, sacare aguas de represas, estanques u otros depósitos, ríos, arroyos, fuentes, canales o acueductos o la sacare en mayor cantidad que aquella a que tenga derecho. 2.º—El que estorbare el ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas. 3.º—El que ilícitamente y con el propósito de causar perjuicio a otro, represare, desviare o detuviere las aguas de los ríos, arroyos, canales o fuentes o usurpare un derecho cualquiera referente al curso de ellas. La pena se aumentará hasta dos años, si para cometer los delitos expresados en los números anteriores se rompieran o alteren, diques exclusas, compuertas u otras obras semejantes hechas en los ríos, arroyos, fuentes, depósitos, canales o acueductos.

² Carlos J. Rubianes y Hector E. Rojas Pellerano. «El delito de usurpación». —Editorial Bibliográfica Omeba.—Buenos Aires.—páginas 405 y siguientes.

VI

IDEAS PARA UNA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS CANARIAS

por **ALEJANDRO NIETO**

Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad de La Laguna

Sumario.—I. REFORMA. 1. Dificultades. 2. Necesidad. 3. Precio. 4 Caminos. II. TECNICAS DE INTERVENCION. III. AUXILIOS. IV. DISTRIBUCION. 1. Situación actual. 2. Posibilidad de su publicatio. 3. El Ejemplo de la Red General Peninsular y de la Unesa. V. PROPIEDAD DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS. 1. Publicatio de las aguas subterráneas. 2. Reserva de aguas. 3. Concesión de pertenencias. VI. GESTION PUBLICA. 1. Gestión pública y gestión privada. 2. Administración del Estado. 3. Entes locales. VII. CONFEDERACIONES HIDROGRAFICAS INSULARES. 1. Las dispersiones del régimen actual. 2. Confederaciones hidrográficas como centro de unidad. 3. Organización. 4. Requisitos inexcusables.

I. REFORMA

Es difícil encontrar un trabajo, jurídico o no, relacionado con el régimen legal de las aguas canarias, en el que no se reclame imperiosamente la urgencia de la reforma. Creo, en efecto, que todos estamos de acuerdo en que la situación actual es inadmisiblemente; pero con esta afirmación indiscutida no queda demostrada, sin más, la necesidad ni la oportunidad de una reforma inmediata.

Y es que las consecuencias de una reforma precipitada suelen ser más perjudiciales que la propia situación que se pretende reformar. La mejor prueba de ello la tenemos aquí, en Canarias, en nuestro régimen de aguas, periódicamente reformada, enmendado y recosido, sin que ninguna de las reformas haya satisfecho por completo a nadie, ni resuelto medianamente los problemas planteados. Con razón fue criticado en su época el Decreto de 1924, y con no menos lo están siendo las recientes leyes de 1956 y 1962. Importa, pues, preguntarse con carácter previo si no será mejor dejar las cosas como están —por muy mal que estén— y no reclamar sin la debida maduración nuevas composturas legales, que más adelante hemos de padecer todos.

1.—Dificultades de la reforma.

Una reforma legislativa es una tarea delicada y compleja, cuajada de dificultades:

a) Existen, en primer lugar, dificultades de *orden técnico*. La legislación de aguas en Canarias ha de operar con una realidad hidrogeológica muy poco conocida; además, en ella están implica-

das cuestiones de índole dogmática que distan mucho de haber sido superadas; y, en fin, aquí han de manejarse fórmulas de intervención administrativa que aún no se dominan por completo.

b) En segundo lugar, existen en Canarias dificultades específicas, que derivan de su conocida *insularidad alejada*. Las leyes se hacen, por así decirlo, en Madrid y por los madrileños. Y los resultados son a veces sencillamente grotescos: el ejemplo más llamativo lo constituyen esas leyes de auxilios para Canarias, que no son utilizadas, por que el régimen de auxilios generales es hoy mucho más favorable. Y lo mismo puede decirse de la Ley de Heredamientos, cuya sola lectura produce el convencimiento de que el legislador nunca supo lo que es un Heredamiento de aguas canario.

Podría pensarse, a este respecto, que el problema habría de tener una fácil solución, sin más que dar a las leyes parlamentarias una auténtica representación democrática, y a las normas reglamentarias una audiencia y participación de los intereses canarios. Pero desgraciadamente ésto no es así: ya he dicho que, a mi juicio, ni siquiera nosotros, los canarios, estamos técnicamente preparados para ofrecer de inmediata un proyecto de ley satisfactorio. Los estudios publicados son ciertamente valiosos, pero aún no existe la necesaria madurez, que solo puede lograrse con una mayor constancia.

Añádase a ésto la funesta rivalidad interinsular. Cada isla presiona para hacer una legislación a su medida, sin darse cuenta de que la realidad hídrica canaria es muy diferente entre las diversas islas. El Real Decreto de 1924 fue un triunfo de un grupo de tinerfeños, cuyos nombres y apellidos conocemos, mientras que el Decreto de 1965 ha sido el resultado de presiones de Gran Canaria y es difícilmente aplicable a Tenerife. El resultado es un desconcierto en el legislador madrileño, que cuando da audiencia a los intereses canarios, se encuentra con una diversidad de opiniones, que no sabe cómo armonizar. Seamos sinceros y reconozcamos que en todas estas deficiencias somos nosotros mismos culpables en gran parte.

c) Observación que nos lleva a una tercera gran dificultad. El Derecho es, quiérase o no, la expresión de unos *intereses econó-*

nicos. Pues bien, estos intereses en materia de aguas son irreconciliables. Y lo grave del caso es que en vez de actuar manifiestamente, actúan al amparo de unos hipotéticos dogmas, a los que se quiere dar para mayor fuerza un carácter sacral: la propiedad es sagrada, la libertad económica es sagrada, la función social de la propiedad es sagrada, la intervención administrativa es también sagrada, etc., etc. El resultado de todos estos disfraces es un caos en el que las teorías más peregrinas —desde el derecho romano hasta las encíclicas papales— encubren, o mal encubren, egoísmos individuales cerrados, para terminar produciendo, en último extremo, una grave confusión entre los bien intencionados.

2.—Necesidad de la reforma.

¿Significa ésto que hemos de dejarnos vencer por estas dificultades y abandonar las cosas en el estado en que están? De ninguna manera: lo único que pretendo es que haya conciencia de las mismas, para así explicar el fracaso de las reformas intentadas, y la prudencia con que hay que acometer las que en el futuro vayan a realizarse.

Pero no hay que abandonar la empresa, porque entiendo que la situación actual es inadmisibile, y por tanto la reforma es necesaria:

A) El agua en Canaria es excesivamente cara. Cara ha de ser, y esto es normal, porque su producción es por su naturaleza costosa. Pero no solo por eso:

—lo anormal e inadmisibile es que la Administración no intervenga para compensar a los canarios de su inferioridad geológica, lo mismo que ha hecho en Badajoz, Jaén o las Bardenas o Madrid; el Estado está para eso: para suplir y compensar los azares de la naturaleza y lograr una unidad de servicios de sus ciudadanos; la solidaridad nacional es el quehacer común del Estado;

—es anormal que siendo el agua tan preciosa, se desperdicie y vaya al mar durante algunos meses, mientras que en su mayor parte hay que ir a buscarla al centro de la tierra;

—es anormal que mientras unas zonas están saturadas de galerías, de tal manera que lo que unos obtienen es a costa de los otros, otras zonas estén aún sin explotar;

- es anormal, y suicida, que en algunas islas se estén consumiendo a gran ritmo las aguas fósiles;
- es anormal que no sepamos siquiera el agua disponible;
- es anormal que haya poblaciones que pasan sed, a dos decenas de kilómetros de manantiales, cuyas aguas no quiere conducir a la ciudad el propietario de un canal;
- es anormal que al hacer las requisas solo salgan perjudicados algunos manantiales;
- es anormal que el agua se encarezca por el beneficio que obtienen propietarios, que para nada intervienen en la explotación, sin otro mérito que percibir las rentas de sus autorizaciones;
- es anormal que el agua se encarezca porque una docena de funcionarios cobran trasas increíblemente altas por tramitar unos expedientes con increíbles retrasos y trabas;
- es anormal que los intermediarios especulen y hagan fortunas a costa de los usuarios, calculando el azar de las lluvias, como si la vida económica de un país fuera un juego de azar;
- es anormal e inicuo que el labrador esté en manos de quien quiere venderle el agua, a precios arbitrarios y con condiciones escandalosas (como el monopolio de compra).

B) El repertorio de estas anormalidades podría prorrogarse hasta el infinito, y, por lo demás, es de sobra conocido. Como resumen basta hacer constar lo siguiente:

Primero: Si el agua es esencial, por hipótesis, en todo el mundo, en Canarias lo es especialmente por su condición insular y, además, porque el agua es aquí la base (aparte del abastecimiento de las poblaciones) de sus dos factores económicos más importantes: los cultivos especiales y el turismo.

Segundo: Las posibilidades hídricas canarias son limitadas mientras que las posibilidades de consumo son ilimitadas, dado que aún quedan miles de hectáreas susceptibles de ser puestas en regadío.

Tercero: Los intereses económicos individuales son aquí más fuertes que en ninguna parte, como consecuencia del carácter privado del agua: por eso los abusos individuales son notorios y la Administración está obligada intervenir en esta jungla de egoísmos; pero esta intervención no justifica tampoco los abusos de la Administración, ya que si son de temer los excesos de los particu-

lares, no menos peligrosos son los excesos de la Administración y, más concretamente, su incompetencia y su rapacidad.

3.—Precio

Supuesta la necesidad de la reforma y sus dificultades, hay que ser conscientes de su precio. Quiero decir que, aunque reformar es mejorar, esta mejora casi nunca es gratuita, sino que cuesta algún sacrificio. Para conquistar algo, tenemos que pagar un precio. Por eso hay que preguntarse si se está dispuesto a pagarlo. Para la Administración el precio de la reforma es una mayor eficacia, abandonando la rutina, el freno de los expedientes, las tasas y los abusos. Para los propietarios e intermediarios, el precio es la renuncia al enriquecimiento abusivo. El propietario y el capitalista pueden exigir una garantía para su margen empresarial y dominical, pero han de renunciar al abuso.

¿Estarán la Administración y los particulares dispuestos a este sacrificio? Si no lo están, dejemos las cosas tal como van ahora y no intentamos tranquilizar nuestra conciencia con lo que suele llamarse paños calientes.

4.—Caminos

El carácter aislado y peculiar del sistema hídrico canario y de sus aprovechamientos, parece sugerir la utilidad de la creación de un Estatuto de las aguas, a la manera, por ejemplo, de lo que ha hecho el Estado de Israel.

No creo, sin embargo, que esa sea la solución más oportuna, teniendo en cuenta la aludida inmadurez de los trabajos hasta ahora realizados y en atención a las dificultades de la empresa.

Pero, por otro lado, es esencial la consideración de que la reforma no debe ser exclusivamente jurídica. Nada se adelantaría con una simple modificación de las páginas del Boletín Oficial del Estado. Simultáneamente ha de transformarse la intervención administrativa, tanto en su aspecto orgánicos como sustantivos, e incluso psicológicos. Lo normativo es solo una cara de la gran reforma económico-administrativa que ha de realizarse. Si en este seminario, por razones obvias, se ha dado especial relevancia a los

problemas jurídicos, a otros toca el análisis de las demás cuestiones de índole económica y técnica. En ellas, por ignorancia propia, no voy a entrar aquí; pero en cualquier caso parece imprescindible aludir a los puntos fundamentales de una política de aprovechamientos hídricos canarios:

a) En primer lugar, es urgente el levantamiento de un plano hidrogeológico de las islas, tal como reiteradamente se viene pidiendo por particulares y organismos oficiales. La lógica de esta exigencia es tan evidente que parece inconcebible que aún no se haya realizado.

b) En segundo lugar, es necesario el levantamiento de un plano real de los pozos y galerías existentes. Por increíble que parezca este plano no existe, más aún, es corriente oír que es imposible su confección, dada la abundancia de galerías y el apartamiento sistemático de su trayectoria real respecto de la declarada. Pero, aún reconociendo la dificultad de esta tarea, entiendo que es posible y necesaria, puesto que se trata, como complemento de lo anterior, de tener un inventario lo más exacto posible tanto de las reservas hídricas como de las fuentes de extracción.

c) En tercer lugar, es necesario el levantamiento de un plano de los canales de distribución existentes, con precisión de la naturaleza de los terrenos que atraviesan, públicos o privados.

d) En cuarto lugar, se precisa la agrupación de las comunidades por cuencas como primer principio de orden en las explotaciones y en evitación de litigios y de despilfarro de capitales de inversión. Esta agrupación, por lo demás, no debe ser sino expresión de un cambio de la mentalidad empresarial privada, que debe abandonar su actual individualismo cerrado para dar paso a un aprovechamiento coordinado de una riqueza, que es escasa y colectiva.

e) Y, en fin, no menos radical que el cambio de la mentalidad privada, ha de ser el cambio de la mentalidad burocrática oficial. Por qué sucede que, hasta ahora, se viene culpando, y con razón, al egoísmo de los empresarios particulares de todo el caos vigente; pero no es menos cierto que nada se hace por parte de la Administración Pública para remediar este estado de cosas: la le-

gislación es imperfecta y los organismos públicos no solo no dan facilidades sino que dificultan aún más las cosas mediante una serie de trabas injustificadas de tipo procedimental y onerosísimas exacciones parafiscales. Mucho debe cambiar aquí la Administración, en su organización y métodos, antes de decidirse a acentuar la gravedad de sus intervenciones, pues en otro caso, se corre el riesgo de sustituir un mecanismo que funciona mal, pero que funciona, por otro posiblemente más imperfecto y costoso.

En definitiva son tres los caminos fundamentales que pueden seguirse a la hora de acometer la reforma: el primero consiste en respetar el sistema tal como está, pero corrigiendo los defectos técnicos de sus normas, mejorándolas formalmente; reforma muy sencilla y que sería de alabar incluso dentro de su modestia. El segundo camino consiste en complementar las normas con un cuadro de medidas extrajurídicas, es decir, de política económica. Y el tercero consiste en no limitarse a un retoque técnico de las normas sino en afrontar el problema en su raíz, para, con vistas al futuro, reformar las mismas bases del sistema. El primer punto se da por obvio y no creo que merezca un análisis especial en esta conferencia, dado que son muchos quienes se han ocupado de todos y cada uno de los defectos formales de nuestra legislación. El segundo punto tampoco va a tocarse puesto que desborda la competencia del conferenciante. En sustancia voy, pues, a dedicar particular atención al tercer camino, que es el más sugerente y menos tratado y que, además, es perfectamente compatible con los anteriores.

II. TECNICAS DE INTERVENCION

Después de lo que antecede parece indudable que la situación actual de las aguas canarias es insuficiente y desordenada, y siendo igualmente indudable que el Estado debe intervenir en este punto para crear una situación más aceptable, la pregunta que surge es la de los medios que han de seguirse para llenar este objetivo. A tal efecto, la Ciencia del Derecho Administrativo está hoy en condiciones de ofrecer al Estado un repertorio de soluciones posibles, de entre las cuales el Estado ha de escoger luego en un

acto de voluntad política, aquella o aquellas que considere más oportunas. No existe, pues, *una reforma sino una serie de posibles reformas*, de variadas técnicas de intervención, más o menos aconsejables según la coyuntura económica de cada momento y la voluntad política de quienes han de llevarlas a cabo, y que incluso pueden considerarse mejores o peores de acuerdo con criterios subjetivos apriorísticos. Pero lo importante es que todas tienen posibilidades de conseguir el mismo objetivo reformador. De aquí que la doctrina española, a partir de Villar, venga insistiendo en el principio de la intercambiabilidad de las técnicas administrativas.

Desde la concesión de subvenciones a los empresarios hasta la nacionalización de las aguas, el Estado tiene un repertorio amplísimo de medidas para escoger. Hasta ahora viene haciendo uso solamente de la técnica expropiatoria en casos de necesidad para satisfacer necesidades públicas, de la técnica subvencionista con cierta regularidad, para fomentar la actividad privada, y de la técnica de la autorización previa con carácter absoluto, para garantizar la «paz privada» de los empresarios.

A continuación, y vista la insuficiencia de tales medidas, van a examinarse las siguientes: en primer término (epígrafe III) la vieja técnica de las subvenciones, que puede y debe conservarse con ciertas modificaciones; en segundo término, la «*punicatio*», es decir, la asunción por la Administración del servicio de distribución (epígrafe IV) y de la propiedad de las aguas (epígrafe V); y en tercer término (epígrafe VI), la gestión pública, no ya concesional de los aprovechamientos. Quedando a juicio de la crítica y de los Poderes públicos el determinar cual de ellas es en los momentos actuales la más oportuna (puesto que todas son posibles, en virtud del reiterado principio de su intercambiabilidad). Más aún, no solo son intercambiables sino posiblemente concurrentes. Si, por ejemplo, la política económica decide que lo interesante es perforar pozos de aguas basales, este objetivo puede conseguirse bien mediante ayudas económicas a los particulares que se decidan a realizarlo, bien mediante la concesión a empresarios particulares, bien mediante la perforación directa por la Administración, o bien, por los tres medios a la vez.

Aceptadas, o no, estas sugerencias, en el último epígrafe se examinan los problemas formales de organización.

III. AUXILIOS

Después de la conferencia de Sánchez Pinto (que se publica en este mismo volumen), es fácil comprender que en este punto de auxilios está en Canarias casi todo por hacer.

a) La legislación actual es totalmente inoperante. En primer lugar porque se apoya en criterios, validos quizá en la Península, pero nada oportunos en el archipiélago, como por ejemplo la insistencia en la adscripción del agua a la tierra o el supeditar los pagos a la previa obtención del agua. En segundo lugar, por su cicatería, puesto que la ley de 1962 solo se aplica a las obras realizadas con posterioridad a esa fecha, con la advertencia de que la Orden de 2.5.1962, sobre avales, ha venido a representar una gravísima dificultad práctica. Y en tercer lugar, porque el sistema normativo en su conjunto está muy mal construido técnicamente, pudiendo servir de modelo de como *no* deben hacerse las leyes. En efecto, la ley de 1962 es una revitalización, pero con modificaciones, del Decreto de Guerra del Río; el cual no es, a su vez, sino una revitalización, con otras modificaciones, de la ley de 1911; la cual también se remite (para riegos de menos de doscientas hectáreas, que es nuestro caso) a la ley de 1905.

La consecuencia de todos estos desgraciados factores es que los auxilios en cuestión, apenas si se conceden, y casi ni se piden por los interesados, que prefieren acudir a las fórmulas de derecho común.

b) Urge, por tanto, reformar toda esta materia y en términos tales que ha de quedar muy poco, o nada, de lo existente. Aquí lo fundamental es tomar conciencia de los principios básicos que han de inspirar la política de subvenciones, y luego desarrollarlos de forma consecuente.

La determinación de tales principios parece relativamente sencilla. Se trata de localizar el punto de incidencia de las líneas de los intereses públicos y particulares. El interés público no coincide siempre con el de los particulares a la hora de investigar y alumbrar aguas (por ej. perforaciones en cuencas sobreexplotadas). Hay

casos, en cambio, en que conviene fomentar la iniciativa particular, a la vista de que ésta sirve también los intereses públicos. En definitiva, lo que la Administración debe hacer es seleccionar las empresas privadas, fomentando unas, y con ello, indirectamente, frenando a las otras.

En este sentido, a mi modo de ver, lo que importa no es el aumento indiferenciado de la producción hídrica, sino solo de la que reúnan determinadas condiciones, y concretamente cuando los nuevos alumbramientos:

—parezcan recomendables por su localización geográfica; de acuerdo con el plano hidrogeológico de las islas, deben estimularse los alumbramientos en las zonas infraexplotadas, dirigiendo hacia ellas, mediante subvenciones, la iniciativa privada;

—cuyo promotor no sea una Comunidad sino una agrupación de comunidades, con objeto precisamente de fomentar la creación de esta figura jurídico-organizativa;

—de cuya producción pueda salir directamente beneficiado el interés público, por ejemplo, mediante compromiso de venta de un tanto por ciento del caudal alumbrado con destino al abastecimiento de poblaciones.

Resumiendo: No se trata solo de fomentar el aumento de la producción hídrica en abstracto, y ni siquiera de una producción hídrica seleccionado, sino de utilizar las subvenciones como instrumento de orientación de la iniciativa privada hacia situaciones económicas racionales.

IV. DISTRIBUCION

1.—Situación actual.

En la cuestión hidráulica tiene tanta importancia el problema de la extracción de las aguas como el de su distribución o transporte a los lugares de consumo. Y en este punto la situación canaria es auténticamente paradójica. Porque, de una parte, las islas

se encuentran cruzadas por una tupida red de canales, expresión de un esfuerzo humano gigantesco; pero, por otro lado, los resultados económicos y jurídicos de tal esfuerzo son francamente insatisfactorios. El sistema general de transporte de aguas es literalmente caótico.

Quienes se dedican a este negocio (bien sea de modo exclusivo o combinándole con la producción de aguas) suelen exigir por el transporte unos precios elevadísimos, en ocasiones de hasta el veinte por ciento del agua recibida. Y no solo eso, sino que se reservan la facultad de rescindir en cualquier momento el contrato con carácter unilateral, dejando automáticamente correr por los barrancos el agua que ya no quieren transportar, lo que ha dado lugar ya a más de un sumario. En otras ocasiones ha habido que racionar el suministro de agua a las poblaciones, no obstante que existía agua más que suficiente a pocos kilómetros de distancia, porque las empresas de canales, vista la necesidad, exigían precios de transporte exorbitantes o, lisa y llanamente, se negaban a realizarlo a ningún precio.

En estas circunstancias es lógico que las Comunidades de agua procuren tener sus propios canales de distribución, realizando a precios muy elevados construcciones que pueden correr paralelas a otras ya existente y, quizá, no ocupadas por completo.

El resultado ha sido, en fin, que la tupida red existente ha sido construida de manera irracional, no existiendo las debidas comunicaciones entre los canales, obligándose al agua a recorrer enormes distancias perfectamente inútiles y encareciéndose de forma increíble el precio del agua en su punto de destino.

En otro orden de consideraciones, hay que consignar que normalmente los canales en cuestión atraviesan terrenos de dominio público, sin contar con la necesaria concesión y ni siquiera con licencia y, por descontado, sin pagar cánones de ninguna clase. Mientras que los terratenientes exigen de los constructores cantidades muy elevadas por dejar atravesar sus terrenos y, en ocasiones, lo que es mucho más grave, se niegan rotundamente a ello, bien sea por rencillas personales o por sugestión de una empresa de canales rival. Y como la vida hídrica canaria suele desenvolverse de espaldas a la ley, en último extremo el canal debe proceder a rodeos sinuosos en perjuicio de todos.

2.—Posibilidad de su publicatio.

La situación, tal como acaba de ser descrita, repugna a los principios más elementales de la economía y del derecho. En el año en que vivimos es inadmisibile que el Estado pueda presentarse cruzado de brazos como unos ciudadanos abusan de otros al amparo de una posición factica de privilegio y, mucho menos, que unos y otros perjudiquen el interés público.

Por lo que se refiere a esta última cuestión (puesto que el problema de las construcciones puede resolverse con las técnicas ya existentes de la imposición de servidumbres y expropiaciones), el Derecho Administrativo ofrece hoy un repertorio muy variado de soluciones.

a) Cabe pensar, en primer lugar, que puesto que los canales deben atravesar en algún punto terrenos de dominio público (barrancos, viales) y puesto que en tales supuestos la concesión es necesaria, la Administración puede aprovechar esta circunstancia para condicionar el otorgamiento de la concesión con algunos modos que racionalicen su ejercicio. La intensificación de esta técnica nos llevaría —tal como ha estudiado Villar— a la franchise to use public property, a la transposición de las potestades demaniales a las actividades que precisan materialmente su utilización, extendiendo la potestad no a lo propiamente demanial sino a la forma de la actividad. Es decir, se considera la actividad como un servicio público, en cuanto se asienta sobre un dominio público (circunstancia que opera como justificante de la intervención) y se sujeta a concesión en su totalidad, lo que permitiría exigir su racionalización.

b) Pero cabe también hacer una declaración pura y simple de que la conducción de aguas no propias es un servicio público, al margen por completo del lien indivisible que eventualmente pueda unir a los canales con un dominio público. Lo que implicaría una publicatio de un servicio de prestaciones, aún reconociendo la propiedad privada de las aguas. La posibilidad de realizar tal publicatio de prestaciones no ofrece la menor dificultad formal, visto el estado económico de la situación actual y dado que ya se ha hecho esta declaración para servicios análogos, como ferrocarriles y transportes por carretera.

Las dificultades vendrían luego, concretamente a la hora de decidir la forma de gestión de dicho servicio, en que habría de decidirse por la gestión directa por la propia Administración o por un sistema concesional, que respetase no solo la propiedad del agua y de los canales sino incluso la dirección privada de la empresa, si bien sujetándola a normas de coordinación, con objeto de evitar los inconvenientes que quedan señalados en el párrafo anterior.

c) Por lo que se refiere al supuesto de gestión directa (probablemente el menos recomendable en las circunstancias actuales), no hay que olvidar que caben dos variedades muy distintas:

Primera: Servicio público de transporte en sentido estricto, que podría desarrollarse sin monopolio, o con monopolio; en cuyo caso valdría la pena estudiar la fórmula, no ya de la municipalización o la provincialización, sino de la insularización.

Segunda: Servicio público de distribución, que es un grado más de intervención. Aquí la Administración no solo transporta sino que distribuye, es decir, que aún respetando la propiedad privada del agua producida, compra coactivamente toda la existente en el mercado —y a precio fijo—, y la reparte entre los usuarios de forma análoga, por ejemplo, a como hace el Servicio Nacional del Trigo o la Comisaría de Abastecimientos y Transportes.

3.—El ejemplo de la Red General Peninsular y de la Unesa.

El Derecho Administrativo está, pues, como se ve, en condiciones de poner a disposición de las Administraciones Públicas una amplia serie de instrumentos de intervención capaces de terminar con el derecho económico que impera en la actualidad. La elección de una medida individual, dentro de todas las posibles, es una decisión de tipo político, que ha de tomarse después de considerar detenidamente el grado de resistencia de los particulares.

En líneas generales, puede afirmarse que la medida más recomendable, dentro de todas las susceptibles de producir el mismo efecto, es aquella que implica un menor grado de intervención.

Creo que incluso los particulares pueden evitar perfectamente cualquier medida interventora de cierta intensidad, si se prestan

voluntariamente a regularizar por si mismos la situación del mercado. Puesto que, en definitiva, si la intervención administrativa tiene por efecto evitar unas irregularidades del mercado, es claro que si tales irregularidades desaparecen, cae por su base dicha intervención administrativa, que carecerá de toda justificación.

Tal es, por ejemplo, lo que ha sucedido en la Península con el servicio público de distribución de electricidad. Como es sabido, este servicio (e incluso el de producción) se encuentra sujeto en toda Europa a la amenaza de las nacionalizaciones. Pues bien, en este punto los monopolios españoles han sabido dar una insuperable muestra de cordura, autoregularizando el mercado de una manera tan perfecta que han privado al Estado de toda justificación (puramente económica, al menos) de nacionalización. En tal proceso están actuando en primer término las figuras de la Red General Peninsular, la Ofile y la Unesa.

a) Red General Peninsular. En ella están integradas las empresas eléctricas de alguna entidad y todas vienen obligadas a transportar a través de sus redes individuales las cantidades de energía que, en atención a las necesidades de utilidad pública, ordene el Ministerio de Industria, en las condiciones económicas que para cada caso serán fijadas, cuando no se llegue a acuerdos entre las empresas para los transportes o desplazamiento de energía entre las mismas.

Pero todavía hay más: la vinculación de las empresas integradas en la Red no se limita al transporte de energía sino que alcanza a todo el sistema de distribución, concretamente, a la aplicación de una «tarifa tope unificada» y al equilibrio compensatorio para el recargo porcentual «r» de la misma, a cuyo efecto se ha montado un nuevo centro orgánico: la Oficina liquidadora de Energía (Ofile) (véase sobre todo ésto, el Reglamento de verificaciones eléctricas y de regularidad en el suministro de energía de 12.3.1954, así como las ordenanzas de la Ofile, aprobadas por O. 22.1.1953).

b) Este refinado sistema de racionalización de la distribución alcanza su último grado de perfección a través de la UNESA (Unión eléctrica SA), creada en 1944, y que funciona como un pool, cuyo objetivo es repartir homogéneamente la energía en todo el territorio nacional, hacer transporte de cuencas, determinar

las necesidades de la importación y de la exportación, señalar el momento de la entrada en funcionamiento de las centrales térmicas, en una palabra coordinar no solo la distribución sino la producción de la energía eléctrica en toda la España peninsular, de tal manera que aún respetándose la propiedad privada de cada empresa y su autonomía funcional interna, se actúa exteriormente como si de una empresa única se tratara, al menos en ciertos aspectos.

Como es sabido (y aparte de toda consideración de política económica en relación con su estructura cerradamente monopolística) este sistema viene funcionando con una perfección tal que ha quitado toda su fuerza a los habituales argumentos nacionalizadores. En España hoy carecería de sentido una nacionalización de la energía eléctrica basada en razones de ordenación de la producción y del mercado. Las empresas particulares lo han sabido hacer por si mismas con una simple colaboración del Ministerio de Industria.

Las Comunidades de aguas canarias deberían considerar este esquema y deducir de él una buena lección, porque de una manera más o menos análoga podrían evitar las contradicciones de su producción y distribución y, al tiempo, conseguirían detener la amenaza, siempre posible —e incluso necesaria, si siguen las cosas como están— de una intervención administrativa reguladora, tal como acaba de dibujarse en este mismo epígrafe.

V. PROPIEDAD DE LAS AGUAS SUBTERRANEAS

1.—*Publicatio de las aguas subterráneas.*

En el supuesto anterior se especulaba con una intervención administrativa articulada a través de la *publicatio* de una actividad económica, a la que se da el rango de servicio público. Otra posibilidad de reforma puede consistir en la *publicatio*, no ya de la actividad de distribución sino del bien mismo, es decir, de las aguas.

Esta cuestión, ordinariamente conocida con títulos tales como nacionalización o socialización de las aguas, es planteada con cierta frecuencia en Canarias con un tono rigurosamente demagógico:

bien sea frente a los propietarios de aguas como amenaza por su riqueza, bien sea por los propietarios de aguas como maniqueo dialéctico que les sirve para estigmatizar de revolucionarios a quienes pretenden limitar de algún modo el abusivo ejercicio de sus facultades. En estas circunstancias el planteamiento suele manejar como último ratio alguna de las dos conocidas sentencias. Huelga decir, sin embargo, que debe prescindirse de tales matices en el presente trabajo. La publicatio de las aguas —que aquí se examina como una hipótesis de trabajo, sin combatirla, pero tampoco sin exigirla— no coincide necesariamente con lo que suele denominarse nacionalización, y ni siquiera es una fórmula revolucionaria de grave alcance, como se desprende de las siguientes consideraciones:

a) Tal como se ha demostrado en el capítulo II de este volumen, *de acuerdo con nuestro Derecho positivo* las aguas subterráneas, antes de ser descubiertas no son propiedad privada del dueño del suelo, y por ello la mejor doctrina canaria ha exigido siempre su consideración de bienes de dominio público.

b) Históricamente la consideración global de las aguas isleñas como de dominio privada (tal como de hecho está sucediendo) constituye una usurpación. Nótese que en la conquista las aguas canarias fueron concedidas con arreglo a fórmulas normales, absolutamente idénticas a las peninsulares; pues bien, mientras que en la Península el agua concedida en tales condiciones ha conservado su carácter demanial, en Canarias se han transformado en privadas. Más aún, al margen de la determinación de las afecciones concretas, es indiscutible que la explotación intensiva de las reservas subterráneas, ha provocado en su conjunto la desaparición de las antiguas corrientes superficiales, de naturaleza pública según la legislación vigente.

c) En la mayor parte de los casos el pretendido derecho dominical del propietario del suelo sobre las aguas del subsuelo, es puramente utópico y no tiene otro contenido que la posibilidad de exigir un precio a los auténticos explotadores, que son terceros, ya que en efecto no se sabe exactamente donde está la masa de agua (en virtud del principio de su comunicabilidad y unidad física), y re-

sulta hasta grotesco relacionar las aguas basales con la superficie del suelo.

d) Lo fundamental es no dejarse deslumbrar por consideraciones puramente dogmáticas, y tener conciencia de que en la actualidad tiene más importancia el contenido económico real de los derechos que la declaración jurídica de su naturaleza. Así por ejemplo, el propietario de un solar enclavado en una zona urbanísticamente verde tiene sobre el mismo un derecho dominical jurídicamente perfecto, aunque de hecho carezca casi de interés económico; mientras que el concesionario de una mina, que no es su propietario (puesto que las minas han sido «nacionalizadas») disfruta de su contenido económico en toda su integridad. Lo que significa que los intereses económicos de los particulares pueden resultar más respetados en una concesión que en una relación dominical. La lección de este ejemplo es, pues, muy clara: no debemos preocuparnos demasiado de la naturaleza jurídica del bien sino de las posibilidades de su aprovechamiento real.

En definitiva, de lo que se trata es de armonizar el interés público con el de los particulares. Solución que puede conseguirse a través de la consideración principal de las aguas como de dominio público, pero con la contrapartida de un respeto escrupuloso a los derechos de los particulares que pudieran considerarse perjudicados con tal declaración. Concretamente, deben ser siempre salvados:

—el derecho a la ocupación del suelo, cuya perturbación provoca automáticamente la puesta en marcha de la mecánica indemnizatoria de la expropiación;

—el mantenimiento del valor físico del suelo, al que no se puede privar de la humedad, bien sea privándole de las aguas con las que va a ser regado, bien sea provocando su desecación mediante un descenso peligroso de su nivel freático;

—y sobretodo, respetando los derechos del empresario, que deben canalizarse a través de la fórmula concesional.

He aquí, pues, que en rigor la publicatio de las aguas ni es revolucionaria ni perjudica los derechos del propietario del suelo, harto limitados ya con las medidas de policía en uso, que solo se trata ahora de flexibilizar. Así se vio con toda claridad hace más de cien años en una obra tan conservadora como en la Enciclopedia de Arrazola («Enciclopedia española de Derecho y Administra-

ción», II, 1849, págs. 304-305), aunque refiriéndose en concreto a los ríos, que era entonces el problema que se debatía: «el interés individual no encuentra medios suficientes para reparar ni para prevenir tan graves males (los producidos naturalmente por las aguas), impidiendo a menudo la escasez de numerario por una parte, por otra la envidia y el odio del propietario a propietario; impidiendo sobre todo el egoísmo... ¿Por qué no arrogarse desde un principio un dominio absoluto sobre todos los ríos? El Estado no puede privarse de la facultad de recoger estas aguas para la utilidad pública. ¿Deberá todos los días entender indemnizaciones que, o serán muy costosas o no podrán cumplirse? Somos de esta opinión porque *estamos convencidos de que los intereses individuales en nada quedarían perjudicados, aunque el dominio de las aguas residiese en el Estado...* Los buenos deseos de la Administración pública no se verían contrastados como ahora por el egoísmo de unos y la apatía y la indiferencia de todos. Es preciso convenir por otra parte en que *los derechos que podría conceder el Estado a los particulares diferirían muy poco del derecho de propiedad. Esta mudanza no sería por otra parte difícil. Desde una antigüedad bastante remota casi en todos los pueblos se han establecido acerca de este punto reglamentos, usos y costumbres por los que han llegado a convenir los individuos en renunciar la propiedad verdadera para disfrutar todos mejor de las aguas a que tenían igual derecho. Si el Estado declarase suyos todos los ríos ¿podría vejarles más de lo que les vejan esas ordenanzas?»*

A mi modo de ver, la publicatio de las aguas subterráneas ha de articularse normalmente a través de dos instituciones: las reservas y las concesiones. En cuanto a las reservas, va a demostrarse que se trata de algo absolutamente normal en el mundo, y que el no aceptarlas supone una actitud atrasada inadmisibles; y en cuanto a las concesiones basta recordar que con ellas quedan garantizados los derechos de los particulares, incluso mucho mejor que en el sistema actual.

2.—Reserva de aguas.

En el Derecho comparado es incuestionable la tendencia a sustituir un antiguo sistema de iniciativa privada, minimamente controlada, por otro de intensa intervención administrativa.

a) *Francia.*

Frente al antiguo criterio del viejo artículo 552 del código de Napoleón, que reconocía enormes derechos al propietario del suelo, el Decreto-ley de 8.8.1935 (reglamentado por Decreto de 4.5.1937) impone en algunos Departamentos una autorización administrativa previa, en la que se determinan además las condiciones del aprovechamiento del agua, cuando se trata de perforaciones de más de ochenta metros de profundidad. Por otro lado, el Consejo de Estado (por ejemplo, en arrêt de 17.2.1939), interpretando extensivamente el artículo 642 del código, ha declarado que en los casos en que no se cuenta con una autorización administrativa, por no ser ésta necesaria, el propietario del fondo solo puede aprovechar las aguas alumbradas «dentro de los límites y para las necesidades de su heredad» (Apud Jean L'Huillier, en «Encyclopedia Dalloz», I, 1958, voz «Eaux»). Tendencia acentuada en la ley de 1.12.1964, cuyo artículo 40 somete todas las explotaciones subterráneas al conocimiento y vigilancia de la Administración, y cuyos artículos 46 y 47 prevén la declaración de «zonas especiales d'aménagements d'eaux», rigurosamente reglamentadas en orden a la organización de los aprovechamientos hídricos, y a las que se somete incluso a un «plan de repartición de sus recursos hídricos».

b) *Italia.*

El régimen jurídico de las aguas subterráneas, reguladas fundamentalmente en los artículos 91-106 del T. U. de 11.12.1933, se basa en los siguientes principios:

—la naturaleza jurídica de las aguas se determina a partir de su alumbramiento; de tal manera que son públicas si, al igual que las superficiales, sirven para los objetivos declarados con carácter general en el artículo primero, o sea, «aptitud para ser destinadas a usos de interés público general»;

—el Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Obras Públicas y de Agricultura, puede señalar zonas, en las que la totalidad de las aguas subterráneas están sometidas a la tutela de la Adminis-

tración (art. 95). En 1960 se había procedido ya a la determinación de tales reservas en más de mil localidades.

—corresponde la Administración otorgar (art. 95) y revocar (art. 96) las autorizaciones de alumbramientos, determinándose en ellas la cuantía y destino de las aguas a explotar (art. 101);

—las autorizaciones de alumbramiento, cuando el beneficiario no es el propietario del suelo, lleva aparejada la ocupación del mismo, con deber de indemnizar (art. 97); habiendo puntualizado la jurisprudencia que la indemnización se debe exclusivamente por la ocupación del suelo al realizar las obras, y no por el agua obtenida.

—el Estado puede reservarse la exploración y explotación de las aguas subterráneas y concedérselas a la Provincia o al Municipio (art. 102).

c) Alemania federal.

La legislación de todos y cada uno de los Estados impone limitaciones específicas al derecho del propietario a perforar su suelo en busca de aguas subterráneas (pueden verse en Wuestoff, «Einführung in das deutsche Wasserrecht», 3. ed. Berlín, 1962). Por lo que se refiere exclusivamente a la ley federal de aguas de 27.7.1952 (Wasserhaushaltsgesetz), el artículo tercero impone la exigencia de una autorización administrativa previa, salvo que se trate de pozos caseros, y el artículo 19 preve la declaración de zonas hídricas protegidas, en las que hay una planeación administrativa total de los aprovechamientos.

d) Inglaterra.

En los artículos 23 y ss. de la ley de 31.7.1963 se establece como requisito inexcusable a toda perforación el otorgamiento de una licencia administrativa, en la que se señalará las cantidades y condiciones de la extracción.

e) Israel.

El artículo 2 de la ley de 3.8.1959 supone la coronación de una tendencia, muy significativa, dadas las circunstancias hidro-

geológicas del país en su paralelo con las canarias: «todas las fuentes, cursos, ríos, lagos u otras corrientes o acumulaciones de agua, ya sean terrestres o subterráneas, naturales, artificiales o regulares, lo mismo si se trata de agua surgente o detenida, permanente o intermitente... son de propiedad pública y están sujetas al control del Estado y destinadas al desarrollo de la nación y a las necesidades de sus habitantes (Apud Sebastián Martín Retortillo, «Régimen jurídico de las aguas en Israel» en «Aguas públicas y Obras hidráulicas», 1966, págs. 352 y ss.).

f) Méjico.

El ordenamiento jurídico mejicano de las aguas es uno de los más perfectos, como corresponde a un país en el que éstas son escasas y existe además una tradición legislativa muy madura. De acuerdo con la ley de 29.12.1956 (recogida en «Legislación sobre aguas y bosques», ed. Información aduanera de México S. A. 5. ed. I, 1957), es libre el alumbramiento y apropiación por los dueños de la superficie, de las aguas del subsuelo, excepto cuando dicho alumbramiento afecte al interés público o a los aprovechamientos existentes (art. 2); en los casos de excepción el Ejecutivo federal podrá reglamentar la extracción y aprovechamiento de las aguas del subsuelo y establecer zonas vedadas a su aprovechamiento, como si se tratara de aguas de propiedad nacional (art. 3); en los casos en que a juicio de la Secretaría de Recursos hidráulicos, de conformidad con los estudios de los recursos hidráulicos de cada zona o región, y tomando en cuenta las obras de alumbramiento existentes y las posibilidades de explotación máxima de las aguas del subsuelo, el alumbramiento resulte perjudicial para el interés público o para los aprovechamientos existentes, la misma Secretaría propondrá al Ejecutivo el establecimiento de los vedados correspondientes (art. 108); (y en la edición citada de 1957 aparecen ya más de un centenar de tales reservas); publicada la reglamentación en el «Diario Oficial» de la Federación, los dueños de las aguas del subsuelo alumbradas dentro de la zona o región respectivas, estarán obligados a sujetarse a ella en la extracción y uso de dichas aguas (art. 15).

g) Africa del Sur.

De acuerdo con la sección 25 de la ley de 27.5.1912, se preve la determinación por el Gobierno de formaciones geológicas dolomíticas. En tales zonas todo propietario de un fundo destinado a explotación agrícola puede extraer aguas subterráneas a fin de emplearlas para si en tal heredad. Pero ese propietario ya no podrá, a menos de recabar autorización del Parlamento, vender, donar, disponer las aguas, ni conducir las más allá de los límites de heredad. La misma perforación de pozos para extraer aguas puede ser vedada por el Tribunal Superior de aguas, cuando exista la posibilidad de que esa obra pueda tener una influencia indudable sobre el abastecimiento de agua de un pueblo o caserío (Apud Spotta, I, pág. 882).

3.—Concesión de pertenencias.

La publicatio de las aguas subterráneas no consiste solamente en una declaración dogmática sino que se complementa, tal como acaba de verse, con una serie de medidas muy concretas en orden a sus aprovechamientos. Porque lo que, en substancia, con ello se persigue no es satisfacer unos principios apriorísticos sino facilitar la intervención administrativa en los aprovechamientos hídricos. Con la publicatio de las aguas se deja a la Administración manos libres, por así decirlo, en su política hídrica. Pero, aún así, el resultado final —conforme se viene insistiendo— no puede calificarse de revolucionario ni de perturbador, si se complementa la publicatio con una técnica concesional de pertenencias en beneficio de los particulares.

a) Esta técnica, *en cuanto concesión*, supone una garantía económica para los particulares, ya que así van a conseguir un derecho al disfrute, que es lo que les interesa. La suavidad del régimen concesional y su similitud con el régimen dominical intervenido son tan grandes que en Gran Canaria, por ejemplo, suele desconocerse, y hasta ha llegado a afirmarse rotundamente por la doctrina, que no existen aguas públicas concedidas, cuando la realidad es que en la actualidad existen de ellas 50 millones m³ anuales. Lo que sucede es que ni siquiera los propios concesionarios

se han enterado de su condición, dada la escasa rigurosidad del régimen administrativo.

Pero no se trata solo de garantizar la condición económica de los particulares. La concesión persigue al tiempo garantizar de un modo óptimo las atenciones del bien común y del aprovechamiento racional de las reservas hídricas. A cuyo efecto la concesión va acompañado de un cortejo de condiciones, objetivamente redactadas por la Administración, y cuyo incumplimiento acarrea su caducidad.

Por lo que a nosotros interesa, las modalidades concretas del régimen concesional canario podrían ser algunas de las siguientes:

—otorgamiento solamente en los lugares donde aún existen reservas de aguas sin explotar, evitando las zonas sobresaturadas;

—fijación de un caudal máximo de explotación;

—afectación de las aguas a un destino concreto, conforme a un orden de prioridades para robustecer la oferta y frenar la especulación;

—condicionamiento a una previa agrupación de las comunidades de una cuenca;

—posibilidad de una participación económica y gestora de los entes públicos.

b) La concesión, *en cuanto se otorga por pertenencias*, podría evitar de una vez para siempre el problema de las afecciones de unos alumbramientos sobre los otros, y daría una mayor flexibilidad a los trazados de las galerías. Además, una red de pertenencias integraría armónicamente una cuenca, que es el objetivo ideal.

El sistema de pertenencias no es inseparable del concesional; pero parece el más lógico, tal como se ha demostrado en la minería, e incluso ya estuvo previsto en el Anteproyecto de Rodríguez de Cepeda, del que se ha hablado en el capítulo II de esta obra. Recuérdesse que, conforme a ese texto, el alumbramiento de aguas subterráneas estaba condicionado a la obtención de «pertenencias hidrosópicas»; la explotación de las aguas de la pertenencia era exclusiva del concesionario, en términos radicales, tanto que «el que solicite una pertenencia hidrosópica tiene derecho a impedir

que desde el momento de la solicitud se emprendan en los terrenos comprendidos dentro de ella, ni aún por sus dueños particulares, trabajos en busca de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos o galerías».

VI. GESTION PUBLICA

1.—Gestión pública y gestión privada.

Es curioso hacer constar que en una época en que la actividad industrial y mercantil de la Administración es absolutamente normal, en el archipiélago canario, no obstante la angustiosa situación del abastecimiento de aguas, nada han hecho los entes públicos, salvo en dos islas menores, en orden a una gestión directa de los aprovechamientos hídricos.

Sin necesidad de entrar aquí en el examen del llamado principio de la subsidiaridad del Estado, puede estimarse que, al menos de momento, la gestión pública sería en esta materia muy bien acogida en Canarias, puesto que los empresarios particulares se consideran hoy gravados con la carga del abastecimiento de agua a las poblaciones. Se reprocha generalmente a las Corporaciones locales que hayan adoptado en este punto una actitud radicalmente pasiva: no hacen absolutamente nada por explotar aguas, ni perforan ni hacen canales, compran sencillamente en el mercado; pero, cuando hay sequía, invocando la necesidad de las poblaciones, requisan o expropián a un precio inferior al del mercado de estiaje, haciendo pagar su negligencia a un grupo reducido de expropiados y poniendo en peligro el riego suficiente de los campos.

Cierto es que con algunas de las medidas que ya han quedado propuestas, desaparecerían determinados efectos de tal situación; pero la raíz del problema seguiría sin tocar. La única solución verdadera, en casos extremos, consistiría en una auténtica actividad positiva por parte de los entes públicos con objeto de asegurar su propio abastecimiento. Como queda dicho, esta actividad tendría hoy en Canarias la mejor acogida, tanto entre la población como entre las Comunidades de aguas, aunque a la larga surgirían descontentos, puesto que la gestión administrativa, incluso o especial-

mente la eficaz, supondría un freno poderoso a la especulación. Pero naturalmente esto no constituye un obstáculo sino un estímulo para la nueva gestión.

2.— Administración del Estado.

La Administración del Estado y los entes públicos que de ella dependen, especialmente el Instituto Nacional de Colonización y las empresas nacionales del Instituto Nacional de Industria, cuenta con una organización y unos instrumentos jurídicos de acción que posibilitan la inmediata gestión directa de los aprovechamientos hídricos. Así por ejemplo, de conformidad con los artículos 2 y 3 del R. D. de 28.6.1910, corresponde al Instituto Geológico y minero redactar el proyecto y presupuesto de las obras que haya de realizar el Estado, la dirección técnica y vigilancia de los sondeos, perforaciones de pozos y galerías y demás trabajos de alumbramiento que hayan de emprenderse; y por Decreto de 5.2.1954 se declaran de alto interés nacional los trabajos, obras e instalaciones que el Instituto Nacional de Colonización verifique para la investigación y alumbramiento de aguas subterráneas con fines exclusivos de riego.

Ahora bien, por las razones que sean, es un hecho que la Administración del Estado no ha emprendido trabajos de esta naturaleza en las islas canarias mayores, ni parece, en principio, que sea aconsejable que lo haga en el futuro, puesto que la acción estatal debe concentrarse en el abastecimiento de poblaciones para descongestionar el mercado de aguas de riego. Por ello, a mi modo de ver, la iniciativa administrativa debe corresponder a las Corporaciones locales, limitándose la Administración del Estado a *colaborar* con ellas, bien sea mediante ayudas económicas (cfr. el capítulo III de esta obra) bien sea mediante la aportación de sus instrumentos técnicos, liberando así a las corporaciones locales del costoso montaje, o contratación directa, de tales servicios.

Como es sabido, uno de los descubrimientos más eficaces del moderno Derecho Administrativo ha consistido precisamente en descomponer una actividad administrativa en sus distintas fases técnicas (planeamiento, financiación, ejecución) atribuyendo cada una de ellas a un ente público distinto en razón a su especial com-

petencia. De esta manera puede encomendarse el planeamiento técnico a los órganos de la Administración Central, que suelen contar con Oficinas técnicas muy competentes, y la ejecución a los entes locales o institucionales, por ser quienes están en mejores condiciones de llevarla a cabo, dada su proximidad geográfica y social con la obra.

Conforme a este esquema, debería corresponder a las Corporaciones locales la gestión directa de los aprovechamientos, limitándose la Administración del Estado a su colaboración técnica y financiera.

Por lo demás, este sistema resulta ya tradicional en nuestro ordenamiento hidráulico. Así, el artículo primero del citado Decreto de 28.6.1918 encomienda al Instituto Geológico y Minero el estudio de las condiciones que para el alumbramiento de aguas subterráneas reúnen las cuencas hidrológicas, y el señalamiento de los puntos más adecuados para efectuar trabajos de investigación. Y en el mismo sentido el Decreto de 7.7.1960, que constituye el Centro de Estudios Hidrológicos, con la finalidad de impulsar o llevar a cabo directamente los estudios para el más perfecto conocimiento de las disponibilidades hidráulicas del país, la aplicación de las más modernas técnicas de desarrollo de los aprovechamientos hidráulicos y de establecer las directrices generales de planificación hidráulica, atribuida, en cuanto se refiere al aprovechamiento total de los recursos de una cuenca o unidad geológica determinada, a la Comisión interministerial de planes hidráulicos creada por Decreto de 24.6.1955.

3.—Entes locales.

Las Corporaciones locales, tal como se ha repetido, son los entes públicos más idóneos para gestionar los aprovechamientos hídricos, ya que son los principales consumidores de agua y por su contacto inmediato con la realidad, son muy sensibles a las reacciones del mercado, que suele ser inestable.

Dentro de este punto, conviene distinguir según se trate de Municipios, Cabildos o Consorcios.

a) Municipios.

Es el ente que más nos interesa, y su reiterada idoneidad viene subrayada por la circunstancia de que con frecuencia son propietarios de bienes de propios en cuyo subsuelo se encuentran aguas subterráneas. En la actualidad estos subsuelos son perforados por empresarios particulares, que suelen satisfacer al Municipio el cinco por ciento de la producción obtenida. Si los municipios se decidieran a explotar directamente sus bienes, es claro que el beneficio resultaría mucho mayor.

Pero no me refiero aquí solamente a esta actividad patrimonial, sino a la industrial propiamente dicha. Los Municipios, prescindiendo de sus posibles reservas dominicales o demaniales, tienen competencia (o, si se quiere, capacidad) para gestionar la actividad económica de exploración, alumbramiento, canalización y distribución de aguas, al amparo de lo determinado en el artículo 101 c) de la ley de régimen local: «la actividad (municipal) se dirigirá principalmente a la consecución de los siguientes fines: aguas potables, fuentes...». Actividad que habrá de expresarse a través de la fórmula municipalizadora (artículo 164,1 de la misma ley): «los municipios podrán explotar directamente servicios de naturaleza mercantil, industrial, extractiva forestal o agrícola que sean de primera necesidad o utilidad pública y se presten dentro del término municipal en beneficio de sus habitantes». Debiendo también tener presente el artículo 46 del Reglamento de servicios de las corporaciones locales para los supuestos de perforaciones o canalizaciones fuera del término municipal.

La forma concreta de gestión ha de ser una de las previstas en el art. 167 de la ley, es decir, la gestión directa, con o sin órgano especial de administración, la Fundación pública de servicio, la empresa privada y la empresa mixta, el estudio de cuyas peculiaridades nos llevaría demasiado lejos, y es objeto de un trabajo especial que aparecerá en el volumen III de esta serie.

b) Cabildos.

Aunque en principio tengan los Cabildos competencia genérica para realizar estas actividades (al amparo de lo dispuesto en el art. 243 de la ley), no parece oportuno encomendarles directamente su gestión, al menos dentro del sistema actual, puesto que

serían inevitables los roces con los servicios municipales. Otra cosa sería su participación técnica y financiera en los mismos términos de que ya se ha hablado respecto de la Administración del Estado.

c) Consorcios.

Aunque tampoco vaya a entrarse en su estudio pormenorizado, puesto que lo único que aquí interesa es una estructuración sistemática del tema, parece oportuno aludir a esta forma de gestión, tal como se encuentra regulada en los artículos 37-40 del reglamento de servicios de las Corporaciones locales: «Las Corporaciones locales podrán constituir consorcios con entidades públicas de diferente orden, para instalar o gestionar servicios de interés local».

Esta fórmula puede ser muy útil por cuanto elimina por completo el escollo de la extraterritorialidad y ofrece un cauce perfecto a la participación de los Cabildos y demás entes públicos. En las islas mayores podrían constituirse por zonas o cuencas y, llegado el caso, se determinaría la forma concreta de gestión.

VII. CONFEDERACIONES HIDROGRAFICAS INSULARFS

1.—Las dispersiones del régimen actual.

Cuando se contempla el barroco sistema de nuestras organizaciones públicas, es fácil llegar a la conclusión de que el problema administrativo español no se encuentra en una organización defectuosa o en una ausencia de organización sino en el defectuosísimo funcionamiento de lo existente. Por esta causa deben aceptarse solo con mucha reserva las sugerencias que aquí se hacen a propósito de las posibles Confederaciones hidrográficas insulares ya que, aparte de su incongruente terminología, hay que ser conscientes de que, caso de llegar a ser un día realidad, están siempre expuestas al peligro de un funcionamiento desnaturalizado, aberrante e incluso ineficaz, como pasa con tantas otras organizaciones bien planeadas sobre el papel pero perfectamente inútiles en la práctica.

No obstante, como es claro que la sistemática del presente trabajo quedaría incompleta sin una referencia a las organizaciones posibles, conviene examinar el sentido de estas especiales Confederaciones, que no es otro sino el de terminar con la caótica dispersión institucional que domina los aprovechamientos hídricos canarios, y que tanto dificulta su explotación racional.

a) En efecto, analizando el panorama existente se observa en primer término una *dispersión técnica* de los aprovechamientos. Todos los estudios técnicos modernos son unánimes en considerar que el caudal básico de cada isla es único (aunque más o menos matizado en cuencas, cuya determinación no siempre resulta fácil por causa de la geología volcánica) y que, por tanto, los aprovechamientos deben desarrollarse de acuerdo con un plan único. Pues bien, en contra de tal presupuesto, las explotaciones son anárquicas e independientes y con frecuencia contradictorias, puesto que no tienen más cuidado que el ilusorio de no perjudicar a las inmediatamente próximas, tal como con unos criterios anticuadísimo determina la ley. Frente a este estado de cosas es indiscutible que la atomización de las explotaciones debe reconducirse en un sistema unitario o coordinado que permita e incluso imponga la puesta en práctica de una técnica racional de producción o distribución.

b) No menos profunda es la *dispersión de los regímenes jurídicos*, referidos unos a titulares individuales (con derechos muy borrosos por ser de origen prescriptorio o tradicionales, que incluso se remontan a la época de la conquista), otros a Heredamientos y Comunidades de Derecho privado, cuya naturaleza y régimen es increíblemente confuso, tal como se desprende de los estudios que constituyen el tercer volumen de esta serie.

c) También existe una *grave dispersión organizativa*. Incluso después de una reforma unificadora, los Ministerios de Obras Públicas, Minas y Agricultura superponen su actividad interventora, aparte naturalmente de las Corporaciones locales y Gobernadores civiles, que también se interfieren especialmente en los momentos de escasez.

d) Y, en fin, por no alargar demasiado la lista, también hay que aludir a una *dispersión del fomento público*, que se canaliza a

través de mecanismos muy diferentes, que se desconocen completamente entre sí: plan de desarrollo, planes provinciales de obras y servicios, Instituto Nacional de Colonización y Ley canaria de 1962.

2.—Las Confederaciones hidrográficas como centro de unidad

Ante tal situación no parece que haga falta justificar la exigencia de un centro orgánico que preste unidad a los desarticulados elementos hoy existentes. Pero a la hora de buscar una solución concreta, nada mejor que examinar los antecedentes peninsulares, porque es el caso que en la península hasta hace unos años existía una situación no menos caótica que la actual canaria. Como es sabido, las Confederaciones hidrográficas fueron creadas como centro de unidad de los intereses hidráulicos, y pronto alcanzaron el prestigio de una panacea revolucionaria, que no pudo, sin embargo, extenderse a Canarias por la sencilla razón de que aquí faltaba el criterio unitario de base, es decir, la cuenca hidrográfica.

Pero, a mi entender, esta evidencia no impide la aplicación a Canarias de la indicada fórmula. Cierto que aquí no existen ríos, pero es indudable que existen cuencas de aguas subterráneas, en último extremo de alcance insular. Mucho más grave aún es el dato de que en el archipiélago buena parte de las aguas son de naturaleza privada, a diferencia de en la Península. Pero lo que de ello se desprende no es la imposibilidad de introducir en Canarias las Confederaciones hidrográficas sino la necesidad de organizarlas de una manera propia, adaptándolas al medio insular.

Véamos ahora si las Confederaciones pueden ser, en principio, de alguna utilidad para Canarias. De acuerdo con Sebastián Martín Retortillo («Trayectoria y significación de las Confederaciones hidrográficas» en «De las Administraciones autonómicas en materia de aguas», Sevilla, 1960) sus objetivos esenciales son los siguientes: coordinación de los distintos aprovechamientos, cualitativamente diferenciados, que de un río pueden derivarse; superación del principio atomizador y particularista de las concesiones específicas de cada aprovechamiento; y encomendación de la administración de las aguas a los propios interesados.

Aceptada la esencialidad de estos tres objetivos, es claro que

su aplicación ha de ser también muy útil en Canarias, al margen de las diferencias ya apuntadas con respecto a la Península. Concretamente, los objetivos de las hipotéticas confederaciones canarias podrían ser fundamentalmente los siguientes:

—organización de una explotación racional de las aguas hídricas,

—organización de un transporte racional de las aguas extraídas,

—planeamiento del consumo,

—administración de la escasez, o sea, determinación de los racionamientos y expropiaciones,

—homogeneización de los expedientes administrativos,

—planeamiento de las inversiones públicas,

—planeamiento de las ayudas oficiales,

—superación de la dislocación organizativa pública, y

—regularización de las organizaciones y formas de tráfico privadas.

3.—Organización.

Sin pretender entrar en los detalles de la organización de un ente tan hipotético como estas confederaciones, parece, al menos, necesario afirmar los cuatro principios inexcusables sobre los que deben montarse:

Principio de autoridad: El nombramiento del presidente corresponde a la Administración tanto por razones de oportunidad política (en otro supuesto no se aceptaría oficialmente la creación de estos entes) como en garantía de independencia frente a los grupos de presión, tan fuertes en materia de aguas.

Principio democrático: Se considera imprescindible para mantener un equilibrio con el anterior. Conforme a él, los miembros de los órganos de gobierno de la Confederación, especialmente los de los colegiados, deben ser elegidos por los propios

particulares interesados, cuya masa constituye el Cuerpo social corporativo del ente.

Principio de autonomía administrativa: De ella ha de gozar la Confederación, sin perjuicio de su vinculación a un Ministerio, conforme al esquema de las entidades estatales autónomos. La existencia de una personalidad independiente permite la integración de representantes del Cabildo y Ayuntamientos, junto a los delegados de la Administración del Estado y particulares interesados.

Principio de eficacia: Que se concreta en la posibilidad de actuar con fórmulas de derecho privado y de crear un órgano gerente de tipo empresarial para huir del burocratismo.

4.—Requisitos inexcusables.

Aún a riesgo de repetir lo que más arriba se ha dicho, es tan importante este punto que parece necesario volver a insistir sobre ello: no hay que tener demasiada fe en la creación de nuevas organizaciones administrativas, como si éstas pudieran por sí solas solucionar los problemas existentes. Con mucha frecuencia, el nuevo ente es perfectamente inútil y hasta perturbador puesto que implica un mayor gasto y una complicación adicional. De aquí que haya que extremar las precauciones en su creación, rodeándola de unos requisitos inexcusables, que ofrezcan un mínimo de garantía. Estos requisitos son:

—desaparición de los organismos concurrentes ya existentes, puesto que no se trata de crear uno más, sino de simplificar la organización administrativa;

—auténtica participación de los interesados, sin falseamientos representativos de ninguna clase, pues en otro caso perderán los particulares todo interés en el funcionamiento de la Confederación, y ésta se convertirá en un organismo administrativo más, al estilo de los ya existentes;

—participación de los usuarios, que también están interesados;

—personalidad no solo legal, sino efectiva, sin permitir una absorción real por parte de la Administración del Estado;

—recursos financieros suficientes, pues sin ellos el nuevo ente no podrá tener nunca vida; y

—potestades públicas, conferidas por la ley, para ejercer sus funciones.

Se acabó de imprimir esta obra
en los Talleres de GOYA AR-
TES GRAFICAS el día 31 de
Agosto de 1968

Colaboran en el
II Volumen

ESTUDIOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
ESPECIAL CANARIO

TELESFORO BRAVO, Catedrático de Petrología de la Universidad de La Laguna: «El problema de las aguas subterráneas en el Archipiélago Canario»

ALEJANDRO NIETO, Catedrático de la Universidad de La Laguna: «Derechos sobre el subsuelo»

LÁZARO SÁNCHEZ-PINTO Y SUÁREZ, Secretario General del Gobierno Civil de Santa Cruz de Tenerife: «Abastecimiento de agua a poblaciones»

JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ, Magistrado de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife: «Expropiaciones de aguas»

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN, Abogado Fiscal de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife: «Infracciones en materia de aguas»

ALEJANDRO NIETO: «Ideas para una reforma del régimen jurídico de las aguas canarias»

Ediciones

AULA DE CULTURA DE
TENERIFE

SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA
UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

DIRECTOR: Dr. ALEJANDRO NIETO

ESTUDIOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
ESPECIAL CANARIO

(HEREDAMIENTOS Y COMUNIDADES DE AGUAS)

III



CABILDO INSULAR DE TENERIFE
AULA DE CULTURA

1969

Colaboran en el
I Volumen de

ESTUDIOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
ESPECIAL CANARIO

ALEJANDRO NIETO GARCÍA: «Introducción al Derecho Administrativo Especial de Canarias».

LEOPOLDO DE LA ROSA OLIVERA: «Antecedentes históricos del régimen orgánico insular»

LÁZARO SÁNCHEZ-PINTO y SUÁREZ: «Especialidades de las estructuras administrativas estatales en las Islas Canarias»

JOAQUÍN VALLE BENÍTEZ: «Los cabildos insulares»

ALONSO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO MACHADO: «Las mancomunidades provinciales interinsulares»

JUAN JOSÉ MARÍ CASTELLÓ-TÁRREGA: «Consideraciones sobre los aspectos administrativos del plan de desarrollo para canarias»

JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ: «La hacienda estatal en las Islas Canarias»

LEOPOLDO DE LA ROSA OLIVERA: «Las haciendas locales en las Islas Canarias»

ALEJANDRO NIETO GARCÍA: «La región canaria»

Ediciones

AULA DE CULTURA DE
TENERIFE

DONACIÓN
Juan Pulido
Castro

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ESPECIAL CANARIO

ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO ESPECIAL CANARIO

(HEREDAMIENTOS Y COMUNIDADES DE AGUAS)

III

(Curso 1967-68)

por el

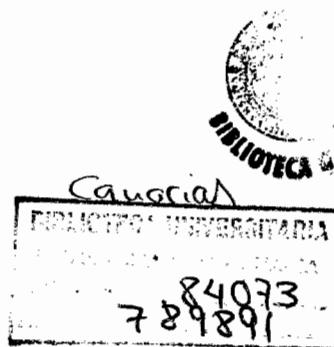
SEMINARIO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
DE LA UNIVERSIDAD DE LA LAGUNA

DIRECTOR: Dr. ALEJANDRO NIETO

Catedrático de Derecho Administrativo



CABILDO INSULAR DE TENERIFE
AULA DE CULTURA



I N D I C E

I.—LEOPOLDO DE LA ROSA: Antecedentes históricos de los heredamientos y comunidades de aguas en Canarias	9
II.—JOSE PERAZA DE AYALA: El Heredamiento de aguas de Orotava. (Notas y documentos para un estudio histórico-jurídico de las aguas en Canarias)	41
III.—ALEJANDRO NIETO: Heredamientos y comunidades de aguas en el siglo XIX.	95
IV.—ALEJANDRO NIETO: Las comunidades de aguas canarias en 1956	149
V.—JUAN-JOSE MARI CASTELLO-TARREGA: Los heredamientos y comunidades en su ley reguladora	179
VI.—ALEJANDRO NIETO: Hacia una teoría consorcial de las comunidades de aguas canarias	211
VII.—TELESFORO BRAVO: La explotación de las aguas subterráneas y sus modalidades	245

I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS HEREDAMIENTOS Y COMUNIDADES DE AGUAS EN CANARIAS

por LEOPOLDO DE LA ROSA

Sumario.—1. Quienes hicieron los repartimientos. 2. La reformatión de los repartimientos. 3. Repartimiento de las aguas. 4. Repartimientos de tierras y aguas. 5. La «propiedad» de las tierras y aguas repartidas. 6. Como surgieron los heredamientos en las Islas.

Versa este curso sobre los heredamientos y comunidades de aguas en Canarias. El título de mi conferencia reza sobre los orígenes de los unos y las otras, pero he de comenzar por decir que su contenido es más modesto, ya que sólo voy a referirme a los primeros.

«Entre heredamiento y comunidad, como dice Marcos Guimerá, aparte de los siglos de antigüedad de los primeros y de su distinto origen —repartimiento real y mero pacto, respectivamente— no hay más diferencia sino la de que los heredamientos son posteriores al agua misma, mientras que las modernas comunidades nacieron —y nacen— antes de que esta exista, precisamente para tratar de alumbrarlas. Una vez alumbrada el agua y practicado el adulamiento, lo que eran diferencias más o menos sustanciales, se convierten en analogías, cuando no en identidad».¹

José Luis Pascual, en su estudio sobre los heredamientos de agua del archipiélago canario ² afirma que los mismos fueron producto de una época histórica determinada: la incorporación a la Corona de Castilla de tierras tomadas a los infieles. «Los heredamientos, dice, son instituciones típicas de los repartimientos ocasionados por la incorporación; ello prueba que teniendo todos la misma causa originaria sean más o menos antiguos, según el momento de la incorporación y su secuela, los repartimientos de tie-

¹ Marcos Guimerá, *Heredamientos de aguas de Canarias*, en el «Anuario de Derecho Civil», Madrid, 1957, Tomo X, Fasc II, pág. 478.

² José Luis Pascual, *Heredamientos de aguas en el Archipiélago Canario v aplicación de su Ley a otras regiones españolas*, en la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», Madrid, septiembre-octubre 1962, núms. 412-413, pág. 629.

rras y la concesión de privilegios y honores por los Reyes a los conquistadores». Y añade: «En algunas poblaciones donde el agua era de gran valor, por la escasez de las aguas pluviales, ésta entraba también en el reparto y, bien con independencia de la tierra o dependiendo de ella, se adjudicaba a los conquistadores». Inicialmente en Canarias, sigue diciendo, «el agua fue repartida con la tierra... En algún momento posterior, al adquirir el agua la enorme importancia que conserva acrecentada, al sustantivarse los heredamientos con independencia de las tierras a las que fertilizaban, se produjo la absoluta separación de tierra y agua, que hoy perdura».

Vamos a intentar en este trabajo analizar quienes y en nombre de quien se hicieron en Canarias los repartimientos, caracteres de los mismos, condiciones con los que se otorgaron, para estudiar luego, concretamente, el origen, en las Islas, de los heredamientos de aguas.

1.—Quienes hicieron los repartimientos

Asumida directamente por los Reyes la empresa de la conquista de las islas de Gran Canaria, La Palma y Tenerife, los repartimientos de tierras y otros bienes de las mismas fueron hechos por los monarcas, bien directamente o a través de sus gobernadores. En las restantes islas del archipiélago, sometidas por quienes ostentaban derecho de señorío, fueron éstos quienes los otorgaron.

Las atribuciones que los Reyes Católicos concedieron a los jefes de las expediciones que lograron dominar aquellas islas para realizar tales repartos, están recogidas en las cartas de poder que otorgaron a su favor y que son bien conocidas:

A) Para Gran Canaria, en la que dieron a Pedro de Vera y está fechada en Toledo, el 4 de febrero de 1480, se dice:

«Nos vos mandamos que repartades los exidos y dehesas y heredamientos de la dicha isla entre los cavalleros e escuderos e marineros e otras personas que en la dicha isla están y estuvieren y en ella quisieren bivar e morar, dando a cada uno aquello que viéredes que según su merescimiento e estado oviere de menester...»

B) Para La Palma, en la dada a Alonso Fernández de Lugo, en Burgos, el 15 de noviembre de 1496, dice:

«Nos queríamos que la dicha isla se poblase e que las dichas tierras e casas e heredades que en ella hay se repartiessen e diesen a las personas que a ella fuesen a poblar..... por esta nuestra carta os damos poder e facultad para que vos podais hacer e hagades el dicho repartimiento.»

C) Y para la de Tenerife le dieron, también en Burgos, el 5 de noviembre de 1496, carta en la que le concedían tal facultad, modificando en su favor lo capitulado, como puede apreciarse por sus términos:

«Por quanto, al tiempo que vos Alonso de Lugo... fuistes por nuestro mandado a conquistar la dicha isla, se asentó con vos por nuestro mandado que acabada de ganar la dicha isla mandaríamos nonbrar una persona que junto con vos entendiese en el repartimiento de las tierras e casas e heredades... e porque agora nuestra merced es que vos solo podais facer e fagades el dicho repartimiento... vos damos poder para ello segund dicho es, e fazemos merced a las personas a quien vos diéredes e repartiéredes e señaláredes qualesquier tierras e heredamientos de la dicha isla de Tenerife e dello les dad vuestras cartas para que sea suyo e pueda facer dello e en ello segund e como e de la forma e manera que se lo vos diéredes e con las mismas condiciones».

2.—La reformatión de los repartimientos

En virtud de los citados poderes, así como de otros que dieron los Reyes a los gobernadores que sucedieron a Pedro de Vera en Gran Canaria, se hicieron los primeros repartos, cuando no, como en casos ocurriera, los monarcas otorgaron directamente cédulas de repartimiento u órdenes dirigidas a sus gobernadores, para que diesen tierras u otros bienes a personas determinadas, en pago de servicios o deudas. Pero, como era de suponer, llovían las quejas a la Corte de reales o supuestas arbitrariedades cometidas en los mismos y ello motivó que en el año 1505 la Reina doña Juana diese poderes al Licenciado Juan Ortiz de Zárate para que hiciese la «reformatión de los repartimientos» en las tres islas de Gran Canaria, La Palma y Tenerife, por carta fechada en Segovia, el 31 de agosto, desarrollados en unas instrucciones de la misma fecha, cuyos términos interesa recoger.

En el poder se le dice:

«Sepades que a mí ha seído fecha relación que la isla de Grand Canaria e la de Tenerife e la de Sant Miguel de la Palma no están pobladas como deven, así porque están dadas muchas tierras y heredades por repartimiento a estranjeros e non naturales destos mis reinos e a personas poderosas; e asimismo las personas que hasta aquí han tenido cargo de los repartimientos de las dichas islas non han guardado la forma e orden de las instrucciónes e poderes que tenían del Rey, mi señor e padre e de la Reina, mi señora madre, que santa gloria aya, dando cantidades inmensas de tierras e aguas e dando por repartimiento algunos sitios e tierras donde se podían hazer poblaciones de villas e logares e puertos de mar si las dichas tierras non se dieran e repartieran a las tales personas,e porque a mi, como Reina e Señora, pertenece en lo tal proveher e remediar de manera que las dichas islas sean bien pobladas... fue acordado que devía mandar dar esta mi carta para vos... porque vos mando que... vades a las dichas islas... e, conforme a una instrucción que vos será dada, firmada del Rey, mi señor e padre... hagais la reformatión...»

Y en las instrucciones se especifica:

«Hazed que todas las personas que tovieren en las dichas islas o en cada una dellas, tierras e aguas e ingenios e otros qualesquier heredamientos, así de secano como de riego, que presenten ante vos las cartas de donaciones e mercedes... e si hallardes que las tales personas o otras algunas tienen las tierras e aguas e ingenios e otras heredades sin título alguno.., o hallardes que non le fue dado justamente... o que tienen algo demasiado de lo que así devieron de aver, ge lo hagais luego quitar e quiteis lo que así tovieren sin el dicho título e lo que tovieren demasiadamente, haziéndolo medir porque la verdad se sepa e ninguno reciba agravio.»

«Otro sí, con mucha diligencia, vos informad del agua que razonablemente para senbrar las tierras de cañas de azúcar cada suerte o hanegada avrá menester, e si hallardes que a las tierras que con justo título fueron dadas les falta agua, se la hagais cunplir *dando e señalando para agora e para sienpre jamás los días e las oras que de la dicha agua deven gozar*, segunt que las dichas tierras, por la calidad del logar donde estovieren, ovieren menes-

ter, e los que tovieren agua demasiada se la hagais quitar e a los que tovieren tierras en parte do non ay agua bastante para se poder regar, sin que venga perjuicio a las tierras que primeramente fueron justamente dadas, hagais que se les dé, porque non es razón que a causa de una o dos cavallerías de tierras o mas o menos se pierdan por falta de agua las otras que en los pagos o términos de las dichas islas fueron dadas. E porque adelante non pueda aver dubda, deveis mandar hazer un libro, el qual esté en el arca de las escrituras de los concejos de las dichas islas, donde esté señalado e determinado, en cada pago o término de las dichas islas, cuántas tierras e aguas ay y cuántas suertes o cavallerías o hanegadas confirmastes e *quántos días e horas de noche e de día deven aver del agua los herederos de los dichos pagos e términos* para repartir las dichas suertes, porque cada e quando viniere dubda se pueda averiguar por él; el qual quede firmado de vos e signado de Pero Hernandez Hidalgo, escrivano, que con vos va, ante quien ha de pasar lo susodicho».¹

La reformatión se hizo por el Lcdo. Ortiz de Zárate y la continuó el gobernador de Gran Canaria Lope de Sosa, y, mejor o peor, en cumplimiento de estas instrucciones, debieron regularse la distribución de las aguas. Como el cultivo más rentable en estas islas era, por entonces, la caña dulce, pensando en el mismo debieron hacerse los repartimientos y su reforma y ello explica las palabras de Hernández Ramos, cuando, refiriéndose a Gran Canaria, afirma que las aguas se asignaron, con preferencia, a los terrenos situados a menos de 300 metros sobre el nivel del mar, atendiendo tanto a su extensión, como a su fertilidad. El criterio predominante, añade, fue dividir cada barranco en dos tramos, cuando tenían a lo largo de su curso manantiales suficientes: las del primer tramo se derivaron para los terrenos fértiles situados a la cota aproximada a los 300 metros y las del segundo a los de menos de 100 y próximos al mar. Los primeros se dirigieron preferentemente a los terrenos de una de sus márgenes, cuando su acusada fer-

¹ *Reformatión del repartimiento de Tenerife de 1506*, introducción de Elías Serra y Leopoldo de la Rosa. Instituto de Estudios Canarios, colección «Fontes Rerum Canariarum», VI. Santa Cruz de Tenerife, 1953, págs. 1-6. Advertimos que el subrayado del texto es nuestro.

tilidad lo consideraba más útil; las del segundo se dividieron en dos partes, para el riego de las dos márgenes, en proporción a su extensión, ya que se consideraban de igual fertilidad.¹

Esta afección de las aguas a los terrenos de cotas bajas y, a lo largo del tiempo, a los dueños de los mismos, motivó la mayoría de los pleitos que más tarde se produjeron, especialmente en Gran Canaria, al intentar los dueños de los terrenos altos, por donde discurrían las aguas, regar los suyos.

3.—Repartimiento de las aguas:

Por conocidos acontecimientos históricos: invasiones, incendios, los archivos de los antiguos cabildos de Gran Canaria y La Palma han desaparecido por completo, en cuanto al primero o sólo se conservan a partir del siglo XVII, en el segundo. Esta circunstancia nos obliga a valernos sólo de los documentos de reparto que se conservan en el del Ayuntamiento de La Laguna, heredero del antiguo Cabildo de la isla de Tenerife, en los llamados *Libros de Datas originales*, de los que existen cinco y contienen las cédulas o albalás de los repartimientos, suscritos por el Adelantado don Alonso Fernández de Lugo y alguno por los Reyes y en los tres llamados de *Datas por testimonio*, con copias de las mercedes de repartimientos y otros documentos relacionados con los mismos. Aparte de ello y en la Sección I del mismo archivo hay tres legajos (D-II, D-III y D-IV) que contienen unos 75 expedientes de reformación debidos a Lope de Sosa, de 1508. Naturalmente, la mayoría hacen referencia a repartos en la isla de Tenerife, pero como el Adelantado era también gobernador de La Palma, hay también algunos relacionados con esta isla y, como hemos de ver, de particular importancia por lo que hace a sus aguas.

El catedrático de la Facultad de Filosofía y Letras de nuestra Universidad, Dr. D. Elías Serra Ràfols viene publicando en la «Revista de Historia Canaria», de la que es director, a partir del número 127-128 de la misma, correspondiente a julio-diciembre de

¹ Juan Hernández Ramos, *Las heredades de aguas en Gran Canaria*, Madrid, 1954.

1959, las cédulas originales que se conservan en los citados *Libros de Datas*, con numeración correlativa, que utilizamos para las citas.¹

Veamos ahora las condiciones con las que Fernández de Lugo hizo los repartimientos en la isla de Tenerife, las que, seguramente, en nada se diferenciaron de las que impusiera en los de La Palma y, muy probablemente, tampoco de las que los gobernadores de Gran Canaria exigieran.

Naturalmente que no son específicas de las aguas, sino que eran referidas a toda clase de bienes. Del interrogatorio de la «reforma» hecha por Ortiz de Zárate cabe deducirlas claramente.

En la pregunta tercera inquiera «si saben y conocen que muchas heredades y tierras se han dado por repartimiento a extranjeros e non naturales de los Reinos de Castilla e a personas poderosas e a otras personas, sin ser vezinos ni pobladores en esta dicha isla». En la cuarta, «si saben... que no han guardado la forma e orden de los poderes de sus Altezas, dando cantidades inmensas de tierras e aguas, e dando por repartimiento algunos sitios e tierras donde se pudieran hazer e poblar algunos logares e puertos de mar e si saben que los haya tomado para sí», sobre cuyo último extremo precisa en la sexta: «si saben... si ha tomado para sí e para sus parientes e criados e para otras personas que ellos han querido muchas cantidades de tierras e aguas». En la novena pregunta: «si saben que a muchas personas, sin ser vezinos, ni tener casa ni mugeres se les han dado muchas tierras e aguas por repartimientos e se las han quitado a vezinos desta dicha isla por se las dar a ellos» y las décima y undécima se refieren a otra de las condiciones: «si saben... cómo después acá que esta isla de Tenerife se pobló ay en ella asiento usado e guardado que ninguna persona pudiese vender ninguna heredad ni tierras ni ingenios que les

¹ En el n.º 127-128, julio-dic. 1959, págs. 254-269, se hallan desde el n.º 1 al 85.

En el n.º 129-130, enero-jun. 1960, págs. 122-138, del n.º 87 al 170.

En el n.º 131-132, julio-dic. 1960, págs. 378-418, del n.º 178 al 360.

En el n.º 133-134, enero-jun. 1961, págs. 151-174, del n.º 361 al 474.

En el n.º 135-136, julio-dic. 1961, págs. 358-373, del n.º 475 al 556.

En el n.º 137-140, enero-dic. 1962, págs. 201-216, del n.º 557 al 645.

En el n.º 141-148, años 1963-1964, págs. 112-143, del n.º 646 al 836.

En el n.º 149-152, años 1965-1966, págs. 115-163, del n.º 837 al 1171.

En el n.º 153-156, año 1967, págs. 79-102, del n.º 1172 al 1261.

fuesen dados, hasta que pasasen cinco años desde el día de la data... más antes eran obligados en el dicho tiempo de las labrar e plantar e edificar» y «muchas personas... los han vendido dentro de los cinco años y aun algunos sin lo labrar ni plantar ni edificar e les volvían a dar a los tales vendedores, después que las habían vendido las que les avían dado, otras de nuevo».

En la séptima pregunta se decía: «si saben... que algunas personas vesinas desta dicha isla, a quien justamente se les avía dado tierras e aguas, se las han quitado sin aver justa causa para ello, dándolas a quien querían».¹

Remitimos a quien interese conocer las irregularidades que entonces se denunciaron al proceso de reformatión, pero sí es claro de los términos del interrogatorio que debían haberse cumplido las siguientes condiciones.

1.^a—Los repartos debieron haberse hecho en cantidades moderadas, según los méritos de los beneficiarios (así se les dice si eran pobladores o habían sido conquistadores y en algunos, aunque en términos genéricos, se refieren sus diversos méritos o servicios).

2.^a—No debieran haberse hecho en favor de «personas poderosas» ni de extranjeros.

3.^a—Aquel a cuyo favor se hiciera había de ser vecino de la isla o adquirir la vecindad, teniendo en ella «casa poblada», trayendo a su mujer e hijos, si los tenía en otro lugar.

4.^a—Quedaba prohibida la venta de los bienes así adquiridos durante cinco años, dentro de cuyo plazo debieran hacer las labores necesarias para ponerlos en cultivo.

5.^a—El incumplimiento de cualquiera de estas condiciones implicaba la pérdida de la «data» o bien repartido.

La justificación de estas condiciones hay que buscarla en el interés por la colonización de la isla, por la que, a pesar de sus relativas condiciones favorables para el cultivo de la caña dulce, entonces el económicamente más interesante, había de luchar el Adelantado contra la riada de aventureros que se desviaban hacia las recién descubiertas Indias occidentales, preñadas de aureas leyendas.

¹ *Reformatión del repartimiento...*, cit., págs. 30, 58, 64, 75 y 78.

Muchos ejemplos pudiéramos aducir de albalás de data en los que se fijan estas condiciones. Así en el dado a Juan Cabeza, el 8 de enero de 1511, por el que el Adelantado la reparte unas tierras en Garachico, le dice: «con la condición de que vos caseis dentro de dos años y si vos non os casáis, que vuelva a la Reina; sin que la podáis vender en cinco años» (1187). Juan Cabeza se casó y el 3 de noviembre de 1513, obtuvo, no sólo la confirmación de sus «datas», sino también nuevo reparto de otras tierras y «unos manaderos de agua de la cueva de la Cebada» (1190).

Por otra parte, es de notar que la privación de los bienes repartidos por incumplimiento, real o supuesto, de las condiciones señaladas, se realizaba por Fernández de Lugo sin proceso judicial alguno; sólo mediante otro albalá con iguales formalismos al en que los había dados, limitándose a señalar la causa: ausencia de la isla, venta dentro de los cinco años, etc.

Veamos ahora, en los repartos de aguas, los distintos supuestos que aparecen:

A) Reparto de nacientes de agua sin limitaciones a favor de otros aprovechamientos:

a) Casos de pequeños nacientes, como el otorgado a favor de Asensio Gomes, el 10 de noviembre de 1505, de «dos manaderos de agua, que son en Tegueste, encima de una casa vuestra, al pie de la fortaleza de Tegina» (36).

b) De pequeñas lagunas, «lagunetas» es el nombre que le dan, como la concedida al conquistador Antón Viejo, el 17 de octubre de 1498, que se llamaban de «Bimargen, arriba de Imarxa» (1261) o las que repartió a Fernando de Espinar, el 20 de abril de 1505, «hacia la fuente de los Berros» (442).

c) Las que propiamente venían a constituir una autorización para hacer obras de aprovechamiento de aguas que nacían en terrenos propios, si bien, en estos casos, quedaba condicionada a que no perjudicasen otros aprovechamientos: el 27 de octubre de 1507 da un albalá al clérigo portugués Rui Blas en que dice: «os do licencia para que podáis buscar qualesquier aguas que hallardes en vuestras tierras de Icode, que van perdidas, e si hallardes que no van a los barrancos e río de Icode, que sean vuestras». (929).

Otras veces no señala tal condición, como en la que diera a Pedro García y Juan de la Torre, «una tierra en Icode, con el agua

que se pueda sacar para las dichas haciendas» (683) o al conquistador Lope Fernández, el 10 de marzo de 1504, «un agua que está debaxo de tierra, encima de Tacoronte, yendo hacia Taoro, en el primer barranco» (62). De todas formas es de notar que quien quería buscar tales aguas, solicitaba la autorización, que el Adelantado concedería o no.

d) En otros, tampoco Fernández de Lugo condicionó el reparto de aguas y ello en dos supuestos, principalmente:

a') Las que se repartió para sí, sus hijos o a poderosos conquistadores o pobladores, como Cristóbal de Ponte o Hernando del Hoyo, que tienen una explicación de hecho.

b') Las que diera para estimular la colonización del sur de Tenerife, prácticamente despoblado y, lo que era más peligroso, donde se hallaba a sus anchas resto de la población indígena y los alzados. Así el río de Güímar lo dió a Lope Fernández en 1503 (109); como no le interesó, lo concedió, con sus tierras a Juan Felipe y Blasino Inglasco de Plombino, romanos; o el de Chasna, que «con todas las tierras que pudieran aprovechar» lo repartió a sus sobrinos Jerónimo de Valdés y Andrés Suárez Gallinato, en unión de Guillén Castellano y Francisco de Espinosa (553) y al siguiente año lo dió al Doctor Nicolás Tello, Comendador de Torres y Cañamares, del Consejo de sus Altezas (278), quien tampoco aceptó, por lo que aquéllos lo traspasaron más tarde a Juan Martín de Padilla.

B) Frente a estos repartimientos de aguas no condicionados a otros distintos, son relativamente frecuentes los que sí lo estaban, como en los siguientes supuestos:

a) Limitados a dejar abrevadero para los ganados: así concede unas aguas a su sobrino Bartolomé Benítez, en 1504, «con tal que deis estación para abrear los ganados de todos los vecinos e pongais dornajos» (317); a Pedro Zamorano, en 1504, «con la condición que hagais un dornajo para las vacas... que esté desembargado para que los ganados puedan entrar a beber» (275); a García de Morales, «un agua que es en unas tierras que dicen de García... con tal que deis lugar a que beban los ganados»; (264) o a Fernando Guanarteme, en 1507, «una fuente que está en Tejina de Adex... con tal que sea de los ganados que quisieren beber» (1111) o a Antonio de Ortega, en 1505, «la fuente de Erjos... con tal condi-

ción que dexéis libre entrada para la dicha fuente, por donde se puedan servir los otros vezinos que allí fueren a poblar e que puedan abrevar sus ganados» (61).

b) Ya en esta «data» últimamente citada, el derecho de los restantes vecinos que ha de respetar, no parece limitarse a que pudieran ir a beber los ganados, sino que se extendía a otras necesidades domésticas, como así se expresa en otros títulos: en 1506 da a Rodrigo de Gran Canaria y a Fernando de León, dos indígenas de aquella isla que le habían ayudado a la conquista de Tenerife, «unas tierras que fueron del Rey de Güímar, con una fuente pequeña, que sea para beber el ganado y la gente» (701). Aun hay otros cuyos términos son más interesantes: en 1504 reparte al portugués Alfón Yanes dos fuentes, «con condición que el agua sea realenga y seais obligado a hacer que entren bueyes y yeguas y otro ganado y hacer buen camino en que puedan entrar y salir» (332) o en el dado a Hernando Lorenzo, al que concede unas tierras «debaxo donde el agua hace una caída, en un barranco grande, donde se sume y se pierde» y le autoriza para que «pueda tomarla donde se pierde, quedando la dicha fuente y abrevaderos hasta que se pierde libre y desembargada, pues el agua es de la ciudad» (1274) o en el de Sancho de Vargas, al que da «el agua que de nuevo ha remanecido e parecido, además de la que había cuando se hizo el repartimiento entre los vecinos, quedando a los vecinos la dula de agua» (645).

c) Es también de interés la autorización a Rodrigo Mexía de Trillo y a Sebastián de Campos, para aprovechar las aguas del barranco que va a Santa Cruz y en él «podades hacer un estanco... e si alguna agua sobrare después de regadas vuestras heredades e la quisierdes dar al pueblo, que dello venga provecho e yo os pague e *faga pagar lo que sea razón*» (216).¹

d) En otros casos la autorización era para utilizar las corrientes de agua para molinos: en 1511 concedió a Jaime Jové «un herido... para que podais hacer el dicho molino... donde podais poner dos o tres muelas, quantas pudiese moler el arroyo» (1186) y en 1514, el escribano del Cabildo Antón de Vallejo «un herido de

¹ Lo subrayado en esta y posteriores «datas» que se citan es nuestro.

molino, en la fuente de García, para que hagades un molino para moler pan, así para vos como para los que vos quisiéredes por maquila... con tal que adobeis la acequia hasta el molino y desde allí hasta llegar a las canales» (1221).

e) O para las necesidades de pequeñas industrias: en 1505 autorizó a Alonso Galán para hacer «un tejar abaxo de la casa del Obispo, con el agua que viene por el arroyo... que oviere menester para el tejar» (1172).

f) Fernández de Lugo se sirvió de la amplitud de sus poderes para regular, a través de los repartimientos, los cultivos: así dio a Pedro Machado «el barranco de Guaonce... para que pongais hortaliza e la traigais a vender a la plaza» (316). Pero el número mayor de los que determinan este condicionado se refieren a los de la caña de azúcar y la vid, que constituyeron en los orígenes de la colonización los básicos de la economía de las islas: así concede mayor o menor cantidad de tierras y aguas siempre que se las dedique a uno de estos cultivos o, por el contrario, para el supuesto de que no se planten y en cuanto al de la caña dulce estimulaba, cuando así lo consideró de interés, la instalación de los ingenios, bajo cuya condición da las tierras y aguas. En 1503 concedió a su sobrino Bartolomé Benítez un agua «porque vos obligasteis a hacer un ingenio de agua para el herido, el qual vos señalo e afirmo, que será el mejor que escogerdes, si primero fabricais que otro ninguno» (391), y en el mismo año dio una azada de agua a Fernando Gallego «con tal que hagais un ingenio de agua o de bestias dentro de tres años» (453), y en 1505 a Diego de Negrón unas tierras en Imobad, con el agua llamada Cebeque, siempre «que seais obligado a hacer un ingenio de bestias o de aquella disposición que más hubiere» (514).

En 1503 dio a Juan de Badajoz «un hilo de agua» en Gúfmar, junto con unas tierras y le especifica «que siendo para cañas os daré tres fanegas e si fuere para viña cinco» y aun en el mismo albalá restringe la concesión en estos términos: «vos do la dicha agua con tal que no sea para azúcar» (610) y aun antes, en 1502, a Rodrigo de Jaen le da «un agua en Adex, que se dice Tafanic, con tal que no sea para cañaverales, porque siéndolo cesa para quien los pusiere» (666).

Es de notar que en un mismo año, el 1503, estimula a través

de los repartos el levantamiento de ingenios azucareros, al tiempo que pretende restringir la plantación de la caña, hechos que pueden tener diversas explicaciones, que escapan a este estudio.

Por el año 1508 protege ya claramente el cultivo de la vid, como se ve en varias «datas», como en la de Juan Cabeza, a quien dio «dos manaderos de agua con tierra, para viña» (1182).

4.—Repartimientos de tierras y aguas

Analicemos ahora el problema de la afección del agua a la tierra a la luz de los albalás de repartimiento dados por el Adelantado, en los que hallamos el supuesto de un agua que concede para regar unas tierras y el en que autoriza la utilización de un manantial, sin hacer referencia a la tierra que ha de regar y aun dentro del primer caso es de notar que ante, el decisivo valor del agua, es frecuente que reparta un agua, añadiendo, «con la tierra que con la misma se pueda regar», lo que, naturalmente, daría lugar en el futuro a graves problemas de delimitación de tales inmuebles. Veamos algunos ejemplos de unos y otros casos:

A) Reparto de tierras con aguas:

a) Concesión de una parcela de tierra determinada, con el derecho a regarla con el agua de tal fuente o de una parte alicuota de su caudal.

b) Por el contrario, en no escasos repartos, da unas aguas con las tierras que pudieran regarse con ellas, así el agua de Güimar la concedió a Lope Fernández «con toda la tierra que pudieres regar» (109); la de Chasna, a que nos hemos referido y en la que se expresa en los mismos términos (553); la de Tágara que dio a Bartolomé Benítez y Pedro de Vergara, «con todas las tierras que con su agua podais regar» (209) y las de la costa de Agache, que comprendía tanto la fuente de Ajofa, como todas las otras aguas que se pudieran juntar y aprovechar en aquella zona, con todas las tierras que con ellas se pudieran regar, cuya data termina con estas palabras, a las que hemos de referirnos de nuevo, «para que sea vuestro e cada uno de vos podades tener e poseer como cosa vuestra propia por mitad» (96).

La idea de afección del agua a la tierra era en casos, sin duda, evidente, como ocurrió con las del río de La Orotava, origen

del heredamiento de su nombre y de ella la necesidad de autorización para desafectarlas, que se da en un albalá otorgado al genovés Tomás Justiniano el 10 de mayo de 1505, en que Fernández de Lugo le dice «el agua que vos pertenece por razón de las tierras que se repartieron... en Taoro del Arautava, la paseis a Erjos, en cualquier parte y lugares que vos quisierdes» (1164).

B) Repartimiento de aguas, sin mención de tierras: varias son las «datas» en que así lo hace, como la otorgada a Sancho de Vargas del «agua que de nuevo ha remanecido» en El Sauzal (645) y al mismo, en 1506, de «todas las aguas que se hallaren e hoy día están descubiertas debaxo de los cerros de los riscos del barranco de Bayonja... las quales no están aprovechadas e si por caso pudierdes sacar tanta agua que se puedan hacer moliendas, faciéndose es mucho noblescimiento de la isla» (551), pero el supuesto más relevante es el de la merced de la Reina doña Juana a favor de Luis de Armas, de 7 de junio de 1513, en la que se dice que como en las islas de Tenerife y La Palma «hay muchas aguas perdidas, así de ríos, fuentes, manaderos, sumideros, de azequias e desaguaderos... que no se aprovechan e podían sacar e aprovechar... e que algunas de las dichas aguas en la reformación que hicieron Lope de Sosa e el licenciado Çarate en esas dichas islas adjudicaron algunas o muchas dellas a los heredamientos donde las dichas aguas caían o se podían aprovechar e a muchas otras personas, e sin les quitar a los tales heredamientos e personas a quienes se adjudicaron las dichas aguas lo que de derecho les pertenesce que deven haber, él [Luis de Armas], podría sacar e aprovechar e juntar de las dichas aguas mucha cantidad e cantidades para que se pudiesen regar e aprovechar más heredamientos de las dichas islas...» Atendiendo a su petición la Reina dice: «e me suplicó e pidió por merced le mandase dar e diese licencia e facultad para qué las pudiese sacar e aprovechar y que en remuneración de su servicio e industria y trabajo e costa de las aguas que así sacase e aprovechase le hiciese alguna merced... yo tóvelo por bien de le dar e por la presente le doi la dicha licencia poder e facultad al dicho Luis de Armas para qué o las presonas qué quisiere e pusiere para lo susodicho e no otra persona alguna, pueda sacar e aprovechar e juntar las dichas aguas... con tanto que a cada uno heredamiento e

presona quede e se dé enteramente toda el agua que de derecho le pertenesciere e deviere haver por sus dulas e açadas, según costunbre desas dichas islas, según las tierras e títulos que de regadío tuvieren e de toda el agua que así el dicho Luis de Armas sacare e aprovechar e en esas dichas islas a su costa e misión yo le hago merced de una tercia parte dellas para que sea suya e de sus herederos e la pueda vender e hacer delia e en ella lo que quisiere, como de su cosa propia, ganada e habida por su justo derecho e título e las otras dos tercias partes sean e queden para que yo pueda hacer e mandar dellas lo que mi merced e voluntad fuere...»¹

Aun cuando esta concesión real no llegara a tener efectividad, tanto por la oposición de los tenedores de las aguas, como por la muerte casi inmediata de Luis de Armas, es representativa, tanto por lo que significa de independencia total del agua a la tierra, como por ser reflejo del primer intento del «negocio» canario de aguas.

Notemos también el uso del vocablo «heredamiento» con el valor de aprovechamiento de aguas en copropiedad, como opuesto al derecho de propietarios individuales.²

5.—La «propiedad» de las tierras y aguas repartidas

Problema de interés evidente es el de la naturaleza jurídica de los bienes otorgados en repartimiento en los casos que estudiamos. Las condiciones de los mismos, la que implicaba su pérdida en los supuestos de no adquirir vecindad en la Isla o no tener en ella casa abierta o intentar enajenarlos antes de los cinco años; los conocidos hechos de privación por parte del Adelantado de tierras y aguas que había concedido, con el pretexto, más o menos justificado, del incumplimiento de aquel condicionado o bien por

¹ *Acuerdos del Cabildo de Tenerife*, vol. III, 1514-1518, edición y estudio de E. Serra y L. de la Rosa, Instituto de Estudios Canarios, La Laguna, 1965, pág. 235.

² Sobre el origen, evolución y distintos significados de la voz heredamiento, *La problemática histórica del heredamiento*, por el catedrático de la Universidad de La Laguna Jesús Lalinde, en «Anuario de Historia del Derecho Español», Madrid, 1961.

no haber roto y cultivado las tierras o aprovechado las aguas, como por incumplir cualquiera otra de las cláusulas específicas de cada «data», permiten hacer dudar seriamente de que nos hallemos ante un caso de propiedad privada, en el concepto del Derecho Romano, en favor de los beneficiarios de los repartimientos.

Es muy posible que, ante la falta de estímulo necesario, en una colonización que se halló en serias dificultades, unido a otras varias circunstancias históricas, fuese el propio Adelantado quien se viese obligado en casos, como el antes citado, a precisar: «para que sea vuestro e cada uno podades tener e poseer como cosa vuestra propia» (96), pero cuando viene a las Islas el licenciado Juan Ortiz de Zárate como reformador de los repartimientos se encuentra no sólo con los problemas ya indicados, sino con otros derivados de las arbitrariedades que los repartidores habían cometido, entre ellas la de desposeer sin causa a datarios: así en la pregunta séptima del interrogatorio de la reforma hecha en Tenerife, repetimos, se pregunta a los testigos «si saben y conocen que algunas personas vesinas desta dicha isla a quien justamente se les avía dado tierras e aguas se las han quitado sin aver justa causa para ello, dándolas a quien querían».¹ Pues bien, en este momento se produce un cambio profundo en el problema de la propiedad de las tierras y aguas que «reforma» Ortiz de Zárate, pues en las sentencias que pronuncia se dice: «que las ayan e tengan por suyas e como suyas propias, para agora e para sienpre jamás, para sí e para sus herederos e sucesores».²

6.—Como surgieron los heredamientos en las Islas

Veamos ahora ya concretamente las noticias que tenemos del origen de los heredamientos de aguas en el Archipiélago, debiendo distinguir dos supuestos:

A) Heredamientos que van produciéndose por divisiones y subdivisiones hereditarias o por enajenaciones. El caso más significativo es el del *Heredamiento de las haciendas de Argual y Taza-*

¹ *Reformación...* pág. 67.

² *Id.* págs. 134, 144.

corte, en la isla de La Palma, de las aguas llamadas del río de Tazacorte, dadas por don Alonso Fernández de Lugo, en 1502, a su sobrino Juan de Lugo, quien las traspasó en 1508 a Jácome Dinarte y éste, en 9 de enero de 1509, a la Compañía alemana de los Welser, la que obtuvo su confirmación por carta de la Reina doña Juana fechada en Valladolid, el 10 de enero de 1513. A fines del mismo año, el 4 de diciembre, los Welser venden sus derechos en La Palma a Jácome von Grünenberg, operación que logra también la aprobación real de don Carlos, en Zaragoza, el 4 de diciembre de 1516.¹ Pues bien, a la muerte de Jácome von Grünenberg, la hacienda de Argual y Tazacorte con sus aguas se divide entre sus cinco hijos, que ya habían traducido al castellano su apellido por el de Monteverde y, naturalmente, a través de los cuatro siglos y medios transcurridos, hoy el número de sus herederos sobrepasa el de 1,500, y si la distribución de las aguas se hiciera en 1613 en veinte décimos de a 24 horas cada diez días, el «décimo» hubo de irse dividiendo y subdividiendo, en turnos de horas, éstos de minutos y después de segundos, con los nombres de «horas, minutos o segundos de agua».²

B) Pero, en la mayoría de los casos, tanto Fernández de Lu-

¹ Como en otros casos, Fernández de Lugo, a pesar de haber dado a su sobrino Juan de Lugo el agua del río de Tazacorte o sea la que nace en La Caldera, en el año 1503, también concedió el aprovechamiento de las mismas a distintas personas, como aparece de los *Libros de Datas*, de Tenerife, así a Jerónimo de Valdés y Andrés Suárez Gallinato, sus sobrinos, les da, el 3 de agosto del mismo año, 40 fanegas de tierra de riego, «con toda el agua que les pertenece en los Llanos de San Miguel, debaxo del agua del río de Tazacorte» (825); a mosén Juan Cabrero, Comendador de Aledo y Camarero mayor del Rey Católico, le hace repartimiento de 60 fanegas de riego en los llanos de Tazacorte, «las cuales se han de regar con toda el agua que sale de la fuente que se dice de La Caldera, con todas las otras aguas que se juntan a la dicha fuente, hasta la fuente de Antón Sánchez» (422) y aun, en 9 de junio de 1514, concedió al licenciado Cristóbal de Valcárcel, junto con Vasco de Vaamonde, por iguales partes, «las fuentes e aguas corrientes e movientes e manantes y estantes que son en la isla de La Palma, en la cabezada que se dice de La Caldera, que han por linderos de una parte el paso que dicen del Capitán e de la otra el barranco de las Chozas de los palmeros...» (1248). Claro es que estas varias «datas» quedarían sin efecto ante las concesiones reales a los poderosos Welser y sus sucesores.

² *Estatutos del Heredamiento de las haciendas de Argual y Tazacorte*, impreso en Bayer Hnos y Cía, Barcelona, 1967.

go, como los que tuvieron poderes para hacer los repartimientos en la isla de Gran Canaria, conscientemente dieron porciones alícuotas de corrientes de aguas a los poseedores de tierras que al tiempo le concedían o que por otra circunstancia ya poseían y de ello hallamos diversos ejemplos en las «datas» de Tenerife: a Fernando Gallego y su hermano Alvaro de Mesa, le da una azada de agua en el barranco de Lucía, en Anaga, con la tierra que pudiere regar (475), al propio Fernando Gallego un cuarto de azada en el barranco de Armacite, también en Anaga (425); a Sancho de Vargas, una azada y media de agua, en las de Aguaya y Musieres (179); en las de Güimar hay también concesiones por azadas o medias azadas, como las que figuran al número 514, al igual que en las de Icod, siempre que se le respetase su derecho para el ingenio azucarero que allí tenía Fernández de Lugo.

De las que hay más ejemplos en los *Libros de Datas* de Tenerife son en las que dieron lugar al Heredamiento de La Orotava: así a Constanza Fernández, hija de un famoso indígena de Gran Canaria, Pedro Maninidra, le da, en 1508, unas tierras en aquel lugar «e mando al repartidor del agua que vos dé la que os pertenece por su dula a las dichas dos fanegas de tierra» (1104); en otras precisa el albalá «con un día de agua de veinte en veinte días» y aun restringe más el Adelantado, al decir «que digo que se os den de dos en dos meses» (707); a su sobrino Andrés Suárez Gallinato le da un pedazo de tierra para hacer un estanque «en que en dos días e dos noches de agua entre una azada». (581). Pero lo general es que tales aguas de La Orotava, o, como entonces se decía, del Araotava, se diesen por dulas, en proporción a las tierras de riego que se le repartían, pero las dudas y abusos debieron ser muchos y cuando vino a esta isla el reformador Ortiz de Zárate, en mayo de 1506, se trasladó a aquel lugar, visitó los nacientes de agua, las hace medir, pide que se le hiciese relación «clara e abiertamente [de] todas las tierras que avía en el dicho valle del Araotava, cuántas e cuáles heran e cuyas heran una en pos de otra, porque él determinara de les dar el agua que cada una deviese aver, una en pos de otra, porque cualquier que toviese tierra de regadío en el dicho valle del Araotava supiese cuándo avie de regar e qué horas de agua avía de tener y que si su vecino regase un día que él avía de regar otro día siguiente e no antes ni después, y esto dixo que

lo fazía e quería así fazer e ordenar porque él hera informado que en el dicho valle del Araotava avía gran desconcierto en el agua de riego». Zárate continuó el estudio de la forma en que los riegos se hacían, los repartos por azadas de agua, así como el aprovechamiento de los mismos por «una hora natural, ques de doze horas», con la que regaron un cañaveral que no lo había sido hacía 40 días y el 29 del citado mes de mayo dictó sentencia, de «reforma» del repartimiento de tierras de riego en dicho valle y el inmediato día 30 dispuso que el alcalde del lugar, Pedro de Medina, en unión de los vecinos Lope Gallego y Bartolomé de Villanueva, «tomasen cargo de fazer tres acequias de agua con que se rieguen las tierras e cañaverales de la dicha Araotava, en tal manera que por los dos acequias vayan e corran dos açadas de agua por cada una e por la otra acequia de las tres vaya e corre una azada de agua e desta manera repartan las dichas acequias por donde mejor pareciere. E asimismo fagan copia de todas las tierras e cañaverales de riego que están repartidos en el dicho valle del Araotava e las repartan e compasen de manera que una en pos de otra se puedan regar de quarenta en quarenta días...» y el 5 de junio siguiente, en La Laguna, dictó sentencia de «reformación» del repartimiento de las tierras, «con el agua que por sus dulas les perteneciese»¹

Por los documentos de los heredamientos de Gran Canaria que han llegado a nosotros podemos asegurar que siguió el reformador análogo sistema en aquella isla: en la confirmación de las aguas del de Tenoya, de 3 de enero de 1508, se dice que «...viendo la necesidad que las dichas tierras del dicho barranco de Tenoya tienen de la dicha agua, que ninguna persona sea osada ni se entremeta a tomarles agua ninguna de la del dicho barranco, ni de todas las otras que se puedan aprovechar, aguas vertientes a dicho barranco, aunque sean tales que en el estío se suman, pudiéndolas sacar las saquen para que se aprovechen dellas en las dichas tierras y en la parte del dicho barranco donde los dichos señores herederos de las dichas tierras les hubiese bien de ello, la Reina nuestra señora será servida y ellos aprovechados en darles el agua neces-

¹ *Reformación...* pág. 126 y siguientes.

ria para las dichas heredades e si es necesario de nuevo se la doy por lo que cumple a la población de la dicha isla, para que la hayan y tengan para si y para sus herederos y para quien dellos lo hubieren de haber, para que con ella rieguen las dichas sus heredades por su dula, según la manera que de suso se contiene y ninguna persona sea osada direta ni indiretamente de ir contra lo susodicho, ni por si ni por interpuestas personas, so pena que si alguna heredad tuviese en el dicho barranco de Tenoya la pierda con el agua que para ella tuviese y sea para la cámara y fisco de Su Magestad.¹

La sentencia de confirmación de Zárate a favor del hospital de San Martín, de 3 de enero de 1508, ratifica la merced que tenía este establecimiento de «dos aranzadas de tierras de riego que son en el heredamiento de Fargas... las quales... se hayan de regar con el agua de la acequia principal por sus dulas; cada dula de treinta en treinta días y ha de regar en cada dula dos horas de agua, regando las dichas dos horas con azada de agua, conforme a la sentencia que el gobernador Lope de Sosa dio y pronunció sobre las tierras y aguas del dicho heredamiento».

Al referirse al reparto de las aguas en Gran Canaria, don Juan Hernández Ramos dice, como ya señalamos, que en los «sucesivamente realizados las aguas se asignaron con preferencia a los terrenos situados a menos de trescientos metros sobre el nivel del mar; asignaciones que se hicieron, no sólo atendiendo a su extensión, sino teniendo muy en cuenta su fertilidad. El criterio predominante fue dividir cada barranco en dos tramos, cuando tenían a lo largo de su curso manantiales suficientes. Las del primer tramo se derivaron para los terrenos fértiles situados a cota aproximada a los trescientos metros y la del segundo a los de menos de cien y próximos al mar. Las del primer tramo se dirigieron preferentemente a los terrenos de una de sus márgenes; las del segundo se dividían en dos partes, para el riego de las dos márgenes;

¹ *Noticias en razón del establecimiento y formación de los heredamientos que hay en esta isla y de los repartimientos de las tierras que se riegan con sus aguas y formación de las Ordenanzas municipales, en las que se comprenden las de Alcaldes de Aguas*, por don Francisco de Leon y Matos, 1783, cuya copia debo a la amabilidad de D. Marcos Guimerá.

en proporción a su extensión, ya que se consideraban de igual fertilidad, mientras que las del primero se destinaban a los de una de las márgenes, cuando su acusada fertilidad lo consideraba más útil».

«Desde el principio se establecieron turnos y horarios, asignando a cada asentado cantidades fijas, como accesorio a sus fincas».

Y León y Matos, en sus *Noticias* afirma que «cuando se repartieron los terrenos altos se dieron con calidad de secano, aunque nacía agua en ellos». Esta circunstancia había de motivar en lo sucesivo serias diferencias y numerosos pleitos, ante la humana pretensión de quienes veían pasar por sus tierras una corriente de agua, que legalmente no podían utilizar para sus cultivos.

En Gran Canaria se dio una merced real de aguas separada de la tierra a favor del Cabildo de la Isla, por carta de 26 de julio de 1501, en virtud de la cual le fue concedida el agua de la sierra de Tejeda, para los propios, con el fin de que obtuviera rentas para el pago de sus obligaciones, después de utilizar las necesarias para el riego de las tierras que fuesen factibles de fecundar. Pero como la obra de conducción de dicho caudal desde los nacientes se calculó de un coste superior a los 250,000 maravedís, la corporación insular optó por el sistema de concertar la ejecución de la obra mediante la cesión a quien la realizara del 50% de las aguas. Los que la ejecutaron vendieron sus derechos a Juan de Aríñez, en 1528; éste obtuvo repartimiento de tierras para regarlas con sus aguas y así nació en heredamiento llamado del Dragonal, por sucesivas divisiones inter vivos y mortis causa.

APENDICE

FUENTES DOCUMENTALES

Noticias en razón del establecimiento y formación de los Heredamientos que hay en esta isla y de los repartimientos de las tierras que se riegan con sus aguas y formación de las Ordenanzas municipales, en las que se comprenden las de Alcaldes de Aguas, escritas y recopiladas por don Francisco León y Matos, siendo Director de la Sociedad Económica de Amigos del País. Las Palmas, 1783.

Contiene noticias del Heredamiento de Tenoya, cuyo expediente comenzó el 26 de noviembre de 1506 y terminó el 3 de enero de 1508. Dice que en él hay confirmación de los bienes de Catalina Guerra, viuda de Juan de Ceberio y de sus hijos, con expresión de los de regadío en Tenoya, de los de sequero y de otros de riego en la ciudad; del expediente de confirmación de los bienes del hospital de San Martín, y su reformatión por Ortiz de Zárate, de 3 enero de 1508, protocolado en el oficio de Antonio Miguel del Castillo, en agosto de 1790, que dice contiene certificación en la que consta que, el 3 de septiembre de 1502, el gobernador de la isla Antonio de Torres, haciendo reparto de tierras en Firgas, dio unas a Fernando de Oreseña, en pago de 1704 mrs. que, según una cédula firmada por Rodrigo de Alcocer, le eran debidos por el tiempo que sirvió en la conquista de la isla; otra de repartimiento de las heredades de Agüimes, de 25 de agosto de 1485, en favor de Diego de Jerez; a Bartolomé Trompeta, de tierras de regadío en Telde, fechado el 12 de septiembre de 1485; a Alonso de Albaida; del asiento de molino a Martín García, quien lo dejó al hospital

de San Martín; al mismo hospital, de un trozo de tierra junto al molino y al ingenio de Juan de Ceberio; testamento de Bartolomé Trompeta, cofrade del hospital, de 12 de Mayo dd 1489. En la sentencia de confirmación a favor del hospital, ya citada, se refiere a «dos aranzadas de tierra [que] se hayan de regar con el agua de la acequia principal del dicho heredamiento, por sus dulas; cada dula de treinta en treinta días y ha de haber para regar en cada dula dos horas de agua, regando las dichas dos horas una azada de agua, conforme a la sentencia que el governador Lope de Sosa dio y pronunció sobre las tierras y aguas del dicho heredamiento».

Hace referencia al reparto de aguas de Gáldar y a junta de sus herederos para dar al convento de San Francisco un cornado de agua para su abasto; a escrituras de nombramiento de repartidor del heredamiento del Palmital, y sus obligaciones. Al agua del Barranco Seco, con la que se había de regar por la acequia que iba por el medio de la ciudad, pasando por la plazuela de los Alamos, a la calle de los Reyes.

Sigue diciendo que la Justicia y Regimiento de la isla formó sus Ordenanzas y entre ellas la de los Alcaldes de Aguas, que fueron aprobadas por el visitador de la Real Audiencia Francisco Ruíz Melgarejo, nombrado por R. C. de 22 de diciembre de 1529.

Hace historia de la apertura de la mina del heredamiento de la Ciudad, procedente de la merced hecha al Cabildo la Isla, por R. C. de 26 de julio de 1501, de las aguas de la sierra de Tejeda. Debido a su coste, calculado en 250,000 mrs. se solicitó de los Reyes autorización para repartir tal cantidad entre los vecinos. Comisionado para hacer la correspondiente información el Lcdo. Diego Fernández de Varela, resultó que había personas que se comprometían a traer las aguas a su costa, con la condición de que les diesen la mitad de las mismas, con las tierras suficientes para su riego, quedando la otra mitad para los propios. Así se hizo y la obra la ejecutaron Vasco López y Tomás Rodríguez. La mitad del agua que les correspondió la adquirió, el 21 de julio de 1527, ante Cristóbal de San Clemente, el escribano mayor del Cabildo Juan de Aríñez, de Fernando Moro, Alvaro Rodríguez y Martín Valerón. La viuda de este último, Catalina Pérez, otorgó escritura de ratificación de tal venta, a favor de Aríñez, en Guía, ante Alonso de San Clemente, el 30 de agosto de 1528.

Juan de Aríñez, ya dueño del agua, solicitó del Cabildo tierras para riego; les dieron las del Dragonal. Las aguas, que formaron el heredamiento llamado del Dragonal, se adulaban de 30 en 30 días, de a 12 horas del reloj. El Cabildo destinó la otra mitad del agua de Tejeda, de sus propios, para el riego de los cercados que había desde la caja del repartimiento, en la plazuela de San Juan, hasta Solís y desde la portada de los Reyes a los callejones, también de 30 en 30 días de a 12 horas. El mismo Cabildo dio diez horas a Fernando Rodríguez Gallego, «por las albricias de que ya el agua había pasado por la mina a esta otra parte de la sierra hacia esta ciudad» y las 50 restantes las vendía a 50 doblas. El 24 de mayo de 1527, acordó la cesión de las aguas a censo perpetuo, para evitarse los gastos de administración: las condiciones fueron aprobadas en cabildo de 3 de julio y se adjudicaron al Lcdo. Venegas en 50 doblas de oro al año, con condición de que habría de traer el agua perpetuamente al barrio de Vegueta, para que allí se aprovechara, y poner el agua al pilar de la plaza, con sus cuatro caños y dar medio real de agua al monasterio de Santo Domingo, que lo había obtenido por merced real.

Por R. C. de 18 de diciembre de 1490, el convento de San Francisco obtuvo a su favor un real de agua de la acequia de Triana.

León y Matos hace también relación de incidencias posteriores en la administración de algunos de los heredamientos de Gran Canaria.

Resumen histórico descriptivo de las Islas Canarias, redactado hacia 1840, por el Doctor don Domingo Déniz. Ms. inédito propiedad de don José Miguel Alzola.

Hace relación de los heredamientos que había en las islas, indicando su forma de distribución. Comienza con las siguientes palabras:

«Antes de enumerar los heredamientos que contiene esta isla [de Gran Canaria] conviene advertir: 1.º—Que el volumen de agua de cada uno de ellos se regula por lo que, poco más o menos, puede regar suficientemente un hombre, cuyo tipo o raiz, aunque en todos no representa la misma cantidad, se llama en unos *surco*, en otros *azada* y en otros *cuarta*: surco, en atención a considerarse igual, poco más o menos, a lo que en el riego debe correr por un

surco de tierra; azada, por el instrumento de que se hace uso, no solamente para cabar la tierra, sino también para regar; cuarta, por dividirse el todo del caudal en porciones, que se distribuyen por cuartas partes del día natural, así es que una cuarta parte del agua corre seis horas de reloj. De aquí se deduce que la cantidad de agua de un heredamiento se compone de uno o más surcos, azadas o cuartas, o bien, de fracción de ellas. 2.º—En unos heredamientos es costumbre que cada heredero o interesado tome toda el agua a la vez para regar sus terrenos y en otros se divide en porciones, que, como va enumerado, se llaman surcos, azadas o cuartas partes del mismo. Para practicar esta operación hay en ciertos y determinados puntos de algunas acequias un aparato de cantería, formando contra la corriente un arco semielíptico, llamado *cantonera*, con varios cortes rectángulos de diferentes tamaños, que se llaman *bocas* u *ojos*, por donde pasan uno o más surcos, azadas o cuartos de agua o fracciones de dichas unidades. La mayor parte de las cantoneras se hallan descubiertas a campo raso; otras, que son las menos, encerradas en una casilla, que se denomina *caja de agua*. 3.º En los heredamientos donde se riega sin interrupción, los surcos, azadas o cuartos o sus fracciones, se llaman *hilo*; en aquellos donde es costumbre estancar el agua durante la noche para regar de día con más aprovechamiento llevan el nombre de *alberconadas*, que son, poco mas o menos, el doble de las primeras. 4.º—Entiéndese por *dula* (*dula* en esta acepción es voz muy usada entre los agricultores de la Gran Canaria; los de Tenerife dicen, con propiedad, *adula*). La generalidad con que se emplea entre nosotros, nos obliga a conformarnos con ella en este escrito) el período de cierto número de días en que todos los herederos han regado, cada uno por su turno, con la porción de agua que les corresponde. En los de Agaete se llaman *indeterminadas*, porque cada heredero toma por su turno el agua para regar con ella, no por cierto número de horas, sino por todo el tiempo que necesite: así muchas veces la dula puede durar, por ejemplo, cinco días y en otras 15. Los días de dula se componen, generalmente; cada uno de 24 horas de a 60 minutos; mas los hay también en que un día artificial y una noche componen dos de dula. Las horas de agua en todos los heredamientos no son las mismas: en algunos, una hora de agua es igual a una de reloj; en otros a 12 del mismo. 5.º—En ciertos hereda-

damientos donde la dula es muy larga y los terrenos necesitan el agua con frecuencia, hay lo que se llaman *cambios*, que viene a ser el convenio que hacen entre si los herederos de darse mutuamente el sobrante del agua que no pueden invertir el día de dula que les toca, para tomarla en otros que le convenga y que sea mas apropiado para regar sus terrenos a debido tiempo. 6.º—Las aguas que constituyen los heredamientos no siempre nacen en el mismo término municipal a que pertenecen. 7.º Algunos arroyos dan origen a varios heredamientos: sea, por ejemplo, el de la mina de Tejeda, del cual se forman el del Dragonal y Tamaraceite, Fuente de Morales, Vegueta y Triana. 8.º—La Junta de Heredad la forman en cada pueblo los herederos o sus apoderados, bajo la presidencia del Alcalde.

Memoria sobre el estado de la agricultura en la Provincia de Canarias, por el Coronel don Francisco María de León y Falcón, Comisionado regio en dicha Provincia. Año 1850. (Inserta, la parte relativa a regadíos, en el Boletín Oficial del Ministerio de Comercio, n.º 40, del 30 de septiembre de 1852) Biblioteca Municipal de Santa Cruz de Tenerife, sigs. 11-2-14.

Estudia el heredamiento de Arucas y Firgas, forma de distribución de sus aguas, la Junta General de Heredad, formada por todos los dueños de las aguas, la que anualmente, dice, convoca el Alcalde de Arucas en el mes de enero, en la que se da conocimiento de las cuentas que rinden los secuestrarios, se nombran los empleados necesarios y se adoptase las medidas que se estiman precisas. De surgir durante el año alguna incidencia, a petición de cualquier heredero, el Alcalde debe convocar Junta General, sólo para resolver sobre el extremo solicitado. El Alcalde, de no ser heredero, sólo asiste como presidente, para guardar el orden y hacer que se cumplan los estatutos, pero sin voto. Analiza luego las funciones del Secretario, del Repartidor, elegido anualmente; del Ceador y los Acequeros; del Secuestrario, encargado del remate de las aguas que se dejan diariamente, para destinar su producto a atender a los gastos del heredamiento. Hace ver que cada heredero, sea cual sea su participación en el agua, tenía un voto, lo que resultaba injusto y daba a lugar, además, a las presiones de los herederos ricos, sobre los pequeños, que poseían cortas participaciones.

Sigue relacionando los heredamientos de la ciudad: Dragonal, Barranco Seco, Fuente de Morales, Vegueta y Triana y pasa luego a los de la isla de Tenerife: en la que sólo hace mención en este lugar del de La Orotava; a los de La Palma, en que cita el de Los Llanos y las aguas de Santa Cruz de La Palma y, por lo que hace a La Gomera, señala la abundancia de aguas, pero añade, «no siendo caudalosos casi ninguno de los manantiales, los propietarios se limitan a hacer sus riegos en los días que a cada uno tocan, según el turno que han establecido y sin ningunas formalidades... pero, por lo común, en los señalamientos no se ha observado la proporcionalidad debida a los terrenos que pueden regar; así conviene reformar —sigue diciendo— estas informales ordenanzas y someter a un sistema más exacto y que evite los fraudes y las parcialidades». Termina por hacer referencia a los regadíos en las islas de El Hierro, Lanzarote y Fuerteventura y a la forma de aprovechar las aguas en esta última por los llamados *bebederos* y *rosas de gavias*.

Termina su trabajo con la relación de los heredamientos de Gran Canaria, (tres en Agaete: Fuente del Alamo, El Sauce y La Solana; cinco en Agüimes: Santa María, Los Parrales, Las Vacas y los de Temisa; uno en la Aldea de San Nicolás; tres en Arucas: el de Arucas y Figas, del Pinillo y de Padilla; siete en Gáldar: el de la Vega Mayor, de Ausofé, Tarragus, Taya y Marmolejo, Taya, del Palomar y Charco de la Arena; tres en Ingenio: el del Ingenio, del Carrizal y de Aguatona; dos en Moya: el de los Propios. Chorros y Laurel y el de Pájaritos; cinco en Las Palmas: ya mencionados; dos en San Bartolomé: el de su nombre y el de Fataga; dos en Santa Brígida: el de Torojo y el de Satautejo; dos en San Lorenzo: el del Dragonal y el de Tenoya; siete pequeños heredamientos en Santa Lncía; diez en San Mateo; diez y siete en Tejeda; cuatro en Valleseco, y ocho en Teror). Tenerife (Añavingo, en Arafo; La Orotava; las Aguas del Rey, del Puerto de la Cruz; las del barranco de Ruiz y el barranquillo de las Furnias, en San Juan de la Rambla; y el de Nuestra Señora de los Angeles, en El Sauzal); La Palma (con los de Argual y Tzacorte y el de Santa Cruz de La Palma); La Gomera (los de Chorro, barranco del Mocanal y Acequia del Cascarón, en Aguilo; el del valle de Aimada y barranco de la Negra, en Alajeró: y nueve en Vallehermoso, los de Sión, La Cuesta, La Amargura, Los

Masteles, Las Margallas, Los Dornajos, Las Raíces, Mando, Epina y Las Cuadernas).

Noticias dadas por los Ayuntamientos de la Provincia de las fuentes y manantiales de sus respectivas jurisdicciones, sin nombre de autor; al parecer de don Francisco María de León y Xuárez de la Guardia. Año 1844. (Biblioteca municipal de Santa Cruz de Tenerife, ms. sig. 10-2-67).

Además de las obras que se citan en notas de este trabajo, para el estudio del origen de los heredamientos de aguas en Canarias, ha de consultarse a Marcos Guimerá, en su obra *Régimen Jurídico de las Aguas de Canarias*, Instituto de Estudios Canarios, La Laguna, 1960.

II

EL HEREDAMIENTO DE AGUAS DE OROTAVA (NOTAS Y DOCUMENTOS PARA UN ESTUDIO HISTÓRI- CO-JURÍDICO DE LAS AGUAS EN CANARIAS)

por JOSÉ PERAZA DE AYALA

Sumario.—INTRODUCCION. I.—Las aguas de «El Río» de Orotava y obras para el aprovechamiento de su caudal. II.—Título de propiedad que invocan los adúlados o herederos; El Repartimiento que siguió a la Conquista. III.—Las antiguas ordenanzas privativas y su carácter municipal. IV.—Estatutos del siglo XIX. V.—La administración de las aguas y su juzgado. A) El alcalde, el repartidor y el acequero. B) Procedimiento. C) Contendidas entre la justicia ordinaria y la alcaldía de aguas sobre jurisdicción. VI.—El interés social y el derecho de la generalidad de los vecinos. VII.—La legislación general y el empeño del Ayuntamiento de la Villa en administrar las aguas de El Río. VIII.—Extinción del régimen especial del Heredamiento. APENDICE DOCUMENTAL.

INTRODUCCION

Damos a conocer en este trabajo el régimen que a través de varios siglos rigió en el aprovechamiento de las aguas de El Río del valle de La Orotava, tema que, a lo menos en el marco de la vida local, consideramos de algún interés histórico-jurídico, puesto que se trata de una regulación especial que debe su origen a la situación creada por los repartos de tierras y aguas que siguieron a la Conquista para la mejor población de Tenerife y premio a los conquistadores, y que cesa en la primera mitad del siglo XIX, al ser aplicadas en Canarias normas generales de la Nación, inspiradas en los principios liberales y uniformistas de la época constitucional.

En el régimen de que nos vamos a ocupar, a pesar de corresponder a la Edad Moderna, no se distingue con claridad el derecho privado del público, como persistencia en cierto modo de la confusión entre ambos derechos, que, como se sabe, había caracterizado tiempos muy anteriores. Por otra parte, la ventajosa posición de los herederos, a tenor de las ordenanzas establecidas para el expresado aprovechamiento, permite recordar privilegios medievales, pues sus alcaldes gozan de una jurisdicción privativa que a veces da lugar a la realización por sí mismos del propio derecho sin procedimiento escrito. La importancia de tal exención se destaca aun más por la actitud hostil que reiteradamente le oponen la justicia ordinaria desde el siglo XVIII y el Ayuntamiento de la villa de La Orotava en el siglo XIX.

Hacia 1836, como aplicación de lo prevenido en las constituciones y decreto de abolición de los señoríos y otras normas con-

tenidas en las leyes generales del Estado, cesan las expresadas atribuciones jurisdiccionales e incluso el Ayuntamiento pretende que los alcaldes de las aguas de El Río no se intitulen alcaldes. Además, la misma corporación municipal les separa de la administración de los fondos del Heredamiento que por estar destinados a la conservación y arreglo de los acueductos se estimaron de interés general, ya que traían el agua no solo para el riego de las propiedades de los herederos sino también para el abasto público.

* * *

El nombre de Heredamiento que ha recibido la entidad de que tratamos y con el que figura la misma inscrita en el Registro de la Propiedad del partido de La Orotava, no aparece, sin embargo, en la documentación antigua. Con más precisión, a nuestro juicio, antes se decía «Las aguas de los Heredamientos» o sencillamente era nombrada por aguas de El Río. La voz heredamiento aplicada al agua de varios no la hemos encontrado con referencia al repetido aprovechamiento, pero sí, según algunas citas documentales, parece haberse usado en Gran Canaria por las comunidades de regantes de Telde, La Vega, Santa Brígida y Aldea de San Nicolás.

Aunque, en sentido lato, puede llamarse heredamiento a las posesiones de toda clase que integran una hacienda de campo o a cualquier conjunto de herederos,¹ la denominación en el presente caso obedece, sin duda, a querer simplificar, sin preocuparse de hacerlo con exactitud, pues, como decimos, en su origen fue el agua de las heredades o heredamientos y no un heredamiento de aguas.

La distribución que se hace de las aguas de El Río en época avanzada por dulas o turnos de horas y no por azadas da origen al nombre de «La Dula» que recibe la entidad y de adulados que adoptan los titulares de las heredades de riego, nombres, asimismo, apropiados, puesto que dula es también cada una de las porciones de tierra que por turno reciben el riego de una misma ace-

¹ Jesús Lalinde Abadía, *La problemática histórica del heredamiento* en «Anuario de Historia del Derecho Español», XXXI, Madrid, 1961, págs. 197-201.—Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de Legislación civil, penal, comercial y forense*, París, 1831, págs. 251-252.

quia. Todavía es frecuente reservar el nombre de herederos, actualmente en los medios rurales, para aquellos que por razón de sus predios o heredades participan en bienes comunes, generalmente aguas o servidumbres; y la denominación nos parece doblemente adecuada si tenemos en cuenta que etimológicamente puede derivarse del latín *haereo*, que significa adherido o estar junto a otro, ya que las repetidas aguas, al igual que otras fuentes de Gran Canaria y La Palma, no se concedieron a una sola persona sino a varias como parte integrante de las datas o repartimientos de determinadas tierras de cultivo.

1.—Las aguas de «El Río» de Orotava y obras para el aprovechamiento de su caudal.

El arroyo conocido por El Río en el valle de La Orotava, que a mediados del siglo XIX contaba todavía con un caudal oscilante entre 16.000 y 20.000 pipas diarias, estaba formado por la reunión de unos manantiales existentes en la parte alta del citado valle y sitio que aún se denomina Aguamansa. Las más importantes de estas fuentes eran conocidas con los nombres de Agua Grande o El Pino, Taboco, Hidalgo, Pesada y Pero Gil y hacia 1844 se dice que el caudal respectivo ascendía a 8.183, 164, 4.484, 80 y 821 pipas, sin incluir en estas cantidades algún otro naciente cercano, como el de Las Piñas y el de La Ermita. La distancia de tales manantiales a la población se calculaba en dos leguas y el agua era traída por cauce artificial, en los primeros tiempos en acueductos de madera y luego por construcciones de argamasa especialmente en el paso de los barrancos.

El agua era destinada al abasto público, a nueve molinos de pan y a una tenería y el resto, o sea lo grueso del caudal, se empleaba en regar una zona entre la Villa y el Puerto de la Cruz que medía unas 614 fanegadas.¹

¹ Escrito de 31 de julio de 1849. Archivo del Heredamiento de Aguas de Orotava, Legajo 1.—La pipa de agua constaba de 12 barriles de a cuarenta cuartillos.—En la Residencia al adelantado don Afonso de Lugo en 1508, se dice que en el valle de La Orotava habían 1100 fanegadas de riego y uno de los testigos afirma que en el Repartimiento se dieron a los caballeros conquistadores de 12 a 9 fanegadas, a los peones a 3 y a los dueños de ingenios a 30. Leopoldo de La Rosa y Elías Serra.

Para el aprovechamiento de que hacemos mérito se celebraron algunos contratos. Tal fue el que autorizó el escribano Antón de Vallejo, el 26 de mayo de 1518, entre Bartolomé Benítez de Lugo, Rafael Fonte y Pedro de Lugo, a la sazón principales partícipes de El Río, de una parte, y de otra Lorenzo Báez Gallego, en que éste último se obliga, mediante el percibo de 300 doblas, a sacar sin desperdicio, hasta fuera de los nacientes, las indicadas aguas.¹ También se obliga a obras en la acequia y canales Francisco González, por ante el escribano Rodrigo Sánchez del Campo en 1589.²

La distribución de las aguas se hace por medio de dos estanques; el de los Lugo y el de los Sanmartín. El primero, construido a expensas de Bartolomé Benítez de Lugo, más abajo del convento de Santo Domingo, según se expresa en la escritura que otorgó Doménigo Rizo en La Laguna, el 29 de julio de 1528, por ante Bernardino Justiniano,³ quedó como depósito para recoger las aguas de los adulados de la parte del Naciente, como consecuencia del auto del teniente general de Tenerife, dictado en 5 de agosto de 1557, a excepción de la viña de los dominicos, tierras de don Francisco Alfaro y de herederos de don Juan Antonio de Franchi, que tomaban sus dulas en la torna de enfrente a la casa que fue de Diego de Mesa. El segundo estanque, al otro extremo del pue-

El adelantado D. Alonso de Lugo y su residencia por Lope de Sosa, «Fontes Rerum Canariarum», Instituto de Estudios Canarios, III, La Laguna, 1949, pág. 120.— En un informe de la Junta de Agricultura de 30 de octubre de 1849 al Jefe Superior Político de Canarias se hace constar que aunque solo se regaban en La Orotava 613 fanegadas podía extenderse el riego a 1.583 si se aprovechara bien el caudal que tal vez llegase a 16.000 pipas diarias. Francisco María de León, *Borradores de diferentes papeles representaciones y memorias*, tomo VI, manuscritos, Biblioteca Municipal de Santa Cruz de Tenerife.

¹ Archivo y Legajo citados, núms. 1, 4, 5 y 16.—Rafael Fonte adquirió su heredad en la sierra del agua de El Río «arriba de la Montaña en El Pinar» por compra al adelantado don Alonso de Lugo el 14 de agosto de 1506 ante Sebastián Paez Leg. 2. núm. 4.

² Juan Núñez de la Peña, *Relación sobre las aguas del Río de Orotava*, manuscrito protocolado ante el escribano de Orotava Cayetano Lorenzo Núñez, el 4 de junio de 1762. Arch. Her. Leg. 3, núm. 67.

³ El solar del estanque lo adquirió Francisco Benítez de Lugo, hijo de Bartolomé, por compra a Juan de Agreda en documento que pasó, ante el escribano Rui García de Estrada, el 30 de Junio de 1546. Arch. Her., Leg. 1.

blo, junto al antiguo camino de Los Realejos, lo construyeron los herederos de Diego de Sanmartín, dueños de una azada de agua, pasando luego a ser también depósito de la azada de Pedro de Lugo y de otras porciones.

Por los años de 1543 todavía se regulaba el reparto de aguas por fanegadas, pero ya, en 1617, en la cartilla que dio el alcalde de aguas Francisco Hernández Miñol a Juan Francisco de Ponte, se hace dicha distribución por días y horas.¹ El fiel para dividir el agua con destino a los estanques se construyó a espaldas de la iglesia de la Concepción de la Villa y fue obra también llevada a cabo por Bartolomé Benítez de Lugo, cuyos descendientes conservaron la llave hasta que quedó en poder del acequero repartidor.²

Conforme a las Ordenanzas los gastos para mantener y conservar los acueductos correspondía a los herederos en proporción a sus dulas, disposición que confirmó la Audiencia de Canarias en 17 y 23 de marzo de 1678. Únicamente se admitía la posibilidad de rematar las dulas de los morosos en el pago de las prorratas.³ Sin embargo, desde 1580, aproximadamente, se tomó el acuerdo de rematar varias dulas del caudal indiviso para atender con su importe a los indicados gastos. Ya en 1672 eran veinte las dulas que se subastaban, diez de cada estanque, conocidas por «los veinte días de mayo». El 20 de enero de 1673, en junta presidida por la justicia ordinaria, se acordó el remate de ocho días, por ser ne-

¹ En la distribución del 26 de mayo de 1543, se dice que habían 1203 fanegas de agua, igual a 4 azadas, 2 en cada estanque, a razón de 300 fanegas y 9 almudes cada azada. Leg. 3, núm. 70.—La cartilla de 14 de noviembre de 1617 fue protocolada, el 18 de junio de 1675, ante el escribano Domingo Romero. Arch. Her. Leg. 1, núm. 28.

² En 1558 tomó la llave de la arquilla del agua Juan Bahamonde de Lugo, pero, a petición de Francisco Benítez de Lugo, la justicia mandó que se restituyera a éste, según consta de las diligencias que pasaron ante Baltasar de Anchieta el 26 de noviembre de aquel año.

³ Arch. Her. Leg. 1, núm. 35.—Otras disposiciones de la Audiencia, fechadas en 25 de junio y 19 de noviembre de 1676, ordenaron que se admitieran en las propuestas de arreglo de los acueductos la que importase menos y que los alcaldes presentaran oportunamente las cuentas de los fondos que tuviesen encomendados. Leg. 1, núm. 34.

cesario allegar recursos para reparar el acueducto destrozado por la caída de varios pinos entre Aguamansa y el Llano de Gasparito.¹

En 1780, el alcalde de El Río, don Juan Bautista de Franchi, propuso que cada heredero contribuyese con cuatro reales cada vez que se le sirviera el agua correspondiente; exhibidos el día antes, cantidad que iba a ser destinada a obras para el mejor aprovechamiento del caudal, pero a ello se opuso uno de los principales adúlados, don Diego Lercaro Justiniani, dando origen a un largo litigio entre ambos, que dejó en suspenso aquella iniciativa, no obstante haber obtenido el voto favorable de la mayoría de los partícipes.²

El Heredamiento fue dividido en ciento setenta y cuatro días o acciones y en el último tercio del siglo XIX por haberse suscitado cuestiones sobre la pertenencia de algunos nacientes con otra entidad para la explotación de aguas, denominada «La Empresa» ó «Sindicato», los partícipes del primero aceptaron la fusión de las aguas que correspondían a ambas comunidades en escritura que autorizó el notario de la villa de La Orotava don José Julián Bendrís el 9 de agosto de 1878. En virtud de lo acordado en este documento al Heredamiento se le reconoce la propiedad del 72% de toda el agua y a La Empresa el 28.

La realización de trabajos para el aumento del caudal hacen que éste hacia 1892 ascendiera a 22.854 pipas diarias.³

Para evitar nuevas competencias ambas entidades adquieren terrenos del Estado que les interesaban, especialmente por el subsuelo, y que median 1068 y 1838 hectáreas por escrituras de 6 de diciembre de 1880 y 23 de noviembre de 1881, respectivamente.

Un posterior convenio, ahora de El Heredamiento, La Empresa y Aguamansa, formaron la comunidad El Moral que a su vez se une con Salto de los Helechos. A esta última se le reconoce dere-

¹ Arch. Her. Leg. 1, núm. 30-32.—En 1678 hubo larga oposición al remate de los días de mayo. Leg. 1, núm. 35.

² Arch. Her. Leg. 2, núm. 39.

³ La medida oficial del agua del Heredamiento, excepto la del barrianco de Hidalgo fue protocolada en la notaría de don Nicolás Hernández Escobar. Núm. 210, Año 1869.—Leg. 7, núm. 116.—Las aguas de «La Empresa» fueron obtenidas en trabajos que autorizó el Gobierno Civil de la Provincia el 29 de octubre de 1844.

cho a la tercera parte del agua común. Las cuatro, sin perder su independencia, y el Ayuntamiento de La Orotava integran la Federación de Regantes de Orotava FRO. Todavía en 1966 hemos de registrar otro acuerdo que es el celebrado con Salto de Pinolere.¹

2.—Título de propiedad que invocan los adulados o herederos: El repartimiento que siguió a la Conquista.

En las datas o repartimiento para la colonización de Canarias no suele concederse el agua por separado sino con la tierra, como algo accesorio: El albalá dice que se dan tierras de regadío.² Cuando el agua es repartida como bien principal la merced casi siempre obliga a hacer un ingenio como fue la data a Diego y Lope de Mesa en la Rambla de los Caballos, entre Orotava e Icod, donde el agua se concede «con todas las tierras que pudiesen regar» a condición de que se hiciese un ingenio por los datarios.³ Con ca-

¹ El 7 de octubre de 1923 fue aprobado el contrato de Heredamiento y la Empresa con Aguamansa sobre la galería «El Moral», acuerdo que se ratificó el 5 de marzo de 1924, Leg. 8, núm. 120.—Para el estudio de la actual situación jurídica de las comunidades de aguas de Canarias y sus antecedentes deben consultarse los valiosos trabajos de Marcos Guimerá Peraza, *Algunas precisiones sobre la ley de heredamientos de aguas en Canarias*, en «Anuario de Estudios Atlánticos», 3, Madrid, 1957; *Régimen jurídico de las aguas en Canarias*, Instituto de Estudios Canarios, La Laguna, 1960; *Auxilios a los aprovechamientos de aguas en Canarias y otras cuestiones*, en «Anuario de Derecho Civil», Madrid, 1963.

² Archivo del Cabildo de Tenerife hoy del Ayuntamiento de La Laguna, D II-VIII, *Datas originales y Datas por testimonio*; Arch. Hered. Leg. 1; *Documentos* en «El Museo Canario», Las Palmas, XIX-XX, 1958-1959, pág. 113; Dacio V. Darias y Padrón, *Las Datas de Taoro, Icod y Garachico. Los repartos del Adelantado*, en «Revista de Historia», I, La Laguna, 1924-1925, págs. 186, 220 y 249; Sebastián Jiménez Sánchez, *Primeros repartimientos de tierras y aguas en Gran Canaria*, Las Palmas, 1940; Elías Serra Rafols, *Las Datas de Tenerife*, en «Revista de Historia» IX, 1943, págs. 3 y 99, XXIII, 1957, I, pág. 76, XXV, 1969, pág. 254, XXVI, págs. 123 y 387, XXVII, 1961, págs. 150 y 357, XXVIII, 1962, pág. 200, XXIX, 1963-1864, pág. 111, XXX, 1965-1966, pág. 114.—«Fontes Rerum Canaria-rum», III, ya citado, y VI, 1953.—Manuel Poggio Sánchez, *San Andrés y Sauces*, en «La Tarde» de 28 de diciembre de 1967.

³ El albalá es de 9 de septiembre de 1501. Arch. Hered. Leg. 2, núm. 49.—En las Datas que tomó el Adelantado para sí, se ve la preferencia del agua a la tierra y la condición de ser destinada ésta a un ingenio «so pena de perderla» como dice Viera con carácter general.—«Fontes Rerum Canaria-rum», III, ya citado, P. CLXXXII,

rácter de gracia especial obtenida directamente de los Reyes hemos encontrado concesiones de aguas, sencillamente.¹

El agua no se supone anexa a la finca donde nace, según se desprende de lo manifestado y del texto de los documentos de la época. Así, por ejemplo, en la transacción, celebrada entre Fernán González, arrendador del Adelantado y Juan Rodríguez, maestro de azúcar, en documento privado extendido el 9 de junio de 1507, el bien obtenido por el último de don Alonso de Lugo en 10 de julio de dicho año, no es otro que el poder regar los domingos y días de fiesta, desde por la mañana hasta vísperas, con las aguas de las fuentes que nacen en su propia heredad; y en la data a Cristóbal de Ponte, entre Icod y Garachico, despachada el 1 de julio de 1497, se dice «que el dho. pedazo de tierra vos doy con toda el agua que nace dentro».²

Como a los principales pobladores del valle de La Orotava se les adjudico en el Repartimiento tierras de regadío, merced que lleva implícita, como es natural, el disfrute de aguas, los favorecidos estimaron que éstas eran inherentes a la heredad de que eran titulares, situación que se consolida con una posesión varias veces secular y que tuvo entrada en el Registro de la Propiedad de aquel partido judicial, como luego veremos.

El título de propiedad base será por tanto, la cédula de los Reyes Católicos, despachada en Burgos el 5 de noviembre de 1496, por la que se autoriza a don Alonso Fernández de Lugo para hacer el repartimiento de tierras y aguas de Tenerife, como consecuencia de la capitulación que el mismo conquistador había celebrado con los Reyes en 1493.³

pág. 120.—En la donación de don Alonso de Lugo a su sobrino Diego Benítez Suazo se nombra en primer lugar el agua. Arch. Hered. Leg. 1, núm. 33.—Viera y Clavijo, *Noticias de la historia general de las islas de Canaria*, lib. XIII, cap. 3.

¹ «Fontes Rerum Canariarum» XIII, Edición y Estudio de Elías Serra Rafols y Leopoldo de La Rosa, La Laguna, 1965, Apéndice Documental, 2.—En un escrito de 1523, visto en cabildo de 23 de agosto, se dice por los vecinos de La Orotava que para titularse los herederos señores del agua debió concederse ésta separadamente y no en la forma que se hizo la merced. Arch. Her. Leg. 1, núm. 33.

² Archivo de Brier en La Orotava, *Varios*, I, folio 147 y *Protocolo 3.º*, número 60.

³ El texto de la real cédula que citamos ha sido publicado en «Fontes Rerum Canariarum» VI, obra citada, págs. 12-13.

En el valle de La Orotava se llevaron a cabo varios repartimientos. El primero tuvo lugar a 26 de noviembre de 1501 entre las personas que habían tomado parte en la Conquista y las tierras se dan por caíces si eran de secano, como las de la zona alta y medianías, en general de monte, pastos o baldío, y por fanegadas en la parte baja del lugar, ya que estas últimas comprendían terrenos de menor cabida con agua para molinos y riego. Actuó como escribano Jaime Joven y los lotes fueron sacados a la suerte.

En 10 de enero de 1502 el mismo don Alonso, en La Orotava y en la heredad de Fernando de Castro, ante el escribano Antón de Vallejo, dispuso otro reparto, asignando de una a dos suertes a cada poblador que figuraba en una nómina formada, al parecer, por el propio Fernández de Lugo.¹

Un tercer repartimiento se verificó el 1 de junio de 1502, auxiliado por Diego de Mesa, Guillén Castellano, Hernando de Trujillo y Lope Fernández, y fue aprobado por Lugo en decreto de 12 de julio del mismo año, al propio tiempo que se ordena al escribano Antón de Vallejo que expediese los correspondientes títulos.

Un cuarto reparto, ahora de las tierras de riego «por debajo del camino que va al Realejo» y en el que colaboró también Guillén Castellano, se realiza el 27 de noviembre de 1503. En el propio año, se había hecho necesario llevar a cabo una reforma, por la confusión que se había producido en varios linderos y medidas y por no haberse presentado algunos interesados a recoger sus porciones. El texto del poder otorgado el 10 de agosto, para la expresada reforma lo publicamos en APENDICE.

¹ Para el primer reparto Alonso de Lugo dio poder a Diego de Mesa, Guillén Castellano, Hernando de Trujillo y Lope Fernández, conquistadores, a fin de que procedieran a medir y entregar las tierras en la parte baja del pueblo a determinadas personas, empezando desde la casa de Diego de Mesa (que actualmente subsiste reedificada y con los blasones de los marqueses de Torrehermosa al público, frente a la iglesia de Santo Domingo) hasta «El Realejo, por delante de la hacienda El Durazno y sitio que llamaban Camino de los Guanches».

Para el segundo repartimiento también se dio poder a los citados Castellano, Trujillo y Fernández, y a Pedro de Vergara, alcalde mayor, el 11 de enero de 1502, con análogas facultades a las del primer poder, o sea como auxiliares de Alonso de Lugo. Las suertes se midieron a seis fanegadas, cuadrados de cincuenta por cincuenta varas.

También hubo que heredar en las tierras de riego de La Orotava a personas que habían logrado mercedes de los Reyes, directamente, como fueron los licenciados Polanco, Moxica, Galíndez de Carbajal, La Fuente, y Santiago, todos del Consejo Real. A tal efecto se le quitaron tierras a varios que no habían cumplido con las condiciones de vecindad u otros requisitos establecidos en la data. En el auto que dictó el Adelantado, el 23 de abril de 1509, ante el escribano Hernán Guerra, para la ejecución de la data concedida al licenciado La Fuente se manda al alcalde y repartidor del agua de La Orotava «acuda con todo el agua anexa y perteneciente a las sesenta y nueve y media fanegadas para ser regadas con sus dulas conforme al repartimiento y como suele hacerse con las otras tierras.¹

Para el reparto del agua entre los herederos se reunió el Cabildo de Tenerife en La Orotava «encima del ingenio de Lope Fernández» a 12 de febrero de 1505, acordando que se determinara que cantidad de agua era necesaria para regar una suerte y así disponer de unidad de medida o más exactamente se quería precisar cuanto se regaba de una suerte de seis fanegadas con una azada de agua.²

La consideración del agua como bien independiente de la tierra no se hizo esperar mucho, debido, probablemente, a que no todos los que tenían tierras de regadío eran puntuales en el pago.

¹ Arch. Cab. Ten. Libro II de Datas por testimonio, fol. 179. El doctor Lorenzo Galíndez de Carbajal conocido jurista y su compañero Lorenzo de Moxica, traspasaron sus datas al Adelantado y éste a su vez vendió dichos bienes, 100 fanegadas de tierras de regadío, a Francisco Riverol, en documento que pasó ante Antón de Vallejo, escribano La Laguna, el 2 de septiembre de 1512. A Riverol le sucedió Pedro de Lugo que reúne 117 fanegadas por tener ya 9 del Repartimiento y 8 por compra al conquistador Diego de Mesa. El mayor terrateniente de la zona de regadío debió ser Bartolomé Benítez de Lugo pues llegó a ser dueño de heredades que sumaban 311 y $\frac{1}{2}$ fanegadas: 70 por el Repartimiento; 70 por compra al licenciado Juan Pérez de la Fuente; y 69 y $\frac{1}{2}$ que adquirió del licenciado Polanco. De estas últimas tierras tomó posesión su hijo Francisco en 1529, ante el escribano Miguel Ruíz de Estrada. Protocolo de Sebastián de Bethencourt, Año de 1681.

² Para realizar el trabajo que indicamos fue designado Martín Ponce que juró desempeñarlo y como acompañado Fernando el Negro, esclavo de don Alonso de Lugo. Arch. Her. Leg. 2, núm. 47. Arch. Cab. Ten., libro II de Datas, fol. 128 v.

de los gastos comunes para la tráfida y conservación de las aguas. En efecto, al parecer, para estimularles a saldar sus descubiertos se declaró la libertad de enajenar los turnos o dulas del agua, sin que necesariamente llevase aparejada la transmisión de la heredad. El auto de 6 de julio de 1505 alude a la venta por separado del agua y al reparto del caudal mediante la correspondiente unidad de medida: «por quanto con acuerdo de ciertos regidores y otras personas que tenían riego en La Orotava se dispuso que Martín Ponce y Fernando el Negro regasen con cierta cantidad de agua una porción de tierra en La Orotava para que se viese por experiencia la que era necesaria para repartir por sus dulas entre cada uno de los dueños de las tierras según mas largamente estaba asentado en el libro del Repartimiento y que para que tenga cumplida ejecución daba poder bastante a Guillén Castellano a fin de que vuelva a regar la tierra que ya estaba y otras cualesquiera haciendo las diligencias necesarias para que las dulas se tomen a los tiempos convenientes y el agua se aproveche y que estas dulas que así se dieren sea a las personas que han pagado el agua y no a otras, *quienes las puedan vender a quien quisieren*».¹

El caudal de El Río aprovechado a principios del siglo XVI, ascendía a cuatro azadas de a trescientas fanegas y nueve almudes cada una.² De tres llegaron a ser titulares, respectivamente, los herederos de Bartolomé Benítez de Lugo, Diego de Sanmartín y Pedro de Lugo. La cuarta fue de Andrés Xuarez Gallinato y de muchos herederos por lo que se conoció con el nombre de «azada del pueblo». La generalidad de los vecinos solo podían tomar agua en vasijas para el uso doméstico.

El repartimiento a que nos referimos fue confirmado por el licenciado Ortiz de Zárate, reformador de los repartimientos de Tenerife en virtud de real cédula expedida el 3 de agosto de 1505. Al

¹ Núñez de la Peña, *Relación* citada, Arch. Her. Leg. 1, núms. 10 y 13.

² En el nacimiento de las aguas «en una sierra muy agrá» fue medido el caudal en 1506 por Pero Gil, acequero, y otros prácticos, ascendiendo la cantidad de agua según éstos a seis azadas de las que no llegaban al Lugar sino tres y media pero que podían llegar a cinco azadas si se aprovechasen bien los tres manantiales que formaban el agua de El Río. «Fontes Rerum Canariarum» VI, ya citado, págs. 126-127 y 138-139.

tantas veces citado Bartolomé Benítez y a otros hacendados del Valle se les ratifica la concesión de sus heredades el 5 de junio de 1606.¹

El derecho a la propiedad privada de las aguas resulta reconocido en las ordenanzas de 1507 y 1527, que publicamos en APENDICE, al prevenir «que ninguno sea osado de romper la acequia del agua ni tomar agua de ella por tierra para ninguna cosa aunque sea para regar huertas o hacer tapias u otra obra porque con basijas la pueden llevar para beber y su servicio con tal que no sea para regar huertas ni arboleda *sin licencia del dueño del agua* ni otra cosa que sea so pena de dos mil maravedís».

Los adulados actúan como dueños al acordar la venta de «los veinte días de mayo» de que se ha hecho mérito; al ceder a los conventos de San Agustín, y de Santo Domingo medio real de agua a cada uno en el siglo XVII;² el tostón que dan al Jardín Botánico por acuerdo de 3 de enero de 1790;³ las pajas y demás porciones de que se desprenden a favor de las citadas comunidades religiosas y para la Higuera del Botánico; los distintos convenios que celebran con el Ayuntamiento de la Villa para el suministro de agua con destino a los jardines de las plazas de San Sebastián,

¹ Arch. Her. Leg. 1, núm. 6. La sentencia de Ortiz de Zárate decía: «... e mando les sean dadas cartas de confirmación segund que sus altezas lo mandan para que las ayan e tengan por suyas e como suyas en la manera que dicho es, para agora e para siempre jamás para sí e para sus herederos e sucesores con el agua que por sus dulas les perteneciere segund que por mi será declarado e les cupiere conforme a la medida de las dichas tierras e repartimiento en ellos fecho e mando que por ninguna persona sean despojados de las dichas tierras e heredades e agua que a ellos les pertenece...». «Fontes Rerum Canariarum» VI, ya citado, pág. 144.

² El medio real como el tostón consistía en la cantidad de agua que pasaba por un orificio que tuviese el mismo diámetro de las monedas indicadas, y la paja medía una pipa por hora (Leg. 3, núm. 63).—Los conventos casi siempre tomaban más agua de la que les correspondía por el medio real, lo que provoca no pocos procesos, especialmente en contra de los agustinos que en 1751 son acusados de haber distraído la tercera parte de agua con rotura de la arquilla y dado, anomalías que también culminan en 1774 y 1835. Arch. Her. Leg. 3, núm. 69.

³ La Real Orden de 24 de enero de 1791, comunicada por don Antonio Porlier al marqués de Villanueva del Prado, director del Jardín Botánico, disponía que se le dieran las gracias «a los dueños de las aguas de La Orotava».

del Calvario y de San Juan ¹ y para cerrar el acueducto en bien de la salud pública (1914-1926); etc. También desde 1897 conceden autorizaciones para el empleo del agua de El Río como fuerza motriz al objeto de obtener energía eléctrica.

Desde 1891 se inscribieron en el Registro de la Propiedad de La Orotava los días, dulas o acciones que en número de ciento setenta y cuatro integraban el Heredamiento, como consecuencia del expediente posesorio promovido por don Francisco Melo y Urtusaustegui, ecónomo presidente de dicha entidad, y que aprobó el juez de primera instancia don Casimiro Gimeno Ballester en auto de 31 de octubre del citado año, ante el escribano don Fernando Pineda.

En la expresada inscripción (tomo 243 del Registro, 51 del Ayuntamiento de La Orotava, finca 2.358) se hizo constar que las aguas del Heredamiento estaban sujetas, mientras el caudal estuviese en curso a los gravámenes siguientes: 1. El del abasto al público de la localidad para los usos comunes de la vida, solamente; 2. El de servir de fuerza motriz a los molinos harineros que en la actualidad se encuentran construídos en la ribera; 3 El de suministrar el agua necesaria para la fábrica de curtidos o tenería que existe en una hacienda que lleva este nombre, propiedad de don Antonio Lercaro y Ponte, mediante un dado no continuo sino solamente en las horas que se solicite y son necesarias al afecto; y 4. El de surtir a la Plaza de Franchi, antes de San Sebastián, del agua que necesite para el riego de plantas y árboles.²

3.—Las ordenanzas privativas y su carácter municipal

El Cabildo de Tenerife dio en tres momentos distintos ordenanzas para el régimen de las aguas de Orotava. El primero, el 27

¹ Arch. Her. Leg. 7, núm. 113.—En 1762 el Comandante General de Canarias, ordenó al teniente de corregidor de La Orotava que reuniese a los partícipes de La Dula para deliberar sobre una porción de agua que pedía el Puerto de la Cruz. Al efecto, se celebró la junta en la ermita de San Roque, según costumbre del Heredamiento, pero la votación fue adversa a la propuesta del General en razón a ser las aguas de El Río propiedad particular de los adulados y no haberse oído ni citado a todos. Arch. Her. Leg. 2, núm. 36.

² Arch. Her. Leg. 7, núm. 116.

de mayo de 1507, en el que dictan las ordenanzas que pudiéramos llamar constitucionales y queda establecida la jurisdicción privativa; el segundo, a 28 de junio de 1527, en el que son aprobadas otras en que se refunde y perfecciona el cuerpo de ordenanzas anterior; y el tercero, cuando se redacta la recopilación de ordenanzas municipales de 1540, puesto que se incluyen en este texto normas específicas para el régimen de las aguas de Orotava. En estas últimas, que totalmente o en parte merecieron la confirmación real en 1542,¹ no se derogan las anteriores por lo que siguen vigentes las tres redacciones, en mayor o menor medida, hasta bien entrado el siglo XIX, por más que la justicia ordinaria sostuvo a veces la tesis contraria o sea que las ordenanzas de 1540 dejaron sin vigor a las de 1507 y 1527.² En APENDICE publicamos las expresadas ordenanzas.³

En las ordenanzas municipales de Gran Canaria también se atendió al régimen de las aguas dedicándose un amplio título al alcalde de aguas y acequias.⁴

¹ Estas ordenanzas de 1540 sobre el régimen de las aguas de Orotava no parece que obtuvieran en su totalidad confirmación real, según puede verse en la recopilación de las ordenanzas de Tenerife que llevó a cabo Núñez de la Peña en 1670, aunque hemos tenido a la vista certificaciones muy posteriores que aseguran la expresada confirmación. José Peraza de Ayala, *Las antiguas ordenanzas de la isla de Tenerife*, Instituto de Estudios Canarios, La Laguna 1935, APENDICE, págs. 57-59.—Arch. Her. Orotava, Leg. 1 y 3.

² Escrito del alcalde mayor en 30 de julio 1793, Arch. Hered. Leg. 3.

³ Las ordenanzas de 1540 han sido ya publicadas por nosotros en la citada obra *Las antiguas ordenanzas...* Son las cinco últimas ordenanzas del Título X de la Recopilación de 1670, llevada a cabo por Núñez de la Peña. El reproducirlas ahora se debe a la ventaja que ofrece el que se puedan consultar los distintos textos de ordenanzas en un solo trabajo, máxime cuando *Las antiguas ordenanzas...* es obra agotada.

⁴ El título referido lo publicó Guimerá Peraza, en su mentada obra *Régimen jurídico de las aguas en Canarias*, APENDICE, Documento número 3.—En 1529 ya la isla de Gran Canaria había redactado y remitido al Real Consejo de Castilla un cuerpo de ordenanzas para que fuesen confirmadas por el Rey. Aquel superior organismo acordó que sobre las mismas informará el licenciado Francisco Ruíz Melgarejo y al efecto se despachó la oportuna real cédula en Madrid a 22 de diciembre del citado año, fecha en que también se expidió otra cédula para que el mismo licenciado, como visitador de la Real Audiencia de Canarias, pasara a las

4.—Estatutos del siglo XIX

La puesta en cultivo de algunos terrenos de la parte alta del Valle y el consiguiente riego de los mismos utilizando el caudal de El Río, sin la voluntad del Heredamiento, hizo que se produjera una disminución en el agua que llegaba a la Villa, lo cual, unido al mal estado de los acueductos, reclamaba que se tomaran algunas medidas por los herederos para terminar con tan anómala situación. Por ello el 10 de octubre de 1818 se reunieron en la sala capitular del Ayuntamiento de Orotava los adulados, bajo la presidencia del alcalde mayor, licenciado don Martín Barón de la Oliva y acuerdan lo siguiente:

1. Que a cualquiera que quebrantase las canales se le imponga la multa de sesenta reales de vellón, prevista en las Ordenanzas, por cada vez que lo hiciere y setenta y cinco más por cada fanegada de tierra que regara y los daños y perjuicios, prevención que se había de notificar individualmente con copia de la ordenan-

Islas, a poner paz en las diferencias surgidas entre el juez de Apelaciones Adurza y el Gobernador de Gran Canaria.

Las ordenanzas municipales de que tratamos fueron aprobadas por Melgarejo y promulgadas en 4 de diciembre de 1531, previa una reelaboración de las mismas en grado que no podemos precisar por no conocer el texto de la anterior redacción. La real cédula que antes mencionamos la reproducimos a continuación por ser a nuestro juicio un interesante documento todavía inédito:

«Don Carlos por la gracia de Dios Rey de romanos Emperador Augusto doña Juana su madre y don Carlos por la misma gracia reyes de León, de Aragón, de las Dos Sicilias, de Jerusalén, de Navarra, de Granada, de Toledo, de Valencia, de Mallorca, de Sevilla, de Cerdeña, de Córcega, de Murcia, de Jaén, de los Algarbes, de Algecira, de Gibraltar, de las islas de Canaria, Indias y Tierra Firme, del mar Oceano, Conde de Barcelona, señores de Vizcaya y de Molina, duques de Atenas e de Neopatria, Condes de Ruisellon e de Cerdeña, marqués de Orestan e del Oceano como Archiduques de Austria, duques de Borgofia e de Brabante, condes de Flandes e de Tirol etc. a vos el licenciado Melgarejo que por nuestro mandado vais a visitar los jueces de apelación de la isla de la Gran Canaria, salud y gracia sepades que Diego de Narbaes vecino e regidor de la dicha isla en nombre della nos yzo relación diciendo que el consejo justisia y regidores de la dicha isla hicieron ciertas ordenanzas de la manera que la dicha isla se había de regir e gobernar que eran necesarias para la utilidad e provecho de los vecinos de la dicha isla e nos suplico e pidió por merced las mandásemos confirmar e aprobar e que sobre ello proveyésemos como la nuestra merced fuese las quales dichas ordenanzas vistas en el

za y del nuevo acuerdo y ponerse edictos en las ermitas y parajes públicos con especial encargo al alcalde del agua de su exacto cumplimiento.

2. Que para la composición de las canales, que ha de tener efecto «en el verano próximo», se vayan acopiando materiales y se nombre una comisión, formada por don Pedro Benítez de Lugo, don Francisco de Lugo Viña y don José García Carrasco.

3. Que se comisione a don Antonio de Monteverde y Rivas y al citado don José García Carrasco, facilitándoles el dinero necesario, para que acudan a los Tribunales con el fin de anular el repartimiento hecho por el Ayuntamiento a favor de don Tomás Herrera, don Juan de la Guardia, don Calixto Perdomo y don Rafael de Frías, y que consistió en un pedazo de monte de quince fanegas y media, las que por hallarse por debajo de las atarjeas permite que los cultivadores distraigan el agua de El Río, «mal que se ha visto este verano y que será mayor cuando se vaya extendiendo el cultivo».

nuestro consejo fue acordado que debíamos mandar dar esta nuestra carta para vos en la dicha razón e nos tuvimos por bien = porque os mandamos que veais las dichas ordenanzas que en el dicho consejo fueron presentadas que os serán mostradas firmadas de Francisco del Castillo nuestro escribano de cámara de los que residen en el nuestro consejo y llamadas y oídas las partes de los vecinos de la dicha isla e de las otras personas a quien toque vos informéis y sepais si las dichas ordenanzas son ahora nuevamente fechas y quien las hizo y si se a usado dellas o de quales y si son fechas conforme a el fuero que esa dicha isla tiene de los Católicos Reyes nuestros señores padres e abuelos que santa gloria hayan e si son útiles y provechosas para la buena gobernación della e si de las confirmar viene perjuicio a algunas personas y a quales o en que cosas o si las dichas ordenanzas se han acrecentado algo y si la dicha información habida y la verdad sabida será dar sellada e sinada de escribano ante quien pasare con vuestro parecer de lo que en ello se debe hacer la traed o envidad ante los del nuestro consejo para que en él se vea e provea lo que sea justicia e no fagades en deal en alguna manera so pena de la nuestra merced e de diez mil maravedis para la nuestra cámara. Dada en la villa de Madrid a veinte y dos días del mes de diciembre año del nacimiento de Nuestro Salvador Jesucristo de mil quinientos y veinte y nueve años.=Comportello. Licenciatus de Santiago dotor Guebara Acuña. Licenciatus. El licenciado Medinan. Dotor de Corral. Licenciatus Girón. El licenciado Montoya. Yo Francisco del Castillo escribano de cámara de sus cesarías e católicas Majestades las fixe escribir por su mandado con acuerdo del su consejo = Registrada. Licenciatus Jiménez Martín Ortiz por canceller». Arch. Her. Leg. 2, núm. 57.

4. Que se apremie a los anteriores alcaldes de las aguas para que presenten «en enero» las cuentas de los fondos que han administrado.

5. Que se imponga la multa de seis ducados a los herederos por cada vez que no asistan a la Junta, sin justificación.¹

Hacia 1844 los cambios que se habían producido en el régimen de las aguas, como consecuencia de las nuevas disposiciones de carácter general sobre la materia, aconsejó a los adulados a una modificación de las ordenanzas que ya no resultaban adecuadas a la época. Al efecto, la junta del Heredamiento, en 15 de abril de 1845, acuerda nombrar una comisión que redactase nuevos estatutos, y sucesivos trabajos se vieron coronados con un cuerpo de ordenanzas que al fin es elevado al Gobierno Civil a 1 de enero de 1859.

Una vez obtenido el informe del ingeniero jefe del Distrito, y subsanadas las enmiendas que se indicaron en este informe, dicho texto fue aprobado por el Heredamiento el 25 de julio siguiente, y por el gobernador el 13 de septiembre del mismo año. En APENDICE transcribimos las indicadas ordenanzas.²

5.—La administración de las aguas y su juzgado

A) *El alcalde, el repartidor y el acequero*

El alcalde según las ordenanzas de 1507 y 1527 había de velar por la conservación de la acequia y canales de agua de El Río,

¹ En 1818 solía practicarse el conminar a los propietarios de terrenos altos que tomaban agua para regar sus predios con embargarles en el acto si no pagaban el valor del agua. Solo cuando no obedecían se les condenaba a dos ducados y las multas previstas en las Ordenanzas.

² La comisión de 1845 estaba integrada por el marqués del Sauzal, don Antonio de Lugo Viña, don Nicolás de Urtusástegui y don Domingo Salazar y Molina.—Las ordenanzas de 1859 se editaron en 1860 por D. Juan N. Romero, Imprenta y Litografía Isleña, Santa Cruz de Tenerife.—Hacia 1869 se lamentan algunos partícipes del Heredamiento que se habían producido tres entidades: La Dula y los regantes de cada uno de los dos estanques, porque las reglas y riegos respectivos no coincidían, aparte de otras diferencias como que en el estanque de los Lugo no se depositaban sino seis «días de mayo» y en el de los Sanmartín diez. Acta de la Junta de 1 de enero de 1870.

disponiendo las reparaciones y obras convenientes y era juez competente en materia de aguas con facultad de sentenciar condenando a los infractores de las ordenanzas. Estas últimas atribuciones las ostentan con algunas alternativas aún en las épocas constitucionales, hasta 1836, a pesar de que desde el siglo XVIII se le discuten por pretender la justicia ordinaria reducir las facultades de los alcaldes a funciones meramente administrativas y de policía.

El cargo de que hacemos mérito no era retribuido y estaba previsto que su nombramiento fuese anual, elegido necesariamente entre los herederos y por los mismos con la justicia ordinaria y el regidor o regidores que estuviesen en la localidad. No siempre se cumplió la indicada renovación por lo que la Audiencia tuvo que ordenar en distintas fechas tales elecciones, incluso conminando a los herederos con la amenaza de que si no las verificaban haría el Cabildo de Tenerife el nombramiento aunque siempre sin omitir el requisito de que el electo fuese uno de los herederos.¹ El juramento de los alcaldes era también ante la justicia ordinaria.

Auxiliaba al alcalde un repartidor con salario, quien tenía asignado el trabajo de distribuir las aguas entre los herederos, según las tierras de regadío que tuviesen y conforme a la relación de heredades y personas que se le daba por escrito. Asimismo, le cumplía celar el que los adulados o sus representantes limpiasen la madre del agua, «la acequia de realengo», y las correspondientes a los adulados. Aparte de sus deberes en orden a la limpieza y evitar sustracciones de agua les estaba encomendado que cuidasen el que los herederos aportaran las cantidades exigidas para los reparos y gastos comunes.

El alcalde en los primeros tiempos se vale del alguacil del lugar para la guardería pero después nombra un acequero que tam-

¹ La Audiencia dispuso en 25 de junio y 19 de noviembre de 1676: que se nombrara anualmente el alcalde de aguas; que éste no fuese depositario de los fondos del Heredamiento; que rindieran cuentas los anteriores titulares de dicha alcaldía; y que se admitiesen en los remates de «los veinte días» las pujas del cuarto mas. Otra provisión de 8 de octubre de 1732 reitera la orden de nombrar alcaldes anualmente y autoriza al Cabildo a proveer el cargo si no proceden los adulados a la debida designación. Arch. Her. Leg. 1, núm. 34, leg. 3, núm. 62.

bién recibe, al parecer, el nombre de alguacil, pues estaba autorizado a llevar vara de justicia.¹ Era tomado a soldada.

Para el nombramiento de repartidor el alcalde debía oír la opinión de algunos herederos y para el abono del salario de dicho subalterno se hacía la oportuna prorrata entre los herederos y propietarios de molinos. La falta de pago permitía privar del agua al moroso.²

Aunque el alcalde era quien administraba los fondos procedentes de multas e indemnizaciones y del remate de las veinte dulas de agua para la conservación y reparos de los acueductos, cuando fue elegido alcalde el marqués de la Candia, don Juan Máximo de Franchi, se acuerda en la misma sesión, celebrada el 6 de enero de 1819, que para conservar los productos referidos se depositaran en poder de un recaudador depositario que los tuviese en todo momento a disposición de la Junta, aspiración que venía desde muy antiguo, sin éxito, como, tampoco, se había logrado, a pesar de reiteradas quejas de los adulados y órdenes de la superioridad, que los alcaldes rindieran cuentas anualmente como estaba dispuesto.³

B) *Procedimiento*

Practicamente el procedimiento seguido en el juzgado de aguas fue en general de gran sencillez cuando se trataba de simple sustracción. Para evitar costas y dilaciones, sin autos ni sumarios escritos, se prendía a los delincuentes sólo mediante orden del alcalde, y se les sacaba el importe del agua, sin multa, a menos que fueran reincidentes o numerosos los infractores, o que la cantidad de agua desviada de su curso fuese tal, que hubiese dejado sin movimiento a los molinos. Cuando el inculcado era miliciano se

¹ En 4 de marzo de 1675 el alcalde de aguas, marqués de Celada, expidió título de alguacil a favor de Pedro Mallorquín, con facultad de prender y practicar las gestiones propias de los alguaciles, incluso que llevase vara como ministro de justicia, si bien, parece, que este alguacilazgo no prosperó por la oposición que le hizo la justicia ordinaria.

² Arch. Her. Leg. 2, núm. 39.

³ Cf. nota 33.

le pasaba recado al coronel del Regimiento de La Orotava, quien disponía que un sargento o cabo lo llevase preso al cuartel, a disposición del alcalde de aguas. Pero en 1794 el coronel don Antonio Salazar de Frías invocando el real decreto de 9 de febrero y real orden de 28 de agosto del año anterior se opuso a la citada práctica y al acudir al Comandante General, esta autoridad dispuso que para proceder en contra de los militares había de hacerse una sumaria información y remitir testimonio del capítulo de las Ordenanzas en que constase la pena que debía aplicarse a los dañadores.

En lo sucesivo no hemos visto que se prescindiera nunca de la información, tasación del daño y traslado de la ordenanza, ni del *auto condenatorio*. Para la ejecución se despachaba mandamiento a cualquier alguacil real.

Como consecuencia de lo expuesto parece que los alcaldes no contaban con el receptor de penas de Cámara para entregarles la tercera parte de las multas como estaba previsto en las Ordenanzas, ya que las referidas sanciones se aplicaban restrictivamente y se procuraba simplificar el expediente cuando se pagaba el agua sustraída. Las indemnizaciones a los herederos perjudicados, probablemente, se ingresaban en el fondo común, según hace constar la justicia ordinaria, como cargo a los alcaldes de aguas.¹

C) *Contiendas entre la justicia ordinaria y la alcaldía de aguas sobre jurisdicción.*

Hacia 1732 se inicia por los alcaldes mayores de La Orotava una contradicción a los alcaldes de aguas en el ejercicio de las funciones judiciales que éstos venían desempeñando, discusión que a pesar de ser ganada reiteradamente por los segundos no deja de volverse a plantear con tenacidad por los alcaldes mayores hasta el remate definitivo del asunto con la Real Provisión Ejecutoria de la Audiencia de Canarias, expedida el 14 de diciembre de 1835, a favor de los alcaldes de El Río, cuando ya tocaba a su fin la existencia de tales jurisdicciones privativas, como consecuencia

¹ Arch. Her. Leg. 3.

de lo dispuesto con carácter general por el poder central de la Nación.

La primera provisión de la Audiencia sobre la materia fue dictada a 8 de octubre de 1732, accediendo a lo pedido por el marqués de Celada, don Diego Benítez de Lugo y Vergara, alcalde de las aguas, el 26 de septiembre anterior, resolución por la que se mandaba a librar despacho para que no se impidiera ni embarazase al mentado don Diego en el uso y ejercicio de su jurisdicción «sin que el teniente ni otro justicia se entrometa en el conocimiento de las causas pertenecientes al alcalde de aguas» y que si el dicho teniente tuviese algo que decir o agregar lo hiciera en la Audiencia en el término ordinario concedido a la isla de Tenerife. A instancia de otro alcalde, don Melchor de Llarena y Ayala, formalizada el 27 de agosto de 1662, el mismo tribunal superior en 23 de noviembre siguiente despachó sobrecarta de lo ordenado en 1732.

En 1764, por haber admitido el alcalde mayor de La Orotava un escrito de los vecinos Miguel Pacheco, Juan Pinto y Miguel Barranco en que formulaban una queja en contra del alcalde de aguas don Francisco Bautista de Lugo y Saavedra, señor de Fuerteventura, estando sometidos aquellos a causa por usurpación de aguas, instruída por don Francisco, y haber dispuesto la referida justicia ordinaria se recibiera información con citación del mentado alcalde de aguas, acudió éste a la Audiencia y este tribunal por auto de 17 de noviembre de 1764, notificado en La Orotava el 4 de diciembre inmediato, mandó que se le remitieran las diligencias practicadas y que el alcalde mayor se abstuviese de perturbar al repetido don Francisco Bautista en la jurisdicción que ejercía, bajo pena de veinte ducados y diez mil maravedís aplicados en la forma ordinaria, respectivamente, si no se cumpliese por la indicada alcaldía mayor y no se atendiera al requerimiento de notificación.¹

¹ Arch. Her. Leg. 2, núm 38.—Otra cuestión con el alcalde mayor se produjo en 1808 con motivo de haberse desplomado un risco que dejó a la Villa sin agua por haber roto las canales, pues surge el problema de a quién competía el arreglo. El síndico personero pidió a la justicia ordinaria que convocase una junta para elegir nuevo alcalde de aguas y en efecto el alcalde mayor don José Díaz Bermúdez cita a los herederos por auto de 1 de febrero del citado año, para el día 8 siguiente bajo multa de veinte ducados. Arch. Her. Leg. 2, núm. 59.

En 1793, el marqués del Sauzal acudió a la justicia ordinaria porque al limpiar el estanque conocido por el de los Samartínez le tiraban basura o entullo en su hacienda, a la cual, decía, intentaban imponerle tal servidumbre. Por otra parte, también se había formulado reclamación ante el alcalde mayor por el secuestrador de los bienes del vínculo fundado por Luis Rizo en razón a haberse tratado de quitar por el alcalde de El Río el paso del agua por dentro de una viña de dicho secuestro, a pesar de que desde antiguo se hallaba la heredad recibiendo el agua por ella, lo que constituía, según el secuestrador, un despojo, al ser privado de dicho beneficio. El alcalde mayor admitió ambas reclamaciones por estimar que era asunto de su competencia y que al alcalde de aguas únicamente le cumplía el celar para que no se cometiesen hurtos de agua, distribuir las mismas y tener los acueductos en buen estado. Pero don Bernardo de Ascanio y Llarena, a la sazón alcalde de El Río, acudió a la Audiencia y este tribunal, por auto de 2 de julio del mencionado año, mandó que la justicia ordinaria se abstuviera de perturbarle en el conocimiento de los asuntos de su jurisdicción privativa, guardando las provisiones de los años de 1732, 1762 y 1764, y que se remitiese lo actuado. No cumplió el alcalde mayor con lo dispuesto por lo que fue conminado a ejecutar lo referido en 8 de agosto, bajo multa de diez mil maravedís. Otro de los cargos que se hicieron al alcalde mayor, en la ocasión de que hablamos, fue que estando tendida el agua por las calles y empedrada una atarjea en la de Santo Domingo ordenó que se suspendiera el trabajo, bajo multa de veinte ducados, a los oficiales y peones. La Audiencia resolvió en forma definitiva a favor de don Bernardo de Ascanio el 3 de diciembre del repetido año y previno al alcalde mayor «que en lo sucesivo en casos de competencia con otros jueces se abstenga de mandar por autos y decretos y use de oficios atentos según está prevenido en las Reales Cédulas...»¹

La provisión definitiva, como antes dijimos, fue en 1835. Veamos los antecedentes y desarrollo del conflicto de jurisdicciones en que recae la aludida ejecutoria.

En 1835 los frailes agustinos de la Villa se encontraban tomando mucha mayor cantidad de agua de la que les correspondía,

¹ Arch. Her. Leg. 3, núm. 66

que solo era el servicio de medio real, por lo cual el entonces alcalde de aguas don Fernando de Llarena y Franchi, intendente honorario de provincia y conocido diputado doceañista, queriendo remediar el abuso y los perjuicios que se estaban causando a los adulados, llamó al escribano público Francisco Vivas y Paz, el 1 de abril de aquel año, para que le auxiliara, pero éste cartulario se excusó bajo varios pretextos, como «que actuaría si se lo ordenaba el alcalde mayor». Don Fernando le conmina, el día 3 siguiente, advirtiéndole que quedaba a las resultas de su resistencia y hace presente al alcalde mayor don Francisco Villaverde y Rey, por medio de oficio, su deseo de que mandara a Vivas y a los demás escribanos públicos de Orotava que no se negaran a actuar con él, pero Villaverde en lugar de acceder a lo indicado dispuso en auto del día 4 que el mismo escribano pusiera a continuación copia certificada de lo contestado a Llarena, y que éste presentara en la mesa del despacho del alcalde mayor, en el término de tercero día, las ordenanzas, reales órdenes, y provisiones que le concedieran la facultad de formar causas criminales y corregir y castigar a los robadores del agua, y que, entretanto se le autorizara para ello, se abstuviese de todo procedimiento, bajo multa de cuatrocientos ducados.¹

Al serle notificado a Llarena el referido auto no se le admitió por el escribano que exhibiera la provisión de la Audiencia de 1762 sobre el asunto. Todavía, al día siguiente, el alcalde mayor dio una providencia mandando que no se prestara ningún auxilio

¹ Las diferencias entre Villaverde y Franchi fueron varias. Cuando el 2 de septiembre de 1834 el citado alcalde mayor comunicó a don Fernando de Llarena, que el gobernador civil le había ordenado que reuniese a los adulados Llarena le contestó que la convocatoria no era reglamentaria por corresponderle a él como alcalde de aguas y cuando concurre a la reunión Villaverde no le deja exponer su parecer y le niega que su cargo sea de alcalde de aguas a pesar de citarle para la referida junta dándole tal título. En 5 de junio de 1835 Villaverde solicitó del gobernador civil que desaprobaba la conducta de Franchi como alcalde de El Río, manifestando que en el proceso de los padres agustinos Llarena actuaba con el interés particular de conseguir más agua de la que le correspondía con el fin de llenar un estanque que había construído recientemente en su finca El Drago, pero el gobernador no atendió a tal petición por estimar que se trataba de materia que afectaba a la propiedad o posesión de las aguas y no al reparto y economía de las mismas.

judicial al alcalde de aguas, ni aun por los alguaciles, y que no se dirigiera dicha alcaldía a la justicia ordinaria por oficio,

Don Fernando acudió a la Audiencia y este tribunal por auto de 2 de mayo mandó que se librara provisión al alcalde mayor para que reponiendo las cosas al estado que tenían antes de su proveído del 4 de abril, remitiera las diligencias que hubiese practicado. Recibidas éstas, se entregaron a la parte de Llarena, el cual solicita que, en virtud de lo dispuesto en el auto de la misma Audiencia de 3 de diciembre de 1793, se mandara por el Tribunal a observar y cumplir lo prevenido en él y que no diera lugar el alcalde mayor don Francisco Villaverde a más recursos y que por no haber tenido en cuenta lo establecido se le condenase en costas. Previo informe del fiscal y de la presentación de un testimonio de unos procesos sentenciados en 7 de octubre de 1787, a instancia del alcalde de aguas, marqués de Celada, por haber descompuesto la arquilla y tomado más agua de la que le correspondía los frailes del convento dominico de Orotava, se declaró el 4 de diciembre «nulos y atentados los procedimientos» del alcalde mayor de la Villa don Francisco de Villaverde con respecto al alcalde don Fernando de Llarena y se condena por tanto a aquel en las costas, mancomunadamente con el escribano Francisco Vivas, previniéndoles que observaran en lo sucesivo las órdenes y reglamentos que gobiernan en la referida clase de asuntos.¹

6.—El interés social y el derecho de la generalidad de los vecinos

Las normas sobre el aprovechamiento de las aguas del valle de La Orotava no olvidan las exigencias del abasto público.² En

¹ Cuando el 24 de diciembre se le notifica al escribano Vivas el decreto recaído para la ejecución de la sentencia de la Audiencia, opta por consignar una finca rústica como medio de pagar totalmente las costas, pero luego libra dicha propiedad, el 4 de marzo de 1836, entregando a don Fernando de Llarena la cantidad de ciento tres pesos. Arch. Her., leg. 3, núm. 64.

² La obtención del agua para el abasto público en otras localidades de Tenerife ofrece también alguna particularidad. Así la de Santa Cruz es considerada como parte del *Ramo de Fortificaciones de Su Magestad*. Según consta del decreto del Comandante General, fechado el 1 de octubre de 1708, los vecinos contribuyeron a la traída del agua desde los nacientes del barranco de Tahodio con 13.300 reales, los soldados de los castillos del puerto con 2.280, los mercaderes con 11.671 y 2/8 y el regimiento de Tacoronte con 817 y 1/2, cantidades que en total no cubrían el coste de la obra, por lo que el general don Agustín de Robles Lorenzana acordó po-

general, los herederos adaptan sus intereses privados, a la cooperación que la convivencia impone, como se ve en las concesiones generosas de agua con finalidad social: a varios monasterios, al Jardín Botánico, a la Higuera, o para la carnicería, lavaderos, riego de los jardines de las plazas de la Villa etc.¹

ner a disposición de la misma, 2.000 pesos del arbitrio del *uno por ciento*, destinado a Fortificaciones, para satisfacer lo que fuese necesario hasta la realización del proyecto. Lo suplido de este fondo ascendió a 62.051 y 6/8, y el agua quedó en la pila fabricada en la plaza del castillo Principal al servicio del público el 27 de mayo de aquel año. Para atender a los gastos de conservación y reparo de las canales la mentada autoridad dispuso que las embarcaciones pagasen aguada: los bajeles naturales 2 escudos de plata y los bergantines, tartanas y otros barcos menores 1 escudo. Como la referida exacción no bastaba para tener dicho servicio en forma adecuada, a petición del alcalde del Agua, en 1746, el General dispuso que mientras durase la guerra, se dieran para el repetido fin 60 pesos anuales del mismo fondo de Fortificaciones, y que el alcalde del Agua, vicario y beneficiado de Santa Cruz y la justicia ordinaria en la localidad constituidos en Junta indicasen algún otro medio, lo cual verificau proponiendo también con carácter temporal el percibo de una aguada de 4 y 2 reales de plata según que las embarcaciones tuvieran o no cubierta, de 100 a los navíos de la carrera de Indias, y de 6 a 3 pesos si se trataba de barcos extranjeros y aún 1 real por cada barca de caleta. Todo ello se aceptó por el comandante general don Luis Mayoni, Salazar el 20 de junio del citado año.

Como consecuencia de lo expuesto el alcalde de Aguas en Santa Cruz fue de nombramiento de los comandantes generales «por ser la abundancia del agua (en el Puerto) su mas importante fortificación». En el repetido año de 1746 la alcaldía estaba desempeñada por don Nicolás de Morera y el 27 de julio de 1752 se nombra para la misma plaza a don Felipe Carlos Piar. Por renuncia de este último es designado alcalde el capitán don Bartolomé Antonio Montañés a 7 de septiembre de 1754, al cual la Audiencia por provisión de 23 de enero de 1770 pidió que justificara su nombramiento y el estar facultado para percibir aguada de los barcos. También le ordena que informara en el plazo de ocho días bajo pena de 10.000 maravedies si dicho impuesto había sido aprobado y obtenido licencia del Consejo de Castilla para su exacción. En el despacho nombrando a los alcaldes se hacía constar que se le conferían «todas las facultades pertenecientes y anexas y la de poder nombrar personas de su mayor satisfacción para que le ayuden al cuidado de dicha agua, sus conductos, pilas y estanques y a proveer en tiempo las canales nuevas que se necesiten azucarar y componer las usadas... multando a los contraventores a su prudente arbitrio a excepción de los casos de mayor entidad de que me deben dar cuenta para proceder como en asunto de fortificaciones». Archivo de Peraza de Ayala, La Laguna, legajo *Comercio y Navegación I*, núm. 21.

¹ Arch. Her. Leg. 7, núm. 115.—De los fondos del Heredamiento se anticipó algún dinero para la construcción del Cementerio. Acta de la junta celebrada el 16 de enero de 1820.

Como hemos dicho el título de propiedad que invocan los herederos fueron sus datas de tierras de regadío, pero es indudable que el principal motivo que alienta el Repartimiento es el deseo de conseguir que se pueble la nueva tierra. Por ello, nadie discute el que las aguas sean en primer lugar para el abasto de la población, antes que para mover los molinos y regar las heredades de los adulados, si bien se limita a que los vecinos solo puedan tomarla para usos domésticos en vasijas portátiles. En el texto de las antiguas ordenanzas se reconoce tal situación.

Pero el común de los vecinos no adquiere título de propiedad, consolidando el referido estado de hecho hasta 1539. Esta confirmación oficial fue provocada por lo que exponemos seguidamente.

Los herederos del regidor Bartolomé Benítez de Lugo pretendieron llevar el agua que les pertenecía en El Río a sus predios de caña dulce «por las partes e lugares que bien visto les fuese», de lo cual tenían ejecutoria de la Chancillería de Granada en contradictorio juicio con los vecinos. En su consecuencia, procedieron a cambiar el curso de las aguas en 1539. Se lamentan los vecinos por tener que ir más lejos por el agua, molestia que según ellos iba en perjuicio de «la honestidad» de las mujeres que hacían dicho servicio y que podía ocasionar la despoblación de la calle. El Cabildo tuvo que atender esta queja, especialmente porque los oidores de Granada habían acordado que el pleito se siguiera por el concejo de la Isla o que la corporación insular diese el dinero necesario para el litigio. Así es que con el fin de obtener un arreglo se trasladó a La Orotava la comisión, compuesta del gobernador, licenciado Alonso Yanes Dávila, Lorenzo de Palenzuela y Pedro de Trujillo, regidores, donde se les une Alonso de Llarena. Actúa como escribano el mayor del Concejo Juan López de Azoca. Después de oír a diversas personas, recibir información, en que declaran cinco testigos, se llegó a una transacción o ajuste entre los herederos, cabildo y vecinos, formalizada a 9 de agosto del mentado año. En su virtud, los vecinos de la calle por donde venía pasando el agua se comprometen a hacer una acequia de canales de tea, enterizas, con capacidad para llevar tres azadas, desde el repartimiento del agua, detrás de la iglesia de la Concepción, hasta el estanque de los herederos de Bartolomé Benítez; que éstos por evidente necesidad podrían cambiar el curso de las

aguas para regar sus heredades o trocarlas, siempre que no fuese durante dos semanas seguidas de los meses de julio-agosto, cuidando de restituirlas a su cauce; que el Cabildo daría a los herederos del repetido Benítez de Lugo doscientas cincuenta fanegas de trigo en la próxima cosecha por los gastos que habían tenido en el litigio y evitarse el Concejo el desembolso que la Chancillería había dispuesto si la Corporación no continuaba el pleito en favor de los vecinos; que no se pudiese tomar agua antes del expresado repartimiento de la Concepción para el servicio de una tenería; que se pusiesen las canales referidas antes de terminar abril del año siguiente «estancas e bien asentadas e corrientes e bien puestas embebidas en la tierra con cinco remansos a manera de dornajos en que pase el agua mansa» y las cuales tengan de hondo tres cuartos de vara por tres y media de largo y otro dornajo de seis varas de longitud, todo a costa de los vecinos, si no optan por dejar nula esta escritura de transacción y que se proceda conforme a la ejecutoria de Granada; que cada uno de los herederos de Benítez de Lugo que no cumpliere lo establecido pague mil doblas de oro a la parte obediente. Se obligaron, también, los herederos de Bartolomé Benítez a recibir en su estanque las aguas de Alonso Sánchez de la Tienda, Diego González de Gallegos, García de Vergara y de otros vecinos de la calle de la cuestión para el servicio de sus dulzas, si bien con la condición de que si no necesitaban dichas aguas podían ser aprovechadas por los sucesores de Benítez de Lugo.

La transacción fue aprobada por el Consistorio el 29 de agosto, pero los vecinos no cumplieron con su obligación de poner las canales por lo que quedó a salvo el derecho de los Benítez de Lugo a hacer uso de su ejecutoria. Por último se celebra un nuevo concierto con el Cabildo a 17 de septiembre de 1540, autorizado también por el escribano López de Azoca, en virtud del cual queda libre el Ayuntamiento de las responsabilidades que había contraído en la primera escritura y se obligan de nuevo los vecinos a poner las canales. La eficacia de estos convenios se ve en la invocación de los mismos por la justicia en 20 de diciembre de 1568.¹

¹ Los vecinos que citamos en el texto son los mismos que habían comparecido en representación de todos los de la calle afectada por el cambio del curso de las

Las contiendas por querer los adulados cambiar el curso de las aguas fueron varias y como consecuencia de las mismas quedó más de una vez confirmado el derecho de los vecinos. En 1672 el alcalde don Domingo Bautista pretendió desviar un curso acostumbrado, a lo que se opusieron don Miguel de Franchi Alfaro y don Juan Francisco de Franchi fundados en que el agua discurría por dentro de sus heredades. En el asunto conoció la justicia ordinaria de La Orotava que acepta la tesis de los adulados de poder llevar el agua por los sitios más convenientes a los mismos, pero al recurrir a la Audiencia los contrarios, este tribunal declaró que atento a que los vecinos tenían desde antiguo el uso de las aguas para su abasto debían de ponerse de acuerdo adulados y vecinos.¹

Aparte de las infracciones corrientes de las ordenanzas en cuanto a sustracciones de aguas, debió darse, también, otras irregularidades que por su carácter y ánimo de permanencia representaban una usurpación al caudal común de los herederos, por lo que el alcalde de aguas, marqués de Celada, acudió a la Audiencia en demanda de amparo. Este tribunal en provisión de 22 de junio de 1762, accediendo a lo solicitado, mandó que «ni aun los herederos o adulados podían tomar agua por hilo ni en basijas si no fuere para beber o lavar» porque las sobras del uso doméstico estaban destinadas al riego de las propiedades de dichos herederos y se hacía necesario evitar que se apoderasen del agua de los mismos como lo estaban haciendo oculta y públicamente y tomando los conventos más de lo que se les había permitido que no pasaba de medio real de agua a cada uno.²

aguas a formalizar el concierto. Arch. Her. Leg. 1, núm. 25.—Juan de Vergara y Diego González de Gallegos se habían opuesto a que se cambiara el curso de las aguas desde 28 de enero de 1527 y Pedro Benítez de Lugo presentó una querrela en contra de ellos «por razón de que los susodichos como munidores del pueblo repicando campanas en manera de comunidad e diciendo que habían de matar a este querrellante e a su cañavero...» Leg. 1, núm. 33.

¹ Arch. Her. Leg. 1, núm. 33, Leg. 2, núms. 59 y 60.—Don Juan Francisco de Franchi siguió otro litigio, apelado a Sevilla, y que terminó por transacción celebrada el 30 de septiembre de 1678, ante el escribano Domingo Romero. En virtud de dicho arreglo se le reconoce a Franchi para el servicio de su casa y ermita un tostón de agua. Leg. 1, núm. 29 y Leg. 2, núm. 1.

² Arch. Her. Leg. 2, núm. 38.

A mediados del siglo XIX el Ayuntamiento de La Orotava sostuvo que la propiedad del agua de El Río pertenecía a la generalidad de los vecinos y no a los aduados. Razonaba su pretensión en escrito de 31 de julio de 1849 diciendo que en 1507 los vecinos habían concertado con Rodrigo Yanes, que éste sacase el agua y la tuviese en la montaña con dornajos para beber los ganados, servicio por el que recibiría quince mil maravedís y el agua sobrante. Añadía que por dicho contrato, que aprobó el Adelantado el 4 de julio del referido año, se acordó, asimismo, darle a Yanes un caíz de tierra, doce fanegadas, en buen sitio, en relación con los caminos y servidumbres para ganados, por el indicado trabajo de extraer el agua y de construir el abrevadero, y se previno que en caso de estar repartida la tierra conveniente a otras personas, que a éstas se les heredara en otro paraje de modo que quedasen indemnizadas. Terminaba manifestando que Yanes cedió sus derechos a Fray Francisco de Quintanilla, comendador de Lanzarote, y que el Cabildo no aceptó tal transmisión por ser eclesiástico el adquirente y no reunir, por tanto, la condición jurídica de lego, lo que hizo necesario que el mentado fraile subrogara en sus derechos a Alonso Benítez, que le paga por ello doce doblas castellanas, siendo aprobada esta sustitución por el Adelantado el 31 de marzo de 1517, ante Antón de Vallejo, al propio tiempo que se encarga a los regidores Bartolomé Benítez y Pedro de Lugo, para que viesen el modo de construir las entradas a los abrevaderos y casa anexa.¹

La base principal de la reclamación consistía en dar por cierto que el agua de que hablamos y el Agua Grande, una de las principales fuentes que como hemos dicho (I.) integraban el conjunto de El Río, no era otra que la conocida por El Pino, agua que desde muy antiguo se consideró del pueblo² y que fue incorporada a

¹ Arch. Her. Leg. 1, núms. 19 y 23; Leg. 3 núm. 65.

² Hay un acuerdo del Cabildo, en 27 de septiembre de 1510, sobre que «algunas personas se entremeten en el agua de El Pino compeliendo a los vecinos que no se aprovechen de ellas ni abrevasen sus ganados habiéndolo el Adelantado dado a dicho pueblo para su aprovechamiento de ella para sus ganados que parecía bien de dar al personero un mandamiento de la justicia para que el alguacil conserve e ampare en la posesión en nombre del pueblo de manera que solamente los vecinos e sus ganados aprovechen de ella e no otra persona». Arch. Her. Leg. 1, núms. 21-24.

los Propios del concejo de la Isla, como consecuencia de la real cédula de 2 de junio de 1511 y de acuerdo del cabildo de 24 de abril de 1512.¹

Los adulados niegan la indicada identidad, por mas que a la sazón se conociera el Agua Grande también con el nombre de El Pino, y replican que así no se le denomina en la escritura pública celebrada con Lorenzo Báez Gallego en 1518, ya mencionada en la parte I de este trabajo, documento donde tampoco se dice que esté «cerca del lugar» como se hizo constar al hablar del agua de El Pino en la citada sesión del cabildo. Concluye indicando que el agua de El Pino a que se refiere el repetido cabildo, sería la que a la sazón se llamaba El Pino del Dornajito u otra.²

También se invocó por el Ayuntamiento de La Orotava, en apoyo de su tesis del carácter público de las aguas de El Río, el hecho de que se dictaran ordenanzas municipales para su régimen, pero a esto contestaron los herederos que el alcalde tenía que ser precisamente uno de los adulados y que el motivo de formar las ordenanzas del Heredamiento la corporación municipal era para dar mayor autoridad a las normas, como se observaba en los cinco gremios mayores de Madrid y campaña de Filipinas que siendo los intereses de particulares el Gobierno formó sus estatutos.

7.—La legislación general y el empeño del Ayuntamiento de la Villa en administrar las aguas de El Río.

Los nuevos ideales sociales y las transformaciones que sufre el derecho español en el siglo XIX, que ahora no nos cumple exa-

¹ Los Propios fueron aprobados por Real Cédula despachada en Medina de Rioseco el 21 noviembre de 1520. «Fontes Rerum Canariarum, V, 1952, págs. 150-151.—En 1516 se fijaron las mil fanegadas de regadío, señaladas en cabildo de 24 de abril de 1612, como bien independiente del agua de El Pino «desde la fuente del Adelantado yendo por el camino cara a Tacoronte e Taoro a mano izquierda, do agora está hecha una cerca palizada e gavia». «Fontes Rerum Canariarum», XIII, ya citado pág. 175.

² Otras razones se invocaron, también, para demostrar que el agua de El Pino no era el Agua Grande, como no tener ésta tierra cultivable próxima por encontrarse en un paraje intransitable, rodeado de cerros y cumbres en otro extremo del Valle; que aquella no debía de tener verdadero caudal porque se habla de «sacarla y ponerla en dornajos» y, en cambio, el Agua Grande tenía ocho mil pipas diarias. Todo conforme a las respectivas escrituras. Arch. Her. Leg. 3, núm. 65.

minar, repercuten en el régimen de aprovechamiento de las aguas de El Río hasta el extremo de ser calificada la posición de los herederos como un privilegio de clase. Se da fin a su juzgado de aguas y dejan de usarse por anacrónicas e inaplicables las antiguas ordenanzas privativas. Es objeto de discusión no solo el sistema observado por los herederos al administrar el caudal sino también el mismo derecho de propiedad que ostentan dichos partícipes sobre tales aguas.

En 1812, el personero de La Orotava, don Juan Pedro Nepomuceno, representó al Ayuntamiento de dicha Villa que era perjudicial a la salud pública la falta de aseo que se observaba en la conducción de las aguas de El Río y el beneficio que resultaría para la agricultura si se recogiese todo el caudal, pues había una parte que se desperdiciaba y otra que no había sido sacada de los nacientes, a lo cual, la corporación municipal, en 13 de enero de 1813, acuerda intervenir en el asunto invocando los artículos 247, 309 y 321 de la Constitución que le asignaban la policía «civil y rural». Asimismo decidió que se hiciera saber a don Pedro Benítez que no continuara interviniendo como alcalde de aguas en esta materia; que exhibiera los libros y demás papeles del Heredamiento; y que una comisión, integrada por los regidores don Antonio Benítez Ponte y don Martín González, informase sobre del particular y se encargara interinamente de todo el cuidado de las aguas.

Los acuerdos que indicamos provocaron una demanda de conciliación interpuesta por los herederos el 12 de junio de 1813, como trámite previo para pedir por la vía judicial la devolución de sus aguas. El Ayuntamiento adopta una actitud pasiva ante la expresada reclamación y, entretanto los herederos se disponen a defender su derecho, es derogada la constitución, el 4 de mayo de 1814, restituyéndose las cosas al estado en que estaban en 1808 y, por tanto, los adulados vuelven inmediatamente a la posesión inquietada.

El 9 de mayo de 1820 se proclama de nuevo en La Orotava la Constitución de 1812 y en su consecuencia el Ayuntamiento otra vez se apropia de la administración de las aguas mandando a rematar los veinte días de mayo, destinados, como hemos dicho, a la conservación y reparo de los acueductos, si bien, previno que los herederos continuaran sus riegos como antes. La Dula estimó

que se habían incautado de una parte de su propiedad y acuerda proceder contra la corporación municipal, dando, al efecto, poder para entablar cuantas acciones les fuesen dables a don Pedro Benítez de Lugo y don Francisco Felipe de Lugo Viña, el 3 de junio de 1820, ante el escribano don Calixto Perdomo de Bethencourt. Después de celebrada la conciliación sin resultado satisfactorio, antes de continuar los adulados por la vía judicial, el Ayuntamiento, a petición del personero don Juan Víctor de la Guardia, acuerda, el 19 de diciembre del citado año, tomar posesión de todas las aguas como pertenecientes al público y ordena que se aprehendieran inmediatamente.

Hasta tal punto el Ayuntamiento consideró del común de los vecinos todo lo relativo a las aguas de El Río que califica de deudores a los fondos públicos y les niega el derecho ciudadano de votar, en las juntas del municipio y de comisarios electores para nombrar oficios de justicia, a don Antonio de Monteverde y Rivas, a don Pedro Benítez de Lugo y a otros, porque no habían rendido cuentas de las cantidades percibidas por las subastas de los días de mayo. Tal actitud hace que los privados del sufragio soliciten la declaración de nulidad de las aludidas elecciones, ya que se trataba de fondos que desde antiguo se habían estimado de la propiedad de los herederos.¹

En 12 de abril de 1821, el acompañado del juez de primera instancia interino del partido de La Orotava, don José Antonio de Zárate y Penichet, dispuso, accediendo a lo pedido por la representación de los adulados, Lugo Viña y Benítez de Lugo, que se restituyera a los mismos, por cualquier alguacil, en la posesión de las aguas de El Río y de las veinte dulas destinadas para el arreglo de los acueductos, condenando en costas al Ayuntamiento, sin perjuicio de las acciones sobre la propiedad, providencia que pasó ante el citado escribano don Calixto Perdomo de Bethencourt.

Pero, al día siguiente, el juez propietario mandó que para proveer con más conocimiento y no contravenir a los artículos 1, 5, 7, 13 y demás de las Cortes Generales y extraordinarias, ni al decreto de 6 de agosto de 1811, y observar lo prevenido en 19 de

¹ Escrito de 6 de agosto de 1820 en Arch. Her. Leg. «Expediente sobre nulidad de elecciones».

julio de 1813 y otros establecimientos generales de derecho sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de los ríos, que no estuviesen derogados, exhibieran los herederos las escrituras de donación a sus causantes, ordenanzas formadas y aprobación real de las mismas. En cuanto a la intervención del Ayuntamiento resolvió que se oficiara a esta corporación para que sobreseiera aquello que exceda de los límites de lo gubernativo, económico y de policía, remitiéndolo al juzgado, puesto que por real orden de 30 de diciembre de 1820 se había prevenido que las cuestiones de propiedad correspondían a los Tribunales y no a los propios medios del Ayuntamiento.

Hubo que acudir a la Audiencia y este tribunal, por sus provisiones de 3 de julio, 9 y 23 de agosto de 1821, mandó que se restituyera a los adulados al libre uso y aprovechamiento de sus aguas e impone al alcalde y concejales de La Orotava, las multas de 4.400 y 2.200 reales, respectivamente, las cuales se hicieron efectivas en parte.¹

Todavía en 1823 el Ayuntamiento no había devuelto el libro de aguas de La Dula y pide a la Diputación Provincial de Canarias que informase al Soberano Congreso sobre dichas aguas con el fin de que se declarase su régimen de aprovechamiento comprendido en el decreto de abolición de Señoríos de 6 de agosto de 1811, pero la Diputación estimó, en sesión de 23 de junio, que no era asunto para llevarlo a los cuerpos legislativos sino al poder judicial por ser a éste a quien competía declarar, si procediese, a las aguas «por de común aprovechamiento».²

Durante los años de 1824-1825 no hubo elecciones de alcalde de aguas y en 1826 propuso el Ayuntamiento a la Audiencia una terna pero este tribunal, por provisión de 29 de enero de 1827, ordenó que se eligiese el alcalde como antes y que el Ayuntamiento explicara el motivo de no haberse celebrado elecciones para cubrir dicha alcaldía.³

¹ Arch. Her. Leg. 2, núm. 8 y 13, Leg. 4, núm. 71.

² Arch. Her. Leg. 2, núms. 51 y 52 —En el período constitucional, el alcalde de la Villa a 9 de agosto de 1823, hace público algunas normas para evitar que continuasen las frecuentes sustracciones de las aguas de El Río. Arch. Her. Leg 3, núm. 66.

³ Arch. Her. Leg. 2, núm. 53.

Al publicarse el Estatuto Real de 1834 insiste el Ayuntamiento en su pretensión de apoderarse de las aguas de El Río solicitando del gobernador civil que actuara en tal sentido pero dicha autoridad fue también del parecer que la cuestión tocaba a los tribunales de justicia.

A pesar de lo expuesto la corporación municipal a propuesta del diputado más antiguo decide ordenar a los herederos que en el plazo de un mes emprendieran las obras necesarias para impedir cualquier derrame o pérdida de las aguas y que de no dar cumplimiento a dicho acuerdo sería medido en el fiel de la Villa el caudal que llegase y la cantidad resultante considerada como la única a que tendrían derecho en lo sucesivo los aduados, aplicándose las demás a bienes de Propios del Municipio. A ello se opuso por los herederos que tal disposición había sido dictada como acto administrativo, procedimiento contrario a derecho en materia que afecta a la propiedad privada, máxime sin haber sido oídos los perjudicados ni haber recaído resolución alguna de carácter judicial. Añadieron que aunque no tuviesen el justo título que ostentaban desde trescientos años atrás, estaban amparados en sus derechos de modo terminante por la real orden de 5 de abril de aquel mismo año.¹

El Ayuntamiento procuraba plantear el asunto de las aguas como algo de carácter social llegando a hablar en relación con el Heredamiento de «castas o clases» y que de la postura de los aduados frente al pueblo podía temerse en las circunstancias porque se atravesaba perturbaciones de orden público.

8.—Extinción del régimen especial del Heredamiento.

La real instrucción de 30 de noviembre de 1833 destacaba que además de las Reales Sociedades Económicas existían en muchos pueblos Juntas encargadas de obras de conveniencia local, como el cuidado de una escuela o de un cauce para el riego de

¹ Marcelo Martínez Alcubilla, *Diccionario de la Administración Española*, Madrid, 1868, pág. 233.—En 1839 el Heredamiento no solo tuvo que defenderse del Ayuntamiento sino también de las demandas del Vicario Currás y del marqués de la Quinta Roja. *Inventario* en Leg. 6 núm. 100.

algunas tierras u otros análogos, y previno que los subdelegados de Fomento, luego los gobernadores civiles, se pusieran en inmediata relación con dichas Juntas. Consecuente con lo indicado el gobernador civil de Canarias don José Marrón, en armonía con lo dispuesto en el artículo 41 de dicha instrucción, acuerda relacionarse con La Dula ordenando a ésta por medio de circular, que remitiera copia de sus estatutos, privilegios, o cédula de erección, y noticia de los fondos y modo de administrarlos.

La circular citada expuso que los informes de los Ayuntamientos habían dado a conocer al Gobierno Civil la existencia de varias de las mencionadas Juntas que con el nombre de Heredamiento, tienen por objeto el aprovechar entre las personas asociadas las aguas de mayor o menor número de manantiales reunidas en una acequia o cauce, y por ello la autoridad provincial a fin de cumplir con una importante parte de sus atribuciones había acordado que los presidentes de los Ayuntamientos interesasen de los presidentes de las asociaciones o heredamientos el envío de los aludidos datos. Asimismo advierte que las repetidas entidades habían de entenderse directamente con el gobernador en los negocios que necesiten cooperación de dicha autoridad.

Al reiterarse por las órdenes del Ministerio de la Gobernación de 22 de noviembre de 1836 y 20 de julio de 1839, Disposición Primera, que «los jefes políticos en sus respectivas provincias, cuidaran de la observancia de las ordenanzas, reglamentos y disposiciones superiores relativas a la conservación de las obras, policía, distribución de aguas para riegos, molinos y otros artefactos; navegación, pesca, arbolado y demás adherentes de los canales, caminos, etc.»,¹ ya estaba extinguido el régimen especial de las aguas de El Río. El alcalde del Heredamiento don Fernando de Llena confiesa haber dejado de actuar como juez desde que el Gobierno manifestó que no le parecía muy conforme al espíritu de las nuevas instituciones el tribunal privativo del Canal de Castilla.

A raíz de la supresión del repetido régimen se produjo bastante desorden en el aprovechamiento de las aguas, aumentando

¹ Martínez Alcubilla, obra citada pág. 234.

las sustracciones y el distraimiento del curso de las mismas, lo que hace necesario que los herederos acudiesen en queja al Jefe Político, el cual recuerda a la alcaldía de La Orotava, en 5 de septiembre de 1840, el deber en que se hallaba de atender a la policía de las aguas puesto que ya no estaba a cargo de los adulados dicho servicio.¹

A pesar de seguir dándose el nombre de alcalde a los que presidían los Heredamientos en Gran Canaria ² en la Península a los que administraban la Mesta, y que en la capital del Archipiélago la alcaldía de aguas contaba con reglamento de este oficio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia, año de 1842, núm. 83, en un expediente sobre posesión de unas aguas en que interviene don Fernando de Llerena en nombre de La Dula titulándose alcalde, el Ayuntamiento y el promotor fiscal sostienen la improcedencia de tal título. El Ayuntamiento da como una de las razones para considerar inadecuado el nombre de alcalde en el caso de que se trata que su uso iba en contra del tantas veces citado decreto de 6 de agosto de 1811 sobre abolición de los Señoríos.³

La denominación de alcalde, por más que se le discuta, es conservada por los presidentes del Heredamiento hasta entrada la segunda mitad del siglo XIX. Se les llama Alcalde Ecónomo en las ordenanzas aprobadas por el Gobierno Civil en 1859, todavía vigentes.

Hoy, en la práctica, no se les da ni aun el nombre de Ecónomo, como es reglamentario, sino solo el de Presidente.

¹ Varios adulados se quejaron al Jefe Político el 16 de septiembre de 1843 por no cumplir los alcaldes constitucionales de la Villa con la real orden de 20 de julio de 1839, ya citada. Leg. 2, núm. 18.

² Sobre los alcaldes de aguas de Gran Canaria el Gobierno comunicó al gobernador civil del Archipiélago en 5 de septiembre de 1821, lo siguiente: «Enterado el Rey de lo expuesto por el Ayuntamiento de Gran Canaria sobre la conservación de los alcaldes de aguas para su mejor repartimiento y en atención a lo informado por V. S. y la Diputación Provincial Su Majestad a resuelto que mientras las Cortes no deliberaren en esto continúen los alcaldes de aguas con el nombre de celadores y conservando todas las atribuciones económicas que han tenido hasta ahora en las acequias de la Isla, reservando a los tribunales las que les corresponden en puntos contenciosos».

³ Escrito de 5 de agosto de 1842 en que se quejan los adulados al Jefe Político de que el alcalde de la Villa se oponía a que el presidente del Heredamiento se intitulara alcalde.

APENDICE DOCUMENTAL

I.—Poder del Adelantado a Diego de Mesa y Guillén Castellano en 1503.

Yo don Alonso Fernández de Lugo, Adelantado de las Islas de Canaria e Gobernador de Tenerife e San Miguel de La Palma, repartidor mayor de las de estas Islas por la Reyna e el Rey Nuestro Señores, digo: que por quanto yo obe fecho e fixe cierto repartimiento e donaciones en ciertas personas de las tierras e aguas de la Orotava en Taoro segun que mas largo se contiene en el dicho repartimiento que esta firmado de mi nombre e signado por el Escribano público suso escrito al tiempo que se fizo el dicho repartimiento e donaciones era la tierra esteril, y yerma, e las personas a quien yo doné las dichas tierras y Aguas de ellas, estube (?) presente al recibimiento e del Escribano, e ahora por virtud de esto esta el dicho repartimiento en la cantidad de la tierra en lo de la medida desconcertado e demas de esto los majanos desechos maliciosamente, e de otra manera, y ay diferencia en que las personas que han edificado y en las que quieren edificar que unos sean entrados en las tierras de los otros e por eso han fecho los tales debates, y la verdad sea esclarecida combiniome poner el remedio siguiente: Que por la presente doy mi Poder cumplido bastante a vos Diego de Mesa e a vos Guillén Castellano Vecinos Regidores de esta Ysla de Tenerife ayudantes conmigo que fuisteis a el dicho repartimiento que desuso se face mención Especialmente para que por mi y en mi nombre, e como yo mismo con cinquenta blancas midais todas las tierras que yo obe dado e Repartido a las

personas contenidas en la dicha nómina del dicho repartimiento e donaciones midiendola segun e como las medisteis antes en los mesmos Lugares. Segun e como Esta Sentado que se entienda cada suerte de seis fanegas cinquenta brazas en luengo e cinquenta de la otra vanda y en quadra en cada quadra cinquenta por manera que han de ser en cada suerte doscientas brazas en torno e otras tierras que estan en este mismo Repartimiento donde es Fernando de Trujillo e Guillen Castellano, Fernando de Llarena, Espino e Valdés e Alonso de las Hijas e otros de esta guisa que lo midais asi mesmo, y todo lo que sobrara edificado o no edificado lo Señalo e amojono para que Yo de tales sobras lo que mi voluntad fuere e todas las personas que estubieren presentes a el tiempo que las amojonaren darselas e entregarselas no perjudicando a el derecho de sus Altasas e como en su nombre que es el que las ubiere vendido o vendiere que las pierda sus tierras y otras condiciones que tengo puestas de los quales dicho Guillén Castellano e Diego de Mesa su señoría recibió juramento en forma so cargo del qual los susodichos prometieron de facer todo lo que por su señoría le era mandado bien e fielmente segun Dios e sus conciencias—fecho a diez de agosto de mil e quinientos e tres =El Adelantado= Por mandado de su Señoría Anton de Vallejo escribano público.

(Archivo del Heredamiento de Orotava, Leg. 1, núms. 8 y 11).

2.—Ordenanzas de 27 de mayo de 1507

Yo Sebastian Baes escribano publico de esta isla de Tenerife doy fé a los que la presente vieren como en mi presencia en la villa de Santa Cruz que es en esta isla de Tenerife dentro de las Casas del señor Adelantado en viernes veintisiete días del mes de mayo año del nacimiento de Nuestro Salvador Jesucristo de mil e quinientos e siete años estando juntos en Cabildo el señor Adelantado e Pedro de Vergara alcalde mayor e Guillen Castellano e Lope Fernandez e Sancho Vargas e Alonso de las Fijas e Hernando de Llarena regidores e Juan Perdomo Jurado e Anton Galindes alguacil mayor hicieron e hordenaron las ordenanzas siguientes: Estas son las ordenanzas que han de tener en los repartimientos de

las aguas para los heredamientos de La Orotava.—Primeramente que cada año aya de poner un alcalde para las dichas aguas de la dicha Orotava y este dicho alcalde sea otro que tenga tierras de riego en la dicha Orotava y este dicho alcalde a de ser elegido por los señores de los dichos heredamientos juntamente con el alcalde ordinario que fuere en la dicha Orotava y con el regidor o regidores que para ello pudiere haber y este alcalde a de hacer juramento de cumplir todas las leyes en esta ordenanza contenidas y este juramento le pueda tomar el alcalde ordinario y este dicho alcalde tenga poder y facultad para oír y librar todas las leyes en esta ordenanza contenida y pueda dar sentencia e sentencias e mandamientos conforme a la dicha ordenanza = Otro sí fue ordenado que el dicho alcalde con algunos herederos de la dicha Orotava ponga repartidor para que haya de repartir las dichas aguas a cada uno segun las tierras tuviere y el agua le perteneciére para ellas e haga copia de todas las tierras, e la de al repartidor para que el reparta las dichas aguas = Otro sí que despues de ser repartidas las dichas aguas que ninguna persona sea osada de llegar al agua sin el repartidor so pena de seicientos maravedis por la primera vez y por la segunda mil e docientos y por la tercera treinta días en la carcel y pague todavía la pena y mas pague el agua que así tomare a su dueño. = Otro sí se ordeno que cada y quando que fuere menester a limpiar las dichas acequias que el repartidor sea obligado a manifestar a cada uno de los herederos o que el cargo tuviere de los dichos heredamientos, que a limpien las acequias cada uno sus pertenencias dentro en el termino que le fuere señalado y si dentro en el término que le señalare no las limpiare que las faga limpiar a su costa y mas pague sesenta maravedis de pena. = Otro si se ordenó que cada y quando que fuere menester a limpiar la madre de agua y el acequia en lo realengo que el dicho alcalde diga al repartidor que manifieste a los herederos que vayan a limpiar la dicha asequia y madres del agua sopena de dos reales al que alla no fuere y mas que lleve los peones que les cupiere a su costa y el que se viniera sin licencia del alcalde que pague la pena. = Otro si que ninguno sea osado a regar por el acequia real salvo que faga sus contracequias por onde riegue y de que acabare de regar que cada uno se a obligado a tapar sus tornas en manera que no se pierda agua ninguna sopena de medio real

y mas que pague la pena de los seisientos maravedis. = Otro si que el alcalde con otros herederos haga copia de las tierras e ingenios y sobre ellas se heche el repartimiento de los meravedis que se diere al repartidor de las dichas aguas y cada uno pague segun tuviere las tierras e gozan el agua e los ingenios pague cada uno por el beneficio que se hace de andar e requerir al repartidor las dichas acequias por cinco suertes de a tres fanegas a fuera de las tierras que tuviere y mas que sean obligados a tener listas las acequias en manera que no se pierda agua ninguna por los dichos ingenios a vista del alcalde del agua so la pena que el dicho alcalde les pusiere. = Otro sí que en ningun ingenio no sean osados a labar en la acequia suciedad ninguna así como pescado carne y otras cosas sucias por quanto el lugar está por bajo de los ingenios e recibirla gran perjuicio si lo tal hiciese y asimesmo que no se echen las formas a lavar ni a remojar so pena de sesenta maravedis por cada vez salvo que agan una poza fuera de la acequia y que esta poza sea estanca en manera que no se pierda agua ninguna y que el repartidor le de un hilo de agua cada vez que lo hubiere menester. = Otro si que ninguna persona no sea osada a labar en la dicha acequia paños ni suciedad ninguna salvo por bajo de todas las casas y si quisiere labar en gabetas o lebrillos que pueda labar con tanto que el agua que vaciare de las dichas gabetas no vuelva a la acequia so pena de sesenta maravedis. = Otro sí que el alcalde que fuere sea obligado a ver lo que an menester las acequias y mande facer aquello que vea que es menester para el bien y pro de -ellas y que el repartidor que fuere requiera las acequias segun con la condiciones que entrare. = Otro si que ningun ganado ande en las dichas acequias so pena que pague por cada cabeza de ganado cabruno o ovejuno dos maravedis y si llegare a sesenta cabezas que faga manadas que pague doscientos maravedis de dia y de noche al doblo y si fueren puercos que paguen diez maravedis por cada puerco y si llegaren a treinta cabezas que fagan manada que pague cuatrocientos maravedis de dia y de noche al doblo y si los dichos puercos fueren tomados en los dichos cañaberales o entre ellos que los puedan matar sin pena alguna y si reses vacunas se hallaren haciendo daño en el acequia pague de pena por cada res medio real y mas que los dueños de los tales ganados sean obligados a pagar el daño que se hiciere en las di-

chas acequias. = Otro si que todas las penas en esta ordenanza contenidas sean repartidas en esta manera, la tercera parte para el reparo de las acequias y la tercia parte para el que las acusare y la otra tercia parte para el juez que lo juzgare. = Otro si que el alcalde sea obligado hacer un libro de las penas que hubiere en su año y de cuenta al alcalde que pusiere a otro año. = Otro si porque en esta ordenanza va cerrado que no haya de dar beber a los ganados habemos por bien que puedan poner dornajos o gamellas fuera de la acequia onde beban los dichos ganados con tanto que no lleguen a la acequia so la pena susodicha.—El Adelantado.

(Archivo del Heredamiento de Aguas de Orotava, Legajo 3, número 62).

3.—Ordenanzas de 28 de junio de 1527

En la ciudad de San Cristobal que es en la isla de Tenerife veinte y ocho días del mes de junio año del nacimiento de Nuestro Salvador Jesucristo e mil e quinientos veinte y siete años dentro de la Iglesia del Señor San Miguel entraron e fueron juntos en Cabildo el muy Magnifico señor don Pedro Fernandez de Lugo Adelantado de las Islas de Canaria e Gobernador e Justicia mayor de las islas de Tenerife e La Palma por sus Magestades Emperador Reina Rey nuestros señores y el noble señor bachiller Hernando de Palomares teniente de gobernador de la isla de Tenerife por el señor Adelantado y el licenciado Balcárcel, Pedro de Vergara, Juan de Aguirre el bachiller Pedro Fernandez, Juan de Truxillo, Francisco de Lugo y Guillen Castellano, e el bachiller Alonso de las Casas Regidores. = Ordenanzas del agua de La Orotava fechas en el Cabildo de suso. = Alcalde Alonso de Llarena. = Muy magnifico señor las ordenanzas que a de mandar que guarde en lo del agua del lugar de La Orotava son las siguientes por las quales el alcalde de la dicha agua a de sentenciar e castigar a los que delinquieren e mandar proveer los reparos y edificios pertenecientes y necesarios para la dicha agua, acequias y canales de ellas. = Primeramente que ninguno sea osado de tomar la dula del agua que le viniere sin pedirla primeramente al repartidor y si la tomara que incurra en pena de seiscientos marabedis que sean aplicados la

tercia parte para la camara y fisco de sus Magestades y el tercio para el que lo denunciare y el otro tercio para los reparos de la dicha agua e que el dicho repartidor a de dar la dula a cada uno quando le viniere so la dicha pena e el interese (Sic) a las partes e que el repartidor sea obligado a tener en su poder el repartimiento de las fanegas de agua que ay en este lugar e la quenta e razon de las dulas de la dicha agua para que pueda dar a cada qual de los herederos la suya quando le viniere e a tener estas ordenanzas en su poder para executar conforme a ellas. = Iten que ninguna persona sea osado y a que aya recebido su asada de agua en el repartimiento de bullir con la torna de la dicha agua aunque sea heredero del agua ni mayordomo ni cañavero sin que llame a otro mayordomo o otro cañavero de casa de qualquiera de los señores de la dicha agua con quien se ha de partir la dicha agua sopena de seicientos maravedis aplicados en la forma susodicha por cada vez. = Iten que ninguno sea osado de romper la acequia del agua ni tomar aguas della por tierra para ninguna cosa que sea aunque sea para regar huertas o hacer tapias o otra obra porque con basijas lo pueden llevar para vever y su servicio, con tal que no sea para regar huertas ni arboleda sin licencia del dueño del agua ni otra cosa que sea sopena de dos mil marabedis aplicados de la manera suso dicha e demas desto que se les pueda pedir ante la Justicia desta Isla criminalmente y esto se entienda siendo heredero del agua o no lo siendo que en este caso igualmente sea castigado y que el heredero no la pueda tomar sin licencia e el que no fuere heredero sin licencia ni con ella. = Yten que cada y quando al Alcalde de la dicha agua vien bisto fuere ser menester aserse qualquier adobio o reparo en canales o acequias de la dicha agua o en la Madre del Agua que pueda mandarlo aser y darlo aser a maestros que lo agan e prometelles por ello lo que bien bisto le fuere e hacer luego repartimiento de los dichos maravedis entre los dichos herederos de la dicha agua e señores de molinos e de ingenios e tierra de agua para que cada uno conforme a lo que tubiere pague y contribuya en la cantidad que le pertenesca pagar e que para esto pueda dar su mandamiento para los dichos herederos por el qual les mande que cada uno pague lo que por el otro repartimiento le cupiere e que si qualquiera dellos no pagare en el termino que le fuere mandado que le pueda quitar e quite el agua

que tubiere en la dicha acequia e si fuere señor de molino le pueda quitar la servidumbre de la dicha agua hasta tanto que pague lo que así le fuere mandado, e que si fuere contumaz en no pagar que no gose de dula ninguna de agua hasta tanto que pague sino que se vaya por el acequia abajo el agua e que para executar lo suso dicho execute el mandamiento del dicho alcalde en quitar el agua al que no pagare el Alguacil deste lugar no obstante qualquier apelación que aga ni protestaciones ni autos que sobre ello aga o requiera salvo que sin dilación alguna en este caso le sea quitada la dicha su agua al que no pagare para los dichos reparos de la dicha agua e que si lo defendiere o hiciere resistencia que la Justicia lo prenda e castigue por las mas graves penas del derecho e todavia le sea quitada la dicha agua hasta tanto que pague. = Esi otro qualquiera de los herederos quiciere pagar porque así no obiere querido pagar hasta que le ayan quitado el agua que el que así pagare por el goze la dicha su agua hasta tanto que aquel a quien hubiere sido quitada la dicha agua pague e que el Alcalde de termino convenible para la paga que no sea menos de veinte dias. = Iten que por quanto en las canales de molinos y yngenios e tierra de agua y en los cabucos dellos es notorio que se pierde mucha agua por falta de no estar las canales adobadas e los cabucos hechos de argamaza que el dicho Alcalde del agua pueda mandar e mande a qualquiera de los dichos señores de yngenios e molinos, e sierras de agua que adoben las dichas sus canales e cabuca en sierto termino qual al dicho Alcalde bien visto fuere a su propia costa e minción en manera que no se menoscabe ni pierda cosa alguna de la dicha agua en las dichas canales ni tomaderos de ellas ni en los cabucos e si en el dicho termino no lo hiciere e cumpliere conforme a lo que le fuere mandado que el dicho Alcalde le pueda mandar quitar la servidumbre de la dicha agua quebrandole las canales de tal yngenio o molino e mandalle que no sea osado de tornar a tomar ni servirse de la dicha agua asta aser el dicho adobio sopena de dos mil marabedis cada vez que lo contrario hiciere. = Iten que el dicho Alcalde tome a soldada acequero para la acequia de dicha agua e le prometa de soldada en cada un año lo que bien bisto le fuere e le mande pagar su salario a los herederos de la dicha agua e a los señores de yngenios e molinos a cada uno segun le cupiere a pagar por el repartimiento conforme

a las fanegas de aguas que tuviere e al que luego no le pagare el dicho Alcalde le quite el agua que tubiere asta tanto que pague al dicho acequero e si fuere señor de molino les quite la serbidumbre del agua quebrandole las canales del dicho molino asta que pague. = Iten que el dicho Alcalde tenga la manera siguiente en aser el repartimiento de los marabedis que hubiere de mandar pagar a los herederos de la dicha agua para los dichos adobios y reparos e salario del acequero; que numere las fanegas de agua que ay en este repartimiento e a cada uno segun las fanegas de agua que hubiere le mande pagar e asi al que tubiere molino le mande contribuir para lo suso dicho por diez fanegas de agua. = Iten que el dicho Alcalde o la persona a quien él ymbiare con su mandamiento pueda entrar en qualesquier guertas e heredades e casas y ver si ubieren regado las huertas o tomado alguna agua sin licencia del Alcalde o repartidor y hallando ser asi que contra el tenor de estas ordenanzas haya tomado agua incurra el dueño de la heredad donde lo tal se hallare hecho o regado de fresco en pena de dos mil maravedis aplicados el tercio al fisco e el otro tercio al acusador, e el otro tercio para los reparos de la dicha agua canales e acequias de ella e que luego que lo tal se hallare le sea sacada prenda por los dichos dos mil maravedis no obstante que sea vecino e abonado e que el dicho Alcalde le mande vender e haga justicia brevemente. = Iten que por los porqueros e otros ganaderos a acontecido maltratar los acequeros que se les de comisión e licencia para que pueda traer vara de justicia para que mejor sean guardadas las dichas acequias. = Iten que haya un repartidor que reparta por sus dulas segun de suso se contiene e quel sea persona de bien e que el Alcalde le tome a contento de los herederos e se le de salario conveniente. = E luego Guillen Castellano dixo que el no se determina en ello que lo remite al señor bachiller de las Casas regidor que lo vea juntamente con la Justicia como se deba defacer. = E luego el dho Bachiller dixo que el es regidor y esta en cabildo que el vea lo que le cumple.

Todo lo cual mando pregonar publicamente en el lugar de la Orotava porque venga a noticia de todos = E despues desto en veinte e nueve dias del mes de junio del dicho año el dicho señor Adelantado e gobernador tomo e recibió al dicho Alonso de Llere-

na juramento en forma de derecho... so cargo del qual prometio e le fue encargado usara del dicho oficio, bien e fielmente.

(Archivo del Heredamiento de Orotava, leg. 3, núm. 62)

4.—Ordenanzas de 1540, incluidas en la recopilación de ordenanzas municipales de 1670.

Que aia un alcalde de las aguas con que riegan las heredades

Yten que aya un alcalde de aguas, el qual sea de los herederos de la tal agua, que sea elegido por los herederos del agua entresi uno dellos en cada nn año por el mes de henero, e que jure ante el alcalde y escrivano de hazer su oficio bien e fielmente, el qual ninguna cosa aia de salario, e que se presente en cavildo e jure.

Que aia Repartidor de las aguas en La Orotava

Yten que para el Repartimiento de las aguas de los ingenios aia un Repartidor con salario en La Orotava, que tenga cargo de Repartir las aguas entre los herederos, e dar a cada uno su dula el qual sea elegido por la justicia, y Regimiento, o a lo menos con los diputados en visitación, e jure de hazer bien, e fiel, i limpiamente su oficio, lo qual se haga con acuerdo de los señores de los ingenios, e ninguna persona sea osada de tomar la dula del agua que le viniere sin pedirla primeramente al Repartidor, pena de seiscientos maravedis e que el Repartidor sea obligado a tener la cuenta, libro, y Repartimiento del agua, e dar a cada uno lo que le viene por su dula y tener las ordenanzas que hablan sobre las aguas de ingenios signadas del escrivano del concejo sola dicha pena.

Que no tomen el agua q. no les toca

Yten que ninguna persona sea osada de tomar agua alguna en toda esta isla de cualesquier acequias della, que no fuere entonces de su dula, aunque sea heredero de la tal agua, e aunque la quiera para Regar cañaverales, o viñas, o otros heredamientos en poca ni en mucha cantidad, asi por hilo, como en basijas, si no fuere

para beber, e labar e labores, e para otros aprovechamientos, que para esto la puedan tomar, y tomen qualesquier personas, sin pena alguna en basijas, e no por via de hilo de agua, sopena que el que lo contrario hiziere, caiga en pena de quinientos maravedis, y del intereze a la parte, saluo sino tuviere licencia del dueño de la dula de que toma el agua, y que el alcalde, y azequero pueda Requerir todas e qualesquier heredades para ver si ãn tomado el agua como no deban.

Que se Reparen las acequias

Yten que quando conviniere Reparar adobar o hazer de nuevo algunas acequias, el alcalde y Repartidor de las aguas las pueda hazer e Reparar e tomar los maestros e gastar los maravedis que conuegan e haga Repartimiento Racta por cantidad por los señores del agua e dueños de molinos e los dichos dueños sean obligados a pagar luego sin dilación alguna lo que les fuere Repartido, y no haciendolo la justicia les compela a ello breve e sumariamente por todo Rigor de derecho e si las partes quisieren dilatar en el entretanto que no pagan no gozen de la agua ni dula, e que se Reparta la dicha agua entre los otros herederos hasta tanto que aya pagado, e que cada un señor de ingenlo e molino tenga adobadas y estancas las canales y cabucos de aguas segun que por el dicho alcalde e Repartidor fuere ordenado e mandado sopena que les pueda quebrar las acequias e quitar el agua hasta que lo haga.

Que aia un acequero

Yten que el dicho alcalde e Repartidor pueda tomar, y tome a soldada un acequero, qual a el pareciere, e le de el salario que les paresca, siendo conveniente, el qual Reparta Racta por cantidad por las personas arriba dichas, e les mande pagar lo que les cupiere, e no pagandoselo la justicia les compela a ello con toda brevedad, i entretanto le quiten el uso e aprovechamiento del agua.

(Publicadas por José Peraza de Ayala, en *Las antiguas ordenanzas*. Cf. Notas a la parte III).

5.—Ordenanzas de 13 de septiembre de 1859

Ordenanzas para el régimen y aprovechamiento de las aguas de riego del Heredamiento de la Villa de La Orotava

Artículo 1.º—El caudal de dichas aguas se compone de las que nacen en lo alto del Aguamansa en los nacientes del Barranco de la madre del agua, que recientemente se ha llamado también del Pino, y cuyo conjunto es conocido con el nombre de Agua Grande, de la Fuente que lleva el de Agua Pesada, de los manantiales del Barranco de Hidalgo y de Pero-Gil, y demás que existen en aquellos puntos y han formado siempre el caudal que se titula Río de La Orotava, excluyendo los que pertenecen a la nueva Empresa de explotación, según se especifica en la transacción celebrada entre dicha Empresa y el Heredamiento.

Se exceptúan también los nacientes que pertenecen a D. Pedro Pascacio Perdigón y D. Juan Monteverde que existen dentro de la propiedad del primero denominada de Aguamansa y asimismo la parte que posee el D. Pedro en el agua de Pero Gil.

Artículo 2.º—La autoridad superior económica para el aprovechamiento y distribución de las mismas aguas reside en la Junta formada por la totalidad de los partícipes en el riego por días de dula. Sin embargo, como la excesiva subdivisión de élla podría hacer embarazosa una reunión tan extensa, se entiende que solo tiene derecho a concurrir el que posea por la menos un día integro de dula, y que los que tengan fracciones de día, habrán de reunirse para dar la representación de él a uno de su seno.

Artículo 3.º—Esta representación será permanente interín los interesados no procedan a nueva elección, y con el nombrado se entenderán todas las citaciones y diligencias en la misma forma que si fuese dueño de un día de dula.

Artículo 4.º—Todo interesado o representante de día o días de dula, en caso de ausentarse de esta Villa o del Puerto de la Cruz, tendrá obligación de nombrar persona autorizada con cartapoder que haga sus veces y con quien se entiendan las citaciones y diligencias que ocurran. No llenando esta formalidad se entiende que renuncia su derecho y que durante su ausencia estará y pasará por lo que se acuerde sin su citación.

Artículo 5.º—Para acreditar la ausencia, bastará que el encargado de circular la lista citatoria sienta en ella, que habiendo pasado al domicilio del interesado, se le manifestó por su familia que estaba fuera de dichas jurisdicciones.

Artículo 6.—Los interesados que tuvieron su domicilio fuera de ellas, serán invitados por medio de oficio a autorizar con cartapoder una persona que los represente y si no lo ejecutaren en el tiempo que se les señale se entiende que mientras no lo verifiquen renuncian su derecho en la forma que expresa el artículo cuarto.

Artículo 7.º—Igual renuncia se entiende que hacen los fraccionistas de días de dula, interin no elijan representante conforme a lo dispuesto en el artículo segundo.

Artículo 8.º—Las personas de otro sexo que sean partícipes en el riego, se hallan en igual caso de nombrar apoderado por el orden prescrito en los dos artículos que preceden; a no ser que tenga representante legal. Los que lo sean de las mismas, de menores, o de otras personas incapacitadas para administrar por sí, o tengan a cargo el secuestro de las fincas en que se emplee el riego, son considerados como verdaderos dueños para los fines de estas ordenanzas.

Artículo 9.º—Los representantes y apoderados según lo dispuesto en los artículos segundo, cuarto, sexto y octavo, tendrán obligación de dar conocimiento de su investidura al Alcalde Económico, de que luego se tratará en el acta de la Junta, presentando dicho poder y mientras no lo verifique se considera aquella ineficaz, siendo suya la responsabilidad de esta omisión.

Artículo 10.º—Se celebrará Junta general dos veces en el año, una al mes de julio para oír las quejas que representen sobre disposiciones de la Junta Directiva y ventilar los demás asuntos de intereses que ocurran; y otra en el mes de diciembre para inspeccionar las cuentas del anterior, elegir los individuos que han de componer en el año siguiente la Junta Directiva, de que más adelante se hace mención y además para los mismos negocios que la anterior.

Artículo 11.º—Además se reunirá Junta General extraordinaria, siempre que la Junta Directiva disponga convocarla y siempre que su Presidente lo ordene o lo pidan a este por escrito tres dulas con expresión de los motivos.

Artículo 12.—(Casos en que la convocatoria de la Junta General es forzosa). Esta convocación será forzosa cuando se trate de emprender una obra por cuenta del heredamiento cuyo presupuesto exceda de ocho mil reales vellón, de imponer algún gravamen a los dulados con objeto de levantar fondos, de resolver alguna queja de los mismos contra la Junta Directiva o el Alcalde ecónomo, o de acordar alguna alteración en estas ordenanzas; advirtiéndose que la misma Junta debe valerse para la ejecución de las obras aunque su presupuesto no llegue a ocho mil reales, de persona facultativa y en su defecto de una notoriamente inteligente; y consultar antes de emprenderlas las leyes y órdenes que constituyan la legislación de aguas y riegos.

Artículo 13.—No dará el Presidente por constituída la Junta general, sin que aparezca que el número de votos de los concurrentes completan por sus representaciones respectivas, la mitad más una del total que reúnan todos los individuos interesados en el heredamiento. La citación se hará el ante día, por escrito y con expresión de las causas o motivos por que se reúne la Junta; y en el caso de no reunirse número bastante se citará por segunda vez y los concurrentes formarán acuerdo.

Artículo 14.—En las deliberaciones tendrá cada interesado tantos votos, cuantos sean el número de días de agua por uno o por los dos estanques y pasando de seis inclusive nunca tendrá más de seis votos; y siendo apoderado de una o más personas, con cada poder independientemente hará uso de los votos conforme al número que aquí se marca, como si estuviesen presentes los mismos poderdantes. Los acuerdos serán por mayoría relativa. En caso de empate decidirá la suerte.

Artículo 15.º—La Junta Directiva a que es referente el artículo diez se compone de seis individuos, incluso el Alcalde ecónomo a quien es anexo el cargo de Presidente: de los cinco restantes, tres desempeñarán los cargos de Depositario, Secretario contador y Archivero; y de los otros dos se nombrará un segundo Alcalde ecónomo que sustituya al primero en ausencias y enfermedades, elegidos todos del número de los individuos que según lo dispuesto deben constituir la Junta general, no siendo incompatible el cargo de archivero con los demás de la Directiva.

Artículo 16.—Los elegidos no pueden reusar ni renunciar estos encargos, que son anuales, sino por causas legales y podrán ser reelgidos una o muchas veces, pero están autorizados para no aceptar la reelección; advirtiéndose que el que llamado una vez y otra y hasta tres por el Presidente para concurrir a la Junta directiva y faltase sin fundado motivo a juicio del mismo Presidente se dará por vacante el destino, que proveerá desde luego la misma Junta en concepto de interino y hasta la resolución de la general, a quien se dará cuenta oportunamente.

Artículo 17.—A cargo de la Junta directiva estará disponer la recaudación e inversión de los fondos del Heredamiento; emprender y continuar las obras conducentes a su mayor fomento, acordando todas las resoluciones sobre intereses del mismo que no estén reservadas a la Junta general por los artículos anteriores y que no contraríen lo dispuesto por ésta, antes bien sean consecuentes para su ejecución.

Artículo 18.—La convocará bajo su presidencia y por citación ante el Alcalde Ecónomo o quien le sustituya por el orden de elección dispuesto en el artículo quince, siempre que lo considere conducente o que corresponda adoptar alguna resolución para lo que no esté autorizado por estas ordenanzas.

Artículo 19.º—Para constituir Junta Directiva deben concurrir por lo menos cuatro de sus individuos y no tendrá cada persona más de un solo voto aunque posean más de un día de agua. Sus acuerdos son por mayoría relativa decidiendo la suerte en caso de empate.

Artículo 20.—Las disposiciones y contratos acordados por la Junta Directiva, son obligatorios para la Junta general y el Heredamiento, salvo la responsabilidad en que incurra aquella si se excediera de sus facultades; debiendo siempre que sus disposiciones envuelvan o puedan envolver una cuestión de derecho, consultarlas previamente con un letrado de entre de los individuos del heredamiento, si los hubiese con tal carácter y por su falta con el que tenga a bien.

Artículo 21.—Los partícipes en el riego que se consideren agraviados por resoluciones de la Junta Directiva, podrán exigir que se sometan a la revisión de la Junta general.

Artículo 22.—A Cargo del Alcalde ecónomo o de quien le sus-

títuya por el Orden establecido en el artículo quince, estará: Primero: la ejecución de los acuerdos de la Junta general y de la directiva. Segundo: presidir y convocar ambas, previa citación cuando menos ante diem y en los casos previstos en los artículos anteriores. Tercero: disponer las cobranzas y pagamentos que sean consiguientes a los mismos acuerdos. Cuarto: resolver las cuestiones que se inciten entre dos partícipes con referencia al riego u otros intereses del heredamiento, siendo definitivo su fallo, salvo el único caso de que excediendo el objeto cuestionable del valor de ciento veinte reales el que se considere agraviado quiera someterlo a la revisión de la Junta directiva. Quinto: representar al Heredamiento en todos los negocios contenciosos judiciales o administrativos que se ventilen ante los Tribunales, Juzgados o Autoridades, sirviéndole de suficiente autorización para todos estos actos, incluso los juicios de conciliación y verbales, los certificados de este particular artículo y de la elección que en él haya recaído.

Artículo 23.—Las funciones del Depositario están indicadas por este mismo nombre. No podrá hacer cobranzas ni pagos sino por medio de libramientos firmados por el primer Alcalde ecónomo o quien le sustituya y por el Secretario, los cual servirán de comprobantes en la cuenta anual que debe rendir la Junta Directiva.

Artículo 24. —El Secretario contador estará encargado de la cuenta y razón de entrada y salida de fondos, de llevar el libro o libros de actas de la Junta general y de la Directiva y de todas las demás funciones propias de su encargo, dándose entera fé y crédito a los documentos y certificados que autorice.

Artículo 25.—Hasta tanto que el agua se conduzca por atarjeas cubiertas, desde el punto que se considere preciso y aún después mientras la Junta general otra cosa no acuerde, será de cargo de los regantes como al presente, la guardia, y vigilancia del agua en toda su corriente.

Artículo 26.—Los dueños de los molinos tendrán obligación de conservar en perfecta reparación los acueductos o canales y demás obras de ellos, desde el punto en que recogen el agua para su uso, en términos de que esta no sufra pérdida por falta de aquella.

Artículo 27.—Continúa prohibido, como hasta aquí tomar la dula por encima del fiel que divide las mitades del agua que se conducen a cada uno de los dos Estanques.

Artículo 28.—La vigilancia del agua desde el fiel a los dos Estanques y su distribución a los regantes estarán a cargo de un repartidor en cada uno de ellos. Estos empleados percibirán el mismo sueldo de tres reales vellón, setenta y ocho céntimos diarios, que disfrutaban en el día, interín otra cosa no se acuerde por la Junta general; y sus declaraciones harán fé para acreditar los fraudes y robos de agua que se cometan y su cuantía.

Artículo 29.—La persecución de estos continuará a cargo de los regantes agraviados, quienes acudirán según el caso lo requiera al Juzgado de primera instancia, a la Alcaldía Constitucional, autoridad a quien compete su conocimiento o a el Alcalde económico, solicitando que se les indemnice el daño, que se imponga a los defraudadores o contraventores las penas dispuestas por la ley.

Artículo 30.—Interín no se lleve a efecto la distribución del agua en acciones perennes o dados proporcionales acordada ya en Junta general celebrada el día veinte y seis de junio de mil ochocientos cincuenta y cinco, continuará el reparto del riego por días de dula según en la actualidad se halla establecido.—Villa de la Orotava, enero primero de mil ochocientos cincuenta y nueve—.

Fue aprobado en junta general de veinticinco de julio de mil ochocientos cincuenta y nueve y por el Gobierno Civil el trece de Septiembre.

(Archivo del Heredamiento de Aguas de Orotava, Legajo 3, núm. 62).

III

HEREDAMIENTOS Y COMUNIDADES DE AGUAS EN EL SIGLO XIX

por ALEJANDRO NIETO

Sumario.—I. EVOLUCION DE LOS HEREDAMIENTOS EN EL SIGLO XIX.

1. Heredamientos tradicionales y Comunidades modernas. 2. Formación. 3. Funcionamiento. 4. Proliferación. 5. El título jurídico. 6. Perversión del título originario. 7. Procedimiento administrativo. 8. Intervención administrativa en la vida de los Heredamientos. 9. Conclusiones. II. HEREDAMIENTOS DE AGUAS Y COMUNIDADES DE REGANTES. 1. La adscripción del agua a la tierra no es requisito inexcusable de las Comunidades de regantes. 2. Las Comunidades de regantes no se refieren exclusivamente a aguas públicas. 3. Heredamientos de aguas públicas. 4. Proceso diferenciador de las Comunidades de regantes. 5. El interés general. III. SIGNIFICADO ECONOMICO-SOCIAL DE LOS HEREDAMIENTOS. 1. Las Comunidades de aguas canarias no realizan la función económica que se les atribuye. 2.—Las Comunidades de aguas en un sistema económico de mercado libre. 3. El intervencionismo administrativo. 4. Los titulares de las comunidades.

La lucha entre el régimen individualista y el régimen social del agua es altamente instructiva. Más aún que la tierra, es el agua un espejo fiel de las condiciones concretas que dominan en cada época y en cada lugar.

Pietro BONFANTE (Comentarios al *Diritto delle Pandette de B. Windscheid*, V. Torino, 1926, p. 309).

Las Heredades de aguas canarias han recibido siempre los elogios más encendidos por parte de los autores del país, quienes, además, suelen considerarlas no ya solo como una de las claves de la economía del archipiélago,¹ sino como una pieza notabilísima de su folklore jurídico. Elogios que alcanzan en ocasiones acentos líricos y que han llegado a convertir esta figura en un auténtico mito regional.

Una actitud tan emotiva merece el máximo respeto por parte del jurista, ya que nada hay más noble que la veneración a las tradiciones del solar; respeto que, sin embargo, no evita la exigencia de que esta institución, al igual que todas, tenga que ser observada sin adherencias sentimentales, que resultarían incompatibles con una actividad rigurosamente científica. Quiere esto decir que, aún solidarizándose en principio con la corriente laudatoria, no puede admitirse la mitificación de la figura, que ha de ser examinada tal como es, en su realidad de hoy, sin pretender adornarla con elementos ideales, y mucho menos falsos.

La primera parte de este trabajo está dedicada al examen de la «evolución de los Heredamientos en el siglo XIX», como continuación de las excelentes monografías de La Rosa y Peraza. Huelga decir que no se trata de una investigación histórica rigurosamente

¹ Por ejemplo: «Sin ellos, las costas de estas islas, que son hoy emporio de riqueza, seguirían siendo terrenos esteparios en los que la Naturaleza espontáneamente pocas atracciones y pocos elementos de vida podría ofrecer». «Constituidas sin artificio, sobre bases naturales y lógicas de eterna permanencia, pero susceptibles de evolucionar y de actuar en armonía con las necesidades sociales y los medios de producción, han sido el instrumento que hicieron posible, en su mayor parte, el desarrollo agrícola de la isla y su florecimiento económico» (Juan HERNÁNDEZ RAMOS: *Las Heredades de aguas en Gran Canaria*, Madrid, 1954. págs. 42 y 89).

científica; puesto que el autor, por su especialización, no está capacitado para ello. Sus resultados, por tanto, han de ser admitidos con la natural reserva, en espera de que algún historiador decida ocuparse seriamente de tan interesante tema. Si, a pesar de mis limitaciones personales, me he decidido a emprender esta tarea, ha sido por la conciencia de su necesidad, dado que el tema se encuentra en esta época abandonado por los historiadores. Existen ciertamente algunos escritos muy meritorios, pero se deben a juristas absolutamente profanos en la investigación histórica, que no se han preocupado de consultar las fuentes más accesibles o que, cuando excepcionalmente lo han realizado, ha sido con la intención de «aportar documentos» a una tesis preconcebida y no para buscar sin prejuicios una verdad todavía desconocida. Las fuentes que para este ensayo se han utilizado son elementales: las actas del Consejo Provincial de Canarias, que se conservan en el Archivo de la Mancomunidad Insular de Tenerife, y los escasos fondos manuscritos obrantes en la Biblioteca Municipal de Santa Cruz de Tenerife. Material muy pobre, bien es verdad, pero lo suficientemente ilustrativo como para poder demostrar de forma contundente, aunque con las limitaciones dichas, que es imprescindible una revisión total de las ideas que hoy se tienen ordinariamente sobre los Heredamientos tradicionales en el siglo XIX.

En la *segunda parte* se analiza con especial detenimiento el problema de las Comunidades de Regantes, también en el siglo XIX: tema clave, puesto que los Heredamientos canarios han adquirido cabalmente su substantividad como contraposición a las Comunidades de regantes peninsulares.

Y en la *tercera parte*, en fin, se hacen unas sumarias reflexiones de índole económica, encaminadas, como las anteriores, dentro de su elementalidad, a deshacer ideas tan generalizadas como inexactas, puesto que fueron puestas en circulación como rudimentaria pero eficaz cobertura de intereses individuales muy concretos.

Las conclusiones de todo este trabajo no pueden considerarse como un resultado definitivo ni como un principio dogmático. Mi aspiración es mucho más modesta y consiente sencillamente en demostrar la necesidad de un replanteamiento del tema, sacándolo del trasnochado punto muerto neoromántico en que ahora se encuentra. Si al menos consiguiera llamar la atención de los histo-

riadores sobre el lema, me daría por muy satisfecho. Como va a comprobarse a continuación, en materia de Heredamientos de aguas es la Historia del siglo XIX la que tiene las llaves de la interpretación de gran parte de los problemas jurídicos actuales.

En otro orden de consideraciones quisiera aquí insistir en una posición de principio: la necesaria rudeza de las páginas siguientes no significa una repudicación genérica de los Heredamientos y Comunidades de aguas canarias, sino más bien lo contrario. Se trata sencillamente de un esfuerzo de desmitificación. A mi modo de ver, los Heredamientos cumplieron una función económica y social muy importante y en la actualidad también pueden, y deben, seguir cumpliéndola. Ahora bien, no en los mismos términos tradicionales. Cuando la sociedad, la economía y el derecho han evolucionado, las instituciones jurídicas deben hacerlo también a su compás, adaptándose a las nuevas circunstancias. Las Comunidades de aguas no deben recrearse en su pasado, sino aguzar su sensibilidad para el presente, y orientarse hacia el futuro si es que quieren sobrevivir y ser de veras útiles a la economía del país.

I. EVOLUCION DE LOS HEREDAMIENTOS EN EL SIGLO XIX

1.—Heredamientos tradicionales y comunidades modernas

Dentro del abigarrado sistema de asociaciones hídricas canarias —constituido por heredades, heredamientos, comunidades, dulas, acequias, etc.— hay que distinguir, en principio, dos grupos de figuras, completamente distintas entre sí, no obstante que ambas hayan sido reguladas de una manera casi idéntica por la ley de 1956: los heredamientos tradicionales y las comunidades modernas. Esta homologación normativa es incorrecta desde el punto de vista jurídico, en cuanto se refiere a realidades socioeconómicas muy diferentes, y, además, ha introducido una enorme confusión en el sistema, puesto que ha servido para dotar a las prosáicas variedades actuales de unos antepasados ilustres, con cuyos indudables méritos y privilegios históricos pretenden ahora adornarse las comunidades modernas.

La doctrina ha insistido ya reiteradamente en esta diferenciación esencial, que importa tener siempre presente. Uno de los autores que ha hecho mayor hincapié en el tema ha sido HERNÁNDEZ RAMOS: «por el camino emprendido irán muriendo los Heredamientos de aguas de Gran Canaria: solo será cuestión de tiempo; pero es lo cierto que todavía viven y merecen seguir viviendo, porque no pueden ocupar su puesto las *pseudo-Heredades* formadas por socios que no son agricultores, en su mayoría las sociedades de aguas cifran su ilusión en lo contrario de lo que anhelan los labradores: para ellas lo interesante es que muchos labradores no tengan agua, para que paguen a buen precio la que les es in-

dispensable, porque del elevado precio que alcance por la demanda que de ella exista, habrá de depender la ganancia».¹

Hecha esta primera distinción, todavía cabe preguntarse hasta que punto son verdaderamente antiguos los pretendidos Heredamientos tradicionales. Por lo pronto, y salvo casos muy excepcionales, no deben ser identificados con los Heredamientos primitivos u originales, o sea, con los surgidos con ocasión o como consecuencia de la conquista, dado que el número e importancia de estos últimos no ha sido aun estudiado sistemáticamente por los historiadores.²

Además, no solo no se ha probado el parentesco entre los heredamientos llamados tradicionales con el de los primitivos u originarios, sino que en algunos casos hay constancia de que aquéllos han surgido en épocas muy posteriores a la conquista, en el siglo XVIII y aun en el XIX.³

¹ Ob. cit. pág. 64.

² Cuestión que es, sin embargo, posible, al menos en sus grandes rasgos, puesto que en algunas islas se conservan, e incluso han sido parcialmente publicados, las «datas» concesionales y repartimientos de aguas originarios; que en este volumen ya son manejados sistemáticamente en el trabajo de Leopoldo de la ROSA.

³ «Resultando que en 18 de marzo remitió el referido Alcalde los títulos de propiedad que a dichas aguas tienen los *accionistas*, consistentes en una copia autorizada de la sentencia que dictó el Alcalde Mayor de la esta isla en 1803, declarando la pertenencia de estas aguas a su favor, por facultad dada por el Ilustre Cabildo en 1797 a D. José Bello Ledesma y demás vecinos que con él se han unido»... «Considerando que de haber accedido la Administración a la declinatoria deducida por la *sociedad de accionistas*, remitiendo el expediente a los Tribunales de Justicia para que se ventilase previamente la cuestión de la propiedad, nunca se habría conseguido el objeto porque los peticionarios *carecen de personalidad para presentarse en juicio*» (Acuerdo del Consejo Provincial de Canarias de 26.5.1865). De este acuerdo son de destacar tres cuestiones: a) la existencia de un Heredamiento de aguas, bajo la forma de sociedad de accionistas, a fines del siglo XVIII; b) la suposición de que dicho Heredamiento carece de personalidad para actuar ante los Tribunales; c) la declaración de propiedad de las aguas a favor del Heredamiento, que resulta intencionadamente capciosa puesto que en el mismo acuerdo se reconoce que son públicas: «Resultando... sentencia que recayó a favor del vecindario en el litis que sostuvo por estas aguas con la casa de Bailén y Fonseca en virtud de la cual y como *públicas* se concedieron a los ascendientes de los accionistas en 1797». Sobre estos dos últimos extremos ha de insistirse reiteradamente a lo largo de este volumen.

Si carecemos de un censo de los heredamientos originario, nos son, en cambio, perfectamente conocidos los Heredamientos existentes en el siglo XIX, puesto que contamos con tres jalones documentales, donde aparecen inventarios muy circunstanciados de los mismos: en el umbral del siglo, año de 1783, las *Noticias en razón del establecimiento y formación de los Heredamientos que hay en esta isla y de los repartimientos de las tierras en que se riegan las aguas; formación de las Ordenanzas municipales en que se comprenden las de Alcaldes de aguas*; a mediados de siglo, el *Resumen histórico-descriptivo de las islas canarias*, de D. Domingo Deniz, también inédito, en el que se recogen 139 Heredamientos en Gran Canaria, ocho en Tenerife, 4 en la Gomera y 2 en La Palma; y en 1850, la *Memoria sobre el estado de la agricultura en la provincia de Canarias*, de la que es autor Francisco María de LEÓN Y FALCÓN, y que fue publicada en los tomos 3 y 4 del Ministerio de Fomento.¹

A la vista de tales datos, si se compara el número de los existentes en Tenerife en 1850 (ocho exactamente) con las 510 galerías inventariadas en la misma isla en 1961,² es fácil comprender lo inexacto de la asimilación indicada.

2.—Formación

Hay casos, sin embargo, en los que se puede demostrar sin vacilaciones que un Heredamiento vigente remonta su genealogía a los primeros años de la conquista: el caso más ilustre es el de la Orotava (estudiado por PERAZA DE AYALA en este mismo volumen).

¹ De los tres documentos he manejado copias mecanografiadas facilitadas por Leopoldo de la ROSA.

² *Plan de obras hidráulicas de la isla de Tenerife*, Cabildo Insular de Tenerife (Ingenieros de Caminos: Juan Amigó y Juan La Roche), Tenerife 1961, págs. 27-29 (Relación de galerías y caudales alumbrados). Se trata de una relación aproximada, y que, además, solo se refiere a la isla de Tenerife. Como se advertirá, en el presente trabajo se tiene en cuenta fundamentalmente la isla de Tenerife, que es de la que se posee más material. Parece ocioso indicar que cada una de las islas canarias, dentro de la unidad que representa el archipiélago, ofrece una personalidad histórica, social y económica perfectamente diferenciada, que implica, en principio, cualquier generalización superficial.

Pero aun en tales supuestos, lo único que puede aceptarse es la identidad subjetiva, ya que la base material del Ordenamiento —las aguas— difieren substancialmente de las datas originales, que han sido rebasadas, legal o ilegálmamente, con el transcurso de los años. A mediados del siglo XIX, los contemporáneos tienen ya clara conciencia de que el Heredamiento no es el resultado de una concesión legítima, sino, más bien, de un proceso ininterrumpido de usurpaciones abusivas. Los partícipes podrán invocar sus documentos; pero los isleños saben de sobra que su único título es la usurpación, sancionada luego con el velo de la prescripción. Para comprobarlo, basta recordar los durísimos términos en que se expresa el «Informe a la Junta de Comercio de esta Provincia (de Canarias)» de 16.9.1830:

...esto sería disimulable si el pueblo no tuviera un derecho claro y conocido a las aguas del río de La Orotava. Veámoslo. Fúndase este derecho: 1.º en que el Cabildo de la isla y los vecinos de La Orotava sacaron las aguas para su abasto y abrevadero de los ganados, habiendo mandado oficiales para ello y hecho los costos de la fábrica; 2.º, en que, conducida ya al pueblo dicha agua, dispuso el Adelantado que sus sobrantes se invirtiesen en los cortos terrenos que se habían roturado, y que este solo título es el que alegan los descendientes de aquellos a quienes se repartieron dichos terrenos, para detentar en el día las aguas y atribuirse el derecho exclusivo para aprovecharse de ellas, cuando, como ya dijimos más arriba, el mismo Adelantado repartió posteriormente y con riego otros terrenos que hoy no lo tienen; 3.º en que, queriendo dichos propietarios hacer más extenso su privilegio, llegaron al extremo de querer privar a los vecinos del uso del agua, por lo que, habiendo recurrido éstos al Cabildo de la Isla, se decretó en términos bien expresos «que en atención a haber sido dadas las aguas por el Adelantado al lugar de La Orotava se le amparase al pueblo en su derecho»; 4.º, y último, en que según la Real Provisión expedida en 21 de noviembre de 1520 por el señor Don Carlos V hallándose en la Villa de Medina de Rioseco, aparece sin duda alguna el derecho del pueblo a la propiedad del agua, pues ésta fue dada para los propios de la isla.

Tales son los fundamentos en que el pueblo de La Orotava apoya sus derechos a las aguas de su territorio, y con los que prueba la usurpación de ellas, usurpación de que tantos daños resultan al bien público, y cuya materia sería muy con-

veniente que se ventilase por los medios legales... Pero a la verdad, difícilmente podría la municipalidad de La Orotava seguir un asunto de tanto interés y con contrarios tan poderosos. Todos los principales propietarios y los hombres más ricos y pudientes, no solo de esta villa, sino de otros pueblos de la provincia, son interesados en que se mantenga el abuso tal cual se encuentra en el día, y no hay duda que aunque el pueblo pudiera seguir y ganarse en primera instancia el pleito de propiedad de las aguas, imposible sería que tuviese con qué seguir las apelaciones que necesariamente llevarían los contrarios hasta el último recurso.¹

3.—Funcionamiento

A la vista de tales datos, puede afirmarse que, salvo en Gran Canaria, poca importancia tenían en el siglo XIX los famosos Heredamientos tradicionales. A más de ello, los pocos existentes habían caído en una gravísima decadencia tan perjudicial para la economía isleña como para los mismos partícipes. Para probar ésto, basta recordar la situación del mismo venerable Heredamiento de La Orotava, a la luz de otro documento de la época: el *Informe dado por la Junta de Agricultura sobre las aguas de riego de La Orotava* de 30.10.1849.²

¿es por ventura un riego metódico, útil y aprovechado, o se resiente del objeto con que la tal agua se partió a las tierras, que fue el cultivo de la caña de azúcar y molienda de los ingenios?... Hay haciendas que tienen el derecho de malgastar las aguas y desaprovechar una mina tan inmensa de riquezas. Si este sistema bárbaro, este sistema que solo descansa en la rutina de los siglos, aunque han desaparecido las causas que en un principio le dieron existencia, se compara, no con el bien entendido sistema de Alicante y Valencia, monumento que aún nos resta del saber agronómico de los árabes, ni con el que se observa aún en esta misma provincia en la isla de Canaria, que va muy adelantada a Tenerife en materia de riegos, sino aun con otros pueblos de esta isla, donde los repartos

¹ Transcrito por GUIMERÁ PERAZA en el apéndice I de su importante biografía de *Don Francisco María de León (1799-1871). Su tiempo. Sus obras*, en «Anuario de Estudios Atlánticos», n.º 9. Madrid. Las Palmas, 1963, de donde se toma lo que se reproduce en el texto (págs. 147-148).

² Transcrito por GUIMERÁ PERAZA en el apéndice 10 de su *Don Francisco...* cit., de donde se toma lo que se reproduce en el texto (págs. 201 ss.)

han sido obra de los últimos tiempos, V.S. encontrará una diferencia enorme en contra de La Orotava.

4.—Proliferación

Ya se ha visto en el texto inmediatamente citado que a mediados de siglo empiezan a crearse nuevos Heredamientos que, como es obvio, nada tienen que ver con los primitivos, y que inician la proliferación, poco menos que geométrica, que ha desembocado en la sobresaturación actual. Con el resultado de que los nuevos Heredamientos cambiaron por completo la faz del archipiélago y lo que antes era un paisaje cruzado en gran parte por arroyos y aguas corrientes, se vió de repente convertido en una superficie rigurosamente árida. Los alumbramientos subterráneos secaron los veneros que nutrían los nacientes y corrientes.

El fenómeno puede ser examinado desde diferentes perspectivas: desde un punto de vista económico suele ser alabado por cuanto implica una mayor producción hídrica (en lo que no voy a entrar aquí); pero desde el punto de vista jurídico significa una auténtica y masiva usurpación, por cuanto con él se alteraron por completo las titularidades del agua, dado que los dueños de las nuevas aguas subterráneas desplazaron a los dueños de las corrientes tradicionales. Y es muy sencillo probarlo.

A mediados de siglo, en una estadística administrativa, condesadamente incompleta aunque exacta, se enumeran 215 manantiales en la isla de Tenerife.¹ Pues bien, hoy todos esos manantiales han desaparecido; en toda la isla ya no hay aguas corrientes permanentes de interés económico. Los heredamientos han corta-

¹ Que se encuentra manuscrito en la Biblioteca Municipal de Santa Cruz de Tenerife (signatura 10.2.67) con el título: *1844. Noticias dadas por los Ayuntamientos de la Provincia de las fuentes y manantiales de sus respectivas jurisdicciones*. Los antecedentes de este inventario se refieren a una Circular del Gobierno civil de Canarias de fecha 4.7.1834 por la que se enviaba a todos los Ayuntamientos del Archipiélago un detallado cuestionario sobre el particular. Las respuestas se conservan en las carpetas 26 y 27 de manuscritos de la misma Biblioteca, correspondientes a los años 1834 y 1835. Los testimonios pictóricos, e incluso fotográficos, de aguas corrientes son bien conocidos en Canarias. Y también son abundantes los literarios. Cfr. ad. exemplum. F. DEL BUSTO Y BLANCO, *Topografía médica de las Islas Canarias*, Sevilla, 1864, donde se describen y enumeran 23 cursos hídricos en Gran Canaria (págs. 456-58), y por lo que se refiere a Tenerife, se encuentran

do las venas antes de que lleguen a la superficie, desviando el caudal de su cauce natural hacia el artificial del pozo o galería. De esta manera el agua pasa a ser propiedad del nuevo Heredamiento en perjuicio del titular anterior.

Las consecuencias de esta operación han sido catastróficas tanto para los antiguos propietarios particulares como para las comunidades públicas. Por lo que a estas últimas se refiere, en el inventario citado se enumeran y describen 93 manantiales de aguas públicas,¹ que han quedado secos. Con el resultado de que mientras que en el siglo pasado todas las poblaciones se encontraban normalmente abastecidas de aguas, en la actualidad no hay ni una sola que cuente con recursos hídricos suficientes. Hoy todas las Corporaciones locales, para abastecer a las poblaciones deben *comprar* el agua a los Heredamientos y comunidades, dedicando al efecto buena parte de sus ingresos presupuestarios.²

Como puede imaginarse esta situación no pasó por alto a los contemporáneos, quienes protestaron con la mayor energía contra los abusos que se estaban cometiendo. Como muestra, me permito transcribir un extenso informe oficial de la época a propósito de los nuevos Heredamientos del monte de Aguirre, en Santa Cruz de Tenerife, siendo los subrayados del original:³

frases como las siguientes: «Hay muchos manantiales en las inmediaciones de la costa... hermosas cascadas adornan el litoral. Los distritos de La Orotava, Icod, Adeje y La Laguna tienen abundantes riegos de agua que utilizan para la agricultura, y que nacen en su mayor parte de las montañas del centro o de los bosques del interior» (págs. 411-412).

¹ La terminología usada en el mismo es muy variada como corresponde a la confusión dogmática del momento y a la cultura jurídica de quienes responden a los cuestionarios. A efectos del texto se han considerado como públicos los manantiales que aparecen calificados como «pertenecientes al público», «nacidos en terrenos del público», «sirven al vecindario», «abastecen al público», «para abasto del público», «abasto de los vecinos» y para «abreviar ganados». Del resto de los caudales, hasta 215, unos son calificados expresamente como de propiedad particular y otros, o no son calificados, o lo son de manera equívoca.

² Siendo de tener en cuenta, además, que a los Heredamientos y Comunidades no se exigen impuestos específicos.

³ Se encuentra en la carpeta 28 de manuscritos de la Biblioteca Municipal de Santa Cruz de Tenerife con el título «Informe de Pastor» y sin fecha. Pero parece fácil fecharlo en 1857, ya que está junto a otro de contenido similar titulado «Informe de D. Ulpiano González», escrito con la misma letra y sobre el mismo pa-

Que las aguas del monte de Aguirre no son emanación de un depósito local y propio, pues ni la extensión del monte ni la forma que lo caracteriza inducen a tal creencia; y así deben juzgarse receptáculo general formado en la parte superior de la isla, debido a la fusión de la nieve y a la infiltración de las aguas de lluvias.

Que a principios de este siglo había siete caudales que formaban el total de las aguas que surtían al pueblo. Había además de los enunciados nacientes otras varias infiltraciones, que por su poca importancia no habían llegado a adquirir el carácter de nacientes.

Entre los siete nacientes, había uno, llamado el Agua de las tejas, que en curso natural contribuía con su humilde tributo a aumentar el cuerpo principal del agua que proveía a esta capital; pero alumbrada que fue el agua de la sociedad de P.A., cesó el naciente de continuar su antiguo curso, y empezó la sociedad de P. a llamar suya una propiedad del público, que por no hacer uso de un vocable más disonante en nuestra era de ilustración, lo consideraré como una usurpación hecha a la propiedad del público.

La impunidad de este atentado, la impasible serenidad con que la representación popular parece haberlo tolerado, como otras causas ajenas de este lugar, alentó a nuevos empresarios, no solo a apoderarse de otros nacientes y llamarlos suyos en su turno para apropiarse sus aguas, sino que considerando bienes propios no solo las aguas del público, más también el monte mismo lo han talado y distribuido de una manera escandalosa.

Que las aguas del público han sufrido menoscabos con las empresas particulares es demasiado evidente para ocuparse en demostrarlo.

Pero dice, como mera indicación, que según manifestó el arquitecto en el curso de las medidas parciales de las diversas empresas paradas con las verificadas por el mismo señor en años anteriores, resultaron aumentados en volumen de agua varios de los nacientes llamados de particulares, al paso que uno de los del público (el Hoyal) había mermado las tres cuartas partes; lo que prueba a la evidencia dos verdades de la mayor importancia: 1.^a, que las empresas particulares han engrosado sus aguas a expensas de la del público, y 2.^a, que los decantados efectos de la estación para influir en la merma de

pel (impresos de la «Administración de bienes nacionales de la provincia de Canarias. Año de 185...») en el que se citan las «mediciones de 1855, 1856 y marzo de este año».

las aguas, no han afectado a las empresas, aumentadas considerablemente, cuando todas debían mermar en proporción, si fuera el influjo de la estación causa de la merma.

De aquí deduce que ninguno de los nacientes de la empresa pueden considerarse de propiedad particular, ya porque antes eran nacientes conocidos como propiedad del municipio, ya porque el aumento de agua que han tenido ha sido con menoscabo de los que quizás por acaso se han conservado bajo el dominio de la comunidad.

5.—El título jurídico

Los nuevos Heredamientos que aparecen descritos en el párrafo anterior tienen una naturaleza muy diferente, según se ha apuntado, de la de los tradicionales, en razón de las aguas —subterráneas— que van a explotar. Pero a mediados de siglo todavía tienen mucha mayor importancia otros *Heredamientos que se forman para explotar por concesión aguas públicas, fundamentalmente corrientes*. Se de sobra que el «descubrimiento» de este tipo de Heredamientos (cuidadosamente silenciado por los historiadores de aguas canarias) puede producir alguna sorpresa en cuanto se opone de modo radical a la generalizada afirmación de que en las islas Canarias, y especialmente en la isla de Tenerife, sólo existen aguas privadas y, más aún, que los Heredamientos se refieren exclusivamente a las mismas;¹ pero la prueba documental de que los Heredamientos que se forman en el siglo XIX se refieren a aguas públicas es tan abrumadora, que la tesis no puede ponerse en duda.

Examinadas las actas del Consejo Provincial de Canarias, obrantes en el Archivo de la Mancomunidad Insular de Tenerife, se ha podido comprobar la existencia de múltiples peticiones de concesión de aguas públicas: bien sea de las que discurren por los barrancos y demás cauces públicos, bien sea de las sobrantes de las fuentes públicas.

¹ Así lo afirma expresamente GUIMERA PERAZA (*Régimen jurídico de las aguas en Canarias*, La Laguna de Tenerife, 1960, págs. 15-16), si bien de una manera puramente axiomática, ya que no exhibe ningún argumento jurídico, limitándose a invocar el argumento de autoridad de cuatro autores, de lo que ofrece una cumplida biografía, pero cuyos razonamientos legales, referentes al caso, silencia totalmente.

a) *Concesión de aguas sobrantes de fuentes públicas*

Este es el supuesto más habitual: determinados particulares, de forma individual o, lo que es más frecuente, constituidos en empresa (como entonces se denomina a los Heredamientos) constatan la existencia de una fuente pública de cuyo caudal se abastece el vecindario, y solicitan autorización para canalizar dicha fuente con objeto de hacer que mane un líquido más abundante, de tal manera que exceda del consumo de los vecinos. La concesión se solicita entonces y se otorga en los siguientes términos: la empresa está obligada a realizar ciertas obras hidráulicas en beneficio de la población, y la Administración concede a la empresa el derecho a aprovechar las aguas sobrantes que no utilicen los vecinos.¹ En ocasiones, incluso, el procedimiento concesional se pone en marcha a iniciativa de las Corporaciones locales, cuando no cuentan con medios económicos para realizar las obras de limpieza, canalización e hidráulicas en general, que el abastecimiento de la población necesita. Ejemplos:

—en la sesión de 24.11.1852 se concede a José de Lorenzo Cáceres y demás consocios vecinos de Icod el derecho a aprovechar las aguas de la fuente de Pedro, situada en la jurisdicción del pueblo de la Rambla, en los puntos denominados Las Rosas, Portalina y San José «siempre que no se perjudique al vecindario» y sin afectar a «lo que sea suficiente para el surtido o consumo del público»;

¹ Bien entendido que esta técnica concesionaria no es originaria del siglo XIX sino mucho más antigua, hasta el punto de que puede considerarse como una constante en el archipiélago. Sin necesidad de acudir a la época de la conquista, en la que aparecen abundantes ejemplos testimoniados por DE LA ROSA en este mismo volumen, cfr. la «escritura de 14.5.1723 (referenciada en el acta de la sesión de 28.9.1864) por la que el Cabildo de la Isla de Tenerife, a virtud de expediente del Síndico general de la misma y de la súplica de los vecinos de los pagos de El Sobradillo, Tablero y Talavera, en la que proclaman la conveniencia y utilidad de que se exploten aquellas aguas para su abasto, da a censo enfiteúutico a D. Juan Machado y Fiesco las referidas fuentes por el canon de diez reales anuales con la condición de que para poder utilizar los sobrantes tiene que sacarlas y conducir las hasta el Llano del Moro por su cuenta, y allí pondrán los vecinos un dornajo para que beban sus ganados y se haga el abasto público, y de los sobrantes hará entonces Machado el uso que mejor le convenga».

—en la sesión de 4.2.1856, atendiendo a que D. José Oramas, «como dueño que es en el día de los sobrantes de las aguas de un dado que surte una fuente colocada a espaldas del edificio que fue monasterio agustino de la villa Orotava, había construido un nuevo acueducto cerrado», se le ordena que «coloque algunas pequeñas arquillas en dicha atarjea, a fin de que los dueños de los terrenos por donde pasa, puedan recoger el agua que necesitan para su abasto, de la cual han estado en quieta y pacífica posesión desde el origen de la concesión»;

—en la sesión de 31.5.1864 se resuelve positivamente «el expediente sobre canalización y aprovechamiento de las aguas del Riachuelo de El Paso en la isla de La Palma, promovido a instancia de D. Andrés Méndez y otros, los que solicitan autorización de la Superioridad para canalizar y aprovecharse de las aguas sobrantes del abasto público»;

—en la sesión de 26.5.1865 se resuelve positivamente «el expediente instruido a instancia de D. Pedro Díaz Ledesma y otros, solicitando autorización para explotar dos nacientes de agua en el monte público, jurisdicción de Güimar»;

—en la misma sesión de 26.5.1865 se resuelve positivamente «el expediente promovido por D. Andrés Sánchez y socios, vecinos del pueblo de El Paso, para que se les conceda el sobrante de las aguas del abasto público de dicho pueblo para el riego de sus tierras».¹;

—en la sesión de 9.8.1865 se toma el siguiente acuerdo: «aprobar la cesión acordado por los Ayuntamientos de los pueblos de

¹ La parte decisoria de este acuerdo dice así literalmente: «1.º Que si bien cree (el Consejo) suficientes los 28.000 litros diarios, ofrecidos por la Sociedad Hidráulica, para el abastecimiento del pueblo de El Paso en la actualidad, puede suceder que aquella cantidad no baste para las necesidades públicas en un porvenir más o menos lejano. Y para este caso sería sumamente conveniente imponer a la empresa la obligación de suministrar al pueblo en todo tiempo el agua necesaria para los usos domésticos sin ninguna limitación, además de los que hoy se compromete a facilitar. 2.º Que el servicio público queda por hoy suficientemente asegurado con el compromiso contraído por la empresa, de no tomar el sobrante hasta que se hayan cubierto las necesidades del pueblo; que el Ayuntamiento debe señalar desde luego, de acuerdo con la empresa, los puntos en que se ha de tomar el

Los Llanos y de El Paso... a favor de la sociedad formada al intento y denominada de «Aridane», con los tres aditamentos siguientes: 1.º que en el caso de que por aumentar en importancia dichos pueblos, necesiten para su abasto mayor cantidad que los 30.000 litros cada uno en cada día natural, la sociedad estará obligada a aumentar aquella porción en cuanto sea necesario, entendiéndose bajo la misma cualidad de ser suyos los sobrantes; 2.º que al otorgarse por el Ayuntamiento la correspondiente escritura de cesión a la sociedad se estipule el plazo dentro del cual ésta se compromete a ejecutar los trabajos y suministrar el agua para el abasto, con la circunstancia de que de no ejecutarse las obras necesarias para la explotación, sin alzar mano de ellas, el Ayuntamiento reivindicará el derecho que cede a dicha sociedad y podrá contratarlo con nuevos empresarios»;

—en la sesión de 16.8.1865 se resuelve positivamente el expediente incoado por el marqués de Villanueva del Prado en solicitud de que «se le autorice para hacer la explotación de las aguas que producen las fuentes públicas que se hallan en los términos jurisdiccionales de Santa Ursula, y que se conocen con los nombres de El Chorrillo, Sauces, Garabatos, Dornajo de los Garabatos y Gonzalo»;¹

—en las sesiones de 5 y 18 de julio se examina el expediente, que termina aprobándose, instruido a instancia de Francisco González Hernández y otros varios vecinos del pueblo de Guía de Tenerife, para que se les conceda el sobrante del agua de abasto público a condición de hacer a su costo el acueducto necesario.

agua reservada al pueblo, debiendo por ahora la Sociedad conservar y construir de su cuenta tantos módulos cuantos sean aquellos puntos; de manera que todos juntos hayan de suministrar la suma de 28.000 litros de agua diarios».

¹ Las bases y condiciones de la concesión son: «que se construya una fuente y un abrevadero en el punto donde hoy se abastecen los vecinos de la Victoria, debiendo tener la fuente tres caños o tubos de hierro que viertan la cantidad de 33.600 litros cada veinticuatro horas, que corresponden al pueblo, según su vecindario, a razón de quince litros por persona; que se construya otra fuente y abrevadero en el punto del paso de la atarjea por el pueblo de Santa Ursula, que designe la municipalidad, teniendo la fuente tres caños que solo viertan la cantidad de 24.750 litros cada veinticuatro horas, atendiendo a su actual vecindario; que mientras los chorros de cada fuente no completan la cantidad de litros que se asigna a

b) *Concesión de aguas públicas de torrentes*

Este segundo tipo de concesión es menos frecuente que el anterior; pero también pueden citarse algunos ejemplos y, en cualquier caso, la naturaleza pública del agua no llega a ponerse en duda:¹

— en la sesión de 9.6.1863 se resuelve favorablemente el expediente de concesión «instruido a instancia de D. Nicolás Massieu y Bethencourt, D. Pedro Matos y Matos y D. Antonio López Batas y D. Antonio Matos Moreno, vecinos de Las Palmas, sobre aprovechamiento de las aguas públicas invernales que por el barranco de Tamarinte bajan a aquella ciudad»;

— en la sesión de 13.2.1867 se resuelve a favor de D. Juan Mateo Cabrera y D.^a Antonia Rosa García, vecinos de Las Casillas del Angel (Fuerteventura) el expediente de concesión de las aguas pluviales del barranco del Rincón para el riego de las gavias.

6.—Perversión del título originario

El inequívoco título concesional de aguas públicas —que aparece demostrado hasta la saciedad en el número anterior— empie-

cada uno de los dos pueblos no se podrá llevar agua alguna por la atarjea para otro destino; y por último, que si por cualquier evento alguno de dichos pueblos o ambos llegasen a adquirir mayor población que la calculada, el señor marqués queda obligado a aumentar la dotación de agua en proporción a dicho aumento y en razón a la cantidad fijada por cada habitante».

¹ «Visto nuevamente el expediente sobre el despojo de las aguas que corren por el barranco de San Antonio en La Gomera... se acordó consultar al señor Gobernador, manifestándole que la determinación del Alcalde de dicha isla para impedir que D. Juan Hernández Alvarez, vecino de los mismos, embalsase las indicadas aguas perennes para poder moler en su deteriorado molino por el perjuicio que causaba al riego y demás y en la que el Juzgado de 1.^a Instancia vio un ataque a la propiedad particular, no puede considerarse sino como una medida puramente administrativa: 1.^o porque versaba sobre aguas que son públicas sin que competa a otras cosas a los dueños de las propiedades inmediatas que el derecho de regar con ellas, salvo el uso general del vecindario» (sesión de 18.12.1851). En la sesión de 12.9.1864 se reconoce la naturaleza pública de las aguas que discurren por el barranco de Pedro Alvarez «porque son de dominio común y aprovechamiento de los vecinos las de las fuentes, balsas, lagos, canales y acequias que nacen o se recogen en terrenos de propiedad de los pueblos, según se expresa en la R. O. de 4.12.1859 y R.D. de 29.4.1860, que son la base de la legislación vigente de aguas».

za inmediatamente a pervertirse. Los titulares de las concesiones tienen, como es lógico, un enorme interés en ser considerados no como concesionarios sino como propietarios; y aunque parezca increíble han logrado su propósito, en un par de generaciones. A su servicio encontraron pronto hábiles juristas que convirtieron en dogma el principio de que las aguas eran de su propiedad privada, aprovechándose de la pasividad de la Administración y manejando arbitrariamente el patriotismo local, puesto que tachaban de centralistas, e incluso de socialistas, a quienes se atreven a negar que *todas* las aguas de Canarias son privadas.¹

Por lo que se refiere a la perversión de los títulos originarios concesionales, me inclino incluso a conjeturar que el primer paso sería convertir la concesión de sobrantes de aguas públicas en propiedad de agua gravada con una servidumbre a favor del vecindario.² Un ejemplo perfecto de este tipo de perversión aparece en la sesión de 7.1.1864:

Visto el expediente promovido por D. Juan Monteverde, vecino de La Orotava, para aumentar las aguas de la Fuente Vieja, en el pago de la Perdoma, cuya propiedad le pertene-

¹ Hasta tal extremo se ha llegado, que es normal considerar —e incluso así se ha llegado a escribir— que en las Islas Canarias (salvo La Palma y La Gomera) no existen aguas públicas, cuando lo cierto es que solo en la isla de Gran Canaria hay aforados en el «Consejo Económico Interprovincial de Canarias», I Pleno 1967, se dice: «La escorrentía en la Isla es muy elevada, debido a la gran pendiente de sus laderas y la escasa vegetación. Tomando unas cifras evidentemente altas para estimar la escorrentía, podemos limitar el volumen de aguas discontinuas que se produce. Para la media tomaremos un índice de escorrentía del 65% de la lluvia útil; para los años excepcionalmente lluviosos, en que las precipitaciones torrenciales se repiten según el adagio de lloviendo sobre mojado, el 80% y para los años secos, en que lo poco que cae empapa la corteza del terreno, un 40%. Con estas hipótesis optimistas obtenemos: Un volumen medio anual de aguas discontinuas de 200 millones de metros cúbicos, Un volumen máximo anual de aguas discontinuas de 480 millones de metros cúbicos, Un volumen anual en años secos de aguas discontinuas de 40 millones de metros cúbicos».

² He intuido esta conjetura en algunos textos de terminología muy sospechosa, que empiezan a aparecer a mediados de siglo en los propios acuerdos del Consejo Provincial. Por ej.: «Considerando que no se duda de la naturaleza comunal de la fuente de los Portales, ora se halle situada en terrenos de propios, ora en el particular de D. Valentín Granado, con la servidumbre pública de abastecer de agua a las personas y animales» (s. 15.12.1863).

ce, según escritura de compra de 6.12.1836, reservando a los vecinos el uso que para su abasto viene haciendo dicha fuente. Visto otro informe del Alcalde de La Orotava en que confirma ser la fuente de propiedad particular... y que siempre se han surtido de ella los vecinos.

Visto el plano y memoria facultativa formados por comisión del Señor Ingeniero Jefe de la Provincia, por el Ayudante del Cuerpo D. Salvador García, en que, después de confirmar la propiedad particular de la fuente, así como el derecho que han adquirido los vecinos para abastecerse de ella, quedan al dueño el sobrante y aumento que puedan tener las aguas.

Como puede apreciarse, aquí se trata de una concesión perfectamente normal, tal como se ha descrito en el número anterior. Ahora bien, por ser un poco más antigua (hay una transmisión en 1836), ya se ha empezado a deteriorar el título y aparece ahora en sentido inverso, o sea, no como una propiedad pública del común y concesión de los sobrantes, sino como una propiedad privada con determinados derechos del común. De aquí a discutir y a negar la servidumbre pública, no hay más que un paso.

Hay casos, sin embargo, en los que la perversión del título tiene lugar en el mismo momento de su constitución, mediante un auténtico escamoteo de conceptos. Un ejemplo muy significativo es el de las aguas del Barranco del Río en la isla de La Palma.

Estas aguas eran aprovechadas parcialmente por el vecindario y por algunos censatarios del Municipio, cuando a mediados del siglo pasado se propuso la concesión de los sobrantes a la sociedad hidráulica de la Dehesa de la Encarnación (todavía existente). A tal efecto se inicia el procedimiento administrativo previsto en la R. O. de 14.3.1846, que culmina con la autorización del Gobernador Civil. Nadie puede discutir en estas circunstancias que se trata de aguas públicas y de concesiones, como reiteradamente aparece en dicha disposición y en sus complementarias (especialmente en la R. O. aclaratoria de 14.3.1846); y por otro lado, en el expediente administrativo no aparece ni una sola vez la palabra venta; más aún: en las bases concesiones se preve la reversión de las aguas al municipio en determinados casos.

Pues bien, una vez lograda la autorización gubernativa, acuden los representantes del Ayuntamiento y de la Sociedad hidráulica al Escribano público Don Antonio López Monteverde, quien

el 29 de octubre de 1858 otorga una escritura-contrato, en la que bien sea por influencia de su formación privada, bien sea por razones más interesadas, después de transcribir los antecedentes del procedimiento administrativo en el sentido concesional indicado, al llegar el momento de redactar la escritura lo hace en inequívocos términos de venta o cesión de propiedad, y no ya de concesión, que era para lo único para lo que estaba autorizado el Municipio:

El Muy Ilustre Ayuntamiento de esta Ciudad, cuyos derechos dominicales se apoyan en diferentes concesiones y gracias del Soberano, cede y renuncia irrevocablemente en favor de la Sociedad Hidráulica... la explotación, aprovechamiento y utilización de todas las aguas que produzcan y puedan producir las fuentes, manantiales, arroyos y filtraciones que posea y deba poseer esta población en fuerza de dichas Reales Gracias, para que las hagan suyas... Y desde hoy en adelante para siempre desapodera, desiste, quita y aparta al Ilmo. Ayuntamiento de esta Ciudad en la forma estipulada y convenida del dominio o propiedad, posesión, título, voz, recurso y otro cualquier derecho que le competa a las aguas mencionadas y las ceda, renuncia y traspasa en la Empresa Hidráulica y quien la sucediere, para que las goce, utilice, use y disponga de ellas a su elección.¹

Parece claro que el Ayuntamiento se excedió de la autorización gubernativa y que, por violar la R.O. de 1846, se trata de una escritura nula. Pero la mágica terminología del Escribano hizo su efecto y las aguas, a través de las fórmulas de estilo notarial, pasaron a la propiedad privada de los particulares.

A veces sucede que la perversión del título jurídico es, consecuencia, en definitiva, de un fenómeno de hipóstasis. El título nace correctamente, y es respetado por los particulares, pero luego (y en casos simultáneamente) un escribano o algún «técnico del derecho» al servicio de los interesados introduce subrepticamente una palabra mágica —la de propiedad privada— que andando los años se hipostatiza, se ve sancionada por la opinión pública (es decir, la de los interesados) y en último extremo por la práctica

¹ Documentación transcrita en YANES CARRILLO, *Por la verdad*, Santa Cruz de La Palma, 1951, págs. 85-91.

administrativa, seducida por la magia de la palabra, e incluso por los tribunales, al amparo de una posible prescripción. Un ejemplo muy claro de esta introducción subrepticia de palabras, que luego se hipostatizan, puede verse en el caso de la Empresa de aguas de La Laguna:

En 1856 redacta esta Empresa su primer reglamento en los siguientes términos:

«Reglamento que nosotros los abajo firmantes hacemos para el disfrute de las aguas desperdiciadas del Estanque-grande y fuente que le surte; y de las llovedizas que se reúnen en los barrancos de las Mercedes y de Jandina, a virtud de la invitación del Doctor D. Fernando Cabrera Pinto y D. Francisco Pérez Romero, cesionario de dichas aguas por el M. I. Ayuntamiento Constitucional, según acuerdo del día 26 de mayo y aprobado por la Excelentísima Diputación Provincial el día 4 de junio del corriente año (reglamento de fecha 14.7.1856)

En este Reglamento no se hace la menor alusión a la propiedad privada de las aguas, puesto que está muy reciente la concesión administrativa; pero en 1869 se redacta uno nuevo, que se conserva impreso, al igual que el anterior en el que, al amparo de los años transcurridos, e incluso reconociendo taxativamente la concesión administrativa, se hace unilateralmente la declaración de que se trata de aguas privadas:

«Reglamento para el gobierno y Administración de la Empresa de aprovechamiento de aguas de La Laguna»: art. 1.º Las aguas sobrantes de la fuente denominada el Tanque grande, *concedidas* por el M. I. Ayuntamiento de La Laguna en 26.5.1855 con aprobación de la Excma. Diputación provincial con fecha 4.6. siguientes; las aguas pluviales que discurren por los barrancos de las Mercedes y Jardina, *concedidas* por R.O. de 3.5.1861; las que ha producido y produzca el saneamiento de terrenos pantanosos en la Vega de La Laguna, cuyos dueños han permitido atravesarlos con el canal de la Empresa, y en general, todas las que discurren por el mismo cauce son de *propiedad de los accionistas*. art. 2.º La propiedad de las aguas se justificará por medio del título que en 14.2.1859 se expidió por la Junta Directiva a cada accionista. Esta propiedad será transmisible por todos los medios que las leyes autorizan.

7.—Procedimiento administrativo

La naturaleza pública de las aguas que utilizan buena parte de los Heredamientos, y el título concesional que habilita jurídicamente su aprovechamiento, hacen inevitable una fuerte intervención administrativa desde el momento mismo de su nacimiento. En el número anterior hemos visto un amplio repertorio de acuerdos del Consejo Provincial de Canarias. Ahora importa subrayar que en tales ocasiones el Consejo basa *expresamente* su actuación —y a los textos citados me remito— en unas normas dictadas para regular los aprovechamientos de aguas públicas: la R. O. de 14.3.1846, del R. D. de 29.4.1860 y el artículo 281 de la ley de aguas de 1866, sucesivamente. Por ser poco conocidos, conviene recordar los dos primeros preceptos:

—art. 1 de la R. O. del Ministerio de la Gobernación de 14.3.1846: «Será necesaria una autorización Real, previa la instrucción de expediente, para permitir en lo sucesivo el establecimiento de cualquier empresa de interés privado que tenga por objeto o pueda hallarse en relación inmediata... segundo, con el curso y régimen de los ríos, sean o no navegables y flotables; tercero, con el uso, aprovechamiento y distribución de sus aguas.

—art. 1.º del R. D. de 20 (o 29).4.1860: «Será necesaria autorización Real para llevar a cabo cualquier empresa de interés público o privado que tenga por objeto: 1.º El aprovechamiento de las aguas de los ríos, riachuelos, riberas, arroyos o cualesquiera otra clase de corrientes naturales, sea cual fuere su denominación. 2.º El de las aguas de fuentes, pantanos, estanques, lagos, lagunas o albuferas, nacidas o formadas en terrenos del Estado o del común, y de las que no tengan dueño particular conocido. 3.º El de las aguas subterráneas, siempre que para su iluminación se hayan de hacer calicatas, minas o investigaciones en terrenos del Estado y del común o que no pertenezcan a ningún particular».¹

¹ Este tercer párrafo adquiriría pronto una mayor extensión, desde el momento en que seis años más tarde la ley de 3.8.1866, y con toda radicalidad la ley de minas de 29.12.1868, declararían a todas las aguas subterráneas como de dominio público (cfr. para mayor detalle NIETO, *Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico* en «Estudios de Derecho Administrativo especial canario», Santa Cruz

8.—Intervención administrativa en la vida de los Heredamientos

Un importante elemento del cuadro mítico de los Heredamientos canarios está constituido por el principio de la absoluta soberanía de la voluntad de los particulares y el correspondiente radical inhibicionismo de la Administración Pública. Esta interesada visión ha sufrido ya un primer quebranto al comprobarse que en la fase inicial de la vida del Heredamiento, a la hora de obtenerse la concesión del agua, hay una fuerte intervención administrativa, puesto que lo habitual es que medie una concesión otorgada por la Administración Pública y sobre la base de una legislación administrativa de marcado signo intervencionista; pero todavía hay más: a continuación va a demostrarse que la intervención administrativa se extiende también a la misma vida del Heredamiento, por cuanto sus estatutos deben ser aprobados por el Ministerio de Fomento.

Este tema ya ha sido planteado por GUIMERA PERAZA, si bien dándole una solución exactamente contraria a la que aquí se expone. Este autor ha exhumado el acta del Consejo Provincial de Canarias de 8.5.1865, en la que la Administración se niega a aprobar el Reglamento de la Sociedad «Empresa de Palo Blanco» «considerando que la Empresa de Palo Blanco es una sociedad que va a establecerse con el fin de explotar aguas en terrenos particulares y para beneficio particular, por cuya razón no es de las comprendidas entre las que necesitan autorización según el R. D. de 26.4.1860».

Y a tal acuerdo añade el citado autor el siguiente comentario:¹ «Como sabemos, tal fue años más tarde la postura de la Adminis-

de Tenerife, 1968, págs. 40 ss.). Por cierto, que a propósito de este tema se dictó por el Ministro de Fomento con fecha de 30.3.1872 una R. O. específicamente dirigida a las aguas subterráneas de Canarias: «1.º En cuanto a la manera de tramitar los expedientes para el alumbramiento y aprovechamiento de las aguas subterráneas, es preciso distinguir dos periodos: primero, el del alumbramiento, que es pura y simplemente el de la ley de minas, y el segundo, el de aprovechamiento, cuando ya en la superficie las aguas alumbradas tienen que ponerse en circulación por terrenos de Dominio Público, o que no son de la propiedad del que las alumbró, en cuyo periodo y circunstancias corresponde instruir los expedientes a la Dirección de Obras Públicas por la ley de aguas o por la de canales de riego».

¹ *Don Francisco...* cit. págs. 611-612; con pocas variantes reaparece el texto en diversas obras del mismo autor: así, en la Introducción a la *Historia de las Islas Canarias* de Francisco María de León, Tenerife, 1966, pág. 14.

tración cuando se le presentaron para aprobación las viejas ordenanzas de los antiguos Heredamientos, que se adaptaron a las flamantes leyes de aguas de 1866 y 1879 y pretendían el placer del Poder central. ¡Lástima que este criterio inhibicionista, definidor de la naturaleza privada de las aguas en Canarias, no se haya seguido siempre! Con él se evitarían muchas confusiones entre aguas privadas y aguas públicas, cuya distinción no siempre ha sido bien entendida. Mérito de León y de sus compañeros de Consejo será siempre haber sabido ver claro en esta materia, antes de dictarse la ley de 1866, primer Código mundial sobre aguas.¹ Quizá sea la primera Comunidad *moderna*² de Tenerife ésta de Palo Blanco».

Lo que no nos dice el historiador canario es que el acuerdo de Palo Blanco es rigurosamente excepcional, y que antes y después de aquella fecha, el Consejo Provincial de Canarias aprueba sin ningún escrúpulo otros reglamentos de lo que hoy se denominan Heredamientos. Valgan los siguientes ejemplos:

—en la sesión de 9.12.1863 se aprueba el Reglamento de aprovechamiento de las aguas del pago de La Laja y barranco de San Antonio en San Sebastián de La Gomera, un Heredamiento que contaba ya con varios siglos de existencia;³

¹ Un poco al margen del texto, quizá sea buena la oportunidad de salir al paso de esta, por lo demás muy generalizada, expresión de ingenuo chauvinismo jurídico, empeñado en atribuir a la ley española de 1866 una calidad de primer código, y nada menos que mundial, de las aguas. Sin necesidad de salir de Europa, y sin merma del mérito natural de la ley española, me son conocidas las siguientes leyes de aguas de fecha anterior: en Baden, ley de 28.2.1851; en Baviera, leyes de 28.5.1852; Hannover, ley de 22.8.1847; Hessen, leyes de 1.82.1853 y 19.2.1854; Austria, Reglamento hidráulico de 1852; Prusia, ley de 28.2.1843; Sajonia, ley de 15.8.1855; Weimar, ley de 16.2.1854.

² Sobre esta pretendida prioridad de la empresa de Palo Alto, cfr. las empresas citadas en los números anteriores.

³ En realidad, se desaprueba. El acuerdo dice así literalmente: «2.º Desaprobar el citado Reglamento de 4 de julio, ordenando que para su nueva formación se convoque y oiga a todos los propietarios regantes, consignándose en artículos especiales la competencia de la Administración para conocer de las cuestiones posesorias, la obligación de construir atarjea en toda la extensión de los barrancos de La Laja y San Antonio si es posible y aceptable el número de dulas... 3.º Ordenar que el reglamento se remita por duplicado a la aprobación del Gobernador Civil antes de poner en ejecución». Sobre el mismo asunto vuelve a acordarse en sesión de 3.6.1868.

—en la sesión de 31.5.1864 se aprueba el Reglamento para el aprovechamiento de las aguas del Riachuelo de El Paso en la isla de La Palma;

—en la sesión de 16.10.1867 se examina el Reglamento de aprovechamiento de las aguas de las fuentes de Guía, en Tenerife, y se acuerda no aprobarlo, por cuanto la competencia para su aprobación corresponde, no al Gobernador Civil, sino al Gobierno de S. M.;¹

—en la misma sesión se toma idéntico acuerdo sobre el Reglamento para el gobierno y administración de las aguas de los nacientes del bebedero de las Palomas y Saltadero del Cedro, en el barranco llamado del agua, jurisdicción del pueblo de Güímar;²

—en la sesión de 19.8.1868 se examina el Reglamento de otro Heredamiento centenario, el de la acequia mayor del Palmital en la villa de Guía en Gran Canaria.³

¹ Sobre este mismo asunto vuelve a acordarse en sesión de 19.8.1869, cuando la Dirección General de Obras Públicas, antes de dar su aprobación, pide informe al Consejo Provincial de Canarias.

² Sesión de 29.1.1868: «En el expediente formado sobre aprobación del Reglamento para el gobierno y administración de las aguas de los nacientes del «Bebedero de las Palomas» y «Saltadero del Cedro» en el barranco llamado del Agua, jurisdicción del pueblo de Güímar, que se remitió por el Sr. Gobernador de acuerdo con lo consultado por este cuerpo en sesión de 16 octubre al Gobierno de S.M. para que fuese aprobado; pero que habiéndose devuelto por la Dirección General de Obras Públicas con fecha 14 diciembre último a fin de que informen lo que juzguen oportuno el Consejo Provincial y la Junta de Agricultura, Industria y Comercio, el Sr. Gobernador lo remite a esta Corporación para que emita el dictamen pedido, y el Consejo ha acordado evacuarlo en los términos siguientes: que examinado el reglamento que para el gobierno y administración de las aguas a que hace referencia, han presentado los interesados a las mismas, y cuya conformidad se observa del acta que le acompaña, esta Corporación le ha encontrado arreglado y ajustado a lo prescrito en los artículos correspondientes del capítulo quinto de la ley de 3.8.1866, por lo tanto es de sentir que es procedente y conveniente que en el mismo recaiga la aprobación superior según se dispone en el artículo 281 de la citada ley».

³ El acuerdo tomado dice así literalmente: «es de decretar que antes de elevarse el proyecto de ordenanza al Gobierno de S.M. debería V.S. (el Gobernador Civil) devolverle a los interesados para que o bien modifiquen dichas ordenanzas en la parte a que se ha hecho referencia, o de no estimarlo así, acompañen copia de

La lista podría ampliarse indefinitivamente ya que, como se recordará, la declaración de incompetencia respecto a la empresa de Palo Blanco se debió a la circunstancia de que la misma no estaba sujeto a las normas del R. D. de 1860; lo que significa, a sensu contrario, que las múltiples empresas sujetas a tales normas, que aparecen aludidas en el número 5 de este mismo epígrafe, sí que deben someter sus ordenanzas a la aprobación administrativa. Pero, a nuestros efectos, es bastante con lo ya dicho, teniendo en cuenta que esta breve lista afecta a Heredamientos anteriores y posteriores a la ley de aguas, y a Heredamientos del siglo XIX y a Heredamientos originarios.

9.—Conclusiones

A la vista de lo que antecede, y con reserva expresa de que la cuestión merece un estudio por parte de los historiadores, hasta cuyo momento cuanto sobre el particular se diga debe admitirse con mucha cautela, pueden sentarse las siguientes afirmaciones:

1.^a A mediados del siglo XIX, y salvo en la isla de Gran Canaria, los Heredamientos primitivos tienen muy poca importancia.

2.^a Algunos de los escasos Heredamientos supervivientes de la conquista se nutren de aguas usurpadas a los vecinos, que éstos no están en condiciones de defender, dada la prepotente posición social de los usurpadores.

3.^a El sistema de riego utilizado por algunos de estos Heredamientos es irracional y antieconómico.

4.^a A mediados de siglo es cada vez más frecuente la constitución de Heredamientos (en forma de Empresas) para la explotación de aguas públicas (sobrantes de fuentes públicas principalmente), cuya concesión se solicita.

5.^a No obstante las rigurosas condiciones formales con que se otorga la concesión, andando los años se confunde la concesión

las antiguas vigentes en el día... y advertir al propio tiempo a la Heredad, que en el caso de hacer alguna alteración en las Ordenanzas que obligue a redactarlas de nuevo, adopte en la numeración de los artículos el sistema que hoy se sigue generalmente, no empezando numeración separada en cada capítulo.

de las aguas sobrantes con la propiedad de unas aguas gravadas con una servidumbre a favor del vecindario; al final, se logra borrar el recuerdo de la servidumbre y queda solo la afirmación de que el agua es de propiedad privada.

6.^a Otro sistema no menos grave de mermar las aguas públicas, ahora de forma física, consiste por la misma época en constituir nuevos Heredamientos con objeto de aprovechar aguas subterráneas; lo que constituye un magnífico negocio, ya que se hace a costa de las aguas corrientes y manantiales, cuyos caudales desvían antes de que salgan a la superficie.

7.^a El resultado final es que, bien sea por medios jurídicos o por medios físicos, desaparecen las aguas públicas de la isla de Tenerife (que es la que se ha estudiado), viéndose obligados hoy las Corporaciones locales a adquirir el agua por compraventa a los propietarios particulares, antiguos concesionarios de los sobrantes de las fuentes públicas.

II. HEREDAMIENTOS DE AGUAS Y COMUNIDADES DE REGANTES.

En el siglo XIX se apunta, por otra parte, una diferenciación entre los Heredamientos de aguas y las Comunidades de regantes, que ha llegado a consolidarse en la actualidad mediante la creación de sectores normativos independientes. Para la doctrina canaria dominante esta separación está justificada, e incluso es inevitable, desde el momento que en las Comunidades canarias no se dan «los dos caracteres de las Comunidades de regantes: sus aguas son públicas y están adscritas a las fincas que riegan».¹

Sin embargo, a la hora de revisar la situación jurídica de estas instituciones, demitificándolas y depurándolas de los elementos folklóricos y económicos que se les han adherido, no puede por menos de rechazarse esta tesis de la rigurosa incompatibilidad,

¹ GUIMERA, *Régimen jurídico...* cit. pág. 28.

puesto que no son exactos los dos requisitos que se atribuyen a las Comunidades de regantes, tal como va a demostrarse en el presente epígrafe.

1.--La adscripción del agua a la tierra no es requisito inexcusable de las Comunidades de regantes.

Contra lo que suele afirmarse, la adscripción del agua a la tierra es una circunstancia simplemente normal, pero no inexcusable, en las Comunidades de regantes. Aparte de que nada dice sobre ello la ley de aguas, hay una prueba irrefutable en el artículo 34 de la R.O. de 25.6.1884, por la que se aprueba el modelo de Ordenanzas de Comunidades de regantes, advirtiéndose que «el caso de que, como sucede en muchas Comunidades, el agua no esté invariablemente unida a la tierra y pueda aprovecharse en diversas fincas, dentro de la zona regable, se dispondrá además en este artículo la formación de otro padrón general de los partícipes a quienes pertenezca... el agua, en que constará la parte que a cada uno corresponda...»

A principios de este siglo Rafael ALTAMIRA,¹ enumera los siguientes lugares en los que «el agua de riego constituye una propiedad sustantiva, distinta de la de la tierra, cotizándose y vendiéndose en mercados y subastas: Alicante, Elche, Crevillente, Lorca, Granada, *Gran Canaria* y Monforte. Y es claro que tal relación no pretende ser exhaustiva. De la misma manera que la referencia a Canarias resuelva enormemente incompleta, puesto que no se alude a la situación de las demás islas, también habría que añadir muchos nombres a las localidades citadas de Levante.²

¹ *Mercado de agua para riego en la huerta de Alicante y en otras localidades de la Península*, con abundante bibliografía, en «Derecho consuetudinario y economía popular de España» II, Barcelona, 1902, págs. 133 ss.

² Cfr. por ej. la situación en el Riego Mayor del Alfaz del Pi y Benidorm, en el art. 4 de cuyas modernas Ordenanzas (aprobadas por R.O. de 15.11.1927) se lee: «tienen derecho al uso de las aguas de que dispone la Comunidad para su aprovechamiento en riego medido por horas y medios cuartos, los dueños de dichas aguas con absoluta independencia de todos los terrenos que puedan regar... El derecho al aprovechamiento... pertenece a los particulares que tengan agua inscrita en el Libro-Registro de la propiedad de las aguas del mismo, que obra hoy en poder del Sindicato y a todos los que en lo sucesivo acrediten su derecho por medio de traslación de dominio en el expresado Libro-Registro».

Mientras que, su sentido inverso, es perfectamente posible que los Heredamientos y Comunidades de aguas canarias adscriban el agua a la tierra, tal como ha autorizado expresamente el artículo 45 del Reglamento de 4.12.1965, prueba no menos irrefutable que la anterior.¹

2.—Las Comunidades de regantes no se refieren exclusivamente a aguas públicas.

En segundo lugar, tampoco es exacta la afirmación de que las Comunidades de regantes se refieren exclusivamente a aguas públicas.

Por lo pronto, hay que notar que esta tesis en modo alguno se encuentra apoyada por la ley de 1879, ya que si se lee atentamente su artículo 288 podrá comprobarse que en el mismo no se indica que las Comunidades de regantes recaerán necesariamente sobre aguas públicas, sino algo muy diferente, a saber: que los aprovechamientos colectivos de aguas públicas se constituirán necesariamente en Comunidades de Regantes, dejando con ello abierta la posibilidad de que *también* se constituyan comunidades de regantes con aguas de propiedad privada.

Con la advertencia de que se ha hecho un uso muy abundante de tal posibilidad, como es notorio para quien tenga alguna experiencia y ha sido recogido por la doctrina como algo perfectamente natural.² A la vista de lo cual, es muy explica que la doctri-

¹ Para GUIMERA PERAZA (*Régimen jurídico...* cit. págs. 16-17) la no adscripción es precisamente el criterio que separa los Heredamientos canarios de las Comunidades de regantes peninsulares. Recuérdense, sin embargo, los textos recogidos por DE LA ROSA en este mismo volumen sobre concesiones originarias de agua adscrita a la tierra en Canarias.

² Cfr. el significativo título del trabajo de Carlos SOLER y MONSALVE, *Sobre las Comunidades de regantes con aguas de propiedad privada* (en el II Congreso Nacional de Comunidades de Regantes, Sevilla, 1967); y en cuanto a ejemplos concretos, cfr. por todos RUIZ-FUNES, un jurista que conoce perfectamente el significado de la calificación jurídica de las aguas, y que en 1916, dentro solamente de la provincia de Murcia, (*Derecho consuetudinario y economía popular de la provincia de Murcia*, Madrid, 1916, págs. 167 y ss.) enumera una larga serie de Comunidades de Regantes que se abastecen, total o parcialmente, de aguas de propiedad

na dominante afirme sin vacilar la posibilidad de la existencia de comunidades de regantes con aguas privadas; bien sea atribuyéndolas la misma naturaleza que la de las aguas públicas, como GAY y MASSO,¹ bien sea considerándolas de naturaleza muy distinta como Sebastián MARTÍN-RETORTILLO² y GARCÍA-TREVJANO,³ quien las estudia precisamente bajo la expresiva denominación de «organizaciones para riegos con aguas privadas». Para SOLER y MONSALVE; en su artículo citado, las dificultades solo derivan de una insuficiente regulación legal: «el tratamiento jurídico de las Comunidades de Regantes con aguas de propiedad privada no solo está disperso en diversos textos legales sino que, además, es totalmente insuficiente, pues su funcionamiento solo está regulado por las disposiciones genéricas del Código civil sobre la comunidad de bienes, disposiciones que hacen muchas veces inoperantes a las Comunidades de regantes con aguas de propiedad privada».

Por otro lado es también muy fácil demostrar que las Comunidades canarias pueden adoptar la forma de comunidades de regantes. Actualmente así está reconocido expresamente en el citado artículo 45 del Reglamento de 1.965. Y con anterioridad a 1956 es un hecho bien sabido que múltiples comunidades canarias adoptaron voluntariamente esta forma con objeto de obtener determinados beneficios económicos. Según GUIMERA PERAZA⁴ esta transformación organizativa es inadmisibles por implicar una correlativa transformación de las aguas privadas en públicas. Lo cual no es correcto, a mi entender, ya que una cosa es la naturaleza del agua a que se refiere una organización, y otra muy distinta es la natura-

privada: Lorca, Lobosillo y Fuente-Alamo, Totana, Alhama, Librilla, Alharave, Benamor, Mula, Yecla y Pliego; precisándose concretamente, en su caso, que «las aguas son de propiedad particular y su dominio está separado del de la tierra, teniendo los propietarios inscrito su derecho en el Registro de la propiedad y amillorada el agua».

¹ *Tratado de la legislación de aguas públicas y privadas*, 3 ed. Barcelona, 1956, págs. 578-579.

² *Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las Comunidades de regantes*, en «De la Administración autónomas de las aguas públicas», Sevilla, 1960, págs. 70 y ss.

³ *Tratado de Derecho Administrativo*, II. Madrid, 1967, págs. 358-362.

⁴ *Régimen jurídico...* cit. pág. 29.

leza de tal organización. En los casos referidos lo que se operó fue una transformación (mejor, adaptación) de la naturaleza de la Comunidad canaria que adoptó la forma de Comunidad de regantes; pero sin que este fenómeno aparejara en absoluto la transformación de la naturaleza de las aguas, que siguieron siendo privadas, tal como admitió con toda normalidad una parte de la doctrina canaria.¹

Lo que no nos dice el citado historiador es que con anterioridad a la fecha por él indicada —1880— no era anómalo en Canarias la existencia de Comunidades de regantes *originarias*, es decir, así constituidas desde el principio, y no transformadas sobre un Heredamiento anterior, como él pretende. Utilizando, una vez más, las actas del Consejo Provincial de Canarias pueden aducirse las siguientes pruebas:

—en la sesión de 16.10.1868 se alude a una Comunidad de regantes en Güímar, isla de Tenerife;

—en la sesión de 3.6.1868 se alude a una Comunidad de Regantes en San Sebastián de La Gomera;²

—en la sesión de 19.8.1868. se denomina Comunidad de Regantes al Heredamiento del Palmital en Guía, isla de Gran Canaria;³

—en la misma sesión se alude a una Comunidad de Regantes en Guía (de Isora), isla de Tenerife;⁴

¹ Así en el *Informe oficial del Colegio de Abogados de Las Palmas* publicado en el n.º 12, 1956, pág. 74 de la «Revista del Foro Canario» de esa Ciudad, en el que se pone de relieve que al transformarse algunas de las viejas Heredades en Comunidades de Regantes de la ley de aguas, «cuidaron con el mayor celo de poner de relieve el carácter de aguas de estricta propiedad privada que correspondía y corresponde a las de sus respectivas dotaciones».

² «Considerando que esta comunidad de regantes se halla en el caso de formar sus Ordenanzas tomando por base el adalamiento ultimamente formado, y de proceder al establecimiento de un Sindicato...»

³ «El Consejo ha examinado las Ordenanzas formadas por la Comunidad de regantes de las aguas del Heredamiento de la acequia mayor del Palmital...»

⁴ «Resultando que remitido el expresado Reglamento por los interesados a la aprobación del señor Gobernador, dispuso S. S. en 27. 10 del año próximo pasado hacerle saber que conforme al artículo 281 de la ley de 3.8.1866, las Ordenanzas que deben formar las Comunidades de regantes...»

—en la sesión de 30.9.1868 se alude a una Comunidad de Regantes en Vallehermoso, isla de La Gomera.¹

3.—Heredamientos de aguas públicas

La existencia indubitable (después de lo desarrollado en el epígrafe anterior) de Heredamientos de aguas públicas, hace caer por su base la tesis de su incompatibilidad con las comunidades de regantes basada en el criterio de la naturaleza del agua: extremo tan evidente que no precisa de ningún comentario. Lo cual significa que o no existe la pretendida diferencia de naturaleza o hay que buscarla en otros criterios.

A mi modo de ver, la actual separación de ambas instituciones es el resultado de un proceso histórico de diferenciación, como se desarrollará en el número siguiente, reservándose para el número posterior el análisis de un nuevo criterio —interés general o interés particular— que parece también incidir sobre el tema.

4.—Proceso diferenciador de las Comunidades de regantes

Para ilustrar un poco lo que antecede, quizá resulte de alguna utilidad examinar el origen de todas las comunidades —las de regantes peninsulares y los tradicionales heredamientos canarios— y así podremos comprobar que todas han tenido un origen indiferenciado, al margen de la presunta naturaleza pública o privada de las aguas aprovechadas: la comunidad surge simplemente cuando hay una pluralidad de titulares, que de esta manera auto-organizan su régimen económico. A partir de este origen indiferenciado, solo al cabo de los siglos y en épocas históricas muy recientes, se ha procedido a una separación convencional de ambos tipos de organizaciones.

Admitiendo, como dice la Exposición de motivos de la ley de 1866, que las Comunidades de Regantes han existido «desde la más remota antigüedad», parece claro que no pueden aplicarse a estas edades remotas criterios jurídicos contemporáneos como éste de la distinción entre aguas públicas y privadas. Ciertamente siempre ha existido, más o menos claramente, una distinción jurídica

¹ «Resultando que acordado por el señor Gobernador que se oyese a la Comunidad de regantes...»

entre la naturaleza pública y privada del agua; pero de ahí a suponer que esta distinción implica en su origen una distinción de la naturaleza jurídica de las organizaciones correlativas, media un abismo. Y no hay indicios de que alguien lo haya afirmado jamás.¹ La diferenciación vino después, en el siglo XIX, y con un significado que se pretende describir a continuación:

a) Por lo que se refiere a la Edad Media, el único trabajo de carácter general que existe es el breve pero muy importante de LALINDE ABADÍA,² cuya esencia puede extractarse en los siguientes términos:

Deben analizarse por separado el régimen jurídico de las aguas durante el periodo de dispersión jurídica (Alta Edad Media) y de la territorialización del Derecho (Baja Edad Media).

Durante la Alta Edad Media —y simplificando mucho las cosas en la medida que así lo exige el carácter antidoctrinario de la época— el agua es definida como elemento accesorio separado de la tierra, pero al servicio de ella en razón a la función pública o interés general que desempeña; sobre todas las aguas que se van ocupando ejerce el monarca lo que suele denominarse «dominio eminente», que debe entenderse como un deber de administración de la comunidad que se integra en su pueblo; en el ejercicio de este deber, el monarca va adjudicándolas a sus súbditos, normalmente a una agrupación de ellos, por lo que la mayoría de los caudales van adquiriendo así un carácter normal; las aguas privadas carecen entonces de toda trascendencia económica y jurídica.

Durante la Baja Edad Media el concepto de pertenencia entra en crisis, admitiéndose su separación de la tierra, pese a las constantes prohibiciones de los monarcas; pero el fenómeno más importante es el de la tendencia a la patrimonialización de las aguas, lo que tiene lugar en tres planos: el monarca tiende a considerarlas no como un dominio eminente, sino como una regalía, lo que significa que puede disponer de ellas en su propio beneficio y no

¹ Cfr. ad ex., Pedro IBARRA, *Estudio acerca de la institución del riego en Elche y régimen de sus aguas*, Madrid, 1914.

² JESÚS LALINDE ABADÍA: «La consideración Jurídica de las Aguas en el Derecho Medieval Hispánico». (Ponencia presentada al Congreso de Historiadores de Coimbra, año 1.968).

solamente en interés de la comunidad; los entes locales, y con los mismos objetivos, tienden a sustituir su carácter comunal por el de «propios»; y, en fin, los particulares logran un mayor reconocimiento y extensión de la propiedad privada sobre las aguas.

Recuérdese ahora que la conquista de Canarias tiene lugar fundamentalmente en los últimos años de la Edad Media y principios de la Moderna, en un momento de apogeo de la teoría regaliana, que es el régimen que allí se sigue, al igual que en la conquista de las Indias, rigurosamente contemporánea.¹

En definitiva, lo que con esta breve alusión se ha querido subrayar es la imposibilidad de atribuir una diferenciación originaria a las Comunidades de Regantes y a los Heredamientos de aguas en razón a la naturaleza jurídica del agua; ya que, como acaba de verse, tal diferenciación no encuentra cabida posible en el sistema que se ha descrito.

b) Por otro lado, hay casos —frecuentes solo en la península— en los que se trata de caudales de agua, cuyo aprovechamiento, cualquiera que sea su título, se atribuye a los vecinos de varios pueblos. La comunidad persigue entonces un doble objetivo: en primer término, el ordenado repartimiento del caudal entre los pueblos y, en segundo término, el repartimiento del caudal particular de cada pueblo entre sus vecinos.²

Sea como fuere, lo normal en todos estos supuestos es que la Comunidad actúe integrada dentro de la organización municipal,³

¹ Cfr. OTS CAPDEQUI, *España en América*, 1959, págs. 7-8: «por virtud del descubrimiento y de la conquista subsiguiente, todas las tierras de las llamadas Indias Occidentales fueron consideradas jurídicamente como regalías de la Corona castellana; en consecuencia, el dominio privado de las tierras de referencia había de derivar forzosamente de una gracia o merced real». Para Canarias, cfr. concretamente los trabajos de DE LA ROSA y PERAZA DE AYALA que se publican en este mismo volumen. Sobre las influencias y relaciones de la conquista de Canarias y la de las Indias, cfr. PEREZ VOITURIEZ, *Problemas jurídicos internacionales de la conquista de Canarias*, La Laguna, 1958, cap. IV, pág. 195 y ss.

² Cfr. ejemplos en *Diccionario jurídico-administrativo* de MASSA, IV, 1863, págs. 503 y ss.

³ Para un planteamiento genérico del tema, cfr., por todos, NIETO, *Ayuntamientos y Hermandades en los municipios rurales*, en «Problemas políticos de la Vida local» V. Madrid, 1965, págs. 143-171.

aunque posteriormente vaya adquiriendo autonomía: por emplear una expresión de Sebastián MARTÍN RETORTILLO,¹ la administración especializada obtiene primacía sobre la administración territorial genérica. Un eslabón intermedio, perfectamente identificado, consiste en que la administración de las aguas se segrega de la organización municipal, pero todavía sin pasar a constituir una Corporación autónoma de Derecho Público sino que se integra en la Administración periférica estatal.²

c) Prescindiendo de todos estos antecedentes, sucede que en tiempo ya muy recientes, a mediados del siglo XIX, se generaliza la constitución de nuevas comunidades de regantes así como la aprobación de ordenanzas para las antiguas que venían funcionando sobre bases consuetudinarias:

—unas veces, como fórmula de concordia y compromiso para la resolución de un litigio, como con todo detalle se argumenta por BRAVO en la Exposición de motivos del R. D. de 15.6.1848, por el firmado, respecto de la acequia de Tauste: «El Ministro que suscribe no vacila en proponer... la administración de estos riegos por un Sindicato que se elija del seno de los regantes; pero entendiéndose que ha de ser condición preliminar e indispensable... que han de quedar transigidas definitivamente, de ahora para siempre, todas las pretensiones de los pueblos y de los regantes, tanto las que han alegado como las que pudieran alegar en lo sucesivo».

—otras veces como condicionamiento de una concesión de aguas públicas. La Administración está convencida de las ventajas que ofrece la fórmula comunitaria y por ello la impone coactiva-

¹ Ob. cit. pág. 48.

² Artículo tercero de las Ordenanzas para el gobierno y dirección de la acequia Real del Júcar (según RR. OO. de 9. 3 y 2.7.1844): «El gobierno y dirección superior de la acequia está a cargo del Jefe Superior político de la provincia y de una Junta nombrada por todos los pueblos regantes». Art. 2 de las Ordenanzas para régimen y gobierno de las aguas del canal del Turia (15.5.1842): «Las Juntas políticas serán presididas por el señor Jefe superior político de la provincia» (*Apud Reglamentos y Ordenanzas de las principales acequias del Reino de Valencia*, págs. 465 y 328. Tomo II de la traducción española de *Canales de riego de Cataluña y Reino de Valencia* de JAUBERT DE PASSA, Valencia 1844).

mente. La clausura de estilo que, al efecto, se emplea —de técnica refinada y de notable sentido político— es la siguiente: «El Gobierno, en virtud del dominio eminente que el Estado ejerce sobre las aguas, y del interés colectivo de la Agricultura que le está confiado, interviene en la aprobación del reglamento del mismo sindicato para vigilar la constante y útil aplicación de las aguas referidas».¹

Sea como sea, la figura se generaliza hasta tal punto que raro es el año en que no aparecen en la Colección legislativa algunas de estas Ordenanzas: R.O. 3.6.1849: Reglamento de los Sindicatos de Riego del canal imperial de Aragón; R.O. 24.6.1849: Reglamento de los Sindicatos de riego de la acequia de Tauste; R. O. 25.11.1850: Río Albolodý; R.D. 1853: Diputación de Campos de Ursante; R. O. 18.8.1847: Alfás; R. O. 30.6.1849: huerta de Alicante; R. 27.12.1850: Queilez; R.O. 19.12.1851: vegas de Almería; R. O. 11.1.1853: Río Turia; R. O. 27.4.1853: Murviedro; R. O. 2.2.1859: Lorca; R. O. 21.5.1860: Presa-Vieja; R.O. 12.11.1860: río Huerva.

Ahora bien, por extensa que sea la indicada generalización y por muy claras que aparezcan las ventajas de la fórmula comunitaria, la Administración no se decide a imponer en todo caso una Comunidad de regantes, puesto que se respeta la iniciativa de los interesados. Tal como dice la R. O. de 22.11.1852, «la Reina ha tenido a bien disponer que por ahora no se proceda a la formación del sindicato de riegos entre los pueblos de Valpertuna, Ablitas y Tudela, una vez que los interesados en los riegos no lo reclaman».

d) Así las cosas, el R. D. de 29.4.1860 (de Bustos) radicaliza la ya indicada actitud administrativa, generalizando ya definitivamente la obligación de la fórmula comunitaria, pues en su artículo diez se declara que «a toda concesión de aguas para el riego que afecte a los intereses de una comarca deberá seguir el establecimiento de una Junta sindical y formación de un reglamento para la buena gestión de todo lo relativo al uso de las aguas, aprobado por mi gobierno...»²

¹ Así en las RR. OO. de 30.6.1849 para la acequia de Tauste en Zaragoza y la de 21.5.1860 para la acequia de Presa Vieja en León, y la R. O. de 4.3.1861 para la acequia de Presa Blanca de León.

² Reglamentos basados en los principios de la autoadministración de los interesados y de la tutela administrativa, tal como aparece en el mismo artículo 10:

e) Con estos antecedentes ya puede entenderse la vigente ley de aguas de 1879 (como la de 1866), que nada nuevo fundamental ha introducido en el sistema de 1860, puesto que en ella, tratándose de aguas públicas:

—se establece la constitución obligatoria de una Comunidad de regantes cuando el número de éstos llegue a veinte y no baje de doscientos el de hectáreas regables, así como cuando a juicio del Gobernador de la provincia lo exigiesen los intereses locales de la agricultura.

—preve y permite expresamente la constitución voluntaria en los demás casos.¹

—nada se dice, en cambio, de las Comunidades de regantes de aguas privadas.

f) Conclusión: La consecuencia que se deduce de estas breves consideraciones es evidente: Primero: Hasta mediados del siglo XIX se van constituyendo comunidades para el aprovechamiento de las aguas por razones de conveniencia económica y organizativa, al margen por completo de la naturaleza jurídica del agua, que a estos efectos nunca se toma en consideración. Segundo: A partir de mediados del siglo pasado, la Administración, convencida de la utilidad de las Comunidades, fomenta su creación y la impone (con el título de Comunidades de regantes) en los casos en que puede hacerlo, es decir, cuando media una concesión de aguas públicas de determinado volumen. Tercero: Aparte de las Comunidades obligatorias, deja la puerta abierta para que quienes aprovechan el agua se mancomunen voluntariamente. Operación

«...Por punto general servirá de base para estos reglamentos el principio de la administración de las aguas por los interesados en ellas, con la intervención necesaria de la Autoridad local, provincial o del Gobierno supremo; con la advertencia, en fin, de que el sistema ha de aplicarse también a todos los aprovechamientos, incluso, por tanto, a los anteriores: «art. 11: Se dispondrá lo conveniente para que a los aprovechamientos que existan en la actualidad debidamente autorizados se aplique, si ya no lo estuviese, lo prevenido en el artículo anterior».

¹ La O. 10.12.1941 ha impuesto la constitución obligatoria de una Comunidad, cualquiera que sea el número de regantes y la superficie regada, cuando se deriven las aguas de una misma toma en un cauce público o en cauces administrados por el Estado.

que, por tanto, era perfectamente posible y no estaba prohibida, que era lo que se quería demostrar (y a mayor abundamiento) a la luz de esta perspectiva histórica, después de haberlo hecho con instrumentos normativos y dogmáticos.

5.—El interés general.

En las páginas que anteceden han podido observarse dos claras tendencias contrapuestas: por un lado, la tendencia del Estado a dar personalidad y una forma determinada al mayor número posible de agrupaciones de beneficiarios de caudales de aguas, bien sea mediante la coacción (exigiendo la constitución de comunidades de regantes como requisito para conceder aguas públicas), o bien sea mediante la persuasión (fomentando la constitución de las mismas, al acumular sobre ellas beneficios económicos y fiscales de que no pueden gozar quienes carecen de personalidad); y, por otro lado, la tendencia de los particulares a no adoptar la forma de tales comunidades de regantes salvo que se vean forzados a ello. Conviene examinar las razones de esta doble corriente contrapuesta.

a) Por lo que se refiere a la tendencia estatal, la explicación es muy clara y se apoya en el principio, por nadie discutido, de que un caudal solo puede explotarse racionalmente por muchos individuos si éstos se agrupan en una organización. Afirmado ésto, el Estado ha escogido de entre todas las organizaciones posibles una determinada —la Comunidad de regantes— que pretende generalizar con objeto de exista una homogeneidad (mejor, unidad) en las figuras concretas, con todas las ventajas de transparencia y agilidad que ello significa, aunque también, por descontado, con todas sus desventajas.¹

¹ Tendencia que es general en el D.^o comparado, donde asistimos a una progresiva e inexorable transformación de las Comunidades de aguas privadas en Comunidades de D.^o Público. Así, en Austria, ya KARL PEIRER Ritter von HELMSTAETT (*Das oesterreichische Wasserrecht*, 2 ed. Wien, 1886, págs. 490-492) explica como con anterioridad a la ley de 30.5.1869 existían muchas comunidades de naturaleza variada y equívoca (privada), que a partir de ese momento se convirtan en públicas. Y en Alemania (cfr. C. DORNHEIM, *Das Recht des Wasser- und Bodenverbände, Berlin, 1961*), mientras que hasta la ley prusiana de 7.4.1913 era normal la existencia de las Comunidades privadas, éstas van desapareciendo y la ley de 3.9.1937 ya exige dos requisitos imprescindibles para la constitución de una Comunidad: que sea útil a los miembros y, además, útil al bien común.

La justificación formal de la presión que ejerce el Estado para imponer este tipo, se encuentra aparentemente en la condición de demanial de las aguas públicas y en la correspondiente discrecionalidad de su régimen de concesión. Dicho contras palabras: el Estado es dueño de las aguas y es libre de conceder su aprovechamiento a quien le plazca; por ello haciendo uso de esa libertad, solo se las concede a quienes se sujetan a unas formas determinadas. Ahora bien, la verdadera y profunda significación de esta exigencia no se encuentra en el título dominical sino en el interés general de los aprovechamientos de aguas. El agua es un elemento de la economía nacional, cuyo aprovechamiento racional interesa a toda la economía y, por tanto, a todos los ciudadanos y no solo a los regantes como pretenden las doctrinas individualistas. Al Estado no le es indiferente que el agua se utilice de una manera o de otra (ya lo vimos incluso en la R. O. de 29.4.1860, hace más de un siglo) sino que tiene que serlo del mejor modo posible. Y aquí es donde entran en juego las Comunidades de regantes, porque están configuradas de tal manera que a través de ellas, y con toda comodidad, el Estado puede ejercer un control y una intervención intensas con objeto de comprobar que los aprovechamientos se realizan de acuerdo con los términos concesionales.

Ahora bien, en los años que corremos el Estado se interesa no solo por el destino de las aguas públicas sino además por el de las privadas, una vez que se ha superado el individualismo económico y se ha llegado incluso a afirmar en las leyes fundamentales¹ que todas las propiedades, es decir, tanto las públicas como las privadas, se encuentran enderezadas al bien común o sea al interés general. Estas declaraciones constitucionales no pueden permanecer en simples deseos programáticos sino que han de articularse en medidas concretas. Y el mejor medio de llevar a cabo ese interés general o bien común es una Comunidad de regantes, ya que gracias a ella, como queda dicho, puede el Estado comprobar que la

¹ Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17.5.1958: «Los intereses individuales y colectivos han de estar subordinados siempre al bien común de la Nación, constituida por las generaciones pasadas, presentes y futuras» (Principio V); «Se reconoce... a la propiedad privada en todas sus formas, como derecho condicionado a su función social» (Principio X).

utilización de las aguas es racional. De aquí la razón de la tendencia indicada a que todas las agrupaciones adopten la forma de comunidad de regantes, tanto las que aprovechan aguas públicas como las que aprovechan aguas privadas, puesto que en todas media el interés general.

b) Por otro lado, la indicada tendencia de los particulares a resistirse a aceptar voluntariamente la forma de las comunidades de regantes, que pretende imponerles el Estado, tiene unas explicaciones no menos claras, derivadas de lo que en los últimos párrafos acaba de indicarse.

Para muchos ciudadanos, propietarios de aguas, las ventajas que representa la organización de una Comunidad de regantes se encuentran sobradamente contrabalanceadas por sus desventajas, y concretamente: por que muchas veces interesa, por razones egoístas, que la situación jurídica sea confusa, ya que ése es el mejor modo de posibilitar el fraude fiscal, la limitación de la responsabilidad, etc.; o porque, aun sin llegar a tan torticeras razones, se considera que las Comunidades de regantes son un instrumento de control e intervención que entorpece el libre ejercicio de la propiedad privada.

En este punto suele invocarse un argumento de índole económica: la adscripción del agua a la tierra (que se presupone elemento esencial de las Comunidades de regantes) habría de producir en Canarias efectos desastrosos, al imposibilitar los llamados cultivos especiales, que constituyen la producción agrícola más importante del archipiélago; entendiéndose, por el contrario, que en Canarias el agua ha de aplicarse a la tierra que cada año, e incluso cada estación, se considere más rentable.

He aquí, pues, que en último extremo la tensión gira en torno a la noción del interés general y de las formas de su protección. Para la Administración media un interés general siempre que se trata de aguas (por cuanto el agua en un país, como España, afecta sin excepciones a la economía nacional) y el mejor medio de controlar su utilización racional es a través de las Comunidades de regantes. Mientras que para muchos particulares solo media un interés general cuando se trata de aguas públicas y, en último extremo, no se considera que las Comunidades de regantes sean un instrumento idóneo para garantizar la utilización racional de las aguas.

Sea como sea, el resultado ha sido que en 1956 la inmensa mayoría de las Comunidades canarias no aceptaron la sugerencia de la Administración de convertirse en Comunidades de regantes y mantuvieron su forma primitiva. Con la consecuencia de que conservaron su libertad, pero en cambio, no lograron alcanzar la ansiada personalidad, que tanto había de facilitar su tráfico jurídico.

A mi modo de ver, no falta razón a quienes se muestran tan poco entusiasmados con la idea de transformar las Comunidades de aguas en Comunidades de regantes, mientras se considere que éstas constituyen una forma rígida, que evidentemente es inadecuada a las circunstancias de las islas. Sin embargo, es un error tal hipótesis, dado que no existe esa pretendida rigidez ni hay por qué someterse al modelo de 1884. Ahora bien, es a la Administración Pública, y no a los particulares, a quienes corresponde probar la exactitud de esta afirmación. La Administración es la que tenía que haber ofrecido a los canarios una orientación flexible y acomodada a sus legítimas aspiraciones. Al no haberlo hecho así, era de suponer que iba a actuar, en efecto, de forma rígida y uniforme, y por tanto han sido muy explicables los recelos de las Comunidades canarias.

III SIGNIFICADO ECONOMICO - SOCIAL DE LOS HEREDAMIENTOS.

Una vez examinados los aspectos puramente históricos y jurídicos, conviene finalmente analizar, aunque sea de forma muy somera, determinadas cuestiones de índole económica y social, ya que en la formación del mito de los Heredamientos canarios también han influido elementos de esta naturaleza.

1.—Las Comunidades de aguas canarias no realizan la función económica que se les atribuye.

Los defensores, a la manera romántica, de los Heredamientos de aguas, llevados de su entusiasmo no han vacilado en afirmar

que los Heredamientos y Comunidades han ejercido siempre una función económica trascendental, puesto que, a la par que enriquecían individualmente a sus partícipes, fomentaban la riqueza de las islas, que sin ellas constituirían un desierto. Inconscientemente se está repitiendo, pues, la conocida frase de A. SMITH en 1776: «El particular emplea su capital de forma que le produzca el mayor valor posible. Al hacerlo así, generalmente ni trata de favorecer el interés público ni sabe en cuanto lo favorece; lo único que busca es su propia seguridad, su propio beneficio. Y en ello hay una mano invisible que le lleva a servir un fin que no estaba en sus intenciones. Al buscar su propio interés, el particular muchas veces favorece el de la sociedad mucho más efizcamente que si lo hiciera de propósito».

Por mi parte, estoy convencido de que no sería demasiado difícil desmontar este argumento, ya que el único efecto económico directo de las Comunidades fue el de posibilitar los cultivos especiales del Archipiélago, que no es lo mismo que probar el desarrollo de su economía racional; pero creo que no vale la pena analizar con rigor este problema, dado que su resultado nos es hoy indiferente, por la sencilla razón de que lo que de veras nos interesa es su papel actual y, en su caso, su papel en la economía futura, y no su hipotética función en el pasado. De aquí que prescindamos de abrir una polémica sobre el particular, que queda solo apuntada, para detenerme en el análisis de la trascendencia económica actual de dichas comunidades, al hilo de los siguientes principios:

a) *La explotación de las aguas subterráneas por el anárquico sistema de las comunidades se ha convertido en algo enormemente costoso como consecuencia de la llamada ley de los rendimientos decrecientes.*

Como es sabido, uno de los juicios fundamentales e indiscutidos de la teoría económica moderna estriba en esta ley, conforme a la cual «el aumento de algunos factores, en relación con otros comparativamente fijos, causará un aumento de producción; pero a partir de cierto momento, la producción adicional resultante como consecuencia de iguales aumentos de factores será cada vez menor, siendo esta disminución de los rendimientos consecuencia del hecho de que las nuevas dosis de los medios de producción

variables tienen cada vez menor cantidad de factores constantes con los que trabajar».¹

Pues bien, cuantos autores se han preocupado de este tema con una serena mentalidad económica han afirmado inconscientemente la operatividad de la ley en el campo que nos ocupa, puesto que han llegado de forma unánime a la conclusión de que la supersaturación de explotaciones encarece las mismas, al obligar a realizar perforaciones cada vez más profundas. Además, con harta frecuencia, el aumento de producción de agua de una galería es solo posible gracias a la desviación de las aguas que en otro caso hubieran desembocado en otra. Grotesco y costosísimo juego de las cuatro esquinas, que eleva el precio del agua y en nada beneficia la economía del país.

Como resumen BERGASA y GONZÁLEZ-VIEITEZ,² «el volumen de agua alumbrado de año en año de las entrañas de nuestra tierra ha ido creciendo cada vez más despacio, y en estos momentos se produce el fenómeno de que con unos gastos elevados de inversión en este campo, la productividad general de dicha inversión es nula. Lo que los afortunados (una muy pequeña proporción de los que se lanzan a la búsqueda) pueden sacar de provecho personal, se lo detraen a sus limitrofes y el incremento en la perforación de pozos tiene dos consecuencias verdaderamente nefastas para la colectividad: 1) no aumenta el volumen global de agua producida, al menos en la importancia necesaria para hacer rentables las inversiones efectuadas, y 2) el volumen de las aguas freáticas no hace sino descender, con lo que se está hipotecando el futuro de la agricultura canaria».

b) *La explotación de las aguas subterráneas por el anárquico sistema de las Comunidades ha provocado el agotamiento de las disponibles, llegando a consumir reservas milenarias, según acaba de aludirse.*

Tal como ha expresado FURTON,³ se ha llegado en Canarias a

¹ SAMUELSON, *Curso de economía moderna*, trad. esp. Madrid, 1968 pág. 29.

² *Economía canaria 67*, Las Palmas de Gran Canaria, Junio 1968, p. 30.

³ Citando a A. CORNET, en *El agua en el mundo*, trad. esp. Madrid, 1967, pág. 99.

vivir no de las rentas sino del capital hídrico. Y no es preciso entender de economía ni de geología para percatarse de la gravedad de la situación. Quien no explota racionalmente sino que tala sus bosques —o agota sus aguas— es un pueblo suicida que sacrifica a su egoísmo la existencia de las generaciones futuras.

La situación ha sido recientemente descrita en los siguientes términos por el Consejo Económico Sindical Interprovincial:¹ Como consecuencia de las modernas explotaciones «ha bajado la capa freática, afectando alarmantemente a todos los nacientes, y ha desaparecido la mayoría, el descenso de la capa freática es sencillamente espectacular: ningún pozo permanece más de dos o tres años sin profundizar para mantener el caudal de agua alumbrado... el recurso anual hidráulico procedente de las aguas subterráneas no aumenta, mientras que la capa freática desciende unos cinco metros por año. El temor científico de que gran parte de las aguas subterráneas que se extraen son aguas fósiles, es evidente».

Con lo que se demuestra una verdad que es obvia por evidente y sobradamente conocida, a saber: que el fomento del interés de los particulares no implica necesariamente un fomento del interés económico general del país, como creía A. SMITH hace justamente doscientos años. En Canarias debiera mediatarse sobre la seria advertencia que recientemente ha formulado una persona cuya vida ha sido dedicada íntegramente al estudio del subsuelo del archipiélago, el catedrático de Petrología de la Universidad de La Laguna, Telesforo BRAVO:² «Nuestra cabaña hidráulica está francamente desordenada; pues se extiende más al beneficio individual que al colectivo —no hay cooperación;— sabemos que si diez propietarios necesitan llevar agua de un punto a otro, construyen diez canales o tuberías, aunque todas crucen el mismo camino. La conducta en las explotaciones subterráneas adolece del mismo grave defecto, todos quieren ir al mismo punto, no importa cómo, el caso es obtener agua para sí, aunque el vecino la pierda. Esto es una economía ruinosa... Esto es como decir que los canarios tienen ca-

¹ Ponencia II. Recursos Hidráulicos, 1967.

² *El problema del agua subterránea en Canarias* en «Estudios de Derecho Administrativo Especial Canario II» Santa Cruz de Tenerife, 1968, págs. 25-26.

pacidad para el trabajo pero no tienen capacidad ordenadora ni administrativa. Han realizado una obra que admira a propios y extraños, pero desordenadamente, y los extraños se dan cuenta de que con la mitad del trabajo se pudo hacer una obra mejor que la realizada».

2.—Las Comunidades de aguas en un sistema económico de mercado libre.

Los defensores a ultranza del actual sistema de Heredamientos y Comunidades aceptan, como no puede ser menos, la evidencia de los datos anteriores, pero afirman que se trata de consecuencias reflejas e inevitables de la economía liberal canaria: las comunidades de las islas se encuentran insertas en un régimen económico de mercado libre que, como todos los de este género, ha de terminar autoregulándose, es decir, eliminando por sí mismo los defectos que produce. Aplicando este dogma el caso concreto, tendríamos que la ley de los rendimientos decrecientes, al producir un encarecimiento de los precios, haría poco rentables determinados cultivos, que tendrían que ser abonados, debilitando así la demanda; al debilitarse la demanda bajaría el precio del agua, y las empresas marginales, cesando de ser rentables, se verían, a su vez, obligadas a abandonar la explotación; con lo que, en definitiva, dejaría de operar la indicada ley y dejarían de consumirse las reservas hídricas.

A mi entender, sin embargo, este razonamiento no es válido, y no hay la menor esperanza de que el liberalismo económico canario llegue algún día a autoregular su mercado de aguas. Porque para ello sería requisito inexcusable que se tratase de veras de un mercado libre, cuando la realidad es que se encuentra muy lejos de serlo, y que en él no opera limpiamente la ley de la oferta y de la demanda. Por lo pronto, en lo que se refiere al mercado de aguas, puede observarse un ejemplo perfecto de lo que académicamente viene denominándose oligopolio natural.¹ Y por lo que se

¹ Como dicen BARGASA y GONZÁLEZ-VIEITEZ (ob. cit. pág. 21), «la demanda principal procede de los cultivos permanentes, es decir, del plátano. Al no poder

refiere al sistema económico general, es imposible hablar de liberalismo cuando el Estado está interviniendo cada día en la fijación de los precios, que en su mayor parte no se forman libremente en el mercado sino por presiones, visibles o invisibles, de la Administración. En estas condiciones la imaginada autoregulación no es viable. Para aceptar el liberalismo económico, habría que aceptar —por poner un ejemplo muy sencillo— la libre importación de plátanos americanos, cuyos precios son notablemente inferiores a los canarios. Mientras el Estado intervenga para que ésto no suceda, está permitiendo indirecta pero muy eficazmente una producción de plátanos con costos, entre ellos el agua, elevadísimos y económicamente inadmisibles. Lo que significa que si el precio de la producción no se fija libremente (sino que está protegido) no hay ninguna razón para que el precio de los factores individuales de la producción deba estar totalmente liberado. Es una regla económica bien sabida que no es lícito liberar o intervenir una fase solamente de la producción sino que debe extenderse tal política, en su caso, a todo el proceso.

Dicho con otras palabras: quienes invocando la libertad de mercado rechazan enérgicamente cualquier género de intervención administrativa en la producción del agua, incluso aunque así se encarezca el precio del agua, luego exigen con no menor energía una profunda intervención administrativa a efectos de asegurar la venta de los productos obtenidos a precios elevados por culpa del costo del agua. El consumidor es, en último extremo, el que paga. De esta manera, el inhibicionismo administrativo en la fase de la producción del agua permite un sistema económico inviable, que solo puede mantenerse con una rigurosa intervención administrativa en la importación de mercancías extranjeras competitivas, des-

los cultivadores plataneros prescindir del agua, porque sería quedarse sin cultivo y el coste de reponer el platano sería mucho más elevado, se ven obligados a comprarla al coste que sea. Los propietarios de las aguas, teniendo así asegurada una demanda tan estable y tan solvente, han producido una enorme rigidez en el precio de venta y, al actuar de forma monopolística en la producción y en la distribución, el agua se convierte casi en un alto coste fijo, en lugar de permanecer como un coste variable de la producción agrícola, encareciendo los productos y afectando también a la competitividad exterior de nuestros productos».

plazando al consumidor la carga del sostenimiento del lujoso y anacrónico sistema económico del liberalismo del mercado de aguas.

Naturalmente que este tipo de elementales razonamientos no gustan de ser aireados. Pero no por ello desaparece el problema ni se evita el peligro de la crisis económica que desde hace años amenaza al archipiélago. Además, las voces de alarma son cada vez más numerosas y más difíciles de acallar. Hace unos años, concretamente, así se expresaba el Consejo de Estado:¹

Hay que observar, finalmente, que los problemas que plantea la existencia del mercado de aguas deberían ser también objeto de meditación en relación con las aguas subterráneas alumbradas por los particulares.

Son notorios los abusos que se producen en provincias y regiones en las que el regadío es el único medio posible de cultivo, y éste se prevee por medio de particulares o sociedades que emplean su capital en buscar y alumbrar aguas; frecuentemente se hace pagar el agua en momentos de escasez a precios fabulosos, que comprometen o hacen desaparecer los legítimos beneficios que en buena parte corresponden a los cultivadores de la tierra. La unión biológica de la tierra y el agua comporta la necesidad de no desconocer este aspecto económico, el cual viene intervenido por el Estado en otros órdenes de la producción agrícola, como sucede en los precios de las semillas, abonos minerales, venta de los productos, etc., etc. No desconoce el Consejo de Estado el respeto que merece la iniciativa privada en la búsqueda de agua en dichas comarcas; la cuantía de los capitales empleados en tan nobilísimo afán y el bien que han producido a la economía nacional. Pero estas razones que pudieran justificar una justa y generosa expropiación o conversión de la propiedad en concesiones, y una regulación de estímulo a los capitales para incrementar estas inversiones, no impiden que se deba considerar como urgente y necesario afrontar este grave problema».

Y por citar un último testimonio de carácter específicamente económico, no resulta menos expresiva la descripción que del mer-

¹ *Apud* «Revista de Administración Pública», n.º 44, pág. 341.

cado de aguas canarias hace el «Anexo de Canarias al Plan de Desarrollo»: ¹

«Al hablar del precio, bajo un prisma canario, solo se pueden decir dos cosas: el agua alcanza cotizaciones desconocidas y a su vez sometidas a notables oscilaciones espaciales y estacionales. Espaciales, por apreciarse enormes diferencias interinsulares, según la mayor o menor carestía existentes y por el régimen de propiedad, según sean públicas o privadas. No es raro observar que mientras en unas islas está a 1,50 pesetas el metro cúbico, en otras en las mismas fechas se cotiza a 25 ó 30 pesetas e incluso a más, como ocurre en las islas de Fuerteventura y Lanzarote. Las estacionales dependen, en gran parte, del régimen de lluvias: la abundancia de ellas hace disminuir las oscilaciones al contar con mayores reservas, particularmente en las islas que disponen de un eficiente sistema de presas. Por el contrario, cuando los inviernos son de escasa pluviosidad y las reservas embalsadas acaban por agotarse se produce en el estio un alza en el precio del agua que aún en las islas conocidas como ricas alcanza las 15 pesetas por metro cúbico, impidiendo su uso en otros cultivos, a excepción de las plataneras, y estas últimas se ven sometidas a un régimen de riegos más espaciados».

En realidad, esta situación ya había sido descrita años antes por el conocido especialista HERNÁNDEZ RAMOS ² en los siguientes términos:

En esta época se generalizó vender «al diario» las aguas que no necesitaban algunos labradores y aparece la profesión del comerciante en aguas, es decir, de quienes compran las aguas sobrantes para venderlas para cada riego. Las aguas dadas en venta por un año apenas se encuentra. Persiste en algunas Heredades la costumbre laudable de ceder el «secuestro» por un año al mejor postor entre sus partícipes; pero la mayoría optan por el sistema de venderlas diariamente. Esto ha dado lugar a que se originen rápidos encarecimientos de las aguas a lo largo de las estaciones, conforme van escaseando, pues todos los labradores, por exigencias del clima, fuerzan la demanda en verano al faltar entre ellos la debida inteligencia para escalonar los pedidos o al no limitar sus cultivos en relación con la posible oferta de aguas en venta.

¹ Madrid, 1964, pág. 61.

² Ob. cit. pág. 80.

3.—El intervencionismo administrativo

En los años que corremos no existe un solo país del mundo con una Administración inhibicionista. La alternativa actual no se encuentra entre la intervención o la no intervención, sino entre la intervención eficaz o la no eficaz. Quienes en Canarias denuncian indiscriminadamente el intervencionismo administrativo en nombre del mercado libre y de la libre competencia, no hacen sino enmascarar la defensa de intereses individuales muy concretos. Quienes han invocado la libre competencia para rechazar la intervención administrativa en materia de aguas, han protestado luego con no menos energía cuando el Estado ha autorizado, por ejemplo, el establecimiento de plataneras en Guinea, cuya producción, en régimen de libre competencia, podría poner en peligro los mercados de plátanos canarios. La intervención —repito— no es mala por si misma; lo importante es la forma en que se desarrolla, y sus objetivos.

Por otro lado, la equívoca expresión de «intervencionismo administrativo» encubre una gama muy amplia de técnicas económico-jurídicas: desde la socialización al otorgamiento de licencias. El elegir una u otra técnica compete a instancias políticas, y no es este el momento de valorar con detalle sus ventajas e inconvenientes. La socialización de las aguas subterráneas no parece viable en las actuales circunstancias del país, y además no es necesaria puesto que textos ya centenarios, procedentes del individualista siglo XIX, y que todavía están vigentes, negaron ya que el agua subterránea, antes de ser alumbrada, fuese susceptible de propiedad particular, como he demostrado en el volumen anterior de esta misma colección. El intervencionismo administrativo debe, pues, limitarse a una *racionalización de las explotaciones, respetando su propiedad privada, así como la del agua ya alumbrada, en defensa del interés general.*

La mejor, y casi la única, justificación del intervencionismo moderno se encuentra en la protección del interés general. El vigente ordenamiento de aguas está pensado fundamentalmente en la defensa de los intereses particulares de alumbradores anteriores: respetados éstos, ninguna otra cosa parece preocupar al legislador. En la actualidad, sin embargo, a la Administración, en cuanto responsable del bien común, no preocupa solo el interés de unos

cuantos, —de los alumbradores anteriores— sino de *todos* los ciudadanos. Y las medidas interventoras hacia este fin se orientan. Pensando en ello —y después de haber rechazado por inviable la socialización del agua alumbrada— debe rechazarse también la socialización de las empresas explotadoras, Heredamientos y Comunidades, ya que no parece que la iniciativa privada pueda ser sustituida en bloque por formas de gestión administrativas o colectivizadas.

El primer objetivo de la intervención ha de ser el restablecimiento del orden del mercado libre, depurándole de las desviaciones impuestas por los intereses privados monopolísticos. Y si el sistema de libertad de precios debe ser alterado necesariamente, entonces lo sería por atenciones del interés general, no del particular. En cualquier caso, no es éste el lugar oportuno para hacer consideraciones de detalle, que ya se han apuntado en otros volúmenes de esta colección, y en las que se seguirá insistiendo en el futuro. Lo esencial es comprender que no se trata tanto de fomentar o de limitar como de racionalizar, puesto que la racionalización es el único medio de salir del caos en que nos encontramos. Por ello, si los particulares no se deciden a racionalizar por sí mismos, es inevitable que la Administración lo haga, imponiéndoles las medidas imprescindibles para su propia salvación y la del interés común.

4.—Los titulares de las comunidades

Hay, por último, en la mítica visión de las Comunidades de aguas un elemento de índole social, que importa también corregir porque se trata sencillamente de una inexactitud. Para algunos autores, los partícipes de las comunidades son agricultores que de este modo se procuran el caudal de agua necesario para el riego de sus fincas. Idilica afirmación con la que se pretende alejar de esta figura toda idea de especulación y atraer así no solo la simpatía de la opinión pública sino además la benevolencia de la Administración Pública.¹

¹ Sobre este tipo de afirmaciones, cfr. Sebastián MARTÍN RETORTILLO, *Aguas públicas y Obras hidráulicas*, Madrid, 1966, pág. 120.

Ahora bien, esta afirmación es rigurosamente inexacta y es notorio en Canarias que la mayor parte de los agricultores deben comprar el agua con que riegan, puesto que la explotación de comunidades tiene un riesgo y ventura eminentemente especulativo, que no va con la mentalidad de los agricultores. Además, todo el mundo sabe qué calles y cafés actúan a la manera de «bolsas de aguas», donde las «acciones» de cada Comunidad tienen un curso casi oficial, que varía cada día, y los iniciados saben incluso el nombre de las personas, muy pocas en cada isla, que influyen en la determinación de los precios por medio de especulaciones muy concretas. La mejor prueba de todo ello es el conocimiento directo, aunque sea sumario, de la realidad, puesto que se trata de hechos que en Canarias son notorios. Además, así queda explicada fácilmente la obstinada resistencia que se ofrece a la constitución de Comunidades de regantes, y que por algunos autores pretende justificarse con el pretexto de que esta manera se convertirían las aguas privadas en públicas (lo que es totalmente inexacto, como hemos visto). El verdadero obstáculo se encuentra en que las Comunidades de regantes se refieren, como su mismo nombre indica, a regantes, es decir, agricultores, mientras que las Comunidades canarias están constituidas en gran parte por empresarios, y son auténticas comunidades de especuladores.¹

Buena parte de la culpa de todos estos equívocos se debe a la circunstancia de que los primitivos Heredamientos de aguas eran, en efecto, Comunidades de agricultores y propietarios de tierras, lo mismo que en la Península. En aquellos tiempos y para aquellas organizaciones suele ser correcta la afirmación, indicada, *cuya inadecuada generalización es lo que ahora se combate.*

¹ Lo que por descontado no implica aquí un juicio de valor. El especulador cumple una determinada función económica en la sociedad capitalista, que no pretendo ahora criticar. Pero importa aclarar las cosas, describiendo los hechos con un mínimo de exactitud.

IV

LAS COMUNIDADES DE AGUAS CANARIAS EN 1956

por ALEJANDRO NIETO

Sumario I.—PLANTEAMIENTO. II.—COMUNIDADES DE REGANTES. III.—SINDICATOS AGRICOLAS. IV.—GRUPOS SINDICALES DE COLONIZACION. V.—COOPERATIVAS. VI.—SOCIEDADES. VII.—ASOCIACIONES. VIII.—COMUNIDADES DE BIENES. IX.—COMUNIDADES GERMANICAS. X.—ASOCIACIONES DE LECHO. XI.—LA SITUACION EN 1956. XII.—LA LEY DE 27.12.1956. 1.—El problema de la personalidad. 2.—Tipicidad plural de las figuras que regula. 3.—Ventajas de la nueva ley. 4.—Riesgos. 5.—Intervención administrativa.

I. PLANTEAMIENTO

El 27.12.1956 se promulgó una ley sobre Heredamientos y Comunidades de aguas en Canarias, cuyo objetivo fundamental era reconocer personalidad jurídica a los ya existentes, así como habilitar su posterior concesión a las que se constituyesen en el futuro. La ley accedía así a la petición, que venía reiterándose desde hacía algunos años, de que las Comunidades canarias disfrutasen de una personalidad específica, sin la cual veíase muy dificultado en la práctica su tráfico jurídico.

Porque es el caso que con anterioridad a 1956 se venía entendiendo, prácticamente sin excepciones, que las Comunidades canarias, tanto las modernas como los heredamientos tradicionales, «no eran equiparables a ninguna de las figuras jurídicas reconocidas» en Derecho. De esta forma se expresa literalmente el n.º 3 de la Exposición de motivos del Proyecto de ley redactado en 1953 por un grupo de Abogados del Colegio de Las Palmas, —que fue precisamente el que puso en movimiento el procedimiento administrativo que desembocaría en el BOE—, y en el que se invoca tal argumento, en su calidad de indiscutido e indiscutible, para justificar la necesidad de la ley que se solicitaba.

De acuerdo con esta unánime opinión, por tanto, no habría ninguna posibilidad de que las Comunidades canarias pudiesen obtener la personalidad jurídica, y de aquí precisamente la necesidad de una ley especial al efecto, que fue la de 27.12.1956.

A mi entender, sin embargo, tal opinión no es del todo exacta, puesto que incluso antes de 1956 existían no una sino varias

posibilidades de que las Comunidades canarias pudiesen alcanzar la personalidad jurídica. A lo largo del presente trabajo va a examinarse precisamente un amplio repertorio de posibilidades para comprobar hasta qué punto las diferentes figuras, que se expondrán, hubieran podido ser aplicadas en Canarias. A la vista de los resultados obtenidos —positivos en varios casos— cambia por completo el panorama, puesto que puede afirmarse, sin duda alguna, que en 1956 *no es que las Comunidades canarias no «podían» ser equiparadas a una figura con personalidad reconocida en Derecho, sino que sus miembros no sabían o no «querían» hacerlo.*

Esta rotunda tesis hace caer por su base la pretendida necesidad de la ley de 27.12.1956. Pero ello no significa que la misma fuera inútil, incluso sin ser necesaria. Descartada por razones obvias la tesis de la ignorancia, lo que sucede es que los canarios no querían dar a sus Comunidades de agua la vestidura formal de las figuras personalistas ya existentes, debido a que no se adaptaban debidamente a sus intereses. Por esta razón, al final del artículo se examinará hasta qué punto la indicada ley cumplió este objetivo utilitario y en qué medida ha resultado ventajosa su aplicación respecto de las otras formas posibles y hasta ahora desdeñadas.

II. COMUNIDADES DE REGANTES

En el artículo anterior se ha puesto de relieve que no existe ninguna incompatibilidad entre las Comunidades de regantes y las Comunidades canarias. Lo que significa que estas hubieran podido adoptar sin dificultad la forma de aquéllas, y adquirir así la personalidad jurídica. Sin embargo, tal como se ha visto, fueron muy pocas las que adoptaron esta solución, que, además, encontró una gran resistencia en parte de la doctrina.

III. SINDICATOS AGRICOLAS

De la misma manera que las Comunidades de aguas canarias rechazaron la posibilidad de conseguir la personalidad al precio de

convertirse en Comunidades de regantes, tampoco hicieron uso de la posibilidad que para conseguir el mismo objetivo les ofrecían los Sindicatos agrícolas, cuya forma, a mi entender, les hubiera sido fácil adoptar, ya que como determina el artículo primero de la ley de 28.1.1906, «se considerarán sindicatos agrícolas para los efectos de esta ley las asociaciones, sociedades, comunidades y cámaras agrícolas constituidas o que se constituyan para alguno de los fines siguientes: 5. Construcción o explotación de obras aplicables a la agricultura, la ganadería o la industria derivadas o auxiliares de ellas».

Pero es el caso que tal vía no fue generalmente utilizada, pues, en lo que conozco, solo un Heredamiento solicitó del Gobernador civil la constitución de un Sindicato agrícola, de acuerdo con los trámites administrativos de la citada ley y de su reglamento de 16.1.1908: el llamado «Sindicato agrícola de regantes de Santa Cruz de Tenerife», cuyo reglamento (que está publicado) fue presentado al Gobernador civil para su aprobación el 1.7.1917, y en el que se lee: art. 2.º: Este Sindicato tiene como aspiración atender a los fines que se consignan en la ley de 28.1.1906; pero mientras su vida y circunstancias no determinen llegado el momento de declarar dichos fines, solo atenderá a la adquisición de aguas para riegos. Art. 3.º Son socios todos los que... han ingresado en la corporación como poseedores de tierras regables.

IV. GRUPOS SINDICALES DE COLONIZACION

Una tercera posibilidad implica esta moderna figura de los Grupos Sindicales de Colonización, regulados fundamentalmente por las Ordenes de 11.6.1941 y 20.3.1943, en donde se determina que son entidades constituidas por los propietarios particulares con el objeto de conseguir los auxilios previstos en la ley de 25. 11. 1940 (asistencia técnica y anticipos reintegrables) para realizar determinadas obras, entre las que se encuentra la de captación de aguas.

A primera vista puede parecer extraño el traer aquí a colación una figura aparentemente tan alejada de las Comunidades cana-

rias, cuyos objetivos normales son muy diferentes y en las que, además, no se da la circunstancia de que sus miembros sean propietarios de fincas rústicas o urbanas, que es el primer requisito de los Grupos Sindicales de Colonización; y, sin embargo, hay que hacer constar que los Grupos Sindicales no son en modo alguno anómalos en el archipiélago y que tal forma se ha adoptado en ocasiones con el evidente objeto de percibir unos auxilios estatales que no son asequibles a una Comunidad de aguas ordinaria. Tendencia que se ha visto favorecida, además, por la generosidad (o superficialidad) con que suele aceptarse la propuesta de constitución, sin reparar, por ejemplo, que en muchos casos se está operando con personas interpuestas con objeto de cubrir aparentemente los requisitos legalmente exigidos.

V. COOPERATIVAS

Sin perjuicio de las diferencias de naturaleza que ofrecen las cooperativas y las comunidades consorciales (examinadas en el cap. VI de este volumen), puede admitirse, en principio, la posibilidad de que una Comunidad de aguas adopte la forma cooperativa, dado que, al igual que ésta, no persigue sino un beneficio de los socios. Ahora bien, esta posibilidad nunca fue utilizada por las Comunidades canarias, que no estuvieron dispuestas a someterse a los requisitos formales que para la constitución de una Cooperativa exigían, primero la ley de 19.10.1869 (arts. 3 y 4) y luego la ley general de asociaciones de 1887 (en la que estaban comprendidas en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo de su artículo primero).

A partir de la República (D. 4.7.1941, que en este punto ha conservado la ley de 2.1.1942 y Decreto de 11.11.1943), hay que entender, sin embargo, que se ha cerrado esta antigua posibilidad, ya que las actuales cooperativas ofrecen unos rasgos substanciales difícilmente compatibles con la estructura normal de una comunidad de agua: número mínimo de socios, limitación de las aportaciones individuales al patrimonio común, encuadramiento forzoso de los socios en la organización sindical, constitución obligatoria

de los fondos de reservas y de obras sociales, inalienabilidad de las participaciones sociales, etc., etc.

VI. SOCIEDADES

Pudiera pensarse que la sociedad (civil o mercantil) representa el cauce natural por el que habían de personificarse las Comunidades canarias. Pero a mi entender tal supuesto es inadmisibile en nuestro ordenamiento jurídico, dado que, conforme a los artículos 1665 del código civil y 116 del código de comercio, es elemento esencial de la sociedad el ánimo de lucro, y concretamente, en expresión del citado 1665, el «ánimo de partir entre sí las ganancias», mientras que las comunidades canarias carecen de tal ánimo de lucro, no obstante que su objeto es evidentemente económico (alumbrar y aprovechar aguas).

Para comprobarlo basta recordar unos conceptos elementales del Derecho de sociedades, hasta ahora nunca puestos en duda seriamente por la doctrina: en una sociedad hay que distinguir el fin y el objeto. El fin es el objetivo o intención última de los socios. El objeto es la función o actividad concreta a través de la cual se pretende conseguir el fin. El objeto juega, pues, como medio instrumental del fin. Pues bien, el fin de una sociedad es repartir una ganancia entre los socios: fin único e invariable. Mientras que los objetos para conseguir este fin pueden ser variadísimos: unas sociedades se dedicarán a la fabricación de bienes, otras a la venta de los mismos, otras a la producción de servicios, etc. Y por otro lado, es condición esencial que la ganancia, que la sociedad obtiene de forma inmediata, vaya a ingresar en el patrimonio social (en cuanto personalidad jurídica) y luego, en una segunda fase, se procede a su repartición. De esta manera el derecho de los socios es un derecho frente a la sociedad.

Unos ejemplos aclararán lo dicho:

Primer caso: se constituye una sociedad por unos individuos que, después de realizar unas aportaciones, lo que quieren es cobrar anualmente unos dividendos. Para lograrlo señalan a la sociedad el objeto de alumbrar aguas. Si las en-

cuentra, y las venden con ganancia, percibirán anualmente una cantidad de dinero. Aquí nos encontramos ante una sociedad egoísta, de ánimo o fin lucrativo y objeto económico.

Segundo caso: La típica comunidad canaria. El objeto es también alumbrar aguas. Pero si las encuentran, lo que perciben los socios no es dinero, sino agua, que siempre será suya; y no de la comunidad (salvo secuestro). Aquí nos encontramos ante una sociedad egoísta, con objeto económico, pero sin ánimo de lucro en sentido técnico.

Tercer caso: El objeto de la agrupación que se constituye es igualmente alumbrar aguas, pero éstas ni se venden ni se reparten, si no que se donan a establecimientos benéficos o instalaciones deportivas de la isla. Aquí nos encontramos ante una asociación con objetivo económico pero altruísta y sin ánimo de lucro.

Cuarto caso: La asociación se constituye entre profesionales de aguas, que se proponen celebrar conferencias e investigaciones para elevar el nivel de su eficacia. Aquí nos encontramos ante una asociación egoísta, pero sin ánimo de lucro ni objeto económico.

Quinto caso: La asociación se propone fomentar el interés del público en general por los problemas hidráulicos del archipiélago. Se tratará de una asociación altruísta, sin objeto económico y sin ánimo de lucro.

Quede claro, pues, que ánimo de lucro, objeto económico y egoísmo son conceptos muy distintos.

A la vista de lo que antecede fácil es ya comprender la razón de la tesis expuesta: el fin de las Comunidades canarias, su último objetivo no es repartir una ganancia —expresión monetaria de una supervalía— sino alumbrar y distribuir aguas; aguas que, además, ni se integran ni se segregan de un patrimonio social.

Tal es la causa por la que nunca han podido tomar forma de sociedad del código civil y mercantil las comunidades canarias, sin perjuicio de que estén aludidas expresamente en la Exposición de motivos de la ley de 1956. Con la advertencia de que, como señala literalmente el R. D. de competencias de 3.3.1928, «no es potestativo en los interesados el calificar como perteneciente a unas u otras las personas jurídicas que crean con su consentimiento, sino que su cualidad viene impuesta por su naturaleza, conforme a

las leyes, y, por tanto, que todas aquellas en que falten los esenciales requisitos que para las sociedades civiles señala el art. 1665 c. c. y para las mercantiles el 116 c. com. han de considerarse necesariamente comprendidas en el concepto genérico de asociación que regula la ley de 1887, ya que en su amplitud caben todas las modalidades en que, persiguiéndose la obtención de cualquier fin lícito para la cooperación humana, no aportan sus individuos bienes determinados, ni verifican distribución de las utilidades o ganancias que con los mismos se obtuvieren» (se trataba, por cierto, de unos regantes que habían constituido una sociedad, interin no se aprobaba la constitución de la Comunidad de regantes de la ley de aguas).¹

No obstante lo anterior, es sabido que en la práctica canaria se han constituido en ocasiones comunidades de aguas bajo la forma de sociedades mercantiles, y que si esta residencia no se ha afirmado más, se debe a razones fiscales y no a escrúpulos jurídico formales. Como ejemplo de este tipo de comunidades pueden citarse los estatutos (publicados) de 15.12.1912: Art. 1.º Se constituye una sociedad anónima con domicilio en Santa Cruz de Tenerife, denominada «La Viñita». Art. 2.º Dicha sociedad tiene por objeto el alumbramiento y canalización de aguas en el sitio denominado «La deva del tío Félix» o en otro cualquier lugar que la sociedad determine.

1914: art. 1.º Con arreglo a estos estatutos, al Código de comercio y demás disposiciones vigentes, se constituye una sociedad anónima bajo la denominación «Riegos de Gufa».

¹ La exclusión de la fórmula societaria parece inevitable dentro de los términos tradicionales de nuestro Derecho constituido. Sin embargo, GIRON TENA hace ya algunos años viene intentando abrir una brecha en la dogmática dominante mediante la incorporación a España de técnicas provenientes de otros Derechos en los que el lucro tiene un sentido muy diferente al nuestro. Por lo demás, él mismo es perfectamente consciente de lo violento de su actitud, pero la encuentra justificada por razonamientos de orden práctico, pues «de no prevalecer la interpretación que acaba de darse siempre quedará para nuestro Derecho la imposibilidad de encontrar régimen adecuado para las figuras con fines económicos, aunque no sean lucrativos» (*Estudios de Derecho mercantil*, 1955, pág. 215).

VII. ASOCIACIONES

El texto del citado Real Decreto nos lleva de la mano a lo que puede considerarse, desde el punto de vista legal, la fórmula más adecuada para las comunidades canarias: la Asociación.

En efecto, el artículo primero de la ley entonces vigente de 20.6.1887 somete a su régimen a «las asociaciones para cualesquiera (fines) lícitos que no tengan por único y exclusivo objeto el lucro o la ganancia», recogándose finalmente la indicada diferencia entre objeto económico y fin de lucro, puesto que se consideran expresamente como no lucrativas Asociaciones tan típicamente económicas como las cooperativas de producción.

Afirmación, por lo demás, uniforme en la doctrina, que indefectiblemente contrapone asociación y sociedad en razón a este ánimo de lucro,¹ valiéndose por todas una cita de PELLISE:² «es esencial a la asociación strictu sensu el que su finalidad no sea lucrativa. Ahora bien, debe precisarse el alcance de esta prohibición de lucro y tener en cuenta que la misma no excluye toda posibilidad de que la Asociación pueda obtener para si ventajas patrimoniales, o incluso que, a través o por causa de la misma, obtengan los asociados, o terceros, un beneficio patrimonial, sino que lo que se impide es que la asociación venga constituida llevados los asociados por aquel ánimo de lucro a que alude el art. 1665 del código civil, o sea, el de repartir entre si las ganancias que de la misma resulten, o más exactamente, que la finalidad de aquella sea la de

¹ Cfr., por todos: en la doctrina italiana, RUBINO, *Las asociaciones no reconocidas*, trad. esp. —Revista de Derecho privado, s. a. pág. 5; en la doctrina francesa MICHOU—TROTABAS, *La théorie de la personnalité morale*, 2. ed. I. Paris 1924, pág. 277; (siendo de recordar que en Francia precisamente su ley de asociaciones de 1901, art. 1, mantiene un paralelismo perfecto con la terminología del código civil en los siguientes términos: «asociación es el acuerdo por el que dos o más personas ponen en común de forma permanente sus conocimientos o su actividad en un fin que no sea el de partir los beneficios»); en la doctrina belga, Jacques t'KINT, *Les associations sans but lucratif*, Bruxelles, 1961, págs. 24-25: «asociación es el género, del que sociedad y asociación no lucrativa son especies. La sociedad es una agrupación con fin de lucro, mientras que la asociación en sentido estricto es agrupación sin fin de lucro», «El criterio para distinguir sociedades de asociaciones es la persecución de beneficios *en dinero* para repartirlos».

² *Voz Asociación* en la «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», pág. 71.

obtener y repartirse los asociados, en forma pre establecida, de acuerdo con unas cuotas de antemano fijadas, unos beneficios, ganancias o dividendos».

Ahora bien, por muy adecuado que fuera este cauce, y por muy fácil que resultara el seguirlo a los cultivadores canarios, es el caso que no lo hicieron, y que, en lo que me es conocido, no siguieron los trámites administrativos previstos en la ley de 30.6. 1867, y por consiguiente tampoco así obtuvieron la personalidad jurídica.

A este respecto es bien conocida la sentencia del T.S. de 5.7. 1913, en la que se niega personalidad jurídica al Heredamiento de San Bartolomé de Tirajana, por no haberse cumplido con él los requisitos formales exigidos para la constitución de las asociaciones, y eso «aun suponiendo que (el mismo) ha venido funcionando con personalidad propia hasta el punto, según el recurrente, de otorgar poderes para comparecer en juicio... ya que aquellos hechos no significarían otra cosa que una viciosa práctica contraria a los preceptos legales e inadmisibles en Derecho, ya que la costumbre solo merece ser tenida como fuente jurídica supliendo a la ley, pero nunca enfrente de ella».

VIII. COMUNIDADES DE BIENES

Examinadas todas estas figuras, posibles como acabamos de ver pero que no se hicieron reales por la pasividad de sus miembros, hemos de seguir adelante en busca de un acomodo jurídico para las Comunidades canarias anteriores a 1956. Y en este sentido, la primera fórmula que inmediatamente nos sale al encuentro es la de la Comunidad de bienes del Código civil.

Evidentemente la Comunidad de bienes puede formar parte de la gran familia de las relaciones asociativas, entendidas en el sentido más amplio, como se desprende del artículo 37 del código civil y ya que, además, como ha señalado GRECO¹ en la comunidad aparecen los elementos asociativos esenciales elementales: una comunidad de intereses, que se satisface por el grupo mediante la

¹ *Le società*, Torino, 1959, pág. 59.

actividad que allí se desarrolla y una organización unitaria. Por cuyo parentesco puede explicarse precisamente el reconocimiento legal de una comunidad de bienes tan próximo a la Asociación en sentido estricto, como es la comunidad de casas por pisos.

Pero, en rigor, y aun admitiendo estos elementos comunes, la comunidad es incompatible con la asociación en sentido propio, como viene afirmando de modo rotundo la doctrina dominante.¹ En definitiva, la corriente más moderna sigue a Carnelutti² cuya tesis, que según BONER acepta desde 1940 nuestro Tribunal Supremo, es resumida por este autor³ en los siguientes términos: «no hay verdadera separación entre sociedad civil y comunidad, sino en cuanto ésta es el género y aquella la especie. Así hay que distinguir para una correcta sistematización científica, una comunidad género (comunidad en sentido amplio), que comprende dentro de sí la sociedad, y una comunidad especie (en sentido estricto) que se contrapone a ella. Ambas especies se diferencian por la presencia o por la ausencia de la finalidad de ganancia. El patrimonio de la comunidad es un patrimonio en conservación; el patrimonio de la sociedad es un patrimonio en transformación. Por ello el comunero tiene derecho a la cuota de las cosas comunes, de aquello que ha puesto en común; el socio tiene derecho a la cuota de la ganancia, es decir, de aquello en que se ha convertido lo que puso en común por efecto del empleo social. La comunidad es una sociedad en reposo; la sociedad es una comunidad en movimiento».

Idea que termina perfilando así LOIS: «hay en la sociedad un fin que cumplir. La sociedad no es para tener alguna cosa en común, sino para hacer juntos algo. Los bienes sociales son un medio, pero las cosas comunes son un fin... La sociedad entrañaría espíritu de explotación coordinada o, más gráficamente, una empresa común» (pág. 703).

¹ Para un examen de las distintas teorías desarrolladas al efecto con ese objeto, cfr. por todos, críticamente, LOIS, *La distinción de condominio y sociedad* en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Junio 1947, págs. 1 ss.

² *Personalità giuridica e autonomia patrimoniale nella società e nella comunione* en la «Rivista del Diritto commerciale», I, 1913, págs. 91 ss.

³ En la «Revista de Derecho Privado», enero 1941, pág. 36, comentando la sentencia del Tribunal Supremo de 15.10.1940.

Vistas así las cosas parece claro que en las Comunidades canarias no ha de ser normal la situación de una comunidad de bienes, ya que lo que los titulares quieren no es una mera conservación o goce del mismo sino una transformación (como diría CARNELUTTI) o una explotación (como diría LOIS): las comunidades canarias en efecto, no se constituyen simplemente para tener agua en común (que, además, no se tiene) sino para hacer juntos algo, concretamente alumbrarla y administrarla.

Una excepción, sin embargo, podrían constituir algunos de los Heredamientos más antiguos, en los que, como la historia nos ha enseñado, las concesiones señoriales provocaban por su mismo origen una auténtica comunidad: lo que se concedía era un manantial común, cuya titularidad se repartía, conforme a los principios comunitarios más ortodoxos. Aquí lo que habría ciertamente sería un patrimonio común que conservar y administrar. Ahora bien, estos casos son hoy excepcionales. Aunque quizá no lo sean tanto las comunidades posteriores, pero anteriores por descontado a la ley de 1956, en las que, existiendo ya un manantial que no precisa ser explotado, empresarialmente, se trata solo de disfrutar estaticamente del mismo, Y por eso cabe perfectamente que el patrimonio de estas comunidades canarias, que son comunidades de bienes, no se limite exclusivamente a los bienes productores de agua, sino a cualquiera otros. Concretamente, en La Orotava existen, por ejemplo, Comunidades que poseen grandes extensiones de montes.

Mayor importancia tiene, sin embargo, el que el Tribunal Supremo haya aceptado en alguna ocasión la posibilidad de que una Comunidad canaria sea una simple comunidad de bienes del código, olvidando la tendencia progresista, detectada y alabada por BONET, con carácter general en 1941. Me refiero concretamente a la sentencia (civil) de 23.2.1966, en la que se considera comunidad civil ordinaria del código civil la que resulta de un convenio celebrado en Granadilla de Abona entre el propietario del suelo y un empresario con objeto de perforar un pozo, atribuyéndose aquel, por la aportación del suelo, diez de las 120 participaciones en que idealmente se divide la comunidad; ampliándose luego la titularidad a un tercero, que aporta determinados metros de tubería, al que se adjudican 27 participaciones.

Y con anterioridad a la ley el tema se afronta expresamente en la sentencia (civil) de 9.2.1954: «se insiste en la tesis de que el Ayuntamiento debe pagar directamente el precio a los propietarios de las aguas ventiladas, entre ellos a la actora, copropietario del Heredamiento del Molino, y no a éste; tesis, que no puede prosperar por varias razones: 1. porque el Ayuntamiento de Arucas, contrató con el Heredamiento del Molino y con él se obligó a pagarle el precio, como entidad integrada por múltiples propietarios, y 2. porque a pesar de que el Heredamiento vendedor no tenga personalidad jurídica independiente de la de sus partícipes frente a terceros, no se puede poner en duda que constituye una comunidad de bienes, caracterizada por la unidad del objeto —aguas materialmente indivisas— y pluralidad de sujetos o partícipes, que se gobiernan, a falta de pactos especiales, por el consentimiento de todos los comuneros en actos de disposición, y por acuerdo de la mayoría en régimen de administración y mejor disfrute de la cosa común —arts. 397 y 398 del código civil— y como es hecho indiscutido que la Heredad demandante no es mayoritaria en la Comunidad del Heredamiento y el ejercicio del derecho al cobro del precio en régimen de tracto sucesivo es acto de administración, resulta indudable que no puede actuar por sí y en propio beneficio reclamando al Ayuntamiento comprador la parte del precio que en la venta de aguas le corresponde, pues habrá de hacerla efectiva dirigiéndose al órgano administrativo de la entidad vendedora».

Por lo que se refiere a la opinión de la doctrina sobre este punto, puede apreciarse claramente dos tendencias contrarias. Por un lado, la incompatibilidad de los Heredamientos canarios con la figura jurídica de la Comunidad de bienes, ya fue puesta de relieve en los siguientes términos por la Comisión de Abogados de Las Palmas:¹ «Hay que excluir la posibilidad de que las Heredades de aguas sean reconocidas solo como simples comunidades de bienes, porque en ellas ningún partícipe puede hacerlas desaparecer; no está permitido el ejercicio del derecho de retracto de comuneros;

¹ Autora de un *Proyecto de ley concediendo la personalidad jurídica a las Heredades de aguas en Canarias tal como la costumbre inveterada y los antiguos textos legales se la reconocían*, transcrita en GUIMERA PERAZA, *Régimen jurídico de las aguas en Canarias*, La Laguna de Tenerife, 1960, págs. 138 ss.

ninguno es tampoco propietario directo de la gruesa o caudal ni de los tomaderos, acequias o partidores, ni de nada que la heredad utilice para cumplir su misión, ni puede jamás reivindicarlo; existen en ella además obligaciones indivisibles entre los herederos; cargos, retribuidos o no, que no es posible encontrar en una comunidad de bienes».

Pero, por otro lado, no faltan autorizadas opiniones en contrario, como la de ROCA SASTRE,¹ quien las define como «comunidades por cuotas con negociabilidad de éstas, pero sin acción de división», y la de CREHUET.²

A este respecto, recapitulando la situación de la doctrina en 1952, escribía así GUIMERA PERAZA:³ «En dos grandes grupos podemos clasificar las teorías producidas: el de aquellos que entienden se trata de instituciones, asociaciones o corporaciones (y cita trabajos de LOPEZ DE HARO, BENITEZ INGLOTT, DIEZ-SAAVEDRA, NUEZ CABALLERO y MAZORRA) y el de los que, como nosotros, encuadran su naturaleza en el marco de la Comunidad de bienes y derechos, ya sea la romana o por cuotas, la germánica o en mano común, o una comunidad sui generis, que es más bien una nueva forma de propiedad».

Pero en uno y otro supuesto, a mi modo de ver, resultaba enormemente importante la técnica de las comunidades de bienes, ya que su utilización era siempre posible: en unos casos, de forma directa; y en los casos en que se considerase que se trataba de Asociaciones de hecho, de forma indirecta (pero igualmente eficaz) ya que, como va a verse más adelante, el régimen jurídico normal de las Asociaciones de hecho es precisamente al de la comunidad de bienes. Es decir que por uno u otro camino se terminaba desembocando normalmente en las comunidades de bienes.

La situación resultante era, sin embargo, notablemente insatisfactoria, debido a que el régimen de las comunidades de bienes del código civil no es muy útil a las Heredamientos y Comunida-

¹ *Instituciones de Derecho Hipotecario*, I, 1942, pág. 145.

² *Sugerencia y glosa a la ley sobre Comunidades de aguas*, en «Anuario de Derecho Civil» 1957, esp. págs. 1127-1138.

³ *Algunos aspectos de los Heredamientos y comunidades de aguas*, en «Revista del Foro canario», 1952, pág. 12.

des de aguas, para los que evidentemente no está pensado, llegándose en casos a una flagrante incompatibilidad, como sucede, entre otros, con los principios de retracto y de acción divisoria esenciales en las Comunidades de bienes e inadmisibles en las Comunidades de aguas.

IX. COMUNIDADES GERMANICAS

Como es sabido, la Comunidad de bienes de nuestro código civil es la llamada comunidad romano o por cuotas. Pero, por lo que se refiere a los viejos Heredamientos canarios, es perfectamente posible —la historia nos los ha demostrado— la construcción de comunidades germánicas, cuando en el título originario constitutivo no se hace determinación de cuotas sino referencias a las necesidades de los vecinos de una población, por ejemplo.

El destino de estas primitivas comunidades germánicas ha sido muy triste, como es sabido: evolucionaron naturalmente hacia bienes comunales o bienes de propios, para terminar desapareciendo por incuria municipal o por usurpaciones de los vecinos. De ellas apenas si queda un recuerdo en las ruinas de algunos pozos, que la presente generación todavía ha conocido en funcionamiento.

X. ASOCIACIONES DE HECHO

Después de haber terminado el examen del amplio repertorio que antecede, ha llegado el momento de dar el paso definitivo: a mi modo de ver, salvo las figuras excepcionales que acaban de ser anotadas, debe considerarse a las Comunidades canarias de aguas, como Asociaciones de hecho también llamadas asociaciones no reconocidas.¹

¹ Para KINT (ob. cit. *Les associations sans but lucratif*, Bruxelles, 1961 págs. 27-28), no es correcta la generalizada expresión de «asociación de hecho», ya que se trata de figuras de derecho, por cuanto la circunstancia de que carezca de personalidad no implica su eliminación del mundo jurídico. Pero sobre esto se insistirá inmediatamente en el texto.

Para comprender el sentido de esta tesis basta recordar el concepto que de estas asociaciones nos ha dado la doctrina. Según PÉREZ Y ALGUER¹ son asociaciones sin capacidad aquellas agrupaciones de interés público o de interés particular, cuya personalidad no se haya alcanzado por falta de algún requisito. Y según PELLISE² existirá una asociación no reconocida siempre que habiéndose celebrado entre varias personas un negocio asociativo en sentido estricto, no se hayan cumplido los requisitos establecidos por las leyes para que de tal negocio resulte «validamente constituida» una asociación y sin que nazca, en consecuencia, de tal constitución una persona jurídica.

Según ésto, la existencia de asociaciones de hecho en el Derecho español (en el derecho extranjero no hay problema, puesto que es normal que el propio ordenamiento jurídico aluda a ellas) es indudable; más aún según GITRAMA³ su número es inmenso, y tal es también la tesis de la jurisprudencia. Recuérdese la ya citada sentencia de 5.7.1913 (civil): El Tribunal Supremo, después de comprobar que el Heredamiento de San Bartolomé de Tirajana no ha cumplido con los requisitos exigidos para la constitución de las Asociaciones, no llega a declarar la inexistencia del mismo, sino que se limita a constatar su falta de personalidad: «...lasasociaciones de interés particular, ya sean civiles, mercantiles o industriales, si bien pueden y deben ser estimadas como personas jurídicas, ha de ser siempre con la condición de que la ley les otorgue y reconozca tal carácter... (y por no reunir los requisitos exigidos, al Heredamiento) *no puede reconocérsele personalidad propia e independiente de la de los individuos o personas naturales que lo integran, a fin de promover las acciones ejercitadas en este juicio*».

Ahora bien, al adoptar esta actitud, hay que ser conscientes de que no siempre se ha pensado así en nuestro ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el R. D. de competencias de 3.3.1928 (también citado), en los supuestos de que estamos hablando, no predica la falta de personalidad sino la inexistencia, lo que obvia-

¹ En sus *Comentarios al «Derecho Civil» de Ennecerus*, I. Barcelona, 1934, pág. 92.

² Ob. cit. pág. 92.

³ En el prólogo a la traducción española de RUBINO, cit.

mente no es lo mismo; «Tratándose de una asociación era inexcusable para su nacimiento a la vida jurídica que se hubieran cumplido oportunamente los requisitos preceptuados en los artículos 4 y 8 de la ley de asociaciones de 30.6.1887, y que siendo enunciados, su omisión o incumplimiento determina la nulidad o, más exactamente, la inexistencia de la entidad que quiso formarse y que no llegó a ser creada». Esta doctrina es, sin embargo, mucho menos correcta que la del Tribunal Supremo, transcrita en el párrafo anterior. A mi entender, el R. D. de competencias no tiene conciencia de los dos planos en que se desarrolla la problemática de las asociaciones: el plano de la existencia (lícita o ilícita) y el plano de la personalidad jurídica. La falta de personalidad no debe arrastrar necesariamente la inexistencia de la Asociación. Tal como ha dicho t'KINT,¹ «la historia de las asociaciones no lucrativas se desarrolla en dos planos diferentes que, no obstante, solo pueden separarse de una manera conceptual: la autorización para existir (antiguamente otorgada por el Príncipe) y la concesión de la personalidad jurídica...»

Los Códigos penales, por su parte, van mucho más allá, puesto que siempre han sancionado el incumplimiento de los requisitos administrativos con algo más grave que con la falta de personalidad y que incluso con la inexistencia, es decir, con la ilicitud y responsabilidad criminal de los promotores. Así, el artículo 172,4 del código penal que considera ilícitas todas las asociaciones «que se constituyan sin haber cumplido los requisitos o trámites establecidos por la ley». Precepto, sin embargo que, a pesar de su aparente rotundidad, no debe ser entendido como si declarase que todas las asociaciones no reconocidas son ilícitas, ya que, como advierte PELLISE, en el lugar citado, «en ningún lugar aparece penada la participación en las mismas, por lo que dicha calificación queda sin fundamento, no debiendo estimarse en ningún caso que por el simple hecho de no haberse constituido con arreglo a derecho sea la asociación verdaderamente ilícita, sino simplemente constituida irregularmente, con la única consecuencia de una responsabilidad de los fundadores o directivos que tal hayan consentido».

¹ Jacques t'KINT, *Les associations sans but lucratif*, Bruxelles, 1961, pág. 13.

Sentado el carácter de «asociación de hecho» de las Comunidades canarias normales, hay que indagar inmediatamente cual es el régimen jurídico de las mismas, que es lo que verdaderamente tiene interés. Indagación que no puede ser sencilla por cuanto ni el Código civil, ni el de comercio, ni la ley de asociaciones de 1887 dicen una palabra sobre el particular.

En el derecho comparado la situación es muy diferente. Allí lo normal es que, dentro de la variedad de cada país, la situación sea clara, puesto que las leyes se encargan de precisarla de acuerdo con una gama de criterios, que van desde considerarlas como simples sociedades o comunidades de bienes a asimilarlas a las asociaciones reconocidas.¹

No obstante la indicada dificultad inicial, la doctrina —basta recordar los nombres y obras ya citadas de PÉREZ y ALGUER, GITRAMA y PELLISE— ha llegado con unanimidad a una idéntica solución: su régimen será el de las comunidades de bienes, tal como puede deducirse del artículo 1669 del código civil y 18 de la ley de asociaciones. «Lo que no deja de ser desorbitante e inadecuado, dada la fundamental diversidad entre copropiedad y asociación» — tal como observa GITRAMA (p. 7), quien añade a continuación — «Las más de las veces, en virtud del principio de libertad de contratación en que se ampara el contrato llamado innominado de asociación, las figuras asociativas privadas de personalidad quedan libradas a la suerte que las deparan sus propios estatutos o actos constitutivos, expresión de la común intervención de los contratantes». En el mismo sentido, aunque con una cierta matización técnica, también CREHUET (ob. cit. pág. 1131) afirma que «mientras no hay creación de persona jurídica, el grupo asociativo se rige, en cuanto al patrimonio... por las normas de la comunidad de bienes, y entonces estaremos cabalmente frente a un *patrimonio separado* regulado convencionalmente en cuanto a su administración colectiva».

El régimen jurídico de las Asociaciones de hecho es, pues, el de la comunidad de bienes. Pero, en mi opinión, esto sucede no tanto por el juego formal del artículo 1669 del código civil como

¹ Cfr., por todos, FERRERA, *teoría de las personas jurídicas*, trad. esp. Madrid, 1933, págs. 933 ss.

por razones internas. El fenómeno asociativo produce ipso facto una comunio incidens. Cuando la Asociación adquiere personalidad jurídica, la masa de bienes pasa a ser patrimonio del ente; pero es claro que si la Asociación no llega a adquirir la personalidad, la comunio incidens que se ha formado permanecerá en esa situación indefinidamente.

XI. LA SITUACION EN 1956

Resumiendo lo hasta ahora dicho, tenemos que en 1956 la situación se presentaba en los siguientes términos:

Primero.—El ordenamiento jurídico no reconocía directamente la personalidad de los Heredamientos y Comunidades de aguas en Canarias; lo que significa que si querían adquirir tal personalidad habían de adoptar alguna de las formas reconocidas en Derecho, a cuyo efecto se ofrecía el siguiente repertorio de posibilidades:

a) figuras institucionalmente admisibles, pero legalmente inasequibles por circunstancias concretas de las normas positivas: sociedades de los códigos civil y mercantil y cooperativas;

b) figuras institucional y legalmente admisibles, pero que los interesados no quisieron adoptar: sindicatos agrícolas y asociaciones;

c) figuras de dudosa admisibilidad técnica, pero admitidas ocasionalmente por el Tribunal Supremo y utilizadas en ocasiones por la práctica: comunidades de bienes y Grupos sindicales de colonización;

d) figuras institucional y legalmente admisibles, que los interesados adoptaron en algunas ocasiones no muy frecuentes: comunidades de regantes.

Segundo.—Salvo en los casos específicos que acaban de indicarse, y que son cuantitativamente poco importantes, las Comunidades y Heredamientos canarios deben considerarse como simples asociaciones de hecho carentes de personalidad.

Tercero.—La falta de personalidad, unida a la circunstancia de que el régimen jurídico de las asociaciones de hecho es el de las comunidades de bienes (notoriamente inadecuado a las organizaciones de aguas canarias, como ya se ha dicho), colocaba a los Heredamientos y Comunidades en una situación muy incómoda, por cuanto su tráfico jurídico tropezaba siempre con enormes dificultades.

Cuarto.—Los profesionales y prácticos del archipiélago hubieron de salvar tales dificultades con un enorme esfuerzo y habilidad técnica, acudiendo a los más agudos y peregrinos subterfugios. Pero es claro que soluciones de este tipo habían de resultar a la larga ineficaces, por lo que, dado que se insistía en rechazar las fórmulas ofrecidas por el ordenamiento, se hacía cada vez más perentoria la necesidad de otorgar personalidad jurídica con carácter genérico a las organizaciones canarias. Objetivo que cumplió, al fin, la ley de 27.12.1956, a petición y por iniciativa de los propios interesados.

XII. LA LEY DE 27.12.1956

1.—El problema de la personalidad

No es un azar que la ley empiece con un reconocimiento formal de la personalidad jurídica de los Heredamientos y Comunidades de aguas canarias,¹ puesto que la cuestión de la personalidad, según sabemos, era considerada como el problema más candente y puede afirmarse que el que más influyó en la aparición del nuevo texto especial. Tal como se ha subrayado, la circunstancia de que las Comunidades canarias careciesen de personalidad,

¹ «Se reconoce personalidad jurídica a aquellas agrupaciones de propietarios de aguas privadas que con los hombres de Heredades, Heredamientos de aguas, dulas, acequias, comunidad y otros semejantes vienen constituidas en el archipiélago canario» (art. 1.º) «Las (agrupaciones) que ya vinieren establecidas... se considerarán como asociaciones de interés particular, de las definidas en el artículo 35, 2.º C. c.» (art. 2).

tanto si se consideraban como comunidades civiles o como asociaciones de hecho, provocaba enormes dificultades en el tráfico jurídico, que no supieron ser salvadas por una práctica y una doctrina que se encontraban desorientadas y que, en la obsesión de considerar único el fenómeno canario (olvidando la existencia de figuras similares en toda la geografía peninsular, especialmente en Levante), no acertaron a orientar estas comunidades hacia la fórmula asociativa o de las Comunidades de regantes. Sea como sea, el legislador, accediendo a los deseos de la práctica canaria, se avino a reconocer con carácter general la personalidad de las comunidades existentes, sin necesidad de proceder a la autorización gubernativa individualizada de la ley de asociaciones.

En este sentido, forzoso es reconocer que la ley no hacía sino acoger el deseo de un amplio sector doctrinal. La propia Exposición de motivos alude a una iniciativa de los particulares como causa de su aparición. De acuerdo con una información de GUIMERA PERAZA¹ fue de un grupo de abogados de Gran Canaria de donde surgió la idea, que luego, al cabo de varios años de estudios minuciosos y pródigas deliberaciones, cristalizó en un texto que llevaba el significativo título de «Proyecto de ley *concediendo la personalidad jurídica a las Heredades de aguas de Canarias*, tal como la costumbre inveterada y los antiguos textos se la reconocían», elevado finalmente al Ministerio de Justicia en 1953, y sobre cuyas vicisitudes insistiremos más adelante.

Aunque bien es verdad que la forma que recoge la Exposición de motivos difiere bastante de esta primera propuesta, que queda en este punto esencialmente transformada: «De hecho, en la realidad práctica, ningún obstáculo serio se oponía a su funcionamiento, pues actuaban en la vida negocial, comparecían ante autoridades y organismos, solicitaban y obtenían autorizaciones o concesiones, formulaban oposición a pretensiones adversas y entablaban recursos ante la Administración o ejercitaban acciones ante los Tribunales, sin que casi nunca se suscitase duda respecto a su capacidad para tales cometidos. Pero tampoco han faltado ocasiones en que un celo excesivo, o una preocupación técnica, han venido a crear dificultades impidiendo, por ejemplo, que tales entidades

¹ Ob. cit. págs. 39-40.

lograsen subvenciones o consiguiesen créditos por carecer oficialmente de una personalidad reconocida en Derecho de modo paladino. Por eso, con reiteración, y a veces con cierto apremio, se han repetido las peticiones de aquellas Heredades o Heredamientos para que una disposición de rango legislativo reconociera su personalidad jurídica, poniendo término definitivo a dudas y a vacilaciones, e incluso han elevado a los Poderes públicos el texto que pudiere servir para consagrar en forma indiscutible esa misma personalidad».

Circunstancias, por otro lado, que tampoco han escapado a la jurisprudencia, como se comprueba, entre otras, en la sentencia (civil) de 31.1.1959: «Que aun cuando esta disposición legal (ley de 27.12.1956) carece de aplicación para el régimen y gobierno de una situación anterior, es, sin embargo, lo suficientemente expresiva para conocer las opiniones dispares de los autores y las dudas de los Tribunales que sobre la capacidad de las heredades se tenían y se sostenían en la práctica; y debido a ellas, y en armonía a lo que se declaró por esta sala en su sentencia de 5.7.1913... y como los Heredamientos que celebraron la transacción carecían de personalidad jurídica en la fecha que la otorgaron».¹

2.—Tipicidad plural de las figuras que regula

En relación con el escrito que puso en marcha el proceso legislativo a que acaba de aludirse, interesa ahora señalar que este proyecto canario se refería exclusivamente a los Heredamientos tradicionales, anteriores en cualquier caso al código civil, mientras que el texto definitivo, y precisamente por sugerencia del Colegio Notarial de Las Palmas, se refiere a supuestos posteriores, contemporáneos y aun futuros. Pero como se da la circunstancia de que,

¹ Cfr. también la sentencia (civil) de 15.8.1961: «que como se dice en el preámbulo que acompaña a la ley de 27.12.1956, aun cuando es cierto que de hecho, en la realidad práctica, aquellas actuaban en la vida comercial y comparecían ante autoridades y organismos, entablado recurso ante la Administración o ejercitando acciones ante los Tribunales, es igualmente exacto que siempre se suscitaban dudas, unas veces por carecer oficialmente de personalidad reconocida en Derecho o para lograr subvenciones o conseguir créditos, y otras veces por serles negado tal carácter debido a lo cual se han consignado en las mismas algunos principios básicos...»

no obstante tan radical ampliación (y la correspondiente tipificación no de una sino de tres figuras organizativas) se mantuvieron las líneas generales de la estructura del primer proyecto, el resultado ha sido una serie de contradicciones internas dentro del articulado, ya que algunas normas, pensadas originariamente para un supuesto de hecho, resultan incongruentes cuando se aplican a los variados supuestos a que luego se extendió inesperadamente la ley.

El ejemplo más claro —tal como ha puesto de relieve MARI— es el que se refiere a la propia definición de la figura: el proyecto canario decía «agrupaciones de propietarios de aguas privadas», lo que referido a los Heredamientos tradicionales era rigurosamente correcto. Luego la expresión se recoge en el texto publicado en el Boletín Oficial del Estado; pero como para entonces no se está pensando solo en los Heredamientos tradicionales sino en los posteriores y aún en los futuros, la definición resulta desgraciadísima, puesto que, como es sabido, estas nuevas comunidades no empiezan siendo agrupaciones de propietarios de aguas —dado que tales aguas no existen todavía, y la Comunidad se constituye precisamente para buscarlas— sino agrupaciones de alumbradores (o, si se quiere, de empresarios), que es cosa muy distinta.

El Colegio Notarial de Las Palmas —que fue quien sugirió, como acaba de verse, la ampliación—, pareció darse cuenta de la necesidad de modificar también la definición y, al efecto, (según afirma GUIMERA en la página 41 de su obra citada) sustituyó «agrupaciones de propietarios de aguas privadas» por «agrupaciones de aguas privadas». Expresión, sin embargo, que también resulta desafortunadísima, pues, aparte de que no evita el problema (las futuras comunidades no tienen agua al principio), pretende reconocer la personalidad no a una agrupación de personas, sino de cosas, lo que es aquí evidentemente un tanto excesivo.

Sea como sea, tenemos que la ley de 1956 contempla tres clases de agrupaciones claramente diferenciadas: los Heredamientos tradicionales, las comunidades constituidas ya en 1956, y las comunidades que fueran a constituirse en el futuro. Del texto normativo hay algunos preceptos que se aplican a todas estas variedades, y otros que solo se aplican o bien a las comunidades posteriores a la ley, o bien a las anteriores, lo mismo si son Heredamientos tradicionales que comunidades modernas; respondiendo

así a la voluntad rotundamente expresada en la Exposición de motivos: «se ha creído que no era aconsejable mantener la distinción entre Heredamientos y Comunidades, pues ello daría lugar a un dualismo legislativo, con dos caminos diferentes para un propósito mismo».

Sin embargo, es claro que por muy terminante que sea una declaración normativa, no puede impedir que Heredamientos tradicionales y Comunidades modernas tengan unos elementos estructurales y funcionales muy distintos, que el ordenamiento jurídico en su conjunto no puede pasar por alto, y que tan graves dificultades provocan a la hora de aplicar la ley.

3.—Ventajas de la nueva ley

Si el principal objetivo de los canarios al solicitar la promulgación de una nueva ley, era dotar de personalidad jurídica a sus organizaciones de aguas, es evidente que lo han logrado con la mayor amplitud. Y el éxito ha sido tanto más rotundo cuanto que lo han conseguido en condiciones de ventaja que pueden calificarse sin paliativos de excepcionales, ya que se obtiene la personalidad

—sin tener que pasar por la fórmula societaria, que les repugnaba, más que por escrúpulos dogmáticos, por razones de tipo fiscal;

—sin tener tampoco que pasar por la fórmula de una asociación que, como es sabido, en la legislación común ha de pagarse por el reconocimiento de su personalidad el precio de una fuerte intervención administrativa;

—y, en fin, sin tener que pasar por la fórmula de las Comunidades de regantes que, aparte de la intervención administrativa, levantaban recelos entre los prácticos canarios como consecuencia de la confusión, ya aludida, que se padece entre la naturaleza jurídica de la organización y la naturaleza jurídica de las aguas.

Todo parecen, pues, ventajas, puesto que el reconocimiento por vía legal —y no por vía de acto administrativo individual— de la personalidad jurídica llevaba aparejado además, entre otras cosas, la eliminación definitiva de los dos grandes peligros tradicionales: la acción divisoria y la del retracto de comuneros.

4.—Riesgos

A mi entender, sin embargo, todas estas aparentes ventajas no lo son tantas en realidad, y la situación en que no nos encontramos dista mucho de ser satisfactoria en relación con la de 1956 y con lo que entonces pudo haberse conseguido.

En primer lugar, la legislación vigente es incompleta y equívoca, como consecuencia de su huída del derecho común de aguas. Cualquiera que tenga la mejor experiencia con el desenvolvimiento real de las Comunidades sabe que viven por completo de espaldas a la ley en un auténtico limbo jurídico, como si a las mismas no fuere aplicable el ordenamiento jurídico español. El estado silvestre y robinsoniano, aunque produce no pocos quebraderos de cabeza a los profesionales del Derecho, no ofrece ningún inconveniente, antes al contrario ventajas, mientras se actúa de buena fe al margen de todo conflicto contencioso. Pero en cuanto surgen estos últimos se produce una especie de cortacircuito, un auténtico caos, que solo puede ser superado a costa de mucho tiempo y de mucho dinero gracias al inagotable ingenio de los juristas prácticos. Estos suelen salvar las situaciones más difíciles por medio de sutiles negocios simulados, verdaderas maravillas de imaginación y de artificio, pero gravadas siempre por su propia provisionalidad y por la amenaza de que algún día pueda cesar la benevolencia con que las autoridades administrativas y órganos jurisdiccionales las acogen. Piénsese, por ejemplo, lo que podría suceder si un día la Administración se decidiese a aplicar literalmente el artículo 13 del Reglamento de 1965: sencillamente se produciría una paralización total del actual sistema de transmisión y transformación de comunidades, ya que, como es notorio, el artículo en cuestión impone unas condiciones que en la práctica son casi imposibles de cumplir.

En segundo lugar, por los inconvenientes genéricos que tiene hoy en día vivir al margen, no ya de la ley, sino de la Administración. La práctica canaria considera unanimemente que también es una ventaja, y aun mayor que la anterior, el vivir de espaldas a la Administración Pública, como sucede con las Comunidades de aguas. Pero, por otro lado, los interesados, a la hora de percibir subvenciones o de participar de alguna manera en los beneficios

del fomento administrativo, se quejan amargamente de verse postergados. Circunstancia que sin embargo, nada tiene de particular puesto que se trata de organizaciones cuyo funcionamiento y estructura son cuidadosamente ocultados a la Administración.

5.—Intervención administrativa

Así llegamos al delicado tema de la intervención administrativa, que, por lo demás, no puede ser resuelto a voluntad de los particulares, es decir, poniendo en sus manos la decisión de si van a admitir, o no, la intervención administrativa a cambio de unos beneficios que en caso afirmativo se les ofrecen. La intervención administrativa no se refiere al interés de los particulares sino al interés general, cuya garantía es, y por tanto, debe ser estudiada desde esta perspectiva del interés general, al margen de la voluntad de los particulares.

Como se ha apuntado, la actitud normal de los propietarios de aguas canarias y de un sector de la doctrina, es decididamente contraria a la intervención administrativa, en cualquiera de sus formas, por entender que la explotación de las aguas es un problema que atañe exclusivamente a los particulares, quienes se encuentran, además en inmejorables condiciones de resolverlo como han demostrado al cabo de los años: la Administración en este punto nada debe hacer, abandonando el campo al libre juego de la competencia.

Esta tesis inhibicionista pudo quizá haber sido lícita en el siglo pasado; pero en la actualidad no es admitida por nadie, ya que se entiende que, incluso en el supuesto de libre competencia, la Administración está obligada a intervenir cuando la misma se deforma en situaciones monopolísticas. Es decir, que aun en el más restrictivo de los casos, la intervención de la Administración es necesaria para restablecer el juego de la libre competencia, alterado por tendencias monopolísticas. Supuesto que se da perfectamente en Canarias, donde el precio de las «acciones» de las Comunidades y, en definitiva, del agua está en manos de unos pocos individuos, que prácticamente cada día van fijando las cotizaciones.

Una segunda causa de intervención se encuentra, por otra parte, en el control de respeto a la legalidad y a las normas de poli-

cía en general. Porque es el caso que en la actualidad el régimen de alumbramiento de aguas subterráneas se encuentra meticulosamente regulado por una red de normas y de disposiciones de policía, sin que paradójicamente se haya montado un mecanismo de intervención administrativa para controlar su cumplimiento. Y así se ha llegado a un estado de cosas en el que es absolutamente normal que las galerías no respetan los límites impuestos por la autorización administrativa y siguen orientaciones y profundidades arbitrarias con gran perjuicio de las explotaciones colindantes. Si se admite una reglamentación normativa y policial que condicione el ejercicio de las explotaciones de aguas, hay que admitir inexcusablemente un mecanismo de control para comprobar el cumplimiento de tales condiciones, y evitar así la absurda situación en que nos encontramos: «se puede desear un acomodo técnico de ciertas formas de inspección; pero es imposible no admitir el principio de estas inspecciones. Pues el hacerlo significaría reconocer a las empresas privadas un verdadero derecho al fraude».¹

Todos estos argumentos se refuerzan también con la consideración de que, por encima del principio de la libre competencia, tratándose de aguas, opera un interés general (del que ya se ha hablado a propósito de las Comunidades de regantes), que justifica en todo caso la intervención administrativa, y no solo ya para restablecer el orden de la libre competencia, perturbado por los monopolios.

En definitiva, este interés general es el que ha provocado una primera intervención del Estado para garantizar un juego limpio de libre competencia y, en segundo grado, una intervención normativa, policial y de control. *Pero sin olvidar por ello que el interés general opera al tiempo como un límite de la intervención estatal, ya que ésta solo es lícita en la medida que sea necesaria para proteger aquél.* Lo que supone que si las Comunidades de aguas respetan el interés general, la intervención administrativa ha de ser mínima y la preponderante será la voluntad autónoma del Ente; pero la intervención habrá de ir aumentando gradualmente a medida que las Comunidades vayan olvidando sus objetivos gene-

¹ DEMICHEL, *Le controle de l'Etat sur les organismes privés* Paris, 1960, I, pág. 396.

rales. En este sentido puede afirmarse que son las propias comunidades quienes determinarán el grado de intervención que han de soportar. Así podría llegarse a lo que el mismo DEMICHEL¹ imagina un ideal: «el control del Estado sobre los organismos privados —que tiene por objeto la institución de un orden positivo y no solamente de la determinación de los límites negativos al ejercicio de una actividad— es una transacción entre el liberalismo económico-social periclitado, y hasta nocivo, y un estatismo que no se supone deseable: *in medio stat virtus*».

Por ello considero muy peligrosa la actitud actual de las Comunidades canarias, que siguen empeñadas en una actividad puramente egoísta, viviendo por completo al margen del ordenamiento jurídico y de la intervención administrativa: incumplen las condiciones de la licencia, ocultan sus actividades, no admiten la posibilidad de su regularización fiscal, se resisten a introducir una racionalización económica en las explotaciones, malgastan caudales invernales, y especulan sin escrúpulos en las épocas de estiaje. Cabe preguntarse en tales circunstancias hasta cuando va a durar la paciencia de la Administración. Debiendo tenerse en cuenta también que en el archipiélago hay muchas comunidades que son un auténtico modelo de explotación económica y escrupulosidad legal; por lo que, llegado el caso, no sería correcto que, como suele decirse, pagaran los justos por los pecadores.

¹ Ob. cit. págs. 1-5.

V

LOS HEREDAMIENTOS Y COMUNIDADES EN SU LEY REGULADORA

por JUAN-JOSÉ MARÍ CASTELLÓ-TÁRREGA

I. LA SITUACION JURIDICA DE LOS HEREDAMIENTOS Y COMUNIDADES CON ANTERIORIDAD A LA LEY DE 1956.

Los Heredamientos y Comunidades canarios de aguas privadas fueron por primera vez objeto de la especial atención del legislador español con la Ley de 27 de Diciembre de 1.956.¹ Con ello no se hizo sino reconocer y sancionar jurídicamente la existencia de éstas genuinas instituciones del Archipiélago Canario, que en el decurso de su desarrollo histórico fueron adquiriendo unas características peculiares que hicieron de ellas unas figuras jurídicas singulares dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Como quiera que esta singularidad no había obtenido su sanción legal hasta la publicación de dicha Ley, numerosas dificultades de técnica jurídica se venían oponiendo al normal desenvolvimiento de su actividad, e incluso a su propia subsistencia, por cuanto esas peculiares características que las tipificaban se encontraban en contradicción con los principios que inspiran en nuestro Derecho la institución jurídica —comunidad de bienes— cuyo régimen jurídico se había terminado por aplicarles. Por más que estas particularidades vinieran siendo expresamente recogidas a través de reiterados pactos y usos, no por ser menos queridos dejaban por ello de estar en contradicción con los principios reguladores de la comunidad de bienes de tipo romano admitida en nuestro Código Civil. Aunque se procuraba arbitrar fórmulas jurídicas que permitieran mantener y asegurar esas características, era evidente la existencia de una constante tensión derivada de la posibilidad siempre

¹ «Ley sobre heredamientos de aguas del Archipiélago Canario» de 27 de Diciembre de 1956, publicada en el B. O. del Estado del mismo mes y año.

latente de su desconocimiento por aplicación de las normas generales de nuestro sistema jurídico.

De aquí que parezca conveniente detenerse a examinar brevemente la situación jurídica en que se encontraban estas instituciones al momento de la publicación de la Ley de 27 de Diciembre de 1.956. Con ello se comprenderá el sentido exacto de las afirmaciones precedentes, lo que, a su vez, nos explicará la razón de ser de la Ley.

Al hablar de Heredamientos y Comunidades canarios de aguas privadas, pudiera pensarse que se trata de dos instituciones jurídicas distintas (como parece indicarnos el uso de la conjunción copulativa «y»), si bien de similares características (como se desprende del hecho de estudiarlas conjuntamente).

En el momento histórico que nos ocupa —ésto es, el inmediatamente anterior a la Ley de 1.956—, el hecho de que en unos casos se hable de «Heredamiento» y en otros de «Comunidad», no quiere decir sin más que se esté hablando de dos instituciones jurídicas distintas. Su diferente denominación tiene su explicación en el origen secular de los primeros (los «Heredamientos»), pero sin que trascendiera al régimen jurídico que le era aplicable en aquél momento, como tampoco en el actual.

Mas contemplada la institución desde una perspectiva histórica de mayor alcance, muy posiblemente no pudiera afirmarse lo mismo; conviene tener en cuenta que el origen secular del «Heredamiento» frente al nacimiento moderno de la «Comunidad», es un hecho con mucha mayor transcendencia en orden a determinar su respectiva naturaleza jurídica de la que en ocasiones se le ha otorgado.

Sabido es que el «Heredamiento» surgió a la raíz de la Conquista de las Islas como consecuencia más o menos directa de los «repartimientos» hechos en favor de los conquistadores. Es decir, que el «Heredamiento» tuvo a veces su origen inmediato en el «repartimiento» y otras surgió como consecuencia de sucesivas transmisiones de los derechos de un primitivo «repartimiento» hecho en principio a favor de una sola persona. En ocasiones el «repartimiento» llevó consigo el uso y aprovechamiento de las aguas procedentes de un determinado caudal. Precisamente para un mejor aprovechamiento de dichas aguas por parte de quienes ostentaban

taban un derecho a ellas, los titulares de ese derecho se agrupaban entre sí para constituir lo que desde un principio recibió la denominación de «Heredamiento» ó «Heredad» (u otros nombres que vinieron a tener similar significado), con el fundamental objeto de hacer posible la recogida y distribución en común de esas aguas.

Aunque es muy difícil para el jurista de hoy traducir instituciones pasadas a las categorías jurídicas modernas, no es aventurado afirmar que quizás nos encontremos ante lo que podría llamarse una organización de regantes, a la que probablemente no le era extraña la idea misma de personalidad [como parece colegirse: de la existencia de órganos rectores —Alcalde, Junta, Presidente—, que actúan directamente y son reconocidos por los poderes públicos —Audiencia—; y de la intervención de éstos en la aprobación de sus «Ordenanzas»], y en donde se confundirían titularidades de derecho público y privado. Pero al margen de estas consideraciones, lo cierto es que tales instituciones nacieron por agrupación de personas que al momento de la constitución del «Heredamiento» (o «Heredad») ostentaban un especial derecho al uso y aprovechamiento de las aguas procedentes de un determinado caudal, y cuyo derecho no siempre iba vinculado a la propiedad de unas tierras (como normalmente se viene afirmando), aunque sí lo estaba en la generalidad de los casos.

En su desarrollo posterior se produce un fenómeno en virtud de un proceso evolutivo no muy bien determinado. Llega un instante —tampoco precisado— en que los miembros del «Heredamiento» aparecen disponiendo de las aguas como titulares de un derecho de propiedad, cuando en su origen no parece que estuviéramos en presencia de un auténtico derecho de tal naturaleza. Y, a su vez, los «Heredamientos» en que tal derecho aparece desvinculado de la propiedad de la tierra son cada vez más numerosos, llegando a constituir la excepción lo que en principio fue casi general.

Es claro que el nuevo orden constitucional surgido con el liberalismo influiría muy de cerca en los principios que dieron origen a la institución, culminando el proceso evolutivo con la publicación de las Leyes de aguas y el Código Civil. Por influencia de la Ley de Aguas, algunos «Heredamientos» pretendieron consti-

tuirse en «Comunidades de Regantes» (con olvido de que aquí se contemplan aguas públicas, mientras que allí se trataba de aguas privadas), y otros muchos adoptaron una terminología propia de éstas. Y aún más directamente afectaría al desarrollo de los «Heredamientos» la publicación del Código Civil.

Surgido así un nuevo orden jurídico — representado fundamentalmente por las Leyes de Aguas de 1.869 y 1.879, y por el Código Civil—, y desaparecidos los supuestos que les dieron vida, no era posible pensar en constituir ningún nuevo «Heredamiento» de carácter secular. Se discrepa en cuanto a la fecha desde la que no existe esta posibilidad: primitiva Ley de Aguas, la vigente de 1.879, o vigencia del Código Civil.¹ En todo caso, es doctrina comúnmente admitida que, al menos, desde este último momento no pueden nacer a la vida jurídica ningún nuevo «Heredamiento». De crearse solo tendría de tal el nombre, ya que no su esencia.

El problema se plantea entonces respecto de los «Heredamientos» subsistentes a la vigencia del Código Civil. Bajo la vigencia de éste y de la Ley de Aguas, tales «Heredamientos» permanecen como instituciones peculiares y tradicionales extrañas a nuestro orden jurídico general, y, sin embargo, paradójicamente obligados a someterse a los principios de este mismo orden jurídico al carecer de una regulación específica que recogiera sus singulares características. De aquí que los autores — gran canarios, especialmente— tratando de asegurar la pervivencia de la institución, se apoyaran en su origen secular para afirmar su sometimiento a un derecho consuetudinario, lo que no deja de resultar harto pro-

¹ Carlos López de Haro («Heredamientos de Aguas», *Revista de Derecho Privado*, Noviembre de 1.922), piensa que no pueden constituirse a partir de la primitiva Ley de Aguas, y en igual sentido se manifiesta Marcos Guimerá Peraza («Heredamientos y Comunidades de Aguas en Canarias», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. VII, 1.953, pág. 493). El llamado «Proyecto de Canarias» — «Proyecto de Ley concediendo personalidad jurídica a las Heredades de aguas de Canarias tal como la costumbre inveterada y los antiguos textos legales se la reconocían» — redactado por una Comisión de Letrados de Las Palmas de Gran Canaria en el año 1.952, limitaba su aplicación a aquéllos heredamientos anteriores a la vigencia del Código Civil. El «Anteproyecto de Régimen de Aguas» conocido como «Anteproyecto sindical», se remitía a la fecha de la segunda Ley de Aguas.

blemático en la práctica. No puede olvidarse que la mentalidad de nuestros juristas, formados casi en su mayoría en el derecho castellano, está muy lejos de comprender el derecho consuetudinario, de lo que es buena muestra la escasa importancia que le concede nuestro Código Civil como fuente del Derecho.

En esta situación aparece en Canarias un factor económico que vá a influir poderosamente en la problemática que nos ocupa. Las necesidades de los nuevos cultivos especiales e intensivos de las Islas obligan a una constante búsqueda del agua. Surgen entonces las modernas Comunidades, que se constituyen con el objeto de alumbrar aguas subterráneas y distribuir las entre los partícipes o comuneros.

Entre los tradicionales «Heredamientos» subsistentes y estas modernas «Comunidades» se han establecido estas diferencias: a) la existencia secular de los primeros y el origen actual de las segundas; b) constitución del «Heredamiento» para el mejor aprovechamiento de un agua ya existente a la que se tiene un previo derecho, y constitución de la «Comunidad» con anterioridad al alumbramiento del agua subterránea.

Pero en ambos casos: a) el agua no se halla adscrita a la tierra (salvo algún supuesto excepcional de «Heredamiento» que todavía puede encontrarse);¹ b) un derecho de cada partícipe a un caudal determinado de agua en proporción a su respectivo interés. También la finalidad es la misma: distribuir las aguas entre los partícipes. Una vez alumbradas las aguas en las modernas «Comunidades» parece como si toda diferencia perdiera virtualidad.²

Estas similitudes obligan a interrogarse si ciertamente cabe afirmar la identidad jurídica de «Heredamientos» seculares y modernas «Comunidades». La analogía evidente y la finalidad idéntica que en ambos se perseguía, no autoriza sin más a afirmar su identidad jurídica si tenemos en cuenta la existencia de importantes diferencias, que, lógicamente, deben afectar a su esencia jurí-

¹ Así, en la llamada «Comunidad (o Heredamiento, pues tal era hasta que adoptó esa denominación) de Barranco Hondo (Gáldar y Artenara)».

² Marcos Guímerá Peraza, en su obra ya citada y en «Régimen Jurídico de las Aguas en Canarias», (Instituto de Estudios Canarios, La Laguna, 1.960), ha cuidado de precisar estas diferencias y analogías.

dica. Así, en cuanto a su origen, no solo cabe afirmar su diferencia en el tiempo en que nacieron, sino que la naturaleza del acto constitutivo que les dá vida es distinto: las «Comunidades» modernas surgen convencionalmente, mientras que los «Heredamientos» surgieron incidentalmente por fuerza de varios aprovechamientos distintos sobre un mismo caudal, si bien les siguiera una regulación convencional. En cuanto a los sujetos, en los seculares «Heredamientos» son propietarios de aguas, mientras que en las modernas «Comunidades» no lo son en principio, pues el agua subterránea se adquiere con el alumbramiento, y estas «Comunidades» se constituyen precisamente para su captación. Por último, el destino del agua puede ser también distinto, ya que se pueden encontrar casos de seculares «Heredamientos» donde el agua se halla vinculada a la tierra, lo que en la práctica no se da nunca en las modernas «Comunidades». De otra parte, en los «Heredamientos» seculares venía planteado el problema de la subsistencia de su personalidad jurídica, que no cabía siquiera plantear en las modernas «Comunidades».

Todo ello explica perfectamente que a la hora de determinar su naturaleza jurídica se haya contemplado una u otra institución desde una perspectiva distinta. En el caso de los «Heredamientos» seculares, y como consecuencia de esa carga histórica que llevan tras de sí, ha preocupado ante todo el poder explicar la esencia de la agrupación, entendida como organización. Son teorías orgánicas o subjetivas. Los «Heredamientos» subsistentes pretenden sobre todo mantener su secular personalidad. Niegan que se traten de simples comunidades de bienes, y afirman su carácter «asociacional». Así, se habla de «asociación de interés particular»,¹ «asociación civil sui generis»,² «corporación»,³ «institución».⁴

¹ López de Haro, ob. cit., y sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Junio de 1.913.

² El llamado «Proyecto de Canarias» antes citado.

³ Luis Benítez Inglott («Personalidad de los Heredamientos de Aguas», Revista del Foro Canario núm. 1, 1.952).

⁴ José-Joaquín Mazona Vazquez («Heredades canarias de aguas», Revista Financiera del Banco de Vizcaya, 1.950, núm. 76). Nicolás Díaz Saavedra Navarro («La Heredad de aguas de riego o régimen del inmueble móvil», Revista del Foro Canario, Septiembre-Diciembre 1.955).

Por el contrario, aparecidas las modernas «Comunidades» en épocas relativamente actuales, al no afectarles el problema histórico de la subsistencia de su personalidad, su configuración jurídica se ha planteado desde una perspectiva objetiva. Se contempla la institución en su aspecto patrimonial, tratándose de explicar el contenido del derecho de copropiedad sobre las aguas alumbradas. Se admite que estamos ante un supuesto de comunidad de bienes, aún cuando pueda haber diferencia en cuanto a la especie concreta de comunidad de bienes a que pertenezca.¹

Si entrar aquí en el examen detenido de la cuestión (entre otras razones por haber quedado superada con la publicación de la Ley de 1.956, que unifica su régimen jurídico), interesaba dejar constancia de ella porque nos muestra hasta que punto era confusa toda la problemática de los «Heredamientos y Comunidades canarios de aguas privadas». El reconocimiento de su personalidad venía siendo sistemáticamente negado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo²; y al momento de publicarse la Ley se iba generalizando más la tesis de que nos encontrábamos ante una comunidad de bienes³, identificándose así la naturaleza jurídica de una y otra

¹ Comunidad romana sin acción de división, para Santiago Pelayo Hore («La indivisión perpétua en el Código Civil», Revista de Derecho Privado, núm. 305, Julio-Agosto 1.942). Comunidad de bienes del Código Civil, para Pompeyo Crehuet («Sugerencia y glosa a la Ley sobre Comunidades de aguas», Anuario de Derecho Civil, Octubre-Diciembre 1.957—. Marcos Guimerá Peraza se adscribe a una tesis análoga a la de la propiedad horizontal.

² Sentencia del 5 de Junio de 1.913, que, si bien con referencia al Heredamiento de San Bartolomé de Tirajana lo considera como asociación de interés particular, le niega la existencia de personalidad jurídica propia e independiente de la de los individuos o personas naturales que lo integran, calificando incluso la admisión de su personalidad como una viciosa práctica contraria a los preceptos legales. En igual sentido la de 9 de Febrero de 1.954, 22 de Mayo de 1.956 y 31 de Enero de 1.959.

³ La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Diciembre de 1.946 se halla concebida bajo la idea de la existencia de una comunidad de bienes. La de 9 de Febrero de 1.954 afirma de manera categórica, con referencia a la Heredad de Aguas de Arucas y Firgas, que estamos ante una comunidad de bienes «que se gobierna, a falta de pactos especiales, por el consentimiento de todos los condueños en actos de disposición y por acuerdos de la mayoría en régimen de administración y mejor disfrute de la cosa común artículos 397 y 398 del Código Civil...»

institución. Al no tener normas generales que las regularan, se les aplicaba el régimen jurídico de la comunidad de bienes del Código Civil, que al recoger la comunidad de tipo romano planteaba delicadas cuestiones por su falta de adaptación a las particularidades de los «Heredamientos» y «Comunidades».

Se tratara o no de una comunidad de bienes especialmente referida a unas aguas privadas, en todo caso estas instituciones se hallaban dotadas de unas especiales características que las tipificaban o singularizaban, y que se pueden concretar en las siguientes:

—indisolubilidad, que, en razón a la perdurabilidad de los fines que les son propios, tiende a asegurar la permanencia del «Heredamiento» o «Comunidad» frente a las veleidades desintegradoras de cualquier partícipe.

—libre circulación de cuotas, en cuanto no está limitado el derecho de cada partícipe a disponer de su participación o porción privativa.

—el secuestro y las derramas, en cuanto se hace necesario asegurarse la existencia de fondos con los que atender a los gastos comunes de explotación y aprovechamiento.

Las dos primeras características se oponen abiertamente a los principios de divisibilidad y retractabilidad que inspiran la comunidad de bienes del Código Civil. El secuestro de aguas únicamente sería admisible en una comunidad de bienes de hallarse expresamente pactado. Los deseos de mantener esas características, que siempre se han estimado como peculiares de los «Heredamientos» y «Comunidades», frente a un ordenamiento jurídico que no sólo no las protege, sino que más bien se opone a ello, puede explicar en gran medida la aparición de prácticas y usos viciosos que hicieron tan vidriosa la problemática de estas figuras jurídicas.

Pero no se agota aquí el repertorio de dificultades. Los «Heredamientos» y «Comunidades» se caracterizan por el gran número de partícipes. Al carecer frente a terceros de personalidad, y exigir el Código Civil para los actos de disposición el principio de la unanimidad, la gestión del «Heredamiento» o «Comunidad» se veía enormemente dificultado.

II. SISTEMA INSTAURADO POR LA LEY DE 1.956

Ante esta situación tan imprecisa en que se encontraban los seculares «Heredamientos» y las modernas «Comunidades», y dada la resistencia de los sectores interesados para acogerse a otras figuras jurídicas reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico que les permitieran alcanzar los mismos objetivos, es claro que sólo cabía la posibilidad de interesar la elaboración del instrumento legal adecuado que terminara con la precariedad en que los mismos venían moviéndose. Frutos de estas inquietudes fue la Ley de 27 de Diciembre de 1.956.

Con ella se buscaron dos finalidades:

a) asegurar y consagrar los principios peculiares de los «Heredamientos» y «Comunidades», institucionalizando los principios de la indisolubilidad, retractabilidad y secuestro.

b) facilitar su gestión mediante el reconocimiento de su personalidad jurídica.

En gran medida se ha conseguido este propósito; pero un análisis riguroso de la Ley nos demostrará que no solo no han sido resueltos todos los problemas, sino que, además, han venido a plantearse otros nuevos que incluso llegan a afectar a la esencia misma de la institución, dificultando su comprensión.¹

Lo característico de esta Ley es que no crea una nueva figura jurídica. Aunque la Ley confiere personalidad jurídica a estas genuinas instituciones canarias, es lo cierto que el esquema central sobre el que se se montó la institución fue el de la comunidad de bienes.

Así:

a) la pertenencia de la «cosa común» por «cuotas indivisas» a todos los comuneros en proporción a su respectivo interés, conservando cada partícipe el dominio de su cuota individual (arts. 5 y 7, párrafo 2.º);

¹ Pompeyo Crehuet hace notar (ob. cit., pág. 1.138) cómo se creyó que el reconocimiento de la personalidad jurídica era «la panacea que remediara todos los obstáculos e inconvenientes con que tropezaban aquellas instituciones jurídicas en su desenvolvimiento (y) sin meditar bien la contradicción en que se podía incurrir al pedir para una comunidad de bienes aquello que la destruye».

de donde se deriva estas dos consecuencias.

a') la consignación registral de las «participaciones» o «fracciones» en que se divide el caudal de agua (art. 5, 1.º), y

b') la inscripción como finca independiente de las «cuotas» que sobre los bienes comunes les corresponden (art. 5, 1.º).

b) la consignación expresa de los principios de indivisibilidad e irretractabilidad (art. 7, párrafo último) nos indica también claramente que se trata de singularizar un determinado tipo de comunidad de bienes.

Con ello la Ley se aportó profundamente del proyecto originario, cuya única finalidad fue reconocer personalidad jurídica a aquellos seculares «Heredamientos» todavía subsistentes, y que tenían por lo menos existencia a la fecha de la publicación del Código Civil. En el informe que se elevó al Ministerio de Justicia por la Comisión redactora de ese proyecto, expresamente se negaba que se trataran de comunidades de bienes, configurándose en los cinco artículos de que constaba dicho proyecto como «asociaciones civiles sui generis». Al elaborarse el Anteproyecto de Ley por la Comisión Codificadora se estimó que no debía reducirse el ámbito de la Ley solo a los «Heredamientos» seculares, entendiendo, de un lado, que si la institución cumplía una «noble finalidad» no había motivo para proscribirla en el futuro. Y de otra parte se entendió que siendo «único el propósito» en ambos casos («Heredamientos» y «Comunidades») no era aconsejable mantener la distinción, «pues la diferencia de aquéllos con las Comunidades de tipo moderno solo tiene valor en cuanto a la primera etapa de éstas, pero la pierde en buena parte una vez que se encontraron aguas».

Resulta así que, en contra de las directrices que inspiraron el proyecto originario, la Ley acaba regulando un supuesto especial de comunidad de bienes (por influencia quizá de la configuración jurídica que normalmente venían adoptando las «Comunidades» de tipo moderno); tipo especial de comunidad de bienes a la que sin embargo confiere personalidad jurídica.

Esta afirmación debe ser matizada, ya que hecha en forma tan simple sería tanto como afirmar que el legislador ha incidido en

un gravísimo y abultado error de técnica jurídica. Conviene, pues, hacer ciertas precisiones.

Ante todo debe tenerse presente que una situación de comunidad de bienes implica la ausencia de un único sujeto titular de los mismos. Precisamente la comunidad de bienes supone la existencia de varios sujetos y un solo objeto, cuya situación hace necesaria la aparición de normas que regulen la coparticipación de los interesados y aseguren la administración y conservación de la cosa común. Desde el momento en que se reconoce en el grupo asociativo una personalidad jurídica distinta e independiente de los individuos que la integran, desaparece la situación de cotitularidad para ser sustituida por la de titularidad única. Comunidad de bienes y asociación resultan así términos antinómicos.

Muy bien ha puesto de relieve Pompeyo Crehuet¹ que lo que la Ley ha hecho —pues era solo lo que podía hacer— ha sido separar y distinguir dos aspectos diferentes que se dan en los «Heredamientos» y «Comunidades». Se entiende que en ellos hay una situación de condominio sobre determinados bienes (el agua y los elementos destinados a su explotación y aprovechamiento). Situación de condominio a la que —por la propia naturaleza de la institución— se le confiere unas características singulares que se trata de asegurar. Pero existe, además, un aspecto orgánico; una organización encargada especialmente de la administración de esos bienes, los que, no obstante, siguen permaneciendo en situación de comunidad y cuya titularidad pertenece a los miembros integrantes de la asociación, no a ésta. Lo que se quiere, por tanto, nos indica el citado autor, es sustituir el régimen de administración ejercido en la comunidad de bienes por los mismos partícipes mediante acuerdos mayoritarios o unánimes, por la atribución de esa administración a una persona jurídica distinta de los partícipes, pero integrada por ellos. Esta persona jurídica (la «asociación» de que habla la Ley de 1.956), es tan sólo titular de un derecho de administración —e, incluso, también de disposición— de unos bienes cuyos titulares, en situación de comunidad especial, siguen siendo los individuos que integran dicha «asociación». En

¹ Pompeyo Crehuet, ob. cit., pág. 1.143.

otros términos, no hay «aportación» de esos bienes de los partícipes a la persona jurídica —asociación—, que ellos mismos constituyen.

Esta construcción, que posiblemente sea la única que pueda dar sentido lógico y coherencia interna a la Ley, debe reputarse correcta en técnica jurídica a condición de que —como ha expuesto lúcidamente el Sr. Crehuet— «Comunidad» y «Asociación» no se interfieran mutuamente, porque de lo contrario se llegaría al absurdo de que sobre un solo patrimonio existieran a la vez un titular único (la persona jurídica) y un titular colectivo (los comuneros por sus respectivas cuotas).

Parece, no obstante, como si la Ley no hubiera sabido desarrollar esta idea, quizá porque no era plenamente consciente de ella, contribuyendo de esta forma a introducir una cierta confusión en algunas cuestiones —muy especialmente en orden al patrimonio—. Preocupada ante todo de singularizar un tipo especial de comunidad, no ha cuidado con precisión de evitar toda posible interferencia con el órgano de gestión (la persona jurídica) que ha creado a los solos fines de administración y disposición de los bienes pertenecientes a los herederos, comuneros o partícipes. Solo una interpretación de la Ley enfocada desde esta perspectiva permitirá encontrar explicación, preceptos de la misma de difícil inteligencia, y resolver así las numerosas dificultades que en orden a una correcta técnica jurídica ofrece su aplicación.

III. EL OBJETO DE LOS HEREDAMIENTOS Y COMUNIDADES EN LA LEY DE 1956.

La primera dificultad con que se vá a encontrar el intérprete al analizar la Ley es la de determinar el objeto del Heredamiento ó Comunidad. La Ley no contiene una referencia expresa sobre el objeto para el que se constituya. Esta omisión no tendría mayor importancia si el contexto de la propia Ley nos permitiera su determinación. Lo grave es que la dicción de la Ley nos vá a inducir a confusión sobre esta primera cuestión.

El art.º 1.º nos dice que se otorga personalidad jurídica a aquéllas «agrupaciones de propietarios de aguas» que con los nom-

bres de Heredamiento, Heredad, Comunidad, Acequias, Dulas, etc. vienen constituidas en el Archipiélago canario y «a las que con fines análogos se constituyan en el futuro». Por lo tanto la Ley exige para que exista un «Heredamiento» o «Comunidad» que el grupo de personas que lo integran tenga la cualidad «de propietarios de aguas», y ello tanto para las que ya vinieren constituidas al momento de la vigencia de la Ley, como para las que se constituyan con posterioridad a ella. Un examen filológico del precepto nos obliga a esta interpretación del texto legal.

El problema tiene excepcional importancia porque las modernas Comunidades se constituyen con el objeto de alumbrar aguas subterráneas. Las aguas no han sido aquí todavía alumbradas al momento de su constitución. La consecuencia es que una interpretación gramatical del precepto nos llevaría a eliminarlas de la aplicación de la Ley, porque sabido es que la propiedad de las aguas subterráneas se adquiere con su alumbramiento. Y de la propia finalidad de estas «Comunidades» resulta que en su constitución no cabe hablar de que los miembros que la integran sean propietarios de unas aguas que precisamente se pretende captar.

La realidad, sin embargo, nos muestra que se constituyen numerosas «Comunidades» de esta clase que se acogen expresamente a la Ley de 1.956 con la finalidad de gozar de sus beneficios, en especial de los que se derivan del hecho de reconocerles personalidad jurídica. Cabe entonces dar dos soluciones: atenerse al texto literal de la Ley y concluir que estamos ante una práctica viciosa e inadmisibles, o, por el contrario, profundizar en la interpretación del texto legal por si éste tuviera otro significado. Personalmente entiendo que una tan extendida práctica jurídica obliga a examinar la cuestión algo más a fondo.

En primer lugar, debe tenerse presente que el art.º 1.º no contiene un precepto definidor de la institución. El objeto de dicho precepto no ha sido fijar anticipadamente el concepto de la figura jurídica que vá a disciplinar, reagrupando sus elementos o caracteres esenciales. Simplemente su objeto se concreta a reconocer personalidad jurídica en los Heredamientos y Comunidades canarios de aguas privadas. Por lo tanto, no debe dársele a este precepto un valor decisivo en orden a la determinación de los elementos y caracteres que configuran la institución. El concepto de ésta —del

Heredamiento o Comunidad canario de aguas privadas— necesariamente se deberá obtener por integración del total contenido de las normas reguladoras de ella.

En segundo lugar, debe tenerse muy presente el origen inmediato de este precepto que comentamos. El proyecto de Ley que en principio fue redactado y elevado al Ministerio de Justicia por la Comisión de Letrados que al efecto fue designada por dicho Ministerio, se limitaba a reconocer personalidad jurídica a los seculares «Heredamientos» subsistentes y que venían funcionando en las Islas Canarias desde antes de la vigencia del Código Civil. Entonces se explica perfectamente la utilización de la expresión «agrupación de propietarios de aguas privadas», pues, como expusimos al principio, precisamente una de las características de los genuinos y seculares «Heredamientos» era la de su constitución con posterioridad a la existencia misma del agua. Los miembros que la constituían eran ya propietarios de aguas.

Pero la Comisión Cadificadora estimó aconsejable ampliar la finalidad originaria de la Ley, extendiéndola a las modernas «Comunidades», cuya característica es precisamente el constituirse para alumbrar aguas subterráneas. Fiel a su criterio, en la Exposición de Motivos se nos dirá que se confiere personalidad jurídica a las «Heredades, Comunidades y demás agrupaciones análogas». Vemos como omite toda referencia a «propietarios de aguas privadas», expresión que sin embargo se mantiene al dar redacción definitiva al art.º 1.º, tal como en principio venía ya formulada en ese proyecto inicial, donde tenía otra razón de ser.

En definitiva, la finalidad de la Ley no fue si no la de sancionar jurídicamente una situación de hecho. El panorama de las Islas nos ofrecía la realidad de la constitución de numerosas «Comunidades» cuyos partícipes no eran en el momento de su nacimiento propietarios de aguas, sino que precisamente se agrupaban para buscarlas, alumbrarlas y después distribuirlas entre ellos. El objeto del «Heredamiento» o «Comunidad» será así, no solo el mejor aprovechamiento y distribución de las aguas entre los que ya son los propietarios de ellas y que se agrupan precisamente con esa finalidad, sino que también puede ser la búsqueda y alumbramiento de aguas subterráneas para su posterior distribución entre los partícipes.

Este último objetivo —la distribución— es esencial para la existencia de un «Heredamiento» o «Comunidad». El contexto de la Ley, el sentido mismo del secuestro, nos está diciendo que el «Heredamiento» o «Comunidad» podrá, sí, captar o alumbrar nuevas aguas, pero siempre con el objetivo final de su distribución entre los partícipes.

El mejor aprovechamiento y distribución de las aguas entre los partícipes es el objetivo final por el que se constituye el «Heredamiento» o «Comunidad».

IV. EL HEREDAMIENTO O COMUNIDAD COMO PERSONA JURÍDICA: LA ASOCIACION.

1.—Sus notas características

La Ley del 56 confiere personalidad jurídica a los Heredamientos y Comunidades. Es decir, les reconoce capacidad para ser sujeto de obligaciones (art.º 1.º).

Se dan en el «Heredamiento» y «Comunidad» las condiciones precisas para que exista una persona jurídica: 1.º, un ente distinto e independiente de los miembros que lo componen (así, el art.º 7, párrafo 1.º: «la personalidad jurídica de la agrupación... será distinta de la que tengan sus miembros o componentes...») —2.º, a ese ente jurídico le son reconocidos derechos y obligaciones propios (así resulta de lo dispuesto en el párrafo 1.º del art.º 7, que se remite al 38 del Código Civil en orden a la extensión de la «capacidad jurídica —no personalidad— de la agrupación».

Toda persona jurídica presupone. 1. Un interés colectivo. 2. Una organización que haga factible la realización de ese fin colectivo. 3. Una voluntad real, propia, que se impone sobre la voluntad de cada uno de los individuos que la componen.

Todos estos aspectos los encontramos en los Heredamientos y Comunidades.— 1. Un interés colectivo: el mejor aprovechamiento de un caudal de agua (art. 5, párr. 2.º, y art. 7, párr. 2.º).— 2. Una organización: Junta Rectora, Asamblea General (art. 6, núm. 3 y 4).— 3. Una voluntad real, propia, en cuanto los acuerdos adoptados por esos órganos en condiciones de validez se impone

como voluntad de la agrupación aún contra la voluntad de aquellos miembros que no hayan manifestado su conformidad.

En esta cuestión no puede plantearse problema alguno de interpretación. Estamos ante una persona jurídica, no solo por que nos lo dice la Ley, (art. 1.º), sino porque además encontramos en su regulación todas las condiciones que se requieren para reconocer su existencia. Pero conviene fijar la atención en la clase de persona jurídica cuya existencia reconoce la Ley del 56. No tanto porque ello ofrezca alguna dificultad, sino porque servirá para explicar la inteligencia de un confuso precepto de la Ley (el art.º 2). Y será también útil para elaborar la problemática jurídica de los Heredamientos y Comunidades conforme a la estructura peculiar de la clase de persona jurídica a la que pertenezcan.

No parece ofrecer duda que nos encontremos ante una persona jurídica de tipo «corporativo» o «asociacional». A su vez, dentro de las personas jurídicas asociacionales hay que configurarla como «asociación de interés particular», en cuanto su constitución viene determinada por un interés económico de índole privado. Ya la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Julio de 1.913 así las calificó (si bien no les reconoció personalidad jurídica), y también la Ley expresamente así las califica en su art.º 2.º, conforme al cual las agrupaciones que ya vinieren establecidas con anterioridad a la vigencia de la Ley y las constituidas después que no hubiere adoptado otra forma específica de organización, «se considerarán como asociaciones de interés particular de las definidas en el art.º 35, núm. 2.º, del Código Civil».

Si los «Heredamientos» y «Comunidades» se configuran en la «Ley como «asociaciones de interés particular» será porque en ellas se dan las notas características de este especial tipo de persona jurídica, lo que, por lo demás, no deja de ofrecer ciertas dificultades derivadas del hecho de que la teoría general sobre ellas adolece de un gran confusionismo. Pero quizás podemos aventurar que la característica de una persona jurídica de tipo asociacional radica en el hecho de la existencia de una colectividad de individuos unidos por voluntad propia, regida por ellos mismos, para la consecución de un fin propio y común a todos ellos, con los medios necesarios que los mismos interesados suministran.

¿Todas estas notas aparecen en los «Heredamientos» o «Co-

«comunidades» de aguas privadas? En los Heredamientos y Comunidades resulta evidente y claro que encontramos:

—una colectividad de individuos: «agrupación de propietarios de aguas privadas» (art.º 1.º), y

—que se rige por los propios interesados: «todos los miembros tienen derecho a intervenir en la vida de la agrupación» (art.º 6, 2.º).

Pero no así aparece tan clara la Ley en orden al fin perseguido por la «Asociación» y a su patrimonio, cuestiones que ofrecen cierta complejidad debido a que la Ley se muestra excesivamente parca en lo que se refiere al fin de la agrupación y sumamente confusa en orden a su patrimonio.

Fin común: toda asociación implica la existencia de un fin común a los asociados, pero que tiene por especial característica el ser ajeno a la idea de lucro. Aunque en la asociación se busque la obtención de beneficios materiales, lo característico es que éstos no se obtienen con la finalidad de repartir las ganancias entre los asociados en proporción a su interés. Puede existir, sí, la consecución de un interés, pero siempre que no implique reparto de beneficios. Incluso la doctrina admite que existe asociación cuando, aun persiguiéndose la obtención de ganancias, no se realiza con un propósito de distribución.

La Ley del 56 no dice en forma expresa cual es la finalidad del Heredamiento o de la Comunidad. En el art.º 1.º se nos dice que se reconoce personalidad jurídica a las agrupaciones de propietarios de aguas privadas constituidas en el Archipiélago canario, o que se constituyan en el futuro «con fines análogos», lo que nada aclara porque antes se ha omitido toda referencia a éstos.

La Exposición de Motivos de la Ley tampoco los concreta, a diferencia de la que precedía al Proyecto elaborado originariamente, en donde se reconoce como función propia del Heredamiento la recogida, división y distribución del agua entre los partícipes de la Heredad, como asimismo la de administrar los medios existentes para llevar a efecto esa otra esencial función de distribuir el agua entre los miembros de la agrupación.

No obstante la omisión de la Ley en orden a señalar de forma expresa la finalidad de la «Asociación», encontramos dos precep-

tos que nos pueden ser útiles a los efectos que aquí nos interesan. En el art.º 5, párr. 2.º, al regular lo referente al patrimonio de la agrupación se nos habla de «bienes destinados al mejor aprovechamiento de las aguas». Y el art.º 7, párr. 2.º, al regular el derecho del partícipe a disponer libremente de las aguas que le pertenecen, sujeta su ejercicio a las reglas que se adopten por el Heredamiento o la Comunidad para el «mejor aprovechamiento del caudal».

Así pues, el fin que se persigue con la «Asociación» en que se constituye el Heredamiento o Comunidad podemos inferirlo del mismo contexto de la Ley y de sus antecedentes legislativos inmediatos. La única finalidad de la «Asociación» no es otra que el mejor aprovechamiento y distribución de un caudal de agua entre los miembros asociados para tal fin. No es un fin de lucro. El Heredamiento y la Comunidad no puede disponer de las aguas para obtener una ganancia, aún cuando luego repartiera los beneficios entre los asociados. Entonces se convertiría en una «sociedad» y perdería su propia razón de existir como tal Heredamiento o Comunidad. La «Asociación» que se crea, integrada por los partícipes del Heredamiento o Comunidad, tiene por sólo finalidad la mejor administración y distribución de unos bienes pertenecientes a los miembros que la integran.

Patrimonio: La otra nota que hemos indicado como característica de las asociaciones de interés particular es la existencia de unos medios propios —patrimonio— con los que hacer factible la consecución del fin común. Es precisamente el hecho de que las personas jurídicas tengan un patrimonio una de las características de su condición dentro del Derecho.

Conviene fijar unas ideas previas: el patrimonio de la persona jurídica es un patrimonio autónomo con existencia propia y que se forma con elementos patrimoniales traídos de otro u otros patrimonios. Es decir, se integra en principio por los bienes que los mismos interesados suministran, separándose del patrimonio de éstos y adquiriendo plena autonomía, con un propio sujeto titular —la persona jurídica—, con una propia finalidad, y sobre el que recae autónomos derechos y obligaciones. Requiere, por lo tanto, un acto de aportación de los asociados, que necesitarán tener la capacidad jurídica necesaria adecuada a la naturaleza de dicho

acto, —que tanto puede transferir la cosa a título de propiedad, como a título de goce.

Ahora bien, esto no quiere decir que la existencia de un «patrimonio actual» sea una condición «sine qua non» de la existencia misma de una Asociación. A diferencia de la Fundación (en donde es necesario un patrimonio destinado a un fin), la Asociación es perfectamente concebible que se constituya sin existir un «patrimonio actual», si bien por el hecho de adquirir personalidad jurídica se tendrá aptitud para ser titular de un patrimonio, aunque falte éste en el momento inicial.

El patrimonio de la persona jurídica se integrará, por lo tanto:

- a) de los bienes que sus miembros le aporten al momento de su constitución,
- b) de aquellos otros que le aporten en cualquier otro instante, y
- c) de los que adquiera con esos bienes de su pertenencia.

Trasladando estos conceptos a los «Heredamientos» y «Comunidades», podemos sentar las siguientes conclusiones:

- a) que si bien no será necesario la existencia de un patrimonio actual para que se pueda constituir la «Agrupación», por su condición de sujeto de derecho tiene plena aptitud para ser titular de un patrimonio,
- b) el que se integrará:
 - a') por aquellos bienes que expresamente le aporten los partícipes que reúnan la capacidad jurídica adecuada a la naturaleza del acto de aportación, y
 - b') por todos aquéllos otros bienes que adquiera con estos otros de su pertenencia.

¿Qué ocurre en los Heredamientos y Comunidades canarios de aguas privadas? Donde la cuestión cobra un palpitable interés es en orden a la consideración de los elementos destinados a la explotación y mejor aprovechamiento de las aguas (tales como los terrenos en que éstas nacen, fuentes y manantiales antes de alumbrarse, galerías, pozos, maquinarias, estanques, canales de distri-

bución, arquillas divisorias) y de la gruesa o caudal global de las aguas (ésto es, de las aguas una vez alumbradas y antes de ser divididas o distribuidas). La cuestión tiene importancia práctica porque si esos bienes son patrimonio de la Agrupación, ésta podrá disponer de ellos por el quorum que señala el art.º 6, 4 (2/3), y los partícipes únicamente podrán disponer de las aguas en tanto la Asociación no haya dispuesto de ellas en todo o en parte. Los elementos comunes de explotación, las aguas, ¿son patrimonio de la Asociación o son propiedad de los comuneros o partícipes en situación de comunidad?

Ha habido opiniones en alguna manera divergentes,¹ pero parece ser más general la tesis que admite que la gruesa o caudal global de las aguas y los elementos de explotación no se pueden considerar patrimonio de la persona jurídica constituida por la Agrupación, sino que pertenece al común de los herederos o partícipes, que ostentan sobre ellos una participación ideal proporcional a su cuota respectiva. Es decir, que sobre esos bienes existe una comunidad de bienes, atribuida a los condóminos en proporción a su interés en la agrupación. La consecuencia práctica es que la Asamblea General no tiene facultad alguna para disponer de los mismos, sino tan solo los condóminos (que a su vez son miembros de la Agrupación) conjuntamente y por unanimidad.

El secuestro cobra así sentido. Si las aguas fueran de la Asociación o Agrupación, el secuestro sería innecesario. Precisamente porque las aguas no le pertenecen a la Asociación es por lo que se secuestran a los propietarios, a los partícipes. En otro caso no habría secuestro, sino disponer de lo propio. También el que la Ley hable de la indivisibilidad, de la irretractabilidad, de las «cuotas» de los partícipes en esos bienes y su inscripción registral independiente, nos indica que se está pensando en una situación de

¹ Con respecto a la gruesa de agua, Benítez Inglott mantiene la tesis de que no hay un dominio efectivo sobre ella, constituyendo lo que llama una propiedad vacante. López de Haro («Comunidad de Regantes», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1.912) atribuye su titularidad a la Comunidad. Marcos Guimerá («Régimen Jurídico de las Aguas en Canarias»), tanto con respecto a los elementos comunes de explotación como a la gruesa de agua, defiende la tesis de que su titularidad corresponde a los partícipes o comuneros.

proindivisión de los mismos. Y no cabría hablar de «proindivisión», sino de «titularidad única», si fueran parte del haber patrimonial de la Asociación.

La orientación general de la Ley corrobora esta interpretación, pero es ella misma quien introduce en esta materia una grave confusión, demostrando ser cierta la afirmación adelantada por Pompeyo Crehuet de no haber sabido hacer ir paralela y separadamente «comunidad» y «asociación».

El párrafo 2.º del art.º 5.º nos dice todo lo contrario: que esos bienes son de la propiedad de la Agrupación. Entonces es del todo innecesario cualquier referencia a la acción de división, al retracto de comuneros y a todo cuanto implique reconocimiento implícito de una comunidad de bienes; comunidad de bienes en la que, curiosamente, se está pensando en el párrafo inmediatamente anterior de ese mismo artículo, y que, sin embargo, desaparece por completo ante el texto literal de este otro párrafo.

De admitirse esta tesis de que las aguas y los elementos para su explotación y aprovechamiento son patrimonio de la Asociación y no de los partícipes, caería por su base toda esa sutil y sugerente construcción que se ha elaborado como única forma de dar coherencia interna a la figura jurídica elaborada por la Ley: la «Asociación» como un ente jurídico con facultades de administración y disposición de un patrimonio perteneciente a los partícipes.

2.—Su forma de organización

Los Heredamientos y Comunidades se configuran así, tanto por su propia naturaleza como por disposición legal, como «asociaciones de interés particular». Cabe entonces plantearse un problema de interpretación en cuanto al sentido del art.º 2 de la Ley que permite a los Heredamientos y Comunidades de nueva constitución organizarse conforme a cualquiera de las figuras legales existentes en nuestro Derecho. La desafortunada redacción de este precepto da pie para pensar si es posible que, después de la vigencia de la Ley, se puedan crear Heredamientos o Comunidades de aguas privadas que no se configuren como asociaciones de interés particular; problema éste que no se plantea con respeto a los que ya vi-

nieron establecidos, por cuanto, en todo caso, la Ley las considera como tales «asociaciones de interés particular».

A primera vista dicho precepto establece para los Heredamientos y Comunidades de nueva constitución una norma supletoria, ya que les permite organizarse con arreglo a algunas de las figuras legales existentes en nuestro Derecho, considerándolas únicamente como asociaciones de interés particular para el caso de que no adopten expresamente alguna de esas otras figuras específicas de organización.

La doctrina ha cuidado de señalar la inoperancia de este precepto, resaltando la incompatibilidad de los Heredamientos y Comunidades con la naturaleza jurídica de las otras formas asociativas reconocidas en nuestro Derecho, bien de índole privada o de aquéllas otras revestidas de prerrogativas públicas.¹

Por razones obvias, tan sólo es posible acogerse a aquellas formas de organización propias de figuras que impliquen una idea asociativa. Con ello se reduce en el campo del derecho privado, a más de a las asociaciones de interés particular, a la comunidad de bienes, a la sociedad civil y a las sociedades de tipo mercantil. En el campo del Derecho público, la Comunidad de regantes, el Sindicato...

Inmediatamente hay que dejar de lado estas figuras de derecho público, por cuanto están en evidente contradicción con la naturaleza privada de las aguas, característica de los Heredamientos y Comunidades.

Fijando la atención en las figuras de derecho privado:

- a) Por de pronto habrá que descartar aquellas figuras jurídicas que carecen de personalidad, como la comunidad de bienes;
- b) Dentro de las figuras jurídicas con personalidad nos quedan la sociedad civil y las sociedades de tipo mercantil:

—con respecto a la sociedad civil se opone a la posibilidad de que los Heredamientos y Comunidades se configuren como tales sociedades civiles el hecho de que una de las características de las

¹ Marcos Guimerá Peraza, «Heredamientos de aguas en Canarias», Anuario de Derecho Civil, Abril-Junio 1.957, pág. 485.

mismas es la ausencia de una finalidad lucrativa, que sin embargo es esencial en las sociedades civiles;

— con respecto a las sociedades de tipo mercantil, igualmente se opone a la posibilidad de configurarse como tales la idea de lucro, esencial a ellas; y aun cuando quepa admitirse por lo dispuesto en el art.º 3 de la Ley de Sociedades Anónimas y Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada que pueden existir sociedades de esta clase que no tengan por finalidad el lucro, en todo caso se hace precisa la existencia de un capital suscrito y aportado, que no es necesariamente requisito imprescindible a la constitución del Heredamiento o Comunidad.

Así, no existe posibilidad para las Comunidades y Heredamientos de configurarse de otra forma que no sea la propia de las asociaciones de interés particular. Si las personas que la constituyen adoptan otra forma de organización, nos encontraríamos ante la figura jurídica de tipo asociativo a la que especialmente se han remitido, pero en ningún caso estaríamos ante verdaderos Heredamientos o Comunidades, de lo que tan solo tendrían el nombre. Serían Sociedad Anónimas, Sociedades de Responsabilidad Limitada, Sociedades mercantiles colectivas o comanditarias, Sociedades civiles, comunidades de bienes, pero no Heredamientos o Comunidades. No cabe, por lo tanto, plantearse el problema de la posible compatibilidad de los preceptos de la Ley de 1956 con el régimen jurídico propio de esas otras figuras jurídicas.

De esta forma se llega a la conclusión de que el sentido auténtico del art.º 2 de la Ley no puede ser otro que el siguiente:

1.º La Ley no impone necesariamente a quienes desean agruparse para el mejor aprovechamiento de un caudal de aguas privadas que se organicen en la forma que ella establece. Deja a los interesados la libertad de adoptar la forma de organización que estimen por conveniente.

2.º Que únicamente estaremos ante auténticos Heredamientos y Comunidades —y, en consecuencia, serán asociaciones de interés particular—, cuando se haya adoptado la forma de organización que la Ley del 56 establece, cuyos preceptos tienen carácter imperativo y no pueden ser desconocidos por los pactos que los interesados establezcan.

3.—Los requisitos de constitución de la Asociación

Para que el Heredamiento o Comunidad pueda adquirir la cualidad de persona jurídica se requiere la concurrencia de los dos elementos o requisitos de existencia propios de todas las personas jurídicas de tipo asociacional.

De un lado, un elemento de hecho o intrínseco: una colectividad humana, que constituye el substracto o soporte en que descansa la existencia misma de la persona jurídica.¹

De otro lado, un elemento formal o jurídico: un reconocimiento explícito o implícito del ordenamiento jurídico, y por el cual el Derecho le confiere a esa colectividad humana la cualidad de miembro de la Comunidad jurídica (Federico de Castro). Sin la concurrencia de este segundo requisito no puede concebirse la existencia de una persona jurídica. Es un requisito de carácter puramente formal o jurídico. No es sino un acto en virtud del cual el Estado reconoce en un ente colectivo la cualidad de persona jurídica y le confiere la condición de sujeto de derecho.

Un problema específico plantea la Ley en esta cuestión. Se trata de saber si es necesaria la formalidad de la escritura pública, u otro cualquier instrumento público para que se entienda constituido el Heredamiento o Comunidad.

El problema no se plantea con respecto a las «Agrupaciones» que se constituyan en el futuro, para las cuales el texto de la Ley es tajante: necesitan constituirse por escritura pública. El problema se plantea en relación con aquéllas «Agrupaciones» que ya vinieren funcionando con anterioridad a la vigencia de la Ley. El art. 3, después de referirse a las agrupaciones que se constituyan en el

¹ Cabe preguntarse por el mecanismo jurídico en virtud del cual nace a la vida jurídica el Heredamiento o Comunidad. El análisis de esta cuestión implica el estudio de los actos preparatorios, de la naturaleza del acto constitutivo, etc., problemas de los que la Ley se ha olvidado por completo. Ello obligará a la doctrina a hacer un esfuerzo para determinar las normas generales que fueran de aplicación. Como quiera que estamos ante una persona jurídica de tipo asociacional, habrá que remitirse a la teoría general de éstas, que, como se ha dejado ya indicado, no va a dar demasiada luz sobre la materia al no estar tampoco suficientemente elaborada. A las dificultades que por sí presenta la Ley, se suman de esta manera otras nuevas dificultades.

en el futuro, dice los siguientes para las que ya vinieren funcionando: «las que ya vinieren funcionando no necesitarán a tal efecto más que acreditar su existencia, para lo cual bastará que así se haga constar en acta de notoriedad o que hayan sido reconocidas en actuaciones judiciales o gubernativas».

Parece a primera vista que la Ley, para estas agrupaciones, se acoge al llamado sistema de libre constitución, en el que basta la mera existencia de la agrupación, cualquiera que sea la forma en que se haya constituido, para que el ordenamiento jurídico, sin necesidad de ningún otro requisito, le reconozca personalidad jurídica. Siendo agrupaciones ya existentes, y no siendo otra la finalidad de la Ley que reconocer su personalidad jurídica, la consecuencia obligada de este precepto no parece ser otra que la innecesariedad de que se constituyan de nuevo —porque ya lo estaban— por medio de escritura pública. Basta con que se acredite su existencia real.

Pero la cuestión no es tan simple ya que hay que tener en cuenta que a continuación el art.º 4 establece que «en todo caso deberán consignarse en instrumento público los estatutos por que se rija la agrupación...» Y el art.º 6, al determinar los principios básicos a los que habrán de sujetarse los Estatutos de todo Heredamiento o Comunidad nos dice que necesariamente éstos habrán de adaptarse a los que la Ley considera como básicos.

De aquí que haya quien entienda que para que las agrupaciones ya constituidas puedan gozar de personalidad jurídica es necesario, de un lado, acreditar su existencia por algunos de los medios que establece el art.º 3 de la Ley, y, además, en todo caso, consignar en instrumento público los Estatutos por los que se rijan, por muy antiguos que fueren. Esta tesis viene abonada:

a) por una interpretación sistemática de la Ley: no es posible desligar el art.º 3 del contenido del art.º 4.º y 6.º en especial cuando a ello conduce el sistema que inspira nuestro Derecho en orden al reconocimiento de la personalidad jurídica de los entes colectivos y el origen mismo del art.º 3.º;

b) en nuestro Derecho es extraño el sistema de libre constitución o por la mera existencia para el reconocimiento de la personalidad jurídica en las Asociaciones. Nuestro Derecho se acoge

en este punto al llamado sistema normativo, conforme al cual la Ley señala determinados requisitos que necesariamente la asociación debe cumplir para que automáticamente se le reconozca como persona jurídica (escritura pública — inscripción en un Registro —), sin necesidad de un reconocimiento expreso por parte del Estado. Este es el sistema a que se atuvo la vieja Ley de Asociaciones de 30 de Junio de 1.887 y también la actual. Además ello está conforme con los principios que inspiran nuestro Código Civil en orden a la personalidad jurídica de los entes colectivos, por muy confusa que por lo demás aparezca en dicho Cuerpo legal toda la teoría de las personas jurídicas. Si se relaciona el párrafo 2.º del art.º 35 con el art.º 37, parece claro que en todo caso la personalidad jurídica de un ente colectivo de tipo asociacional necesita ser reconocida por una Ley especial o general, pero es también necesaria la elaboración de unos estatutos nacidos de la voluntad de los individuos que lo integran y que regule su vida jurídica;

c) a la interpretación anterior se suma también el origen inmediato del art.º 3.º, que no puede ser desconocido a la hora de encontrar su auténtico sentido. Ya se indicó que el proyecto original de la Ley se redactó con el exclusivo objeto de reconocer personalidad jurídica a los seculares Heredamientos que desde antes de la vigencia del Código Civil venían funcionando. Como quiera que siempre se mantuvo que para su constitución no era necesario el hacerlo por escritura pública, para obviar las dificultades en que algún Heredamiento pudiera encontrarse para demostrar su existencia anterior al 1.º de Mayo de 1.889 se consignó que bastaba con que su existencia anterior a esa fecha constare en decisión judicial firme o mediante acta de notoriedad. Al ampliarse el ámbito de aplicación de la Ley no sólo a los heredamientos seculares que vinieran funcionando desde antes de la vigencia del Código Civil, sino también a los constituidos después de esa fecha y a los Heredamientos o Comunidades que en el futuro se puedan constituir, el precepto continuó en su esencia con la misma finalidad que tuvo en su origen, que no era otro que facilitar a las Agrupaciones que vinieran funcionando la demostración de su existencia, eximiéndolas así de constituirse de nuevo por escritura pública; pero no eximiéndolas de su obligación (el art.º 4, con referencia a ellas, nos dice «en todo caso») de consignar los estatutos en instrumen-

to público (documento notarial de contenido más amplio que la escritura pública), y de adaptar los que tuvieran a los principios de la nueva Ley (art.º 6.º).

Esta primera tesis sienta así las siguientes conclusiones:

1.º Las Agrupaciones que a partir de la vigencia de la Ley se constituyan, necesitarán hacerlo siempre por escritura pública.

2.º Las Agrupaciones que ya vinieren funcionando con anterioridad, necesitarán adaptar los Estatutos por los que se rigieren a los principios de la Ley por medio de instrumento público, con simplemente acreditar su existencia anterior por medio de acta de notoriedad o por medio de actuación judicial o gubernativa en que la realidad de su existencia hubiere sido ya reconocida.

Más frente a esta tesis se perfila otra más favorable al reconocimiento de la personalidad jurídica. Se entiende que la Ley se acoge en este punto al llamado sistema de libre constitución, en el que basta la mera existencia de la agrupación, cualquiera que sea la forma en que se haya constituido, para que el ordenamiento jurídico, sin necesidad de ningún otro requisito, les reconozca personalidad jurídica. El incumplimiento de esas formalidades probablemente lleve aparejado otras consecuencias, pero no se halla sancionado con la falta de personalidad. Es muy posible que el Heredamiento o Comunidad que no las cumpla encuentre dificultades para el ejercicio de sus derechos o el normal desenvolvimiento de su actividad; es muy posible que los partícipes tengan un derecho a exigir el cumplimiento de estas formalidades; pero parece excesivo afirmar que, escudándose en su falta, los Heredamientos y Comunidades puedan inhibirse del cumplimiento de sus obligaciones o se vean imposibilitados de defenderse lícitamente.¹

¹ Sobre esta cuestión pueden verse en la obra «Régimen Jurídico de las Aguas en Canarias», de Marcos Guimerá Peraza, dos sentencias en sentido contrario de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de 6 de Diciembre de 1.958 y del Tribunal Provincial de lo Contencioso Administrativo de dicha Ciudad de 7 de Abril de 1.960.

El Juzgado de 1.ª Instancia de La Laguna dictó Sentencia el 15 de Abril de 1.965 en un interdicto de obra-nueva promovido por un partícipe de una Comunidad en su propio y personal derecho y en beneficio de la Comunidad, y en cuyo

El requisito de la inscripción. En ningún caso es necesaria la inscripción de la Agrupación en ningún Registro público de Asociaciones. El párrafo último del art.º 5.º de la Ley exime de tal requisito.

No obstante, configurándose los Heredamientos y Comunidades como asociaciones de interés particular, cabe preguntarse en

juicio la parte demandada opuso la excepción de falta de personalidad del actor para accionar por sí en cuanto partícipe de la Comunidad referida y en representación y beneficio de la misma, por entender que dicha Comunidad posea personalidad jurídica propia y distinta a la de sus partícipes conforme a la Ley de 27 de Diciembre de 1.956. En esta sentencia, en dos de sus considerandos, se sienta la siguiente doctrina: «Que dicha agrupación de propietarios se hallaba establecida con anterioridad a la vigencia de la Ley de 27 de Diciembre de 1.956, por lo que, de conformidad al art. 3.º de dicha Ley, para que pueda gozar de personalidad propia distinta a la de sus componentes, no necesita más que acreditar su existencia, bastando que así se haga constar en acta de notoriedad o que haya sido reconocido en actuaciones judiciales o gubernativas... y ello con independencia de la forma jurídica en que hubiera podido organizarse, por tratarse de una agrupación ya establecida con anterioridad a la vigencia de la Ley (art. 2), y de que pueda tener o no consignados sus Estatutos en instrumento público (art. 4), cuyo requisito no viene dado en la Ley en función al reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades constituidas con anterioridad a su entrada en vigor —a las que les basta acreditar su existencia en la forma prevista en el artículo 3.º para que puedan gozar de ella—, pues en dicho art. 4 no se sanciona la falta de cumplimiento de lo en él exigido con el no reconocimiento de la personalidad jurídica de la agrupación...» «Que por imperativo de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley referida, la Comunidad de Aguas X se configura como una asociación de interés particular, de las definidas en el número 2 del art. 35 del Código Civil, al otorgarle dicha Ley personalidad propia e independiente de la de cada uno de sus asociados (arts. 1 y 7), y desde el punto en que se han cumplido los requisitos en ella exigidos para reconocerle dicha personalidad (art. 3) extendiéndose su personalidad, por lo dispuesto en su art. 7 a todos los actos que mencionan en el art. 38 del Código Civil, entre los que se cuenta el ejercicio de acciones civiles, que únicamente podrán ser actuadas en juicio mediante la comparecencia de las personas que legalmente las representaron (art. 2.º párrafo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y habida cuenta que el actor no ostenta la representación de la Comunidad por la que pretende actuar, pues tan solo es un mero partícipe al que no se le han concedido facultades de representación por el órgano rector de la agrupación a que pertenece, se llega a la conclusión de no estar legitimado para el ejercicio de la acción entablada».

Apelada dicha sentencia ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, su Sala de lo Civil dictó la sentencia núm. 20 de 13 de Marzo de 1.967, por la que se confirmaba la anterior en base a los siguientes argumentos: «Que la duali-

que medida les afecta la posterior Ley de Asociaciones en este sentido.

La situación permanece inalterable, entre otras razones por aplicación del principio de que la Ley general no deroga a la especial. Aún admitiendo que este principio no puede ser entendido en términos tan absolutos, no parece que quiebre en el caso que

dad de interpretaciones de que es susceptible la Ley de Heredamientos de Aguas en Canarias de 27 de Diciembre de 1.956, respecto a si las Comunidades existentes en dicha fecha adquirieron desde entonces personalidad jurídica o ésta solo se les concede al consignar sus estatutos, adaptados, en escritura pública, supone encuadrar el sistema vigente, bien en el de libre constitución de las personas sociales —reconocimiento por la mera existencia— o en aquellos que exigen un acto administrativo o judicial que declare comprobadas las condiciones exigidas —reconocimiento por concesión— o por su inscripción en un Registro —sistema normativo—; régimen este último que era el seguido en el antecedente más inmediato de dicha Ley y así el anteproyecto de la Comisión General de Codificación disponía en su art. 5.º que «las agrupaciones de que se trata no ostentarán personalidad sino desde que se inscriban en el Registro de la Propiedad», pero tal precepto no pasó al texto definitivo de la Ley, donde, por el contrario, se dispone en el último párrafo del art. 5.º que «no será necesario que se practique inscripción en ningún Registro gubernativo de Asociaciones», y por lo tanto no hay la menor base para adscribir a tal sistema el de la Ley...» «Que tampoco se fija en la misma ninguna atribución a autoridades administrativas o judiciales para comprobar el cumplimiento de condiciones de que se haga depender el reconocimiento de la personalidad, ni hay normas que supediten tal reconocimiento a las exigencias de los artículos 4 y 6, mientras que son terminantes la declaración genérica del art. 1.º: «Se reconoce personalidad jurídica...», la previsión del párrafo del art. 2.º respecto a aquellas agrupaciones ya establecidas que «se considerarán como asociaciones de interés particular, de las definidas en el art. 35, número 2.º, del Código Civil», y sobre todo el art. 3.º que después de imponer que la constitución de las nuevas agrupaciones se haga en escritura pública, añade que: «Las que ya vinieran funcionando no necesitarán a tal efecto más que acreditar su existencia...», con lo que parece adscribirse al sistema de libre constitución o reconocimiento por la mera existencia...» «Que, además, aun cuando tal interpretación fuera dudosa en general, no lo es en el caso presente pues el litigio no versa directamente sobre si la Comunidad X tiene o no personalidad jurídica, ya que tal cuestión solo surge a los efectos de la legitimación del actor. miembro de la misma, que actúa por sí solo a favor de aquélla; modalidad propicia al fraude procesal que fue utilizada en el pasado cuando las agrupaciones de propietarios de aguas se regían por las normas de la comunidad de bienes del Código Civil, al amparo de la jurisprudencia permisiva de que un comunero pudiera accionar en nombre de aquélla, pero su admisión, hoy, supondría presumir la subsistencia de dicho régimen en contra del propósito y finalidad de la

nos ocupa en atención a la naturaleza de las Asociaciones a que parece ir dirigida la Ley de Asociaciones, lo que excluye cualquier incompatibilidad entre sus preceptos y los de la Ley especial para los Heredamientos y Comunidades de aguas privadas del Archipiélago canario.

pecial protectora, todo ello sin prueba positiva del incumplimiento de tales supuestos requisitos o de la voluntad de la repetida agrupación de permanecer sometida a las reglas de la comunidad de bienes».

citada Ley de índole proteccionista para tales agrupaciones, a las que no solo se les facilita el accionar, mediante el reconocimiento de su personalidad, sino que se les excluye de otras acciones, desfavorables a su existencia, como la de división de la cosa común y la de retracto de comunero, por lo que sería anómalo hacer declaraciones en este litigio, en el que no ha sido parte dicha Comunidad..., que presuman la carencia de personalidad y, en general, su exclusión de la legislación es-

VI

HACIA UNA TEORIA CONSORCIAL DE LAS COMUNIDADES DE AGUAS CANARIAS

por ALEJANDRO NIETO

Sumario. I.—NATURALEZA JURIDICA. 1.—Justificación. 2.—Asociaciones de interés particular. 3.—Consortios. 4.—Las comunidades de aguas como figuras consorciales. II.—FORMA. III.—ESTRUCTURA. IV.—ELEMENTO OBJETIVO. 1.—Patrimonio del ente. 2.—Patrimonio de los partícipes. V.—EL AGUA. 1.—La gruesa o caudal no repartido. 2.—Naturaleza jurídica del agua: bien mueble o inmueble. 3.—El agua como fruto. 4.—El caput aquae. 5.—Estructura del elemento objetivo. 6.—La solución consorcial. VI. CONCLUSIONES.

Los análisis de temas individuales, que componen el presente volumen, deben ser coronados con un estudio final en el que se reconduzcan todos esos elementos dispersos en una unidad dogmática que les preste coherencia y facilite, al tiempo, la vía para los trabajos que en el futuro puedan hacerse.

I. NATURALEZA JURIDICA

1.—Justificación

En este sentido, la primera etapa que ha de recorrerse es la de determinar la naturaleza jurídica de los Heredamientos y Comunidades de aguas canarias. Operación que, contra lo que pudiera creerse, no es la más especulativa sino la más práctica. Ya que determinar la naturaleza de una figura implica determinar su régimen jurídico, que es precisamente de lo que más necesitadas están nuestras Comunidades.

En las páginas anteriores ya se ha venido insistiendo en los graves defectos del Derecho regulador de las comunidades: la ley de 1956 es notoriamente incompleta, puesto que solo se refiere a unos pocos extremos y además está llena de contradicciones insalvables; y, por otro lado, los estatutos propios de cada Comunidad (suponiendo que los tengan y que sean públicos) representen fórmulas empíricas que no pueden resolver la problemática, en principio infinita de una institución jurídica. El resultado de todo ello es que las Comunidades viven, según se ha dicho, en un limbo jurídico, que hace muy difícil la solución racional y justa de las cuestiones que la práctica a diario ofrece.

Lo que ahora, por tanto, se pretende es buscar una base dogmática que ofrezca, en principio, soluciones a cuantos problemas pueda plantear la vida real de las Comunidades, sin necesidad de acudir a improvisados arbitrios pragmáticos. El método para conseguirlo es claro: se trata de insertar las Comunidades canarias dentro de una figura que esté ya tipificada por el Derecho, con objeto de aprovecharnos luego de toda su dogmática genérica. Dicho con otras palabras: se trata de renunciar al robinsonianismo jurídico a que tenemos condenadas nuestras comunidades, para proveerlas en bloque de las teorías y soluciones de un Derecho común, que sirva de cobertura total a cuanto no esté regulado ni en la ley de 1956 ni en los estatutos individuales.

En definitiva se trata, pues, de buscar una familia para las Comunidades canarias, o sea, de considerarlas como especie de algún género más amplio, que sea bien conocido por nuestro ordenamiento. ¿Será esto posible? Recuérdese que, tal como indicábamos más atrás, los autores canarios se han visto siempre inclinados a afirmar que las comunidades del país «no eran equiparables a ninguna de las figuras jurídicas reconocidas».

Sin embargo, en la lección tercera de este volumen, ya quedó desecho para antes de 1956, este ingenuo error. Y en la actualidad, la misma actitud ha adoptado resueltamente la propia ley de 27. 12.1956, en cuya exposición de motivos se declara que

no sería lícito limitarse simplemente a decir que las Heredades gozan de personalidad jurídica, sino que parece necesario indicar en que sector del amplio campo de la persona social deben quedar incluidas; por que nunca resultaría adecuado aumentar el número de las figuras jurídicas en este orden existentes, añadiendo sin fundamento bastante y como un tipo nuevo y menudo, el relativo a las entidades canarias de raíces remotas.

De acuerdo con este principio, el artículo segundo de la Ley hace la anunciada calificación considerando a los Heredamientos canarios como asociaciones de interés particular.

He aquí, pues, que así tenemos, por declaración del legislador, lo que andamos buscando: los Heredamientos y Comunidades de aguas canarias son una especie del género de las asociaciones de

interés particular, cuyo Derecho será aplicable en las dudas y lagunas que el régimen propio de las Comunidades pueda ofrecer.

La Ley de 1956 ha dado en este sentido un paso muy importante; pero forzoso es reconocer que la calificación ha resultado, a efectos dogmáticos, muy desgraciada, dado que en nuestro Derecho las asociaciones de interés particular, no obstante la vieja y previsora atención que les dedicó el Código Civil, carecen de un régimen minucioso e incluso es dudosa su caracterización doctrinal genérica. Debido a lo cual, la primera tarea que ahora se impone es la de perfilar esta figura jurídica, individualizando las distintas variedades englobadas dentro de tan amplia familia, con objeto de situar en ella a las Comunidades canarias con la mayor precisión posible.

2.—Asociaciones de interés particular

En los artículos 35 y 36 del Código civil aparecen las asociaciones de interés particular como una gran familia de miembros completamente indiferenciados, con la única excepción de las sociedades civiles y mercantiles, que son las únicas a las que el código hace una referencia expresa. La doctrina, por su parte, aun sin haber dedicado nunca especial cariño al tema, ha desarrollado unos criterios clasificatorios sistemáticos, que es inevitable recordar.

En primer lugar —atendiendo a que las asociaciones ofrecen ventajas a terceros o exclusivamente a los socios— se clasifican en dos grupos: altruistas y egoístas. Huelga decir, que a efectos de encajar las comunidades de aguas en uno de estos grupos, ha de serlo en el de las egoístas.¹

En segundo lugar —atendiendo al tipo de actividad desarrollado por las asociaciones de interés particular egoístas— pueden éstas ser calificadas como económicas y no económicas (o morales). Siendo aquí también claro que las comunidades de aguas encajan dentro de la subvariedad de las económicas.

En tercer lugar —atendiendo a su fin— las asociaciones de interés particular egoístas y económicas pueden ser lucrativas y no

¹ Por descontado que en este lugar los términos de egoísmo y altruismo son meras descripciones al margen de cualquier juicio de valor.

lucrativas.¹ Lucrativas son las sociedades civiles y mercantiles; pero como en la figura que estamos estudiando, y tal como se vio más atrás, no hay ánimo de lucro, debe encajarse entre las no lucrativas.

En cuarto lugar —atendiendo a su estructura— las asociaciones de interés particular egoístas, económicas y no lucrativas pueden ser cooperativas o consorciales. ¿En cuál de estos dos grupos deberá encajarse a las Comunidades de aguas? A mi modo de ver, en las consorciales, puesto que no desarrollan esa actividad de trabajo con el objeto de ayuda mutua, que es propia de las cooperativas. Sin perjuicio de lo que antes ya se apuntó sobre el tema, conviene ahora insistir en el carácter no cooperativo de las Comunidades de aguas, como se deduce necesariamente de las notas características de las cooperativas, y que según SÁNCHEZ CALERO² son las siguientes:

—fin común de carácter económico-social, en el sentido de que tienden al suministro a los socios de prestaciones al precio mínimo (si se trata de una cooperativa de consumo) o de remunerar las prestaciones de los mismos al máximo (si es de producción); de tener en cuenta que este alcance «social» —entendiendo en el sentido de ayuda a los trabajadores o, en general, a los económicamente débiles— es lo que justifica las bonificaciones fiscales y el control administrativo por parte del Ministerio del Trabajo;

—libertad de la adquisición de la condición de socio, que es una manifestación del espíritu altruista del cooperativismo, que debe entenderse en el sentido de que, en principio, no ha de impedirse ni la entrada de nuevos socios ni la separación de los que lo deseen;

—variabilidad del capital, como consecuencia de lo anterior;

—número mínimo de socios;

—igualdad de derechos de los socios sobre una base personal.

¹ Recuérdese que el lucro en nuestro Derecho consiste fundamentalmente en: a) una superválida que experimentan las aportaciones, b) que se integra en el patrimonio social, y c) que luego se reparte entre los socios en valores monetarios.

² *Instituciones de Derecho Mercantil*, I. Valladolid, 1967, pág. 242.

A la vista de estas tales notas, es fácil comprender que los Heredamientos y Comunidades de aguas canarias son notoriamente incompatibles con estas características (salvo la segunda), por lo que es claro que deben incluirse en el subgrupo consorcial.¹

Ahora bien, como para hacer esta afirmación no basta con un simple criterio negativo y como, por otra parte, el carácter consorcial de las comunidades de aguas es la clave de este trabajo, resulta necesario extenderse un poco sobre la importante figura de los consorcios.

3.—Conсорcios

Tanto en el Derecho español como en el comparado existen múltiples figuras consorciales, en el examen de cuya variedad no puede entrarse aquí.² En este momento lo único importante es examinar los caracteres esenciales del consorcio como figura-tipo, o sea, los caracteres que aparecen en todas sus variedades (al margen de lo específico de cada una de ellas) y que sirven precisamente para calificar de consorcio a una figura de la vida real.

El primer dato esencial estriba en que en el consorcio (a diferencia de en la sociedad) no se crea un nuevo centro de intereses, sino que cada socio conserva su interés propio, y lo único que hace es encomendar la gestión de su interés al nuevo ente: el consorcio es, pues, un ente de gestión.

¹ A título de resumen, podría hacerse ahora el siguiente cuadro sinóptico:
Asociaciones:

{ De interés público				
{ De interés particular:	{ Altruistas			
	{ egoístas:	{ no económicas		
		{ económicas:	{ lucrativas	
			{ no lucrativas:	{ cooperativas
				{ consorciales

² Entre nosotros, cfr. por todos, el amplio repertorio recogido por ALBI (*Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones locales*, Madrid, 1960 págs. 486-500) donde se enumeran las siguientes variedades: A) Consorcios privados: de interés privado y de interés público. B) Consorcios públicos: económicos (de industrias militares, almadrabeto, arrocero, panadería de Madrid, marina mercante), imperfectos (entidades bancarias, compensación de seguros, compensación de riesgos catastróficos, compensación de accidentes individuales), completos (de zonas y depósitos francos), de servicios locales y demaniales.

El segundo dato esencial estriba en que la unificación de actividad que realiza el consorcio no opera a nivel de la propiedad de los bienes singulares, sino al nivel de su utilización productiva: no se trasmite, por tanto, la propiedad sino la posibilidad de su utilización.

Las consecuencias más importantes de estos principios son las siguientes:¹

- los bienes de los miembros no pasan al consorcio;
- el beneficio o ventaja pasa directamente al patrimonio de los socios sin ingresar primero en el patrimonio consorcial;
- el patrimonio del consorcio está formado exclusivamente por los bienes que sirven de medio para obtener la ventaja;
- la asunción de los intereses concretos de los socios es la única razón que justifica su existencia, y por eso solo puede perseguir tales intereses con exclusión formal de todos los demás, como puedan ser el lucro o el mutualismo, que le son extraños;
- los actos que realiza el consorcio se imputan jurídicamente al mismo, pero los efectos económicos, a los socios; lo que significa, en definitiva, una rigurosa distinción entre la imputación jurídica y la imputación económica.

4.—Las Comunidades de aguas como figuras consorciales.

A la vista de las notas que integran la esencia de un consorcio, tal como acaban de recogerse, no puede haber ya la menor duda de que así hay que conceptuar a las Comunidades de aguas canarias, puesto que en ellas se dan todas y cada una de tales notas. En este sentido basta recordar que en Canarias:

- no se pretende alumbrar agua para la comunidad, sino que lo que pretenden los partícipes es adquirir agua para sí mismos, individualmente;
- los partícipes, abrumados por la dificultad y el costo de un alumbramiento y explotación individual del agua, se agrupan en-

¹ Cfr., por todos, STANCANELLI, *I consorzi nel diritto amministrativo*. Milano, 1963.

tre sí, y para mayor eficacia encomiendan a un ente la gestión —y solo la gestión— de sus cuotas; pero sin hacer ninguna transferencia del dominio del agua alumbrada;

—los actos de la comunidad son imputados a ella jurídicamente; pero la ventaja económica corresponde exclusivamente a los socios.

Por lo demás, las páginas siguientes serán una contundente confirmación y desarrollo de esta tesis, por lo que no interesa detenerse aquí más en ella. Lo que sí conviene subrayar ahora es la importancia creciente que la figura del consorcio está adoptando en el Derecho español. Surgida durante la Dictadura del General Primo de Rivera como una forma de intervencionismo económico, en el último decenio pasó a un plano destacado en el Derecho mercantil,¹ y últimamente ha sido utilizada por el legislador para articular jurídicamente la actuación de los grupos de intereses privados que encomiendan su gestión a un ente nuevo.

En la doctrina española merece especial atención la reciente tesis doctoral de MANZANEDO,² donde se ha demostrado la enorme utilidad, y correlativa extensión, que los consorcios tienen en la economía moderna para la gestión común de servicios y de obras y servicios, tanto en el sector público como en el privado, que es aquí el que más nos interesa: Servicio español de constructores de bienes de equipo (SERCOBE), Unidad Eléctrica S. A. (UNESA) y muy particularmente los Grupos de explotación previstos en el Decreto-Ley de 30.11.1967, a los que dedica un amplio espacio de su im-

¹ Cfr. TRIAS DE BES, *Los consorcios industriales*, en «Revista de Derecho privado», 1947, págs. 153 y ss; GARRIGUES, *Formas sociales de uniones de empresas*, Revista de Derecho Mercantil, 1947, págs. 51 y ss.; URÍA, *Teoría de la concentración de empresas*, en «Revista de Derecho Mercantil», 1949, pág. 315 y ss; ROBLES, *Formas de concentración y dominio de empresas*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» 1949, págs. 415 y ss.; GIRÓN, *Los grupos de sociedades*, en «Las grandes empresas», Valladolid, 1965, pág. 97 y ss.

² *El comercio exterior en el ordenamiento administrativo español*, Madrid 1968. Allí puede comprobarse que la «idea consorcial» de las Comunidades de aguas no es original ni heterodoxa en nuestro Derecho, sino simple aplicación de una doctrina pacífica a supuestos reales que, por no referirse al comercio español, no han sido naturalmente examinados por MANZANEDO, pero cuyas atinadas observaciones sobre el tema deben darse aquí por reproducidas.

portante libro (págs. 325-359). Como es sabido, el paralelo institucional de estas figuras y la de la Comunidad de aguas canarias es verdaderamente sorprendente, salvo al principio de la intervención que sobre estos entes, y *respetando su naturaleza privada*, ejerce la Administración Pública. Pero esta es una cuestión en la que ya he insistido sobradamente a lo largo de este volumen.

II. FORMA

Al considerar a las Comunidades de aguas canarias como una figura consorcial y, por tanto, no lucrativa, quedaban perfectamente separadas de las sociedades civiles y mercantiles, en cuanto se trata de «naturalezas» incompatibles. Esto es algo conceptualmente muy claro, pero que choca de forma estrepitosa con la rotunda declaración inicial del artículo segundo de la ley de 1956:

Las agrupaciones que desde ahora se constituyan y quieran gozar de personalidad jurídica se organizarán con arreglo a alguna de las figuras legales existentes en nuestro Derecho.

Pero ¿cualquier figura, incluso la sociedad? o ¿habrá que leer mejor: «cualquier figura *compatible*»? A mi juicio, este precepto no puede entenderse literalmente, puesto que hay una «coherencia institucional del ordenamiento», que ni siquiera al legislador es lícito violar.¹

El problema ya fue planteado por CREHUET, quien lo resuelve con su acostumbrada agudeza en los siguientes términos:²

a pesar de la aparente libertad que ofrece el artículo segundo de la ley y su Exposición de motivos, opinamos que no se podrá aconsejar por los profesionales del Derecho la elección de ninguna forma societaria del Código de Comercio ni de

¹ Una ley, por ejemplo, no puede válidamente declarar que una compraventa es una donación, y lo único que está a su alcance (si es que quiere concretamente perseguir determinados fraudes) es sujetar ciertas compraventas a las reglas de la donación, actuando «como si» la compraventa fuera, en efecto, una donación.

² *Sugerencia y glosa a la ley sobre Comunidades de aguas de 27.12.1956*, en «Anuario de Derecho Civil», octubre-diciembre 1957, pág. 1247.

las que son objeto de las leyes de anónimas y de responsabilidad limitada... Es más, siendo el fin de la persona jurídica existente en toda comunidad especial de aguas el meramente agrícola o conservativo, entendemos que, en rigor, tan solo puede organizarse al amparo de la ley de Asociaciones, ya que, incluso, para las asociaciones civiles, el artículo 1665 reclama un propósito de partir las ganancias.¹

A mi modo de ver, para resolver esta aparente incompatibilidad entre los consorcios y las sociedades, hay que darse cuenta de que el consorcio se refiere a la substancia del ente, mientras que la sociedad se refiere a su forma. De una hipotética comunidad de aguas «organizada con arreglo a una figura societaria» deberíamos decir que su substancia consorcial se encuentra envuelta en una vestidura formal societaria. La ley de 1956 autoriza expresamente esta superposición de una forma variada a una sustancia concreta; pero ello no puede inducir al equívoco de confundir ambos aspectos.

Como es sabido, tal es la solución dada por el Derecho italiano a un conflicto literalmente idéntico al nuestro. En aquel país la doctrina venía afirmando desde siempre que el consorcio carecía de ánimo de lucro y que, por tanto, era incompatible con la sociedad, cuando he aquí que de manera imprevista el artículo 2620 del nuevo, y hoy vigente, código civil, declaró terminantemente que los consorcios podían adoptar la forma de sociedad.²

En este callejón sin salida, los autores acudieron a la aguda distinción, a que acaba de aludirse. Y así GRECO³ resuelve la aparente antinomia afirmando que aunque el consorcio carece de ánimo de lucro, podrá adoptar la *forma* de una sociedad, no obs-

¹ Una cuestión análoga plantea el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, en cuyo artículo 4 se afirma que los consorcios por él regulados «podrán utilizar» cualquiera de las formas de gestión de servicios»; y, sin embargo, ALBI (ob. cit. pág. 498), por razones institucionales, niega rotundamente esta pretendida libertad, para terminar afirmando que, pese a la letra de la ley, los consorcios en cuestión solo pueden adoptar las modalidades de fundación pública y empresa mixta.

² Sobre la lógica oposición que hubo de encontrar esta inesperada declaración. cfr. FRANCESCHELLI, *Commentario del codice civile* (a cura de Scialoja y Branco), libro V: *Del lavoro*, Bologna y Roma, 1961 pág. 455.

³ *Le società*, Torino 1959, pág. 24.

tante que su *substancia* sea diferente y aún incompatible. Y FERRI,¹ por su parte, insistiendo también en esta diferenciación entre forma societaria y substancia consorcial, deduce de allí la consecuencia de que la substancia consorcial influye y determina todas las relaciones, bien sea integrando la disciplina de las societarias en cuanto éstas sean compatibles con la substancia consorcial, bien sea sustituyendo aquellas partes de la disciplina societaria que no sean compatibles con la específica de las relaciones consorciales. Esta última observación es extraordinariamente útil porque nos demuestra que la adopción de la forma organizativa de una sociedad capitalística, aun teniendo importancia para un ente consorcial en determinados aspectos, no excluye la aplicación de los principios propios de los consorcios, puesto que éstos incluso prevalecen sobre los principios societarios en los casos en que la disciplina del consorcio sea incompatible con la de la sociedad.²

En definitiva, pues, la ley de 1956 adopta, respecto a las comunidades de aguas, una posición filosófica de la más pura ortodoxia aristotélica-escolástica: admitida su sustancia consorcial, declara que no pueden existir como personas sin adoptar una forma concreta, que puede ser libremente elegida, y caso de no hacer uso de tal facultad, la exigencia de la forma pretende cubrirse con la presunción de que se trata de asociaciones de interés particular.

¹ *Consorzio. Teoria generale*, en «Enciclopedia del diritto», IX, Giuffrè, Milano 1961, págs. 381-382.

² ASCARELLI (en *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3 ed. Milano, 1960, págs. 145-146) contempla la situación desde una perspectiva un poco diferente. Para este autor, el artículo 1620 se refiere a los supuestos de sociedades con fines consorciales, y lo que con él pretende el legislador es sugetarles a las normas reguladoras de los consorcios, de evidente interés económico-público, que de otra manera podrían burlarse. La aplicación de esta teoría al caso español puede resultar utilísima. Con ella tenemos que la cuestión no sería tanto la posibilidad de aplicar a las comunidades de aguas las reglas societarias, sino todo lo contrario, o sea, la posibilidad de aplicar a determinadas sociedades los preceptos de la ley de 27.12.1956. En el orden práctico, es de notar lo que significaría esta tesis respecto a normas de un tipo tan genuino como el secuestro del caudal de agua (del art. 8 de la ley).

III. ESTRUCTURA

La concesión de la personalidad realizada por la ley de 27.12.1956 ha provocado una gravísima transformación de la estructura de los Heredamientos y Comunidades de aguas.

Con anterioridad a esta fecha, los Heredamientos y Comunidades se estructuraban indefectiblemente sobre dos únicos polos: el común de herederos y la comunidad de bienes por ellos formada. De esta manera, y prescindiendo de los posibles defectos derivados de la falta de personalidad, la estructura jurídica era muy sencilla: todos los herederos (y solo los herederos) son titulares del patrimonio común en proporción a las cuotas que cada uno de ellos tiene atribuidas conforme al sistema comunitario romano. Por otro lado, los frutos del patrimonio común en él ingresan, aunque luego sean separados y distribuidos entre los socios en la misma proporción de cuotas.

La promulgación de la ley de 1956, según se ha dicho, cambia por completo el panorama, haciéndolo mucho más complejo. Al antiguo binomio, compuesto por el común de los herederos y la comunidad de bienes, se superpone un tercer miembro —el ente o persona jurídica— debido a que al antiguo común de herederos se ha desintegrado ahora en dos elementos: el ente, por un lado, y los socios o herederos (individualmente considerados) por otro.

Nótese lo anómalo de esta transformación. Porque parece que lo normal debiera haber sido que al común de herederos sucediera pura y simplemente la persona jurídica, con eliminación completa de los herederos, dado que éstos, en una persona jurídica normal, están fuera de la misma, aunque relacionados con ella con vínculos obligacionales. En cambio, en el supuesto de las Comunidades de agua no es así y los partícipes conservan su personalidad individual, e incluso su patrimonio, dentro del Ente. Especialidad que es precisamente lo que caracteriza a las figuras consorciales.

Por otro lado, a la indicada desintegración del antiguo común de herederos se corresponde la desintegración del otro miembro del antiguo binomio, o sea, de la comunidad de bienes, que ahora también queda, a su vez, escindida, en principio, en dos ramas: el patrimonio del ente y el patrimonio de cada uno de los partícipes.

IV. ELEMENTO OBJETIVO

A continuación procede desarrollar el tema de los elementos objetivos de las Comunidades de agua, tal como resulta de la ley de 1956, y de acuerdo con lo que acaba de apuntarse.

1.—Patrimonio del ente

La Exposición de motivos de la ley alude a este problema en los siguientes términos: «...normas adecuadas para regular la adopción de acuerdos de modificaciones estatutarias o de actos de disposición sobre aquellos bienes que forman parte del patrimonio propio o privativo de la agrupación, pues los respectivos propietarios conservan el dominio de su cuota individual».

Y en el artículo 5,2 se declara concretamente que

Por regla general se considerará patrimonio de la agrupación lo indivisible y de uso común, tales como: terrenos en que nazcan las aguas, fuentes y manantiales mientras no se alumbren y dividen, galerías, pozos, maquinaria, estanques, canales de distribución, arquillas divisorias y cualesquiera otros bienes parecidos destinados al mejor aprovechamiento de dichas aguas por todos los partícipes.

La imprecisión técnica, e incluso terminológica, de una ley, famosa ya por su imperfección, alcanza en este precepto los límites de lo grotesco: considera indivisible unos caudales que reconoce luego expresamente que se dividen; atribuye al uso común lo que es de uso de la Comunidad; habla de manantiales no alumbrados, etc., etc. Si a ésto se añade la dificultad de relacionar este párrafo con el anterior del mismo artículo, puede comprenderse la desorientación actual de la doctrina, y hay que reconocer que dos tesis contrapuestas son razonablemente defendibles:

Algunos autores muy calificados, como el citado CREHUET, amparándose en la equívoca redacción del párrafo primero (que habla de unos bienes indivisibles y de unas cuotas de los socios sobre tales bienes), entiende que no nos encontramos ante el patrimonio *de* la Comunidad (del ente) sino ante unos bienes *en* comunidad.

No obstante, parece más correcto entender lo contrario, o sea, que tales bienes (instrumentales) pertenecen al Ente. El párrafo

segundo, que es una aclaración o especificación del primero, se refiere expresamente al «patrimonio de la agrupación», el artículo 6,4 vuelve a repetirlo, y el artículo 71 del Reglamento Hipotecario habla del «patrimonio de la entidad». Las cuotas, por tanto, operan aquí como módulo de aportaciones y de repartición de productos, y no como un módulo de participación en una comunidad de bienes, que en rigor no existe.

Ya se ha repetido que una persona jurídica no se divide sino que se extingue. Una vez extinguida se procederá a la liquidación de sus bienes, que no es lo mismo que a su división, puesto que previamente habrá que detraer el pasivo. Para confirmarlo basta leer el artículo 6,6, donde se determina que en los estatutos habrán de consignarse necesariamente las «reglas para los casos en que la agrupación haya de extinguirse y liquidarse»; prueba evidente de que no se trata de una simple disolución de comunidad de bienes, cuyo procedimiento está regulado en el código civil.

No es obstáculo a la interpretación que aquí se propugna, el texto del último párrafo del artículo 7, donde se declara que «no procederán nunca la acción divisoria ni el retracto de comuneros». Estas acciones son típicas de las comunidades de bienes; pero es muy probable que se trate de una prevención ad cautelam para salir al paso de una posibilidad que hasta entonces venía obsesionando a la doctrina.¹ Por ello creo que aunque se trata de un precepto incorrecto y, en rigor, innecesario, no es inútil, por cuanto gracias a él se resuelve definitivamente el viejo problema de la procedencia o improcedencia de tales acciones.

Es de observar, por último, que no integran el patrimonio del ente las aguas alumbradas ni, en general, los productos obtenidos, que pasan directamente a integrar el patrimonio individual de los socios. Con la consecuencia de que el ente, por muy cuantioso que sea su patrimonio, nunca podrá tener reservas monetarias para hacer frente a sus obligaciones (puesto que nada vende ni realiza operaciones mercantiles); justificándose así la necesidad en que se encuentra de recurrir de forma constante a los partícipes, median-

¹ Cfr., por todos, la bibliografía citada por GUIMERA PERAZA en *Algunos aspectos de los Heredamientos y Comunidades de aguas*, en «Revista del Foro Canario», n.º 2. 1952, págs. 21-24.

te derramas, periódicas o extraordinarias, y, en su caso, mediante el secuestro de las aguas.

2.—Patrimonio de los partícipes

Está formado por el agua y por la cuota de los bienes sociales.

a) De acuerdo con el carácter consorcial de la figura, la Exposición de motivos de la ley de 1956 se cuida de advertir que el agua no pasa a integrar el patrimonio del ente, sino el de los partícipes directamente.

Y en el articulado, el artículo primero habla de «propietarios de aguas», el artículo 5,1 de «las aguas que a cada dueño pertenezcan» y el artículo 7,2 declara que «cada miembro dispondrá libremente de sus aguas». No existe, pues, duda posible sobre que las aguas, al menos una vez divididas, son de dominio exclusivo e individual de los partícipes.¹

b) El artículo 5,1 in fine declara también que cada partícipe es dueño de las cuotas que le pertenezcan sobre los bienes inmobiliarios indivisibles y de uso común accesorios al caudal, a cuya problemática acabamos de referirnos.

V. EL AGUA

El agua es el elemento objetivo más importante de la figura que se está estudiando, puesto que precisamente el objeto de los heredamientos tradicionales es la administración de un manantial ya descubierto, y las modernas comunidades se constituyen para

¹ Hoy parece claro que el derecho de cada socio sobre sus bienes es pura y simplemente un derecho de propiedad, pero conviene recordar que con anterioridad a la ley de 1956, se ha entendido en ocasiones que el derecho del partícipe era una servidumbre que gravaba el manantial del Heredamiento. Así lo declara expresamente la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 24.3.1922, la que, para justificar la posibilidad de su enajenación independiente, invoca un texto de Juliano (*De aqua quod, et est*, I), la ley 12, tit. XXXI de la Partida tercera y el artículo 108,1 de la ley hipotecaria.

alumbrar aguas y luego distribuirlas. Bien merece, por tanto, un examen más pormenorizado.

1.—La gruesa o caudal no repartido

Si nadie hasta ahora ha discutido que pertenece individualmente a los partícipes el agua después de haber sido alumbrada y dividida, y si el apartado segundo del artículo quinto de la ley nos dice (aunque sea dogmáticamente bastante inseguro) que el agua antes de haber sido alumbrada y repartida pertenece al ente, queda ahora por examinar la situación jurídica del agua *después de haber sido alumbrada y antes de haber sido repartida*; caudal ordinariamente denominado «gruesa». Supuesto frecuente, ya que por lo común el agua, después de haber sido alumbrada, permanece un tiempo almacenada antes de ser distribuida físicamente entre los partícipes.

La naturaleza jurídica de la gruesa es un problema que ha preocupado desde siempre a los autores, y que desgraciadamente no ha sido resuelto por la ley de 1956. A tal efecto, contamos con un repertorio de tres explicaciones dogmáticas: a) la gruesa pertenece al ente; b) pertenece a los partícipes, encontrándose en una situación de comunidad incidental; y c) pertenece a los partícipes sin entrar en tal comunidad incidental.

a) La tesis de que el agua antes de dividirse pertenece al ente parece encontrar su apoyo en el artículo 5,1 de la ley de 1956 y, sobretudo, en el artículo 71,4 del Reglamento Hipotecario, donde inequívocamente se está tratando del patrimonio del ente o Agrupación. Esta opinión, sin embargo, no es aceptada ordinariamente por los autores. GUIMERA PÉRAZA ¹ llega a afirmar que «del hecho de la concesión de la personalidad jurídica a las heredades y comunidades no puede derivarse la consecuencia de ser tales organismos los que han pasado a ser los dueños del agua. Ello supondría una verdadera *expropiación*... sería un *despojo* que a ningún interesado puede convenir».

Sin llegar a hacer afirmaciones tan graves, puede sostenerse que, en efecto, la propiedad del Ente sobre la gruesa encuentra

¹ Régimen jurídico... cit. pág. 67.

dificultades interpretativas: el art. 5,2 considera patrimonio del último a «lo indivisible y de uso común», y es claro que este agua no es de uso común ni indivisible, sino precisamente todo lo contrario, puesto que su estado de indivisión es absolutamente provisional.

b) La segunda tesis, mucho más generalizada, entiende que se trata de bienes en estado de comunidad. Como ha señalado también GUIMERA PERAZA, en el lugar anteriormente citado y con un amplio apoyo bibliográfico, «si el agua está sin adular, existe sobre ella una comunidad corriente, atribuida a los condominos por avas partes, proporcionales a su interés en la agrupación. Y si el agua ha sido ya adulada, hay una coexistencia de propiedades: la común, indivisa, sobre la gruesa; y la otra propiedad, singular y exclusiva, de cada heredero o comunero, sobre la porción concreta de agua que se le adjudique».

Quizá pueda parecer extraña esta figura de una comunidad de bienes insertada dentro de una Asociación de interés particular; pero conviene recordar que no es anómala en nuestro Derecho, del que pueden citarse muchos ejemplos:

—Piénsese en los bienes comunales, que implican una comunidad de bienes (y de tipo germánico para mayor complicación) inserta dentro de la persona jurídica del Municipio, tal como creo haber demostrado en otro lugar.¹

—Piénsese por poner un ejemplo de Derecho mercantil, en la compañía de copropietarios de un buque (art. 589 del código de comercio) que, según opinión de la doctrina, también implica una copropiedad del buque, la cual se inserta en la sociedad que le dirige. Así JORDANO:² «las dos relaciones (comunidad y sociedad) se superponen. Por tanto, los sujetos jurídicos pueden ser considerados a la vez como *dueños* y como *socios*; la dos cualidades se suman: las mismas personas físicas pueden asumir una y otra cualidad jurídica porque son socios sin dejar de ser propieta-

¹ *Bienes comunales*, Madrid, 1964, págs. 264 y ss.

² *Comunidad y sociedad entre los propietarios del buque*, en «Anuario de Derecho civil», 1957, esp. 461.

rios y viceversa». Y en el mismo sentido DIEZ PICAZO,¹ después de rechazar la cómoda solución de que se trate de un ens tertium, o figura especialísima, añade (pág. 1523): «Cabe aislar dentro del art. 589 del código de comercio dos figuras jurídicas distintas: la primera es el condominio del buque, que es la cotitularidad del derecho de propiedad sobre el mismo y para cuya existencia basta este solo hecho, con independencia de la forma que adopte su explotación; la segunda es la *sociedad naval*, que es aquella situación jurídica que se produce cuando los copropietarios explotan conjuntamente la nave común, dedicándola a una empresa de navegación».

— Y sin necesidad de buscar ejemplos ajenos, la convivencia de una comunidad de bienes y de un ente en la figura de las Comunidades canarias, ya ha sido percibida por CREHUET:² «comunidad y asociación marchan así paralelamente en dos planos diferentes, sin absorberse ni cruzarse y ostentando los componentes de una y otra doble personalidad: la real sobre los bienes indivisos y la obligacional que resulta de estar integrados en una persona jurídica que los administra y los dispone».

En definitiva, tenemos, pues, que se trata de una figura ciertamente compleja, pero no excepcional en nuestro Derecho. Lo que sucede es que con esta teoría se rompe el paralelismo estructural que antes ha quedado descrito; junto a la persona jurídica y los partícipes (como elementos subjetivos) y al patrimonio del ente y a los patrimonios individuales de los partícipes (como elementos objetivos) vendría a añadirse este nuevo elemento estructural de una comunidad de bienes.

Complicación que aún se agrava más todavía si se piensa en el extraño régimen de esta comunidad de bienes, no administrada por sus titulares dominicales (los partícipes) sino por el ente, de acuerdo con las normas de la ley de 1957.

¿Cómo explicar tan extraño fenómeno? Muy sencillo. Aquí nos encontramos ante un caso de titularidad compartida, es decir,

¹ *El condominio del buque*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1965, pág. 1511 y ss.

² Ob. cit. págs. 1148-1149.

ante una titularidad que viene atribuida de modo diverso entre sujetos cualitativamente diferentes; en este caso entre el ente por un lado y la comunidad de socios por otro.

Parece ocioso distinguir entre cotitularidad y comunidad, después del análisis realizado por GARCÍA GRANERO bajo este mismo título.¹ Pero quizá no sea inútil recordar sumarisimamente que la comunidad significa un fraccionamiento de un derecho entre sujetos cualitativamente idénticos, es decir, que cada uno ostenta facultades substancialmente idénticas, mientras que la titularidad compartida aparece cuando el haz de facultades dominicales se escinde y a un sujeto se atribuyen unas facultades íntegras, pero parciales, ya otros, otras diferentes que concurren sobre el mismo objeto.

Pues bien, tal es lo que sucede con las Comunidades canarias. Del haz de facultades dominicales que corresponde a la comunidad de socios sobre el caudal común de aguas, se segregan las facultades de administración —gestión, más bien— que se entregan al ente en una relación fiduciaria.²

El resultado de todas estas sutilezas dogmáticas es una figura plausible, pero evidentemente muy complicada. Por lo que no tiene nada de particular que se hayan buscado otras explicaciones más sencillas.

c) En este sentido DÍAZ-SAAVEDRA nos ofrece una interpretación tan sencilla como ingeniosa, que pueda clasificarse como la tercera de las tesis anunciadas. Según este autor³ el agua de la gruesa no supone un auténtico estado de indivisión ni, por tanto, una comunidad de bienes incidental. Las aguas, incluso en la

¹ En la «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario», 1946, pág. 146 ss.

² Quizá pueda ésto parecer un poco sutil; pero es bastante sencillo. Lo que sucede es que puede producirse alguna confusión por la inevitable reiteración de la palabra comunidad, empleada en sentidos muy diferentes: Comunidad Canaria (que es el ente o persona jurídica), comunidad de aguas (que se refiere a las que se encuentran excepcionalmente en comunidad durante la segunda fase de la producción), y comunidad de partícipes o socios, que es la titular dominical de aquellas aguas y la que comparte la titularidad de sus facultades con el Ente.

³ *La Heredad de aguas de riego o régimen del inmueble inmóvil*, en «Revista del Foro Canario», n. 11, 1955, págs. 29-30.

gruesa y contra lo que pudiera parecer a primera vista, están divididas. Lo que sucede es que la peculiar naturaleza física del agua —un fluido— impone un peculiar modo de división: no una división en el espacio, como es lo normal, sino una separación en el tiempo. Y este proceso es el que tiene lugar en las comunidades de aguas canarias. «La Heredad tiene por objeto —escribe— hacer posible la división en el *tiempo* de una propiedad, que por ser inmueble móvil, como el agua (art. 334,8 del código civil) no puede dividírsela en el espacio, como se partiría, por ejemplo, una tierra. La división del agua en el espacio es imposible cuando es corriente». «El código civil, al hablar de la división de la cosa común no impone una forma determinada de partición, no dice que haya de ser necesariamente una división en el espacio y, por tanto, no rechaza la división de la propiedad en el tiempo».

2.—Naturaleza jurídica del agua: bien mueble o inmueble

En esta difícil encrucijada, colocados en la alternativa de varios caminos posibles y ninguno completamente satisfactorio, se impone un análisis más detenido de la naturaleza jurídica del agua, como medida previa y utilísima para llegar a una solución definitiva. A tal efecto se precisará previamente su condición de bien mueble o inmueble.

La desgraciada redacción ¹ del artículo 333 del código civil —*todas* las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles— obliga a una determinación previa de a cual de estas dos categorías pertenece el agua.

Cuestión que no ha sido estudiada con el debido detenimiento por la doctrina española moderna y que, a mi modo de ver, exige una precisión inicial: no se puede predicar en abstracto y univariadamente la naturaleza jurídica del agua, sino que hay que matizar en razón a la variedad de agua de que se trate, ya que la realidad física nos ofrece muchas clases de aguas. O sea, que, se-

¹ En expresión de DE PAGE-DEKKERS, (*Traité élémentaire de Droit civil belge*, V. Bruxelles, 1952, págs. 585-584), refiriéndose a los preceptos, literalmente idénticos, de los códigos civiles francés y belga.

gún su situación física, unas aguas serán muebles y otras inmuebles.

a) Son *inmuebles*, de acuerdo con el art. 334,8 del código civil, las aguas vivas y las estancadas.¹ Para saber cuales sean éstas, a falta de declaración expresa en el mismo texto, hay que acudir al capítulo II del título primero de la ley de aguas, que se titula cabalmente «del dominio de las aguas vivas, manantiales y corrientes», y al capítulo III del mismo título, que se titula «de las aguas muertas o estancadas». En el Derecho español nunca se ha vacilado en reconocer tal naturaleza jurídica, que se encuentra además respaldada por otros preceptos del ordenamiento, especialmente en la legislación hipotecaria: tanto respecto a los aprovechamientos de aguas públicas (artículos 69 y 70 del Reglamento Hipotecario) como de las aguas de dominio privado (art. 71 del mismo Reglamento).²

Ahora bien, nada nos dice el Código sobre las aguas subterráneas, puesto que éstas no son ni vivas ni estancadas, sino que en la Ley de aguas se encuentran rigurosamente separadas de ellas, ocupando un capítulo aparte, el IV. En otro trabajo ya he dado una explicación de tal sistemática:³ las aguas subterráneas antes de ser alumbradas no son bienes, y por tanto no puede hablarse de muebles ni de inmuebles, y después de haber sido alum-

¹ El considerar inmueble al agua viva es una evidente paradoja, cuyo origen se remonta al Derecho romano. En el Derecho romano se admitía sin vacilar la constitución de servidumbres sobre caudales de agua; ahora bien, como dogmáticamente las servidumbres solo podían constituirse sobre bienes muebles, los juristas acudieron a la aguda ficción de considerar el agua como inmueble, aun siendo conscientes de su ilógica. Cfr. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*. Milano, 1966, pág. 11. Lo lamentable es que, por inercia, los códigos modernos hayan aceptado esta clasificación coyuntural, pretendiendo eternizarla y obligando a la doctrina y a la práctica a realizar construcciones dogmáticas no menos sutiles y paradójicas, como la del «inmueble-móvil».

² Bibliográficamente, cfr. por todos, ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6 ed. III, Barcelona 1968, págs. 794 ss.

³ NIETO, *Aguas subterráneas: subsuelo árido y subsuelo hídrico*, en «Estudios de Derecho Administrativo especial canario» II, Santa Cruz de Tenerife, 1968, págs. 79 y ss. Cfr. en el mismo sentido, aparte de la bibliografía allí citada, ASTUTI, voz *Acque (storia)* en «Enciclopedia del diritto», Giuffrè, Milano, I, 1958, pág. 346.

bradas adquieren la naturaleza jurídica de las superficiales, y normalmente serán muebles, como vamos a examinar con mayor detalle a continuación.

b) De acuerdo con el artículo 335 del código civil son *muebles* los no comprendidos en el artículo 333 (y ya se ha visto que allí solo están las aguas vivas y las estancadas) «que se puedan transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos». Lo que significa, en nuestro caso, que son muebles las aguas no vivas ni estancadas, que cumplan tal requisito, y en consecuencia, las aguas físicamente individualizadas susceptibles de separación del fondo, cual es el caso de las aguas alumbradas.

La individualización es un dato esencial para comprender la naturaleza de estas aguas. Como ha señalado PUGLIATTI la operación individualizadora convierte un objeto real en un bien jurídico: «La individualización consiste en determinar, dentro del campo de la realidad objetiva material, la autonomía en virtud de la cual una parte de dicha realidad, distinguiéndose con relación al todo, asume la configuración de una unidad objetiva, por la que, convirtiéndose en centro de intereses humanos (económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza) en virtud de la tutela jurídica de tales intereses, da lugar a un bien jurídico».¹

En un orden de consideraciones muy diferentes, hay que notar que determinadas clases de aguas pueden alcanzar la condición jurídica de muebles a través de lo que doctrinalmente se denomina «calificación mobiliaria por anticipación». Como es sabido, aunque el código civil francés (en este punto similar al español) no reconoce esta figura, la doctrina de aquel país la admite sin excepciones en los siguientes términos: «Sucede que en ocasiones un inmueble se convierte en mueble *por anticipación*, antes de haber sido separado del suelo. Ciertamente que la voluntad individual no es capaz por sí sola de modificar la naturaleza jurídica de las cosas; pero cuando los contratantes han negociado sobre los inmuebles en consideración al momento en que tales cosas se conviertan en muebles, se atribuye a tales inmuebles la calidad de

¹ Cosa (*teoria generale*), en «Enciclopedia del diritto, cit. XI, 1962 pág. 29,

muebles desde el momento mismo de la formación del contrato». El ejemplo habitual es la venta de frutos antes de la maduración. En definitiva, de lo que se trata, pues, es de «retrotraer al día de la negociación la conversión de la cosa que de otra manera no tendría lugar sino hasta el día de la separación».¹ Puede aceptarse sin escrúpulos la incorporación de esta doctrina francesa al Derecho español, dado que los textos legales en que se basa son idénticos y en su día sirvieron de modelo para nuestro código civil.

Aceptado lo cual, la aplicación al caso concreto de las aguas es muy clara: el agua que, brotando de las entrañas de la tierra, no pasa directamente al patrimonio de cada partícipe, sino que por razones de técnica irrigante se almacena en un estanque común en espera de ser distribuida a cada partícipe en el momento adecuado, puede ser considerada como mueble por anticipación. En rigor, podría entenderse que la individualización no se realiza hasta el momento en que tiene lugar la separación concreta o atribución a cada partícipe; pero dado que se ha negociado previamente los términos de tal separación, se ha producido por anticipación la calificación mobiliaria. De esta manera tenemos una variante dogmática de la solución pragmáticamente apuntada por DÍAZ-SAAVEDRA, a que acaba de aludirse en el número anterior.

Resumiendo: No se puede calificar abstractamente al agua como de bien mueble o inmueble, puesto que no hay agua-género sino especies concretas de aguas; y unas serán muebles y otras inmuebles. Concretamente: son inmuebles los manantiales o nacientes, y muebles, las aguas ya alumbradas.

3.—El agua como fruto

El análisis anterior constituye una importante aproximación a la médula del problema, por cuanto ha servido, al menos, para escindir el concepto abstracto del agua en variedades reales concretas, determinando que unas son muebles y otras inmuebles, se-

¹ MAZEAUD, Henri, Leon et Jean, *Leçons de droit civil*, 2 ed. 1 Paris, 1959, pág. 230.

gún que se haya operado una separación o individualización; pero aun quedan por hacer otras precisiones no menos trascendentes.

Como es sabido, la individualización es muy diferente según que se trate de una mera disgregación del todo, o que se produzca sin una disminución cuantitativa de éste. En el primer caso, el todo real será una masa inerte, y el bien individualizado una *pars*; y en el segundo caso se tratará respectivamente de una masa productiva y de un fruto.

De acuerdo con este principio, el agua —mueble será *pars* del caudal cuando se trate de una bolsa incomunicada, que no se autoalimente y que por tanto se agote con el consumo.¹ En cambio, el agua-mueble será un fruto —natural o industrial (art. 355 c. c.)— cuando su individualización resulte de un caudal que se autoalimente, y que por tanto no se extinga con el consumo ordinario y racional.

A CREHUET² se debe, una vez más, la anticipada formulación de la teoría del agua como fruto, basándose en un trabajo de DIEZ-PICAZO³ referente a las minas, pero obsérvese que lo que aquí se expone no coincide exactamente con la tesis de CREHUET, puesto que, dando un paso más, solo se considera fruto la parte del agua ya individualizada y, por otra parte, se preve la posibilidad de que el agua-mueble no sea un fruto sino una *pars fundi*: en el supuesto de bolsas hídricas prácticamente incomunicadas, cosa nada infrecuente en Canarias.⁴

¹ Posibilidad que también acepta expresamente ASTUTI (ob. cit. pág. 389) recogiendo una afirmación de ROVELLI, en *Il regime giuridico delle acque*, Milan, 1947.

² Ob. cit. pág. 1133-1134.

³ *Naturaleza jurídica de los minerales*, en «Anuario de Derecho Civil», 1954, págs. 355-376, donde se analiza con toda minuciosidad el problema de los frutos, en un sentido diferente al que tan sumariamente se resume en el texto.

⁴ En este sentido también me permito disentir del citado DIEZ PICAZO y de CIRILO MARTÍN RETORTILLO (*Los frutos de las minas*, en «Anuario de Derecho Civil», 1952, esp. p. 1025). Para estos autores «la mina, en el orden jurídico, no es el yacimiento o la bolsa del mineral, puesto que ésto sería cosa inerte y, por ende, improductiva, de la que ningún beneficio estimable se obtendría, sino se incorporase a ella una actividad humana». «La mina en Derecho es una compuesta y heterogénea, que la integran elementos de orden físico, otros de orden económico y otros

4.—El caput aquae

A los efectos de este trabajo se entiende por *caput aquae* el punto (que dicen los franceses e italianos) o la boca (en expresión popular) por donde surgen —tanto artificial como *ex naturali causa*— las aguas subterráneas. En el manantial, tal como se ha visto, aun no se ha producido una individualización de las aguas, lo que significa que jurídicamente no son muebles y que, desde el punto de vista físico, no se refieren a un volumen determinado (litros) sino simplemente determinable mediante referencia a un factor cronológico (litros por segundo, pipas por día). Se trata, pues, de un *aqua surgens*.

El *aqua surgens*, en cuanto equivalente físico del *aqua profluens*,¹ no puede por naturaleza ser objeto de apropiación, tal como ha formulado la vieja tesis de la imposibilidad de su condición privada.² Sin embargo, ésto no es cierto. Lo que se quiere decir con la imposibilidad de su apropiación es simplemente que, al verificarse ésta, el agua se convierte en determinada, individua-

jurídico. De una parte está: a) el yacimiento donde se acumulan y se manifiestan las sustancias mineras; b) de otro, las instalaciones y trabajos acumulados para el descubrimiento, captación y extracción de dichas sustancias minerales; c) otro elemento esencial, cual es la titularidad para poder efectuar tal explotación, que es lo que llamamos concesión administrativa».

¹ La compleja naturaleza del agua corriente ha llegado a provocar una auténtica irritación entre los juristas: El *aqua profluens* (esa fantástica e infeliz especulación de Marciano) es una invención deplorable, que ha contribuido no poco a confundir las ideas de los autores modernos». «Es una noción equívoca, en la que se confunden los conceptos más dispares para llegar a una construcción casi metafísica del agua considerada por sí misma o del agua en cuanto corre» (BONFANTE, ob. cit. págs. 296 y 306).

² La doctrina sobre el tema es prácticamente inabarcable, ya que fue una cuestión que preocupó mucho a la pandectística. Por citar el repertorio de un autor moderno, puede verse el de CAPOGROSSI-COLOGNESI, ob. cit. págs. 52-70, de quien se toman además las siguientes consideraciones: el dogma nace apoyado en un texto de Marciano (Dig. 1, 8, 2), donde el agua profluens aparece enumerada entre las cosas comunes, y lo que luego hace la doctrina es glosar este texto, intentando explicarlo en sentido ríguoso o relajado, según preferencias personales de cada autor; llegándose así incluso a negarle un valor absoluto por entender que solo se refiere a los ríos públicos o al agua de lluvia. En cualquier caso, siempre se trata de meras interpretaciones jurídico-formales. Un intento serio de interpretar el texto

lizada y por tanto mueble susceptible de ser trasladada.¹ Dicho con otras palabras: nadie puede afirmar que se ha apropiado de una *agua profluens* conservando su fluidez: puesto que el agua al ser utilizada se individualiza automáticamente al ser trasladada al lugar de su empleo. Pero, como puede comprenderse, ésto es una sutileza jurídica, una argucia lógica, que no puede estorbar la realidad de una utilización factica; aunque, por descontado, hay que ser conscientes de las consecuencias jurídicas de tal posición.

La primera de estas consecuencias es el relajamiento o modulación del contenido dominical referente a tales aguas, que tiene muy poco que ver con el que se refiere a los inmuebles. Es una propiedad directamente inaprensible, puesto que al ser aprehendida, transforma su naturaleza. Así lo ha observado ya ASTUTI² al afirmar que, en realidad, «se trata de una propiedad sui generis, porque *el derecho de propiedad sobre el agua fluente se identifica en definitiva con el derecho a apropiarse del agua*». Observación muy ajustada, y que es perfectamente lógica dentro de nuestro sistema jurídico, ya que no hay que olvidar que el agua, para el Código civil, es una «propiedad especial», lo mismo que la propiedad intelectual; y por tanto es absolutamente normal suponer que su contenido sea diferente al de la propiedad común, tal como sucede con la propiedad intelectual, por ejemplo. No hay que olvidar que, según se ha dicho y entre nosotros ha desarrolla-

con criterios de técnica extrajurídica se debe a DELL'ORO (*Le res communis omnium dell'elenco di Marciano e il problema dell loro fundamento giuridico*, en «Studi urbinati», 31, 1962-63, págs. 239-290), quien lo explica sobre la base de considerar el agua profluens como fuente de energía.— Parece ser que este intento no ha sido demasiado afortunado, pero sirve para indicar la única salida posible a una cuestión que la pandectística ha empantanado: el verdadero sentido de la naturaleza jurídica del agua, de su apropiabilidad o inapropiabilidad, no debe buscarse en los mismos textos romanos, sino en sus propiedades físicas y económicas. Tal es, por lo demás, lo que se va a intentar a continuación en el texto.

¹ En cierto sentido, así ya: GLUECK-UBBELOHDE, *Commentario alle Pandette*. Trad. italiana. L. 43-44. P. 3.^a y 4.^a Milán 1905, pág. 467, donde se advierte que el agua profluens —inmueble e inapropiable— se convierte mediante *enclaustración*, digamos individualización; en agua encerrada (*acqua rinchiusa*), que es mueble y susceptible de apropiación.

² Ob. cit. pág. 392.

do RAMÓN MARTÍN MATEO,¹ no hay propiedad sino propiedades. Cada propiedad tiene un régimen propio, y, por tanto, hay que renunciar a un pretendido régimen común para adaptarse a un sistema estatutario de la propiedad. La del *aqua surgens* sería precisamente un ejemplo característico de tal propiedad estatutaria y peculiar.

Todas estas consideraciones, tomadas de la naturaleza del agua fluente surgida de un *caput*, son más que suficientes, como inmediatamente veremos, para reestructurar los elementos objetivos y subjetivos de las Comunidades de aguas canarias; pero creo que aun es posible dar un nuevo paso para centrar la cuestión, no ya en la naturaleza del agua emanada, sino en la del *caput* propiamente dicho.

A tal fin, es de invocar la conocida tesis de VASALLI,² conforme a la cual, y sobre el apoyo de un texto ulpiniano (Dig. 43, 24, II: *portio agri videtur aqua viva*), hay que distinguir entre el *caput* y el agua que de él emana: esta última, en efecto, es *aqua profluens* (mientras no se individualiza) pero, como es obvio, es algo física y conceptualmente muy distinto del *caput*, que tiene un régimen jurídico propio, al margen del agua que produce, pudiendo ser objeto de dominio independiente.

A mi entender, esta observación es muy atinada y de enorme utilidad si se aplica al caso de las Comunidades canarias. En el archipiélago, el agua es inmediatamente individualizada, en cuanto emerge del *caput*: solo en los inviernos muy lluviosos se forma *aqua profluens* que rueda por los barrancos hacia el mar. De esta manera tendremos dos clases de bienes, sometidos en su caso a diferentes titulares dominicales: el *caput* y el agua. El *caput*, que es inmueble, y el agua, que se ha convertido en mueble.

La teoría de VASALLI es muy aguda y, como va a comprobarse inmediatamente, totalmente ajustada a la realidad canaria. Podría quizá, sin embargo, ser tachada de sutil: ¿para qué aislar un bien, el *caput*, de las aguas que produce y sin las cuales no tiene razón

¹ *El estatuto de la propiedad inmobiliaria*, en la «Revista de Administración Pública», n.º 52, 1967, págs. 101 y ss.

² Apud ASTUTI, ob. cit. págs. 356-357.

de ser? Pero para responder a esta posible objeción, basta recordar las palabras del mismo ASTUTI (ob. cit. pág. 357), quien ha subrayado que el problema de las aguas no es el de su dominio sino el de su disponibilidad: lo esencial es determinar quien está facultado para utilizarlas, y no quien es su dueño.

5.— Estructura del elemento objetivo de las Comunidades de aguas canarias

Resumiendo los últimos tres números tenemos que

—hay que distinguir entre el caput aquae y el agua alumbrada;

—el caput aquae es un bien inmueble;

—mientras que el agua alumbrada, que no es ni viva ni estancada, sino que ya está individualizada, es un bien mueble, más aun: un fruto del caput.

Ahora, con la ayuda de tal distinción, nos va a ser relativamente fácil proceder a una estructuración de las Comunidades de aguas canarias, organizando sus elementos objetivos y subjetivos de una manera lógica y que, al tiempo, no contradiga los preceptos legales, aun contando con la grave imprecisión de éstos.

a) A la Comunidad (o sea, al Ente o persona jurídica) pertenece el caput aquae (o boca o manantial) en su condición de inmueble indivisible (art. 5,2 de la ley de 1956 y 71 del Reglamento Hipotecario).

b) A los partícipes pertenecen los frutos de dicho caput. Este derecho se expresa en «cuotas», que no deben entenderse como participaciones en el dominio sino como titularidades de un «derecho a participar de los frutos», ya que éste es el único interés jurídicamente protegible, por ser el único que puede realizarse en la práctica.

c) Por razones puramente físicas de las instalaciones de la explotación, los frutos pueden pasar de forma inmediata al patrimonio de cada partícipe, conforme se van produciendo, o bien permanecer un tiempo en una comunidad incidental, confundidos en un estanque único, mientras llega el momento de la distribución (produciéndose la situación jurídica que ha sido descrita en

el V, 1). Siendo también defensible la hipótesis de que no llega a formarse tal comunidad, sino que opera una distribución en el tiempo (conforme se ha descrito en V, 1. c) o una afectación por anticipación (conforme se ha descrito en V, 2. b).

6.—La solución consorcial

A la vista de cuanto antecede, puede ya comprenderse la utilidad de la teoría consorcial, que se está defendiendo, y que prácticamente despeja todas las dificultades presentadas.

Por lo pronto, pasan a segundo plano los problemas dominicales, que hasta ahora venían preocupando a la doctrina de una forma poco menos que obsesiva. Y es que, desde el punto de vista consorcial, la unidad operativa no es dominical sino funcional, o sea, que en un consorcio lo importante no es quien sea el propietario de los medios de producción sino quien sea el que los administre o gestione. Dicho con otras palabras: en una figura consorcial el problema de las titularidades dominicales solo tiene una importancia secundaria; lo esencial es determinar quien y como es el que va a administrar y gestionar, y quienes van a ser los beneficiarios; dado que el consorcio es precisamente un ente instrumental o de gestión.

En la misma esencia del consorcio se encuentra la idea de que el ente pasa a ser propietario de los *bienes instrumentales*, o sea, de los bienes cuya única misión es producir ventajas a los partícipes. Tal es lo que sucede con el *caput aquae* y sus pertenencias. El *caput aquae* carece por completo de utilidad económica, al margen del agua producida. Es solo un bien al servicio de los partícipes, que ninguna ventaja produce al Ente.

Pero aun hay más: suponiendo que no se acepte la tesis dominical del Ente, sino que se considere más correcto que los bienes se encuentren *en* comunidad, aun así, la teoría consorcial es útil, puesto que en ambos casos (y por la indicada razón de que opera sobre una base funcional y no dominical) ofrece un régimen jurídico idéntico, que es lo que nos interesa. En efecto: si se acepta que el Ente es el propietario, sus facultades no son absolutas sino limitadas por las circunstancias de que lo único que puede hacer es gestionarlas en orden a la producción y distribución; y si se

acepta que el Ente no es propietario, aun así, como es a él a quien se ha confiado la gestión, sus facultades, por extensión, son idénticas a las del caso anterior.

Estas mismas razones pragmáticas son las que han permitido dejar abierta la alternativa que queda enumerada en la letra c) del número anterior. Porque, desde el momento en que para ambos supuestos está prevista una gestión consorcial, es decir, a cargo del ente, igual da que se acepte una u otra tesis, máxime cuando los derechos económicos de los partícipes no resulten afectados por ello.

VI. CONCLUSIONES

Quisiera, por último, terminar poniendo de relieve que lo que en este trabajo se denomina «teoría consorcial» no es, ni más ni menos, que la transposición al lenguaje jurídico-administrativo moderno de algo que era perfectamente conocido por la doctrina más autorizada, quien la había expresado ya, si bien en términos de derecho privado.

Así NICOLÁS DÍAZ-SAAVEDRA,¹ poco tiempo antes de la aparición de la ley de 1956, formulaba con otro lenguaje el principio consorcial en los siguientes términos:

La Heredad es una institución permanente que posibilita la división del agua en el tiempo y mantiene esta división permanente en los sucesivos periodos llamados dulas. Para esto precisa de todos esos elementos y por ello maneja la gruesa del caudal. El pleno dominio sobre el agua lo tiene el heredero y el exclusivo derecho a administrar la integridad del caudal, o sea la gruesa, hasta irla dividiendo en el tiempo entre aquellos, lo tiene la heredad... La Heredad no es una comunidad de bienes, ni es una sociedad, *es solo una institución encargada de mantener dividida en el tiempo una propiedad móvil, como el agua... La facultad de la Heredad, como institución, queda concretada a la conservación del caudal y separación de los elementos comunes.*

Y poco después de la publicación de la ley, CREHUET desarrollaba una sutil teoría sobre técnicas de derecho privado. Según él,

¹ Ob. cit. págs. 30-31.

lo que ha hecho la ley de 1956 ha sido escindir las facultades dominicales en dos planos, asignando las que se refieren a la administración y disposición, a la persona jurídica, y reservando las restantes para el partícipe dueño de las aguas. Para explicar el fenómeno se refiere a la teoría civil de los derechos subjetivos secundarios y concretamente de las llamadas titularidades de disposición sin atribución patrimonial, aludidas más o menos precisamente en el penúltimo párrafo del art. 20 de la Ley Hipotecaria, y en las que —en cita de ROCA SASTRE— «se desenvuelve una actividad de disposición o de administración sobre un patrimonio ajeno y como función propia, o sea, sin juego de representación, atribuyendo, pues, el poder ejercitar en nombre propio, facultades dispositivas más o menos amplias, pero sin tener la titularidad del goce de la cosa o derecho». Concretamente —afirma CREHUET— en las comunidades canarias opera «la idea de la titularidad de administración y disposición ejercida, no como en las comunidades de bienes en general, por los mismos cotitulares de éstos, mediante acuerdos mayoritarios o unánimes, sino por una persona distinta de los partícipes. Esta persona encargada de una administración y disposición sin atribución patrimonial es, cabalmente, la asociación o sociedad».¹

Como puede comprobarse por estos testimonios, la teoría consorcial no es, en substancia, ni nueva ni original. Pero, a mi entender, ofrece respecto de las formulaciones anteriores, una ventaja muy clara, a saber: la mayor utilidad que representa la remisión en bloque a una figura, como el consorcio, que tiene un desarrollo dogmático muy maduro (y para mayor ventaja tanto en Derecho civil como en Derecho Administrativo) y que garantiza unas posibilidades operativas mucho más ricas que, por ejemplo, la un tanto confusa, y muy poco popularizada figura, de las llamadas titularidades de disposición sin atribución patrimonial.

En un cierto sentido, el Derecho es una técnica al servicio de determinados intereses; y con frecuencia no son una sino varias las técnicas que es posible manejar al servicio de unos mismos intereses y con vistas a unos mismos fines. A mi entender, del re-

¹ Ob. cit. págs. 1144-1145.

peritorio que en punto a Comunidades de aguas canarias nos ofrece el Derecho positivo actual, la más útil es la consorcial y la que tiene mejores perspectivas de futuro, por contar con una dogmática ya formada y que puede ser manejada por igual en el Derecho civil y en el Administrativo, lo que también significa que con ella no solo se sirven los intereses privados sino también, y con no menos garantías, el interés público.

VII

LA EXPLOTACION DE LAS AGUAS SUBTE- RRANEAS Y SUS MODALIDADES

por TELESFORO BRAVO

La explotación de las aguas subterráneas en nuestras islas presenta modalidades peculiares, ya que los acuíferos son muy variados debido a la complicada estructura geológica volcánica.

Aun cuando los diferentes tipos de acuíferos se han definido claramente en otras ocasiones, indicando lo que son «aguas de dique», «aguas colgadas», «aguas de capa» y «aguas basales», no se ha expuesto nunca una cartografía adecuada con los límites de cada subsuelo afectado por estos tipos de acuíferos. No hay un estudio hidrogeológico a disposición de esta «industria» tan vital para todas las actividades.

Es indudable que en el «círculo» de personas y técnicos que han dedicado su máxima actividad a la explotación de aguas subterráneas, hay tantas opiniones como personas. La interpretación de la forma en que se encuentran las aguas subterráneas, la valoración del caudal explotable en una zona o cuenca, la separación entre ejes de galerías y pozos, la distancia vertical o superposición adecuada entre las primeras, y en fin, la interpretación hidrogeológica, es peculiar de cada uno de los que intervienen en estos problemas, por lo que hace falta urgentemente la confección de las cartas hidrogeológicas para tener una base que regule, limite o extienda las explotaciones en sus justos límites y especialmente para la Administración, para que juzge y resuelva los numerosos casos de interferencias, unas veces deliberadas y otras por error de interpretación o desconocimiento hidrogeológico del subsuelo.

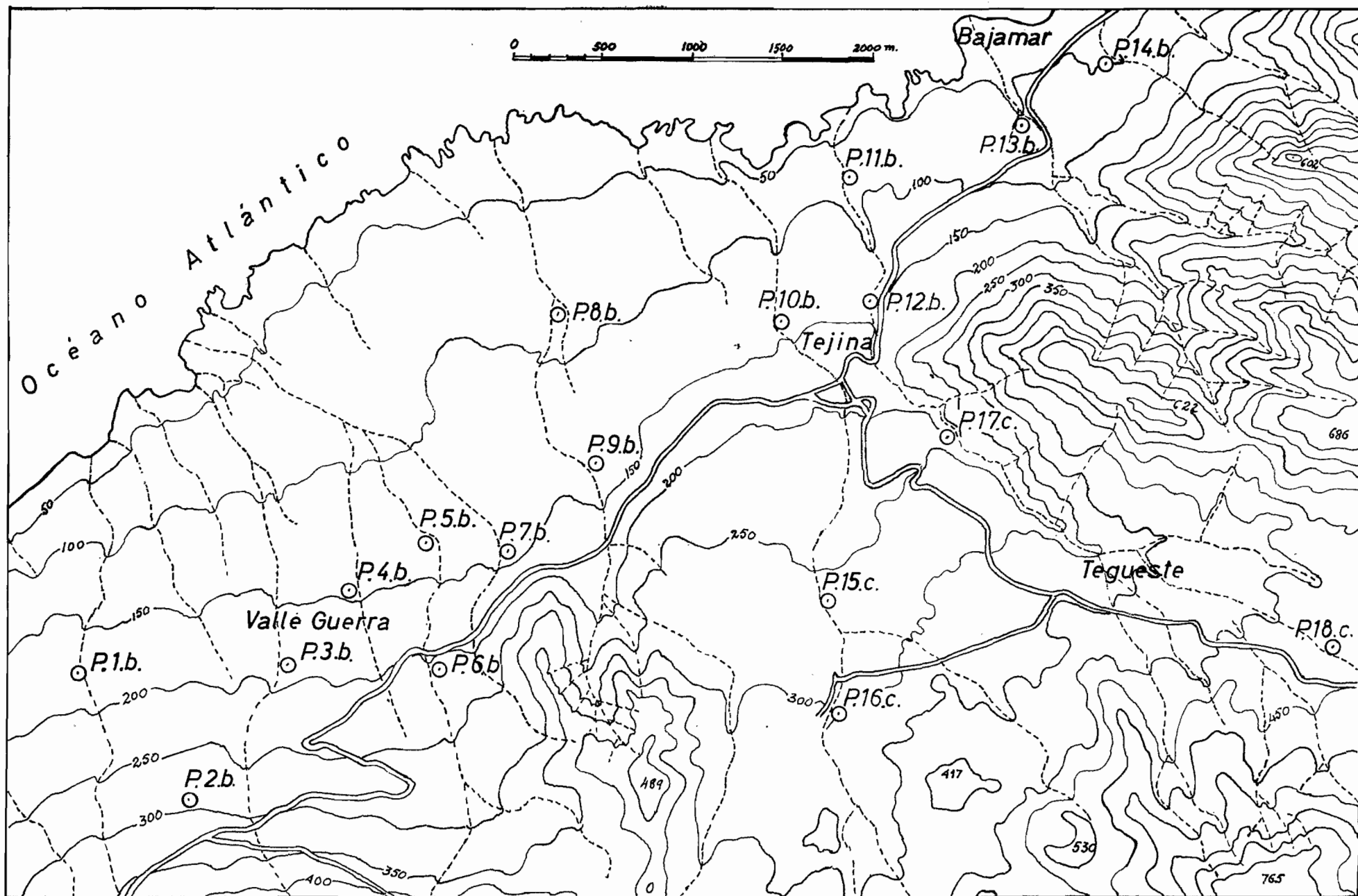
La labor de confeccionar una carta hidrogeológica oficial, es ingente, pero perfectamente factible. Disponemos en las islas de tantas galerías y pozos, que ya se hace difícil encontrar emplazamiento para nuevas obras en grandes sectores. Las islas mayores

de nuestro archipiélago están materialmente cruzadas en todas las direcciones imaginables, tanto en la horizontal como en la vertical. La densidad de explotaciones en algunas zonas es tanta, que cada pozo o galería se siente «enemigo» de las obras contiguas, se vigilan mutuamente y se atacan con diferentes medios, ya sea por distribución de sus nuevas ampliaciones o a través de denuncias o interdictos y múltiples procedimientos para obstaculizar la progresión de las labores de perforación.

Un estudio de todas las labores ejecutadas, con las características de los terrenos atravesados, la situación de los manantiales alumbrados, la evolución de los caudales a lo largo de los últimos años, análisis químico cuantitativo de las aguas, etc., y especialmente el plano exacto de situación de cada galería o pozo, con rumbos y longitudes es suficiente para confeccionar una exacta cartografía hidrogeológica. Un estudio de los valores de la infiltración, escorrentía, lluvia precipitada, así como la capacidad de flujo de los diferentes subsuelos, completarían la investigación, con vista a la valoración de caudal por zonas y la amplitud que debe dársele a cada explotación.

La investigación pondría de relieve las diferentes modalidades de los acuíferos en las formaciones, de gran interés, ya que hay subsuelos que presentan conjuntamente más de un tipo de acuífero, pues la propia experiencia señala, refiriéndonos por ej. a las fajas costeras con «agua basal», que a medida que nos alejamos de la costa uno o dos o más kilómetros, las aguas subterráneas de aquel tipo, pasan a «colgadas» o «aguas de dique» insensiblemente, dependiendo de las estructuras en que yacen sepultadas. Por otra parte, en los macizos elevados lejos del mar, donde las «aguas basales» no son posibles, las aguas de dique pueden pasar a «aguas de capa» o presentarse ambas modalidades, sirviendo los diques como un escalón que retiene un gran caudal, para una vez rebasada su capacidad de almacenamiento, transformarse en «agua de capa». Pero todos estos problemas, investigando las perforaciones practicadas, se resuelven perfectamente. Se puede decir que en las islas mayores del Archipiélago, pueden «verse» todos sus detalles «anatómicos», si se realiza la investigación.

La necesidad de tener caudal abundante de agua, lo más económicamente posible, es cada vez más acuciante y por ser un pro-



Pozos abiertos en la terraza costera Valle Guerra-Tejina-Bajamar y Valle de Tegueste (P.n.b.=«aguas basales»; P.n.c. «aguas colgadas»).

ducto de primera necesidad para nuestra economía, no tenemos derecho a dilapidarla ni a contaminarla, pues las reservas en estas islas tienen un límite. Es ya cuestión de supervivencia, tanto de la Agricultura, como de la Industria, y abastecimiento de centros urbanos. Los recursos hidráulicos del subsuelo debidamente explotados, completados con un sistema de embalses adecuado para su regulación y almacenamiento durante los inviernos y período de lluvias, serán siempre más económicos que las aguas del mar desalinizadas. Estas últimas podrán ser utilizadas cuando se llegue al límite máximo de explotación y de hecho en algunas islas —Lanzarote, Fuerteventura y Gran Canaria— ha comenzado el proceso de desalinización, aun cuando no se han valorado los recursos totales de las aguas de su subsuelo.

Pero la necesidad de agua no implica una sobreexplotación de las reservas autoreguladas por la propia naturaleza y que se pretenda desordenadamente extraer más agua de la que existe y menos sustraer aguas de otras explotaciones a través de nuevas obras. Nuestra economía no puede permitirse el lujo de hacer múltiples obras para obtener el rendimiento que puede obtenerse con solo una.

No obstante, no debemos confundir la sobreexplotación global de la unidad «Isla», —que creo no se ha llegado a alcanzar en ninguna isla del Archipiélago— con la sobreexplotación en zonas limitadas, ya que este hecho sí se está produciendo.

La sobreexplotación del agua subterránea en una zona limitada o en una cuenca o unidad hidrogeológica, se va produciendo insensiblemente cuando el número de explotaciones aumenta. En general se inicia cuando un pozo o galería alumbró un caudal de cierta importancia, por ej. 30 l/s. ($=108 \text{ m}^3/\text{hora} = 225 \text{ pp/h.}$) o caudal superior.

Poco a poco, a distancias prudenciales comienzan a instalarse otras labores de investigación, alcanzándose la explotación racional cuando pozos o galerías están distribuidos con criterios adecuados, con uniformidad y separaciones en correspondencia con el tipo de acuífero, estructura de los subsuelos, caudal explotable y capacidad de flujo de los terrenos. Un ejemplo de explotación racional se muestra en la figura 1, situado en la terraza costera de

Valle Guerra-Tejina-Bajamar, donde se explota «agua basal» (Pozos del 1 al 14) en los tramos denominados de «explotación limitada» y de «explotación de seguridad», con un caudal total de unos 275 litros/segundo. Si miramos con alguna atención encontramos no obstante cierta densidad en el grupo formado del 3 al 7, abiertos con distancias que caen dentro de los límites de influencia de los contiguos. Esto requeriría una fusión de comunidades. Algunos de estos pozos, al final de la estación seca, regulan su bombeo al ir descendiendo la reserva, cuando el nivel estático llega al límite inferior tolerable. Esta reserva se repone durante los inviernos cuando «descansan» tales pozos. En el mismo plano, se indican otros pozos, del 15 al 18, de los cuales, tres han alcanzado «aguas colgadas», con caudales de gran regularidad.

Cuando la densidad de pozos o galerías aumenta, comienza la interferencia y la sobreexplotación, no guardando las distancias apropiadas entre ellos o superponiéndose y cruzándose unas con otras, llegándose a casos extremos. Un ejemplo de este despliegue, en un frente de solo dos kilómetros, se muestra en la figura 2, referido al Valle del Riachuelo en El Paso (Isla de La Palma). Una investigación hidrogeológica efectuada en este confuso complejo, mostró, que bastaban tres galerías debidamente situadas para hacer una mejor labor de explotación que la totalidad de las existentes. En este caso, es imprescindible la fusión de Comunidades para una ordenación y reorganización racional en beneficio de todos. Ejemplos de este modelo afectan a muchas zonas de nuestras islas, con una explotación antieconómica, bloqueándose las labores y dando lugar a interminables discusiones.

Las fusiones de Comunidades

La fusión de varias galerías o pozos, no es obligatoria y pocos piensan en ello. Lo que domina es que cada Comunidad continúe sus labores de investigación como si en sus aledaños no existiesen otras obras. A la hora de las peticiones de ampliación, cada comunidad ignora olímpicamente la existencia de las contiguas, aunque el trazado de las nuevas estén a 20 metros de distancia de las obras ya ejecutadas y con alumbramientos. Pero no vamos a detenernos en este complicado proceso de oposiciones, denuncias, interdictos,

compra estratégica de subsuelos, etc. etc., que practican las Comunidades para abrirse paso por los subsuelos en discusión. En este complicado proceso nadie se acuerda de que los subsuelos tienen un límite de agua explotable y que este límite, en algunas zonas, está ampliamente rebasado, o tan desordenadamente explotado que se precisa la reorganización. Esto no puede efectuarse sino a base de fusiones de comunidades que estén ubicadas en las zonas afectadas. Es indudable que una carta hidrogeológica que sirva de base a una ordenación, está haciendo mucha falta.

Pondremos, para mejor exposición, un ejemplo concreto de las razones hidrogeológicas que han servido de base para una fusión de pozos en una zona donde se ha venido explotando «agua basal» desde hace muchos años —el subsuelo de Tzacorte— y donde varias comunidades han llegado a un acuerdo total para explotar racionalmente y mancomunadamente las reservas del subsuelo.

Aun cuando vamos a repetir algunos conceptos ya publicados en otros escritos, importa insistir para poner de relieve la necesidad de unificar la explotación del agua de la zona, así como la importancia práctica que tiene un estudio detallado de las formaciones geológicas, los estudios topográficos de gran precisión de los fondos de los pozos, situación de los aspiradores, control de los niveles de explotación, así como el espesor del agua no explotable que debe existir sobre el nivel medio del mar o por debajo de él si fuese preciso, todo con arreglo a la situación especial de cada pozo en las diferentes fajas de la plataforma costera. Bajo otro punto de vista hay que destruir algunas creencias populares —a veces muy acertadas— pero otras completamente erróneas, ya que se han hecho enormes inversiones en terrenos estériles.

El problema del número de pozos en la zona de Tzacorte

Al aumentar el número de los pozos que explotan el agua subterránea en el subsuelo de la faja costera de Tzacorte, se ha ido creando un problema de índole general para la zona en explotación. Para que una fusión llegue a realizarse es necesario llegar al convencimiento por parte de todos de su urgente necesidad y las razones que abogan para ello. Hasta hace pocos años, cuando el

caudal explotado era moderado, no existía este problema, pero en la actualidad se ha presentado —casi podemos decir en sus comienzos—, y si no se llega a una explotación mancomunada del agua existente, se corre el peligro de contaminación con aguas saladas del acuífero, especialmente en los subsuelos de la faja costera.

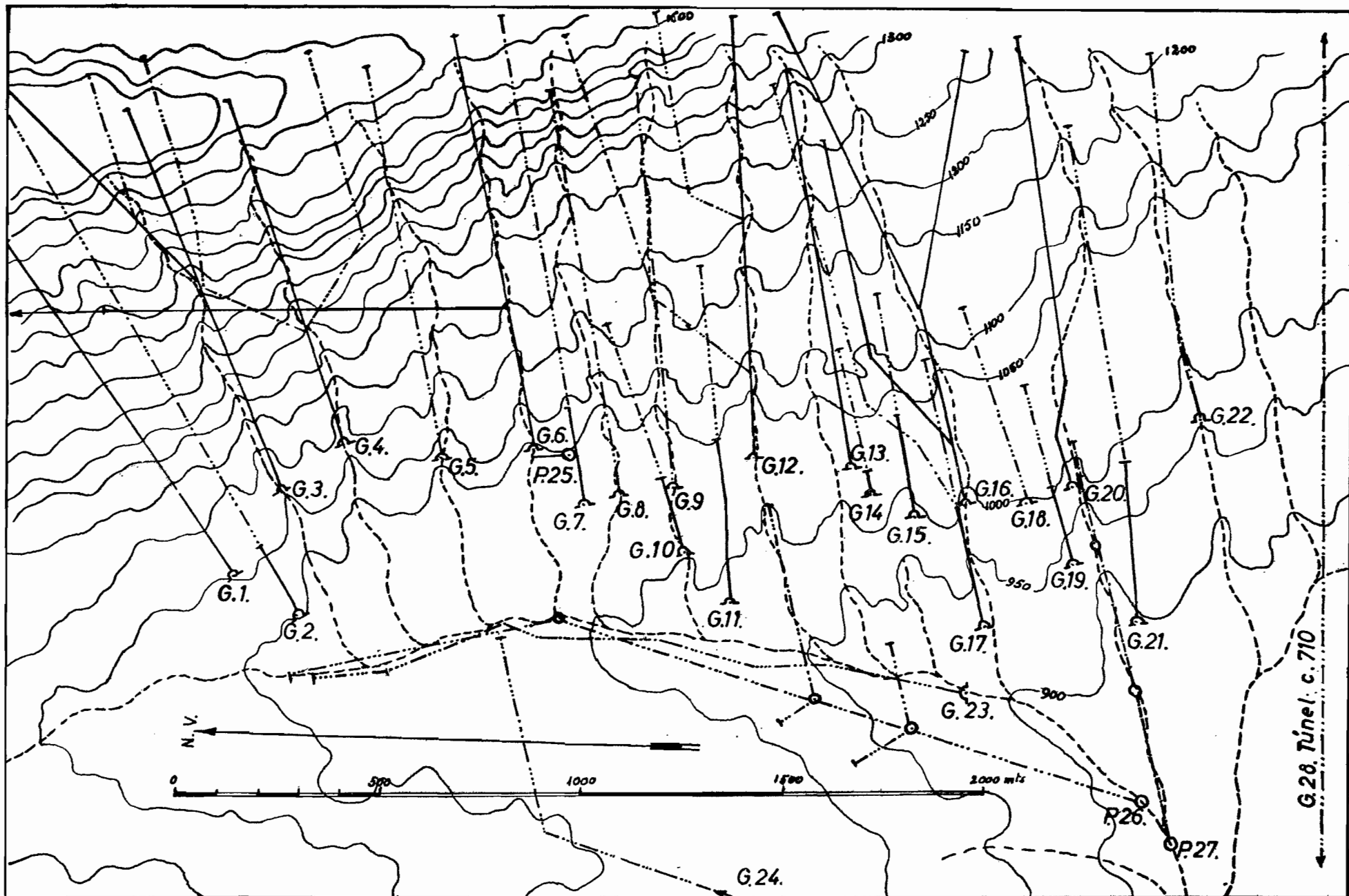
El acuífero de Tazacorte

Expondremos la situación del acuífero y sus características: Llamamos acuífero de Tazacorte, a la capa de agua que ocupa el subsuelo del Municipio de Tazacorte, del tipo denominado «agua basal», aguas que preceden de la filtración de lluvia precipitada en las cumbres y laderas centrales de la isla, acumulándose cerca de la costa en niveles próximos a los del mar antes de derramarse en éste por la línea de bajas mareas. Gran parte de este caudal acumulado se ha incrementado con las aguas filtradas a partir de los riegos de la zona cultivada.

Los tres tramos del acuífero

En este acuífero se consideran tres tramos: uno es el más próximo a la orilla del mar, donde el nivel estático del agua sufre variaciones periódicas a causa de la influencia de las mareas. Las aguas basales se apoyan flotando sobre las saladas con arreglo a una serie de leyes experimentales perfectamente establecidas. La explotación del agua basal en este primer tramo es muy delicada puesto que hay que evitar la sobre-explotación pues en otro caso habría contaminación con las aguas saladas que están inmediatamente debajo. En algunos casos, parte de estas aguas contienen sales del mar por difusión iónica cuando llevan mucho tiempo sin renovarse, lo que sucede en el subsuelo marginal de este acuífero.

El segundo tramo está localizado tierra adentro donde no existe variación de marea o ésta es casi inapreciable. La explotación en esta zona o tramo tiene que limitarse a las aguas que se encuentran sobre el nivel del mar, por lo que el caudal tiene que ser limitado. Si se extrae agua de debajo del citado nivel puede llegar a contaminarse con aguas saladas y además inutilizar los pozos que se encuentran en explotación a distancias inferiores del mar.



Situación aproximada de galerías, ampliaciones y pozos solicitados en el Barranco del Riachuelo. El Paso. Isla de La Palma.

Por último, el tercer tramo donde no llega la contaminación con sales del mar, aun cuando se explote el agua potable varios metros debajo del nivel del mar. Pero una explotación abusiva de estos pozos y si calan demasiado en la vertical, produciría una lenta invasión de aguas saladas en los subsuelos de los dos primeros tramos, no solo inutilizando aquellas instalaciones, sino disminuyendo el caudal total aprovechable, puesto que al no renovarse sino parcialmente el agua basal que se encuentra más cerca del mar, la difusión iónica de las sales las hace impropias para cualquier uso.

Alimentación del acuífero de Tzacorte

El agua que se acumula en la faja costera de Tzacorte, procede en su mayor parte de las lluvias filtradas en el Valle de El Paso, cuya superficie es muy superior a la de la Caldera de Taburiente. Otra parte procede de las laderas de Tijarafe, constituidas por materiales volcánicos recientes, muy porosos y permeables a las lluvias.

Existe la creencia popular de que las aguas acumuladas en este acuífero, proceden de la Caldera de Taburiente. Esta creencia es errónea, ya que a lo largo de cada año y desde hace mucho tiempo, las aguas que fluyen en la Caldera y las que nacen en el cauce medio y alto del Barranco de las Angustias, son constantemente retiradas y canalizadas, por lo que no constituye fuente de alimentación.

Las aguas de grandes avenidas o cuando las barrancadas superan la capacidad de canalización, llegan al cauce bajo y son las que si pueden alimentar la reserva del subsuelo.

Características de la explotación

La capa de agua que forma el acuífero de Tzacorte, no es uniforme, ya que los terrenos que forman el subsuelo no son homogéneos, pero si hay intercomunicación entre todos sus puntos, con tendencia a desplazarse el agua hacia aquellos lugares donde se extrae, pero el mayor movimiento es en la vertical, descendiendo casi con homogeneidad el nivel cuando la explotación del conjunto supera a la alimentación. Hay subsuelos muy compactos en

esta zona donde el agua satura el terreno pero no fluye con facilidad, mientras que en otros, muy porosos permite una explotación masiva. En todo caso, si suponemos un nivel medio de todo el acuífero, éste ha ido descendiendo poco a poco a medida que el caudal extraído ha ido aumentando. Este caudal global supera ya los 450 litros segundo, lo que representa un límite, no para agotar el acuífero, pero si para producir mermas en pozos cuyos fondos están por encima de los niveles de explotación de otros pozos, especialmente cuando tienen sus brocales contiguos o moderadamente próximos. El descenso general del nivel medio del acuífero se estima, según observaciones en los últimos años, en unos dos metros.

No obstante todo esto, el acuífero, racionalmente explotado puede llegar a producir un caudal de 500 a 650 l/s., pero naturalmente, esta explotación masiva tiene que ser mancomunada, unificando los niveles de explotación con arreglo a la situación de cada pozo.

Evolución del acuífero

Como la descarga natural del acuífero se verifica por la línea costera al nivel de las bajas mareas y la alimentación procede del lado de la cumbre, el nivel del acuífero va subiendo desde la costa hacia el límite del acuífero tierra adentro, cuando las aguas son ya colgadas.

Este nivel en los momentos actuales es de 50 centímetros sobre el nivel medio del mar a 100 metros de la costa, de 1 metro a los 250 metros de la orilla, de 2 metros a los 450 y de 5 metros a un kilómetro, existiendo algunas variaciones cuando el terreno que forma el subsuelo es muy poroso, pues en este caso el nivel no es tan elevado. Hace unos cinco años, este nivel tenía doble altura en alguno de sus puntos.

El acuífero es solo uno, no hay acuíferos parciales ni independientes, solamente hay subsuelos más compactos o más francos por donde el agua fluye con dificultad o con facilidad, pero debido al caudal que se extrae, el nivel de la reserva ha descendido y descenderá más. Pero esto no quiere decir que con uno o dos pozos se pueda obtener la totalidad del caudal del acuífero.

Cada pozo tiene influencia en un radio determinado dependiente de la capacidad de flujo del terreno. Fuera de su radio de influencia, el agua queda estática o fluye en otra dirección.

Si tenemos en cuenta que la alimentación del acuífero no es continua, ya que depende de la pluviosidad de los inviernos, ni el caudal que llega a la faja costera es uniforme, puesto que hay máximos y mínimos muy acusados, el nivel del acuífero se puede mantener alto, a pesar de la explotación, los años de máxima pluviosidad y bajo, en los años pobres en lluvias. No obstante, hay en el subsuelo reserva abundante para mantener alta la explotación, pero para ello hay que contar con la merma en pozos que están en condiciones hidrogeológicas de inferioridad, puesto que muchos pozos, especialmente los antiguos, tienen sus aspiradores a una altura inadecuada ya que el nivel del acuífero ha ido descendiendo.

Cuando hay avenidas en los barrancos de la zona, con abundante agua y arena, hasta el punto de recrecer las playas con el material sólido aportado, el nivel del acuífero se mantiene alto, con grandes reservas por lo que durante la estación seca la explotación es más abundante. (Observación comunicada por el Aparejador J. H. Santos). Los años que los barrancos solo traen agua, el acuífero se agota con mayor rapidez. Lógicamente, el recrecimiento de las playas traslada la línea de desagüe algunos metros mar adentro, obstruyendo las salidas y por tal causa el agua se embalsa en la faja costera en mayor volumen. Este factor influye beneficiando la totalidad de los pozos, lo que nos señala la unidad de la reserva del agua subterránea en este sector.

Otro factor que influye en el descenso del nivel del acuífero es la explotación continuada, sin el descanso del Invierno, cuando éstos son particularmente secos. Indudablemente el agua que se vierte en los riegos, que procede del mismo acuífero, lo recrece, pero esto es una «recuperación» que se puede considerar constante. La alimentación real procede de las cumbres y es la que mantiene alto o bajo el nivel, según las lluvias precipitadas.

Tipos de pozos

De lo que se desprende de párrafos anteriores, hay pozos en diferente situación hidrogeológica, con galerías o sin ellas, que pueden ser clasificados en los siguientes tipos:

- a) Pozos «antiguos».
- b) Pozos de profundidad limitada.
- c) Pozos sin limitación de profundidad.

Pozos «antiguos»

Estos pozos fueron abiertos hace muchos años cuando la reserva de agua del acuífero era muy grande y su nivel se mantenía algunos metros sobre el nivel más alto de las mareas. Su caudal era elevado y no tenían necesidad de elevar más porque el área de cultivo y al abastecimiento urbano no era lo suficientemente extensa y no consumía el caudal.

Estos pozos quedaron estabilizados, reconocida su profundidad, por lo que para reanudar los trabajos de ahondamiento, requieren nuevos expedientes que les permita recuperar lo perdido.

Al aumentar el número de pozos y llegarse a una explotación masiva, el nivel del acuífero descendió, quedando los aspiradores de los citados pozos con muy poca carga de agua o casi en seco. Su destino es la extinción si no se profundizan.

Pero hay que tener en cuenta que el hecho de ahondar y bajar los aspiradores, es sólo un escalón en el proceso general si no hay una unificación y fusión de todos, ya que se abrirán nuevos pozos a mayor profundidad que la de los actuales y el descenso del acuífero será tan espectacular en algunos años secos, que se producirá un colapso en esta zona. No es posible explotar pozos individualmente y con independencia en un acuífero que responde, empobreciéndose, a medida que la explotación es abusiva en unos puntos más que en otros.

Pozos de profundidad limitada

En esta zona hay pozos a los que se les ha limitado la profundidad. Si el fondo no alcanza el nivel medio del mar, es practica-

mente inútil abrirlo, pues no alcanzará el acuífero. Si llega solamente al nivel medio de las mareas locales, tendrá una producción limitada y cuando el acuífero descienda en los años pobres en lluvias, quedará totalmente en seco.

Pozos de profundidad no limitada

Numerosos pozos de esta zona no tienen expresamente limitada su profundidad y no se indica en los respectivos expedientes si se pasa o no el nivel medio del mar, y como es natural, si el pozo está lo suficientemente lejos del mar, dentro del tercer tramo del acuífero donde no existe peligro de contaminación con aguas saladas, el fondo estará varios metros por debajo del citado nivel y su caudal será muy elevado. Al entrar en operación regular de bombeo, se producirá el correspondiente descenso del nivel acuífero que afectará a los pozos estabilizados aguas abajo, es decir a los más próximos a la costa. Al no existir un criterio unificador que reconozca la situación hidrogeológica de cada pozo, y no existiendo una valoración del caudal total del acuífero, se está llegando en campos parciales del mismo, a un bombeo superior a la alimentación. A cada descenso del acuífero, los pozos capacitados para ello u otros nuevos buscarán el agua cada vez más profundamente en una carrera suicida, ya que se irá produciendo la lenta y progresiva invasión del agua salada tierra adentro, inutilizando las fajas más próximas a la costa, salvándose los que están situados a varios kilómetros tierra adentro.

Desigualdad de condiciones hidrogeológicas

Con todo lo dicho se quiere afirmar, que entre las instalaciones que explotan el acuífero de «aguas basales» de Tazacorte en estos momentos, existen pozos en condiciones óptimas de explotación, con privilegios que no poseen los pozos «antiguos», cuyos aspiradores no alcanzan la profundidad de los pozos autorizados más recientemente y a los cuales no se les ha limitado la profundidad. La disminución de unos en provecho de otros es evidente.

Es urgente, por tanto, que exista una explotación mancomunada y racional en aquellas zonas donde la densidad de obras sea

grande y con un criterio adecuado alcanzar el máximo de explotación sin llegar a sobrepasar la alimentación, evitando la contaminación de los acuíferos.

Necesidad de la carta hidrogeológica

Con este ejemplo real se pone de manifiesto la complejidad del problema, tratándose solamente un acuífero tipo «agua basal», pero podemos exponer otras razones referidas a zonas donde se explotan «aguas colgadas» y «aguas de dique». La confección de una carta hidrogeológica resolvería los problemas ya que llevaría aparejada las soluciones para cada caso desde un punto de vista administrativo, y, aun cuando existiese algún error, pues cabe la posibilidad de una apreciación inexacta dentro de cierto margen de los límites de las zonas afectadas por un tipo de acuífero o en la valoración de las reservas, pero estos errores serán siempre de menor cuantía y no producirían tanto daño como la atomización, sin plan conjunto, que actualmente se practica.

Se acabó de imprimir esta obra
en los Talleres de GOYA AR-
TES GRAFICAS el día 25 de
Noviembre de 1969

Colaboran en el
II Volumen

ESTUDIOS DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
ESPECIAL CANARIO

TELESFORO BRAVO, Catedrático de Petrología de la Universidad de La Laguna: «El problema de las aguas subterráneas en el Archipiélago Canario»

ALEJANDRO NIETO, Catedrático de la Universidad de La Laguna: «Derechos sobre el subsuelo»

LÁZARO SÁNCHEZ-PINTO y SUÁREZ, Secretario General del Gobierno Civil de Santa Cruz de Tenerife: «Abastecimiento de agua a poblaciones»

JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ, Magistrado de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife: «Expropiaciones de aguas»

JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN, Abogado Fiscal de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife: «Infracciones en materia de aguas»

ALEJANDRO NIETO: «Ideas para una reforma del régimen jurídico de las aguas canarias»

IV Volumen
(en prensa)

ACTAS DEL CONSEJO PROVINCIAL DE CANARIAS: 1868
Selección y prólogos de L. de La Rosa, L. Fajardo y J. Prats.